

CAPITULO PRIMERO

Concepto, naturaleza y estructura

1. Importancia de la sociedad	1
2. La sociedad anónima y los grupos de sociedades	4
3. La sociedad en Roma	5
4. El nacimiento de las sociedades mercantiles	7
5. Evolución y situación actual de la sociedad anónima	9
6. Regulación, definición y concepto del negocio social	11
7. Característica contractual	14
8. Características no esenciales	15
9. Carácter contractual de la sociedad	18
10. La sociedad como contrato en nuestro derecho	20
11. Objeciones a la tesis contractual	21
12. La sociedad como contrato y como institución	24
13. Estructura del negocio social. Las partes que lo integran	25
14. El objeto del negocio social	28
15. El fin o la causa de la sociedad y de los socios	30
16. La forma en el negocio social	32
17. La escritura notarial	36
18. La falta de escritura y de los requisitos legales	36

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO, NATURALEZA Y ESTRUCTURA DE LA SOCIEDAD

1. Importancia de la sociedad¹

La necesidad de superar las limitaciones del individuo, tanto desde el punto de vista físico y biológico, como económico, lleva al hombre a agruparse, y al derecho, a reconocer y reglamentar, junto a los negocios jurídicos unilaterales y bilaterales, aquellos plurilaterales en que los hombres se unen para la búsqueda y satisfacción de finalidades que les sean comunes.

La reglamentación de la sociedad, desde el derecho romano, al lado de los llamados contratos de cambio, constituye el reconocimiento de esa realidad económica y social. Y a medida que las relaciones humanas se desarrollan y evolucionan, desde la cerrada economía familiar primitiva, la economía rural y urbana de la Edad Media, hasta la comercial e industrial de la época moderna, las agrupaciones crecen, no sólo en cuanto a su complejidad, a los medios económi-

¹ De la abundantísima bibliografía sobre los temas de este capítulo sólo citamos ahora las obras generales y los estudios más relevantes que hemos consultado. De México, Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Tratado de sociedades*, 2. vol., Porrúa, México, 1959; Mantilla Molina, Roberto, L., *Derecho Mercantil*, 20a. ed., Porrúa, México, 1980; Frisch Philipp, Walter, *La sociedad anónima mexicana*, Porrúa, México, 1979; en el derecho español, Garrigues, Joaquín, *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1937; *Hacia un nuevo derecho mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971; *Temas de derecho vivo*, Tecnos, Madrid, 1978; Girón Tena, José, *El concepto del derecho mercantil*, Madrid, 1954; *Las grandes empresas*, México-Valladolid, 1965; *Apuntes de derecho mercantil. Introducción*, Madrid 1979-1980; *Derechos de sociedades*, tomo I, Madrid, 1976; Uría, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 5a. ed., Madrid, 1976; Polo, Antonio, *Ante una nueva reforma de la S.A.*, Barcelona, 1965; "Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues", en *Estudios en honor de J. Garrigues*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1971; Rubio, Jesús, *Introducción al derecho mercantil*, Barcelona, 1969, y *Curso de derecho de sociedades anónimas*, 2a. ed., Madrid, 1964; Sánchez Calero, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, 8a. ed., Valladolid, 1981; Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio, *Código de las sociedades mercantiles*, Madrid, 1977. En derecho francés la clásica obra de Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, trad. española, Buenos Aires, 1950; *Traité élémentaire de droit commercial*, París, 1948, Escarra, Jean y Edouard, Rault Jean, *Traité Théorique et pratique de Droit Commercial*, 6 vol., París, 1953; Hamel, Joseph y Lagarde, Gastón, *Traité de Droit Commercial*, vol. I. París, 1954; Paillusseau, Jean, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, París, 1967; Despax, Michel, *L'entreprise et le Droit*, París, 1959; Hemard, Jean, Terré, François, Mabilat, Pierre, *Sociétés Commerciales*, 3 vol., París, 1972; Roblot, René,

cos de que disponen y a las relaciones que de esos grupos surgen, tanto entre sus miembros, como frente a terceros que se vinculan con ellas, sino inclusive entre los grupos sociales mismos.

La creciente importancia que las sociedades mercantiles —y principalmente la sociedad anónima— han alcanzado en la economía capitalista contemporánea, debe analizarse y juzgarse en función de diversos criterios y de ciertas características de esos entes: de la concentración de capitales que se obtiene en ellas, en primer lugar; la reunión de socios, y la colaboración de técnicos, en segundo lugar; de las distintas formas de agrupación de sociedades y de subordinación de unas a otras, en tercer lugar; y en fin, de la limitación de la responsabilidad de los socios y de la emisión de acciones y de obligaciones por las sociedades anónimas.

Las sociedades comerciales y de manera señaladísima, la anónima, constituyen los instrumentos más idóneos para reunir los capitales, enormes con frecuencia, que requieren en nuestros días, la industria, el comercio, la ejecución de obras, la prestación de servicios. El sistema económico de la libre empresa, a diferencia del sistema de economía planificada, en la que el Estado tiene el monopolio de la inversión de esas actividades, exige que ella —la empresa libre— cuente con medios monetarios y financieros suficientes para realizar tales actividades. Y esto sólo se logra con las aportaciones de capital de los socios, al constituirse la sociedad, con la suscripción de acciones o de partes sociales, al incrementar su capital social y con la emisión de bonos, sin más limitaciones, en cuanto a su valor o al número, que lo que la propia sociedad disponga. Y la oferta de esos bienes de capital, sobre todo de títulosvalor que lo representen, como son las acciones y las obligaciones, no solamente se hace a círculos priva-

en el *Traité élémentaire de Droit Commercial*, de Georges Ripert, 2a. ed., París, 1980; Jauffret, Alfred, en el *Droit Commercial* de Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, 2a. ed., París 1980. En derecho italiano, Vivante, César, *Tratado de derecho mercantil*, trad. española de la 5a. ed., it., 3 vol., Madrid, 1932; Ascarelli, Tullio, principalmente, *Derecho mercantil*, trad. esp. de Felipe de J. Tena y notas de derecho mexicano de Joaquín Rodríguez Rodríguez, México 1940; *Appunti di Diritto Commerciale*, 2a. ed., Roma, 1933, *Lezioni di Diritto Commerciale*, Milán, 1954; *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, trad. esp. de Evelio Verdera y Tuells, Barcelona, 1964; Mossa, Lorenzo, "Per la Società anonime italiana", en *Studi in memoria de Bernardino Scorza*, Roma, 1946; *Trattato del nuovo Diritto Commerciale*, 3 vol., Pádua, 1957; Brunetti, Antonio, "Capitalismo e Società Capitalistica nel Diritto Sociale", en *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell' Economia, Diritto Sociale*, 3 vol., y *Trattato del Diritto delle Società*, 3 vol., Milán, 1948 (hay traducción al español); Ferri, Giuseppe, *Le società en el Trattato di Diritto Civile Italiano*, dirigido por Vasalli, vol. X, t. II, Turín, 1971; *La società per azioni, le altri società di capitali. Le cooperative*, Bologna, 1974; Galgano, *Il contratto di società. Le società di persone*, 2a. ed., Bologna; Graziani, Alessandro, *Diritto delle Società*, Nápoles, 1962; Greco, Paolo, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Turín, 1959. En el derecho norteamericano Berle, Adolf y Means, Gardiner, *The modern corporation and private property*, Nueva York, 1950; Berle, Adolf, *Power without property*, Nueva York, 1959, y *The 20. th Century capitalist revolution*, Nueva York, 1954; Bernham, James, *La revolución de los directores*, trad. esp., Buenos Aires, 2a. ed., 1962; Galbraith, John Kenneth, *El capitalismo americano (el concepto del poder compensado)*, trad., esp. Barcelona, 1972 *The new industrial State*

dos, sino al público en general, a nivel nacional e internacional, por medio de las bolsas de valores y de todos los vehículos modernos de oferta y de publicidad.

Asimismo, por su gran fortaleza económica, las sociedades constituyen los sujetos de mayor relieve para la canalización de ahorros y de recursos, y para la obtención de financiamientos. A la sociedad anónima se le permite, además, acudir a los mercados de capitales (banca, seguros, sociedades financieras), en solicitud de préstamos colectivos, a través de bonos, obligaciones y otros documentos de financiamiento, que ellas emiten y que pueden conceder a sus suscriptores el derecho de convertirse en accionistas de las sociedades emisoras.

Por otra parte, la sociedad moderna constituye el instrumento más apto para la reunión y concentración de personas, con intereses comunes semejantes, aunque no siempre coincidentes. Aludimos, en primer lugar, al interés de los promotores y fundadores de la empresa —cuya manifestación jurídica es, generalmente, la S.A., hasta el punto de que se identifique una con otra—; en segundo, a los socios que la constituyan, y que participen en ella con capitales y con trabajos, y que unas veces ingresan a la sociedad como gestores, y otras muchas como meros inversionistas; en tercer lugar, a quienes hayan de dirigirla en la etapa de su funcionamiento, que no siempre actuarán de consuno con los socios o accionistas, sino a veces —muchas veces, tratándose de las grandes empresas—, al margen y hasta en contraposición con ellos; en cuarto lugar, a grupos y sectores públicos de inversionistas y ahorradores a quienes la sociedad ofrece bonos y obligaciones, y con frecuencia la oportunidad de convertirlos, no ya en acreedores, sino en accionistas-socios de la empresa común; en quinto lugar, a los empleados y trabajadores de la negociación —e inclusive, últimamente, en Alemania, de los sindicatos que los agrupan—, cuyos intereses patrimoniales, técni-

Boston, 1967; *El capitalismo americano*, trad., esp. Barcelona, 1972. En derecho inglés Schmitthoff, Clive y Thompson, James H, *Palmer's Company Law*, 21 ed. Londres, 1968; Hadden, Tom, *Company Law and capitalism*, Londres, 1972; Schmitthoff, Clive, "Il diritto societario in una economia che cambia", en *Rivista del Diritto delle Società* 1978. En derecho argentino Malagarriga, Carlos C., *Tratado elemental de derecho comercial*, 6 vol. Buenos Aires, 1951; Halperin, Isaac, *Curso de sociedades comerciales. Parte General*, 3a. ed. Buenos Aires, 1972; Garo, Francisco J., *Sociedades anónimas*, 2 vol., Buenos Aires 1954, Colombres, Gervasio, *Curso de derecho societario. Parte general*, Buenos Aires, 1972; Roimisier, Mónica G. C. de, *El interés social en la S.A.*, Buenos Aires, 1979. En derecho brasileño, Carvalho de Mendonça, José Xavier, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 12 vol., Río de Janeiro, 1963; Lacerda Teixeira, Egberto y José Alexandre Tavares Guerrero, *Das sociedades anónimas no direito brasileiro*, José Bushatsk, San Paulo, 1979. Respecto a la evolución del derecho de sociedades en Europa, debe también consultarse la doctrina en torno a la reforma de las sociedades por acciones; en Francia, de la nueva ley de 1966; en Alemania, de la Ley de sociedades por acciones de 1965; en España, del Proyecto de reformas de 1979, de la ley vigente de 1951; en Inglaterra de la nueva ley subsecuente al llamado *Jenkins Report*; y en fin, en torno a la legislación de la comunidad económica europea. Al efecto véase los estudios de Hemard, Houin (Francia); Visentini, Cicoló, de Gennaro (Italia); Von Caemerer, Duden y Gessler (Alemania); Schoiten de Holanda; Renauld de Bélgica; Pennington de Inglaterra; Patry de Suiza; Garrigues, de España, en *Riv. delle Soc.* 1967; y con anterioridad, sobre los proyectos de reforma de la S.A. en Italia, Greco, *Considerazioni generali sulla riforma delle S. p. a. in Studi in memoria di Ascarelli*, t. II, Milán, 1959.

cos clasistas, se suman y conjugan en la sociedad a través de fenómenos como el de la co-gestión y la participación en las utilidades; y finalmente, los proveedores de bienes, de servicios, de capitales y los consumidores, en función y a través de relaciones contractuales aquéllos, y de un sistema normativo moderno que tiende a proteger a éstos y a plantear el principio de la responsabilidad objetiva de la empresa.

2. La sociedad anónima y los grupos de sociedades

Además, son las sociedades centros de empleo y de capacitación de personal, que auxilian en esas tareas al Estado y a las universidades. Se manejan, en principio, democráticamente, a través de la reunión de los socios en asambleas y la adopción de acuerdos por mayoría de votos; sin embargo, en las grandes compañías, que cuentan con miles de socios y que requieren la intervención y el gobierno de grupos técnicos selectos, se manejan por estos, autocrática pero eficazmente, desde un punto de vista de organización, con lo que pueden competir en los mercados internos e internacionales, con frecuencia por medios desleales, al ampliar sus actividades, y en muchas ocasiones aplastar o absorber a las empresas de menor resistencia económica, a negocios medios y pequeños y a talleres de artesanía.

Los grupos de sociedades, tanto verticales como horizontales, o sea, de organización jerárquica y de participaciones recíprocas, en aquel caso; de reunión de varias de ellas, en el segundo caso, con intereses similares, para la concurrencia a los mercados y la distribución entre sí de tareas comerciales (fijación de precios o de calidades de los productos, señalamiento de zonas de actividad para evitar competencia; acaparamiento o destrucción de mercaderías, etcétera), constituyen hoy por hoy un fenómeno de creciente importancia, no sólo desde un punto de vista estrictamente económico, sino también político, y no meramente como fuente de problemas locales, sino también internacionales.

Estas agrupaciones, que funcionan en virtud de pactos financieros y de administración, se manifiestan a través de grandes consorcios, que en ocasiones operan en forma oculta, o de sociedades de control que manejan los recursos de las empresas controladas; o de filiales y sucursales que muchas veces cubren el territorio nacional y que es frecuente que dependan de matrices extranjeras.

Toda esta estructura, esta vastísima y tan compleja organización, se basa en las sociedades y en los títulos que ellas crean; es decir, descansa en las sociedades anónimas y en las acciones que emiten. Son estos los dos pilares de la economía capitalista contemporánea: la anónima y las acciones, que como títulosvalor, tienden a la circulación, y se ofrecen masivamente a los inversionistas, por medio de operaciones bursátiles. Estos, los ahorradores que cambian sus recursos monetarios —tan sujetos ahora al grave impacto de la inflación— por documentos que les ofrecen participar en las utilidades de las empresas, acuden a esos mercados para adquirir miles y millones de valores que en ellas se cotizan.

3. La sociedad en Roma

En el primitivo derecho romano, la sociedad aún no se configuraba como un contrato, sino meramente como una especie de comunidad: el poner una cosa en común;² o como una institución de carácter familiar, *consortium* entre hermanos, "que llevaba el hombre arcaico, muy difícil de entenderse completamente de *ercto non cito*".³

En la época clásica, empero, aquella forma primitiva evolucionó para distinguir comunidad y sociedad, y así, en la L. 30, Ulpiano, 30 ad Sab, ya indicaba: "*ut puta cum non affectioni societatis incidimus in communione. . .*";⁴ reconociendo a ésta, como a la compraventa, al arrendamiento, la prestación de servicios y al mandato, naturaleza de contrato consensual: *Consensus fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis*.

Además, desde su origen existe en la sociedad la nota de poner algo en común, que en virtud de la *affectio societatis* subsiste durante la vida del ente, como también se da, según indica Arangio Ruiz,⁵ en otros negocios jurídicos como el matrimonio y la posesión; y también desde entonces se configura la sociedad como uno de los contratos bilaterales, pero que podía tener más de dos socios,⁶ vinculados por la confianza recíproca —*jus fraternitatis* y "que estaba dominado por el principio de la buena fe".⁷

El contrato de sociedad en Roma, por otra parte, sólo era constitutivo de relaciones obligatorias entre los coasociados, sin tener efectos frente a terceros,⁸ y es muy dudoso si en el derecho romano se reconoció la personalidad jurídica de la sociedad.⁹

² Cfr. Cancelli, Filippo, voz "Società: Diritto Romano", en el *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, págs. 496 y s.

³ Arangio Ruiz, Vincenzo, *La Società nel Diritto Romano*, Nápoles, 1950, pp. 3 y s.; 93 y s., etc. y Cancelli, cit. 498.

⁴ Arangio Ruiz, pp. 35 y 50, y Cancelli, 500.

⁵ Cit. pp. 5 y s. V. también, Ferro-Luzzi, Paolo, *Il contratti associativi*, Milán, 1976, pp. 13 y sigs.

⁶ Arangio Ruiz, 70 y s., donde analiza el carácter plurilateral del contrato; y Ferro-Luzzi, p. 32.

⁷ V. Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos*, n. 20, p. 52, y Paillusseau, p. 39.

⁸ Arangio Ruiz, p. 78 y s.

⁹ Cfr. el amplio estudio de Duff, P.W., *Personality in Roman Private Law*, Agustin M. Kelley, Nueva York, 1971, pp. 16 y s., y 48 y s. Arangio Ruiz, *loc. cit.*, en contra, aunque sí la concede para la *societas publicanorum*, pp. 80 y s. Cancelli, p. 497, de estas sociedades afirma que el *Digesto* —3, 4, 1 pr.— les reconoció una "entificación subjetiva, o sea, de personalidad que "es admitida unánimemente por los romanistas". Para las asociaciones en Roma, De Robertis, Francisco M. *Il fenómeno associativo nel mondo romano*, Nápoles, 1955, p. 12 adopta una opinión escéptica en cuanto que el derecho romano, al menos en la época clásica, "haya elevado a la abstracción de la que deriva el concepto de la persona jurídica"; y también pp. 73 y 139 en las que, sin embargo, el autor admite el reconocimiento de la personalidad en "época tardía" del derecho romano.

Galgano,¹⁰ al analizar los antecedentes históricos de la personalidad jurídica, dice que deben ser reexaminados a la luz de dos textos, uno de Ulpiano y otro de Marciano, y su interpretación por Albertario y Orestano. De ellos, se desprende el reconocimiento en el derecho clásico y justinianeo, tanto de la *universitas*, como del estado de comunión de bienes, y de la comunidad de personas —*communi cives*— —*universitas cives*—, y cómo en un caso y en el otro, se admitía la no responsabilidad del miembro del grupo por los derechos de éste, así como se admitió, si no la idea de un sujeto abstracto —que probablemente tuvo su origen en la patrística— sí de una subjetividad *autónoma* del grupo.¹¹ Y concluye: “así pues, a la pregunta sobre si el derecho romano clásico habría conocido una figura jurídica que corresponda a aquella que nosotros definimos como ‘persona jurídica’, se debe dar respuesta afirmativa; afirmativa porque en aquella época ya se otorgaba una formulación, una disciplina normativa del grupo, correspondiente a la que nosotros resumimos en la noción de persona jurídica; afirmativa, no obstante el hecho... de que aún fuere desconocida la justificación teórica particular de tal disciplina, consistente en la concepción del grupo como sujeto abstracto de derecho; distinto de las personas de sus miembros”.¹²

El derecho intermedio primitivo reconoció varias formas o clases de las sociedades del derecho romano, que poco se diferenciaron de la comunión; posteriormente, en la Edad Media, “los glosadores se limitaron a exponer los principios del derecho romano sobre la sociedad, y su interpretación sólo reconoció a la sociedad cuando se constituía con fines de lucro”.¹³

La primitiva figura contractual, carente todavía de un patrimonio común, pero en vías de superar la indivisión para que posteriormente se constituyera aquél, como de propiedad colectiva distinto ya del de los socios;¹⁴ núcleo ya, sin embargo, de los diversos tipos que después surgieron, se ha conservado en sus rasgos fundamentales como sociedad civil, en ordenamientos como el nuestro que mantiene la división del derecho civil y mercantil; y como sociedad simple en el derecho suizo, y en el italiano a partir de la promulgación del *Codice Civile*. Las características de esta forma, que reúne las notas que indicaremos posteriormente, se dan en función de la responsabilidad ilimitada de los socios; de sus relaciones recíprocas que existen al constituir el vínculo social, y que se mantienen durante la vida de la sociedad, tan estrechamente, que la administración

10 “Delle persone giuridiche (Disposizione generali, Associazioni, Fondazioni)”, en el *Commentario* de Scialoja y Branca, Bolonia, 1969, pp. 26 y s.

11 Galgano, *ult. cit.* p. 28.

12 *Ibidem*, p. 30. Opinión distinta es la de Duff, tanto sobre las expresiones *caput* (ps. 25 y s.) y *corpus* (ps. 26 y s.), como *universitas* (pp. 35 y s.), con un amplio examen sobre los estudios de Albertario (ps. 37 a 47). En este sentido véase también De Vischer F., “La notion du ‘corpus’ et le regime des associations privees a Rome”, en *Scritti in onore di Costardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, Milán, 1949, vol. IV pp. 52 y s.

13 Diurni, Giovanni, voz “Società (Diritto Intermedio)”, en el *Novissimo Digesto*, vol. XVII, p. 529, con la doctrina de Baldo, principalmente.

14 Cancelli, p. 508; y Roblot, t. I, n. 667, p. 457.

de su patrimonio corresponde a todos, y que la falta de un socio normalmente acarrea la terminación de la sociedad.

4. El nacimiento de las sociedades mercantiles

Esta primitiva sociedad civil, que funcionaba en Roma lo mismo para actividades económicas y lucrativas,¹⁵ que para cuestiones familiares, artísticas o religiosas,¹⁶ dio nacimiento después a las sociedades comerciales, o sea, aquellas en las que la finalidad común de los socios consiste en la especulación.¹⁷ La forma más antigua de ellas es la *Compañía*, que corresponde actualmente a la colectiva,¹⁸ en la que junto a la constitución de un fondo común destinado a los fines comerciales de la agrupación, y que poco a poco va adquiriendo autonomía,¹⁹ se mantiene en toda su fuerza el carácter personal antes señalado —*intuitu personae*—, sin que aún se den, ni la responsabilidad limitada de los socios, ni la atribución de personalidad a la sociedad misma.²⁰ En las *Siete Partidas*, el título X, ley III de la partida 5a., establece:

Puedese fazer la Compañía de dos maneras: La una. . . es quando la fazen de esta guisa: que todas las cosas que han [los socios] quando fazen la compañía, e las que ganaren dende en adelante, sean comunales, e también la ganancia, como la pérdida, que pertenesca a todos. La otra es, quando, la fazen sobre una cosa senaladamente. . .²¹

De la sociedad colectiva surge, a su vez, la *colonna* y, sobre todo, la *commenda* (después, sociedad en comandita) que a diferencia de aquella que se dedicaba al comercio terrestre, se ocupó del tráfico marítimo,²² y en la que, quizás por

¹⁵ Arangio Ruiz, cit. pp. 116 y 141.

¹⁶ Cancelli, cit., loc. cit.

¹⁷ Scialoja, Vittorio, "Sull 'origine delle società commerciali", en *Saggi di vario Diritto*, Roma, 1928, I, pp. 37 y s.

¹⁸ Arcangelli Ageo, "La commenda a Venezia specialmente nel Secolo XIV, en *Scritti di Diritto Commerciale ed Agrario*, vol. I, Padua, 1935, pp. 36 y s. Este autor, afirma la preexistencia de la *commenda* (p. 37); en cambio, Girón Tena, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 1976, t. I. p. 72, afirma que la sociedad en comandita es una especie de la colectiva, como sociedad general, y que fue así tanto en las Ordenanzas de Colbert como en las de Bilbao.

¹⁹ Arcangelli, cit. 85.

²⁰ Las sociedades colectivas se podían constituir como generales o para un negocio determinado (sociedades ocasionales).

²¹ Cfr. Girón Tena, loc. ult. cit.

²² Arcangelli, p. 36. V. también Scialoja, *La commenda nel Diritto comune nel Mediterraneo dei Secoli XI-XIII. Natura economica e giuridica delle commenda (I)*, Roma, 1945 números 5 y s., págs. 16 y s. y 29 y s., y Luzzatto, Guido, "La Commenda nella vita economica dei secoli XIII e XIV in particolare riguardo a Venezia", en *Atti a cura dell'Avv. Leone Adolfo Senigaglia del Convegno internazionale di Studi Storici del Diritto Marittimo medioevale*, vol. I, Nápoles, 1934, pp. 141 y s. y nota en p. 161, y en la misma obra, Soprano Enrico, *La "commenda" en la "colonna" nella Tavola d'Amalfi*, ps. 208 y s.

primera vez expresamente, se planteó la limitación de la responsabilidad de uno de los dos socios,²³ el comanditario, quien contribuía con un capital —que era el único que respondía de la aventura marítima— para que el comanditado hiciera el viaje, aportando su trabajo y el de la tripulación, que dependía de él,²⁴ y que, en consecuencia, quedara a su cargo exclusivamente la administración de la sociedad.²⁵

Algunos siglos después de estas formas de sociedades, en la que predomina la persona del socio y los vínculos y relaciones entre ellos,²⁶ aparece la primera sociedad precursora de la anónima, en 1602, año en que se funda la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, y en seguida se propaga a Inglaterra y después a Francia, también a través de compañías coloniales para el comercio ultramarino. En este último país, sin embargo, la Ordenanza de 1673, sobre comercio terrestre, aún no reglamentó a la primitiva S.A.²⁷

Estas nuevas sociedades, que sólo operaban mediante una concesión especial del Estado, surgen como formas óptimas de captación de ahorros a través de las acciones suscritas y pagadas por los socios, las cuales son fácil y libremente transmisibles entre ellos. Se caracterizan, además, por la limitación de responsabilidad de todos los socios, por la existencia de un patrimonio social autónomo, separado del de los socios, y una administración que normalmente no recae en ellos (lo que ya plantea la separación de la propiedad del capital y de la administración social), sino en un órgano especializado.

Las sociedades anónimas se desenvuelven al parejo del capitalismo, y en verdad constituyen el vehículo y el instrumento más sobresaliente y adecuado de su desarrollo; inclusive, se puede afirmar sin género de dudas, que hoy por hoy la existencia y la supervivencia de la organización capitalista de nuestros países, aún de los que están en proceso de desarrollo, como es el caso de México, se basan en la sociedad anónima; pero el despegue de este tipo de sociedad, como forma óptima para su desarrollo dentro del capitalismo, se inicia —por lo menos en el derecho continental europeo—, con la ley francesa del 24 de julio de 1867,

23 Arcangelli, *ibidem*, pp. 68 y 73 y s., 93, 98 y Venditti, Carlo, "L'associazione commerciali", en *Atti a cura di Senigallia*, cit., 242.

24 Arcangelli, pp. 61 y s.

25 *ibidem*, pp. 97 y s., "Ciertamente, dice Arcangeli, un nuevo principio jurídico se planteó en la práctica y en las legislaciones de las sociedades comerciales, a saber, que solamente aquel que tuviese la administración personal y directa de la sociedad, . . . incurría en una responsabilidad solidaria e ilimitada. Los demás socios sólo incurrirían en la pérdida de lo que aportaban a la sociedad".

26 Scialoja, *La commenda*, cit. n. 8, pp. 32 y s. El título X, ley I, de la partida quinta, ya indicaba: "Compañía es ayuntamiento de dos omes, o de más".

27 Sobre esta última afirmación, Temple, Henri, *Les sociétés de fait*, con prefacio de Jean Calais-Auloy, Librairie générale, París, 1975, n. 23, p. 9. Sobre las compañías coloniales. Cfr. Brunetti, *Capitalismo*, cit. 197 y s.; y *Trattato*, cit. n. 377, pp. 9 y s.; y Cotino, Gastone, voz "Società per azioni", en el *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVII, pp. 572 y s. y la amplia bibliografía ahí citada. V. también Ripert, *Aspectos jurídicos*, cit. números 3 y 46, pp. 10 y 109 y s.

que suprimió la necesidad de la autorización previa gubernamental para la constitución de este tipo social.²⁸

5. Evolución y situación actual de la sociedad anónima

La evolución de las sociedades, de la anónima principalmente, en los países de mayor desarrollo económico, corre pareja con la creciente complejidad de su estructura, que al mismo tiempo tiende a abarcar y comprender el mayor número de socios, a través de la oferta y suscripción pública de acciones y de la demanda y recepción de préstamos y financiamientos tanto de la banca nacional e internacional, como del Estado y organismos del exterior (como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial); del establecimiento de amplias relaciones externas con el mercado y con el Estado, de lo que resulta que ellas son las principales ejecutoras de obras y servicios públicos y los máximos contribuyentes fiscales; dan cabida en su capital y organización interna a sus empleados y trabajadores (al llamado "accionariado obrero") a través de la participación en las utilidades y de la co-gestión, e inclusive, últimamente, a sus proveedores (a través de la tendencia a la agrupación de empresas), y a sus consumidores (por virtud de agrupaciones de éstos creadas por la legislación para su protección).²⁹

Esa creciente complejidad de las sociedades anónimas llevó a la creación, a fines del siglo pasado, de las llamadas sociedades de responsabilidad limitada, en Inglaterra y en Alemania, y a su difusión en el presente siglo en todos los países prácticamente. En aquel país, con el nombre de *private companies*, comenzaron a usarse desde 1877,³⁰ y se regularon en la *Companies Act* de 1907, con una característica común a la anónima, o sea, la responsabilidad limitada de todos los socios, pero con un número restringido de éstos, "generalmente familiares o amigos", cuyas acciones o cuotas "no podían ser ofrecidas al público, ni transferidas".³¹

En Alemania, por ley de 20 de abril de 1892, se estableció la *Gesellschaft*

²⁸ Cfr. Temple, cit. n. 32, p. 14. En forma exagerada, porque no toma en cuenta aspectos tan importantes como la nacionalización o municipalización de ciertos servicios públicos (o entre nosotros, de empresas de utilidad pública como las eléctricas, las bancarias o las petroleras). Ripert, *Aspectos jurídicos*, 73, resalta la importancia de la sociedad anónima, al decir: "Todo el mundo está convencido de que no podemos prescindir de ella. En las grandes ciudades no podemos alojarnos, vestirnos, calentarnos, alumbrarnos, desplazarlos y divertirnos, sin ellas, no podríamos vivir ni morir inclusive, pues ellas se encargan también de las pompas fúnebres". Véase también, Mossa, *Per la società anonima italiana*, cit., 643 y s.

²⁹ Sobre la evolución de la S.A. (y de la empresa), véanse, en nuestro idioma, los dos estudios citados de Garrigues, Joaquín, *Hacia un nuevo derecho mercantil*, pp. 24 y s.; *Temas de derecho vivo*, pp. 16 y s. y 321 y s.; Polo, Antonio, *Empresa y sociedad*, números 7 y sigs. págs. 350 y s.; Girón Tena, *Las grandes empresas*, cit. pp. 35 y s.; *Apuntes de derecho mercantil*, vol. I, pp. 37 y sigs.

³⁰ Palmer's, p. 32.

³¹ V. Santini Gerardo, "Società a responsabilità limitata", en el *Commentario del Codice Civile di Scialoja y Branca*, Roma, 1967, p. 2.

mit beschränkter Haftung (GmbH), forma ecléctica de sociedad de personas y de capitales, con características semejantes a las *private companies* inglesas, aunque con prohibición de emitir acciones. La fórmula germana es la que se propagó, primero a Austria, en 1906, y después a otros países europeos y americanos.³²

Es curioso que nuestro Código de Comercio de 1884 ya reglamentaba a las que llamó sociedades de responsabilidad limitada —arts. 593 a 619— que a semejanza de las *Private Companies* inglesas, podían tener acciones, un capital inicial máximo de 300,000.00 pesos y su administración debía recaer en los socios. Estas S. de R.L., al parecer no funcionaron en la práctica y posteriormente se abandonaron, ya que el siguiente Código de Comercio de 1890, no las recogió. Sólo hasta 1934 que se promulgó la vigente Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) se reglamenta la S. de R.L., artículo 1o., fracción III y 58 a 86, a semejanza de la *GmbH* alemana.

También en Inglaterra y en el siglo pasado, aunque con anterioridad a la aparición de las *private companies*, en 1844, en la ciudad de Rochdale, se constituyó la primera sociedad cooperativa que, aunque con características del todo diversas a las de las sociedades mercantiles clásicas, en cuanto que no persiguen fines especulativos (aunque sí, eminentemente económicos), se consideran, tanto en nuestro país como en el derecho continental europeo, como sociedades de esa especie. En las cooperativas, en efecto, las utilidades no se reparten a los socios en proporción a sus aportaciones al capital —principio general de todas las demás sociedades y asociaciones— (salvo las mutualistas, que son una especie de las cooperativas), sino que el reparto es en proporción a las operaciones efectuadas por los socios; y la finalidad principal de la sociedad, no es la obtención y el reparto de las utilidades, sino el procurar a los socios bienes o servicios (cooperativas de consumidores o de productores, respectivamente, artículo 1o., Ley General de Sociedades Cooperativas —LSC— de 1938.

Estas sociedades cooperativas se han desarrollado extraordinariamente, sobre todo en Europa, no sólo por sus fines económicos, sino sociales y éticos; y el fenómeno más amplio y general en el que esas sociedades se insertan del cooperativismo, se practica y se ofrece en algunos países (escandinavos) como solución de la disputa en que vivimos, del capitalismo y del comunismo.³³ La importancia del cooperativismo, y de las sociedades cooperativas, resalta al tener en cuenta que al menos dos constituciones modernas de estados democráticos, Italia y España, lo consagran.

³² Santini, *loc. cit.*

³³ Cfr. Vercellone, Paolo, voz "Cooperazione e imprese cooperative", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IV, pp. 823 y s.

6. Regulación, definición y concepto del negocio social en derecho mexicano

Si bien los principales textos legislativos sobre las sociedades, en nuestro derecho, son la Ley General de Sociedades Mercantiles (D.O. 4/VIII/34) y la Ley General de Sociedades Cooperativas (D.O. 15/II/38), muchos de los principios aplicables a todas las asociaciones y sociedades, así como su definición, se fijan por el derecho común, o sea, por el Código Civil del Distrito Federal, que, de acuerdo con la Suprema Corte, y la costumbre y la práctica ampliamente prevalentes constituye la fuente supletoria de la legislación mercantil (artículo 2o. C. Co. y 1o. C. Civ.). En consecuencia, el estudio sistemático y completo de las sociedades, aún las de carácter comercial exclusivamente, debe partir de esas normas y principios del derecho civil que son fundamentales para la estructuración de nuestro derecho societario y corporativo.

El título II del libro primero C. Civ., trata en efecto, "de las personas morales"; y a sociedades y asociaciones se refieren las últimas cuatro fracciones del artículo 25, atribuyendo dicho carácter a:

III. Las sociedades civiles o mercantiles; IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fr. XVI del art. 123 de la Constitución Federal; V. Las sociedades cooperativas y mutualistas, y V. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fueran desconocidas por la ley.

La norma anterior es la que concede, aparentemente sin más limitaciones que las que fija la parte final de la fracción V (que las asociaciones sean lícitas y que la ley —otra ley— no las desconozca), *carácter de persona moral* o jurídica al ente que surge del contrato de asociación o de sociedad (*Infra*, capítulo quinto, nos referimos en especial a la personalidad de las sociedades). El siguiente artículo del mismo C. Civ., el 26, fija el principio de la *competencia de las personas morales*: "pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución"; principio que contrasta con el de capacidad de las otras personas que el derecho regula, las personas físicas, que, según el artículo 24, si son mayores de edad, "tienen la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley".

En cuanto al domicilio social, dispone como regla general, el artículo 33 C. Civ., que "las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración".

Por lo que se refiere a la definición de las asociaciones y de las sociedades, los artículos 2670 y 2688 C. Civ., definen ambos negocios: artículo 2670. "Cuando varios individuos convienen en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la

ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación”.

En cuanto a sociedades, dice el artículo 2688: “Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial”.

En relación a la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, el artículo 2695 del mismo C. Civ., preceptúa que “las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio”.

Todas estas normas se aplican en forma directa a asociaciones y sociedades civiles, y en forma supletoria o complementaria a las asociaciones y sociedades mercantiles o civiles de carácter especial, en ausencia de disposiciones especiales y contrarias de las diversas leyes vigentes en dichas materias societarias. Así, el C. Civ. es supletorio de la legislación comercial sobre sociedades (LGSM, LSC, LSI), y complementario de leyes civiles que reglamentan ciertas especies de las sociedades de esta naturaleza (v.g., la Ley Federal del Derecho de Autor, respecto a las sociedades de autores).

Sin embargo, la mayoría de esos preceptos del C. Civ. en la práctica no se aplican literalmente, sino en forma restrictiva unas veces, y en otras apartándose de su texto.

Efectivamente, de la definición legal de la asociación (artículo 2670), parecería que no son tales asociaciones, primero, aquellos contratos en que no todas sus partes (asociados), fueran individuos, o sea, personas físicas; y sin embargo, existen en la práctica asociaciones que agrupan a otras e inclusive a sociedades (e.g., los consorcios ocultos, las asociaciones de productores), segundo, que tampoco constituiría una asociación la reunión transitoria de personas; y si en verdad esta clase de agrupaciones escapa a la esencia del negocio social, o sea, la finalidad común de carácter permanente, no debe excluirse como asociaciones (o como sociedades) las que se organicen para la consecución de un negocio, de una operación, o de una obra particular y concreta; “para la participación en las utilidades y en las pérdidas. . . de una o varias operaciones de comercio”, como permite el artículo 252 LGSM para aquella especie de asociaciones que es la A en P; tercero, que tampoco sería asociación aquella en la que el fin común de sus miembros tuviera carácter preponderantemente económico, por lo que la figura comercial antes aludida, la A en P, no sería una asociación ni tampoco muchas otras que tienen tal finalidad preponderante, y que a diferencia de la A en P, se consideran como asociaciones civiles, como son las asociaciones de profesionales, de automovilistas, de productores, etcétera.

En cuanto a la definición legal de la sociedad (artículo 2688), tampoco puede tomarse literalmente, primero, porque sociedades hay en la práctica que no pueden constituir un contrato (aun admitiendo, como admitimos, *Infra* núm. 10

el carácter contractual del negocio social en su fase constitutiva), como evidentemente sería la sociedad de un solo socio (*Infra*, núms. 9, 10, 11 y capítulo octavo); segundo, porque en la ley y en la práctica se admiten sociedades —civiles y mercantiles— cuya finalidad no es preponderantemente económica, y menos que constituyan una especulación comercial, como las sociedades de beneficencia, deportivas, artísticas, etcétera, así como la sociedad conyugal (si en verdad ésta y otras como las mutualistas son sociedades y no, como creemos, un estado de comunidad de bienes, aquélla, y una asociación mercantil éstas. V. *Infra*, números 34, 53 y 125).

Por lo que a personalidad moral atañe, no es cierto que se atribuya a toda asociación o sociedad civil o mercantil, ya que tratándose de las asociaciones, la ley se la niega expresamente (artículo 253 LGSM) a una especie de ellas, la A en P; y respecto a agrupaciones de derecho público, el artículo 130, párrafo quinto de la Constitución federal, “no reconoce personalidad alguna a las agrupaciones religiosas denominadas iglesias”; y en cuanto a sociedades, implícita pero claramente se les niega a las sociedades, civiles o mercantiles ocultas, es decir, a aquellas que no se inscriben en el Registro Público de la Propiedad (en el caso de asociaciones y sociedades civiles —artículos 2673 y 2694 C. Civ.), o no se inscriben en el Registro de Comercio, ni se exteriorizan ante terceros en el caso de las sociedades mercantiles (artículo 2o., párrafos primero y tercero LGSM); así como a la sociedad conyugal (*Infra*, número 124).

Finalmente, la norma civil que limita la capacidad de las asociaciones y sociedades al ejercicio de los derechos necesarios para realizar el objeto de su institución (artículo 26 C. Civ.), que el artículo 10 LGSM repite para las sociedades mercantiles, no siempre impide la validez de los actos regulados en exceso de dicho objeto, como se desprende del contenido del artículo 2716 C. Civ. (sobre estos actos *ultra vires*, v. *Infra*, número 103).

Finalmente, del concepto de la asociación y de la sociedad, o sea, del negocio social (al que nosotros nos referimos genéricamente como sociedad), derivan las siguientes características:³⁴

- a) Se trata de un contrato consensual, conmutativo y oneroso, en el que,
- b) todos los socios contribuyen con bienes (recursos) o trabajo (servicios),
- c) para la realización de una finalidad común, mediante
- ch) una organización propia,
- d) según sea el tipo o clase de sociedad de que se trate.

³⁴ Sobre estos temas me permito remitir a mi estudio, “Concepto y requisitos de la sociedad en derecho mexicano”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, vol. II, págs. 55 y s.

7. Característica contractual

Ahora bien, esas notas se predicen no solamente de todas las sociedades, cualesquiera que sean sus clases o tipos, sino también del concepto genérico del negocio asociativo; es decir, tanto de las asociaciones como de las sociedades en sentido estricto; de asociaciones y de sociedades civiles y mercantiles; de sociedades regulares o irregulares con y sin personalidad jurídica; y de asociaciones y sociedades ocultas o que se exterioricen.³⁵

Por otra parte, se atribuye naturaleza contractual al negocio constitutivo porque, en efecto, el negocio social nace de un acuerdo de voluntades, no de un acto unilateral, ni de una disposición legal.³⁶ En cambio, en la etapa del funcionamiento, la sociedad excepcionalmente conserva naturaleza contractual,³⁷ a pesar de que al negocio constitutivo se le reconozca una naturaleza especial, de contrato plurilateral, y de que para esta etapa de actividad se habla en la doctrina de contrato (*rectius negocio*) de organización.

En efecto, ni el funcionamiento mismo de la sociedad (de capitales, principalmente, y de éstas, de la S.A.), ni las variadas y múltiples relaciones internas (entre los socios, de éstos con la sociedad y de ella con sus funcionarios y empleados) y externas (de la sociedad y de los socios con terceros), ni dicha nota de organización, permiten sostener que el ente que se ha creado pueda explicarse a través de un contrato, ni que en función de este fenómeno jurídico pueda tampoco explicarse ese haz de relaciones complicadísimas y heterogéneas.

Subsisten, sí, notas y características del contrato original, como las aportaciones y la comunidad de fin y de intereses de los socios, pero el acuerdo de las voluntades de todos ellos se substituye por la deliberación y el voto, así como por el principio de la mayoría; y al admitir que en los acuerdos de las juntas y asambleas de socios coexistan los intereses distintos y propios de los socios con los de la sociedad, con tal de que aquéllos no sean contrarios (no entren en conflicto) a éstos.

En los fenómenos societarios simples o elementales, como son las asociaciones, las sociedades ocultas o internas, en la sociedad conyugal (si es que en ella estamos realmente en presencia de una sociedad, y no, como creemos, de una mera comunidad de bienes)³⁸ sí subsiste en gran medida, en efecto, el vínculo contractual, en esa etapa de funcionamiento, aunque, como en cualquiera de los otros casos, se trata de un negocio *sui generis*, plurilateral generalmente, de or-

35 En el derecho italiano derogado, dentro de esta misma tendencia de ofrecer una noción común de la sociedad, véase Mossa, Lorenzo, *Diritto Commerciale*, Milán, 1937, vol. I, p. 110.

36 Excepciones serían, la llamada sociedad unimembre, si fuera legal, que entre nosotros no lo es, y las sociedades públicas creadas por decreto.

37 Así sucede en las sociedades civiles y en las personales, amén de fenómenos que poco o nada tienen de societarios, como la sociedad conyugal. Es el caso, también de las asociaciones con fines económicos.

38 Paillusseau, cit., *passim* y 33 y s.

ganización,³⁹ que, además, supone la creación de una entidad con propia personalidad, o cuando menos con cierto carácter de subjetividad,⁴⁰ y con un patrimonio autónomo o separado del de los socios que la constituyen.

8. Características no esenciales

Al lado de las notas esenciales, otras de carácter accidental, no necesario, suelen darse en la sociedad. La primera, sería la exteriorización del ente que se crea; puesto que, si la sociedad supone una organización y una etapa de funcionamiento, tanto o más importante y trascendente que la constitución misma, resulta su exteriorización, que parecería que también fuera esencial de la figura que analizamos.⁴¹ No es así, sin embargo, puesto que no puede negarse el carácter de sociedades a la que permanecen ocultas, sin manifestarse ante terceros. En algún caso (A en P), la ley misma las acoge y reglamenta (artículos 253 y 254 LGSM); en otros, las tolera, como en el caso de los consorcios que se constituyen en contratos privados, y que sólo rijan entre las partes. Estas figuras anómalas, en cambio, carecen de una personalidad propia.

En nuestro sistema, la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles sí se ofrece en función de su publicidad: en el Registro Público de la Propiedad aquéllas, y las mercantiles, en el Registro de Comercio (publicidad legal); o meramente por su exteriorización (publicidad de hecho) (artículo 2o. LGSM). En este último caso, consecuentemente, tanto son personas morales las sociedades regulares que se inscriben en el Registro, como las irregulares que no se inscriben, pero que se exteriorizan ante terceros ("consten o no en escritura pública", dice el párrafo tercero del artículo 2o.).

En el derecho italiano anterior al *Codice Civile* de 1942, esta nota de la exteriorización distinguía, según Ascarelli, las sociedades mercantiles de las civiles, que se agotaban en una actividad meramente interna.⁴² La tesis de Ascarelli resulta inaplicable entre nosotros, porque también las sociedades civiles se constituyen para ostentarse frente a terceros; esta nota sólo es importante para la adquisición de personalidad de las mercantiles, y no de las civiles que, como veremos, adquieren ésta en virtud de su inscripción en el Registro de la Propiedad (artículos 2673, 2694, 3002, fracciones VI y VII, y 3003 C. Civ. Estos dos últimos fueron reformados en 1979).

³⁹ Sobre la importancia de esta nota, véanse, Girón Tena, pp. 299 y s., y Fernández de la Gándara, Luis, *La atipicidad en derecho de sociedades*, Zaragoza, s/f pp. 337 y 347 y s.

⁴⁰ Cfr. Zatti Paolo, *Persona Giuridica e soggettività*, Padua 1975, pp. 68 y s., 76, 178 y s. V. también Girón Tena, ult. cit., 168 y s.

⁴¹ Así, Romano-Pavoni, Giuseppe, "La tipicità delle società e le società interne", en *RDC*, vol. 49, 1951, I, p. 368.

⁴² "Riflessioni in tema di titoli azionari", en *Studi in onore di Alfredo de Gregorio*, I, 95. A su vez, Auletta Giuseppe, Giacomo, *Il contratto di società commerciale*, Roma, 1937, pág. 65, negaba carácter comercial a las sociedades internas.

La segunda nota accidental está constituida por la personalidad jurídica de la asociación o sociedad que se crea. Desde este punto de vista, en nuestro derecho cabría afirmar que la personalidad de la sociedad es también un requisito esencial, dado, por una parte, el alcance tan general del artículo 25 C. Civ., que reconoce como personas morales a "las sociedades civiles o mercantiles" (fracción III) y a las "asociaciones que se propongan. . . cualquier fin lícito, siempre que que no fuesen desconocidas por la ley" (fracción VI); y por otra parte, la atribución tan amplia de personalidad que ofrecen los artículos 2o., que citamos antes, y 250 LGSM que reconoce personalidad a toda sociedad extranjera que opere en México. No obstante, asociaciones como la A en P (artículo 253 LGSM), y sociedades como la conyugal (ex-artículo 194 C. Civ.), y las sociedades y asociaciones ocultas (ex-artículos 2673, 2694 C. Civ., y 2o., párrafo tercero LGSM), a las que expresa, o implícita pero muy claramente, nuestro ordenamiento niega personalidad, se consideran como sociedades, válida y fundadamente.

Lo cierto es que las sociedades, en su gran mayoría e independientemente de que sean civiles o mercantiles, cualquiera que sea el tipo que adopten, adquieren una personalidad propia, "distinta de la de los socios"; como indica el primer párrafo del artículo 2o. LGSM; y que todas ellas —asociaciones o sociedades en sentido estricto— tienen un patrimonio propio, lo que a su vez es nota característica de la persona.

Personalidad y patrimonio, en efecto, se dan en las sociedades; ninguno de estos requisitos es esencial, pero, por una parte, como antes decíamos, si no hay personalidad, siempre hay un cierto grado de subjetivación que permite hablar de un patrimonio separado, afectado a los fines comunes del ente, y que jurídicamente se atribuye a todos los socios, en función de las reglas de la copropiedad; y por otra parte, aunque sólo se trate de situaciones irregulares y transitorias, puede haber sociedades sin patrimonio, *v.g.*, cuando todo el capital y el patrimonio se hubieran perdido, por lo que la sociedad deba liquidarse (artículo 229, fracción V, LGSM).

Que sean personas morales lleva consigo que si son mercantiles, sean comerciantes, con todo lo que jurídicamente dicha calidad implica (sumisión al fuero federal, contabilidad, quiebra, etcétera); que cualquiera que sea su especie, puedan comparecer en juicio, activa y pasivamente; que, como ya decíamos, deban tener un patrimonio, y que tengan una nacionalidad.

En tercer lugar, suele afirmarse que las diferentes especies de sociedades deben estar reconocidas y reglamentadas por el derecho positivo, o sea que sólo los tipos de sociedad reguladas por las leyes (C. Civ., LGSM, LIS, LGSC), sean las admitidas, y que, por tanto, la voluntad de los particulares no puede crear otros

tipos, o sea que los enumerados y reglamentados por la ley constituyen un *numerus clausus*.⁴³

Pues bien, es cierto que el principio de la autonomía de la voluntad, que en forma amplia —aunque cada vez menos— se reconoce en materia contractual, sufre serias limitaciones tratándose de sociedades, y que, concretamente, los particulares no pueden crear nuevos tipos de sociedades mercantiles de los que el derecho positivo regula;⁴⁴ empero, hay sociedades constituidas como civiles que se convierten en mercantiles, no sólo cuando adoptan una forma o tipo de sociedad mercantil (colectiva, anónima, etcétera), sino también cuando tengan una finalidad especulativa (ex-artículo 2688 C. Civ.), aunque no adopten ninguno de los tipos del artículo 1o. LGSM; como también es indudable que en nuestras prácticas de negocios existen asociaciones atípicas no reglamentadas legalmente y sociedades que no corresponden a ninguna de las del catálogo legal (como pueden ser los grupos de sociedades, los consorcios, la sociedad unimembre).⁴⁵

Ahora bien, las nuevas prácticas económicas, la necesidad de otorgar protección a la pequeña y mediana empresa, la ayuda que debe prestarse a ciertas actividades comerciales nacionales, como la navegación marítima (en donde existe una forma especial de copropiedad del navío, a través de la división del derecho de propiedad en cien quirates, artículo 112 L.N. y C.M.), o la minería (en nuestra tradición se daba en las sociedades mineras la división del capital en barras), hace que el derecho invente nuevas figuras, como es el caso en España de las sociedades de garantía recíproca (Ley de 26 de julio de 1978), creadas a imitación de los franceses de garantía mutua (Ley de 13 de marzo de 1917), en las que se otorga a sus socios garantías (aval o cualesquiera otras), respecto a operaciones que realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean partes.⁴⁶ En Francia, el "informe del Comité de estudios" presidido por Pierre

43 Así, para el derecho italiano, entre muchos otros, Ascarelli, *Appunti*, cit. p. 153; De Gregorio, Alfredo, *Corso de Diritto Commerciale*, Roma, 1952; Auletta, pp. 65, 172, 195; Galgano, *Il contratto de società*, cit. n. 1.7, p. 2. Romano-Pavoni, p. 370, dice que si bien no era posible, en el C. Co. italiano derogado, hablar de sociedades comerciales atípicas, sí lo era, en cambio, hablar de contratos atípicos que daban origen a sociedades. Girón Tena, p. 90, para el derecho español, afirma que el Código de Comercio de su país (arts. 117 y 122), admite expresamente la libertad para constituir sociedades atípicas, y que es esta también la tendencia del derecho europeo contemporáneo (pág. 88). Una amplia revisión crítica del problema de la tipicidad y del juego del principio de la autonomía de la voluntad, en materia contractual y especialmente en el derecho moderno de las sociedades, en Fernández de la Gándara, pp. 189 y s. y 446 y s. Sobre el problema de la tipicidad volvemos, en forma más amplia en el capítulo sexto.

44 Arts. 1o. y 4o. LGSM. La exposición de motivos de esta ley así lo reconoce: "La enumeración de la ley no tiene el carácter de enunciativa, sino precisamente de limitativa. . ."

45 Cfr. Fernández de la Gándara, pp. 206 y s. Problemas distintos son determinar si existe un tipo genérico (prototipo) y los principios legales a que debe acudirse para la regulación de estos nuevos fenómenos.

46 Sobre estas sociedades, v. García Villaverde, Rafael, "Las sociedades de garantía recíproca", *Rev. de Derecho Mercantil*, número 155, 1980, pp. 71 y s., las que según indica operan en el campo del cooperativismo.

Sudreau (*Informe Sudreau*), propone la creación (o el reconocimiento y regulación) de tres nuevas especies de sociedades: *a*) la de trabajadores en que sólo haya aportaciones de trabajo y cuotas de los socios y contribuciones de terceros (que es ya el caso entre nosotros de las sociedades de solidaridad social); *b*) las sociedades de gestión administrativa en otras sociedades, con derecho en éstas a la cogestión y participación de utilidades, y *c*) las sociedades mercantiles no lucrativas (que nuestro derecho permite y que existen en la práctica).⁴⁷

9. *Carácter contractual de la sociedad*

Tradicionalmente, la sociedad ha sido considerada como contrato.⁴⁸

Se trata, en efecto, de un contrato, si bien, distinto de los bilaterales con obligaciones recíprocas, o contratos de cambio, en cuanto que en la sociedad existe una finalidad común, con dos o más partes (socios) y en el que se dan relaciones complejas entre cada uno de los socios y la sociedad misma que se crea, tenga ésta o no personalidad propia.

Como contrato que es, suele estar precedido de tratos entre los futuros socios; inclusive, de una previa asociación (mercantil) entre ellos, sin personalidad jurídica y con la finalidad exclusiva o preferente de constituir la sociedad; o bien, de un contrato preliminar de sociedad en el que se fijan las bases del futuro contrato y se convienen las cláusulas esenciales de la sociedad que se planea (finalidad, socios, capital) (en la práctica norteamericana se habla de un *Memorandum of understanding*); figuras harto interesantes un tanto descuidadas en nuestra LGSM (véanse, sin embargo, artículos 7o. párrafo tercero y 102), sobre las que volveremos (*Infra*, núm. 105).

Hay acuerdo de voluntades de los socios para crearla y para destinarla a la consecución de un fin, que es común a todos ellos; precisamente por el carácter contractual del negocio constitutivo es que podemos y debemos hablar de un concepto genérico y unitario del negocio social; o sea, que como sostiene Galgano,⁴⁹ no toda colectividad organizada para la realización de un fin común

⁴⁷ V. y Roimiser, cit. pp. 22 y s.

⁴⁸ Una referencia reciente al derecho extranjero (español, francés, italiano, alemán), en Girón Tena, ob. ult. cit., pp. 172 y s. Para el derecho italiano derogado, Vivante, II, núm. 310 y s., pp. 25 y s.; Ascarelli, *Appunti*, p. 144, autor que sostuvo con especial vigor la tesis del contrato pluralateral para caracterizar a la sociedad y distinguirla de los contratos de cambio. V. también, Auletta, pp. 28 y s. y recientemente, Ferro-Luzzi, cit. pp. 114 y s. En el derecho francés es común la opinión de que no sólo la sociedad, sino también cada una de las aportaciones de los socios, tienen naturaleza contractual. Cfr. Blaise, Henri, *L'apport en Société*, Paris, Recueil Sirey, 1955, pp. 37 y s., Guyot, Ives, *Droit des affaires (Droit Commercial Général et sociétés)*, París, 1980, ns. 96 y 100, pp. 85 y 88; así parece desprenderse también en México, de las definiciones legales de asociación y de sociedad, arts. 2670 y 2688 C. Civ.

⁴⁹ "Delle associazioni non nicomosciute e dei comitati" en el *Commentario* de Scialoja y Branca, Roma, 1967, pp. 11 y s.

es, jurídicamente, un fenómeno asociativo, sino sólo aquellas que nazcan de un pacto contractual. De donde, esta nota contractual, no sólo es esencial a la sociedad, *lato sensu*, sino que permite excluir de su regulación a fenómenos colectivos a contractuales, como sería la copropiedad o la comunidad y la empresa.

No obstante, hemos de reconocer que considerada la sociedad en su conjunto; es decir, tanto en su constitución como durante su funcionamiento, no cabe calificarla de contrato, independientemente de que las partes —socios— sean dos o más personas. Porque, no es la participación de los socios durante la vida de la sociedad, la que le atribuye el carácter, la impronta jurídica; sería más bien dicha participación, y sobre todo, la presencia de intereses individuales de los socios, pero con una finalidad común, en la primera fase; y la colaboración de ellos para el cumplimiento de ese fin, en la segunda etapa, lo que caracterizaría al negocio jurídico. Y repetimos, ante la falta de un modelo jurídico que aglutine y que comprenda unitariamente esos dos estadios, sólo nos queda admitir que estamos ante una figura especial, irreductible a cualquier otro modelo. Desde este punto de vista, admitimos que se trata de un negocio complejo.

La teoría del acto colectivo y del acto complejo de la doctrina alemana (Kuntze, Lehmann), analizada en Italia por Rocco,⁵⁰ Ferrara,^{50bis} Mossa,⁵¹ fue adoptada principalmente por Messineo,⁵² y combatida vigorosamente por Ascarelli y Auletta,⁵³ apoya el carácter contractual de la sociedad, inclusive en su fase operacional. Nosotros no acogemos este último punto de vista, por razones que en seguida damos; sólo adoptamos la denominación de negocio complejo que, en realidad, constituye una mera paráfrasis, una expresión gráfica de esa complicada y abstrusa realidad que es la sociedad, la cual, si bien nace de un contrato, se separa y aparta de esta figura jurídica, cuando la sociedad actúa (es decir, cuando cumple su misión), cobra vida, y establece relaciones —de varios tipos—, no sólo con sus socios, sino con sus administradores y con quienes la vigilan y controlan, y sobre todo, con terceros.

La tesis contractual para explicar la génesis del negocio constitutivo también ha sido negada. Para adherirnos a ella partamos de una afirmación incontrovertible, cualquiera que sea su valor; a saber, que nuestro derecho positivo, sus antecedentes en México y los ordenamientos extranjeros que más han influido entre

⁵⁰ *Principios de derecho mercantil*, trad. esp. Madrid, 1931, n. 97, pp. 318 y 319.

^{50bis} *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. Madrid, 1929, n. 106, p. 725.

⁵¹ *Diritto Commerciale*, cit., p. 111.

⁵² *Il negozio giuridico plurilaterale*, Milán, 1927, pp. 66 y s., aunque posteriormente este autor, en su libro, *Contratto*, Milán, 1961, pp. 126 y 272 y s., que constituye la reproducción de distintos estudios publicados en la *Enciclopedia del Diritto*, ya acepta la categoría contractual de los negocios asociativos. V. también, Girón Tena, p. 132.

⁵³ Ob. ult. cit.

nosotros (España, Francia, Italia), sostienen uniformemente el carácter contractual de la sociedad.⁵⁴

10. *La sociedad como contrato en nuestro derecho*

En la legislación civil, nuestro primer Código para el Distrito y Territorios Federales de 1870, establecía que, "la sociedad es un contrato" (artículo 1823); y en forma similar el siguiente Código Civil de 1884 la calificaba (artículo 2219), como también lo hace, por último, el vigente C. Civ. del D.F., tanto respecto a las asociaciones (artículo 2670), como a las sociedades (artículo 2688).

En cuanto a la legislación mercantil, desde las Ordenanzas de Bilbao^{54bis} que rigieron durante la Colonia y prácticamente hasta 1884 que se dictó el segundo Código de Comercio mexicano, por "Compañía"; se consideraba "un contrato o convenio que se hace entre dos o más personas" (capítulo décimo, número 1). En nuestro Código de Comercio de 1854, también se admitía el "carácter de contrato de sociedad mercantil" (artículo 252), y todas las "compañías de comercio" (artículos 231 y ss.) se regulaban en la sección de contratos del libro segundo, correspondiente al comercio terrestre. En igual forma, en el Código de Comercio de 1884, el artículo 352 definía "la sociedad mercantil, como un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner en común un capital físico o moral (!) con el objeto de emplearlo en operaciones de comercio".

El C. Co. de 1890, aún vigente —aunque no en materia de sociedades que está regida por la LGSM de 1934—, también reconoce al "contrato de sociedad" (artículos 93 y 109), aunque sólo sea en su fase constitutiva; y lo mismo hace esta última ley, que habla del contrato social en múltiples disposiciones (artículos 2o., párrafo cuarto, 7o, 32, 34, 46, 70, 82 a 85, 112, 114, 125 VIII, 130, 136, 137, 242), también para referirse al negocio constitutivo y nunca, en cambio, a la etapa de su funcionamiento.

En el derecho español, la legislación civil atribuye también tal carácter a la sociedad (C. Civ. de 1889, artículo 1665); y lo mismo sucede con los Códigos de Comercio de 1829 (artículo 264) y con el de 1885 en vigor (artículo 116). La vigente Ley de sociedades anónimas, del 17 de julio de 1951, admite el

⁵⁴ En el derecho alemán, aceptan el carácter de contrato, el Código Civil —BGB— de 1900, art. 705; el Código de Comercio —HGB— de 1897, arts. 109, 163; la Ley sobre las sociedades por acciones (AKTG), de 1965, art. 2, prof. 2o. y la Ley sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada (GmbH) de 1982, arts. 2 y 3; y en el derecho suizo, el Código de las Obligaciones de 1911, art. 530, 552 y 594, admite el contrato de sociedad, para la sociedad simple, las colectivas y las comanditas; en cambio, para la anónima no, y si se trata de su constitución simultánea, el art. 683 habla de acto, no de contrato. Recientemente, a la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina, de 1972, atribuye la misma naturaleza contractual a la constitución y a la modificación de una sociedad (Roimisier, p. 95). Véase asimismo, el C. Civ. portugués (1966), art. 980.

^{54bis} Sobre dicho ordenamiento, véase Petit, Carlos, *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.

carácter contractual, en los artículos 9 y 10, respecto a la fundación simultánea "o por convenio"; en cambio, nada se dice en relación con la fundación sucesiva. Es también omisa la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada del 17 de junio de 1953.

En la legislación francesa, tanto el Código Civil de 1804, artículo 1832,⁵⁵ como el Código de Comercio de 1808, artículo 18, reconocen que la sociedad es un contrato. En cambio, ni la antigua y ya derogada Ley de Sociedades de 1867, ni la vigente de 1966, le atribuyen dicha naturaleza.

Por último, los Códigos italianos derogados, o sea el Civil de 1865, artículo 1697, y el de Comercio de 1882, artículo 87; y el Código Civil vigente de 1942, artículo 2247, conservan la postura contractual, si bien, en este último se le da carácter de contrato plurilateral (ex-artículo 1420).

También, desde el punto de vista técnico, debe admitirse que el acto constitutivo de la sociedad sea un contrato. En apoyo de esta opinión —que es, por lo demás, como ya decíamos, la prevaleciente no sólo en los países de tradición romanista,⁵⁶ sino también en los del *common law*—,⁵⁷ analicemos los principales argumentos que se aducen por los opositores de dicha tesis contractual.

11. *Objeciones a la tesis contractual*

a) Se afirma que es propio de los contratos que sólo dos partes existan —el acreedor y el deudor—, por lo que los actos plurilaterales no tienen esa naturaleza, sino que son actos colectivos, actos complejos, y en algunos casos (*v.g.*, asambleas), se trata de actos —procedimiento—.

Ahora bien, la presencia sólo de dos partes, se da generalmente en algunos contratos de cambio, en los que el interés económico de una de ellas está en oposición al interés de la otra; es decir, que se trata de intereses contrapuestos; pero esto no acaece en todos esos contratos, ya sea porque en algunos originalmente bilaterales pueda agregarse un tercer sujeto integrando el negocio (*v.g.*, el seguro en caso de muerte con un beneficiario irrevocable), o cuando existe una estipulación a favor de tercero, como en el transporte de cosas, respecto al destinatario, y para ciertos autores, el contrato de comisión; o porque exista una relación triangular, como en los casos de delegación acumulativa (*e.g.*, el crédito documentado de reembolso);⁵⁸ o bien, en fin, porque también en ciertos contratos bilaterales, sobre todo gratuitos, resulte cuando menos dudoso que

⁵⁵ Esta norma establece: "La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter."

⁵⁶ V. Girón Tena, pp. 134, y s.

⁵⁷ Pollock's, *Principles of contract*, 13a. ed., por sir Percy H. Winfield, Londres, Stevens and Sons, LTD, 1950, p. 119.

⁵⁸ Como sucede en la apertura de crédito confirmado, según Brunetti, Antonio, "Operazione bancarie su tratte documentate", *RDC*, 1933, I, 211, y Andrioli, Giuseppe, *La delegazione*, Padua, 1937, p. 402; y en mis *Estudios de derecho mercantil*, México, 1958, el "Concepto del crédito de reembolso". p. 150.

exista contraposición de intereses (por ejemplo, en el mandato, o en la donación).

Otros contratos existen, además, como los sociales (sociedad y asociación), en que hay tantas partes, "centros o núcleos de intereses";⁵⁹ cuantos son los socios que participan en el negocio respectivo (contratos plurilaterales).

La noción necesariamente bilateral del contrato fue acogida y difundida por los C. Civ. francés (artículo 1101) y español (artículo 1254), que contraponen los centros de intereses, formado cada uno por una o más personas. Es decir, en esa noción legal, claramente aparece una de las partes frente a la otra. Pues bien, este es el concepto de los contratos de cambio, que no cuadra ciertamente, ni puede aplicarse al contrato de sociedad, en el que la posición de las partes no es de conflicto, sino de colaboración para la consecución de una finalidad común.⁶⁰

Los C. Civ. italianos de 1865 (artículo 1098) y vigente, de 1942 (artículo 1321), así como los nuestros de 1884 (artículo 1272) y vigente, de 1928 (artículos 1792 y 1793), al definir el contrato no lo hacen en función de la contraposición de intereses de las partes, sino del acuerdo de voluntades entre ellas, con lo que claramente se apartan del modelo galo y permiten comprender en la definición legal a ambas figuras; los contratos bilaterales y los plurilaterales, los contratos de cambio y los asociativos; y evitan, asimismo, la incongruencia del *Code de Napoleon* de excluir de la definición legal a las sociedades, y al propio tiempo, incluirlas dentro de la categoría de los contratos.

Además, la interpretación literal de nuestro artículo 1792 permite afirmar —como en otra parte lo hemos dicho—,⁶¹ que al hablar dicha norma de personas ("una o más personas"), en realidad alude a "partes", como sendos centros de interés; lo que resulta dudoso en la disposición del Código galo, ya que la persona o personas a que alude deben estar en oposición unas de otras; y si es así, sólo caben dos centros de interés, dos partes que actúen recíprocamente, una frente a la otra aunque cada una de éstas se forme por una o más personas.⁶²

El C. Civ. italiano vigente, en la definición de contrato del artículo 1321 ya se refiere expresamente al "acuerdo de dos o más partes"; o sea que habla ya de partes y permite que sean dos o más.⁶³

⁵⁹ Messineo, *Contratto*, cit., n. 24, p. 43.

⁶⁰ Así lo admite Messineo, ob. ult. cit. n. 20, p. 36, principal impugnador de la tesis contractual.

⁶¹ *Concepto y requisitos*, cit. p. 57.

⁶² Partes unisubjetivas o plurisubjetivas, y en este último caso, pluralidad de sujetos en dualidad de posiciones, según Pugliatti, "Il rapporto giuridico unisoggettivo", en *Studi in onore di Antonio Cicú*, Milán, 1951, vol. II, págs. 157 y s. Véase también Messineo, ob. ult. cit. 24, p. 43. V. también, Busnelli, Francesco D., "Obbligazioni soggettivamente complesse". Sobreireto de *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIX, pp. 330 y s.

⁶³ Messineo, *Contratto*, cit. Voz, "contratto plurilaterale", n. 1. pág. 272, indica que la razón de que el Código ítalo haya acogido expresamente al contrato plurilateral —arts. 1446, 1459, 1466— deriva de que tomó partido en la célebre polémica que se planteó en Italia entre él y Ascarelli, autor este último que sostuvo la validez de dicho contrato.

b) Se niega también la existencia de un contrato allí donde no haya contraposición, sino paralelismo de los intereses de las partes; cuando esto último se da, como en el negocio social, no debe hablarse —se dice— de un contrato, sino de un acto complejo. La diferencia entre aquella y esta figura estriba en que, en tanto que en el contrato las partes actúan con intereses opuestos, y sus respectivas declaraciones de voluntad también se dirigen a finalidades encontradas, en el acto complejo las partes persiguen un interés común y sus declaraciones de voluntad llevan a una finalidad conjunta.⁶⁴

Aunque esta tesis podría considerarse como una nueva variante, y como otro planteamiento de la que afirma que el negocio jurídico con más de dos partes no es contrato, sino un acto colectivo o un acto complejo, dado que en la definición del contrato del Código de Napoleón, sí se dan ambas notas, o sea, la presencia de las dos partes y la posición antagónica de ellas, lo cierto es que esas dos notas no necesariamente juegan unidas, ya que la reciprocidad también puede darse en actos y negocios con más de dos partes, o plurilaterales.⁶⁵ Ejemplos de otro negocio plurilateral, entre nosotros, son el crédito documentado de reembolso, en el que participan tres partes, comprador, vendedor y banco acreditante;⁶⁶ y en otros derechos, la llamada delegación acumulativa (artículo 1268 C. Civ. italiano), que sin estar expresamente regulada en nuestro derecho, puede servir y nos ha servido para explicar jurídicamente el mencionado crédito de reembolso.⁶⁷

Ahora bien, no obsta a la existencia de un contrato que las varias partes que intervienen persigan una misma finalidad, en lugar de que el fin de que cada una vaya en pos, se contraponga, y de que ellas se opongan recíprocamente. En ambos casos estaremos en presencia de un contrato; en el segundo, de un contrato bilateral de prestaciones recíprocas y con finalidades contrapuestas; en el primero, de un contrato bilateral o plurilateral, de prestaciones paralelas, y con

64 Así, casi literalmente, Auletta, n. 7, pág. 20. Véase también Ascarelli, *Appunti*, cit. p. 146; recientemente, Ferro-Luzzi, pp. 219 y s., 323 y s., 323, y s.; crítica y analiza la noción del acto complejo en relación, sobre todo, con la "voluntad común".

65 En estos negocios, según Messineo, Francesco, *El negocio jurídico plurilateral*, trad. esp., Jus, vol. 13, págs. 520 y sigs., las partes tendrían sendos intereses, distintos entre sí, y contrapuestos, formando un negocio unitario e interdependiente, en cuanto que cada una de ellas "se obliga a observar un comportamiento determinado por la otra parte, y frente a cada una de las otras". Hay, según este autor, negocios plurilaterales con "comunidad de intereses y derechos", y consecuente paralelismo de fines y colaboración entre las partes (que es el caso del negocio social), y también los hay con intereses antagónicos y la misma autonomía relativa de las relaciones de cada una de las partes (*ibidem*, p. 531).

66 El contrato de mediación para la jurisprudencia italiana. Así lo indica Corrado Renato, "I contratti de borsa", en el *Trattato di Diritto Civile Italiano* de Vassalli, vol. 7o., t. 2o., fase 1a., p. 34 es nota. En contra del carácter del trilateral, con argumentos definitivos a mi juicio, Vivante, I, n. 217, pp. 268 y s.

67 *Estudios de derecho mercantil*, cit., pp. 142 y s., con amplia bibliografía sobre la delegación.

una finalidad común. Así es actualmente en todos los derechos, así ya era en el derecho romano y también en el derecho intermedio.⁶⁸

Por lo demás, sería falso afirmar que en el negocio social no exista en momento alguno contraposición de intereses entre los socios, y que solamente se dé la coincidencia y el paralelismo que los lleve al cumplimiento de la finalidad del ente; como falso también sería excluir como negocio social aquel en el que dos y sólo dos partes hubiera (*v.g.*, en la sociedad conyugal, si realmente fuera una sociedad, o en la asociación en participación). Lo cierto es que, en la fase constitutiva de la sociedad —que a nuestro juicio es la que tiene naturaleza contractual— sobre todo en la etapa previa al contrato ya perfeccionado, o sea, durante los tratos que lo preceden (pre-contrato de sociedad), ya sea tratándose de una posterior constitución simultánea, o bien, como en el caso de la S.A., en la constitución sucesiva (que no se practica entre nosotros) existe la contraposición de intereses, el conflicto entre los socios, que se manifiesta en sus esfuerzos de obtener las ventajas máximas, en cuanto a utilidades, y ofrecer el sacrificio mínimo, en cuanto a aportaciones,⁶⁹ aunque la contraposición no constituya —como en los contratos de cambio— la causa o finalidad de las partes para celebrar el contrato (V. *infra*, núm. 15).

En cambio, en la fase de funcionamiento de la sociedad, que no puede explicarse a través del modelo contractual, esa oposición de intereses cede o se subordina al interés social, y se inicia una nueva etapa en la que los socios tendrán el interés común de lograr y cumplir el fin para el que la sociedad fue creada, y ello, subordinando sus intereses personales a los de la sociedad, y mediante la colaboración de todos o de la mayoría de ellos (principio de la mayoría).

12. La sociedad como contrato y como institución

La determinación de la naturaleza del negocio de sociedad, no sólo es importante desde el punto de vista de los socios que intervienen en su organización y funcionamiento; y no únicamente desde el punto de vista del interés de ellos en la sociedad (la comunidad de intereses de los socios), sino también desde el punto de vista de la finalidad de la sociedad misma. Desde este punto de vista, es innegable que en el derecho corporativo contemporáneo, se apunta una tendencia de las sociedades (sobre todo de la anónima), a orientarse y cumplir fines e intereses ajenos a los de los socios, trascendentes a ellos, como serían los de carácter colectivo, o económicos (permanentes o de coyuntura), o fines de

⁶⁸ Grocio, *De juri belli ac pacis*, cit. por Osti Giuseppe, voz "Contratto" en el *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1959, vol. IV, pág. 474, consideraba a la sociedad como una especie de "Contrato permutatorio"; o sea, de aquellos en que *aut dirimunt partes, aut communionem adferunt*"; véase también Ascarelli, Tullio, *El contrato plurilateral*, trad. esp. México, 1949, ps. 7 y s.

⁶⁹ Así, Auletta, cit. p. 24.

protección a los trabajadores de la empresa cuya actividad organice y explote la sociedad, e inclusive, fines públicos, financieros o de mercado, y no meramente la finalidad de lucro de los accionistas.

Dentro de esta tendencia, la sociedad tiene como fin (no ya como objeto) a la empresa misma; a su conservación y desarrollo se dirigirá la actividad social, aun cuando se sacrifiquen o se subordinen los intereses y los fines personales de los socios como tales. Estas nuevas corrientes, tanto se manifiestan en el derecho francés a través de la teoría de la institución, como en el derecho alemán en torno a la tesis traspersonalista, de la llamada "empresa en sí". *Unternehmen an Sich*, y según Roimiser,^{69 bis} en el derecho norteamericano, la *big corporation*; común a estas tendencias es el predominio de los gerentes, directores y líderes (recuérdese el *Fuhrerprinzip* de la ley alemana de 1932), así como de los socios inversionistas frente a los socios gestores. En cambio, tanto en Italia, como en España y en nuestros países latinoamericanos (la nueva ley brasileña sobre sociedades anónimas, ya apunta hacia la teoría institucional), subsiste la tesis contractual tradicional.

13. Estructura del negocio social⁷⁰. Las partes que lo integran

Debemos analizar el contrato de sociedad, concepto genérico que se aplica tanto a las asociaciones como a las sociedades en sentido estricto.⁷¹

a) *Partes: los socios*. Al considerar, con *Messineo*, como parte de un contrato al núcleo o centro de intereses que ella representa, afirmamos que en la sociedad habrá tantas partes cuantos socios tenga, y como en toda sociedad hay o puede haber varios socios, se sigue que en dicho negocio hay o puede haber varias partes. Se trata de un negocio plurilateral.

Es cierto que algunas asociaciones, y ciertas sociedades, se constituyen con dos partes, o sea que siempre, o en su origen, son negocios bilaterales; pero también es cierto que, por una parte, la existencia de varios socios, de más de dos, no

^{69 bis} Sobre las teorías "transpersonalistas" en los distintos derechos y doctrinas societarias, véase su interesante estudio, *El interés social en la sociedad anónima*, p. 3 y s.

⁷⁰ Cfr. Vivante, 311, pág. 26, quien dice que al constituirse la sociedad, los socios están *uno frente al otro*; en tanto que al funcionar, cambian esa actitud y se encuentran *uno al lado del otro*, a fin de obtener la utilidad que si no obran de consuno, no obtendrían. V. también Auletta, p. 25, aunque este autor también atribuya naturaleza contractual a esa segunda etapa; habla, en efecto, como Vivante, de "ejecución del contrato de sociedad".

⁷¹ Ferro-Luzzi, pp. 22 y s. anota las diversas fórmulas en la doctrina italiana, para referirse a este fenómeno jurídico: *contratos con comunidad de fin*, para Bolaffio, Graziani y Sena; *plurilaterales*, para Ascarelli, Gasperoni, Romano-Pavoni; *de colaboración*, para Ferrara Jr.; *de organización*, para Auletta; de *prestaciones plurales convergentes*, para La Lumia, y, en fin, *asociativos* para Ferri, Messineo, Carnelutti y él mismo. Lo que interesa, por supuesto, no es la terminología, ni el énfasis que cada calificativo da a distintos elementos de esta figura, sino la pléyade de juristas notables y la contribución de cada uno al análisis y a la configuración de este fenómeno jurídico.

es esencial, y por la otra, que normalmente, por tratarse de un negocio abierto, pueden entrar a formar parte de él otro u otros socios.⁷²

En la asociación en participación, la definición legal (artículo 252 LGSM) habla de que “una persona concede a otras que le aporten bienes y servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas. . .”; y así como el asociado constituye siempre una sola parte, esas otras personas asociantes —si son varias— no constituyen sendas partes, sino una sola, en cuanto que se trataría de un único centro de intereses, y que siendo así, la A en P siempre sería un contrato bilateral. En tal caso, frente al único asociado existiría sólo una parte asociante, aunque ella fuera plurisubjetiva.

b) *La sociedad misma, como parte.* Ahora bien, las partes constituyen y organizan la sociedad, o sea que se agrupan para formar ésta, lo que significa que se trata de una colectividad que se organiza para crear una unidad, que habrá de operar con mayor o menor independencia de los socios, con mayor o menor autonomía patrimonial respecto de ellos. ¿Quiere esto decir que esta unidad —la sociedad que se crea— es a su vez parte en el contrato? No, evidentemente, puesto que la sociedad es resultado del acuerdo de los socios; es un contrato, pero no integra a éste. Lo curioso y lo importante en este negocio es que la sociedad constituye un ente propio, distinto de los socios, lo que quiere decir que ella será parte en los negocios jurídicos en que intervenga, y que celebre con terceros, pero también con los socios, considerados individual o colectivamente, en cuanto que éstos representen intereses propios, distintos o los de su carácter de tales socios. Es decir, el contrato de sociedad da lugar a la constitución de una nueva persona, de una entidad con los atributos de la persona, con la que pueden entrar en relaciones jurídicas los propios socios que la crean.

Por una parte, la sociedad misma organizada forma un núcleo de intereses propio (el interés común de los socios), que puede ser distinto y hasta opuesto al personal y particular de cada uno de sus miembros;⁷³ y por la otra, todos y cada uno de los socios se vinculan con la sociedad creada, no solamente en virtud

⁷² Cfr. Galgano, *Il contratto di società*, n. 1-2, p. 3.

⁷³ Como sucede, por ejemplo, respecto a la obligación legal (art. 35 LGSM), o al pacto convencional que se inserte en la escritura social, de no competencia de socio alguno en contra de la sociedad. Me refiero al interés extrasocial del socio, que pudiera tener como titular de derechos distintos a los de la sociedad. Se trataría pues, de aplicar la prohibición del art. 196 LGSM, en cuanto que el socio tuviera un interés contrario al de la sociedad, no como socio, sino como titular de derechos extrasociales, los cuales se contrapongan a los sociales; *vgr.*, que el socio sea arrendador y la sociedad arrendataria; en cambio, si se trata de interés del socio en cuanto tal, por ejemplo, de obtener una ganancia, que es la causa jurídica de su ingreso a la sociedad de que se trate, y que el interés de la sociedad pueda ser el de retener las utilidades y no repartir dividendos a sus socios, para fortalecer su capacidad económica, mediante aumentos futuros de capital o la constitución de reservas de reinversión, no estaremos ante una relación bilateral o sinalagmática de la que ambos —sociedad y socio—, formen parte, sino de la relación sociedad-socio en la que no impera la reciprocidad de intereses, sino el interés de la sociedad, y el principio de la mayoría; es decir, el socio estaría sometido al acuerdo mayoritario, con tal de que sea “legalmente adoptado” (art. 200 LGSM).

de las obligaciones de aportación que asumen (de dar o de hacer) por virtud del contrato social; sino también porque el interés propio de cada uno de ellos se une o fusiona para formar el interés o fin social; y se crean relaciones internas de la sociedad con sus socios, desde el ingreso de éstos, al constituirse la sociedad, y posteriormente, que subsisten mientras el socio forme parte del ente y *permanezca como tal*, o sea, hasta que ceda o transmita sus derechos de socio (su calidad o *status* de socio), o hasta su retiro o separación de la sociedad, o hasta que ella se liquide.⁷⁴

En consecuencia, las partes del negocio asociativo son los asociados o socios que crean la asociación o sociedad, o que ingresan ulteriormente a ellas; y en cuanto a la etapa de funcionamiento de la sociedad, ésta, como persona o ente autónomo, será parte de los negocios que celebre con terceros o con los mismos socios. Si se trata, en cambio, de asociaciones o sociedades sin personalidad, en los negocios que celebre, una de las dos partes será la comunidad de socios.

La independencia y la autonomía entre los intereses de los socios y los de la sociedad, resaltan cuando la sociedad goza de personalidad jurídica, y cuando se limita la responsabilidad de los socios respecto a las obligaciones y deudas que ella asuma, a los bienes que aporten a la sociedad.

Pero, aun en los casos de sociedades sin personalidad, existiría, respecto a los socios, un núcleo autónomo separado, o sea un centro de intereses patrimoniales destinado a la consecución de la finalidad social; y las relaciones de los socios se establecerían, si no con una persona jurídica, sí con el conjunto de los socios que sería el titular del patrimonio separado (*v.g.*, el conyugal o el consorcial), y cada uno de los comuneros tendría que anteponer el interés de la comunidad a su propio interés personal (artículo 943 C. Civ.).

Pues bien, la nota distintiva de la sociedad respecto a otros contratos consiste, tanto en ser un negocio plurilateral, como en que el ente, persona moral, o mera colectividad subjetivada y organizada como estado de comunidad o de copropiedad, constituya un centro autónomo. Aquella nota —plurilateralidad— diferencia al contrato de sociedad de los contratos de cambio; ésta, o sea la creación de una persona o la constitución de un patrimonio separado, distingue al contrato de sociedad de cualesquiera otros contratos o negocios, plurilaterales, pero no asociativos, como la copropiedad (sobre las semejanzas y las diferencias entre la comunidad y la sociedad, volvemos en *infra*, núm. 122), la delegación acumulativa, el transporte combinado, el reaseguro, la comunidad hereditaria, la masa activa de la quiebra, para sólo hablar de fenómenos o instituciones de derecho privado.

⁷⁴ Esta vinculación contractual de cada socio con la sociedad ha llevado a afirmar a Carlucci, "Occhi ai concetti", *RDC*, 1950, I. p. 450, que en la sociedad estamos en presencia no de un contrato sino de un haz o conjunto de relaciones. Desde nuestro punto de vista, ambas situaciones existen: un contrato, el de sociedad, y un conjunto de obligaciones (de aportación) y de derechos de los socios frente a la sociedad.

La calificación del ente mismo como parte del negocio de sociedad debe también desecharse al considerar que a ésta —tenga o no personalidad— no se le puede atribuir una nota que es esencial del carácter de parte y de la naturaleza del contrato, como es el consentimiento (artículo 1794, fracción I C. Civ.), ya que en la sociedad este es sólo la suma o adición de las voluntades de los socios.^{74 bis} A ese consentimiento propio de la sociedad, que se expresa mediante la decisión de sus órganos y de sus representantes legales o estatutarios y que se manifiesta a través del voto (expresión del consentimiento del socio, o del administrador); y que explica fenómenos ajenos a la noción tradicional del contrato, como son, por ejemplo, los contratos colectivos y los contratos-ley del derecho laboral, puede ser opuesto tanto el consentimiento (el voto) de la minoría formada por los socios que hubieran votado en contra del acuerdo adoptado (socios disidentes) o que no hubieran emitido su voto en el sentido del acuerdo social (socios abstencionistas y ausentes), como también el de la mayoría, cuando el órgano de administración o el representante (gerente o director general) de la sociedad, al margen de la voluntad mayoritaria de los socios, sea quien tome las decisiones sociales, en los casos que plantea la práctica actual de sociedades anónimas del predominio de la gestión sobre la propiedad de los socios del capital social.

14. *El objeto del negocio social*

Como objeto de los contratos entendemos, de acuerdo con el artículo 1824 C. Civ., la cosa que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. En materia de sociedades, el objeto sólo puede estar constituido por obligaciones de dar y de hacer, o sea, los recursos y los esfuerzos que indica el artículo 2688 C. Civ. En cambio, las obligaciones de no hacer no pueden constituir, por definición, contribución o aportación alguna de los socios (artículo 2689 C. Civ.).

El objeto, o sea las prestaciones de los socios —aportaciones—, es elemento esencial del contrato de sociedad *strictu sensu*,⁷⁵ y se establece legalmente, tanto respecto a sociedades civiles (artículo 2693, fracción IV C. Civ.), como mercantiles (artículo 6o., fracción VI LGSM), aunque el legislador incurra en un error, que es común en el derecho comparado, o sea, hablar de objeto como fin o causa de la sociedad.⁷⁶ Sin embargo, en cuanto que los bienes, derechos

^{74 bis} Ferro-Luzzi, p. 35.

⁷⁵ No obstante, en ciertos negocios que la ley califica de sociedades, como la sociedad conyugal y la sociedad mutualista, no se impone a los socios obligación alguna de dar o de hacer, o sea, una obligación de aportar propiamente dicha. En rigor, en ninguno de estos dos negocios estamos ante una sociedad, sino ante un estado de comunidad de bienes, en el primer caso, y una asociación mutualista en el segundo.

⁷⁶ Entre otros, véanse arts. 2693, fr. III, C. Civ., 6o. fr. II, 182, fr. IV y 229, f. II. LGSM. En nuestra doctrina, criticando este error, Rodríguez Rodríguez, *Tratado*, I, 38 y s. y Mantilla Molina, n. 290, o. 221 (17a. ed.).

y servicios en que consistan las aportaciones de los socios están destinados al cumplimiento de la finalidad de la sociedad,⁷⁷ ambas notas se relacionan entre sí, como se desprende claramente de la definición del artículo 2688 C. Civ.: combinación de recursos y esfuerzos para cumplir un fin común.

Dada la naturaleza especial del negocio asociativo, en materia de objeto también debemos distinguir este elemento en la relación bilateral de la sociedad con cada uno de sus socios, y además, respecto a la sociedad misma. En aquélla, el objeto está constituido por los bienes o derechos que cada uno de los socios aporte (aportaciones de capital), o por el trabajo que ejecute para la sociedad (aportaciones de industria). En cambio, el objeto de la sociedad misma, está formado por la suma de las aportaciones que constituyen el patrimonio original de la sociedad, y que integren capital social.

Por lo que se refiere al objeto de la relación jurídica sociedad-socio, a reserva de volver más ampliamente sobre el tema al tratar de las aportaciones (*infra*, núm. 25 y ss.), rigen los principios y las reglas de los contratos bilaterales (artículos 81 C. Co. y 1858 C. Civ.), o sea la rescisión o el cumplimiento forzoso en caso de incumplimiento (artículo 1949 C. Civ. y 376 C. Co.), aunque con características peculiares según se desprende de los artículos 118 y 121 LGSM; la anulabilidad de la aportación respectiva, en los casos de vicios (artículo 2225 C. Civ. y en cuanto a falta de formalidades, artículo 79, fracción I C. Co.); la *exceptio inadimpleti contractus* (ex-artículo 1836 por lo que se refiere a la reciprocidad de las obligaciones entre las partes); empero, estos principios no afectan a la sociedad misma, dado su carácter plurilateral;⁷⁸ o sea, que aun cuando se rescinda o se anule la aportación de uno o más socios, la sociedad subsiste; se reduciría su capital o disminuiría su patrimonio con el valor de la aportación afectada. Cuando más, al salir dañada la sociedad, por ejemplo porque al rescindir o anularse la participación de un socio, el número de ellos sea menor que el mínimo legal, o porque el bien materia de la aportación que se anule resulte esencial e insustituible para el cumplimiento de la finalidad de la sociedad (*e.g.*, una determinada patente), o, por último, porque el capital social reducido resultara inferior al fijado en los estatutos o al mínimo legal, la sociedad tendría que disolverse y liquidarse (artículo 229 LGSM), lo que obviamente es una solución distinta a la nulidad y a la rescisión, y resulta inaplicable a las relaciones recíprocas con los socios.⁷⁹

⁷⁷ Ferro-Luzzi, p. 94.

⁷⁸ En cambio, en negocios esencialmente bilaterales como la A en P, sí regirían, incluso si, como creemos, no estamos en presencia de una sociedad, sino de un estado de comunidad de bienes.

⁷⁹ En el derecho italiano, el art. 1420 *in fine* del Código Civil, respecto al supuesto de nulidad en los contratos plurilaterales, que "afecte el vínculo de una sola de las partes", establece que ella "no importa la nulidad del contrato, salvo que la participación de la parte deba considerarse esencial en el caso concreto".

15. *El fin o la causa de la sociedad y de los socios*

La finalidad de la sociedad estriba tanto en el propósito que se le fije, de carácter económico o de otra índole, para ser cumplido a través de la organización que le sea propia, y con los medios que los socios hayan aportado y que ella misma adquiera; como en el interés común que los socios hayan tenido para constituirla o para ingresar a ella posteriormente. Aquel concepto del fin o causa de la sociedad tiene en cuenta, no sólo el mencionado propósito (que se refleja en una cláusula del contrato social, artículo 2693, fracción II C. Civ., y 6o., fracción II LGSM), sino su realización, a través de la actividad, del funcionamiento de la sociedad, etapa durante la cual, asimismo, se tratará de cumplir el fin común de los socios.

El fin y el interés que son pues comunes a todos los socios se vinculan así tanto a la organización y funcionamiento del ente, como a las cuotas o aportaciones de ellos;⁸⁰ sin aquéllos y sin éstas, la sociedad carecería de contenido y efectividad.

Ahora bien, de esta finalidad social —interés social—, debe distinguirse la propia y particular de cada socio —interés de los socios—,⁸¹ aunque aquélla determina y fija el alcance de ésta.

Si la sociedad persigue un fin lucrativo, la causa o fin que el socio tiene al ingresar a ella es un fin personal y egoísta: la obtención de ganancias —que constituye su meta principal— aunque para lograrla haya de someterse a la organización y al funcionamiento de la sociedad y de contribuir al patrimonio de ella con bienes o servicios. Para la sociedad, en cambio, el fin inmediato, que es social o colectivo, consistirá en cumplir los propósitos económicos previstos al constituirse, y en lograr los objetivos que se le fijen, mediante la actividad,⁸² y la organización que sea propia del tipo de sociedad de que se trate.⁸³ La obtención de ganancias solamente es una meta mediata.⁸⁴

⁸⁰ Sobre la vinculación entre la finalidad y la organización, y la crítica del "obscurísimo concepto de organización", para explicar la naturaleza jurídica de la sociedad, véase Ferro-Luzzi, pp. 121 y s.; y el mismo autor, pp. 13, 94, y 104, respecto a la vinculación entre fin común y aportaciones.

⁸¹ Al respecto, véanse Ascarelli, *Appunti*, p. 146; Pugliatti Salvatore", "Fiducia e rappresentanza indiretta", en *Diritto Civile*, Saggi, Milán, 1951, p. 266 y s.; Ferro-Luzzi, *passim*, especialmente 83 y s.; Spada Paolo, *La tipicità delle società*, Padua, 1974, 116 y s.

⁸² Se habla en la doctrina de "actividad común", tendiente a la producción de bienes o servicios. *Cfr.* Spada, pp. 125 y s.

⁸³ Spada, pp. 134 y s.

⁸⁴ Sobre la distinción entre el fin (común) de los socios, y sobre el propio de la sociedad, *cfr.* Fernández de la Gándara, pp. 38 y s. Aquel interés de los socios —dice este autor (p. 41)—, es de derecho privado, y admite la regulación convencional, el pacto de las partes; éste, el de la sociedad, tiende a convertirse en interés social y público, en *ius cogens*. El autor analiza ciertas corrientes del derecho actual de ver en la finalidad de la sociedad, que sería distinta a la finalidad de los socios, el reconocimiento de fenómenos como el de la separación de intereses entre los socios, propietarios-inversionistas *Anlageaktionär*, y gestores-especuladores, *Spekulationsaktionär*; del predominio de los gerentes sobre los dos órganos clásicos

En los casos de sociedades con fines no económicos, para los socios la finalidad principal estriba en la satisfacción de sus deseos y aspiraciones de carácter cultural, religioso, deportivo, etcétera; para la sociedad, consiste en cumplir la tarea y el problema trazados a través de la organización que sea propia de la respectiva sociedad o asociación.

A diferencia, nuevamente, de los contratos bilaterales, en los que se plantea un conflicto de intereses entre las partes y en los que la causa de la obligación de una radica en la prestación que debe recibir de la otra (*quid pro quo*), en la sociedad se trata de un interés y de una finalidad común a todos los socios (artículos 2670 y 2688 C. Civ.), por lo que el interés personal de éstos se conjuga, y no cabe que hagan valer dentro de la sociedad y como tales socios de ella, intereses contrarios (porque ello sí daría lugar a conflictos de intereses entre la sociedad y el socio o socios respectivos, artículo 196 LGSM). Los socios, como ya dijimos, no actúan antagonicamente, uno frente al otro, sino coordinadamente uno al lado del otro,⁸⁵ y ésta es, repetimos una vez más, la diferencia fundamental entre los contratos de cambio y los contratos asociativos.⁸⁶ La sociedad, a su vez, tiende a la realización de la finalidad común, a la que los socios deben subordinarse.

En esta materia debemos distinguir la finalidad común de la sociedad, de esa finalidad individual del socio al constituir y al ingresar a la sociedad; ese estado de ánimo continuo y permanente del socio de entrar y de permanecer dentro de la sociedad, que desde el derecho romano constituía la llamada *affectio societatis*.⁸⁷ Esta relación es propia e individual de cada socio; aquélla es, en cambio, general, común a ellos, de alcance ulterior y de rango más alto; aunque ambas, repito, están íntimamente vinculadas a través del funcionamiento (activi-

de la sociedad anónima, la asamblea de accionistas y el consejo de administración; el de la cogestión; el de nuevas formas de sociedades y empresas, como la sociedad unimembre, y los grupos de sociedades. Fenómenos cuyo análisis se inició a partir del fin de la Primera Guerra Mundial, con la "empresa en sí", que atribuye una finalidad objetiva a la sociedad, que estriba en la subsistencia y el crecimiento de la negociación que organiza; el del *Fuhrerprinzip*, conectado con el predominio de los gerentes —*managerial revolution*, que diría Burnham. Sobre estos problemas y la posición contractualista — no institucionalista de nuestro derecho, V. *supra*, n. 12 e *infra*.

⁸⁵ Vivante, n. 311, pág. 28.

⁸⁶ Así, Ferro-Luzzi, 25.

⁸⁷ Así, Arangio-Ruiz, *La società*, cit. 66 y s.; *affectio* que también se presenta, dice este autor, con iguales requisitos, en la posesión y en el matrimonio. Para J. E. Escarra y J. Rault, *Traité théorique et pratique* t. I, n. 132 p. 155, la *affectio societatis* es "un elemento de validez propio del contrato de sociedad, que se puede definir como la voluntad de colaboración activa con vista a la realización del objeto social." Véase también Paillusseau, p. 52 y Ferro-Luzzi, p. 26, aunque este último autor, en otra parte de su obra (p. 96), asimila la *affectio societatis* con la finalidad social, que parece ser la tesis de Escarra-Rault. Esta nota, tan cara aún para gran parte de la doctrina francesa (*cfr.*, para todos, últimamente, Paillusseau, p. 43, con la amplísima literatura que cita; en contra Ripert, *Les aspects juridiques, passim*. . . y el propio Paillusseau, pág. 45), ha sido criticada, por considerarla inútil, por la doctrina italiana (Brunetti, Antonio, *Trattato del Diritto delle società*, vol. I, p. 14), y española (v. Girón

dad) y mediante la organización por la sociedad de los bienes, derechos y servicios aportados por los socios, que constituyen el medio e instrumento para cumplir el fin social, y que están subordinados a éste.⁸⁸

En la primera relación, estamos en presencia de una obligación bilateral, que algunos autores franceses consideran como un contrato entre la sociedad y el socio, de la misma naturaleza de los contratos de cambio, en el que el socio busca la mayor utilidad o beneficio, con la menor contribución o esfuerzo —aportación— (sobre esto, v. *infra*, núm. 27), la sociedad, en cambio, en la segunda relación, tratará de que se cumpla su finalidad, actuando todos los socios de consuno y unitariamente, a través de la actividad y dentro de la organización de la sociedad, que es propia del fin para el que fue creada.⁸⁹ En esta segunda relación no existe reciprocidad del socio frente a la sociedad, ni de los socios entre sí: el fin es de cooperación, de coordinación, desde el punto de vista de la sociedad misma; alcanzarlo, constituye para ella su realización y su razón de ser, aunque para ello no se cumpla ni se satisfaga —cuando menos de manera inmediata— el interés egoísta y personal de sus socios.

16. La forma en el negocio social⁹⁰

La regla en nuestro derecho, tanto civil (artículos 1796 y 1832 C. Civ.), como mercantil (artículo 78 C. Co.), es la ausencia de formas, la consensualidad: “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley”. En materia de sociedades, la ley sí exige formalidades. Si se trata de asociaciones, el artículo 2671 C. Civ. indica que “el contrato por el que se constituya una asociación debe constar por escrito”, y lo mismo establece la LGSM (artículo 254) para la asociación en participación. Si se trata de sociedades civiles, igualmente, el artículo 2690 C. Civ. exige la forma escrita, y la escritura notarial “cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación deba hacerse en escritura pública”. Respecto a

Tena, *Derecho de sociedades* p. 202); se trata sin duda, de un concepto vago y esquivo, de “una fórmula, decía Gustavo Bonelli en un estudio notable sobre la comunidad de hace más de 75 años”, “Il concetto di comunione”, *RDC*, I, 313, bastante enigmática, sobre un concepto —el de sociedad— aún más enigmático”.

⁸⁸ Ferro-Luzzi, pp. 104 y s., habla de “coordinación entre los bienes y la acción social”.

⁸⁹ Sobre el concepto jurídico de actividad, como nueva categoría al lado de los tradicionales de acto, hecho y negocio jurídicos, véanse las luminosas páginas de Ferro-Luzzi 188 y s.; o bien, meramente como un sistema para la construcción e interpretación de “una vasta gama de fenómenos jurídicos”, pp. 202 y s. 214 y s. Véanse también, Auletta, “Attività”, en *Enciclopedia del Diritto*. . ., Milán 1958, III, pp. 981 y s., y Spada, pp. 127 y s. La importancia del estudio de este fenómeno trasciende la temática de las sociedades, para aplicarse y tratar de explicar, entre otros, el concepto de comerciante individual (art. 30., fr. I. C. Co.), el ejercicio del comercio, la actividad bancaria, la empresa misma que fundamentalmente es actividad del empresario dirigida a la producción de bienes o servicios; y en derecho público, nada menos que la actividad del Estado.

⁹⁰ En *Infra* n. 32 se insiste sobre este tema.

las sociedades mercantiles, el artículo 5o. LGSM, también exige "que se constituyan ante notario, y en la misma forma se hagan constar sus modificaciones". En cuanto a las sociedades cooperativas, no rige esta regla, pero su constitución debe hacerse "en asamblea general que celebren los interesados, levantándose acta. . . en la cual. . . se insertará el texto de las bases constitutivas. . ." (artículo 14 LGSC).

Por otra parte, además de las formalidades requeridas por la ley, debemos distinguir otros dos elementos: los requisitos que la ley fija para las diferentes clases y tipos de sociedades, y la publicidad de ellas a través de la inscripción en el registro que les corresponda. Por lo que se refiere a aquéllos, tanto para las sociedades civiles como para las comerciales se exige que "el contrato de sociedad" (artículo 2693 C. Civ.), "la escritura constitutiva" (artículo 6o. y 91 LGSM), o las "bases constitutivas" (artículo 15 LGSC), contengan ciertas menciones, como son los nombres de los socios, el objeto (*rectius*, la finalidad) de la sociedad, su nombre (razón social o denominación), el importe del capital social y la aportación de cada socio, etcétera. Y para las mercantiles solamente, además, la nacionalidad y domicilio de los socios, la duración de la sociedad, su domicilio. En cuanto a requisitos de publicidad, el artículo 2694 C. Civ. dispone que el "contrato de sociedad debe inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles para que produzca efectos contra tercero"; y el artículo 3071 (de las reformas del C. Civ. publicadas en el D.O. de 3/1/79), que "en los folios de las personas morales [del Registro Público de la Propiedad], se inscribirán: fr. I, los instrumentos por los que se constituyan, reformen o disuelvan las sociedades y asociaciones civiles y sus estatutos". Respecto a las sociedades reguladas en la LGSM, el artículo 2o. dispone en su primer párrafo que aquellas "inscritas en el Registro Público de Comercio tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios", y en el párrafo tercero, que las no inscritas en dicho Registro, pero "que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros. . . tendrán [también] personalidad jurídica". Por último la LGSC establece en su artículo 19 que "la Secretaría de Economía Nacional, [ahora, la de Trabajo y Previsión Social], hará inscribir el acta constitutiva en el Registro Cooperativo Nacional"; y el artículo 2o. del Reglamento de tal Registro dispone lo mismo en sus fracciones I y II.

Ahora bien, otras reglas del derecho mercantil y del civil son, en aquél, que "los contratos que no llenen las formalidades requeridas [escritura y determinados requisitos para su validez], no producirán obligación ni acción en juicio" (artículo 79 C. Co.); y en el derecho común, que "la falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes. . . produce la nulidad relativa [del acto]" (artículo 2228 C. Civ.), que "se extingue por la confirmación hecha de la forma omitida" (artículo 2231 C. Civ.); y que "si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable. . . , cualquiera de los interesados pueden exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la Ley" (artículo 2232 C. Civ.).

Estas reglas sobre formalidades, tratándose de asociaciones civiles o mercanti-

les (asociación en participación), se aplicarían, porque no existe respecto a ellas disposición especial o distinta: en cambio, con relación a sociedades, sí existen reglas especiales muy importantes, a las que en seguida nos referimos.

Empero, ni el C. Civ., en materia de asociaciones y de sociedades, ni la LGSM en materia de asociación en participación, exigen la misma formalidad escrita, o de escritura notarial, respecto de las modificaciones que se introduzcan al pacto social (sí lo hace, en cambio, la LGSM por lo que toca a las sociedades comerciales, artículo 5o.). ¿Acaso esas modificaciones no deben cumplir las mismas formalidades que el negocio constitutivo, dado el principio general de libertad de forma que establecen las disposiciones antes citadas (artículos 1796 C. Civ. y 78 C. Co.)? La respuesta es afirmativa, sí deben cumplirlas. El contrato social (y también las bases constitutivas de las sociedades cooperativas), artículos 14 y 15 LSC, a que aluden los artículos 2671 C. Civ., y 254 LGSM, se integra tanto por el pacto constitutivo como por sus reformas, por lo que tanto aquél como éstas están regidos por los mismos requisitos de forma; de donde la ausencia u omisión de requisitos formales —constar por escrito, y, en su caso, en escritura pública— acarrea la situación irregular de las modificaciones mismas (que sólo excepcionalmente hace surgir, y que se aplique, el régimen de las sociedades irregulares, del artículo 2o., párrafos tercero y siguientes LGSM, v. *infra*, núm. 112), salvo la confirmación ulterior o el saneamiento al cumplirse las formalidades omitidas.

Para las sociedades civiles, la falta de forma concede a los socios el derecho de pedir su liquidación, pero mientras la sociedad subsista, "el contrato produce todos sus efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma" (artículo 2691 C. Civ.). Si el defecto se refiere, no a que falte la escritura pública, sino a que ésta no contenga alguno de los requisitos enumerados por el artículo 2693, se aplica también —según establece el último párrafo de este artículo— lo dispuesto por el artículo 2691.

Pues bien, esta facultad concedida a los socios de demandar la liquidación puede no ejercitarse, y, normalmente, no se ejercitará, tanto porque ellos mismos sean los responsables de la falta de forma, como porque a nada conduce liquidar el ente, cuando de la propia norma se desprende que la sociedad subsiste en pleno vigor entre los socios (las relaciones internas entre ellos, y de ellos frente a la sociedad); y que frente a terceros (relaciones externas con acreedores y deudores), aquéllos tampoco pueden oponer la falta de forma. ¿Podrían acaso los terceros contratantes con la sociedad —no los socios— demandar la liquidación e invocar tales omisiones? . . . No se ve qué interés les derivara al hacerlo, tanto si dichos terceros fueren acreedores como si fueran deudores. Sí, en cambio, si los acreedores fueran del socio, no de la sociedad. En aquel caso, de la subsistencia de la sociedad, de su patrimonio, y de la responsabilidad ilimitada, subsidiaria y solidaria de sus socios-administradores (artículo 2704 C. Civ.), se derivaría la posibilidad de la satisfacción de sus créditos, y no de que, subrogándose a los socios, solicitaran la liquidación del ente, y en ella inscribieran sus créditos para

ser pagados del activo social, y del activo de los socios-administradores. Solución complicada cuyos resultados no serían mejores y sí peores que los que obtendrían con la subsistencia del ente y la responsabilidad personal del o de los socios administradores.⁹¹

Si se tratara de deudores sociales, tampoco se ve que ellos pudieran invocar la falta de forma de la sociedad acreedora, porque no hay norma que les conceda tal derecho, y porque carecerían de interés para deducir su acción (artículo 1o., fracción IV CPC), ya que aunque la sociedad se liquidara, ellos se mantendrían como deudores de la sociedad en liquidación; por el contrario, si la sociedad subsiste (porque, por hipótesis, los socios no habrían pedido su liquidación, y a los deudores nunca correspondería la acción oblicua para demandarla —artículos 2058 y ss. C. Civ.—, ella puede exigir el cumplimiento de sus derechos frente a los deudores.

No obstante, como el derecho de solicitar la liquidación se concede a “los socios”, éstos, o alguno de ellos, pueden demandar en cualquier momento la liquidación, y el pago de la cuota que les corresponda. Lo que sucedería en casos en que no quisiera el socio mantenerse dentro de la sociedad.

Por otra parte, no creemos que este derecho a pedir la liquidación, que concede el artículo 2691 C. Civ., se oponga, y que, por ende, derogue lo dispuesto por los artículos 2231 y 2232 del mismo ordenamiento, en cuanto a la posibilidad de confirmar el acto o de cumplir posteriormente las formalidades omitidas; por el contrario, creemos que la confirmación y el saneamiento están al alcance de la sociedad y de los socios, y que no hay por qué llegar al remedio heroico (y de muy dudosos beneficios respecto a todos los interesados) de la liquidación. Aquélla, o cualquiera de éstos, en lugar de la liquidación, pueden subsanar la formalidad omitida, redactando posteriormente el contrato escrito, y en su caso, acudiendo a notario, con lo cual confirmarían el acto (artículo 2231); o pueden exigir (a los administradores), que el contrato se otorgue en forma legal (artículo 2232), lo que también tendrá el efecto de sanar las formalidades que se hubieran omitido.

Esta solución, o sea la posibilidad de aplicar las disposiciones de los artículos 2231 o 2232 C. Civ. —en lugar de acudir a la liquidación del ente— es aún más de acogerse si se trata de la omisión de alguno de los requisitos del contrato social que enumera el artículo 2693 C. Civ.; y por mayoría de razón, en el caso de modificaciones ulteriores del contrato social que no se hayan protocolizado notarialmente. ¿Por qué acudir los socios y liquidar la sociedad, en estos casos, o cuando la escritura no indique los nombres y apellidos de los socios (fracción I), la razón social (fracción II), el fin social (fracción III), el importe del capital social y la aportación con que cada socio debe contribuir, si la sociedad seguiría viviendo sin esos requisitos, y sobre todo, si ese o esos requisitos pudieran agre-

⁹¹ Para una interpretación semejante, escudriñando lo que debe entenderse por “interés del acreedor social”, *cfr.* Bonelli, “Sulla teorica della società irregolare”, RDC, 1906, I, 24.

garse ulteriormente? El principio de la conservación de la empresa y el de economía de esfuerzos, y el sentido común mismo, llevaría a esto y no a matar al ente.⁹²

Por lo que respecta a las sociedades mercantiles, cualquiera que sea el defecto o la falta de forma, su inscripción en el Registro de Comercio produce efectos sanatorios, ya que "no podrán ser declaradas nulas" (artículo 2o., párrafo segundo).⁹³

Pero, *q.j.*, si las sociedades no fuesen inscritas, y qué si los defectos u omisiones se refieren a alguno o algunos de los requisitos que enumeran, el artículo 6o. LGSM para todas ellas, el artículo 91 para las sociedades anónimas y el artículo 15 LGSC para las cooperativas? Distingamos los distintos supuestos que se pueden presentar.

En el caso de sociedades no inscritas, caben dos hipótesis, a saber, que consten en escritura pública, o bien, que ésta no se hubiese otorgado, ya sea porque el contrato de sociedad fuera meramente verbal, o porque se trate de un contrato privado.

17. *La escritura notarial*

En esta primera hipótesis se habría cumplido la formalidad del documento notarial, por lo que no cabrían sanciones por ello. Sí, en cambio, por su falta de inscripción, lo que plantea un supuesto distinto, el de sociedad irregular, problema al que después nos referimos, *infra*, capítulo décimo; sin embargo, la escritura pudiera ser omisa en alguno o algunos de los requisitos que la ley exige para todas las sociedades, o para el tipo social de que se trate. Este supuesto se rige por los mismos principios que se aplican al caso de que no exista escritura, al que pasamos a referirnos.

18. *La falta de escritura y de los requisitos legales del negocio*

En el caso de ausencia de escritura notarial, debemos distinguir dos nuevas hipótesis, a saber, que el pacto social (verbal o escrito) tuviese los requisitos que señalan las fracciones I a VII del artículo 6o. (a los que la LGSM atribuye carácter de esenciales); o bien, que no contenga alguno o algunos de esos requisitos.

En el primer caso, el artículo 7o. LGSM, concede a cualquier socio el derecho de demandar judicialmente el otorgamiento de la escritura, solución que corres-

⁹² La complementación de requisitos de los distintos tipos de sociedades forma parte de un fenómeno más amplio, el de la "formación progresiva del contrato"; así como de problemas tales como el de los requisitos mínimos de ellos, sobre éste. V. Canelutti, Francesco, "Formazione progresiva del contratto", en RDC, 1916, II, pp. 308 y s.

⁹³ Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, cit., 18a. ed., n. 297, p. 228. Rodríguez Rodríguez, *Tratado I*, p. 161, en contra, pues en casos extremos admite la inexistencia o la nulidad.

ponde a la que en materia de nulidades por falta de forma prescribe el artículo 2232, C. Civ.⁹⁴

Para el segundo caso, la LGSM no contiene disposición alguna. El C. Co. de 1890 disponía la "nulidad del pacto social, que se declararía a pedimento de cualquiera de los socios" (artículo 96). Podría pensarse en la subsistencia de esta norma, ya que la LGSM no contiene disposición incompatible con ella (artículo 9o. C. Civ.); no obstante, esa disposición y todas las relativas a sociedades mercantiles fueron expresamente abrogadas por el artículo 4o. transitorio de la LGSM.

Creemos que aunque no se aplique al caso que examinamos el artículo 96 C. Co., que está derogado, sí se aplica el principio semejante al de la anulabilidad que establece el artículo 2228 C. Civ.; o sea, la posibilidad de confirmar el acto, y la de cumplir posteriormente la forma omitida, que deriva de los multicitados artículos 2231 y 2232 C. Civ.;⁹⁵ y si todo ello resultara imposible, tendría la sociedad que liquidarse, por no haber la nulidad de las sociedades inscritas en el Reg. de Co., ni aun de aquellas que se exteriorizan ante terceros (artículo 2o. LSM), según se desprende de los párrafos cuarto y quinto de dicho artículo.

Por lo que toca a la S.A., el artículo 91 LGSM establece otros requisitos que debe contener la escritura constitutiva. Pues bien, todos ellos pueden faltar y confirmarse posteriormente sin daño o menoscabo del pacto social, porque, o la propia ley los suple (como sucede con las menciones de las fracciones VIII a XIII del artículo 6o.), o concede el remedio de la confirmación.

En efecto, que no se indique la parte exhibida por cada socio del capital social (artículo 91, fracción I), o la forma y términos en que deba pagarse la parte insoluble de las acciones (fracción III), implica que las aportaciones de los socios se cubrieron por igual e íntegramente (por aplicación del principio: *si non fuerit partis societatis adictae aequas eas esse costat*. V. notas 114, 151 y 171), que no se indique el número de acciones (fracción II), permitiría que se presumiera que cada socio tiene una, o bien, que posteriormente se sanará el defecto (ex-artículo 2234 C. Civ.); que se omita el valor nominal de las acciones, equivaldría a la existencia de acciones sin valor nominal (artículo 125, fracción IV *in fine*), o, de

⁹⁴ Que la solución indicada del art. 7o., LGSM, coincida con la del art. 2232, C. Civ., a pesar de que esta norma plantea un caso de nulidad, y no la del art. 7o. LGSM abona nuestra tesis de que los principios de confirmación y de saneamiento de los arts. 2231 y 2232 C. Civ. deben aplicarse a los casos de falta de formalidades en las sociedades mercantiles.

⁹⁵ Mantilla Molina, cit. n. 305, p. 234 (18a. ed.), afirma que la falta de algún requisito esencial en el documento constitutivo equivale a que el documento faltase, o sea, que la sociedad derivara de un pacto meramente verbal, y que entonces se aplicaría el art. 7o., primer párrafo LGSM, a saber, que cualquier socio podría demandar que se cumpliera el requisito omitido. Discrepo de tal solución, y sobre todo, creo que ella no podría aplicarse a todos los casos analizados. Mi discrepancia deriva de que el art. 7o. rige para los casos de falta de formalidades y tiende a que éstas se cumplan *a posteriori*; pero en el caso de falta de requisitos esenciales del negocio social, no estamos ante formalidades, sino requisitos de validez o de existencia. El requisito omitido, por no proceder la nulidad de la sociedad, podría ser subsanable por ella misma, pero ¿qué sucedería si ese requisito afectara a los socios, *vgr.*, el objeto de la sociedad; las aportaciones de ellos?

nuevo, sanar la omisión con posterioridad; y si lo que se omite es la naturaleza de las acciones (fracción II), debe considerarse que todas son ordinarias (ex-artículo 112). Si nada se dice de participación de utilidades a los fundadores (artículo 91, fracción IV), obviamente ninguna les correspondería como tales (ex-artículo 100, fracción III, y 105); en cuanto al nombramiento de uno o varios comisarios (fracción V), pese a este texto legal, no hace falta, por lo que normalmente no forma parte de la escritura constitutiva (se trataría de una costumbre *contra legem!*), sino del acuerdo de la primera asamblea ordinaria de accionistas; por último, la escritura puede omitir todos los datos a que se refiere la fracción VI, como ella misma prevé, en cuanto que la voluntad de los socios no modifique las disposiciones legales pertinentes.

En cuanto a las sociedades cooperativas, al igual que los otros tipos de sociedades mercantiles, la omisión de los requisitos legales (que enumera el artículo 15), cuando no haya disposición legal o reglamentaria aplicable (como sería el caso, por ejemplo, de las reglas para la disolución y liquidación de la sociedad, fracción IX; o la duración del ejercicio social, fracción VIII), llevaría a la anulabilidad de ella, por aplicación del artículo 2228 C. Civ., pero pudiendo confirmarse la sociedad y cumplirse posteriormente con los requisitos omitidos (ex-artículos 2231 y 2232, C. Civ.).

En relación a sociedades verbales, o a las que consten por escrito pero no en escritura pública, pero que en cualquiera de esos supuestos realicen actividades, estamos en presencia de sociedades de hecho (S. de H.), que si son mercantiles dan lugar al problema de las sociedades irregulares, en cuanto que no se inscriban en el Registro de Comercio (artículo 2o., párrafo tercero LGSM). La evolución de dichas S. de H. en el derecho francés, a partir del siglo XVI hasta la Ley de 1867, muestra cómo la antigua severidad que imponía la nulidad a las sociedades no inscritas y a las que faltaba alguno de los múltiples requisitos formales, se fue dulcificando hasta excluir su anulabilidad y plantear como solución el saneamiento posterior, o la liquidación del ente.⁹⁶

⁹⁶ Sobre el problema, el concepto y la evolución en Francia de las sociedades de hecho, o que se crean de hecho (como apuntó Hemard en su célebre obra *Theorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*), o sea, aquellas que no cumplen requisitos de forma y de "matriculación" en el Registro, véase Temple, números 15 a 29, pp. 6 a 13.