

ASOCIACIONES Y SOCIEDADES 15

1. El principio corporativo.
2. Corporaciones y fundaciones.
3. Corporaciones y universalidades.
4. El patrimonio de las corporaciones.
5. La estructura corporativa.
6. Los fines en las asociaciones y sociedades.
7. Las relaciones internas de los miembros.
8. Las asociaciones en participación.
9. El contrato de organización.
10. La personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones.

ASOCIACIONES Y SOCIEDADES

SUMARIO: 1. El principio corporativo. 2. Corporaciones y fundaciones. 3. Corporaciones y universalidades. 4. El patrimonio de las corporaciones. 5. La estructura corporativa. 6. Los fines en las asociaciones y sociedades. 7. Las relaciones internas de los miembros. 8. Las asociaciones en participación. 9. El contrato de organización. 10. La personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones.

1. *El principio corporativo.* A través de las asociaciones y las sociedades se realiza, en el ámbito de lo jurídico, la idea de colaboración humana; ambas instituciones son instrumentos por medio de los cuales los particulares, en ejercicio de la autonomía privada, coordinan sus esfuerzos o aportan bienes para realizar un fin común. Del hecho social de la colaboración en torno a un interés común, el derecho elabora el principio corporativo, llamado también asociativo, y que comprende las asociaciones propiamente dichas y las sociedades civiles y mercantiles.¹

Las asociaciones, las sociedades civiles y las sociedades mercantiles, son las tres formas corporativas para llevar al cabo, convencionalmente y dentro del campo de la autonomía privada, esa colaboración entre las partes.²

El artículo 2670 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, define a la asociación como un convenio en virtud del cual varios individuos se reúnen de una manera que no sea enteramente transitoria para realizar un fin común, no prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico; en tanto que el artículo 2688 del mismo Código Civil dice que 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 constituye una especulación comercial.

¹ Por formas corporativas entiendo lo que se conoce también como formas asociativas en general. La voz "corporación" se sustituye a asociación, para indicar el género asociativo (que comprende sociedades y asociaciones propiamente dichas) y parece conveniente su uso, a fin de dejar al vocablo asociación su sentido propio, restringido a la asociación, como contrapuesto a sociedad.

² Sobre el concepto sociológico de solidaridad activa, véase Recaséns Siches, L., *Sociología*, México, 1956, p. 338.

A su vez, el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles enumera los tipos de sociedad a los que son aplicables las disposiciones de esa ley.

Veamos cuáles son los elementos genéricos que aparecen en cualquiera de las dos formas corporativas a las que me he referido (asociaciones y sociedades).

Ambas tienen en común:

a) Aluden a relaciones de colaboración en paridad, entre sujetos que se unen por medio de vínculos de solidaridad activa.

b) Se presentan como un conjunto de reglas de conducta dictadas por las partes (autonomía privada).

c) Organizan la actividad de sus miembros con miras a la realización de un fin común.

d) Para lo cual se atribuye a la corporación capacidad para ser titular de un patrimonio propio (*habere arcam*).

La capacidad de goce a que alude el inciso d) significa en nuestro derecho, atribución de personalidad jurídica a la corporación.³

La idea de corporación no aparece claramente destacada, sino a principios de la Edad Media, con motivo de la cuestión planteada acerca de la personalidad de la Iglesia; pero está fuera de duda que en Roma, antes de la Ley de las XII Tablas, se conocieron ciertas asociaciones que bajo el nombre de *sodalitates*,⁴ tenían por objeto alcanzar fines de culto religioso, probablemente con el propósito de celebrar ceremonias orgiásticas.⁵

2. *Corporaciones y fundaciones.* Al lado de las corporaciones, que tienen como denominador común el ser agrupaciones de personas, encontramos a las fundaciones, que son universalidades de cosas (*universitas rerum*). Corporaciones y fundaciones son entidades conceptuales, artificios jurídicos creados con carácter instrumental para la realización de un fin transpersonalista, digno de reconocimiento y de tutela por el ordenamiento jurídico.

Se advierte claramente que mientras el principio corporativo (o asociativo) sirve de base para unificar a una pluralidad de individuos, a través del principio fundacional, se logra prolongar en el tiempo los efectos de una declaración de voluntad individual, de contenido patri-

³ Artículo 25, fracciones III y IV del Código Civil.

⁴ Duclareil, J., *Roma y la organización del derecho*, Barcelona, 1928, p. 184.

⁵ Probablemente los antecedentes de las primitivas agrupaciones asociativas en Roma se relacionen con ciertos colegios que aparecieron más tarde con el nombre de *collegia funeraticia*, a los que la República, y después los emperadores, reconocieron como agrupaciones lícitas, aun cuando a veces, algunos senadoconsultos o leyes imperiales, se ocuparon de proscribir la existencia de ciertos *collegia* que tenían fines políticos, Duclareil, *op. cit.*

monial, con la mira a la realización de un fin establecido previamente.⁶

Antes de pasar adelante, conviene señalar los elementos que, conforme a la doctrina generalmente aceptada, distinguen a las instituciones de tipo corporativo de aquellas otras de estructura fundacional.

a) En las corporaciones, la voluntad de la persona jurídica se origina dentro de la misma entidad corporativa, mientras que las fundaciones reciben del fundador la voluntad dirigida hacia la realización del fin propuesto, voluntad a la que los órganos de la fundación se encuentran sometidos.

Se dice que en tanto los órganos de la corporación son órganos dominantes, los de la fundación son órganos sirvientes.

b) El patrimonio de la corporación está constituido por las aportaciones o las cuotas de los socios o de los asociados; al paso que el patrimonio de la fundación, por los bienes que el fundador destina por declaración unilateral de voluntad, a la realización del fin por él propuesto.

c) Las corporaciones tienen como finalidad mediata el interés particular de los socios o de los asociados, bien permitiéndoles disfrutar de ciertos bienes o servicios (si se trata de una asociación) o de los provechos económicos que se llegaren a obtener en el desarrollo de la finalidad de la corporación (si se ha formado una sociedad). Por lo contrario, la fundación tiene como finalidad un interés general, superior, generalmente altruista, que no se confunde con el interés personal del fundador, sino que se realiza en interés de terceros.

Con todo, en el derecho público encontramos ciertas instituciones cuya estructura, organización y funcionamiento, nos permiten advertir la existencia de una zona intermedia entre las corporaciones y las fundaciones, pues aquellas instituciones presentan a la vez las características de unas y otras; unas son fundaciones de tipo corporativo, y otras, corporaciones de tipo fundacional.

Se trata, en ambos casos, de establecimientos que persiguen la satisfacción de intereses generales. Como una fundación de derecho público

⁶ El principio fundacional aparece asimismo en la Edad Media con motivo de las donaciones *piae causas* que algunos fieles, por acto inter vivos o por causa de muerte, hacían a la Iglesia, encomendándole socorrer a los pobres, a los presos, a los desamparados. Los bienes objeto de la donación constituían un patrimonio destinado a un fin, que no se confundía con el patrimonio de la Iglesia, sino que permanecían como universalidad distinta y perfectamente diferenciada del patrimonio eclesiástico. La Iglesia se constituía en simple administradora de un conjunto de bienes que, como unidad, estaba afectado al cumplimiento de la voluntad del fundador, lo cual hizo ver la necesidad de atribuir a esos patrimonios de afectación la personalidad jurídica, corporeidad o capacidad para que la Iglesia pudiera adquirir derechos y obligaciones con cargo a esos bienes, sin comprometer su patrimonio.

de tipo corporativo podría mencionarse al Banco de México, que ha adoptado la forma de sociedad anónima y aun cuando agrupa en su seno, en calidad de accionistas, a las instituciones bancarias privadas, carece de finalidad de lucro; los propósitos que persigue esa institución bancaria trascienden los límites de los intereses de los accionistas, persigue la realización de un interés general: la regulación del crédito bancario y la firmeza del valor de nuestra moneda y de los cambios sobre el exterior.⁷

También encontramos ciertas corporaciones (verdaderas asociaciones) de tipo fundacional. Me parece que el ejemplo mejor acabado de esta clase de instituciones podríamos tal vez encontrarlo en la Universidad Nacional Autónoma de México.⁸

3. *Corporaciones y universalidades.* Así pues, cuando aludimos al concepto "corporación" nos referimos a esas entidades de tipo asociativo a las que los particulares, en ejercicio de la autonomía privada,

⁷ El artículo 8º de la Ley Orgánica del Banco de México, S. A., de 20 de abril de 1941, establece que: "corresponde al Banco de México desempeñar las siguientes funciones:

I. Regular la emisión y circulación de la moneda y los cambios sobre el exterior;

II. Operar como banco de reserva con las instituciones a él asociadas, y fungir respecto de éstas como cámara de compensaciones;

III. Constituir y manejar las reservas que se requieran para los objetos antes expresados;

IV. Revisar las resoluciones de la Comisión Nacional Bancaria, en cuanto afecten a los indicados fines;

V. Actuar como agente financiero del gobierno federal en las operaciones de crédito externo o interno y en la emisión y atención de empréstitos públicos y encargarse del servicio de tesorería del propio gobierno;

VI. Participar en representación del gobierno, y con la garantía del mismo, en el fondo monetario internacional y en el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, así como operar con estos organismos. De acuerdo con la fracción II del artículo 60 de la misma ley, las acciones de la serie "B" sólo tienen derecho a participar de los resultados del ejercicio anual del Banco, el 6% del valor nominal de cada acción (las acciones de la serie "B" están suscritas por las instituciones privadas de crédito). De lo cual se desprende que la actividad crediticia que desarrolla el Banco de México se lleva al cabo no en beneficio de los accionistas, sino en interés general, y que además dicha actividad no tiene carácter de especulación comercial.

⁸ De acuerdo con el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México de 30 de diciembre de 1954, dicha institución es una corporación pública—organismo descentralizado del Estado dotado de plena capacidad jurídica y que tiene por fines impartir educación superior para formar profesionistas, investigadores, profesores universitarios y técnicos útiles a la sociedad; organizar y realizar investigaciones, principalmente acerca de las condiciones y problemas nacionales, y extender con la mayor amplitud posible los beneficios de la cultura.

Conforme al artículo 15 de dicha ley, el patrimonio de la Universidad Nacional Autónoma de México está constituido, entre otros bienes, con los inmuebles y créditos que tenía en el momento en que entraron en vigor las leyes de 10 de julio de 1929 y de 19 de octubre de 1933, así como los que con posterioridad adquiriera (fracciones I a VII). El patrimonio de la Universidad Nacional Autónoma de México permite a dicha institución la prestación de determinados servicios que consisten en el goce y disfrute de los servicios culturales que en ella se imparten.

pueden acudir libremente para el efecto de que, atendiendo a la naturaleza del propósito común perseguido por ellos (ideal o patrimonial), establezcan entre sí relaciones obligatorias en torno al propósito común que ha impulsado sus voluntades, para vincularse en tal manera. La corporación se distingue, como es sabido, del concepto de universalidad.

Recordemos de paso que mientras la universalidad de hecho (*universitas facti*) alude a un conjunto de cosas o de bienes, unificados a través de su destino unitario y en vista de una función común,⁹ la universalidad de derecho (*universitas juris*) se refiere a una pluralidad de relaciones jurídicas coordinadas y reducidas a unidad por voluntad de la ley, sin que exista un nexo económico, ni constituya necesariamente una agregación material de los elementos heterogéneos que la constituyen. Ejemplo típico de la *universitas juris* es el concepto de herencia, que es síntesis y no únicamente suma de elementos activos y pasivos.¹⁰

La unidad en las relaciones internas que en la asociación y en las sociedades se presentan dentro del grupo y que trasciende a las relaciones externas, frente a terceros, se halla formalizada, vigorizada por la idea corporativa que se revela en la personalidad jurídica, en el patrimonio social y en la organización del ente colectivo.

4. *El patrimonio de las corporaciones.* La función que desempeña el patrimonio en las corporaciones nos permite aludir a la diferencia entre las asociaciones y las sociedades.

Principiemos por referirnos al artículo 2670 del Código Civil, que alude al concepto de asociación.

El precepto legal mencionado establece:

Quando varios individuos convinieren 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.

El artículo 2688 del mismo Código Civil estatuye:

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 económicos, pero que no constituya una especulación comercial.

La razón en que se apoya el Código Civil del Distrito y Territorios Federales en los artículos que acaban de mencionarse, para establecer la distinción entre asociación y sociedad no satisface plenamente, por-

⁹ Véase Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1956, p. 357.

¹⁰ Trabucchi, *op. cit.*, p. 359.

que la naturaleza intrínseca de la entidad corporativa no ha de depender del fin que se persiga o por lo menos no ha de ser éste el único *fundamentum divisionis*, porque asociaciones y sociedades son distintas, no sólo en cuanto al fin que puede ser perseguido a través de una o de otra forma corporativa, sino también —y esto es lo que importa ahora— desde el punto de vista intrínseco.

5. *La estructura corporativa.* Por lo tanto, es necesario dirigir la investigación hacia la estructura interna de las corporaciones para encontrar, precisamente allí, el dato que nos sirva para distinguir las asociaciones de las sociedades.

La diferencia no se encuentra en la naturaleza negocial del acto constitutivo, que sería —se dice— simplemente convencional en la asociación y contractual en el negocio societario. En ambos casos, el acto fundacional es, en nuestro concepto, de naturaleza contractual.

Tampoco la distinción puede hallarse en la mayor o menor complejidad de la organización corporativa. Si se plantea que la organización de las asociaciones es menos compleja que la de las sociedades, el solo enunciado de esta nota diferencial parece simplemente vago porque se trata de conceptos relativos y porque, además, encontramos en la práctica asociaciones cuya organización es más compleja que la de ciertas sociedades, particularmente en sociedades por cuotas, de corto capital.

Llevando más a fondo la investigación, Ferrara enseña que las asociaciones son entidades corporativas abiertas en las que capital y número de socios varía constantemente, en el sentido de que todos aquellos que posean determinados requisitos o calidades pueden formar parte de la asociación, mientras que la sociedad está constituida normalmente por un número determinado de socios, que forman un círculo cerrado y por regla general su capital tiene caracteres de fijeza.¹¹

11 Ferrara, Francisco, *Teoría de las personas jurídicas*, versión castellana de Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, 1929, p. 458, dice: “Yo creo que hay un carácter esencial que separa netamente la sociedad de la asociación y es éste: la sociedad resulta de un número cerrado de personas determinadas, la asociación se basa en el cambio de los miembros y continúa no obstante su variación. En la sociedad hay coligación inmóvil entre ciertas personas y sólo excepcionalmente puede alguno de los socios ser sustituido en caso de muerte de heredero (*sic*); en la asociación la puerta está abierta, hay un vaivén continuo de socios, una fluctuación perenne de los elementos que la componen. La asociación está precisamente implantada sobre este cambio de los miembros; aquí está su fuerza en que a los miembros ordinarios sustituyan otros, que su número sea limitado, que la asociación sea por entero (*sic*). Esto no sucede en la sociedad que es una relación de *fiducia e intercertas* personas, que no permite que una de ellas salga y otra nueva entre sin que la sociedad a su vez se extinga y se renueve. La sociedad cuenta sobre la individualidad de los miembros mientras que la asociación prescinde de ella; en la una los socios son instituíbles, en la otra forman una masa fungible. De aquí se deriva que las sociedades tienen un carácter temporal, mientras que las asociaciones son colectividades de duración indeterminada.”

No podemos aceptar el criterio de Ferrara, porque se funda en un aspecto formal, numérico, que no influye en la naturaleza intrínseca de la entidad corporativa.

Ascarelli señala que en las sociedades los derechos de los socios son uniformes, de idéntico contenido: básicamente, participar en las utilidades de la sociedad; en tanto que en las asociaciones, el derecho del asociado tiene diverso contenido, según sea diversa la finalidad propuesta por la asociación: club deportivo, asociación cultural, consorcio, etcétera. Las prestaciones entre asociación y asociado, pueden corresponder directamente al contenido de un contrato de cambio.¹²

Auletta,¹³ sin olvidar la estructura interna de la corporación, dice que:

La distinción entre el género asociativo y la especie sociedad se destaca en el terreno de la finalidad. En esta última las partes se vinculan para realizar prestaciones individuales, a fin de conseguir en interés común, una ventaja económica individual. Para ese fin se organizan fijando la disciplina de las relaciones del grupo y, en esa organización cada uno encuentra el equivalente de su prestación, no en la prestación de los otros socios, sino en la participación de los resultados útiles obtenidos a través de la suma de las prestaciones.¹⁴

¹² Ascarelli, "Società, associazione, consorci, cooperative, trasformazione", en *Studi in tema de società*, Milán, 1952, p. 398, dice: "La distinción puede encontrarse en otros datos que revelan la diferencia entre sociedad y asociación. En la primera cualquiera que sea su finalidad los derechos del socio son idénticos (que bajo el aspecto que aquí nos interesa consisten en el derecho de participar en las utilidades) aun cuando pueda ser diversa la aportación de los socios en los varios tipos de sociedades y por lo tanto diversas categorías de socios en una misma sociedad. En la segunda —esto es en las asociaciones constituidas en interés de los propios asociados— los derechos de los asociados tienen diverso contenido, según sea diverso el objeto de la asociación (cooperativa de crédito, de consumo, deportiva, de consorcio, etcétera) y pueden (como ocurre en la mutualista de seguros) aun directamente corresponder a un contrato de cambio; no se trata de un contrato mixto, como a veces ha sido afirmado en doctrina, sino de la misma elasticidad del contenido del contrato, la elasticidad de la causa como ya hemos tenido oportunidad de señalar, consecuencia de la ausencia de un contenido típico en las prestaciones de las partes, la diversidad de los derechos de los asociados según es diverso el objeto de la asociación y la correspondencia del contenido de una y eventualmente del otro, que podía derivar de un contrato de cambio."

¹³ Citado por Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, t. I, núm. 4, p. 12.

¹⁴ "Debe advertirse la diversidad en el aspecto funcional. La colaboración de los miembros se realiza en la sociedad y en la asociación, con medios distintos en una y en otra. Mientras en ésta es puramente ideal, en la sociedad la aportación de los medios materiales y morales tiende al desarrollo de una actividad lucrativa... Existe una más íntima fusión de voluntades y una más estrecha solidaridad de fuerzas económicas y de trabajo. No se trata simplemente de una colaboración de voluntades. La esencia de la relación consiste en la prestación por los socios, aparte de bienes materiales, de actividad física e intelectual, en cuanto la administración es un poder-deber del socio... En tal sentido se puede decir que la *affectio societatis* distingue a la sociedad de finalidad lucrativa de la asociación, aun cuando ésta tiene, a veces, finalidad económica... La *effectio societatis* es la exteriorización de la voluntad de colaboración interesada, que no es ya un requisito del contrato sino un elemento de su causa...", y más adelante dice: "porque el acento lógico de la disciplina de la sociedad (dice la Relación del Guardasellos) se desplaza del momento negocial al organizativo". La finalidad lucrativa, mientras da fisonomía a la causa

Siguiendo el pensamiento de este autor, podría precisarse la diferencia diciendo que el patrimonio de las sociedades es un instrumento para obtener utilidades en beneficio de los socios, en tanto que en las asociaciones es un medio auxiliar que permite a los asociados disfrutar de los servicios y de las prestaciones que la corporación asociativa ofrece a sus miembros.¹⁵

La influencia que cada uno de los asociados ejerce dentro de la asociación no depende de la cuantía de su cuota, con la que ha contribuido a la formación del patrimonio, sino que es igual a la de cualquier otro miembro de la asociación. Su voto, en las asambleas, se computa por personas y no por el valor de su aportación: “Cada socio —ordena el artículo 2678 del Código Civil— gozará de un voto en las asambleas generales.”

No existe una disposición semejante aplicable a las sociedades civiles. Las partes pueden estipular libremente, en los estatutos de la sociedades, la forma de computar los votos en las asambleas (por personas o por el valor de cada aportación).

En las sociedades mercantiles habrá que distinguir: en la colectiva y en la comandita simple, los socios pueden pactar que la mayoría de votos en las asambleas se compute por cantidades y no por personas; pero si un solo socio representa el mayor interés, se necesitará el voto de otro.¹⁶

En la sociedad de responsabilidad limitada, en la anónima y en la comandita por acciones, las votaciones se computarán por cantidades y no por personas.¹⁷

Por otra parte, al liquidarse las asociaciones, el activo social podrá ser aplicado a los asociados según disposiciones que contengan los estatutos. Si éstos no establecen la manera de liquidar a los asociados su

negocial, señala la línea de separación entre sociedad y comunidad. Sin este elemento calificador, toda comunidad patrimonial debería entrar en la especie sociedad, Brunetti, *op. cit.*, t. 1, núm. 6, p. 15 .

¹⁵ Houpin, C. y Bosvieux, H., *Traité générale théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, París, 1935, t. 1, p. 10, dice: “Por consiguiente, toda agrupación creada para realizar y repartir una ganancia positiva, apreciable en dinero, será una sociedad y toda agrupación, aun formada en vista de un interés puramente material, pero que no tenga por objeto alcanzar un beneficio pecuniario para distribuirlo entre sus miembros, para de esta manera acrecentar el patrimonio de cada uno de ellos, será *ipso facto* una asociación aun cuando inexactamente se le califique de sociedad.” Graziani, A., *Diritto delle società*, Nápoles, 1955, p. 5, dice: “La sociedad es un negocio en el que intervienen dos o más partes, que aportan bienes o servicios, para el ejercicio en común de una actividad económica, con una finalidad lucrativa o mutualista o de consorcio; en cambio, cuando la actividad que va a ejercitarse no sea económica o siéndolo no se dirija a la realización de alguna de las finalidades antes mencionadas, se sale del campo de la sociedad, para penetrar en el de la asociación.”

¹⁶ Artículos 46 y 57 de la Ley General de Sociedades Mercantiles,

¹⁷ Artículos 79, 113, 190, 191 y 208 de la Ley General de Sociedades Mercantiles,

haber social, la asamblea sólo podrá ordenar a título de liquidación la devolución del importe de cada aportación, “los demás bienes se aplicarán a otra asociación o fundación de objeto similar a la extinguida”.¹⁸

El derecho de los socios a participar en la cuota de liquidación en las sociedades civiles puede ser acordado por la asamblea, aun cuando no exista estipulación en los estatutos. En las sociedades mercantiles, la asamblea debe aplicar a los socios el remanente que resulte de la liquidación después de pagadas las deudas sociales.¹⁹

La sociedad ha de desarrollar aquella actividad necesaria para alcanzar el fin último que persiguen los socios: participar en las ganancias de la sociedad. La asociación, en cambio, desarrolla su actividad para que los asociados puedan obtener, a través de los bienes o servicios que les brinda la asociación, la satisfacción de su propio interés, siempre que éste no sea preponderantemente económico.

6. *Los fines en las asociaciones y sociedades.* Surge ahora la cuestión relativa a la finalidad de lucro como elemento esencial en las sociedades.

En material civil, conforme al artículo 2688 del Código Civil, basta que la agrupación de personas tienda a la realización de un fin preponderantemente económico, para que surja la figura jurídica sociedad.

De acuerdo con el artículo 2696 del Código Civil, el pacto que establezca que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno o algunos de los socios y todas las pérdidas a otro u otros, producirá la nulidad del contrato de sociedad civil.

Esto no autoriza para concluir que la sociedad civil ha de perseguir necesariamente una finalidad de lucro. El lucro no es un elemento esencial del contrato de sociedad civil. Esta figura corporativa se caracteriza simplemente por el carácter preponderantemente económico de la agrupación de personas, siempre que no constituya éste especulación comercial.²⁰

En las sociedades mercantiles, el dato decisivo depende del tipo que las partes adopten al constituirla.²¹ Si ésta coincide con alguno de los tipos de sociedad mencionados en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la figura corporativa se reputará mercantil, independientemente de su naturaleza intrínseca y de su finalidad.²²

18 Artículo 2686 del Código Civil.

19 Artículos 246 y 247 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

20 Rotondi, Mario, “Comunidad y sociedad, sociedad civil y sociedad mercantil”, *Revista de derecho privado*, Madrid, septiembre de 1958.

21 Artículo 4º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

22 Artículo 2695 del Código Civil.

Es menester, sin embargo, fijar el criterio que nos permita saber cuándo estamos en presencia de una sociedad civil que se reputa mercantil, por cuanto de ésta sólo tiene la forma.

En mi concepto, la cuestión deberá ser resuelta atendiendo a los principios que informan nuestra legislación al respecto:

a) Es mercantil por su naturaleza (formal y sustancial) toda sociedad que además de haber adoptado alguno de los tipos que señala el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tiene como finalidad la especulación comercial.

b) Por lo contrario, no obstante que se rige por la Ley General de Sociedades Mercantiles en cuanto a su forma y funcionamiento, es sociedad civil, por naturaleza, aquella que se propone un fin que no es de especulación comercial, pero ha adoptado alguno de los tipos de sociedad previstos en el artículo 1º de la citada ley.

c) Las sociedades civiles, por su forma de realizar actos de comercio (especulación mercantil), deberán adoptar la forma mercantil y se regirán por la ley mercantil.²³

El concepto de especulación mercantil se refiere a la sociedad como corporación, como persona jurídica comerciante que persigue obtener un lucro mediante la explotación de una negociación que produzca bienes o servicios o cuya actividad consista en la interposición en el cambio de bienes o servicios y, en general, que realice habitualmente actos de comercio.

Esto implica un propósito de lucro, implícito en el concepto de los actos que por su naturaleza son mercantiles.

Adviértase que la finalidad de especulación mercantil y propósito de lucro en ella implícitos, se refieren a la sociedad y no a los socios individualmente considerados.²⁴

Y siguiendo por el camino que nos conduce a precisar la importancia que en el caso tiene la finalidad de lucro, hemos de ver cómo no es un elemento esencial en las sociedades.

7. *Las relaciones internas de los miembros.* El fin común, de naturaleza económica en las sociedades civiles y de especulación comercial en las sociedades sustancialmente mercantiles, es la causa de las

²³ Rodríguez Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, México, 1947, t. I, p. 12.

²⁴ Sacco, Rodolfo, "Società e associazione", en *Rivista di diritto commerciale*, 1950, t. II, p. 167, comentando el artículo 2247 del Código Civil italiano, dice que dicho precepto "no se refiere (al hablar de distribución de utilidades) al objeto de la sociedad, sino a la finalidad perseguida por los contratantes. Los conceptos son diversos (véase Messineo, "Società e scopo di lucro", en *Studi di diritto delle società*, Milán, 1949, p. 8), no tanto porque sea diversa la persona jurídica sociedad, sino por la finalidad de ésta, se entiende un complejo de deberes a cargo de los órganos sociales y por finalidad de los socios... un estado psicológico por el que atraviesan en el momento de la estipulación del negocio social".

obligaciones de los socios; pero lo que para los socios es causa de la obligación contraída por ellos, no es la causa del contrato de sociedad.^{25, 26}

En otras palabras, desde el punto de vista conceptual y legislativo, es posible la existencia de sociedades aun mercantiles, que carezcan de finalidad de lucro.²⁷

De acuerdo con la opinión generalmente aceptada hoy día, la causa, en sentido objetivo, es la función económico-social del negocio jurídico²⁸ y así, en las asociaciones, causa sería simplemente la realización de un fin común, siempre que éste no tenga carácter preponderante-

²⁵ La *affectio societatis* es el elemento subjetivo de la causa, que estimamos esencial y que se encuentra en la comunidad de fin, es decir, en la realización de un fin común de carácter lucrativo, como dice el Código Civil del Distrito Federal. De donde se deduce que el motivo o fin del contrato de sociedad no es otro que la participación en los beneficios y en las pérdidas, Rodríguez Rodríguez, *Tratado de sociedades mercantiles*, México, 1947, p. 59. Son estas normas lógicas que establecen la nulidad de aquella sociedad que infrinja la esencia misma del contrato, al convenirse la exclusión de todos los socios de los beneficios o al pactarse la cláusula que impida participar en ellos a uno o más socios, pues estos supuestos hacen desaparecer la causa de la sociedad, es decir, la comunidad de fin.

²⁶ Debemos distinguir entre la causa de las obligaciones contraídas por los socios en el contrato social (obtener una utilidad) y la causa del contrato mismo: las aportaciones de los socios. Para Bigiavi (*La professionalita del imprenditore*, Padova, 1948, p. 59): "la finalidad de lucro debe consistir necesariamente en el reparto de utilidades entre los socios, en tanto éstas se obtengan de la actividad social, al punto que la diferencia entre sociedad y asociación depende de la existencia en la primera y de la inexistencia en la segunda, de esa finalidad de lucro". Por su parte, Messineo (*Studi di diritto delle società*, Milán, 1949, p. 8) dice: "que los socios no persiguen necesariamente ni directamente el reparto de utilidades por la sencilla razón de que los principios jurídicos, la vida práctica y el significado de los hechos económicos enseñan, que cuando se producen, las utilidades entran a formar parte del patrimonio de la sociedad, y entran en el patrimonio de los socios, solamente después de que por resolución de la asamblea, se les destine a ser repartidas". "En suma... debe reconocerse la diferencia entre la finalidad de la sociedad y la finalidad de los socios, que si la distribución de utilidades es para la sociedad motivo, la obtención de utilidades es la causa para los socios, en la sociedad ordinaria."

²⁷ Artículo 4º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

²⁸ Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, s/f, dice: "Quien promete, dispone, renuncia, acepta, no tiende pura y simplemente a obligarse, despojarse de un bien, transmitirlo, adquirirlo, sin otro fin, no pretende hacer todo ello por el solo placer de realizar un acto que es fin en sí mismo. Sino que mira siempre a alcanzar una de las finalidades típicas que sigan la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación: obtener un equivalente, cambiar un bien o un servicio por otro, dar crédito, donar, cumplir una obligación precedente, acallar una pretensión, transigir un litigio, etcétera. En todo negocio, analizado su contenido, se puede lógicamente distinguir una reglamentación de intereses en las relaciones privadas y concretada en ella—cuando, como es normal, no haya sido separada— una razón práctica, típica, immanente a ella, una 'causa' un interés social a que aquélla responde (p. 134). Realizadas estas varias formas de reconocer la causa en elementos especiales del negocio, como producto de perspectivas unilaterales y por ello erróneas, es fácil concluir que la causa o razón del negocio se identifica con la razón económico-social del negocio entero, considerado con independencia de la tutela jurídica, en la síntesis de sus elementos esenciales. Los elementos necesarios para la existencia del negocio son también elementos indispensables de la función típica que es su característica" (p. 141).

mente económico y que no esté prohibido por la ley; en las sociedades, en cambio, la causa del contrato sería la puesta en común de bienes o de esfuerzos para la realización de una finalidad de naturaleza patrimonial (de carácter preponderantemente económico en las sociedades civiles y generalmente de especulación comercial en las sociedades mercantiles).

No comparto las dudas de Alfredo de Gregorio respecto a si la causa tiene en el derecho de las sociedades comerciales una manifestación diversa de aquella que asume en los otros negocios jurídicos.²⁹ Estimo que se manifiesta de la misma manera y con iguales efectos en los contratos de cambio y en los contratos de organización; pues si como ya he apuntado, la causa de los negocios jurídicos, atendiendo a la doctrina expuesta, es la función de la figura contractual, no puede negarse que el contrato de sociedad tiene su propia función: la puesta en común de esfuerzos, de bienes o de ambos a la vez, para realizar un fin determinado de naturaleza económica. En suma, la colaboración de los socios para el logro de una finalidad económica común a todos y cada uno de ellos en lo particular.

8. *Las asociaciones en participación.* Procederemos a establecer ahora la distinción entre sociedad y asociación en participación. La Ley General de Sociedades Mercantiles califica de *contrato* a la asociación en participación. Por medio de ese contrato el asociante concede al asociado, que aporta bienes o servicios, una participación en las utilidades

²⁹ ¿Puede identificarse la expresada finalidad (de lucro) como la causa del contrato?... A nosotros nos parece que la finalidad de constituir un patrimonio autónomo para la gestión de actos de comercio con finalidad de ganancia, debe ser considerada la causa típica del negocio constitutivo de una sociedad comercial. Una dificultad general es la siguiente: constituida una sociedad de modo que la misma aparezca a los terceros como animada por la causa indicada, cuando ésta en realidad falta ¿existirá igualmente un ente jurídico sometido a la disciplina de las sociedades comerciales? La primera respuesta que se presenta es que en las relaciones entre los socios, puede hacerse valer la falta de causa al objeto de declarar la nulidad del vínculo social. Pero ¿cuántas limitaciones u objeciones a cada ulterior reflexión! ¿Se tendrá la nulidad de todo el negocio o solamente del vínculo que liga a la sociedad a aquellos en cuyas relaciones falte la causa? (Piénsese en el socio que en realidad no tenga ninguna participación en las utilidades y en las pérdidas.) Constituida una sociedad como sociedad comercial, la falta de la causa (falta de finalidad de ejercicio de actos de comercio, falta de finalidad de lucro), ¿no producirá, en lugar de la nulidad del negocio de constitución, la conversión en otro tipo o subtipo? (Por ejemplo, la sociedad comercial en sociedad civil o en asociación o en una simple comunidad)... Nos hemos referido a las principales cuestiones en cuyo estudio podrá incluir una determinada posición y solución del problema de la causa, para expresar finalmente si éste tiene una manifestación propia en el campo de la creación de las sociedades comerciales (y quizá de una manera general de las personas jurídicas) profundamente diversa de aquella que asume en los otros negocios jurídicos. De Gregorio, *De las sociedades y asociaciones comerciales*, Buenos Aires, 1950, t. 1, p. 19.

y en las pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio.³⁰

La asociación en participación carece de personalidad jurídica; por lo tanto, no tiene razón social o denominación, pues el asociante obra en nombre propio, sin que exista relación alguna entre los terceros y los asociados.³¹

Generalmente se acepta que la antigua *commenda* medieval es el origen histórico de la asociación en participación. Aquella figura jurídica dio lugar, por una parte, a la sociedad en comandita, cuando el socio capitalista aparece ante terceros como miembro de la sociedad, y por otra, dio lugar a la asociación en participación, cuando sólo el asociante aparece ante los terceros actuando en nombre propio sin que dé a conocer el asociado, pues el primero aparece como único dueño del negocio emprendido a través de la asociación en participación.³²

En Francia, durante los siglos xvii y xviii, a este tipo de asociaciones que no se exteriorizaban ante terceros, se les conocía con el nombre de sociedades anónimas, que por cierto no son el antecedente de la actual sociedad anónima. En Alemania se les designa bajo el nombre de sociedades *secretaw* o sociedades ocultas.³³

La Ley General de Sociedades Mercantiles no incluye a la asociación en participación entre los tipos de sociedad enumerados en el artículo 1º de la mencionada ley. Las normas legales aplicables a la asociación en participación, se encuentran agrupadas en capítulo por separado (el xiii) y se establece así un régimen jurídico diverso al que se instituye para ser aplicado a las sociedades.

Sobre la naturaleza jurídica de la llamada asociación en participación, se han emitido diversas opiniones en el sentido de que se trata de una verdadera sociedad o de una sociedad *sui generis*. Hay quienes niegan naturaleza asociativa o corporativa a la asociación en participación, se han emitido diversas opiniones en el sentido de que se trata lugar relaciones jurídicas de obligación entre el asociante y el asociado.

Felipe Solá Cañizares³⁴ sostiene que la asociación en participación, a pesar de que en muchas legislaciones (entre ellas la nuestra) carece de personalidad jurídica y de un patrimonio autónomo o independiente, de publicidad frente a terceros, etcétera, es, sin embargo, una sociedad, aunque una sociedad *sui generis*³⁵ porque:

³⁰ Artículo 252.

³¹ Artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

³² Garrigues, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1947, t. 1, vol. 1, p. 577.

³³ Véase sobre este particular Solá Cañizares, Felipe, *El contrato de participación*, Madrid, 1954, p. 7.

³⁴ *Op. cit.*

³⁵ *Op. cit.*, 15.

En realidad la única noción universal de la sociedad es la de que es una forma jurídica que permite a un grupo de personas una finalidad común y esto a condición de no admitir la sociedad anónima unipersonal. . . En estas condiciones no vemos por qué no puede considerarse sociedad la participación en la que concurren como elementos: 1º La agrupación de personas, 2º Las personas de los contratantes, 3º Un objeto común, 4º El reparto de beneficios y pérdidas entre los que la forman. . . En este sentido, es más sociedad que la sociedad anónima que funcione con un solo accionista.

A pesar de tan autorizada opinión, pienso que la asociación en participación no es ni una verdadera sociedad, ni siquiera una asociación. Es un contrato por virtud del cual el asociante recibe del asociado bienes o servicios para destinarlos a la operación de su propia negociación o a la realización de uno o varios negocios mercantiles determinados, que emprende por su cuenta y en nombre propio, el asociante.

Aun cuando la personalidad jurídica no es un elemento esencial al concepto de sociedad, de manera que algunas legislaciones —como ocurre en el Código Civil italiano de 1942— permiten la existencia de sociedades sin personalidad jurídica (*sociedad semplice*), en esos sistemas el concepto de sociedad se apoya en la existencia de un patrimonio autónomo, que no se confunde con el patrimonio de cada uno de los socios. Mientras, en las asociaciones en participación los bienes o servicios aportados por el asociado no presentan este atributo de la autonomía, sino que por lo contrario, entran en el patrimonio del asociante, cuyos bienes, incluyendo los que ha recibido del asociado, sirven de garantía a los acreedores para el pago de las deudas contraídas por el asociante en la gestión de la negociación mercantil o en la realización de los actos mercantiles, que dieron lugar a la asociación en participación.

9. *El contrato de organización.* De acuerdo con Brunetti³⁶ el elemento decisivo que marca la diferencia entre el contrato de asociación en participación y el contrato de sociedad es que este último es un contrato de organización, en tanto que el de la asociación en participación entra en la categoría de los contratos de cambio.

Efectivamente, no podría decirse con fundamento que en las relaciones entre asociante y asociado existe una organización, un conjunto de órganos jerárquicamente dispuestos en donde haya de formarse y se exprese la voluntad de la asociación, puesto que en ésta, la voluntad del asociante es la única que existe, y a éste corresponde en forma exclusiva la dirección y manejo de la negociación.³⁷

Si no fuera bastante la falta de personalidad jurídica y la ausencia de la autonomía patrimonial de la asociación en participación, para

³⁶ *Trattato*, p. 37.

³⁷ Pavoni, Romano, *Teoria delle società*, Milán, 1953, p. 177, siguiendo a Rubino, sos-

negar a ésta naturaleza corporativa, añadiremos que en este contrato la persecución de la finalidad de lucro, o mejor, la especulación comercial —que ciertamente constituye el fin común querido por las partes—, se encomienda en forma exclusiva al asociante, con exclusión del asociado, puesto que, como es sabido, aquél contrata en nombre propio, sin que exista relación alguna entre los terceros y el asociado.³⁸

10. *La personalidad jurídica de las sociedades y asociaciones.* Por lo que toca a las relaciones jurídicas entre asociante y asociado, es de advertir su naturaleza patrimonial y no de colaboración; lo cual excluye la existencia de relaciones orgánicas y ello, además, por la simple razón de que la asociación en participación carece de órganos. Estamos, pues, en presencia de un contrato de cambio.

El cumplimiento de las obligaciones que nacen del contrato de asociación en participación, se realiza totalmente cuando el asociado entrega al asociante los bienes o cumple con los servicios prometidos y cuando por su parte el asociante paga al asociado la participación estipulada sobre los beneficios obtenidos en los negocios que dieron lugar a la asociación.

tiene que en la asociación en participación no puede verse un contrato de cambio, porque en este último la prestación de cada una de las partes se realiza en beneficio de la otra y en el contrato de asociación en participación las prestaciones recíprocas del asociado y del asociante se efectúan en beneficio común, Y más adelante: “La diferencia entre sociedad y asociación en participación es neta: la sociedad es un organismo distinto de las personas de los socios, la asociación en participación es una mera relación que no llega a integrar siquiera una relación de sociedad interna, porque a ésta es esencial también una estructura asociativa correspondiente en lo interno a la de la sociedad típica” (p. 178).

³⁸ Artículo 256 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.