

CAPITULO TERCERO

Caracteres del contrato de sociedad

34. Caracteres del negocio social: Sociedades civiles y mercantiles . . .	75
35. Otra vez sobre el carácter plurilateral del contrato de sociedad . . .	77
36. Carácter sinalagmático del contrato de sociedad	78
37. Onerosidad del contrato social	82
38. Carácter conmutativo del contrato	85
39. Carácter consensual del contrato de sociedad	85

CAPÍTULO TERCERO

CARACTERES DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

34. *Caracteres del negocio social: sociedades civiles y mercantiles*

El contrato de sociedad en el derecho privado,¹⁸⁰ puede ser civil o mercantil, y se caracteriza por ser plurilateral, sinalagmático, oneroso, conmutativo y consensual (no real).

Que la sociedad sea civil o mercantil depende, en primer lugar, del tipo que se adopte, y en segundo, de la finalidad que se fije a la sociedad que se constituya; depende, pues, de la voluntad de quienes la constituyan.

En efecto, si las partes adoptan uno de los seis tipos de sociedades que enumera el artículo 1o. LGSM, siempre se tratará de una sociedad mercantil, cualquiera que sea su finalidad. Así se desprende tanto de ese artículo, que incluye a las cooperativas, pese a que es de su esencia el no ser lucrativas (artículo 1o. fracción VI LGSC), como del artículo 2695 C. Civ.

Siempre se tratará, igualmente, de sociedades mercantiles si ellas tienen un fin especulativo, como se desprende de la definición legal del contrato de sociedad

¹⁸⁰ En el derecho público, la Ley de Sociedades de Solidaridad Social (D.O. 27/V/76), creó las sociedades así llamadas; sus características, finalidades y normas de funcionamiento difieren de aquellas de las sociedades civiles y mercantiles. Se trata de una figura que se basó en la legislación peruana (decreto 20598, Ley de empresas de propiedad social, publicado el 2/V/74), que tiene fines de ayuda y protección a "ejidatarios, comuneros, campesinos sin tierra, parvfundistas y personas que tengan derecho al trabajo" (i) (artículos 1o. y 49); que requieren autorización del Ejecutivo Federal para funcionar (artículo 7o.); en las que los socios se obligan a aportar su trabajo personal (socios de industria) así como a realizar aportaciones económicas para integrar un fondo de "solidaridad social" (artículo 11); y que cuentan como órganos, con la asamblea general de socios, la de representantes, el Comité Ejecutivo (a cargo de la administración, artículo 22), comisiones que se establezcan en las bases constitutivas o que designe la asamblea general (artículo 16), así como un Comité Financiero y de Vigilancia (artículos 24 y s.). Para un análisis de esta figura, v. Tamayo y Salmorán, Rolando, "Orígenes de la reglamentación de sistemas de cooperativas agrícolas de producción, así como de sociedades y granjas de producción agrícola o industrial", en *Gaceta Informativa* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, año 6, vol. 6, pp. 477 y s., y recientemente, en forma amplia, Garay Maldonado, David y Jorge Ruíz Dueñas, "Empresas autogestoras de propiedad social (los casos de México y Perú)", en *Anuario Jurídico UNAM*, t. VIII, 1981, pp. 141 y 205.

que ofrece el artículo 2688 C. Civ., norma que se aplica tanto en derecho civil como, en forma supletoria, en derecho mercantil.¹⁸¹ Si la finalidad "constituye una especulación comercial", se tratará de una sociedad mercantil, aunque los socios no adopten ninguno de los tipos del artículo 1o. LGSM, sino un modelo o esquema distinto (por ejemplo, una sociedad minera cuyo capital estuviera dividido en "barras", como las que existieron en México durante la Colonia y hasta 1889; o una sociedad civil por acciones), o aunque pretendieran y declararan constituir una sociedad civil con una finalidad especulativa. Por otra parte, basta la intención (el propósito, dicen las fracciones I y II del artículo 75 C. Co.) de realizar una "especulación comercial", aunque, en realidad, no se obtengan lucros, ni ganancia alguna.

¿Qué debe entenderse por especulación comercial? El asunto es de importancia, no tanto cuando se adopta uno de los tipos de sociedades mercantiles, porque entonces, como decimos arriba, es diferente la finalidad que la sociedad persiga, sino cuando constituida una sociedad como civil, se tratara de saber si en realidad lo es, o bien, si es mercantil y está regida por la legislación comercial. Por especulación comercial debe entenderse la realización ordinaria o habitual de actos que el Código de Comercio reputa como comerciales (actividad comercial), en función, ya sea del fin que se persiga en su ejecución (fin de lucro), o sea los relativos al comercio propiamente dicho (artículo 75, fracciones I y II) y a la industria, a través de la organización y funcionamiento de la empresa comercial (artículo 75, fracciones V, XI, XIV, XVI); o bien, de que los actos sean accesorios o conexos de esos otros actos de comercio principales.¹⁸²

Si se trata de otros actos, que sean mercantiles por su objeto o por ser comerciante quien los realice, y *siempre que no se adopte uno de los tipos de sociedades mercantiles*, la sociedad que los ejecute será civil, no mercantil; en cuanto que la finalidad de la sociedad sería "predominantemente económica, pero que no constituya una especulación comercial" (artículo 2688 C. Civ.).

La calificación de la sociedad como civil o mercantil es también importante, porque de ello depende que los actos jurídicos que intervengan en su constitución o en su funcionamiento sean de una u otra naturaleza. Si se trata de una sociedad para la que se adopta uno de los tipos que enumera el artículo 1o. LGSM, el acto constitutivo, la obligación de aportación, el voto, los acuerdos de la asamblea, etcétera, serán actos de comercio; y serán civiles, en cambio, si se trata de una sociedad de esta índole, porque en el caso de una sociedad mercantil y no de una civil o de otra naturaleza, estaríamos en presencia de un comerciante según

¹⁸¹ Así también sucedía en el derecho italiano anterior al vigente, con la disposición correspondiente del C. Civ. de 1865, según Ferri, "Società di commercio, Società interne, Società atipiche: variazioni su vecchio tema", en *Studi in memoria di Bernardino Scorza*, p. 370.

¹⁸² Sobre el concepto, y la clasificación de los actos de comercio en nuestro derecho, me remito a mi *Tratado*, núms. 60, 65 y s.

dispone el artículo 3o., fracción II C. Co.,¹⁸³ y como consecuencia de ello, que deba cumplir con "las obligaciones comunes a todos los que profesan el comercio", como es la contabilidad mercantil (artículo 33 y ss. C. Co.), que pueda solicitar "que se le constituya en suspensión de pagos" (artículo 394 L.Q.) y que incurra en quiebra (artículo 1o., *ibid*).

35. Otra vez sobre el carácter plurilateral del contrato de sociedad

La presencia de más de dos partes o socios en el negocio social, tanto al constituirse como al funcionar, plantea la nota de plurilateralidad que le es propia. Esta característica es obligatoria para cuatro tipos de sociedades: la S.A., que exige la presencia de cinco socios cuando menos (artículo 89, fracción I LGSM; para ciertas clases de S.A., se requieren más de cinco, *v.g.*, las uniones de crédito, en las que el mínimo es de veinte, artículo 87, fracción I, LIC); las cooperativas, que requieren un mínimo de diez socios (artículo 1o., fracción III LSC); las S. de R.L., en su modalidad de interés público,¹⁸⁴ que exige cuatro socios cuando menos (artículo 8o.); "de trescientos individuos" en las sociedades mutualistas "que practiquen operaciones de vida" (artículo 78, fracción V LIS).

En las otras sociedades, es decir, las de carácter civil y las mercantiles enumeradas en las fracciones I, II, III (salvo la modalidad de la S. de R.L., a que acaba de aludirse) y V del artículo 1o. LGSM, la presencia de más de dos socios no es obligatoria, pero siempre es posible, tanto en el momento de su constitución como durante su funcionamiento. Se trata de un contrato abierto, al que pueden ingresar nuevos socios (nuevas partes del negocio), sin cambio alguno de su estructura, y sin desplazar necesariamente a los socios originales; por esto, aunque estas sociedades se constituyan y funcionen sólo con dos socios, se consideran como negocios plurilaterales.

Esta característica del contrato de sociedad no se aplica, en cambio, a ciertas asociaciones que se componen sólo de dos partes. Es el caso, obviamente, de la

¹⁸³ Si se trata de sociedades extranjeras, su carácter de comerciantes no se funda en la fracción II del artículo 3o. C. Co., puesto que, por hipótesis, no están "constituidas con arreglo a las leyes mercantiles" (mexicanas), sino a las leyes de su país de origen; se basa en la fracción III de ese artículo 3o., que requiere que "ejerczan actos de comercio". Para ellas, pues, no rige el criterio de tipicidad, sino de finalidad especulativa: el ejercicio de comercio, que es también la nota de calificación como comerciante de la persona física, según la fracción I del mencionado artículo 3o. Si se diera el caso de sociedad extranjera autorizada por la Secretaría de Comercio e inscrita en el registro respectivo (artículo 251 LGSM), que se establezca en la República, que tenga en ella alguna agencia o sucursal" (artículos 15 C. Co. y 251 fracción III LGSM), pero que no ejerza el comercio —o que todavía no lo ejerza—, se daría el caso de una sociedad que no es (o que aún no es) comerciante, y que, inclusive podría considerarse como una especie de sociedad civil, si su finalidad no fuera especulativa, ni se hubiera inscrito en el Registro de Comercio, sino en la Sección de Sociedades del Registro Público de la Propiedad.

¹⁸⁴ Regidas por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público, D.O. del 31/VIII/34.

sociedad conyugal, y de la A. en P., negocio bilateral por esencia, en que sólo existan el asociante y el asociado, pese a que este último puede estar constituido por dos o más personas (así lo indica el artículo 252 LGSM).

La presencia de varios socios (y la finalidad común que ellos persigan) impone la aplicación de ciertas reglas, distintas de las que son propias de los negocios bilaterales, en cuanto a las relaciones inter-partes; como son, el pacto comisorio (artículo 1949 C. Civ., y 376 C. Co.), que no se aplica entre los socios; o la teoría de la inexistencia y de la nulidad del contrato (artículos 2224 y ss. C. Civ.), por falta o por vicios del consentimiento o del objeto, por ilicitud de éste, por falta de forma, etcétera, que se excluye expresamente por la LGSM, artículo 2o., párrafo segundo, y tácitamente por el artículo 2964 C. Civ.¹⁸⁵ En efecto, las sociedades con personalidad jurídica que se hayan inscrito en el Registro (sociedades regulares), o que, en su defecto, se hayan exteriorizado frente a terceros (sociedades irregulares), no pueden ser nulas (ex-artículos 2691 C. Civ. y 2o. LGSM) (v. *infra*, núm. 99).¹⁸⁶

Nuestras leyes sí hablan de nulidad, en cuanto a sociedades con fin ilícito (artículos 2692 C. Civ., y 3o. LSM), y sociedades civiles nulas por contener la llamada cláusula leonina (artículo 2696 C. Civ.); sin embargo, esta nulidad no es propiamente tal, porque supone la subsistencia del ente. Es una ineficacia por completo distinta a la inexistencia y a las nulidades reguladas en el ordenamiento civil, puesto que si bien se llega a la extinción del contrato, esto se realiza por un procedimiento especial de disolución y de liquidación de la sociedad, como expresamente indican aquellos preceptos.

36. *Carácter sinalagmático del contrato de sociedad*

Esta característica, que se da en la relación de la sociedad con sus socios y no en las relaciones que existan entre éstos, ya que no hay reciprocidad entre los socios, consiste en la correlación entre la aportación de los socios y la finalidad común que persigan dentro de la sociedad.¹⁸⁷ Esto se expresa claramente en la

¹⁸⁵ Según Guyot, *Droit des affaires*, núm. 154 y s., ps. 142 y s., a "las nulidades en materia de sociedades derogan triplemente las nulidades de las obligaciones según están reguladas en el C. Civ. Todas esas derogaciones, se explican por el hecho de que la *anulación sería catastrófica para los socios y los terceros de buena fe.*" Los tres criterios distintivos entre las nulidades civiles y las propias de las sociedades, son, primero, en esta última materia que las causas de nulidad no son generales, sino sólo las que la ley prevea (núm. 155); segundo, las nulidades sociales son más restrictivas, "la ley multiplica las *posibilidades* de regularización, *a posteriori*" (núm. 156), y tercero, "la nulidad de sociedades no tiene efectos retroactivos, opera sólo como causa de disolución" (núm. 158).

¹⁸⁶ "El principio de la personalidad jurídica, dice Auletta, p. 53, permite la subsistencia del ente pese a la falta de las condiciones necesarias en el momento de la constitución".

¹⁸⁷ Rivolta, pp. 279 y s. Auletta, pp. 32, 46 y s. No hay sinalagma directa, dice este autor ("Risoluzione del rapporto sociale per inadempimento", en *Riv. Dir. e Proc. Civ.* 1955, p. 524), en las prestaciones de las partes, porque la estructura de la relación social "implica la falta de relación recíproca de las prestaciones". Véase también Ascarelli, "Il contratto plurilaterale", en *Studi in tema di contratti*, Milán, 1952, pp. 133 y s., Romano-Pavoni, *Teoria della società*, cit., p. 387.

definición legal del contrato de sociedad: los socios se obligan a combinar sus recursos o sus esfuerzos *para* la realización de un fin común (artículo 2688 C. Civ.).

A cambio, en efecto, de la obligación de dar o de hacer que contrae cada socio (obligación de aportación), y a cambio del conjunto y de la combinación de las aportaciones de todos los socios, lo que va a permitir la consecución del fin de la sociedad, éstos adquieren el *status* de socio,¹⁸⁸ que los hace partícipes de un conjunto de derechos de distinta naturaleza e importancia —patrimoniales y de carácter estrictamente corporativo— que, sin embargo, tienen carácter unitario.¹⁸⁹

La definición del artículo 2688 indica que los socios *combinan* sus aportaciones. Esto plantea una cierta vinculación entre ellos, que sin que sea recíproca, establece una relación de intereses paralelos conectados con la finalidad social. Esta vinculación se acentúa en las sociedades personales, en que la presencia del socio, sobre todo del de responsabilidad ilimitada, puede considerarse fundamental, y su muerte, incapacidad, exclusión o retiro, provocar no sólo la terminación de la relación sociedad-socio (disolución parcial), sino inclusive, la disolución total y la liquidación de la sociedad (artículos 230 y 232 LGSM, 2720 fracciones IV-V y VI C. Civ.); además, en cualquier tipo de sociedades, el incumplimiento del socio y su exclusión puede también provocar la liquidación de la sociedad cuando la aportación de éste fuera esencial o necesaria para el cumplimiento de la finalidad social, o cuando el socio excluido no pudiera ser sustituido y el número legal mínimo de socios se redujera (artículo 229, fracciones II y IV LGSM).

Sin embargo, como dijimos antes, el carácter sinalagmático del contrato de sociedad no opera en las relaciones entre los socios, por más importantes que ellas sean, sino en la relación de cada uno de ellos con la sociedad.

El sinalagma es genético y funcional, como distingue la doctrina italiana;¹⁹⁰ en el sentido de que existe desde que el socio se obliga en virtud de la aportación, y subsiste a lo largo de la vida de la sociedad, en cuanto que el socio adquiere el derecho de participar en el funcionamiento de las asambleas, en la integración

188 Sobre la naturaleza *sui generis* de la calidad o *status* de socio, ni derecho real ni derecho personal, véanse Ascarelli, "Principi e problemi delle società anonime", en *Studi in tema di società*. . . , pr. 3 y s.; y Rivolta, cit., pp. 129 y s., y 139 y s., en cuanto al análisis crítico de esta posición del socio, con referencia a la amplia bibliografía del tema, a partir del estudio de Cicú, Antonio, *El concepto de status*, publicado en los estudios en memoria de Simoncelli, en 1917.

189 Blaise, núm. 49, p. 71; Ripert, *Traité*, núm. 955, p. 367; Rivolta, pp. 273 y s. 279 y s. En contra del carácter sinalagmático del control social, por considerar que en él hay colaboración, pero no prestaciones recíprocas, Ferrara Jr., *Empresarios y sociedades*, trad. esp. Madrid, s/f., núm. 92, p. 139. Es esta una opinión aislada. Para la jurisprudencia francesa, v. también Blaise, núm. 50, p. 72. En el derecho italiano, v. sobre todo Auletta, pp. 46 y s.

190 Persico, *L'eccezione di inadempimento*, Milán, 1955, pp. 61 y 64, que en los contratos plurilaterales como el de sociedad, distingue el sinalagma genético. . . en el período de organización y el sinalagma funcional, en el período de ejecución o funcionamiento. V. también, Auletta, 51 y s.

de los órganos de administración y de vigilancia, etcétera.¹⁹¹ Además, en virtud del sinalagma, se concede a cada socio una participación en las utilidades y pérdidas (artículo 16) y en la cuota de liquidación (artículos 246, fracción I, 247 y 248 LGSM), que son esenciales, ya que no se concibe el carácter de socio sin que participe en unas y en otras.¹⁹²

No se aplica la nota sinalagmática a las relaciones entre los socios, porque de ser así, se afectaría a la sociedad de manera que la nulidad de la aportación de un socio o el incumplimiento en que incurriera, daría lugar a la nulidad de ella o al derecho de los otros socios frente al incumpliente de demandar la rescisión o el cumplimiento forzoso, y en ambos casos daños y perjuicios (artículo 376 C. Co., y 1949 C. Civ.); e inclusive, permitiría que se "opusiera la *exceptio inadempti contractus* por parte del socio, que la invocaría para negar o retardar su propia aportación cuando los demás socios estuvieran en mora de conferir la suya" todo lo cual es inaplicable en materia de sociedades.¹⁹³

Por el hecho de que las relaciones no se establecen entre los socios, sino entre cada uno de éstos con la sociedad, en función de la finalidad de ésta, que suple el fin propio individual y egoísta de ellos, los vicios de la voluntad y del consentimiento de cada socio, que provoque la nulidad de éste, como también los vicios o defectos que tengan los bienes que aporte, no afectan en general a la sociedad misma sino a la relación interna entre sociedad y socio. Esta relación, por otra parte, como ya indicamos en el número anterior, puede terminar por muerte, retiro o exclusión del socio, sin que ello afecte necesariamente a la sociedad (en las sociedades personales, sí pueden esos hechos provocar la disolución de ésta; artículos 230 y 231 LSM), salvo que la prestación misma o la presencia del socio sean esenciales para la consecución de la finalidad de la sociedad, o para conservar la estructura del tipo de sociedad de que se trate.

Se darían estos casos cuando el bien prometido por un socio fuera necesario e imprescindible para poder realizar el objeto de la sociedad; cuando el cumplimiento del fin de la sociedad se hiciera imposible; cuando se violaran prohibicio-

191 Di Sabato, 11, en págs. 55 y s., se refiere al carácter instrumental de las aportaciones respecto a la consecución de la finalidad social, como lo indica nuestro artículo 2688 C. Civ.

192 V. Rivolta, 270, lo que excluye que fuera socio aquel a quien se otorga la totalidad de los derechos corporativos, pero no el deber de participar en las pérdidas. Esta opinión que comparto, hace que un fiduciario no pueda considerarse como socio. V. *infra* núm. 115 y nota 220).

193 Al respecto, v. Auletta, pp. 50 y s., de quien copiamos la anterior transcripción, p. 55. Véanse también, Ascarelli, *Il contratto plurilaterale*, cit., p. 133 y Messineo, "La struttura della società e il c. d. contratto plurilaterale," en *Studi di Diritto delle società*, Millán, 1949, pp. 31 y s. Para Persico, p. 64, la excepción de incumplimiento sólo procedería frente al socio incumpliente que demanda el cumplimiento, pero no frente al socio que ha cumplido, a pesar de que haya otros socios, además del demandado, que no hubieran cumplido; pero ello, salvo que las prestaciones de éstas sean esenciales para la consecución del fin común.

nes de orden público (fin ilícito),¹⁹⁴ o a las buenas costumbres; cuando no existiera o no subsistiera la colectividad de los socios.¹⁹⁵

Ahora bien, que el sinalagma se predique en las relaciones entre la sociedad y el socio (cada uno de ellos), y que tanto sea genético (al constituirse la sociedad) como funcional (en el período de funcionamiento de ella), hace que esta nota se aplique en las dos fases del negocio social, o sea, la de carácter contractual, al constituirse, como la del carácter no contractual como negocio *sui generis* de funcionamiento, en la segunda etapa (v. *supra* 9).

En aquella primera relación contractual sobresale respecto a los derechos y obligaciones de la sociedad y el socio, la aportación de éste y el deber de combinar las distintas aportaciones integrando el capital y el patrimonio sociales; en esta primera etapa, además, se da la correspondencia de las aportaciones a las exigencias del contrato social, la obligación de cada socio de entregar o de prestar a la sociedad la cosa o el servicio a que se hubiere obligado, y el derecho de la sociedad a exigir el cumplimiento de la respectiva prestación del socio. A cambio de su aportación, aun cuando todavía no se haya entregado a la sociedad (en ciertas sociedades, como las personales) o no se haya pagado totalmente, se concede al aportante el *status* de socio, con el conjunto de derechos, y en algunos casos de obligaciones (adicionales a su aportación, v.g., no competir) que le son propios.

En la segunda relación entre socio y sociedad, o sea cuando ésta, ya constituida, opera y funciona, existe por parte del socio, frente a la sociedad, su obligación de concurrir —activa o pasivamente— a la consecución de la finalidad de ella; a no obstruir el cumplimiento de dicho fin, y a subordinar los fines propios y egoístas del socio, al fin común del ente: el deber de lealtad o fidelidad del socio de que se habla en la doctrina.¹⁹⁶ El deber de lealtad se manifiesta en las sociedades personales en la obligación de no competencia (artículos 35, 57, 211 LGSM), y en todas, en su obligación de abstenerse de votar en asuntos en que los socios tengan intereses contrarios a los de la sociedad (artículos 196 LGSM), y, en fin, de someterse al acuerdo de las mayorías (artículos 46 y 200 *ibid*).

Por parte de la sociedad, está obligada frente al socio a respetar y permitir el ejercicio de los derechos corporativos de éste —de su *status* de socio—, que son múltiples; unos, de carácter patrimonial (dividendos, intereses constructivos, cuota de liquidación), los otros, de consecución, o sea de participación en la vida social, mediante la intervención en la integración y funcionamiento de los órga-

194 Graziani, Alejandro, *Diritto delle società*, 5a. ed., Nápoles, 1962, p. 36.

195 La sociedad, dice Auletta, *La risoluzione*, cit., 524, es un negocio en el que deben participar dos o más socios, y en el que pueden participar un número indeterminado de ellos; si sólo hay dos o uno desaparece (por exclusión, muerte, retiro), eso hace venir a menos el fin común, "que se convierte en fin de un solo sujeto".

196 Girón Tena, *Derecho de sociedades*, pp. 295 y s.: el "deber de fidelidad del socio" tiene una extensa acción moralizadora en el derecho de las sociedades. El contenido y la característica de este deber aparecen en el marco de la "buena fe" en las relaciones obligacionales". Entre nosotros, v. Rodríguez Rodríguez, I, p. 94 y s. ed. 1959.

nos, el derecho de voto, el de preferencia para suscribir en forma proporcional los aumentos de capital, el derecho de retiro en ciertos casos, etcétera. La violación de estos derechos concede al socio acciones contra la sociedad, de ineficacia o nulidad de los acuerdos tomados; de responsabilidad frente a los administradores, etcétera.

En síntesis, en esta fase del funcionamiento de la sociedad, el carácter sinalagmático de la relación sociedad-socio, se manifiesta, por parte de éste, en la prosecución del fin común, y por parte de la sociedad, en el reconocimiento y el respeto del *status* de socio.

37. Onerosidad del contrato social

En cuanto que el socio está obligado a aportar bienes o servicios y tiene derecho a participar en las utilidades que la sociedad genere, estamos en presencia de un contrato oneroso, y no gratuito, porque no hay sólo provechos para una de las partes, sino para ambas, sociedad y socio y las dos incurren en "gravámenes recíprocos" (artículo 1837 C. Civ.); a cambio de servicios o bienes que el socio debe aportar, tiene derecho a participar en las utilidades, en la gestión y en la organización de la sociedad,¹⁹⁷ aunque las primeras no existan, ya sea porque la sociedad no sea lucrativa, o porque a pesar de serlo, no se logren en actividad, o porque ella resuelva reinvertirlas, lo que no implica que la junta o asamblea de socios no pueda disponer y resolver sobre el destino de las utilidades, o sea, si han o no de distribuirse como dividendos entre sus socios, y en qué cuantía;¹⁹⁸

197 Romano-Pavoni, p. 388 y Simonetto, en *Riv. Dir. Civ.*, p. 2 y s. "No es válida, dice Galgano, (*La società per azioni*, cit. pp. 158 y s.), una sociedad por acciones que en el acto constitutivo excluya de toda división de utilidades a los socios. . . se violaría el esquema causal de sociedad. . . , si en el acto constitutivo se inserta una cláusula que prohíba la distribución de utilidades entre los socios, o una que obligue a la sociedad a seguir una política de "salir a mano" (*bilancio in pareggio*), o que excluya toda posibilidad de obtener utilidades; por ejemplo, estipulando vender a precio de costo; ni tampoco son admirables estipulaciones que impongan la adopción de criterios de gestión que no sean lucrativos". Esta última consideración de Galgano, que es válida en Italia, donde la finalidad de las sociedades por acciones siempre es lucrativa (artículo 2247 C. Civ.), no lo sería en México, en que se permite la constitución y el funcionamiento de cualquier tipo de sociedades mercantiles, para cumplir una finalidad distinta al lucro, e incluso, a las de carácter económico. Sin embargo, si de la finalidad de la sociedad no se deriva claramente, que es distinta a la especulación y al lucro, debe presumirse que lo sea, y en tal caso iría en contra de tal finalidad especulativa, cualquier pacto tendiente a no obtenerla, como afirma Galgano.

198 Galgano, *ibid.*, p. 159, con su agudeza característica, asienta: "la medida mínima de las utilidades a obtenerse. . . no se puede considerar impuesta por la causa del contrato de sociedad; corresponde a la mayoría. . . resolver en qué medida debe distribuirse la utilidad obtenida y en qué medida. . . debe invertirse en la actividad productiva; y por mayoría de razón, entran dentro de sus facultades adoptar una política económica que influya sobre la cuantía de las utilidades a realizarse. Constituye un dato de la experiencia, que muchas sociedades. . . , especialmente de grandes dimensiones, renuncian durante largos períodos a una política de obtener las máximas utilidades, porque su intención sea, conquistar nuevos mer-

sin embargo, el acuerdo o la política de distribuir (o de no distribuir) no debe constituir un abuso del poder de la mayoría en contra de la minoría.

En cambio, si la finalidad de la sociedad, además de preponderantemente económica (la que también puede ser propia de las sociedades civiles, artículo 2688 C. Civ.), constituye una especulación comercial, característica exclusiva de las sociedades mercantiles, consideramos que una cláusula estatutaria que prohíba de manera permanente y no transitoria, la distribución de utilidades, o que disponga un destino diferente de ellas, iría en contra del fin o causa de esa sociedad y estaría afectada de nulidad, en los términos del artículo 2225 C. Civ. A este supuesto no se aplicaría la prohibición del pacto leonino (artículo 17 LGSM),^{198 bis} que supone que uno o varios socios sean sacrificados en favor de otro u otros, y no, como en el presente caso, que la privación de utilidades afecte a todos ellos en favor de la propia sociedad o de intereses distintos a ella.

También son manifestaciones claras del carácter oneroso del contrato de sociedad, por una parte, que los socios que ingresen respondan de todas las obligaciones sociales contraídas antes de su admisión (artículo 13 LGSM), y que los que se retiren o sean excluidos "quedarán responsables para con los terceros, de todas las operaciones pendientes en el momento de la aplicación o exclusión" (artículo 14); y por otra parte, la prohibición del pacto leonino (artículo 17) y el derecho y la obligación del socio a permanecer dentro de la sociedad (sólo puede ser excluido por incumplimiento, ex-artículo 35),¹⁹⁹ y sólo tener derecho de retiro en casos especiales (v.g., artículos 34, 38, 206, LGSM); y a conservar en ella la misma participación (ex-artículo 130).

Esta característica de onerosidad no se desvirtúa porque se hagan partícipes de las utilidades a sujetos que no aporten, como son los fundadores de la S.A. (artículos 104 y ss.), los titulares de acciones de trabajo (artículo 114), y los trabajadores de la sociedad (artículos 117 a 131 de la LFT); o bien, a socios que han sido reembolsados de su aportación y en lugar de sus acciones comunes reciben acciones de goce (artículo 137); porque, en efecto, en alguno de esos casos

cados, acrecentar su potencialidad económica, o bien, tener influencia para resistir la competencia nacional o internacional; para salvaguardar la posibilidad de supervivencia de la empresa. . . y aun, del sistema económico mismo, dentro del cual aquella encuentra sus propias posibilidades de existencia. . .".

198 bis En el sentido del texto, es decir, en contra de una cláusula semejante, Rodríguez Rodríguez, I, p. 596 si bien este autor se basa en el artículo 17, que nosotros consideramos inaplicable. Mantilla Molina, núm. 473, p. 337 (18a. ed.), en cambio, admite la validez de tal cláusula, porque el propósito de obtener y repartir ganancias no es esencial, en México, de las sociedades mercantiles. Convengo en esto, pero distingo, si la sociedad que se constituya tiene una finalidad especulativa, contradictoria con ella sería el pacto de no distribución de utilidades; sí cabe que el pacto subordine la distribución a la consecución de cierta política social, pero no que ello constituya una cortapisa permanente, mientras la sociedad exista.

199 En esta norma, es claro el derecho del socio como efecto y consecuencia de su obligación de aportar: "la sociedad podrá excluir al infractor, *privándolo de los beneficios que le corresponden en ella*", pp. 50, 121.

el beneficio otorgado constituye una obligación legal (laboral) que se impone a toda clase de sociedades: la participación de los trabajadores en las utilidades; y en otros, es meramente facultativo porque depende de que se pacte en el contrato social.

En cambio, sí pueden considerarse como gratuitas ciertas obligaciones que se impongan al socio, de realizar aportaciones suplementarias, en cuanto que, a cambio de ellas, ningún derecho adicional le conceda la sociedad.²⁰⁰

El carácter oneroso del contrato de sociedad también existe, como antes decíamos, en sociedades que no tengan un fin especulativo y que se constituyan como sociedades civiles (artículo 2688 *in fine*, C. Civ.), o como mercantiles por adoptar uno de los tipos de ellas, que enumera el artículo LGSM. En esos casos, pese al carácter no lucrativo (de beneficencia, de ayuda entre los socios como en las cooperativas y mutualistas, deportivas, etcétera), la sociedad puede tener utilidades, a las que los socios como tales tendrán derecho; e inclusive, si no se obtienen, la contraprestación del socio, no económica, sería de consecución que es un derecho corporativo; es decir, de participar en la organización y en la gestión de la sociedad, a cambio de su aportación. Si ésta no se realiza, total o parcialmente, la sociedad puede excluir al socio (artículo 120 LGSM) y, en consecuencia, privarlo de todos los derechos corporativos (deliberación, voto, suscripción preferente del nuevo capital, etcétera).

Es posible y hasta frecuente entre nosotros que se constituyan *sociedades satélites*, dependientes de otras y vinculadas a ellas por contratos de suministro, de ventas, de servicios (*v.g.*, de arrendamiento financiero —*leasing*—), las cuales se planean y funcionan para no obtener utilidades, sino para servir a esas otras (sociedades controladoras —*holdings*—) en actividades que éstas no quieran realizar, por cuestiones profesionales, fiscales, laborales, etcétera; como también es posible y frecuente que esas empresas satélites se constituyan para absorber parte de las utilidades, que se canalizarían a las controladoras si ellas no distribuyeran y delegaran funciones a las sociedades controladas y vinculadas.

En cualquiera de estos casos estamos en presencia de fenómenos sociales auténticos, y de sociedades onerosas, como tales y respecto a sus relaciones con los socios que las integren. Constituyen, en cambio, problemas jurídicos distintos, el tratamiento que deba darse a dichas situaciones de vinculación y control, en cuanto a la situación laboral del personal de ambas, la controladora y la controlada; su situación fiscal (*cfr.*, artículos 57 A a L LIR, reforma del 1/1/82;

²⁰⁰ Según, Blaise, *cit.*, núm. 48, 70, en las "corporations" de los Estados Unidos de Norteamérica, es posible considerar que los socios reciban gratuitamente los beneficios sociales, en casos en que se admitan acciones sin valor nominal, que permitan que aquéllos no realicen aportaciones. En nuestro derecho, a pesar de que se permite la emisión de esta clase de acciones —artículo 125, fracción IV LGSM.— ellas requieren aportaciones de los socios, como en el caso de las acciones comunes, ya que ambas forman parte del capital social. La única diferencia es que aquéllas no expresan su valor nominal, ni el monto del capital, para evitar que se crea que el valor nominal corresponda al valor real de la acción.

la posición de ambas respecto a pactos o prohibiciones de competencia (*v.g.*, artículo 35 LGSM); el carácter de inversión extranjera que el control pueda tener en beneficio de un extranjero (artículos 2o., 5o., y 8o., LIE), etcétera.

38. *Carácter conmutativo del contrato*

El negocio social es conmutativo, no aleatorio, tanto respecto a los socios como a la sociedad.²⁰¹

Es cierto que la prestación económica a cargo de la sociedad, consistente en la participación del socio en las utilidades, depende de que, en efecto, éstas existan; y desde este punto de vista podría afirmarse que la existencia del derecho relativo depende de una condición, o sea de que los resultados económicos sean favorables (artículo 1838 C. Civ.); sin embargo, no se trata propiamente de una condición como modalidad de la obligación, sino como supuesto jurídico, o sea, de una *conditio iuris*; además de que, repetimos, la participación en las utilidades no es el único, ni el principal, derecho del socio, tanto porque aquéllas queden excluidas, como porque otros derechos, como los de participar en las asambleas y en la administración de la sociedad, y el derecho de voto, son medios indispensables y necesarios para el ejercicio de aquel derecho pecuniario: si bien es cierto que al ingresar el socio a la sociedad no sabe cuánto recibirá de utilidades; y en este sentido, "no es posible la evaluación de la ganancia", como establece el antes mencionado artículo 1838 C. Civ.; también lo es que esos otros derechos corporativos, son ciertos y conocidos desde que el socio entra a la sociedad; además, el socio siempre participa en la pérdida, aunque sólo sea porque al momento de la liquidación (de la sociedad o de la parte que él le corresponda), no haya cantidad alguna que repartirle, y lo que pierda sea el monto que aporte, o los servicios que prestó a la sociedad.

De la necesaria certeza de las prestaciones a cargo del socio deriva el que —como ya hemos dicho— no se permitan las aportaciones ficticias, ni la transmisión a la sociedad de derechos aún inexistentes, como los de carácter aleatorio que tuviera el socio, en los casos de contratos de igual naturaleza en que fuera parte (venta de esperanzas, juego, apuestas, renta vitalicia, seguros de daños de personas, o de derechos ajenos al socio), o sujetos a condición suspensiva.

39. *Carácter consensual del contrato de sociedad*

Pasemos ahora a examinar si el contrato de sociedad es un contrato real o consensual.

²⁰¹ Guyón, respecto a la aportación que él considera como un contrato núm. 100, p. 88, afirma su carácter oneroso pero aleatorio, p. 89, porque si el socio sabe el valor de lo que aporta, desconoce "el valor de las partes o acciones que recibe como contrapartida"; o sea que el valor de éstas depende de que la sociedad tenga utilidades o pérdidas.

Como se sabe, nuestro derecho en materia de obligaciones y contratos, tanto civiles como mercantiles, es eminentemente consensual: "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento": (artículos 1796 C. Civ., y 78 C. Co.), sin que se requiera la tradición de la cosa (artículos 2249 C. Civ., y 378 C. Co., en cuanto al contrato traslativo por excelencia, que es la compraventa). Esta tendencia, que en materia civil llega hasta considerar como consensual a contratos que tradicionalmente se han considerado reales como es el caso del depósito (artículo 2516 C. Civ.),²⁰² se respeta en cuanto al negocio social. En efecto, de las definiciones legales de los contratos de asociación (artículo 2670 C. Civ.) y de sociedad (artículo 2688 *ibid*), se desprende que basta la obligación que asumen los socios de reunirse y de combinar sus aportaciones, para la realización de una finalidad común, para que el contrato relativo se perfeccione, sin que se requiera la entrega de los bienes que los socios han de aportar para dicho perfeccionamiento, y a pesar también de que los accionistas (en la S.A. y en S. en C. por A.), aún no hayan recibido sus acciones. A partir de ese acuerdo de voluntades se debe considerar que existe la sociedad, y que cada una de las partes adquiere el *status* de socio.²⁰³

Esto se desprende, aunque no con claridad suficiente, de algunas normas: del artículo 96 LGSM, que, a pesar de referirse a la constitución pública de la S.A., sienta un principio general: "si un suscriptor (socio) faltare a las obligaciones que establecen los artículos 94 y 95 (o sea, a la obligación de entrega de la cosa), los fundadores (y por mayoría de razón, el órgano de administración en sociedades ya constituidas) podrán exigirle el cumplimiento, o tener por no suscritas las acciones".

Se desprende también del artículo 11, según el cual, si el bien que el socio transfiere a la sociedad no se ha entregado y parece sin culpa o negligencia de ésta (*i.e.*, parece por culpa o negligencia del socio, por acto de tercero, o bien, por caso fortuito), se impone al socio el riesgo relativo, lo que significa que se considera que la sociedad ya se ha constituido y tiene derecho a recibir — y acción para reclamar del socio— el equivalente del bien que ha perecido.

El carácter consensual también se desprende del hecho que puedan ser materia de aportación derechos como el de goce, y los servicios que preste el socio, que son de ejecución diferida, por lo que no pueden entregarse —real, jurídica o virtualmente— al tiempo en que la sociedad se constituye.²⁰⁴

Ahora bien, tratándose de sociedades de capitales, la LGSM exige que al constituirse la sociedad se *exhiba* parte o la totalidad del monto de la aportación. En

202 El contrato mercantil de depósito, en cambio, conserva aún su carácter real, según el artículo 334 C. Co.

203 La opinión de que el contrato social no es real, es prevalenciente en derecho extranjero, según Simonetto, *L'apporto nel contratto*, pp. 9 y s., con amplia bibliografía. Véase también Vivante, núm. 316, p. 33.

204 Simonetto, *ult. cit.*

el caso de la S. de R.L., debe exhibirse "por lo menos el cincuenta por ciento del valor de cada parte social" (artículo 64), independientemente de que este valor se cubra en dinero, o en otros bienes o derechos. Y en cuanto a la S.A. y la S. en C. por A., si la acción se paga en dinero, que "se exhiba. . . cuando menos el veinte por ciento del valor de cada acción"; y si ha "de pagarse. . . con bienes distintos del numerario. . . que se exhiba íntegramente el valor de cada acción" (artículo 89, fracciones III y IV).

Pues bien, la exhibición de la cosa (total o parcial) constituye, como también sucede en los contratos traslativos, una obligación a cargo del *accipiens* (del socio, del vendedor, etcétera); y no un requisito esencial del negocio. La sociedad, cualquiera que sea su tipo, que esté ya legalmente constituida, tiene derecho a exigir la exhibición o entrega, como cumplimiento de la obligación que asumió el socio de aportar. En este sentido, es claro el artículo 96 LGSM arriba transcrito.

En cuanto a la aportación de bienes o derechos distintos al dinero, la norma no exige, para la constitución de la sociedad, como en el caso de dinero en efectivo, la exhibición —parcial o total— de la cosa, sino del valor de ella: "del valor de cada acción" que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos del numerario; es decir, que si el socio se obliga a suscribir acciones por valor de mil, se obliga a dar —exhibir— a la sociedad bienes por valor de mil; cuáles sean ellos, y cuál el momento de su pago, son circunstancias cuya determinación no surge necesariamente en el momento de la perfección del contrato, sino que puede ser al momento de la ejecución de la prestación a cargo del socio. Lo que significa que lo que el socio debe prestar a la sociedad (a cualquier tipo de sociedad), es el valor de ciertos bienes, en el sentido más amplio de este último término (cosas materiales, derechos, créditos, etcétera); es decir, que la sociedad adquiere, en el momento en que el socio se obligue a suscribir, el derecho de reclamarle el pago de esa suma, de ese "valor", si bien, ciertamente, a través del bien o del derecho que el socio haya convenido en dar, o sea a través de la entrega de una cosa determinada, o de la cesión o el endoso de un crédito que transmita el socio, aunque su valor se fije en función del uso o del goce que en el futuro haga la sociedad del bien que se aporte (el caso más claro es la aportación del derecho al uso o a los frutos de un inmueble, a la manera del contrato de arrendamiento, o del usufructo), durante un plazo que se fije. En este sentido, el valor de las aportaciones integra el capital social, cuyo monto tampoco se requiere que se reciba materialmente, y en forma inmediata por la sociedad, puesto que se forma, meramente, por la suma de los valores de todas las aportaciones de dar de los socios. El requisito de la entrega, insistimos, no necesariamente coincide con la constitución de la sociedad o el ingreso del socio, sino que puede ser ulterior, en el periodo de ejecución, como sucede en la compraventa con la cosa que el vendedor debe entregar y el comprador debe recibir.

La LGSM prevé expresamente el pago o cumplimiento de la obligación de aportar del socio, con posterioridad a su ingreso a la sociedad, tanto en el artícu-

lo 89, fracción III antes citada, como en los artículos 118 y 141. Aquél indica que:

cuando constare en las acciones el plazo en que deban pagarse las exhibiciones y el monto de estas, transcurrido dicho plazo, la sociedad procederá a exigir judicialmente en la vía sumaria (vía improcedente, porque no existe en materia procesal mercantil) el pago de la exhibición, o bien, a la venta de las acciones.²⁰⁵

En el caso de la S. de R.L. (y de la S. de R.L. de I.P.), como dijimos antes, al momento de la constitución de la sociedad, o de que el socio ingrese a ella suscribiendo una (nueva) parte social, debe entregarse "por lo menos el cincuenta por ciento del valor de cada parte social". El saldo de la parte social a cargo del socio (dividendo pasivo), puede exigírsele judicialmente por la sociedad (ex-artículos 118 y 119 LGSM); lo que no procedería, en cambio, es la venta a favor de terceros (no socios) de la parte social del socio incumpliente, como se prevé para las S.A. en los artículos 118 *in fine*, 119 *in fine* y 120 LGSM, salvo que se cuente con la aprobación de los demás socios o de la mayoría de ellos (artículos 65 y 66 *ibid*).

En cuanto a las sociedades personales (S. en N.C. y S. en C.), la LGSM no prevé si el socio o socios capitalistas deben cubrir la totalidad del monto de la parte social que suscriban, al momento de la suscripción, o posteriormente; sí se exige que ellas tengan capital social (artículos 6o., fracción V, 48 y 57, primer párrafo LGSM), y que el contrato social exprese "lo que cada socio (capitalista) aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos, y el criterio seguido por su valorización" (artículo 6o., fracción VI). Consideramos que sí es perfectamente posible que el o los socios capitalistas sólo entreguen una parte de su aportación al ingresar a la sociedad, la cual se deberá fijar en el contrato social mismo (o en el que se celebre con el socio para que éste ingrese con posterioridad), sin que en ningún caso pueda dejar de exhibirse alguna cantidad, o algún porcentaje a cuenta del valor de la aportación, lo que convertiría el ingreso del socio en un acto gratuito. Y en cuanto al pago del saldo de la aportación (o sea, del dividendo pasivo), se sigue el mismo sistema de la S. de R.L., que indicamos al fin del párrafo anterior, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 31, 33 y 57 primer párrafo LGSM.

²⁰⁵ Una tercera posibilidad, además de estas dos, es la cancelación de dichas acciones, con la consiguiente reducción del capital social, artículo 121 LGSM.