

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LA SOCIEDAD ANONIMA
PERSONALIDAD Y NATURALEZA JURIDICAS.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A .

MA. GUADALUPE VELEZ DE LA TORRE

MEXICO, D.F. AÑO: 1993.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**CON TODO CARIÑO A CARLOS Y A MI PAPA.
AL LIC. GUILLERMO DIAZ DE RIVERA.**

308909
40
EJ2

INDICE

INTRODUCCION

I

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

I

1.Derecho Romano.	1
2.Derecho Germánico.	9
3.Derecho Canónico	11
4.Edad Media.	13
5.Edad Moderna.	17
6.Mundo Contemporaneo.	20

CAPITULO II.

PERSONALIDAD JURIDICA.

27

1.Teoría de la Ficción.	29
1.1.Savigny.	30
1.2.Puchta.	32
1.3.Böking.	32
1.4.Unger.	33
2. Teoría del Patrimonio de Afectación o del Patrimonial Fin.	35
2.1. Brinz.	35
2.2.Demelius.	38
2.3.Bekker.	38
2.4.Windscheid.	39
2.5. Bruns, Eisle y Bolze.	39
2.6.Forlani y Bonelli.	40
3. Teoría de la Persona Colectiva Real.	43
3.1.Beseler.	43
3.2.Salkowsky.	45
3.3.Brini.	47
3.4.Zitelman.	48
3.5.Gierke.	49
3.5.a. Teoría de la Persona Real Ideal.	54
3.5.a.1.Dernburg.	54

3.5.a.2.Stobbe.	55
3.5.a.3.Klingmuller.	56
3.5.b. Teoría del Derecho Subjetivo.	57
3.5.b.1.Bernatzink.	58
3.5.b.2.Michoud.	59
4. Teoría Individualista.	61
4.1. Jhering.	61
4.2.Busceni.	62
4.3.Padoan.	63
4.4.Van den Heuvel.	63
4.5.Vareilles-Sommieres.	66
4.6.Schwabe.	69
4.7.Meurer.	71
4.8.Fernek.	71
5. Teoría del Reconocimiento.	75
5.1. Ferrara.	75

CAPITULO III.

NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA.	79
1. Teoría Clásica o Teoría de la Sociedad como Contrato.	80
1.1. Salandra.	80
2. Teoría de la Sociedad como Contrato de Organización.	87
2.1. Ascarelli	87
2.2. Rodríguez y Rodríguez	90
2.3.Auleta.	90
3. Teoría del Acto Social Constitutivo.	92
3.1. Gierke.	92
3.2. Feine	93
3.3.De Mossa.	93
4. Teoría del Acto Complejo.	96
4.1. Kuntze.	96
5. Teoría de la Sociedad como Institución Jurídica Mercantil.	99
5.1. Hauriou.	99
5.2. Solá Canizares.	100
5.3. De Buen.	100

CAPITULO IV.

LA SOCIEDAD ANONIMA EN MEXICO.	102
1. Las Ordenanzas de Bilbao.	102
2. Código de Comercio de 1854 o Código Lares.	104
3. Nueva vigencia de las Ordenanzas de Bilbao.	107
4. Código de Comercio de 1884.	107
5. Código de Comercio de 1889.	111
6. Ley General de Sociedades Mercantiles	113
6.1. Naturaleza Jurídica.	115
6.1.1. El consentimiento en el contrato de Sociedad Anónima.	117
6.1.1.A. Constitución simultánea.	119
6.1.1.B. Constitución sucesiva.	122
6.1.2. El objeto en el contrato de Sociedad Anónima.	124
6.1.3. El motivo, causa o fin del contrato de Sociedad Anónima.	128
6.1.4. La forma en el contrato de Sociedad Anónima.	129
6.2. Personalidad Jurídica.	133
CONCLUSIONES.	140
BIBLIOGRAFIA.	142

INTRODUCCION.

La personalidad jurídica de las sociedades anónimas ha sido en los últimos siglos, un tema que ha preocupado a los estudiosos del Derecho, puesto que debido a las circunstancias de desarrollo acelerado de la economía actual, se ha generado la necesidad de que existan empresas de gran magnitud que tendrán necesariamente que ser reguladas jurídicamente para protección tanto de ellas como de quienes sostengan relaciones con las mismas.

Dado que la personalidad y la naturaleza jurídica son dos conceptos que de una forma o de otra se encuentran entrelazados, el presente trabajo versará sobre ambos aspectos.

Con el objeto de tener una panorámica más amplia y comprender la conceptualización de la Sociedad Anónima en México y en la actualidad, consideramos pertinente después de realizar una breve reseña histórica de algunas instituciones que podrían considerarse como antecedente de la misma, efectuar por separado el estudio de la personalidad y de la naturaleza jurídica, para culminar en el derecho mexicano y en la síntesis de ambos conceptos en la figura de sociedad que nos ocupa.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

El objeto de este capítulo, es realizar una reseña histórica del nacimiento y evolución de los diferentes tipos de asociaciones que han existido y de cómo, con el transcurso del tiempo y dadas las necesidades prácticas de la vida, se les otorga la posibilidad de presentarse frente a terceros como un todo, con capacidad de querer y obrar y, que esas acciones tengan una consecuencia en el mundo del Derecho, es decir, que se les reconoce '*personalidad jurídica*'.

1.DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano Antiguo no se conoce el concepto de personalidad, tal como se concibe en la actualidad.

Si bien es cierto que desde la época más remota tanto al Estado Romano como a otros entes colectivos, tales como los colegios sacros, colegios de pontífices, de sacerdotes, de feciales, y los municipios, se les reconocía una potestad jurídica, no se trata ésta de la que corresponde al concepto de personalidad, figura enmarcada dentro del Derecho Privado, ya que la esfera de actuación del Estado y de esos otros entes colectivos, se encuentra regida por el Derecho Público.

En lo que hace al Estado Romano contaba con un patrimonio, pero los bienes no eran de su propiedad, sino que se encontraban en la categoría de bienes fuera del comercio ('*res extra commercium*'). Asimismo y aunque podía tomar parte en contratos de cualquier tipo con individuos privados, no se despojaba de su carácter de ente público, e incluso se sabe que en algunos casos fué instituido heredero. De lo anterior se concluye

que el Estado Romano contaba con todas las facultades para la obtención de sus objetivos sin necesidad de contar con "personalidad".

Como parte del Estado se encontraba al pueblo, que según lo define Cicerón "...no es la unión de hombres asociados de cualquier modo, sino la unión de la multitud por consentimiento del Derecho y reunida por la comunidad de intereses". (1) De este concepto se desprende la importancia de la distinción que debe hacerse entre el interés individual y el común, que resultará de gran utilidad al referirnos a la Sociedad Anónima en concreto.

LOS MUNICIPIOS.- (2)

Los Municipios, eran ciudades itálicas libres, que al ser conquistadas entraban en la esfera del Estado Romano, se les otorgaban unos estatutos y se les concedía cierta autonomía.

En la época del Imperio surge el concepto de persona jurídica; es en este momento cuando el Estado Romano anulando la existencia política de los Municipios, empieza a considerarlos como sujetos de carácter privado, es decir ya son tratados en forma similar a los ciudadanos, se les somete a un 'jus singulorum' y son reducidos a miembros autónomos pertenecientes al Estado Romano.

1. Cicerón, citado por Benito, José L. de. "La Personalidad Jurídica de las Compañías y Sociedades Mercantiles". Editorial Revistas de Derecho Privado. Madrid. Pág.36.

2. FERRARA, Francisco. "Teoría de las Personas Jurídicas". Traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Vol. CXXXIV. Reus, Madrid 1929. Págs.28-32.

Por una Ley especial (del año 129 d. C). se concedió a los Municipios la facultad de manumitir esclavos, que como acto de liberalidad, hasta entónces salía de su competencia; más tarde el Emperador Marcos, extendió este derecho a todas las asociaciones lícitas; con el paso del tiempo las concesiones fueron aumentando y por lo que se refiere a los Municipios, se les dió la facultad de recibir fideicomisos y legados y posteriormente se les concedió la posibilidad de ser instituidos herederos.

LOS COLEGIOS.-

En relación con los Colegios diremos que se constituyen corporativamente, a imitación de los Municipios y adquieren como ellos, capacidad privada.

Esta capacidad fué reconocida como algo intrínseco a la generación de la asociación y el reconocimiento estatal se refiere solo a la existencia del ente: la capacidad jurídica era una consecuencia derivada de su propia existencia.

Por lo anterior, no se puede hablar de un otorgamiento de personalidad como en los sistemas modernos de Derecho, puesto que la personalidad como ya se dijo, era resultado de la sola existencia del ente.

Los colegios fueron capaces de recibir fideicomisos y legados, pero para ser nombrados herederos, necesitaban la concesión de un privilegio especial.

Cabe aclarar que la capacidad privada concedida a los entes colectivos, no lo fué de una vez y de igual manera a todos, sino que vino sufriendo un desarrollo gradual, y del aspecto administrativo, se va ampliando hasta comprender toda la vida patrimonial.

De este modo se va incrementando la capacidad de los entes colectivos y por ende aumenta su semejanza legal con las personas físicas.

La intervención del poder público en la constitución de las Asociaciones fué variando según la época, así fué la que pasó desde el régimen de libertad durante la República, hasta la Lex Julia, que exige la autorización estatal. (3)

Para concluir con lo que hemos visto respecto a los Municipios y los Colegios, agregamos lo siguiente:

-Que una vez introducido el régimen de considerar a los Municipios como sujetos privados, este sistema se difunde rápidamente y comienza a ser aplicado a otros entes colectivos.

-Que tanto el Municipio como el Colegio se reunían bajo la protección de alguna divinidad y que cada una de estas asociaciones tenían su estatuto propio.

-Que la capacidad jurídica de las personas se substancia en dos momentos: tener un patrimonio propio y en la posibilidad de representación en juicio.

Podemos concluir que con base al modelo implantado para el Municipio, todas la asociaciones lícitas son reconocidas y capaces patrimonialmente.

ORIGEN DE LAS SOCIEDADES

Es opinión prácticamente unánime la de que en el Derecho Romano Clásico se conocieron las siguientes formas de sociedades:

"-'*Societas Omnium Bonorum*', que afecta a todos los bienes presentes y futuros de los socios.

-'*Societas Quaestus*', en la que se ponen en común todas las ganancias de los socios, provenientes de actividades personales, comerciales o industriales.

-'*Societas Allicuius Negotiationis*', que se formaban para un negocio determinado.

-'*Societates Unius Rei*', en la que se trataba de la utilización de un sólo cosa." (4)

Respecto al origen de las sociedades existen dos corrientes: una que lo sitúa partiendo de las '*Societates Publicanorum*' y la otra, que afirma que el antecedente de la '*Societas*' se encuentra en el Derecho Romano de las Obligaciones.

'SOCIETATES PUBLICANORUM'.- (5)

Algunos ingresos del Estado se daban en arriendo por cierto plazo, generalmente cinco años. En sus orígenes, el Estado contrataba con una persona llamada '*manceps*', que asumía sola el arriendo, prestando garantías suficientes para el cumplimiento de dicho contrato.

Posteriormente los *manceps* se asociaron con otros individuos, otorgándoles participación en las ganancias y en los riesgos de la empresa; estos últimos eran totalmente ajenos al Estado y por tanto el ente resultante no formaba una sociedad frente al propio Estado.

Con el tiempo estas sociedades, tienden a presentarse como un todo y comienzan a organizarse corporativamente.

4. IDEM, Pág. 147.

5. FERRARA, Francisco. Op. cit. Pág. 28-29.

Debido a la importancia y extensión de los arriendos, la forma jurídica más adecuada para el funcionamiento de estas empresas, que para este momento ya eran enormes, fué la unión estable de muchos en un solo 'corpus', entendiéndose por éste, una asociación jurídicamente reconocida con cierta personalidad, situación muy importante y favorable para el Estado, ya que así estaba en posibilidad de conocer las características de la sociedad con la que contrataba y su solvencia, con vistas al cobro oportuno e íntegro del precio de la locación.

A esta sociedad se le reconoció cierta capacidad jurídica circunscrita a los siguientes aspectos:

- No se extingue con la muerte de alguno de los partícipes, sino que se continúa con su heredero.
- Todos los socios son ilimitadamente responsables frente al Estado.
- En lo que hace al 'corpus', se les concede a las sociedades de publicanos solo en la medida que así lo exige el interés del Estado, por lo tanto la personalidad que se les atribuye solo es eficaz, en cierta esfera de relaciones .

Con lo anterior damos fin a lo que se refiere a las '*Societates Publicanorum*'.

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES.- (6)

Esta corriente de pensamiento dice que la sociedad es una relación jurídica, un vínculo contractual entre los socios, por lo que los sujetos de Derecho siguen siendo los socios y no la sociedad así creada.

Entre quienes sostienen que las sociedades tienen su origen en el Derecho de las Obligaciones, las opiniones no son unánimes.

Un grupo de estudiosos, opina que la '*Societas*' antes de ser un contrato, había sido una institución del Derecho Familiar: el estado de comunidad de bienes ('*communio*'), en el que al momento de la muerte del '*Pater Familias*' quedaban los '*sui juris*', cuando no se dividía el caudal hereditario y daba lugar a un '*consortium*'.

Este antiguo '*consortium*' fué la célula originaria, de donde con el tiempo, se diversificaron las diferentes '*Societas*'.

Del tipo '*consortium*' de los '*sui juris*', se pasó a un tipo voluntario, creado artificialmente por los herederos cuando por la cuantía de bienes no era conveniente la división del haber hereditario.

Las '*Societates Omnium Bonorum*' se formaron cuando a imitación de la '*communio*' de los '*sui juris*', se amplía el '*consortium*' a mayor cantidad de bienes.

Las diferentes modalidades acerca de las utilidades, la exclusión o la inclusión de ciertas actividades, que sobre esa '*Societas Omnium Bonorum*' se fueron pactando, configuraron con el tiempo las diversas '*Societas*'. Esta corriente analiza solo las mencionadas sociedades "*Omnium Bonorum*"

El otro grupo de autores, éste encabezado por Pernice, opina que las diferentes sociedades que existieron en el Derecho Romano, no tienen una fuente en común, sino que se deben a orígenes diversos.

La '*Societas Omnium Bonorum*'.- Se deriva del '*consortium*' de los '*sui juris*'

La '*Societas quaestus*'.- Surge de las necesidades del comercio y apoyada en la '*fides*' que se modeló probablemente sobre las corporaciones comerciales.

La '*Societas Unius Rei*'.- Tiene su origen en la '*politio*', que es la asociación del propietario de un fundo con un técnico agrícola, para la explotación de la tierra y el reparto de los beneficios.

Se observa, por tanto, que en un principio las sociedades romanas se distinguían por su carácter personalista, y el sello del '*ius fraternitatis*', reminiscencia del Derecho Familiar, junto con el individualismo propio de su carácter de contrato consensual.

También se distinguían porque desde su origen la sociedad tiene como nota característica el hecho de poner algo en común, en virtud de que la '*Affectio Societatis*' subsiste durante toda la vida del ser.

Desde entonces se configura la sociedad como un contrato en principio bilateral, pero que así mismo podía tener más de dos socios, vinculados por la confianza recíproca, 'Jus Fraternitatis', que estaba dominado por el principio de la buena fé. (7)

El contrato de sociedad en el Derecho Romano era solo constitutivo de relaciones obligatorias entre los coasociados, sin tener efectos frente a terceros.

Por otro lado existió la Compañía, que corresponde a lo que en la actualidad es la sociedad colectiva, 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, se mantiene en toda su fuerza el carácter personal (*'intuitu personae'*) sin que aún se dé, ni la responsabilidad limitada de los socios, ni la atribución de personalidad a la sociedad misma.

Con esto damos por terminado el estudio de los orígenes de las sociedades en el Derecho Romano y pasamos a analizar lo que se refiere a los demás antecedentes, éstos más recientes, de las dichas sociedades.

2.DERECHO GERMANICO. (8)

Las figuras de asociaciones del Derecho Germánico tienen su origen en dos troncos: por una parte las sociedades en mancomunidad ('Gemeinderschaften') que proceden de las comunidades familiares y las asociaciones propiamente dichas ('Genossenschaften').

7.BARRERA GRAF,Jorge."Las Sociedades en Derecho Mexicano". U.N.A.M. 1a. edición. México,1983.Pág.5.

8.GIRON TENA,J. Op. cit. Págs.148-149.

En las del primer tipo, aparecen como comunidades de mano común, en las que los miembros aparecen como un todo, la facultad de disposición corresponde al conjunto, rige el principio de unanimidad, que paulatinamente se sustituye por el de mayoría.

En las figuras del segundo tipo, conforme se fueron desarrollando y en la medida que se comienza a asimilar el principio de la traspersonalización de los fines, aparecen ciertas notas que se podrían llamar de personalidad jurídica; en realidad la abstracción que supone la personalidad jurídica no fué necesaria en estas asociaciones.

No se concibe a la persona jurídica apareciendo como un tercero frente a los miembros de la colectividad. Los derechos de disfrutar los bienes comunes no se conceptuaron como derechos sobre una cosa ajena; se puede afirmar que los derechos de disposición (o administración) sobre los bienes, correspondían a la colectividad, pero los de disfrutar las cosas, correspondía a sus miembros particularmente.

A pesar de lo mencionado antes, existe la posibilidad de percatarse de la existencia de ciertos atributos de la personalidad jurídica: por ejemplo capacidades tanto de tipo patrimonial como procesal e incluso existía la facultad de persecución por la comisión de un delito.

No obstante esto, en el Derecho Germánico, en lo relativo a las corporaciones, no se conciben estas como un ente ideal distinto de la colectividad de las personas asociadas, ni aparecen como investidas de personalidad jurídica por ningún tipo de disposición, ya sea general o particular.

3.DERECHO CANONICO.

El principal elemento con el que contribuye el Derecho Canónico, en lo que se refiere a la concepción de los entes colectivos, es la idea de institución.

Desde la Patrística se consideraba a la Iglesia Universal, no como la totalidad de los creyentes, sino como el reino de Dios en la tierra, por lo tanto su fundación es divina. Es un cuerpo viviente, ya San Pablo nos habla de ella como el Cuerpo Místico de Cristo.

"La Iglesia es una institución divina en la que se concentra todo el poder, que tiene suprema dirección y control en todos los asuntos religiosos y nominalmente, también el dominio de todos los bienes religiosos". (9) A imagen de la Iglesia Universal se forman las Iglesias particulares; son instrumentos para el cumplimiento de los fines eclesiásticos, por esto su carácter de instituciones locales, implantadas por una voluntad suprema. Esta personalidad institucional era firme y duradera, mientras que las personas que la formaban, así como los fieles, variaban.

La institución eclesiástica, considerada como ente jurídico invisible, es sujeto de derechos y de un patrimonio y sus administradores detentan bienes de otros.

Todos los entes eclesiásticos estaban informados de este carácter institucional.

La personalidad se liga con el oficio eclesiástico.

Cada vez que se individualiza un fin, se constituye un patrimonio a su servicio y surge un instituto.

9.FERRARA, Francisco, Op. cit. Pág.61.

Lo anterior se debió a la siguiente causa: en principio el patrimonio era del Episcopado y este le daba el uso pertinente, pero más tarde viene a dividirse en cuatro porciones: una para mantener al Obispo; otra para mantener al clero, otra para mantener a la iglesia (entendiéndose como el templo) y la última para fines benéficos.

Con el tiempo estas porciones adquieren individualidad y se convierten en institutos, con existencia propia; surge así una persona jurídica independiente de la colectividad, persona que esta ligada a un oficio y cuenta con un patrimonio.

Surgen conjuntamente los Capítulos así como los Conventos y Monasterios.

Tanto los unos como los otros, son corporaciones de personas que buscan la consecución de un fin determinado. No obstante, el derecho Canónico los concibe a todos ellos como institutos eclesiásticos.

"El elemento corporativo entra solo al servicio de la institución espiritual,(elemento) que recibe su existencia y su vida de fuera y de arriba". (10)

Al lado de las figuras antes mencionadas, también se encuentran las fundaciones autónomas (hospitales y refugios) en donde el instituto como tal, es personificado y reconocido como sujeto de un patrimonio.

Los elementos necesarios están en una finalidad trascendente, independiente de los miembros, originada en una voluntad exterior a ellos, a cuyo servicio se encuentra el patrimonio.

10.IDEM. Pág.63.

Esta contribución canónica influye en todas las figuras de personas jurídicas que comienzan a desarrollarse conjuntamente con el Derecho Canónico y las que aparecen posteriormente.

Sus líneas caracterizadoras tienen influencia en todas las categorías, ya se trate de fundaciones que plasman su organización sobre la institución eclesiástica o de las corporaciones profesionales, que se agrupan bajo la investidura de alguna fraternidad religiosa.

4. EDAD MEDIA.

Es importante recordar que según los estudiosos de la historia, la Edad Media se inicia con la caída del Imperio Romano de Occidente hacia el siglo V y termina con la toma de Constantinopla por los turcos en el siglo XV. En esta época se da un fenómeno interesante: la Iglesia trata de concentrar y unificar todas las actividades sociales de la cristiandad y por otra parte la vida local es bastante variada, con toda su gama de instituciones y comunidades, que lo que tratan de preservar, es su autonomía.

Es en las ciudades en donde se desarrollan los elementos necesarios para que surjan toda clase de agrupaciones.

Si bien es cierto que en esta época existe una organización corporativa de gran importancia, también aparece que este fenómeno tuvo lugar, en muchos casos, en franca oposición a las medidas de prohibición y control que dictaban los titulares del poder público, que en este momento carecía de la suficiente consolidación y por ende no contaba con la autoridad necesaria para ser plenamente obedecido.

El choque de situaciones fácticas, se produce por las siguientes causas: la realidad presentaba la necesidad de que se diera libertad para que las personas pudieran agruparse en diferentes tipos de corporaciones, se desarrolla la capacidad jurídica de las mismas e incluso se asegura su poder y autonomía respecto a la autoridad política; por otro lado en las Universidades se encuentran en pleno florecimiento las teorías de los glosadores y de los canonistas, que afirman que solo al Estado le corresponde la facultad de constituir las corporaciones.

La tarea emprendida por los glosadores resultó bastante complicada para su momento ya que ellos, se encontraron por una parte, ante las ideas emanadas del Derecho Romano, con todo lo alejado que esto podía resultar y por otro lado se enfrentaron a la realidad que estaban viviendo, muy impregnada de la tradición germánica, que era el Derecho que se había mantenido entre la población y al cual se encontraban todos muy ligados.

De aquí que las figuras "creadas" por los glosadores tengan características tanto de Derecho Romano como del Derecho Germánico "vigente".

En el caso que nos ocupa, al decir del Maestro Ferrara, los glosadores llevaron al Derecho Medieval, el concepto de Corporación Romana y el Maestro afirma que: "el concepto de Corporación en los glosadores es extraordinariamente lato e indeterminado, en él se comprende toda colectividad reconocida como sujeto jurídico...Hacen entrar los glosadores todas las especies de personas jurídicas, públicas y privadas, el Imperio y la Iglesia".(11)

11. IDEM. Pág. 67.

De aquí que la independización del nuevo sujeto de derecho, esencial a la persona jurídica, se comience a percibir y que se admita la subjetivación, para luego decir que el todo no es sino la suma de los miembros.

Los canonistas perfeccionan la teoría de la personalidad jurídica con su sello institucional, del que hablamos al tratar el Derecho Canónico.

Este espíritu institucional penetra a la Corporación, dándole algo externo y superior respecto a sus propios miembros.

Es importante mencionar que la doctrina de los juristas que van formando el Derecho Común, no conoció la diferencia técnica existente entre las sociedades civiles y las mercantiles y elaboran su teoría sin tomar en cuenta que en la realidad se estaban gestando paulatinamente las Sociedades Mercantiles, tanto en los Usos como en la Jurisprudencia. (12)

Las Sociedades Mercantiles aparecen reglamentadas en forma de excepción, respecto al Derecho Común y sólo cuando se hace necesaria su separación respecto al mismo.

Nos referiremos a la figura de lo que ahora conocemos como la Sociedad Colectiva.

Se origina en la comunidad familiar, en forma de continuación por parte de los herederos, de la actividad económica del jefe de la familia que ha fallecido.

12. GIRON TENA, J. Op. cit. Pág. 153.

Esta compañía recoge la idea romana del nacimiento de tal situación jurídica, por la continuación de la explotación.

Las notas distintivas de esta sociedad se van dando paulatinamente.

El objeto de la sociedad, que era la actividad mercantil, va decidiendo la separación del mero estar en comunidad, a estar en ella, por una serie de pactos; también se extiende a que la responsabilidad, se hace solidaria e ilimitada.

El elemento más diferenciador, entre la Compañía y la Societas, en este momento, es la razón social.

El nombre colectivo proporciona la vertiente externa de la sociedad, con el consiguiente efecto de representación directa, ligando a todos aquellos que estaban comprendidos en la Compañía, como consecuencia de la expresión adicional "y Compañía". Esta Compañía se debía inscribir en un Registro. (13)

Lo que se puede afirmar, es que no es sino hasta finales de la Edad Media, cuando nos encontramos con la figura de la Sociedad en Comandita.

El concepto de Corporación fué muy amplio entre los post-glosadores por las mismas razones expuestas con respecto a los glosadores.

En España encontramos lo que puede ser una de las primeras definiciones de compañía en la Legislación de ese país, en la Ley III del Título X de las Siete Partidas :

13-IDEM. Págs. 150-151.

"Puedese fazer la compañía de dos maneras: la una... es quando la fazen de ésta guisa: que todas las cosas que han (los socios) quando fazen la compañía y las que ganaron dende en adelante, sean comunes e también, sobre una cosa señaladamente"(14)

Nada rigurosamente técnico puede deducirse del concepto de corporeidad, que se utiliza como criterio, ya que cualquier referencia unificada de pluralidad de hombres, era suficiente para que los autores consintieran en atribuirles, su concepto de personalidad jurídica.

5.EDAD MODERNA.

Los historiadores conocen como Edad Moderna el periodo que abarca de la caída de Constantinopla a la Revolución Francesa en 1789.

A finales de la Edad Media, comienza a darse un fenómeno en la vida política que afectará muchos aspectos del mundo jurídico. La autoridad del Estado comienza a consolidarse, por lo que éste paulatinamente se presentará frente a los particulares como un poder fuerte.

Es en este momento cuando se comienza a configurar el "Estado policía", quien controlará todos los ámbitos de la vida de sus súbditos.

Así encontramos que entre algunos autores franceses se tiene el siguiente concepto: "los cuerpos y las comunidades establecidas según las leyes del reino son consideradas como teniendo el lugar de personas". (15)

14.BARRERA GRAF,Jorge. Op.cit. Pág.7

15.Pothier, citado por FERRARA,Francisco.Op. cit. Pág.83

Con este fortalecimiento del Estado, se comienza a cimentar la base del absolutismo, que tiene como una característica primordial, la idea de que todo el poder se encuentra concentrado en el Estado nacional.

Es necesario mencionar que las necesidades derivadas del Descubrimiento del Nuevo Mundo, paralelamente a la situación que se vivía en Europa, vienen a influir y a hacer en ese momento posible y necesaria la fortificación del Estado.

A partir de entonces y debido al control que comienza a ejercer el Estado, la organización gremial de la Edad Media decae por completo, para dar lugar a que la iniciativa económica sea un atributo de la burocracia y permite que se pueda comprender la concepción de las "Compañías Coloniales" que constituyen los precedentes de las actuales Sociedades Anónimas.

Estas Compañías, son un instrumento de la política económica colonial de los Estados, constituyen una entidad, que se podría decir, forma parte de la organización administrativa oficial, con carácter de institución separada. No nacen de manera autónoma, sino que una Ley especial las crea y establece su régimen.

Así encontramos que se constituyen la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (1602), la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales (1621) y la Compañía Sueca Meridional (1626), todas ellas con fines tanto políticos como económicos. (16)

En Francia existe una ordenanza del año 1673 sobre el comercio terrestre, que comienza a cimentar a las incipientes Sociedades Anónimas.

Estas nuevas sociedades, que operan mediante una concesión especial del Estado, surgen también como formas óptimas de captación de ahorros, a través de acciones suscritas y pagadas por los socios, acciones que eran libre y fácilmente transmisibles entre los propios socios; además se caracterizan por la limitación de la responsabilidad de sus asociados, por la existencia de un patrimonio social autónomo, separado del de los socios y una administración que normalmente no recaía en ellos, lo que plantea la separación de la propiedad del capital y de la administración social, en un órgano especializado. (17)

En estos siglos, la importancia atribuida a la teorización disminuye, de lo que resulta un estancamiento en la generación de doctrinas y no se producen novedades notables en el pensamiento. Los escritos prácticos se reducen en algunos casos a citar la ideas de los glosadores, sin intentar aportar nada novedoso, sino únicamente resolver los problemas, que se le presentan al Estado.

De tal modo que "... la personalidad jurídica es considerada como un privilegio, que es concedido por el soberano, a ciertos Cuerpos de interés público, los cuales pueden ser considerados como ejerciendo un servicio del Estado..".(18)

Respecto a las Sociedades Anónimas la doctrina y la legislación general mercantil, no entienden que constituyan materia de su competencia, debido a que tienen su origen en el carácter ius publicista de la época.

17.BARRERA GRAF, Jorge, Op.cit. Pág.8.

18.FERRARA Francisco, Op. cit.Pág.84.

6.MUNDO CONTEMPORANEO.

Las legislaciones del mundo contemporaneo, entendiendose por éste, de la Revolución Francesa hasta principios del siglo XX, que se ocupan de las personas jurídicas, las podemos dividir en tres grupos: las de origen francés, las de origen germánico y las anglo-norteamericanas.

TIPO FRANCES.-

Dentro de este grupo encontramos varios países entre los que además de Francia, se puede citar a Bélgica, España, Portugal y Holanda.

Francia.

El Derecho de asociación en Francia, no era independiente dentro del antiguo régimen, sino que estaba sometido a la supervisión del Estado policía y la Revolución no vino a cambiar esta situación de manera sensible.

El derecho de asociación, no tiene el mismo rango constitucional que el de reunión.

En este momento lo que comienza a interesar al Estado antes que otra cosa, es la significación política de las asociaciones, lo que lleva al propio Estado a tratar de vincular consigo mismo, los nuevos tipos de sociedades mercantiles (sociedades anónimas) con el fin de ejercer sobre ellas un control más directo.

Se encuentran tres clases de asociaciones ordinarias: las formadas sin ningún tipo de autorización, que no gozan de capacidad jurídica; en segundo lugar, la asociación declarada, que adquiere una capacidad limitada, llamada pequeña personalidad; y en tercer lugar, las asociaciones consideradas de utilidad pública mediante un decreto, que así lo declara y que de este modo obtienen la personalidad grande.

Es importante mencionar que los límites de la personalidad, se establecerán en base al fin que persiga la asociación

El Derecho Francés considera a la personalidad como un derecho de la asociación, que el legislador puede regular.

En un proyecto de ley, de 1901, se propone una definición de la personalidad: "la personalidad es una ficción legal en virtud de la cual, una asociación es considerada como constituyendo una persona moral distinta de la de sus miembros, que los sobrevive y en la que reside la propiedad de los bienes de la asociación". (19)

Este artículo aunque fué suprimido, lo citamos como referencia, con el objeto de establecer cual es el sentir del momento.

El Código de Comercio francés, establece que los contratos de sociedad se rigen por el Derecho Civil, por Leyes particulares de Comercio y por las convenciones de las partes. Este Código recoge a las sociedades mercantiles que se consideran como clásicas -la colectiva y la comanditaria- a las que añade la Anónima que ya cae en el ámbito del Derecho Privado.

19. IDEM, Pág.93.

El cambio en la concepción de Sociedad, Estado y Economía, produce una desvinculación de las Sociedades, respecto del Estado.

Lo que resulta interesante para nosotros es observar que una figura que nació en la esfera del Derecho Público, ya se contempla en una codificación de carácter privado.

Bélgica.

La Constitución emanada del primer acto del Gobierno Provisional establecido en Bélgica, después de la independencia del Imperio Austriaco, en 1830, dispone en su artículo 20: "Los belgas tiene el derecho de asociarse y este derecho no puede ser sometido a ninguna medida preventiva".(20)

En esta legislación también se observa, que el Estado es quien da la medida de la capacidad de las asociaciones; así encontramos a las sociedades mercantiles, las de seguros mutuos y las sociedades para la construcción de casas que deben ser reconocidas por decreto real, tienen capacidad limitada al fin que se proponen, deben ser autorizadas para aceptar donaciones y legados y se disuelven voluntariamente cuando el gobierno les retira el reconocimiento, o por decisión judicial, cuando no tienen suficientes bienes para satisfacer sus obligaciones sociales.

España.

El Código de Comercio de 1885 utiliza la expresión personas jurídicas.

Para que exista la personalidad es necesario que la conceda el Estado.

20.IDEM. Pág.94.

Establece que son personas jurídicas "las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público, reconocidas por la ley. Las asociaciones de interés privado, civiles, industriales o mercantiles, a quienes la ley concede una personalidad propia, distinta de la de sus asociados".(21)

Portugal.

La Legislación portuguesa, en su Código de Comercio de 1888, declara que la asociación no puede representar una individualidad jurídica, si no se encuentra legalmente autorizada.

En estos dos países se le reconoce personalidad jurídica a la asociación mercantil.

Holanda.

En el Reglamento del Código Civil holandés, se establece que la personalidad jurídica es reconocida de derecho a todas las asociaciones lícitas; por lo que pueden llevar a cabo todos los actos de la vida civil, comparecer en juicio, los miembros no son personalmente responsables por las deudas de la persona moral y el cuerpo moral no se extingue con la muerte de alguno de sus miembros, sino hasta que es legalmente disuelto.

En 1855 la Ley de Asociaciones modifica en parte el Código Civil, restringiendo algo la libertad de asociación.

21. IDEM. Pág. 98.

TIPO GERMANICO.-

Dentro de este grupo se analizarán las legislaciones austriaca y alemana.

Austria.

El Código austriaco establece que todas las asociaciones lícitas son personas jurídicas, de ahí que hace consistir la personalidad de las asociaciones en la licitud de su fin, que el Estado juzgará, por lo que hacen depender a la personalidad, de una concesión del Estado.

En la legislación, se reconoce como persona jurídica a muchas asociaciones, especialmente de carácter lucrativo, con la condición de llenar ciertos requisitos de publicidad, en beneficio de terceros.

El Código de Comercio de 1861 contiene un precepto declarativo de la personalidad de las Sociedades Anónimas: Art.213. "La Sociedad Anónima como tal, tiene sus derechos y obligaciones propios, puede adquirir la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles, puede demandar y ser demandada en juicio. Su domicilio judicial ordinario corresponde al distrito del Tribunal en que tenga su sede".

Alemania.

El sistema alemán para adquirir la personalidad, es el de reglamentación legal o normativa, que hace adquirir automáticamente la capacidad legal a las asociaciones, siempre que cumplan la condición formal de inscribirse en el Registro Público.

TIPO ANGLO-NORTEAMERICANO.

Es importante mencionar, que el Derecho Inglés conserva gran parte de la teoría canonista de la corporación y que a su lado ha desarrollado el concepto de "trust"

Tanto el derecho inglés como el norteamericano reconocen como persona jurídica a la corporación o colectividad de personas, que a su vez se divide en dos: sea un grupo, o una serie de personas, por lo que existe la distinción entre 'aggregate' y 'sole'. Las de la primera categoría son como nuestras asociaciones y las de la segunda están formadas por una serie de portadores sucesivos de un determinado oficio y así algunas veces la corporación resulta formada por un solo miembro.

Como ejemplo de 'corporation sole' encontramos al Rey y a los Obispos. Estas corporaciones, reproducen la personificación del Derecho Canónico, en la que la persona está revestida de un oficio, mientras que el cargo, como sujeto ideal se perpetúa en el tiempo. Por esta razón se puede observar que bajo un mismo concepto se ocultan dos personas diferentes: una el ser humano que asume por cierto tiempo los deberes del cargo y otra el ente místico, que solo puede ser visto por los ojos del Derecho.

De las ideas antes mencionadas, Adler desprende una definición de corporación: "Una personificación producida por el derecho, de una pluralidad de individuos o una serie de individuos que, bajo un nombre común, están vinculados al cumplimiento de un fin". (22)

Las corporaciones se dividen en eclesiásticas y laicas; dentro de las laicas se encuentran las civiles y las mercantiles que son todas las asociaciones lucrativas.

22. Citado por FERRARA, Francisco. Op. cit. Pág. 108.

Las personas jurídicas siempre surgen por la aprobación del Estado.

Con ésto se da por terminada la suscinta relación tanto del desarrollo histórico de las corporaciones como de la concepción que de ellas se ha tenido a lo largo de las diferentes etapas de su evolución .

CAPITULO II.

PERSONALIDAD JURIDICA.

Debe hacerse notar que sobre el concepto de personalidad jurídica, aun existen discrepancias de carácter doctrinal, no superadas.

Hemos visto que desde la antigüedad romana ha existido la preocupación de otorgar a la agrupación de personas, ya sea unidas como tales para la obtención de alguna finalidad, o conjuntando sus patrimonios, para la consecución de un objetivo común, una categoría especial dentro del mundo del Derecho.

De lo que nos ocuparemos en este capítulo, será de las teorías que han surgido, en lo que se puede llamar el mundo contemporáneo, que como ya se dijo antes, es el período que abarca los siglos XIX y XX, ya que son esas teorías las que tienen una influencia más directa en el modo de tratar a estas agrupaciones en los derechos vigentes y especialmente en el caso que nos ocupa, en la Legislación Mexicana.

Es importante señalar que la mayoría de las corrientes de opinión, han tenido su origen en Europa, debido a que la tradición jurídica es mucho más antigua en aquel continente que en el nuestro. Los países en donde surgen principalmente esas corrientes son Alemania, Suiza, Holanda, Francia, España, Bélgica, e Italia.

También es necesario resaltar que en algunos casos las teorías no son más que conclusiones o derivaciones de otras anteriores, de ahí que no se puedan marcar líneas nítidas entre algunas, y si se hace una separación, será solo con el fin de analizarlas.

Haremos un recorrido por las que consideramos las principales teorías acerca de la personalidad de las asociaciones en general, y dentro de ellas lo relativo a las sociedades anónimas.

Antes de entrar en cada una de las diversas teorías, es necesario resaltar que el concepto de personalidad es una creación del derecho con el fin de reconocer ciertos derechos y obligaciones de los diversos seres; de aquí que se considera que la personalidad es aquella capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, capacidad que varía según el tipo de persona que se trate y dependiendo de las actividades que realice.

El concepto de personalidad jurídica según el maestro Pugliatti es: "la síntesis de dos elementos, uno material que constituye el substrato y, otro formal que refleja el sello característico del ordenamiento jurídico. El elemento material está constituido por un conjunto de condiciones y presupuestos, entre los cuales debe enumerarse...la existencia de la criatura humana; el elemento formal consiste en el reconocimiento de la personalidad o cualidad del sujeto jurídico, creación del derecho objetivo".(23)

Según el maestro Pugliatti no basta uno solo de los elementos para constituir el concepto de persona jurídica, ya que en la actualidad se encuentra que no únicamente el hombre tiene personalidad, sino que también existen las "personas jurídicas", aunque la adquisición por éstas de la calidad de sujetos jurídicos, está subordinada por la ley a determinados presupuestos de hecho. El concepto de persona jurídica es formal, es decir, que deriva de una calificación de la norma jurídica, con fundamento en determinados presupuestos materiales considerados en ella, como condiciones necesarias para su aplicación.

23. PUGLIATTI, Salvador. "Introducción al estudio del Derecho Civil". Traducida de la 2a. edición. Porrúa Hnos y Cia. México, 1943.

Una vez realizado este comentario a manera de introducción al presente capítulo, pasamos a hacer una enumeración de las doctrinas que trataremos:

1. Teoría de la Ficción.
2. Teoría del Patrimonio de Afectación o del Patrimonio al Fin.
3. Teoría de la Persona Real Ideal. Derecho Subjetivo.
4. Teoría Individualista.
5. Teoría del Reconocimiento.

1. TEORIA DE LA FICCION.

La teoría de la ficción tuvo su cuna en Italia y de ahí se extendió a diferentes países.

Se considera la más antigua y deriva de la doctrina canónica del "Corpus Mysticum".

Sólo el hombre es capaz de derechos, de aquí que las personas jurídicas se consideren sólo creaciones artificiales de la ley, es decir, ficciones.

Los sujetos jurídicos así creados, tienen capacidad jurídica, pero limitada a las relaciones patrimoniales, por eso se dice que la personalidad jurídica, es un sujeto artificialmente creado por la ley para tener un patrimonio. Al hacerse popular esta teoría en Francia, se reconoce a los cuerpos morales como entes de razón, creados ficticiamente por voluntad del legislador.

Según Laurent, todo en la concepción de las personas jurídicas es fingido, estos pretendidos seres no son ni siquiera personas, no tienen verdaderos derechos ni obligaciones. De la nada surge un ser, tan sólo por la voluntad del legislador.

También expresa la opinión de que los individuos se cancelan bajo una unidad fingida, en la que se encuentra el patrimonio.

Los seguidores ingleses de esta teoría afirman que la corporación no es más que un '*artificial being*' (un ser artificial).

1.1. Savigny.

La formulación clásica de esta teoría, la elabora el maestro Savigny.

Dice el Maestro que todo derecho existe a causa de la libertad de cada hombre: este es el motivo por el cual el concepto primitivo de persona, debe coincidir con el concepto de hombre, de ahí que válidamente se puede aseverar que "todo hombre singular, y sólo el hombre singular es capaz de derechos",⁽²⁴⁾ no obstante lo anterior, el Derecho Positivo puede modificar este principio en diversas formas, ya sea negando la capacidad a algunos hombres -como en el caso de los esclavos- o bien, extendiéndola a los sujetos que no son hombres, como en el caso de las personas jurídicas.

La capacidad jurídica se puede extender a sujetos artificiales creados por simple ficción. Este tipo de sujetos son llamados personas jurídicas, y esta persona jurídica sólo es admitida para ser objeto del Derecho. De ahí resulta una delimitación esencial del concepto de persona jurídica. Sólo a las relaciones de Derecho Privado, puede referirse la capacidad artificial de las personas jurídicas. El concepto de persona jurídica se refiere única y exclusivamente a relaciones patrimoniales.

²⁴Savigny, citado FERRARA, Francisco, Op. cit. Pág.125.

En base a lo anteriormente expuesto, el maestro Savigny elabora una definición de persona jurídica: "es un sujeto creado artificialmente, capaz de tener un patrimonio".(25)

Según el Maestro algunas de estas personas tienen una existencia natural y necesaria y otras artificial y arbitraria.

Estos entes, desde cualquier punto de vista, son siempre ficciones de una ley y por tanto incapaces de querer y obrar. Existe un problema entre su capacidad para ejercer derechos y su capacidad para adquirirlos, la cual se encuentra lo mismo en los mentecatos o en los impúberes, problema que se resuelve mediante la representación.

La corporación puede equipararse con un impúber, y la relación que existe entre aquella y sus miembros, a la que existe entre el tutor y el pupilo. Como la persona jurídica es un ente ficticio, se encuentra fuera del terreno de la punibilidad ya que los actos ilícitos sólo pueden ser cometidos por los individuos que la integran y la rigen.

Los miembros de la corporación no pueden disponer ilimitadamente de los bienes e intereses de la misma, ya que existe una distinción entre ella y los miembros que la componen puesto que en un momento dado estos últimos pueden variar.

25. FERRARA, Francisco. Op. cit. Pág126.

1.2.Puchta.

Según el maestro Puchta: "la personalidad, es la posibilidad de querer jurídicamente pensada, como cualidad del sujeto. Los hombres son sujetos por ser jurídicamente libres" (26)

Nosotros entendemos que al hablar del hombre como sujeto del derecho, el maestro se refiere al hombre tomado conjuntamente con su patrimonio.

Pero existen bienes que no pertenecen a los hombres individualmente, de ahí la razón por la cual el Derecho ha creado a las personas jurídicas, yendo más allá del sujeto natural de la personalidad.

Las personas jurídicas tienen una existencia ideal, ya que la personalidad es atribuida a un concepto. La opinión de las personas jurídicas reposa sobre una ficción.

1.3.Böking.

Opina que sólo los hombres pueden tener voluntad:"si la personalidad de un impersonal es fingida, si se atribuye capacidad a un ente carente de personalidad natural, tal personalidad soñada, sólo existe en el Derecho, es simplemente jurídica".(27)

Para Savigny y Puchta lo que se considera como sujeto jurídico son los bienes, lo fingido es el fin para el cual están destinados los bienes.

26.Puchta,citado por FERRARA,Francisco. Op.cit. Pág.126

27.Böking,citado por IDEM.Pág.127.

1.4. Unger.

Este maestro explica: "que la creación de una persona jurídica, es una creación de la nada, surge por la ley un sujeto ideal invisible".(28)

El querer explicar la persona jurídica por personificación, se encuentra en la naturaleza humana que quiere descubrir para lo suprasensible, un punto de unión con lo visible y conocido.

Unger nos dice que del concepto de persona jurídica, se sigue que existe un sujeto ideal, diverso de los miembros, que forma el punto central del patrimonio de las corporaciones, pero nada excluye que los miembros singulares tengan derechos sobre el patrimonio, que los beneficios de este patrimonio sean divisibles entre ellos.

En las sociedades lucrativas los miembros son lo principal, la persona jurídica es sólo el medio por el que los primeros consiguen su fin. Se puede decir que la persona jurídica es suprimida por sus miembros, no es en verdad que la esencia de una persona jurídica se reduzca, que el sujeto artificial lleve una vida completamente sustraída de la influencia de los miembros.

La persona jurídica, según la teoría que analizamos, no existe en realidad, sólo existe para el Derecho, con el objeto de que se pueda conseguir un fin determinado.

En donde radica el substrato de la personalidad, es en el patrimonio conjunto que viene a formar un algo separado y que es lo que entrará en juego en el mundo del Derecho.

28. Unger, citado por IDEM. Pág.127.

Por lo expuesto hasta aquí, se puede llegar a la conclusión de que los seres fingidos pueden ser de dos tipos: aquellos en los que se le reconoce personalidad a la unión de varias personas; y aquellos en que la personalidad es atribuida a la unión de los patrimonios, con sus titulares.

El mérito de la teoría de la ficción, consiste en la sencillez de su enunciación, en su vigor lógico y en que no se limita a la observación estricta, de que la persona jurídica es un sujeto ideal creado por la ley.

Pero es defectuosa, tanto porque restringe la capacidad a las relaciones patrimoniales, como por tomar como ficción lo que es una consideración técnica del fenómeno, pero que tiene realidad jurídica como cualquier otra figura del mundo jurídico.

Mientras más se trata de profundizar en el concepto de que la persona jurídica es una ficción, los diversos autores llegan a un punto en el cual todo parece apuntar a que la persona jurídica es un mito jurídico. Al extremo que se llegan a concebir derechos sin sujeto.

2. TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACION O DEL PATRIMONIO AL FIN.

Algunos autores con el objeto de rebatir las ideas derivadas de la personalidad como ficción, llegan al concepto de un patrimonio, al que se le atribuirá personalidad, en tanto que se encuentre destinado a un fin predeterminado.

La llamada persona jurídica, no es más que un patrimonio sin sujeto, destinado al cumplimiento de un fin, y que el hombre debido a su instinto antropomórfico, considera como persona humana.

2.1. Brinz. (29).

Manifiesta la necesidad de que se lleve a cabo un estudio acerca de las personas jurídicas, pero desde otro punto de vista; de este modo puntualiza que no resulta del todo exacta la división de personas en naturales y morales, sino que más bien se debe hablar de dos clases de patrimonios. En el primer caso se presenta el patrimonio como una relación jurídica entre una persona natural y un bien o conjunto de bienes; en el segundo caso, no se encuentra a la persona natural y el patrimonio se presenta como una relación jurídica, entre un bien o conjunto de bienes y el fin al cual esten destinados los bienes.

29. Brinz, citado por IDENI. Pág.142.

Del hecho de que el patrimonio no tenga dueño, no se debe deducir que no es objeto de derecho, ya que puede ser protegido por el orden jurídico, de igual modo que si perteneciera a alguien y la razón de ésto se encuentra en el fin, para el cual subsiste el patrimonio. Este nuevo ser, se concibe como un patrimonio que no pertenece a nadie, pero, pertenece a alguna cosa, la prueba de ésto, es una necesidad lógica, como no hay una persona a la cual pertenezca el patrimonio, éste pertenece a un fin: existe un patrimonio impersonal a favor de un fin determinado.

El propio Brinz, muestra cual es el substrato de esta teoría con un razonamiento doble: Por una parte, la inadmisibilidad de la doctrina de la ficción, ya que no se puede atribuir personalidad a simples figuras de fantasía; y la otra se dirige hacia las fuentes Romanas del Derecho, las cuales según su explicación, al tratar acerca de la persona moral, lo hacen en el campo de las cosas y así establece que existen diversos textos de los cuales se puede concluir, que los antiguos romanos distinguían perfectamente entre el hecho de que una cosa perteneciera a alguien "pertinere ad aliquem" y que una cosa perteneciera a un fin "pertinere ad aliquid" (30). De este modo considera que no es necesario crear nuevos conceptos, unicamente adaptar los ya existentes a esta especie de patrimonio. Del hecho que los bienes carezcan de titular no se puede concluir que sean vacantes o que no gocen de protección jurídica, ya que el derecho los protege de igual manera que a los bienes que pertenecen a una persona física

"Por ésto, los derechos activos no serían otra cosa que los mismos poderes o facultades, pero el que los posee no los posee para sí, sino para el fin. Las obligaciones, las deudas, serían una responsabilidad del patrimonio".(31)

30. Ejemplos de estas situaciones se encuentran en la Ley 12 Lib.8 TIT.I del Digesto: el fundo adquiere la servidumbre, la sentencia recae sobre el predio.

31. FERRARA, Francisco, Op. cit. Pág.144.

Brinz distingue por lo tanto dos tipos de patrimonio, el personal y el impersonal. El primero, como su nombre lo indica, pertenece a una persona, y el segundo no tiene un sujeto de Derecho, razón por la cual pertenece al fin al que se encuentre destinado.

A este respecto el autor en cuestión, indica que dependiendo de la finalidad que tenga el ente colectivo, es importante la subsistencia del patrimonio. De este modo, señala que si el ente tiene un fin de carácter particular y desaparece su patrimonio, el ente en consecuencia se extinguirá; pero si el ente tiene un fin de naturaleza pública, no obstante desaparezca el patrimonio, el ente subsistirá.

A partir de lo aquí expresado, nuestro autor llega a la conclusión de que el ente, no es la simple totalidad de las personas, porque en tal caso los bienes que le pertenecen estarían en condominio, sino que ese ente, no es ni siquiera una persona, por lo tanto, no puede ser objeto de derechos; por lo cual debe admitirse que la comunidad es el fin para el cual pertenece un patrimonio, es decir, está destinado a la subsistencia y al mantenimiento de la corporación.

Por lo que se refiere a la distinción de los patrimonios en personal e impersonal, separados de la finalidad que se persigue, nos acogemos a la crítica que para este efecto realiza el Maestro Ferrara, quien afirma: "Servir para un fin, no es una característica que sirva para distinguir un patrimonio (especial), sino que es también común a los patrimonios personales. También el patrimonio de persona sirve a un fin, como el patrimonio de fin sirve a una persona. El momento de fin no es una especialidad de algunos patrimonios, sino un carácter general de todos. El patrimonio de persona sirve a la realización de los fines que el individuo se propone, sea el fin general de su bienestar, sea el fin especial a que lo destina."(32)

32. IDEM. Pág. 152.

2.2. Demelius.

Opina que ya es tiempo de llegar a la comprensión de que el núcleo del fenómeno jurídico que es un patrimonio es reconocido y afirmado por el Derecho Objetivo, sin que pertenezca a un individuo, sino más bien, a un fin.

Así se obtiene la unidad de concepto de persona jurídica, no se tiene en la corporación una 'universitas personarum', ni en la fundación una 'universitas bonorum', sino en todos los casos, una 'universitas bonorum'. El centro de equilibrio de un patrimonio es una persona o un fin.

2.3. Bekker.

Se puede considerar que el Maestro Bekker sostiene una teoría ecléctica, ya que como veremos admite en parte la personalidad como una ficción jurídica y en parte la teoría del patrimonio al fin.

De ahí que afirma la posibilidad de derechos sin sujeto, las personas jurídicas son una familia de los patrimonios al fin.

El mantenimiento de la designación "persona jurídica" se debe a la comodidad del lenguaje y a que la expresión es inocua, si se establece su concepto y se evita sacar de la ficción de una persona no real, otras consecuencias que no corresponden a la idea.

Define a las personas jurídicas, como "los sujetos pensados (fingidos) de cuantas especies del patrimonio al fin: la ficción sirve para facilitar el pensamiento y el lenguaje".(33)

Divide el patrimonio al fin, en dos categorías: independientes y dependientes.

- Independientes, son los conjuntos patrimoniales destinados a un fin, no tienen ningún sujeto.

- Dependientes, son los patrimonios, que forman parte del patrimonio de una persona, pero están destinados a un fin especial y por lo tanto, con propia autonomía. De este tipo es el peculio, que se utiliza para la constitución de las Sociedades Mercantiles.

2.4.Windscheid.

Dice: "que el modo más natural de concebir la persona jurídica es admitir que en ella no existe un sujeto de Derecho. Los derechos no tienen sujeto si no están destinados para servir a un fin impersonal".(34).

2.5.Bruns, Eisle y Bolze.

Aceptan esta teoría, pero limitándola al caso de las fundaciones, entendiéndose por éstas, como la unión de bienes.

33.Citado por FERRARA, Francisco. IDEM. Pág.130.

34.IDEM

2.6. Forlani y Bonelli.

Forlani acepta la teoría del fin, aún cuando reconoce que no resuelve todas las dificultades.

Es importante resaltar que la base de la que parte la teoría del maestro Bonelli, es el sacar del ámbito del Derecho Público a la persona jurídica y reducirla únicamente a la esfera del Derecho Privado y ya dentro de este Derecho, circscribe aun más las relaciones dejándolas en el campo estrictamente patrimonial.

Para Bonelli, la persona jurídica, es el sujeto de relaciones patrimoniales; en cualquier parte que se encuentre la manifestación de una relación de subjetividad en el campo de las relaciones patrimoniales, se tiene a una persona jurídica, así sea aceptado por las leyes o no.

Por tanto la verdadera personalidad, es la que tiene una manifestación substancial, es decir, que existe un patrimonio, que siente todos los efectos y es distinto del patrimonio generador.

Para que haya un sujeto de relaciones patrimoniales es necesario que existan bienes y la ley debe conferir personalidad a un 'ente personificable', es decir, que tenga un patrimonio. Sin estos elementos, no existe más que una persona puramente nominal.

El elemento patrimonial, es el substrato indispensable para la personalidad, esto se refiere a todos los entes que se califican como personas.

Los sujetos, pueden clasificarse en patrimonios con investidura y patrimonios acéfalos, es decir sin investidura y ambos tipos se pueden encontrar bajo la modalidad de estar unificados para un fin, ya sea provisional o definitivo.

Se pretende hacer una clasificación que pueda sustituir a la antigua distinción, entre personas físicas y personas jurídicas.

Los patrimonios con investidura, pueden ser con investidura individual, por ejemplo el hombre; o con investidura colectiva, es decir las corporaciones.

En los patrimonios sin investidura, donde falta el elemento humano, la personalidad es encabezada solamente por el patrimonio.

Las relaciones jurídicas, están sometidas a la unidad patrimonial y el patrimonio es el término subjetivo de las relaciones del ente. El patrimonio, por lo tanto, es el substrato de la personalidad.

No es necesario que el patrimonio sea real, basta con que sea una expectativa de bienes a futuro. El patrimonio puede existir sin un sujeto.

De modo que: "Persona jurídica es todo patrimonio autónomo, llamado así o sólo tratado por el derecho, y si algunas veces en el sistema se encuentran casos de patrimonios autónomos que no son personas jurídicas, se trata de fenómenos extraordinarios y artificiales, de faltas de lógica del legislador, motivadas por razones prácticas, pero desde el punto de vista teórico deben concebirse como personas jurídicas embrionarias".(35)

35.FERRARA, Francisco. Op. cit. Pág.161.

De todas la posturas sostenidas por los autores de la Teoría del Patrimonio de Afectación, podemos hacer los siguientes comentarios: se resalta la importancia que tiene en un ente moral el fin u objeto que se persigue, pero consideramos que se pierde de vista que la razón de ser del derecho, se la da la persona humana, sin la cual todo esquema jurídico caería en un sin sentido. Por lo que no se puede decir que se logre el objetivo de encontrar la personalidad del ente sino que se limita a establecer, que un conjunto de bienes para figurar dentro del mundo del derecho, necesariamente debe tener un fin perfectamente establecido, cosa que sin lugar a duda es importante, pero no es la razón última.

3. TEORÍA DE LA PERSONA COLECTIVA REAL.

La Teoría de la Persona Colectiva Real, establece que el hombre no es el único sujeto de derecho. También son sujetos de derecho algunas colectividades humanas.

Son personas, es decir, sujetos de derecho, el hombre y ciertas colectividades, nacidas, o de un proceso histórico, o de una agrupación voluntaria. Estos grupos son realidades orgánicas con voluntad propia. Unidades de vida corporales espirituales.

Las bases de las que parte son las siguientes:

- El concepto de persona no siempre coincide con el de hombre, sino con el de sujeto de Derecho, por lo que no excluye que haya sujetos de Derecho que no sean hombres.

- Se debe ensanchar el concepto de sujeto, sacándolo de la esfera del Derecho Privado Patrimonial y llevándolo a la del Derecho Público.

- Todas las personas jurídicas son realidades.

3.1. Beseler.

Explica que la reunión de varias personas, encaminada a la consecución duradera de fines comunes, es llamada corporación.

Pero la corporación es un concepto genérico y se divide en dos especies: una es la comunidad, y la otra es la compañía.

La comunidad se encuentra ligada a una cierta circunscripción territorial y comprende a todos los habitantes de la misma; la otra, la compañía, comprende solo un cierto número de personas, para la consecución de un fin determinado.

Estas formas se encuentran fundidas en una estructura orgánica que constituye la esencia de la institución.

Estos tipos de figuras jurídicas se originan de dos formas:

A) Naturalmente.- Por vía de desarrollo histórico, porque la ligazón de los particulares, se identifica poco a poco con el fin común, de modo que la comunidad se presenta como una personalidad.

B) Por un acto de constitución.- En este caso no se necesita, por regla general, ningún acto de reconocimiento.

La asociación existe por sí y dista mucho de ser una ficción; disfruta, en su totalidad de una vida orgánica, de una personalidad.

La asociación tiene una doctrina, que se expresa a través de los votos en la Asamblea General y se hace activa por medio de todos los miembros juntos, o por las personas que para tal fin han sido designadas.

Una particularidad de la compañía, en las relaciones patrimoniales, es que junto al derecho de la totalidad, le pueden competir a miembros particulares, determinados derechos de goce, sobre los bienes de la propia corporación, que tienen carácter real; también es posible que el patrimonio se considere al mismo tiempo como único bien de la corporación, desde el punto de vista de la misma corporación; y fraccionado en cuotas ideales, (como condominio) de los particulares, según el principio de comunidad de bienes.

Así sucede en la sociedad por acciones (Sociedad Anónima); todas estas relaciones, en su composición y variedad, se pueden resumir en el concepto amplio, de la propiedad colectiva.

La Teoría de la Persona Colectiva Real, fué acogida por muchos autores que después de tratar de enmendar posibles errores que encontraron sus adversarios, vuelven a la carga con una teoría mejor cimentada, más reflexionada.

En seguida hacemos una relación de los más representativos, así como de sus respectivas afirmaciones.

3.2. Salkowsky.

Este autor trata de determinar la esencia de las corporaciones, y dice que la 'universitas' "es la unión organizada de personas físicas, reconocida en el Estado, como sujeto de derecho. La totalidad de los miembros parece un sujeto especial distinto de los particulares. Resulta inexacto creer que se trata de un sujeto ideal invisible...".(36)

36. Citado por FERRARA, Franesco, Op. cit. Pág. 175.

Si se afirma que la comunidad es sustentadora de derechos, solo significa que "la totalidad de los miembros eventuales es pensada como unidad colectiva, en contraposición a los particulares que son personas que existen por sí mismas". (37)

Como en las '*universitas rerum*', un rebaño, por ejemplo, lo que se nos presenta como esencial y duradero es el todo, mientras que los individuos pueden cambiar o ser substituidos; asimismo en una comunidad de bienes las cosas singulares también desaparecen y pierden su importancia, de modo que el todo aparece como esencial y duradero y las cosas aparecen como parte de la totalidad.

En la '*universitas personarum*', en la corporación, los individuos que la forman se funden entre sí y se ostentan como partes integrantes de una unidad colectiva. Esta unidad colectiva, es el verdadero sujeto de derecho, es la persona moral misma, la cual no está constituida, ni por una entidad ideal, ni por un ser distinto de los asociados. (38)

Tal como en la comunidad de bienes es el todo en su manifestación concreta el que se concibe; así en la comunidad de personas no puede considerarse como sujeto, un ente fuera de la misma, abstracto; la totalidad no representa la persona jurídica, sino que es esta misma persona jurídica, como la comunidad de bienes es el objeto jurídico y no el representante de una cosa jurídica ideal.

Como la unidad colectiva de los miembros de la corporación es sujeto del patrimonio, los derechos se refieren a las personas singulares, en su calidad de miembros de la corporación. Los particulares forman un ente jurídico, y son titulares de derechos y obligaciones, en cuanto que aparecen como miembros de la comunidad.

37. *IBIDEM*.

38. CERVANTES, Manuel. "Historia y Naturaleza de la Personalidad Jurídica" Editorial Cultura. México 1932. Pág. 392

Si una persona deja de pertenecer a la comunidad, deja de ser sujeto de los derechos de la misma, y quien entra, los asume; no obstante lo anterior, la persona jurídica tiene valor sólo en sus relaciones externas.

Lo que forma la esencia de la corporación es "aparecer" exteriormente como sujeto jurídico especial. Por lo tanto, la persona jurídica, facilita la representación en el comercio.

3.3. Brini.

Tiene una concepción que se acerca un poco a la de Salkowsky y dice que: las comunidades se presentan como formadas por los particulares, constituyendo un cuerpo, en sí nuevo.

Las cosas son comunes a los particulares, como partes del todo. De este modo los particulares sólo responden con el patrimonio del cuerpo mismo.

Por la razón antes mencionada, se debe hacer una clara distinción entre las personas miembros del cuerpo y las personas como seres existentes por sí mismos.

La Teoría de la Persona Colectiva Real, en el pensamiento de Brini, toma un sentido más idealista.

Para él, el problema que lleva a encontrar la clave de esta situación, de la esencia de la comunidad, es la pluralidad de individuos quien orgánicamente reunida, se convierte en una unidad nueva y completamente distinta de los individuos que la forman; esta entidad lleva consigo la misma cualidad que todos los individuos reunidos, tienen en común.

3.4. Zitelman.

Supone este autor que una reunión de hombres, no es simplemente una pluralidad de individuos, sino una unidad, un nuevo ser distinto de los miembros que la componen. Para demostrar este principio invoca a las matemáticas y así explica que si las cantidades "A" y "B" se suman, dan por resultado una cantidad nueva "C".

De estos principios, llega a la conclusión de "que si una pluralidad de individuos está ligada por un vínculo unitivo, surge una individualidad humana que es una cantidad real y efectiva, diversa de sus partes".(39)

El nuevo ser que surge de la reunión de varios hombres, no lo considera como el sujeto de derecho de la persona moral.

Explica que es la voluntad colectiva, la base del derecho subjetivo de los grupos humanos.

Desde el punto de vista jurídico, es necesario para determinar si una entidad es o no sujeto de derecho, averiguar si existe o no una voluntad.

En los grupos de hombres, la voluntad de que se trata proviene de la reunión de voluntades de los miembros; pero no de las voluntades íntegras de cada uno de ellos, sino de la reunión parcial, de todas esas voluntades, por lo tanto, solo en cuanto una voluntad, se encuentra unida a las demás por la persecución de un fin común.

39.FERRARA.Franlisco, Op. cit. Pág.179.

De la reunión de voluntades individuales, surge una voluntad común, que es tan real como el individuo mismo, y es esta voluntad la que constituye el sujeto de derecho de la persona moral.(40)

Zitelman considera al derecho subjetivo como la facultad de querer, por lo que el único requisito para que exista la personalidad jurídica, es la aptitud para querer. La corporación no es esencial. Por eso, ahí donde se encuentra una "aptitud para querer", aunque no esté unida a una persona física, debe reconocerse una personalidad.

Por esta misma vía trata de construir a las personas jurídicas.

En la corporación, por tanto, el supuesto, no son los hombres, que para este caso son una representación puramente material, sino que se reúnen las voluntades de los miembros de la corporación.

Este autor en su obra "Concepto y naturaleza de las llamadas personas jurídicas", establece que: "La realidad de la persona social...no está en los individuos, sino en la idea trascendental de que aquellos son manifestación efímera" .(41)

3.5. Gierke.

La Teoría de la Persona Colectiva Real tiene su más poderoso defensor en el maestro Gierke.

40.CERVANTES,Manuel Op.cit. Pág.394.

41.Citado por BENITO, José L de. Op. cit. Pág. 33

Gierke considera que el Derecho Romano, reconoció dos formas de agrupaciones humanas: la indivisión inorgánica y carente de personalidad jurídica y la comunidad organizada y dotada de personalidad. Pero que el Derecho Germánico menos riguroso, reconoce un tipo de asociación intermedia entre las extremas del Derecho Romano y que participa de la naturaleza de ambas.

El derecho germánico, junto al hombre individual, considera a los grupos humanos como sujetos reales de derecho.

La principal diferencia que encuentra entre las concepciones romana y germana de la personalidad, es que en la primera se reconoce a la personalidad como absoluta, indivisible e intransmisible, mientras que en la segunda se considera como relativa, divisible y transmisible.

Dada esta extensión del concepto de persona, éste no puede recaer únicamente en un hombre singular, sino que comprende también a las colectividades.

La persona en derecho alemán, es lo bastante rica como para sacrificar, sin que ello implique su propia destrucción, una parte de sí misma en favor de una nueva unidad volitiva, que nace de la colegiación.

Es por la razón antes mencionada, que la persona colectiva no se contrapone a los miembros como un tercero, sino que esta ligada orgánicamente con ellos; por eso la posibilidad de una conexión de los derechos de la unidad, con los de la pluralidad.

La persona corporativa se encuentra por encima, pero nunca fuera, de la colectividad de las personas que forman el cuerpo; constituye una inmanente unidad con él, se trata de un ente único, pero simultáneamente colectivo. Esta asociación tiene una voluntad general propia, que no es la simple suma de varias voluntades autónomas, sino que se trata de una voluntad común, de todos, ordenadamente declarada.

La comunidad tiene así mismo, capacidad propia de obrar.

"Una acción colectiva hay allí donde la generalidad de los miembros, como un ente concreto y visible, traduce en acto la voluntad general. Esta generosidad no es ni el órgano colegial de una diversa unidad corporativa, ni la simple suma de individuos; es más bien, la corporación misma, que en su totalidad toma forma de una pluralidad recogida en unidad. Su estructura reposa en la constitución de un cuerpo orgánico de individualidades coligadas. Toda corporación, por lo mismo, supone una pluralidad de personas que con un trozo de su personalidad han llegado a ser partes de la personalidad colectiva. Las personas ligadas por la constitución corporativa son los miembros de los cuales se compone el cuerpo viviente de la asociación". (42)

Gierke para sustentar mejor su hipótesis, elabora una crítica de la Teoría de la Ficción; así se puede precisar su teoría: la corporación, es una persona real colectiva, formada por hombres que se reúnen y organizan en una existencia corporativa, que tiende a la consecución de fines que trascienden de la esfera de los intereses individuales, por medio de la única y común fuerza de la voluntad y acción.

Este todo colectivo, es un organismo social dotado, igual que el hombre, de una potestad propia de querer, por lo que es capaz de ser sujeto de derechos.

42.FERRARA.Francisco, Op. cit. Págs.186-187.

Este ente puede surgir espontáneamente, por hechos históricos-sociales o por constitución voluntaria de los hombres.

Lleva una vida individual, simultáneamente a la social, puede dividir su voluntad y contraponer a la voluntad de sí misma, el vínculo de la voluntad colectiva.

La existencia de la corporación, es independiente a toda intervención del Estado; el reconocimiento no es la creación de un cuerpo jurídico, sino únicamente es la constatación de su existencia; el reconocimiento tiene únicamente un fin declarativo.

La capacidad jurídica de la corporación, por regla general, se equipara a la del hombre, pero de la constitución de la persona colectiva, resultan otras especies de derechos y obligaciones y estas son las relaciones en que la persona colectiva se encuentra como un todo, frente a las personas singulares asociadas, en la cual se manifiesta una cierta soberanía del todo hacia sus miembros y relaciones que el ente tiene a su vez como miembro de una más alta personalidad colectiva.

Los derechos de los que está investida, la persona colectiva, corresponden únicamente a ella, pero no existe una antítesis entre persona colectiva y personas colegiadas, sino más bien una ligadura en la separación y por lo tanto una mezcla de derechos de la unidad y la pluralidad.

Todas estas relaciones deben concebirse como un verdadero derecho social, y dentro de éstas se encuentran los derechos y obligaciones corporativas, de naturaleza personal o patrimonial.

La persona colectiva real, es capaz de querer y de obrar, el Derecho le atribuye personalidad a los entes colectivos, porque los considera como portadores reales de una única voluntad; porque en la voluntad se encuentra siempre el núcleo de la subjetividad jurídica.

La capacidad de querer y obrar es una cualidad esencial elevada a categoría jurídica.

La persona jurídica quiere y obra a través de sus órganos.

No se trata de una relación de representación, sino de la voluntad y acción de un órgano, inmanente a la vida del ente común.

Como la persona colectiva es capaz de obrar, puede por tanto cometer actos ilícitos, de modo que al cometer un delito la corporación, se vuelve directamente responsable del mismo.

Las penas con la que puede ser sancionada, son de naturaleza pecuniaria, la disolución forzosa, y desde luego debe de reparar el daño causado.

La persona colectiva se extingue por la destrucción del organismo social o por mandamiento de la autoridad estatal.

Continuando con el pensamiento de Gierke, se puede decir, que la persona colectiva real, es un ente compuesto de hombres que forman una nueva personalidad de un orden más alto, dotado de voluntad propia y con su propia esfera de vida.

Para ejemplificar su teoría expone, que si diez personas se asocian, surge una undécima que existe, quiere y obra como una persona colectiva invisible, como substancia inmaterial.

De la teoría de Gierke surgen dos derivaciones:

- a) La Teoría de la Persona Real Ideal
- b) La Teoría del Derecho Subjetivo.

3.5.n. Teoría de la Persona Real Ideal.

Esta teoría niega que la persona jurídica sea capaz de tener voluntad y por tanto capacidad de acción, por lo que considera indispensable el mecanismo de la representación.

Entre sus seguidores encontramos a:

3.5.a.1. Dernburg.

Sostiene que "Además del individuo humano, tienen una capacidad jurídica independiente, algunas organizaciones pertenecientes a la sociedad humana. Tales organizaciones se suelen llamar actualmente personas jurídicas.....".(43)

Las personas jurídicas no son corporales, pero son concepciones reales.

43.Citado por CERVANTES, Manuel. Op. cit, Pág.403.

La representación de las personas jurídicas, sujeta lo real a un concepto que corresponde a lo ideal.

"Las corporaciones y fundaciones son exigidas por la organización de la sociedad humana y son figuras que tienen raíces en ella; por eso se desarrollan naturalmente". (44)

La persona jurídica está representada por quien la encabeza.

La voluntad que los órganos de la corporación manifiestan, valen como voluntad de la corporación.

3.5.a.2. Stobbe.

Afirma que además de los hombres, existen otros sujetos sin existencia corporal. En las asociaciones, la pluralidad de personas forman una más alta unidad, que no consiste en una suma de los individuos, sino en un producto de esa suma, y como nuevo sujeto jurídico se contrapone a los individuos que la forman. El sujeto es su unidad ideal pensada, la cual subsiste siempre, aún con el cambio de sus miembros.

Sólo a consecuencia de una indispensable ficción, la totalidad de los miembros esparcidos, representa a la persona jurídica, y la voluntad de la mayoría, aparece como voluntad de la persona jurídica. Una '*universitas*' como sujeto real jurídico, no puede tener ni buena ni mala fé, pero la condición de sus representantes, le es atribuida.

44. Citado por FERRARA, Francisco. Op. cit. Pág. 218.

3.5.a.3. Klingmuller,

Sostiene que la propiedad individual no es la única forma de reparto de los bienes, la que también se encuentra la propiedad colectiva. Estas colectividades de personas, con una economía autónoma, participan en el comercio patrimonial.

De este hecho surge un problema, que consiste en introducir en el sistema de derecho un fenómeno económico, una forma determinada de reparto de bienes. Lo esencial a este tipo de totalidad de personas, es que participan de igual forma en el comercio patrimonial; por tanto en el campo patrimonial, aumenta el número de sujetos jurídicos, sin que se eleve el número de los individuos.

Con la constatación de este hecho, comienza y termina el conocimiento de las personas jurídicas.

Estas organizaciones son verdaderas aunque no sean corporales; no son sensibles, pero si metafísicamente reales.

Para que sean posibles los derechos subjetivos, se requiere una fuerza de voluntad, de ahí la necesidad de encontrar el origen de donde surge la voluntad de las personas jurídicas.

El órgano jurídico se comporta como en las personas físicas incapaces, es decir, por medio de la representación.

La '*universitas*' es algo diferente a sus miembros y pensada fuera de éstos.

Klingmuller afirma que es un error pensar que la voluntad unánime de los miembros, es la voluntad de la corporación, ya que ésta es independiente de la existencia o cambio de los mismos. Si la corporación debe querer, quiere, y si un individuo está en una determinada relación con ella, sólo la autoridad del orden jurídico, es la que declara la voluntad singular en determinadas direcciones por la voluntad de la corporación.

Las concepciones de los autores antes mencionados, nos llevan a la conclusión, de que la corporación es una unidad ideal intelectual, pero al mismo tiempo real.

La persona jurídica es considerada como una representación conceptual de fenómenos ya existentes, o como una unidad que existe en el pensamiento, o como una magnitud ignorada que sólo surge por la organización social.

Esta teoría deja ciertos puntos sin aclarar, ya que de ninguna manera explica cual es la esencia de la persona jurídica.

3.5.b. Teoría del Derecho Subjetivo.

Los seguidores de esta teoría, pretenden subsanar los errores en los que, a su juicio, cayó la teoría realista, y afirman que todo radica en la estrecha concepción que tenía Gierke, acerca del derecho subjetivo.

Al comprender que es el derecho subjetivo, necesariamente se sabe que es el sujeto de derecho y por tanto la persona jurídica.

3.5.b.1. Bernatzik.

Afirma, que "Persona, o si se quiere, persona jurídica es, pues, todo hombre o asociación humana en cuanto que tenga reconocida o concedida capacidad por la ordenación, en apoyo de sus derechos individuales".(45)

Todo el problema esta concentrado en el concepto de derecho subjetivo; de las características que se le atribuyan, depende el concepto de personalidad.

Antes de continuar exponiendo la doctrina de Bernatzik, es conveniente dejar establecidos algunos aspectos referentes al concepto de voluntad.

Todo acto de voluntad debe tener un contenido determinado; siempre se debe querer alguna cosa, esta cosa puesta en relación con el individuo. Por sus cualidades de servir a los fines del hombre, se trata o de un bien o de un interés, si se ve desde el punto de vista subjetivo. Por tanto el objeto del Derecho es la protección de bienes e intereses. Lo que reconoce el Derecho no es la voluntad abstracta, sino el querer determinados fines. La voluntad es el medio, para obtener los fines del individuo.

El Derecho Subjetivo, es pues el interés protegido, por el reconocimiento de la potestad humana de querer, y sujeto de derecho, es el portador de todo interés humano, que reconoce el orden jurídico, porque presta fuerza jurídica a la voluntad para su realización.

Bernatzik continua su exposición, diciendo que pueden ser idénticos el fin y el sujeto del querer, pero también puede ser que estén separados.

45. BENITO, José L. de. Op. cit. Pág. 19.

Admite que una voluntad puede expresarse para la realización de determinados fines de un sujeto, pero no necesariamente esta voluntad debe ser la suya, sino que puede pertenecer a otro sujeto jurídico. En este caso el sujeto de la voluntad, ejerce un derecho ajeno.

La separación entre el sujeto de la voluntad y el fin, se encuentra en la figura de la representación y en una forma más complicada, en las personas jurídicas.

El fin realizado es extraño al sujeto de la voluntad, por lo tanto los requisitos esenciales de toda persona, física o jurídica son: un fin humano y una voluntad destinada a su realización.

Bernatzik concibe a la persona jurídica, como el portador de un interés colectivo, para cuya realización se da una voluntad autónoma.

El ente colectivo es ideal; sólo por analogía puede equipararse al organismo, ya que es incapaz de tener voluntad propia.

La voluntad de las personas jurídicas, emana de sus órganos, que están constituidos por la pluralidad de personas físicas que forman su base.

3.5.b.2. Michoud.

También sostiene la postura hasta aquí expuesta y explica que el titular del derecho es el ente colectivo o individual, cuyo interés está garantizado, por el poder reconocido, a una voluntad de representarse y defenderse.

El Derecho garantiza intereses individuales y colectivos, por lo que consiente que estos últimos estén representados por voluntades que obren en su nombre.

Para la existencia de personas jurídicas se necesitan dos condiciones que corresponden a los elementos de derecho subjetivo, y son a saber:

- Un interés distinto de los intereses individuales, es decir un interés colectivo y permanente.

- Que el grupo tenga una organización capaz de desarrollar una voluntad colectiva, que lo represente y esta voluntad no será metafísicamente otra, que la voluntad de los individuos aislados; pero prácticamente deberá ser considerada como constitutiva de la voluntad del grupo.

Además es necesario el reconocimiento de la Ley.

4. TEORÍA INDIVIDUALISTA.

4.1. Jhering.

El principal representante de esta teoría, es el maestro Jhering, quien parte del concepto particular del Derecho Subjetivo. El Derecho es un interés jurídicamente protegido.

Según él, el verdadero derechohabiente, es quien puede pretender gozar.

El sujeto de Derecho, es aquel al cual la Ley destina la utilidad del derecho, por lo que la misión del Derecho, es la de garantizar el goce.

El Derecho está constituido por dos elementos: uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho y otro formal que es la protección. De aquí se desprende, que no se puede dudar de que los derechos de las personas jurídicas, aprovechan a sus miembros presentes o futuros, ya que los miembros son verdaderos detentadores de los derechos.

Por razones prácticas, los intereses comunes deben ser perseguidos por el conjunto de los miembros, representados por una unidad artificial y no por los miembros separados.

La persona jurídica como tal, es incapaz de gozar, no tiene ningún tipo de interés y por ende no puede tener derechos.

Que un derecho no pueda serle útil al titular, eso es una quimera. Esta analogía no es otra cosa que una apariencia, el sujeto aparente de derecho, oculta al verdadero sujeto.

La persona jurídica, no es la destinataria de los derechos que posee, sino que son las personas físicas que se encuentran detrás de ella; no hace más que representarlos, es el instrumento técnico necesario para corregir la falta de determinación de los sujetos. Cuando varias personas tienen derechos y obligaciones comunes, su ejercicio se complica, por lo que como un medio de simplificación, se separa el lado interno de la relación, de su lado externo.

La separación del lado subjetivo de la relación, se lleva a cabo por la creación de un ente artificial, en el que la relación se concentra y que figura exteriormente como un sujeto.

Este ente jurídico, no es en realidad, más que una máscara, es el mecanismo que sirve de vehículo de las relaciones de la comunidad hacia el exterior, se sirve de un intermediario.

El ente no es el derechohabiente, los derechohabientes son las personas interesadas en la comunidad y de las cuales él es el portavoz.

4.2. Buscemi.

El pensamiento de Jhering tuvo también seguidores en Italia; encontramos como ejemplo a Buscemi, quien al despreciar la Teoría de la Ficción, afirma que la persona jurídica "no es más que la actividad colectiva operante en la esfera del Derecho, que la

actividad colectiva, para la persecución de los fines de la vida, es capaz de derechos y fines".(46)

Más adelante explica al dar una precisión de su concepto, que los derechos pertenecen a las personas que colectivamente constituyen la sociedad, pero que su ejercicio es confiado a una representación especial.

4.3. Padovan.

En su obra "*SULLA TEORIA DELLE PERSONAE GIURIDICHE*", explica que los sujetos de la corporación, son los miembros de la misma corporación, y que la persona jurídica no es más que la unión de los comuneros.

Tratando de dar una mejor sustentación a la teoría de Jhering, surgen una serie de corrientes que aunque se supone parten de los principios de la teoría individualista, tienen ciertas premisas, que no se podría decir están totalmente de acuerdo con el pensamiento del creador original de esta corriente de ideas.

4.4. Van den Heuvel

Van den Heuvel, es autor de una teoría que se conoce como Teoría de los derechos individuales privilegiados, que lo que pretende, es rebatir a la teoría de la ficción, dice que todos los efectos característicos de la personalidad, se pueden explicar sin necesidad de recurrir a una ficción jurídica.

46.Citado por FERRARA,Francisco. Op. cit. Pág.236.

Afirma también que los individuos y las corporaciones, se distinguen en cuanto a sus derechos y a la capacidad de ser propietarios.

Por lo que se refiere a los individuos, existen aún antes de la ley y tienen una serie de derechos que se derivan de su naturaleza, y por ser tales son imprescriptibles.

Por lo que se refiere a las corporaciones, estas existen por virtud de la ley y sus derechos dependen de la misma, quien puede modificarlos y aún anularlos.

Se propone descubrir la verdad jurídica, detras del artificio, significado a su juicio, por la personalidad moral.

El autor del que nos ocupamos considera que la personalidad moral "no es más que un haz de privilegios, un conjunto de derogaciones a las reglas generales".(47)

El problema de la personalidad jurídica surge debido a tres cuestiones:

- 1.-La división del fondo social entre todos sus miembros.
- 2.-La confusión del patrimonio personal de los socios, con su parte del patrimonio social.
- 3.-La necesidad de la comparecencia personal de todos los socios, en los juicios seguidos por la sociedad o en contra de la misma.

47.Citado por CERVANTES, Manuel. Op. cit. Pág.374.

Estos tres problemas, son los que originaron que se llegara a la concepción de la personalidad como una ficción, pero debido a la precisión con la que en la actualidad se están llevando a cabo los estudios jurídicos, se ha abierto la posibilidad de dar una explicación simple de estas cuestiones, mediante el estudio directo de los efectos de la personalidad.

De este modo, a su juicio, los juristas se han puesto de acuerdo para asignar a la personalidad un número restringido de efectos particulares y muy esenciales que se reducen a tres reglas que a continuación enumeramos:

a) El fondo social no está indiviso entre los socios, sino que pertenece a la persona moral de la sociedad, por lo que existe separación entre el patrimonio de cada uno de los socios y la persona moral.

Esta distinción es considerada excepcionalmente por la ley y tiene finalidad de orden práctico.

b) El derecho de los socios en la sociedad se considera como mueble, a pesar de que en la sociedad existen bienes inmuebles.

Según nuestro autor este carácter se debe a la introducción de una norma, que tiene como finalidad, la de facilitar la circulación de todos los socios.

c) La sociedad comparece en juicio por medio de su gerente.

Por lo que se refiere a esta característica, Van den Heuvel, realiza una serie de razonamientos, a nuestro juicio muy ambiguos, y no llega a dar una explicación de lo que significa, ya que habla de la existencia de un mandato, que en algunos casos existe, pero por lo que se refiere a las sociedades anónimas dice que es difícil, que una serie de personas indeterminadas, otorguen un mandato, cuando en muchos casos el mandatario no sabe exactamente quienes son los propietarios de las acciones que forman la sociedad.

En opinión de este autor "la armonía de los derechos individuales basta para justificar, de la manera más racional, todos los resultados que se deducen de la existencia de un ser moral..... ".(48)

4.5. Vareilles-Sommieres.

Siguiendo a Van Den Heuvel, pero llevando hasta el extremo esta teoría, encontramos a Vareilles-Sommieres: la doctrina, ha tomado por persona, un medio ingenioso para resumir exactamente las reglas contractuales, que rigen a las personas físicas, en ciertas situaciones, en relación con terceros.

En virtud de un régimen que deben adoptar las grandes asociaciones, sucede como si todos los asociados fueran una sola persona y el patrimonio común, fuera el patrimonio también de una sola persona, compuesta de todos los asociados, pero esta persona imaginaria no era otra cosa que todos los asociados juntos, que en cuanto que se han asociado, han adoptado un cierto régimen.

48. IDEM, Pág. 375.

Todas las asociaciones para poder funcionar, deben adoptar un régimen especial, un régimen personificante.

Este régimen se compone de tres reglas estatutarias que son:

1. Un asociado no puede sin consentimiento de todos, es decir, sin el consentimiento del administrador, sustraer de la masa social por medio de alguna enajenación, su parte en los objetos comunes.

Los bienes sociales sólo pueden ser enajenados por todos, es decir, por el administrador, creado por el poder de todos los asociados.

En esta asociación móvil la parte de asociado es variable, difícil de determinar e infinitesimal. Sucede en las enajenaciones exactamente como si los asociados fueran una sólo persona, propietaria de los bienes sociales.

2. Un asociado no puede pretender recibir separadamente el pago de su parte del crédito social, pero pueden hacerlo todos los asociados juntos, o bien lo puede hacer el administrador.

3. Un asociado no puede ser perseguido aisladamente por su parte en una deuda social, pero el pago puede ser pedido contra todos juntos o lo que es lo mismo, contra el administrador, y por consiguiente sobre los bienes sociales.

El resultado de este régimen, es que en las enajenaciones y obligaciones, en cobranza de créditos y en la ejecución de las deudas sociales, todo sucede como si los asociados fueran una sola persona. La masa de los asociados obra siempre como un solo hombre y da la sensación de una sola persona, que tuviese por patrimonio el haber social.

El legislador no crea la persona moral, y aunque quisiera crearla, no tiene facultad para ello, porque los pretendidos efectos de la personalidad, derivan de otra fuente diferente de su intervención.

"Esta ficción es puramente doctrinal; son los juriconsultos y con ellos, y aún quizá antes que ellos, el vulgo, los que crearon, para simplificar la concepción y la expresión de una situación, pero los derechos y obligaciones verdaderos atribuidos ficticiamente a la persona moral, pertenecen en realidad a personas verdaderas, pues únicamente las personas verdaderas pueden tener derechos y obligaciones" (49)

Las cláusulas del régimen personificante no tienen nada de contrario al Derecho Común y su eficacia no reclama ningún socorro extraordinario de la Ley; bastan los principios generales de los contratos, para producir tales combinaciones, si los asociados lo quieren.

Este autor concibe la persona jurídica como un conjunto de cláusulas.

Las personas jurídicas no producen efecto alguno porque no son una causa, sino un efecto, no son la razón de ser, sino el resumen de una situación.

49. BENITO, loc. cit. de Op. cit. Pág. 85.

4.6.Schwabe.

El maestro suizo Schwabe, sigue con la teoría de las sociedades personificadas y no personificadas. En un momento de su vida lanza una teoría que trata de demostrar que la persona jurídica no existe, y si hay algo en ella, es ser una pieza decorativa.

Como esta teoría no tuvo todo el éxito esperado por su autor, el Maestro pretende continuar su exposición tiempo más tarde, buscando fundamentos más sólidos.

La segunda tendencia en la vida de este autor, dista mucho de ser continuación de la anterior, sin embargo la expondremos con el fin de dejar completa esta parte de nuestro trabajo.

Explica Schwabe que lo que hay de particular en las asociaciones personificadas, es que los socios, en virtud de un título único, adquieren una serie de derechos y obligaciones, sin observar ninguna forma especial, en estas relaciones.

En el momento que aparece un nuevo socio, se subroga en todos los derechos y obligaciones sociales, para con los terceros, sin ninguna necesidad de cesión o aceptación. La relación social, forma la base de una conjunción de deudas y créditos, de una única adquisición de derechos, de una única representación, a lo que se añade una forma especial de responsabilidad.

La causa de este tipo de asociaciones está representada por el comercio a gran escala.

Esta única adquisición social, sólo puede hacerse en base a un negocio formal, y es la inscripción en el registro mercantil.

La inscripción, es una declaración pública a los interesados, ya que el contenido de la asociación no es únicamente adquirir derechos y obligaciones, que los representantes obren por los miembros nuevos y esos con su entrada en la sociedad, asumen derechos y obligaciones que rigen los principios especiales de la responsabilidad.

Según Schwabe, en lo anteriormente expuesto, consiste el contenido de la responsabilidad.

Afirma que las sociedades son relaciones jurídicas.

Al hablar de sociedad, se está tratando objetivamente de un conjunto de reglas que ordenan una forma de comercio y responsabilidad.

La corporación, es una pluralidad de personas que tienen la capacidad ejercida por sus representantes, de adquirir derechos, contraer obligaciones, responder con el patrimonio separado de la misma, ser actora y demandada en un juicio, bajo un nombre determinado; sus miembros son acreedores y deudores de los terceros, hay principios especiales sobre compensación, sobre la inscripción en los registros.

La asociación no es un sujeto jurídico, sino una relación jurídica de naturaleza particular.

4.7. Meurer.

Tiene una concepción más vigorosa la que a continuación explicaremos.

Para él, los sujetos de derecho son los hombres únicamente, por lo que en las corporaciones no serán éstas los sujetos, sino sus miembros.

La particularidad de las personas colectivas, es que a esa pluralidad se le trata como una unidad de derecho.

El trato unitario, tanto interior como exteriormente es resultado de una ordenación legislativa, que se vé motivada por razones de índole económica, e independientemente de esto, por sí mismo tiene fuerza vinculante.

El sujeto jurídico de la corporación es la pluralidad , sin ser una unidad real distinta de la dicha pluralidad.

La Ley, para favorecer las necesidades de muchos, hace que éstos funcionen como una unidad individual.

4.8. Fernek.

Es otro seguidor de la Teoría Individualista; manifiesta que el derecho es un sistema de relaciones entre hombres singulares, por lo cual todo concepto puede ser reducido a relaciones entre hombres singulares. A este principio existen tres excepciones:

- El Derecho Real.
- La persona jurídica.
- La ilicitud objetiva.

De las tres antes mencionadas, sólo nos interesa la segunda.

Ferneck nos explica que la persona jurídica "se trata de un concepto complicado resultante de una red entera de relaciones entre hombres singulares...Sujeto jurídico quiere decir entes en relación (formalmente) y ser portador de un interés protegido (sustancialmente). Pero como en la persona jurídica la relación no puede existir entre hombres y una abstracción o entre dos abstracciones, es preciso buscar los hombres entre los cuales se desarrolle esta relación".(50)

En la persona jurídica, se reconoce un interés colectivo único, protegido, en una relación plural. Por lo cual es necesario analizar la pluralidad de relaciones y se pueden dar dos casos: relación de la colectividad, con un individuo extraño a ella, o relación con un propio miembro.

50.FERRARA,Francisen. Op. cit. Pág.270.

Relación con un sujeto exterior.

Como la unidad abstracta no puede querer ni actuar y tampoco la pluralidad como tal, es necesario que exista un subrogado y éste es un órgano de la colectividad.

Como una persona jurídica hace valer su voluntad para adquirir un derecho o cumplir una obligación, lo que pasa es que los órganos están cumpliendo con sus deberes.

Por lo hasta aquí expuesto, el autor llega a la conclusión, de que la persona jurídica es una composición conceptual, de una cantidad de subjetividad de obligación, en la conciencia humana.

Afirma también, que los órganos no son idénticos a la colectividad; la colectividad podría obrar por sí, pero como es difícil la reunión, transmite la capacidad de obrar a los hombres singulares, los cuales obran por la dicha colectividad.

La colectividad determina por mandato el contenido de la voluntad del órgano, mandato que por supuesto puede revocar.

Relación con un miembro de la misma colectividad.

Si la colectividad está obligada hacia un miembro, todos los miembros aparecen como obligados parcialmente y entre ellos también el miembro es acreedor de sí mismo.

Igual situación se presenta si el miembro esta obligado para con la colectividad, ya que asimismo es partícipe del derecho de crédito.

En conclusión el autor en cuestión, explica que la única relación, en que la persona jurídica está, se resuelve en una pluralidad de relaciones distintas en el tiempo y espacio entre hombres singulares y es sólo la composición conceptual de todas estas relaciones, que crean bajo el punto de vista del fin, la pensada relación entre miembros y la colectividad abstracta.

Por tanto el concepto de persona jurídica es falso y jurídicamente inservible.

Hasta aquí los principales expositores de las teorías individualistas acerca de la personalidad de las sociedades.

5. TEORIA DEL RECONOCIMIENTO.

Es esta la última teoría que trataremos en este capítulo dedicado a la personalidad de las sociedades.

S.I. Francisco Ferrara.

El creador de esta corriente de pensamiento es Francisco Ferrara, quien a partir del profundo conocimiento que posee de todas las teorías que se han expresado a lo largo de la historia, ha elaborado una, que a nuestro juicio tiene características de claridad y precisión tales, que nos hace adherirnos a ella.

El maestro Ferrara para llegar a la formulación de su teoría se apoya en concepciones anteriores.

Comienza por elaborar una definición de lo que es persona, y dice que en sentido jurídico, equivale a un status o calidad, es decir un sujeto de derecho.

Se ha llegado a llamar persona al portador de la misma, pero ello no autoriza a asimilar a la persona, con el sujeto jurídico por antonomasia, que es el hombre.

Admite que existen otras personas que no son hombres, y afirma "persona es quien está investido de derechos y obligaciones, quien es punto de referencia de derechos y deberes por el ordenamiento jurídico. La personalidad es una categoría jurídica, que por sí no implica condición alguna de corporalidad o espiritualidad del investido, es una situación jurídica, un status".(51)

SI. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. "Tratado de Sociedades Mercantiles" Tomo I. Porrua. 4a. edición. Mérida. 1971. Pág. 12.

Afirma que es la fuerza normativa del Estado, la que tiene la capacidad de crear estas nuevas unidades jurídicas, es por esta razón que también la personalidad del hombre deriva del derecho del Estado, ya que a lo largo de la historia hemos conocido que a ciertos hombres se les niega, suprime o mutila la personalidad.

Es por esta razón, que si el Estado puede elevar a sujetos de derecho a los hombres, no existe ningún obstáculo para atribuir la subjetividad jurídica a entes no humanos, a figuras del intelecto, a entidades ideales.

La personalidad en cuestión, no es sin embargo, una mera ficción, sino una forma jurídica, es un modo de regulación, un procedimiento de unificación, la configuración legal de ciertos fenómenos de asociación o de organización que se derivan del Derecho Objetivo.

Pero esta unificación no es de modo arbitrario por parte del legislador; lo único que ha hecho el legislador, es encontrar ciertas formas rudimentarias de vida y ha seguido las normas de la concepción social .

Por tanto, el reconocimiento de las personas jurídicas, es la traducción jurídica de un fenómeno empírico.

Las personas de que nos ocupamos, son entes ideales que sirven como formas jurídicas de unificación y concentración de derechos, obligaciones y potestades, para la persecución potencial de intereses humanos.

Las personas jurídicas son realidades, no son ficciones; entendamos realidades no en el sentido tangible, sino en el sentido abstracto ideal.

De aquí Ferrara llega a dos conclusiones:

- "La personalidad es un producto de ordenamiento jurídico y concesión exclusiva del Estado. Jamás los hombres con su contrato y sus organizaciones de voluntad, podrán hacer nacer una persona jurídica.

El reconocimiento es el factor constitutivo de la personalidad jurídica.

- Puesto que la atribución de la personalidad no es más que la concesión de capacidad jurídica, esta capacidad puede ser más o menos amplia".(52)

Por lo hasta aquí expuesto podemos decir que en principio nos acogemos a la Teoría del Reconocimiento, pero que consideramos que si bien en la actualidad y dadas las características de los Estados es necesario para poder actuar frente a terceros la sanción que da el Estado a través del reconocimiento de situaciones de hecho, no es el Estado quien crea esa persona, sino que son sus miembros quienes libremente deciden poner en común sus bienes y esfuerzos para la obtención de una finalidad predeterminada y organizándose de tal forma que no se trate de la suma de diversa personas y patrimonios, sino de algo superior que los trasciende, de modo que para llegar a ésto debemos tomar una posición ecléctica, que a continuación exponemos: la sociedad tiene una existencia real ideal entendiéndose por ésto que no es tangible materialmente, pero que a través de su objeto y actividades para lograrlo nos damos cuenta de que existe, que como consecuencia de esto se crean una serie de relaciones jurídicas entre los miembros que permitirán y garantizarán la permanencia de la misma.

52. IDEM. Pá. 15.

Pero no basta que existan estas relaciones, sino que es necesario que haya un elemento que le permita manifestarse ante los demás, de ahí que se nombren a una serie de personas físicas que expongan y lleven a cabo materialmente los objetivos pretendidos, mediante la figura de la representación.

CAPITULO III.

NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD ANONIMA.

En el presente capitulo nos referiremos a la naturaleza jurídica de la sociedad anónima.

En principio nos ocuparemos de encontrar cuál es el significado del concepto de naturaleza jurídica, para después pasar a exponer las diversas teorías que al respecto han surgido, las que nos proporcionarán las bases para emitir nuestra opinión.

Por naturaleza en sentido amplio, se entiende la esencia, considerada como principio de operaciones; en el caso que nos ocupa la esencia, es aquello que hace que la sociedad sea precisamente eso y no otra cosa.

A lo largo de la historia han surgido una serie de concepciones, que tratan de explicar a las sociedades y darles su razón de ser.

Entre las principales teorías hemos encontrado que se encuentran las siguientes:

1. Teoría Clásica o Teoría de la Sociedad como Contrato.
2. Teoría del Contrato de Organización.
3. Teoría del Acto Jurídico Social Constitutivo.
4. Teoría del Acto Complejo.
5. Teoría de la Sociedad como Institución Jurídico Mercantil.

I. TEORIA CLASICA O TEORIA DE LA SOCIEDAD COMO CONTRATO.

La Teoría Clásica se comienza a desarrollar a partir de la codificación del Derecho. La que tiene sus inicios a principios del Siglo XIX, codificación que trata de organizar y tipificar todas las figuras del mundo jurídico, con el fin de facilitar la solución de los problemas que se presentan en la vida cotidiana y que necesitan ser resueltos por los estudiosos del Derecho.

Esta teoría, según la opinión del Maestro Cornejo Costas, sostiene que la Sociedad Anónima, es un contrato igual a los demás contratos, sin analizar con mayor profundidad si es así, o si se trata de un contrato con características especiales.

Antes de continuar con la exposición de esta teoría, es conveniente comentar que a pesar de que en algunas ocasiones, se equipara el contrato social con los estatutos, existe diferencia entre ambos, así se encuentra que, el contrato social es el acto constitutivo, en el sentido de la manifestación de voluntad o acto obligatorio de la misma; y junto a este acto, se encuentran los estatutos, que forman el conjunto de reglas o normas relativas al funcionamiento de la sociedad.

1.1.Salandra.

El Maestro Salandra, explica que el acto constitutivo tiene por objeto, más propiamente, la formación de la sociedad y determina su estructura originaria. El estatuto, establece el modo de funcionamiento interno de la organización social. Puede existir, en proyecto, desde antes de que se haya formado el acto constitutivo".(53)

53.Salandra, citado por RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ Op. cit. Pág.13.

Desde otro punto de vista, el Maestro Barrera Graf, considera que el acto constitutivo de la sociedad es un contrato y así explica que, la característica contractual se predica "no solamente de todas las sociedades, cualesquiera que sean sus clases o tipos, sino también del concepto genérico del negocio asociativo".(54)

"El hecho jurídico del contrato, consiste en las declaraciones coincidentes de voluntad de dos o más individuos, dirigidas a una conducta determinada..(55)

La Teoría Clásica, desde nuestro punto de vista, nos proporciona elementos que resultan muy importantes, para entender la naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima, pero estos elementos sólo esclarecen su origen.

El concepto de sociedad como un contrato, tiene sus peculiaridades; por una parte, este contrato determina el nacimiento de una persona jurídica; supone una serie de vínculos jurídicos permanentes, que no se extinguen al tiempo de cumplirse, sino resultan ser la condición previa para el funcionamiento del contrato como tal; en los contratos de sociedad los intereses que se representan, están coordinados para el cumplimiento del fin común; en el contrato de sociedad a diferencia de los demás tipos de contratos, es normal la inclusión de nuevos socios, en sustitución de los socios ya existentes; en los contratos de sociedad es común y normal la posibilidad de modificar alguna o todas las cláusulas por decisión de la mayoría, cosa que por lo general no se aplica en otro tipo de contratos, por un principio de seguridad jurídica.

Por lo tanto el acto constitutivo para la formación de la Sociedad Anónima, corresponde al concepto del contrato, así se expresa en los Códigos Civiles de Alemania y de Austria.

54. BARRERA GRAF, JORGE. Op.cit. Pág.14.

55. FRISCH PHILIPP, Walter. "La Sociedad Anónima Mexicana". Porrúa, México, 1979. Pág.84.

Una vez formada la Sociedad Anónima, en la etapa de su funcionamiento, excepcionalmente conserva su naturaleza contractual, a pesar de que al negocio constitutivo se le reconozca una naturaleza especial de contrato plurilateral y de que, para esta etapa de actividades, se habla en la doctrina del contrato (*rectius negocio*) de organización, que más adelante mencionaremos.

Se puede decir que del contrato original, subsisten algunas notas y características, como son las aportaciones y la comunidad de fin e intereses de los socios, pero el acuerdo de voluntades, subsiste por la deliberación y el voto así como por el principio de mayoría.

De este modo ni el funcionamiento de la sociedad, ni en sus relaciones internas, que son las que se dan entre los socios, de éstos con la sociedad y de ésta con los funcionarios y empleados; y externas, que son las que existen entre la sociedad y los socios, y entre la sociedad y terceros; ni en lo que se refiere a la organización, permiten sostener que el ente creado, pueda explicarse a través de un contrato, ni que en función de este fenómeno jurídico, puedan explicarse todas las complicadas y heterogéneas relaciones que en ella se dan.

Esta postura doctrinaria tiene una serie de matices que a continuación mencionaremos.

El maestro Barrera Graf, nos dice que es propio de los contratos, que solo existan dos partes (acreedor y deudor), por lo que los actos plurilaterales, no tienen esa naturaleza, sino que son actos colectivos, actos complejos.

La presencia de solo dos partes, se da generalmente en contratos de cambio, en los que el interés económico de una de éstas, se encuentra en oposición al interés de la otra, es decir, se trata de intereses contrapuestos; pero eso no sucede en todos esos contratos, ya sea porque en algunos originalmente bilaterales, puede agregarse un tercer sujeto integrado al negocio, o cuando existe una estipulación en favor de un tercero, como en el transporte de cosas, respecto al destinatario; o porque existe una relación triangular como en los casos de delegación acumulativa, bien porque en ciertos contratos bilaterales, sobre todo gratuitos, resulta cuando menos dudoso que exista contraposición de intereses.

Existen otros contratos, como los sociales, en que hay tantas partes "núcleos de interés", cuantos son los socios en el negocio respectivo.

La noción necesariamente bilateral del contrato, fué acogida por el Código Civil francés y el Código Civil español, que contraponen los centros de intereses formados por una o más personas.

En esta noción legal aparece una de las partes frente a otra. Este es el concepto de los contratos de cambio, que no cuadra ni puede aplicarse al contrato de sociedad, en el que la posición de las partes no es de conflicto, sino de colaboración.

Los Códigos Civiles italianos de 1856 y de 1942, al definir el contrato de sociedad, no lo hacen en función de la contraposición de intereses de las partes, sino del acuerdo de voluntades entre ellas, con lo que se apartan del modelo galo y permiten comprender en la definición legal a ambas figuras, los contratos bilaterales y los plurilaterales, los de cambio y los asociativos y evitan la incongruencia del Código de

Napoleón, de excluir de la definición legal a las sociedades, y al propio tiempo, las incluye dentro de la categoría de los contratos.

El Código Civil italiano vigente, en la definición de contrato, se refiere expresamente al "acuerdo de dos o más partes", es decir, ya se habla de partes y permite que sean dos o más.

Sería falso afirmar que en el negocio social, no existe en algún modo contraposición de intereses entre los socios, y que solamente se da la coincidencia y el paralelismo, que les lleva al cumplimiento de la finalidad del 'ente'; también sería falso, excluir como negocio social, aquel en el que dos y sólo dos partes hubiera.

Lo cierto es que, en la fase constitutiva de la sociedad y sobre todo en la etapa previa al contrato ya perfeccionado, es decir, durante los tratos que la preceden, ya se trate de una constitución simultánea o sucesiva, existe contraposición de intereses, el conflicto entre los socios, se manifiesta en un esfuerzo por obtener las máximas prestaciones en cuanto a utilidades y en ofrecer el mínimo sacrificio en cuanto a sus aportaciones, aunque la contraposición no constituya la causa o finalidad de las partes, para celebrar el contrato.

Pero en la fase de funcionamiento de la sociedad, que no puede explicarse por medio del modelo contractual, la oposición de intereses se subordina al interés social y se inicia una nueva etapa donde los socios tienen el interés común de lograr el fin, para el cual se constituyó la sociedad, subordinando sus intereses a los de la sociedad, por la colaboración de todos o de la mayoría.

Además debemos realizar las siguientes consideraciones acerca del contrato de sociedad.

En un número importante de casos, el legislador aplica en forma equivalente, las expresiones contrato social y estatutos.

Por lo que se refiere a la esfera común, puede enfrentarse a terceros, por ejemplo en cualquier acto jurídico celebrado entre la Sociedad Anónima y su contraparte, y también a los socios que actúan en su esfera individual, como en las relaciones jurídicas emanadas del reparto de utilidades o de la obligación de aportar.

En esta coincidencia, se supone que se trata del contrato en su sentido de norma creada por el acto material que también es llamado, en forma homónima, como contrato. La teoría pura, destaca esta distinción como sigue: "por medio de las declaraciones coincidentes de voluntad de las partes se crea una norma cuyo contenido es determinado por las mismas declaraciones. El contrato como hecho generador de efectos jurídicos debe ser distinguido de la norma producida por ese hecho..."(56) . Se habla de la celebración de un contrato, refiriéndose a los actos que constituyen el hecho generador referido, pero también se habla de la vigencia de un contrato y se refiere a la norma creada por el hecho, debido a que sólo una norma puede tener vigencia y no un acto.

El contrato social pertenece a aquella categoría de los contratos que tienen carácter general, es decir, el contrato no sólo obliga a una prestación o contraprestación, sino a un número indeterminado de las mismas, esto resulta de que la Sociedad Anónima no descansa en "una norma contractual de carácter individual" (57), por medio de la cual

56. *IDEM*. Pág. 88.

57. *IDEM*.

una parte esta obligada a entregar a la otra un objeto determinado de una sola vez. De esta característica de generalidad, se infiere el supuesto de que la escritura constitutiva de la Sociedad Anónima, debe contener su duración, máxime que la reunión de los contratantes no es transitoria.

Por lo que se refiere a las situaciones jurídicas, según las cuales el contrato social también obliga a las personas que no participaron en su formación, es una variante del concepto acostumbrado del contrato en los códigos civiles, el cual sólo obliga a las partes y a sus sucesores generales y sólo puede ser modificado por el consentimiento unánime.

Pero esta diferencia es sólo de grado y no de esencia, ya que no impide que el acto constitutivo de la Sociedad Anónima se considere como contrato, en el sentido genérico de la palabra.

2. TEORIA DE LA SOCIEDAD COMO CONTRATO DE ORGANIZACION.

Esta teoría se inicia en el seno de la doctrina italiana, lo que se busca es darle una estructura al contrato de sociedad, como contrato de organización, que es una especie de contrato que se contrapone a la Teoría Clásica de los Contratos de Cambio.

2.1. Ascarelli.

El principal sustentador de esta teoría, es el Maestro Tullio Ascarelli. Para él existen dos distintas categorías de contratos que se contraponen; por un lado se encuentra el contrato de cambio, que es la categoría clásica, y por el otro se encuentra el contrato de organización o contrato asociativo, el cual tiene las siguientes características:

- Se trata de un contrato plurilateral, entendiéndose por éste, que pueden ser dos o más las partes contratantes y cada una de ellas tiene una serie de contrapartes.

Cada uno de los socios, se sitúa jurídicamente frente a todos y cada uno de los demás socios.

En la concepción clásica de contrato, sólo existen dos partes. Aunque cada una de estas partes puede agrupar a varios hombres.

- Las prestaciones, en los contratos de organización, son atípicas, es decir, no necesariamente tienen un contenido determinado e igual para todos; en la sociedad, las prestaciones de cada uno de los socios pueden ser distintas entre sí y variables en su

contenido, tanto cuanto les permita toda la gama de bienes jurídicos protegidos; uno aporta capital, otro trabajo, otro bienes inmuebles, etc.

Cada una de las partes, está obligada a efectuar su prestación, pero eso no le otorga derecho a una contraprestación, cosa que sucede en los contratos de cambio.

Cada una de las partes, tiene que otorgar su prestación, porque es un requisito indispensable para la realización del fin común.

Puede resultar difícil concebir una comunidad de fin, aún en las sociedades, cuando la realidad nos enseña que siempre existen fines contrapuestos.

Esto de todos modos puede tener una explicación y es que, aunque los intereses de las partes sean totalmente distintos, éstos se unifican para lograr una finalidad determinada, que es la obtención de una ganancia; todos los intereses se ponen en juego de distintas formas para llegar al fin común.

En el contrato de organización sólo la ganancia derivada del cumplimiento del fin, es capaz de atender simultáneamente a los intereses contrapuestos de los socios.

El carácter plurilateral del contrato de sociedad, abre grandes perspectivas para su interpretación.

Los contratos de organización son plurilaterales, de ahí la posibilidad de admitir nuevos contratantes, por medio de una manifestación de voluntad, o de una propuesta de los contratantes originarios, ya sea en virtud de una declaración inicial en el contrato y los nuevos socios lleguen a serlo por una adhesión directa, como en el caso de una

fundación sucesiva de sociedad y en las adhesiones de capital, cuando la sociedad es creada bajo la modalidad de capital variable. Las adhesiones que son nuevas, se hacen a un antiguo contrato, de tal modo que son partícipes de una relación antigua.

De la afirmación antes mencionada, se desprende en la doctrina alemana e italiana, que no se puede argumentar la anulación de un contrato cuando se haya obtenido con dolo, excepto cuando el dolo provenga de todos los demás socios.

El carácter plurilateral del contrato de organización, explica el derecho a realizar la propia prestación, la irrelevancia de su contenido y la equivalencia de las prestaciones.

"Puesto que la aportación no sólo se hace para la satisfacción de los intereses de los otros contratantes, sino como medio de satisfacción de los propios intereses mediante la consecución del fin común, el socio tiene derecho a hacer la prestación puesto que sólo así puede cumplirse el contrato".(58)

En los contratos de organización, las prestaciones pueden tener distinto valor económico entre sí.

Esta irrelevancia del contenido de la prestación, da lugar a que existan diversas consecuencias importantes, en lo que se refiere a la imposibilidad de llevar a cabo la prestación prometida.

Por lo que se refiere al incumplimiento imputable al socio, por imposibilidad jurídica, da lugar a la rescisión del contrato, en lo que afecta al socio, quedando obligado por las operaciones pendientes y al resarcimiento de daños y perjuicios.

58. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín. IDEM. Pág.21.

2.2. Rodriguez y Rodriguez.

Uno de los problemas que se presentan a la luz de esta teoría, es la posibilidad de que las prestaciones impliquen o no un vínculo sinalagmático, a este respecto comentaremos el pensamiento del maestro Rodriguez y Rodriguez.

Existe la corriente de pensamiento que afirma, que es sinalagmática la obligación, cuando la prestación y la contraprestación se entrecruzan; otra corriente afirma que es sinalagmática, cuando la prestación y la contraprestación son equivalentes.

Desde este punto de vista, resulta claro que las prestaciones sociales no pueden considerarse como sinalagmáticas, ya que los socios que otorgan una prestación no obtienen un equivalente, ni una contraprestación de los demás.

En otra parte de la enunciación de la doctrina, se sostiene que hay sinalagma, cuando existe una dependencia genética y funcional recíproca, entre las prestaciones; este punto de vista lo comparten tanto el Maestro Rodriguez y Rodriguez, como Ascarelli, quienes consideran que el sinalagma, no implica la existencia de una prestación y una contraprestación, ni la equivalencia económica entre las mismas, sino implica una dependencia genética y funcional de la prestación con determinadas circunstancias, pero no de los socios entre sí.

2.3. Auletta.

Al respecto de las consideraciones anteriores, el Maestro Auletta comenta: "que anular todo el contrato y suprimir en consecuencia la sociedad, que es el centro de relevantes intereses económicos, por la falta de adhesión de un socio, que frecuentemente

participa con una cuota irrisoria, es una conclusión tan franca que debería hacer dudar de la justicia de la premisa, a no ser que se quiera hacer de la ciencia jurídica una construcción sin la realidad económica viva". (59)

Las consecuencias que se pueden sacar de concebir la sociedad como contrato de organización son las siguientes:

El vínculo social no se extingue, ni por la nulidad ni por la anulación de un adhesión aislada, siempre y cuando su carencia, no haga imposible el conseguir el fin común.

Si por alguna razón se hace imposible la aportación de algún socio, lo que ocurre es que se extinguen sus derechos y obligaciones, quedando vigentes los vínculos existentes entre los demás.

No se acepta como excluyente de responsabilidad, el hecho de que algún socio incumpla con sus obligaciones, por el hecho de que otro haya caído en este mismo incumplimiento.

La comunidad del fin, justifica la obligación de los socios para colaborar por la consecución del fin común, cosa que es característica del contrato de sociedad, como contrato de organización.

3. TEORÍA DEL ACTO SOCIAL CONSTITUTIVO.

Esta teoría descansa en una crítica de la fuerza creadora de la voluntad contractual.

3.1. Gierke.

Para Gierke, que es el primer sustentador de esta teoría, la Teoría del Contrato ya ha cumplido su misión y se encuentra totalmente superada.

Afirma que el contrato como siempre ocupado de las voluntades, para realizar situaciones jurídicas objetivas, no es capaz de crear una personalidad jurídica, un sujeto de derechos.

Las personas morales son realidades orgánicas que no pueden surgir de un contrato.

Por tanto el acto creador de una sociedad, no es un contrato, sino un acto social constitutivo unilateral, en el sentido de que la sociedad desde que se inicia, hasta que se perfecciona, supone un sólo acto jurídico, en el que la voluntad de los partícipes se proyecta unilateralmente. La importancia del contrato para implicar el surgimiento de una sociedad consiste, por otra parte, en que los contratos sólo crean relaciones jurídicas entre las partes; sin embargo, el llamado contrato de sociedad, sí crea un complejo de derechos y deberes de los socios entre sí y de los socios para con la sociedad y sobre todo, crea la norma jurídica objetiva que constituye la ley de la corporación.

3.2. Feine.

A este respecto menciona Feine que "la fijación en escritura pública de los estatutos de una (sociedad) limitada, no puede encerrarse dentro del estrecho marco de un contrato de sociedad, pues no engendra otras relaciones jurídicas entre los socios, sino una trama de derechos y deberes de estos para con la sociedad, estableciendo las normas por las que ha de realizar la corporación.

El acto en el que se promulgan no tiene, pues concepto de contrato, ni de acto colectivo, ni de mero acuerdo, sino que es ya un acto constitutivo de derecho social, puesto que ofrece a la naciente corporación su constitución o ley fundamental".(60)

3.3. De Mossa.

Explica que el acto fundamental, para la existencia de la sociedad es el acto constitutivo o estatutos.

Dice que los estatutos pueden elaborarse en un documento separado, pero siempre deben formar parte del acto constitutivo, el documento constitutivo es el de la fundación de la Sociedad Anónima y en él se destaca la creación de la persona jurídica.

Si la personalidad jurídica es común a las sociedades mercantiles, la Sociedad Anónima, es la que mejor encarna la idea de personalidad.

La responsabilidad y el patrimonio de los socios, no tienen ninguna importancia para los acreedores.

60. Citado por RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, LIDEM. Págs. 15-16

La potencia económica de la Sociedad Anónima expresa la personalidad, y es esta persona y no los socios, la titular de la empresa social.

Quando se pierde de vista el concepto antes mencionado, es cuando por diversas degeneraciones de esta línea diferencial, hace que aparezcan frente a terceros los socios integrantes de la persona jurídica.

Por lo tanto, el acto de constitución no es un simple contrato de sociedad, del tipo de la sociedad civil.

Gracias a él, nacen relaciones entre fundadores y participantes, entre socios y sociedad, entre socios y socio; estas relaciones viven adheridas a la organización de la sociedad y de la empresa social, pero derivan de la formación de la Sociedad Anónima.

Mossa explica que en un sistema jurídico como el suyo, (italiano) en el que la personalidad jurídica se adquiere por el simple hecho de la constitución de la sociedad, es poco eficaz una idea de contrato.

"Sustancialmente, la creación de la sociedad, la adhesión originada o sucesiva del accionista, la entrada o salida de la sociedad, alcanza una disciplina mayor cuando se hace abstracción del concepto, y más todavía, de la disciplina común del contrato. La organización de la Sociedad Anónima, su vida, reclama vínculos y ligas para los promotores, fundadores y accionistas que no comprende el concepto de contrato. Los estatutos son la institución de la Sociedad Anónima, el conjunto de reglas de derecho que organizan su vida, que fijan derechos y obligaciones no sólo de los participantes, sino de cuantos cooperan dentro del ámbito social. Los estatutos se enderezan a los órganos, administradores, empleados, operarios de la Sociedad Anónima, no menos que

a los socios. No es posible encerrarlos en la zona puramente económica de los contratos".(61)

El valor de los estatutos, no se puede equiparar con el del contrato, porque estos agotan todo el orden de la sociedad y no únicamente las relaciones de los socios entre sí o con la sociedad.

Los estatutos tienen vida independiente de la voluntad de los fundadores, se implementan por sí mismos, la única limitación que tienen, se la impone la Ley, y ésta es el interés público, es decir, los derechos de los acreedores, por citar un ejemplo.

61.MOSSA,Lorenzo de."Derecho Mercantil" 1a. parte. Traducción por el abogado Felipe J. de Tena.Union Tipográfica Editorial Hispanoamericana.Buenos Aires. Pág.159

4. TEORIA DEL ACTO COMPLEJO.

Esta teoría tuvo sus inicios en un grupo de autores alemanes, aunque ha encontrado seguidores tanto en Italia como en Francia.

4.1.Kuntze.

El iniciador de esta teoría es Kuntze quien la aplica a las sociedades anónimas, y es más tarde ampliada por Rocco, quien elabora la Teoría del Negocio Jurídico Mercantil.

Kuntze explica que "el acto complejo es una actuación conjunta o simultánea de varios, para la consecución de un efecto jurídico unitario en relación con terceros, para crear un negocio jurídico frente a éstos o con éstos, negocio que sólo puede llegar a existir por la cooperación de aquellos".(62)

Parafraseando al Maestro Rodríguez y Rodríguez, esta definición se puede explicar de la siguiente manera, como un conjunto de declaraciones de voluntad, paralelas, con un contenido idéntico que persiguen un mismo fin, sin que esas voluntades diferentes se unifiquen jurídicamente, en una sola voluntad.

La diferencia fundamental con el contrato, estriba en que este produce únicamente efectos entre los contratantes, mientras que el acto complejo, puede influir en la esfera jurídica de terceros; en el contrato, las manifestaciones de voluntad son opuestas, como opuestos son los intereses de las partes, mientras que en el acto complejo, son paralelas las manifestaciones de voluntad y son coincidentes los intereses de los participantes.

62. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, J. O.p. cit. Pág.18.

Los defensores de esta teoría, hacen especial hincapié en el carácter bilateral de los contratos, mientras que afirman que la sociedad, en gran parte de los casos, es plurilateral.

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 Código Napoleón sí se dan ambas notas, es decir, la presencia de dos partes y la posición antagónica de ellas, lo cierto es que esas dos notas no necesariamente juegan unidas, debido a que la reciprocidad también puede darse en actos y negocios con más de dos partes o plurilaterales.

No obsta a la existencia de un contrato, que las partes que intervienen persigan un mismo fin, en lugar de que la finalidad que cada uno persigue se contraponga y que ellas se opongan reciprocamente. En ambos casos estamos en presencia de un contrato. En el primero, de un contrato bilateral o plurilateral de prestaciones paralelas y con una finalidad común; en el segundo, de un contrato bilateral de prestaciones recíprocas y con finalidades contrapuestas.

Respecto a la sociedad, el Maestro Mantilla Molina, prefiere el concepto de "acto colectivo" y critica "la concepción dominante de clasificar a la sociedad entre los contratos..."(63)

El maestro se fundamenta en la situación jurídica del contrato social, por el cual se pueden crear personas jurídicas y que la sociedad misma es acreedora y obligada, frente a los socios. Pero ésta, la sociedad, son los socios en la esfera colectiva, formada por el contrato social, de manera que las obligaciones y derechos de la sociedad, se refieren a la esfera común de los socios, situación que no es incompatible con el concepto de contrato.

El maestro Frisch Philipp, considera que la distinción teórica entre el carácter contractual o de acto colectivo, no tiene relevancia para la vida jurídica práctica, "suponemos que también los actos colectivos pueden ser considerados como actos jurídicos equiparables a los contratos...En Alemania y Austria llegamos a un resultado análogo, por medio del concepto legal de negocio jurídico, que abarca también los actos colectivos".(64)

64.IDE.M.Pág.89.

5. TEORIA DE LA SOCIEDAD COMO INSTITUCION JURIDICA MERCANTIL.

La determinación de la naturaleza de la sociedad, no es sólo importante desde el punto de vista de los socios, sino también desde el punto de vista de su finalidad.

En el Derecho Corporativo actual, existe una tendencia de las sociedades, sobre todo las anónimas, a orientar y cumplir interés ajenos a los de los socios, trascendentes a ellos, como son los de carácter colectivo o económico; o fines públicos, financieros, de mercadeo y, no únicamente a la finalidad de lucro de los accionistas.

Dentro de esta tendencia, la sociedad tiene como fin (no objeto) a la empresa misma; a su conservación y desarrollo dirigirá la actividad social, aún cuando se sacrifiquen intereses de los accionistas.

Esta teoría se manifiesta tanto en el Derecho francés, a través de la institución, como en el Derecho alemán, en torno a la tesis transpersonalista de la empresa en sí.

En el Derecho norteamericano, la 'Big Corporation común a esta teoría, es el predominio de los gerentes, directores y líderes, así como de los socios inversionistas frente a los socios gestores.

S.I. Hauriou.

El maestro Hauriou nos proporciona una definición de Institución jurídica: "Una idea de obra o empresa que constituye una rivalización independiente de la voluntad

subjetiva de individuos determinados y que se caracteriza por su duración en el medio social" (65).

5.2. Solá Cañizarez.

El maestro aplica esta teoría a las sociedades por acciones, nos dice que "el acto constitutivo esta formado por un conjunto de actos de cada uno de los participantes con la finalidad de crear un organismo nuevo y la suscripción de acciones es un acto unilateral que tiene las características de un acto condición"(66).

Esta Teoría de la Sociedad como Institución, desde nuestro punto de vista, no enfoca su preocupación a encontrar la naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima, propiamente, sino más bien trata de resolver un problema de carácter práctico, como es el que surge de las diversas finalidades de las sociedades actuales, como podría ser la de conseguir altos rendimientos económicos.

5.3. Demófilo de Buen.

Creemos que es interesante la Teoría de que la Sociedad es una Institución, ya que de acuerdo con Demófilo de Buen es "un conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico siendo, por consiguiente, un ensayo más o menos definido de tipificaciones de las relaciones..."(67)

65. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ. J. IDEM. Pág. 112.

66. DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. "Diccionario de Derecho". Porrúa. 16a. edición.

México, 1989. Pág. 295.

67. IDEM. Págs. 306-307.

A nuestro juicio, tiene algo de aceptable esta posición, ya que en la Sociedad Anónima existe un conjunto de relaciones jurídicas, que tienen unidad en el objeto o fin de la misma, ya que los socios contribuyen con sus bienes o con sus esfuerzos, para la consecución de los fines que se propusieron al constituir la sociedad.

Por todo lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar, que la naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima es la de contrato, pero no en el sentido de contrato de cambio, sino de un contrato con características especiales, puesto que tiene como finalidad principal, el dar lugar a la existencia de una persona jurídica, de ahí que se trate de un contrato de organización que fijará las bases sobre las cuales el grupo de personas que se asocia debe trabajar y de como en un momento dado se debe de manejar la entrada y salida de los diferentes miembros que la pueden configurar. Es importante que se tenga en cuenta que las bases se establecen de una vez y para toda la vida de la sociedad, puesto que, como ya se mencionó, se trata de una persona jurídica que debe tener una voluntad propia.

De la necesidad de que existan bases para la manifestación de la sociedad, se deriva la existencia de los estatutos, que son los instrumentos jurídicos que establezcan con todo detalle como son las relaciones de los miembros de la sociedad entre sí, los órganos de los cuales se servirá para manifestarse, cuales son los límites de actuación de las personas que los encarnan y toda una serie de necesidades que dependiendo del objeto de la misma se irán necesitando.

CAPITULO IV.

LA SOCIEDAD ANONIMA EN MEXICO

En este capítulo analizaremos la legislación mexicana, a la luz de las diversas teorías que hemos expuesto, en los capítulos precedentes.

Serán objeto de nuestros comentarios, tanto la legislación civil, como la mercantil, a partir del siglo XIX, que es el momento histórico de nuestra Independencia, lo que provocó una gran actividad legislativa en nuestro país, porque se deseaba encontrar soluciones 'propias' a las nuevas condiciones de vida que estaban en gestación.

Así mismo cabe mencionar, que al hablar de las sociedades, estamos haciendo referencia a comerciantes sociales, que como tales han desarrollado un papel muy importante en la economía, ya que a partir del siglo XIX se aprecia una fuerte tendencia de los mismos, a substituir a los empresarios particulares.

Este fenómeno, se debe a dos razones principalmente: la concentración industrial y comercial, características de la economía moderna y a la progresiva inclinación hacia formas de organización de responsabilidad limitada. En el primer aspecto, el comerciante individual no puede aportar las enormes sumas que son necesarias para acometer grandes tareas, como las que se acostumbran en la economía moderna, y en la lucha económica, los comerciantes individuales están en franca desventaja, frente a los medios inagotables, y la organización eficiente y casi perfecta de las grandes empresas colectivas.

Además la actuación del comerciante, esta expuesta a grandes riesgos, por lo que las formas sociales, especialmente las organizadas bajo el principio de responsabilidad limitada, en las que se aportan ciertas cantidades, situación que permite de antemano determinar la cuantía máxima de la pérdida, resulten idóneas para las actividades propias de la vida actual.

Por las razones aquí expuestas, nos podemos dar cuenta de que las sociedades mercantiles y en especial la Sociedad Anónima, desempeñan un papel de gran importancia en la comunidad, lo que ha presentado algunas controversias de política legislativa, ya que se ha tratado de proteger en la medida posible la inversión de las personas que desean desempeñar el papel de accionistas, en los diferentes comerciantes sociales.

Estas controversias han provocado que el Estado, de alguna manera, trate de regular la constitución y vida de los mencionados comerciantes sociales, por lo que a lo largo de la historia, se han ideado sistemas que mencionaremos de manera sucinta, al hacer la referencia a los diversos ordenamientos.

1. LAS ORDENANZAS DE BILBAO.

Puesto que a principios del siglo XIX, nuestro país era una colonia española, las Ordenanzas de Bilbao se aplicaban de igual modo que en España.

Bajo su amparo, se constituyen para funcionar en México, diversas corporaciones, entre las que podemos mencionar en calidad de ejemplo, la Compañía de Seguros Marítimos, que inicia sus operaciones en el Puerto de Veracruz en enero de

1789 (68); más tarde el 9 de julio de 1802, se constituye la Compañía de Seguros Marítimos de la Nueva España, cuyo capital estaba dividido en ochenta acciones, los socios sólo eran responsables por la integración del capital social y sus acciones eran transmisibles.(69)

A partir de la Independencia, se crearon una serie de empresas cuya finalidad era explotar vías férreas; encontramos como ejemplo, ciertas concesiones otorgadas para construir una vía a través del Istmo de Tehuantepec.

Por lo que se refiere a la regulación de las sociedades, las Ordenanzas hacen mención en el Número uno del Capítulo décimo, a la Compañía y establecen que se trata de "un contrato o convenio que se hace entre dos o más personas".

Como veremos a lo largo de este capítulo, nuestro Derecho Positivo siempre ha considerado como hecho generador de la sociedad, al contrato.

2. CODIGO DE COMERCIO DE 1854 O CODIGO LARES.

En 1854 se promulgó el Código de Comercio de México, mejor conocido como Código Lares, en honor a su distinguido autor.

Establece ciertas normas, que regían a las sociedades anónimas, pero que en ese momento no se les concedió gran importancia puesto que se dedican a esta materia, tan sólo diez artículos, del 242 al 251, mismos que se encontraban en la Sección II, llamada de las Compañías de Comercio, del Título I del Libro II, denominado del Comercio Terrestre.

68. MANTILLA MOLINA, Roberto "Derecho Mercantil" Porrúa. 22a edición. México 1982. Pág. 324.
69. IBIDEM.

Es interesante mencionar que este ordenamiento, reconoce la existencia de las sociedades anónimas, ya con tal carácter, y proporciona una definición escueta de la misma.

Con el objeto de respaldar lo dicho, nos permitimos transcribir los artículos 231 y 242 del citado Código:

"Art. 231. La Ley reconoce tres especies de compañías de comercio a saber:

- 1a. La sociedad colectiva.
- 2a. La sociedad en comandita.
- 3a. La sociedad anónima.

"Art. 242. Las compañías anónimas carecen de razón social y se designan por el objeto o empresa para cuyo fin se haya formado."

Por lo que se refiere a la personalidad de las sociedades anónimas existentes al amparo del Código Lares, creo que podemos centrarla en el concepto sostenido por la Teoría del Patrimonio de Afectación.

De lo que se preocupa mayormente el Legislador, es de regular lo concerniente a las acciones y modo de administrar la sociedad.

En lo que toca a la naturaleza jurídica, la ley omite cualquier calificación, pero podemos arriesgarnos a decir que le da cierta categoría contractual, pues hace alusión en los artículos 244, 246 y 247 a escrituras y reglamentos (70).

Respecto al papel del Estado, en la Constitución de las sociedades, se considera que éste no debe mezclarse en las actividades de los particulares.

Concretamente, debe permitirse la constitución de las Sociedades Anónimas, con entera libertad; las normas jurídicas que a ella se refieren, deben tener como única finalidad la de resolver los litigios que entre sus componentes pudiesen surgir.

70. Art. 244. "La administración de las sociedades anónimas puede ser encargada bien a alguno o algunos de los accionistas, bien a personas extrañas a la sociedad, según el modo y condiciones que se prevengan en sus reglamentos."

Art. 246. "En las compañías anónimas no pueden los accionistas hacer investigación alguna acerca de la administración, si no es en el tiempo y según el modo que se hayan fijado en las respectivas escrituras y reglamentos".

Art. 247. "Las acciones podrán subdividirse en partes iguales, y unas y otras ser representadas por medio de cédulas o billetes extendidos en la forma que determinen los reglamentos".

3. NUEVA VIGENCIA DE LAS ORDENANZAS DE BILBAO.

En el año de 1855, al ocupar el cargo de Ministro de Justicia, el señor Benito Juárez, se derogan una serie de normas emanadas del Centralismo, que hasta ese momento había imperado en el país, entre las cuales se encuentra el Código Lares, lo que tuvo como consecuencia, que no existiera ningún ordenamiento regulatorio en materia mercantil, se haya decidido regresar a las Ordenanzas.

Bajo estas circunstancias, en el año de 1870, se promulga en materia civil el Código para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que consigna la existencia de las sociedades y establece en el artículo 1823 que la "sociedad es un contrato".

4. CODIGO DE COMERCIO DE 1884.

Después de una serie de consideraciones de diversos tipos, que culminaron con una reforma a la Constitución de 1857, el Ejecutivo, en uso de las facultades que le había otorgado el Congreso, el 20 de julio de 1884, expide el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, que tendrá vigencia en toda la República.

En el mismo año se promulga el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.

Este ordenamiento establece en el artículo 38 fracción III que:

"Son personas morales y con tal carácter tienen entidad jurídica:

III. Las sociedades civiles o mercantiles formadas con arreglo a la ley".

La condición que se establece para conceder y por tanto reconocer la personalidad jurídica a la sociedad, es que se constituya de acuerdo a lo estatuido por la ley.

En este ordenamiento jurídico, se manifiesta con toda claridad que la sociedad es una persona moral distinta de cada uno de los socios individualmente considerados.(71)

El artículo 2219, que se encuentra incluido en el Libro III, Título Undécimo, del Contrato de Sociedad, proporciona su definición:

"Se llama sociedad el contrato en virtud del cual los que pueden disponer libremente de sus bienes o industria ponen en común con otra u otras personas, esos bienes o industria, o los unos y la otra juntamente, con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ellos se obtengan, o sólo las ganancias y pérdidas."

El Código de Comercio en cuestión ya consagra un buen número de preceptos a la sociedad anónima, del 527 al 588. El capítulo relativo a las sociedades fue objeto de una Ley Especial en 1889, pronto derogada por el Código del mismo año.

Este Código, reguló la materia de las sociedades mercantiles, y menciona en su artículo cuarto, que la legislación mercantil tiene como substrato a la civil:

71.Art. 2230."La sociedad forma una persona moral distinta de cada uno de los socios individualmente considerados".

Art. 4. "El Código de Comercio tiene por base el Civil, cuyos preceptos modifica sólo en la parte estrictamente necesaria para fijar la naturaleza de los negocios mercantiles, y determinar los derechos y obligaciones que de ellos deriven".

Del mismo modo que en el Código Civil, se establece que:

"La sociedad mercantil es 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" .(72)

En el artículo siguiente establece que :

"Todos los que tienen capacidad legal para ejercer el comercio, la tienen también para celebrar el contrato de sociedad mercantil..".(73)

Es conveniente relacionar el presente concepto con lo que a su vez establece el artículo 5o., puesto que menciona que personas, son las que pueden ser comerciantes:

"Son comerciantes los individuos que teniendo capacidad para contratar, ejercen los actos mercantiles, haciendo de ellos su ocupación habitual, sea que se consagren a uno o más ramos al mismo tiempo, ya limitando su acción al interior de la República, o ensanchandola al exterior". (74)

72. Artículo 352 del Código de Comercio de 1884.

73. Artículo 353 del Código de Comercio de 1884.

74. Artículo 5o. del Código de Comercio de 1884.

Ambos ordenamientos hacen hincapie en la capacidad, materia regulada por el Derecho Civil, de modo que nos remitimos al artículo 1282:

"Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Por lo que respecta a la personalidad, la legislación en cuestión se la concede, independientemente de la reconocida a las personas que la integran:

"Las compañías mercantiles tienen derechos y obligaciones propias e independientes a las acciones y obligaciones de los individuos que las componen". (75)

En esta legislación ya se precisa lo que es una sociedad anónima:

"Es sociedad anónima la que no tiene más nombre o razón social que el objeto de su institución, formándose el capital con acciones y encargándose su administración a mandatarios nombrados por los accionistas y amovibles a su voluntad. Toda negociación lícita puede ser objeto de sociedades anónimas". (76)

Toda vez que nos encontramos frente a una persona, resulta conveniente destacar lo que menciona respecto al nombre y domicilio de la misma.

"Las compañías anónimas carecen de razón social, y se designan por el objeto o empresa para que se hayan formado, o por la denominación que los socios convienen en darles". (77)

75. Artículo 358 del Código de Comercio de 1884.

76. Artículo 527 del Código de Comercio de 1884.

77. Artículo 378 del Código de Comercio de 1884.

"En el contrato de sociedad se determinará el domicilio de ésta, el cual deberá ser el de uno de sus establecimientos en que haya alguno de los individuos que lleven la razón social". (78)

Por lo que se refiere a la ingerencia del Estado, en la formación y funcionamiento de las sociedades anónimas, la legislación permite, que cualquier grupo de personas constituyan una sociedad, pero las obliga a sujetarse a una serie de normas imperativas, sin establecer en todo caso las sanciones que garanticen de antemano el cumplimiento estricto de tales normas, que en ocasiones no encuentran verdadera sanción, sino cuando la sociedad que las ha violado es declarada en quiebra.

5. CODIGO DE COMERCIO DE 1889.

No obstante lo reciente de la publicación del Código de Comercio, tan sólo tres años antes, a mediados de 1887, el Presidente de la República, nombra una comisión para proponer reformas al citado ordenamiento, las que culminan con el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos de 1889, que estará vigente en materia de sociedades mercantiles hasta el año de 1934, en que se promulga la Ley General de Sociedades Mercantiles, que nos rige hasta la fecha.

De igual forma que en los ordenamientos ya comentados, el código en cuestión, establece en el artículo 2o., que será aplicable supletoriamente el Código Civil.(79)

78. Artículo 382 de Código de Comercio de 1884.

79. Art. 2o. "A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común".

En lo que se refiere a la materia de sociedades en general, se le reconoce carácter de comerciante, a las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles.

"Se reputan en Derecho comerciantes:

II. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles....(80)

Toda vez que a las sociedades, se les concede el carácter de comerciantes, resulta una premisa consecuente, que se le reconozca de manera explícita personalidad jurídica:

"Toda sociedad comercial constituye una personalidad jurídica distinta de la de los asociados". (81)

La manera como nace la persona jurídica, es a través de un contrato, que de acuerdo con el artículo 93: "...ha de constar en escritura pública: el que se estipule entre los socios, bajo otra forma, no producirá ningún efecto legal".

Es de mencionar, que para que la sociedad tenga personalidad jurídica, debe cumplir con cierta formalidad, de lo contrario, podrá tener efectos entre las partes, pero de ningún modo podrá hacer exigible cualquier tipo de cumplimiento, ya que la ley no la amparará.

Nos limitamos a mencionar únicamente estos artículos del Código de Comercio de 1889, porque la ley que rige en la actualidad, recoge prácticamente todo el sentir del mismo, por lo que resultaría reiterativo un estudio más largo.

80. Artículo 3o. del Código de Comercio de 1889.

81. Artículo 90 del Código de Comercio de 1889.

Únicamente diremos que, por lo que se refiere a la ingerencia del Estado en la vida de las sociedades, el sistema es muy similar al del código que lo precedió, es decir, se trata de un sistema de normas imperativas.

6.LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES.

Derivada de las necesidades del momento, en el año de 1934, se publica la Ley General de Sociedades Mercantiles, que tiene por objeto reglamentar de manera más detallada, la formación y existencia de las mismas.

Puesto que esta ley emana de un capítulo específico del Código de Comercio, la cuestión relativa a la legislación supletoria, tendrá como tendencia general la establecida en el Código que le dió origen, de modo que encontramos que se podrá aplicar tanto el Código Civil, como los principios generales que se deriven de él, así como la costumbre y las prácticas prevalecientes, que la Suprema Corte de Justicia ha considerado como fuentes supletorias de la legislación mercantil.

Por lo aquí expuesto, nos encontramos que existe una gran interrelación entre las materias civiles y mercantiles.

Puesto que la Ley General de Sociedades Mercantiles, se promulgó con posterioridad al Código Civil, no es de extrañar que en las continuas remisiones que hace éste a la materia mercantil, se refiera al Código de Comercio.

El artículo segundo del Código de Comercio vigente establece que:

"A falta de disposiciones de éste Código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común".

Por su parte el Derecho Civil establece el ámbito de aplicación de las mismas:

"Las disposiciones de este código regirán en el Distrito Federal en asuntos de orden común, y en toda la República en asuntos de orden federal"(82).

Así mismo observamos que el Título II del Libro Primero del Código Civil, trata de las personas morales y en su artículo 25 fracción III, reconoce este carácter a las sociedades mercantiles:

"Son personas morales:

III. Las Sociedades Cíviles o Mercantiles.

....que se propongan fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley."

En principio, podemos afirmar que es la norma antes descrita, la que no poniendo más limitación que la de que sean lícitas y no desconocidas por la Ley, concede el carácter de persona moral o jurídica, al ente que surge del contrato de Sociedad.

El artículo 26 del propio Código establece que:

"Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución".

82. Artículo 1o. del Código de Comercio de 1889.

Respecto a la constitución de la sociedad, la ley nos indica 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" (83).

Como consecuencia del reconocimiento de personalidad y capacidad de que es objeto la sociedad, el artículo 33 del Código en cuestión, establece como regla general del domicilio:

"Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración..."

Es de resaltar que si alguna sociedad civil, toma forma de mercantil no obstante su 'naturaleza', se registrará por la Ley de Sociedades Mercantiles.

"Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio."(84).

6.1. NATURALEZA JURIDICA.

En el estudio de la Ley General de Sociedades Mercantiles, comenzaremos por definir la naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima, para concluir con la cuestión del reconocimiento de la personalidad.

83. Artículo 2688 del Código Civil de 1928.

84. Artículo 2695 del Código Civil de 1928.

Por lo que se refiere a la definición de Sociedad Anónima el artículo 87 de la ley establece que:

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

Respecto a esta definición el Maestro Rodriguez y Rodriguez la amplía para decir que se trata de una "sociedad mercantil de estructura colectiva capitalista, con denominación, de capital fundacional, dividido en acciones, cuyos socios tiene responsabilidad limitada al importe de sus aportaciones".(85)

De la lectura de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se desprende que el legislador no titubea respecto a que el carácter que se le debe dar a la sociedad anónima, es indudablemente de un contrato, lo que se puede corroborar tanto en la parte general de la ley, como en el capítulo específico dedicado a la sociedad anónima: continuamente se hace referencia al concepto de contrato (86)

85. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, J. Op. cit. Pág. 232.

86. Art. 2o. cuarto párrafo: "Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo"

Art. 7: "Si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura ante notario...."

Art. 32: "En el contrato social podrá pactarse que a la muerte de cualquiera de los socios continúe la sociedad con sus herederos...."

Art. 46: "Los socios resolverán también por el voto de la mayoría de ellos. Sin embargo, en el contrato social podrá pactarse que la mayoría se compute...."

Art. 70: "Cuando así lo establezca el contrato social, los socios además de sus obligaciones generales...."

Art. 112: "Las acciones serán de igual valor y conferirán iguales derechos. Sin embargo, en el contrato social podrá estipularse que el capital se divida en varias clases de acciones...."

Art. 114: "Cuando así lo prevenga el contrato social podrán emitirse en favor de las personas que presten sus servicios a la sociedad acciones especiales...."

Art. 125 frac. VIII: "Los títulos de las acciones y los certificados provisionales deberán expresar:

VIII. La firma autógrafa de los administradores que conforme al contrato social deban suscribir el documento...."

Art. 130: "En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones solo se haga con la autorización del consejo de administración...."

Art. 136: "Para la amortización de acciones con utilidades repartibles cuando el contrato lo autorice, se observarán las siguientes reglas...."

Art. 137: "Las acciones de goce tendrán derecho a las utilidades líquidas, después de que se haya pagado a las acciones no reembolsables el dividendo señalado en el contrato social...."

Art. 242: "Salvo el acuerdo de los socios o las disposiciones del contrato social...."

Partiendo de esta idea, deberemos analizar los diferentes elementos de los que constan los contratos en general, con el objeto de esclarecer qué tipo de contrato es el que da origen a la Sociedad Anónima.

En términos generales, el contrato es el convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos.(87)

En principio para que exista un contrato, es necesario el consentimiento y un objeto, que pueda ser materia del mismo; en el presente trabajo seguiremos al Maestro Rodríguez y Rodríguez, quien explica que existen dos elementos más: la causa y la forma.

6.1.1. EL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD ANONIMA.

En este apartado haremos referencia a la capacidad y a las partes que integran la sociedad.

En principio el derecho común, establece que tienen capacidad para contratar, todas aquellas personas que no se encuentren expresamente exceptuadas por la ley, como es el caso de los menores de edad, los sordomudos que no sepan escribir, los enfermos mentales y los ebrios y drogadictos consuetudinarios.

Como de lo que estamos hablando, es de una sociedad mercantil, resulta claro que cualquier comerciante puede formar parte de la misma.

87. Artículo 1792 del Código Civil de 1928.

Se entiende comerciante, aquel que teniendo capacidad, se dedica de un modo efectivo a la realización de actos de comercio. A este respecto el Código de Comercio, establece como causas para no poder ejercer el comercio, el ser corredor, encontrarse quebrado no rehabilitado, ser condenado por sentencia ejecutoriada por delitos contra la propiedad, incluyendo además, la falsedad, peculado, cohecho y concusión.

Por lo que se refiere a los menores de edad, existe la posibilidad de que formen parte de una sociedad anónima, a través de sus representantes, previa autorización judicial, puesto que la responsabilidad que adquieren, es limitada a su aportación y no existe un riesgo desconocido para el accionista.

El mismo criterio se puede aplicar, a nuestro juicio, a las personas sujetas a estado de interdicción.

Sabiendo quienes pueden contratar, nos remitimos al artículo 89 fracción primera, que establece:

"Para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere:

I. Que haya dos socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos".

Es importante mencionar que la ley establece dos sistemas para constituir una sociedad anónima y son el simultáneo y el sucesivo, cuyas características expondremos brevemente a continuación:

6.1.1.A. Constitución simultánea.

En la constitución simultánea, la sociedad surge en virtud de las declaraciones de los socios, recogidas en una o más escrituras públicas, en que toman parte los que suscriben el capital íntegro, o aquella en la cual solemnizan los socios su obligación y realizan parcialmente sus aportaciones, en un solo acto, por el hecho de comparecer ante un Notario.

El acto se perfecciona por el consenso simultáneo de declaraciones de voluntad.

Como características de este tipo de fundación, podemos enumerar los siguientes:

1. El acto de comparecer ante un Notario, que puede ser personalmente o por medio de un representante.

2. Unidad del acto, es decir, que son diversas las declaraciones de voluntad y los estatutos se realizan en un solo acto y se hacen constar en un solo documento.

3. La admisión solemne del contrato, que se deriva de la intervención del Notario Público.

4. La suscripción de todas las acciones, que significa, que cada uno de los fundadores asumen en la proporción que les convenga, el total de las acciones que forman el capital social.

5. La aportación de capital ante Notario, quien dará fe de que los socios han declarado haber realizado las aportaciones mínimas que señala la Ley, o las convencionales que se hubieran pactado, que se exhiba en dinero en efectivo, cuando

menos el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario. Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse, en todo o en parte, con bienes distintos al numerario.(88)

Esta forma de constitución de Sociedades Anónimas es más utilizada en la práctica, ya que no presenta otra peculiaridad respecto a la constitución de otras sociedades mercantiles (89) que la escritura constitutiva, además de los requisitos comunes a todas, ha de satisfacer las exigencias consignadas en el Art. 91 de la Ley general de Sociedades Mercantiles:

88. Artículo 89 fracciones III y IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

89. Art. 60 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

- I. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyen la sociedad.
- II. El objeto de la Sociedad.
- III. Su razón social o denominación.
- IV. Su duración.
- V. El importe del capital social.
- VI. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valoración.
- Cuando el capital sea variable, así se expresará indicando el mínimo que se fije.
- VII. El domicilio de la sociedad.
- VIII. La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores.
- IX. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social.
- X. La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad.
- XI. El importe del fondo de reserva.
- XII. Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente.
- XIII. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

- "... I. La parte exhibida del capital social;
- II. El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social....
- III. La forma y término en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones.
- IV. La participación en las utilidades concedida a los fundadores.
- V. El nombramiento de uno o varios comisarios.
- VI. Las facultades de la Asamblea General y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto a las disposiciones legales pueden ser modificadas por la voluntad de los socios".

Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma.

Es necesario hacer mención del significado del concepto de fundadores, según la Ley de Sociedades Mercantiles y se trata de :

"Los otorgantes del contrato constitutivo social".(90)

Este concepto tiene una connotación jurídica, referida exclusivamente a los firmantes del contrato, independientemente de que se actúe por cuenta propia o por un representante.

90. Art. 103, fracc. II de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Su calidad surge de una firma del contrato constitutivo, los fundadores son los contratantes y su posición jurídica es la que se deriva de tal calidad.

6.1.1.B. Constitución sucesiva.

Este proceso de fundación de la Sociedad Anónima es una serie de ofrecimientos-adhesiones, hechos por diversas personas, como resultado de la invitación dirigida al público por los fundadores.

En la constitución sucesiva, los que toman la iniciativa de la constitución de la sociedad (fundadores), elaboran un proyecto en el que se indican las características esenciales de la futura sociedad. Este programa se debe inscribir en la Secretaría del Tribunal, en cuya jurisdicción deberá establecerse el domicilio de la sociedad.

Este tipo de constitución, es muy raramente usada en la actualidad en nuestro país, ya que en caso de necesidad se recurre a la obtención del capital necesario, a través de préstamos otorgados por Instituciones Bancarias, para que posteriormente se coloquen las acciones entre diversas personas, que lleguen a estar interesadas en el giro de la sociedad.

En la constitución sucesiva es importante el papel que juegan los fundadores, que son las personas que toman a su cargo la organización de la futura sociedad, quienes pueden en un futuro asumir la categoría de socios o no.

Los fundadores deberán redactar un programa, en el que incluirán un proyecto de estatutos, con todos los datos que puede contener, antes de la constitución definitiva. Este programa se depositará en el Registro Público de Comercio.

Antes de poder invitar al público a suscribir acciones, los fundadores deberán obtener la autorización estatal.

Las personas que deseen adquirir el carácter de socios, firmarán por duplicado un boletín de suscripción, que contendrá el nombre, el número, la naturaleza y valor de las acciones, la forma y términos de la primera exhibición, cuando el pago sea en especie, su determinación, la forma de hacer la convocatoria para la asamblea general constitutiva, la fecha de suscripción y la declaración del suscriptor de que conoce y acepta el proyecto de estatutos.

Un ejemplar quedará en poder de los fundadores, como prueba de la obligación adquirida por el suscriptor y el otro lo conservará éste, como prueba de sus derechos.

El importe de la primera exhibición, se depositará en una institución de crédito, para que se entregue a los representantes de la sociedad, una vez que quede legalmente constituida. Si no llega a perfeccionarse la sociedad, el depósito se restituirá a los suscriptores.

La suscripción de todo el capital social, deberá obtenerse en un plazo máximo de un año, contado desde la fecha del programa, si transcurre este plazo sin que se haya reunido el capital necesario, los suscriptores quedan liberados de cualquier obligación.

Suscrito el capital social, debe convocarse a una asamblea general constitutiva, en la que los suscriptores comprobarán la existencia y valor de las aportaciones, resolverán sobre el valor de las mismas, sobre la participación en las utilidades que se reserven a los fundadores y aprobarán en definitiva, la constitución de la sociedad. En esta asamblea, se nombrará a las personas que fungirán como administradores y comisarios, durante el primer ejercicio social y aprobarán las operaciones realizadas por los fundadores, que sin este requisito, serán ineficaces respecto a la sociedad.

El Acta constitutiva, así como los estatutos de la sociedad, deberán protocolizarse, para proceder, previo decreto judicial, a su inscripción en el Registro Público de Comercio.

De lo antes mencionado, podemos concluir: que la sociedad anónima requiere para su formación, de la suscripción de un contrato, que las partes deben de ser cuando menos dos, pero que pueden ser un número indefinido de personas, puesto que la ley no establece un máximo y este dependerá de la actividad que desee desempeñar la sociedad.

Se trata por tanto, de un negocio plurilateral.

Las partes forman la sociedad, y esta es el resultado de la voluntad de los socios, de formar otro ente distinto de sus integrantes.

6.1.2. EL OBJETO EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD ANONIMA.

El término, objeto de un contrato, puede tener varias acepciones, las más comunes son las siguientes:

- "Las operaciones mercantiles que se propone realizar"(91) la sociedad.

- Las prestaciones o aportaciones que los socios se comprometen a realizar, que según el art. 1824 del Código Civil, son las cosas que el obligado debe dar o los hechos que debe hacer o no hacer; y que si estamos hablando de las sociedades en general el artículo 6o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, establece que son los recursos o esfuerzos que las partes deben de aportar. (92)

De la definición de sociedad mercantil en general, se desprende que es esencial que cada uno de los socios realice alguna aportación.

En el caso concreto que nos ocupa, como la sociedad anónima es esencialmente una sociedad de capitales, las aportaciones que se tienen que realizar deberan ser dinero o bienes que tengan posibilidad de cuantificación económica.

La ley al respecto es clara y establece que el capital debiera ser cuando menos de cincuenta millones de pesos, integramente suscrito, que si se trata de efectivo deberá exhibirse cuando menos el veinte por ciento, que si se trata de bienes distintos al mismo, se debe exhibir la totalidad del valor de las acciones, que se representen con esos bienes.(93)

91. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, J. Op. cit. P4g.32

92. Art. 6o. frac. VI de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

93. Art. 89 frac. II, III y IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Estas aportaciones vendrán a formar el capital social de la sociedad, que estará representado por acciones, que en la actualidad, siempre serán nominativas.(94)

Por lo que hace a la aportación es irrelevante su contenido, es decir, que no necesariamente se encuentra legalmente determinado, el socio puede aportar aquello que se comprometió.

Es importante señalar que en el caso de que se hubiera comprometido a aportar un bien determinado y por alguna razón no pudiese entregarlo, bastará con que exhiba en efectivo el equivalente al mismo, para que su obligación quede cumplida.

Es de comentar, que para que la cosa pueda ser objeto del contrato de sociedad, debe existir, estar en el comercio, y ser determinada o determinable, cuando deba de entregarse a la sociedad.

Por lo que se refiere al momento en que deba realizarse la aportación, dependerá del modo como se constituya la sociedad, tal como lo mencionamos en el inciso anterior.

En lo que hace al retraso del socio en realizar la prestación, éste incurrirá en mora, por el simple transcurso del tiempo en que se obligó, o en que se requiera la cosa, dependiendo de las exigencias de la sociedad.

94. Art. 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "Las acciones que forman el capital social de una sociedad anónima estarán representados por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley".

Si el socio se negara a cumplir, existe la posibilidad de rescisión del contrato con respecto al mismo, o el cumplimiento forzoso.

Si se tiene que optar por la exclusión del socio por rescisión, se tendrá el derecho para exigir el pago de daños y perjuicios.(95)

Las aportaciones, salvo pacto en contrario, se entenderán traslativas de dominio, por lo que quien aporta bienes, esta obligado al sancamiento para el caso de evicción.

Es importante mencionar, que nos encontramos frente a un contrato consensual, porque será perfecto cuando los socios decidan combinar sus recursos, para la obtención de un objeto que constituye una especulación comercial, independientemente de que después sea necesaria la entrega de la cosa, para poder cumplir con lo pactado.(96)

El carácter consensual, se desprende también del hecho de que si se trata de una aportación en efectivo, puede exhibirse el veinte por ciento de su valor y no habrá ningún inconveniente, y que si se trata de bienes distintos a numerario se deberán de exhibir en su totalidad.

95. Art. 14 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "El socio que se separe o fuere excluido de una sociedad, quedará responsable para con los terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión. El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de tercero"

Art. 15: "En los casos de exclusión o separación de un socio, excepto en las sociedades de capital variable la sociedad podrá retener la parte de capital y utilidades de aquel hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la exclusión o separación, debiendo hacerse hasta entonces la liquidación del haber social que le corresponde."

96. Art. 94 y 95 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

6.1.3. EL MOTIVO, CAUSA O FIN DEL CONTRATO DE SOCIEDAD ANÓNIMA.

El fin según expresión del Maestro Barrera Graf "estriba tanto en el propósito que 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 adquiriera; como el interés común que los socios hayan tenido para constituirla o para ingresar a ella posteriormente". (97)

El fin de la sociedad es común a todos sus integrantes. Aunque cabe aclarar que cada socio tendrá una finalidad particular al ingresar a la sociedad, que en muchos casos se trata de obtener un beneficio económico, derivado del funcionamiento de la sociedad.

Todos los socios, además, tienen la convicción de permanecer formando parte de la sociedad, por un lapso de tiempo más o menos largo y no con un ánimo transitorio.

Por tanto, el fin es la obtención de una remuneración económica, puesto que lo que caracteriza a una sociedad mercantil, es la consecución de un beneficio.

Derivado de la aportación de capital que realizan los socios, se encuentra el derecho a participar en las utilidades que la sociedad genere. Este derecho es independiente, a que por acuerdo de las partes las utilidades se vuelvan a invertir en la empresa, el derecho subsiste, ya que resultaría contrario a la especulación mercantil, el hecho de que se decretara que nunca se repartieran utilidades.

97. BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. Pág. 30.

Nos encontramos por tanto, frente a un contrato oneroso, es decir, que existen provechos recíprocos, tanto para la sociedad, como para los socios.

Derivado del derecho que tiene el accionista en la participación de las utilidades, se encuentra el carácter conmutativo que se le puede dar, es decir, que se hallan perfectamente determinadas las obligaciones que tiene la sociedad para con los accionistas y las que tienen éstos para con la misma; esas obligaciones se pueden establecer ya sea en el contrato, o en los estatutos.

6.1.4. LA FORMA EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD ANÓNIMA.

La regla general derivada del Derecho Común, es que en los contratos no exista formalidad alguna, ya que el consentimiento de las partes, en la mayoría de los casos es suficiente para el perfeccionamiento del contrato. Sin embargo por lo que se refiere a la Sociedad Anónima existen preceptos jurídicos, que le imponen llenar ciertos requisitos.

En primer lugar la sociedad debe tener un fin lícito (98), debe existir un contrato por escrito, que se otorgará ante Notario Público (99), también se establece para que la sociedad tenga efectos frente a terceros, debe inscribirse en el Registro Público de Comercio (100).

98. Art. 3o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

99. Art. 5o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

100. Art. 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

La escritura constitutiva, tendrá que reunir todos los requisitos enumerados en los artículos 6o. y 91 de la L.G.S.M., para que proceda su inscripción.

Cuando nos encontramos frente a una sociedad con todas las características ya descritas, se trata de una sociedad llamada regular; cuando faltan alguno de estos requisitos, estamos ante una sociedad llamada irregular.

De todo esto se desprende que también es importante la publicidad que se le dé a la sociedad, ya que el artículo 2o de la L.G.S.M. establece que las sociedades inscritas en el Registro tendrán personalidad jurídica, misma personalidad que concede a aquellas, que aunque no estén inscritas, se hayan ostentado como sociedades ante terceros.

La escritura de sociedad debe reunir en términos generales los siguientes requisitos:

1. **Denominación.** En el caso que nos ocupa la denominación puede ser cualquiera, siempre y cuando venga seguida de las palabras Sociedad Anónima o de sus abreviatura S.A. Esto es importante, puesto que es la manera en que se manifestará frente a la comunidad; es el sello distintivo de la persona jurídica.

2. **Duración.** En cuanto al presente requisito no existe un precepto que indique el plazo que debe tener una sociedad, por lo que puede constituirse por tiempo ilimitado, la práctica es que las sociedades se constituyen por un plazo de 99 años.

3. **Domicilio.** Por domicilio entendemos "el lugar geográfico en que se supone una persona reside, para todos los efectos legales".(101)

101. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, L.O.p.cit. Pág.59.

El domicilio de una sociedad, es el lugar donde se encuentra asentada su administración.

En el caso que nos ocupa, basta con indicar la ciudad y el Estado de que se trate.

También es importante el cumplimiento de este requisito, porque de él dependerá el lugar de inscripción en el Registro de Comercio; en donde se realizarán las convocatorias para las asambleas de accionistas; en caso de controversia, quién será la autoridad jurisdiccional competente que la dirimirá; y el tipo de obligaciones fiscales que debe de cumplir.

Debemos mencionar que existe la posibilidad de designar domicilios convencionales, para la realización de ciertas y determinadas transacciones, facilitando así el buen funcionamiento de la sociedad.

Así mismo, la empresa puede tener agencias o sucursales en cualquier parte de la República.

4. Nombre, nacionalidad y domicilio de los socios. Estos pueden ser personas físicas o personas jurídicas, de nacionalidad mexicana, y en el caso de ser extranjeros, deben renunciar a la protección de su gobierno, en lo relativo a la gestión y funcionamiento de la sociedad.

5. Nombramiento de las personas que fungirán como administradores de la empresa y designación de quien llevará la firma social.

6. Capital social. Debe estar integrado por moneda de curso legal en el país y como ya habíamos mencionado con mínimo, de cincuenta millones de pesos.

7. Aportaciones. Es necesario se especifique la aportación que realizará cada socio, determinándose el modo de cuantificación, si el bien es diferente del numerario.

8. Fondo de reserva. El fondo de reserva tiene que formarse paulatinamente, separando anualmente como mínimo el 5% de las utilidades, hasta que importe la quinta parte del capital social.

9. Objeto social. Que como vimos antes, consisten en las actividades que debe realizar la persona.

10. Forma de administración y distribución de utilidades. Se debe establecer si se nombrará un administrador único o un consejo, si los administradores son dos o más y las funciones que se les encomiendan. Así mismo se debe establecer el modo y tiempo en que se distribuirán las utilidades y como se absorberán las pérdidas, en su caso.

11. Disolución y liquidación de la sociedad. No haremos una explicación de este punto puesto que lo trataremos más adelante.

Una vez hecha esta relación de los elementos que debe contener el contrato de sociedad, que como ya hemos dicho se tiene que formalizar ante notario público, hay que mencionar nuevamente que la ley impone la obligación, de que la sociedad se inscriba en el Registro Público de Comercio.

Este requisito de la inscripción, es de gran importancia, puesto que la ley reconoce a partir de este momento, la personalidad jurídica de la sociedad.

Ahora bien, hemos llegado a la conclusión de que en principio se trata de un contrato, pero no de un contrato común de cambio en el que se encuentran dos partes contrapuestas, acreedor y deudor, que tienen intereses opuestos ya que aunque ahora en el contrato de sociedad la ley establece como mínimo la existencia de dos socios, nos encontramos con por lo menos dos núcleos de intereses, que pueden incrementarse; por tanto nos encontramos frente a un contrato plurilateral.

También se puede afirmar que no se trata de un contrato común, puesto que los intereses no son contrapuestos, sino que los socios se unen para lograr una finalidad común, que en este caso es una especulación comercial. Se trata pues de un acto complejo.

6.2. PERSONALIDAD JURIDICA.

A pesar de que esta materia ha sido objeto de muchas polémicas, es indudable que en la actualidad, tanto la doctrina como la legislación, conceden a las sociedades mercantiles una personalidad jurídica, distinta de la de los socios que la integran, a este respecto el Maestro Barrera Graf expresa lo siguiente: "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". (102)

La legislación mexicana, desde el siglo pasado, no discute que algunas formas de sociedades, tengan capacidad jurídica.

102. BARRERA GRAF, J. Op.cit. Pág.26.

En la actualidad mediante una atribución expresa y especial, la ley mexicana, concede personalidad jurídica a las Sociedades Anónimas.

Tanto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, como en el Código Civil, se atribuye a ciertos sujetos jurídicos, que no son personas físicas, personalidad jurídica en forma expresa. De modo que el artículo 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, ya comentado, se refiere a la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, inscritas en el Registro Público de Comercio, también reconoce como ya se dijo antes, personalidad a aquellas sociedades que se han ostentado como tales frente a terceros, aunque no se encuentren inscritas.

El atribuir la personalidad jurídica a la Sociedad Anónima en el Derecho Mexicano, está en armonía con la personalidad concedida también a otras Sociedades Mercantiles.

Ella es expresión positiva de un principio tradicional, sobre el cual la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles se refiere de la siguiente forma: "Es conservado el principio de que todas las sociedades gozan de personalidad distinta de la de los sujetos físicos que las integran,....." (103)

Los Códigos de Comercio Mexicanos de 1884 y 1889, como precursores de la Ley General de Sociedades Mercantiles, plasmaron idénticas soluciones.

103. Exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934.

La Sociedad Anónima, solo tiene capacidad de goce, en la medida en que el ordenamiento jurídico respectivo haya creado normas que le sean aplicables, ya que la sociedad es producto de esas normas. Por lo tanto las normas constituyen el factor generador y relevante y no la Sociedad Anónima, equivocadamente supuesta como sujeto preexistente.

Respecto a la esfera jurídica propia de la Sociedad Anónima cabe hacer las siguientes distinciones:

En la doctrina se distingue entre capacidad de goce total y parcial, de las personas morales.

La capacidad total no significa que el sujeto sea titular de todos los derechos y obligaciones establecidos en un ordenamiento jurídico, sino que el complejo de sus derechos y obligaciones, está establecido en forma de atribución general.

También existe distinción entre capacidad general e individual. Esta diferencia parte de que en un orden jurídico existen normas de tipo general, que tienen vigencia para todos los sujetos jurídicos de cualquier carácter en la misma forma, por una parte, y normas de tipo especial que solamente valen para sujetos de determinado tipo.

Una vez hechas las aclaraciones precedentes, pasaremos a decir cual es el contenido y límites, de la capacidad de goce de la Sociedad Anónima.

En primer lugar se observa que la Sociedad Anónima carece de notas que supongan de forma específica y exclusiva la calidad de una persona física.

Por lo que hace a la distinción entre capacidad de goce total y parcial, la Sociedad Anónima tiene en general capacidad de goce total, aunque admite excepciones como la que se consignaba en el artículo 27 fracción IV de la Constitución Federal ahora reformado: "...las sociedades comerciales por acciones no podrán adquirir, poseer, o administrar fincas rústicas..."

Por lo que se refiere a la duración de la personalidad jurídica de la Sociedad Anónima, la regla general, es que comienza su 'vida', al momento de su inscripción en el Registro Público de Comercio y termina con la cancelación de la misma.

Se cancela la inscripción de una Sociedad Anónima por las siguientes causas: disolución, fusión y escisión.

La ley nos indica como causas de disolución, la expiración del término fijado en el contrato de sociedad, la imposibilidad de continuar con el objeto, o que este se haya consumado; por acuerdo de los socios tomado en base al contrato social y con la ley; porque el número de accionistas sea menor al establecido en la ley; por la pérdida de dos terceras partes del capital social.(104)

Siempre que exista una causa de disolución, se debe inscribir en el Registro Público de Comercio.

La ley nos indica que en caso de que esta inscripción no se realice, cualquier interesado podrá acudir ante la autoridad judicial, para que en vía sumaria se ordene ese registro.

104.Art. 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Una vez que se ha disuelto la sociedad, deberá entrar en liquidación, con objeto, de que la sociedad cumpla con las obligaciones que contrajo frente a terceros, y distribuir el remanente del capital, entre los socios.

Es importante destacar que la Sociedad Anónima disuelta, conserva su personalidad jurídica para los efectos de la liquidación (105), ésto derivado de la necesidad de que pueda cumplir con las obligaciones que hubiere contraído frente a terceros.

Por lo que hace a la figura de la escisión recientemente incorporada a nuestro sistema jurídico, en lo que respecta al objeto de este trabajo encontramos que:" Se da la escisión cuando una sociedad denominada escidente decide extinguirse y divide la totalidad de su activo, pasivo y capital social en dos o más partes, que son aportadas en bloque a otras sociedades de nueva creación denominadas escindidas;....

La Sociedad Anónima irregular, termina en el momento de la realización del capital social y la repartición de su activo.

En el Derecho Alemán y Austriaco, se prevé la posibilidad de una liquidación superveniente, con un nuevo nombramiento de liquidadores, destinada al caso de que después de la terminación de la primera liquidación y cancelación de la Sociedad Anónima, se presente la necesidad de otras medidas de liquidación.

En el Derecho Mexicano no existe disposición expresa, pero la realización de la liquidación superveniente debe ser considerada como medida posible, legalmente admisible en tales situaciones.

105. Art. 244 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En los casos de fusión la sociedad anónima se extingue, según nuestro derecho, con la inscripción de los acuerdos sobre la dicha fusión en el Registro Público de Comercio, si se pacta el pago de todas las deudas de la sociedades que se han de fusionar o se constituye el depósito de su importe en una institución de crédito, o consta el consentimiento de todos los acreedores.

En lo que toca a la transformación, nuestra Ley prevé una aplicación análoga de las situaciones establecidas para la fusión.

IX. Cuando la escisión traiga aparejada la extinción de la escidente, una vez que surta efectos la escisión se deberá solicitar del Registro Público de Comercio la cancelación de la inscripción del contrato social." (106)

En este caso se puede apreciar que lo que se realiza es la desaparición de una persona, para permitir la existencia de una o varias personas jurídicas derivadas de la misma.

Por lo que se refiere al sistema de ingerencia del Estado en México, lo podemos calificar de ecléctico, como a continuación se especifica.

La generalidad de las Sociedades Anónimas, están sometidas a normas, casi todas de carácter imperativo, que contiene la Ley General de Sociedades Mercantiles.

106. Art.228 bis frac.IX. de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Un principio del sistema de autorización, se encuentra en la exigencia de la aprobación judicial, para la inscripción en el Registro Público de Comercio de todas las sociedades, pero la autorización está supeditada al cumplimiento de ciertas normas de carácter formal y una vez cumplidas, necesariamente se concederá la inscripción, sin que pueda examinarse la conveniencia, o buena organización técnica y económica de la sociedad en cuestión.

En ciertos casos la autorización debe concederse por un órgano ejecutivo , después de cerciorarse de la seriedad y posibilidad de éxito de la empresa, que constituye la finalidad social.

Para las Sociedades Anónimas que se dedican a determinadas actividades, leyes especiales establecen un sistema de control permanente.

CONCLUSIONES .

1.-La personalidad jurídica es un concepto del que se han valido las distintas legislaciones, con el objeto de posibilitar las consecuencias jurídicas de la actuación de los diferentes grupos de personas.

2.-La legislación mexicana a lo largo de los dos últimos siglos, le ha reconocido personalidad jurídica a la Sociedad Anónima, siendo muy explícita en la mayoría de los casos.

3.-La personalidad jurídica que se encarna en la Sociedad Anónima, en nuestro país surge a partir de un contrato, mediante el cual se regularán todas las relaciones entre las personas físicas o jurídicas que la conforman y además, aclarará bajo que circunstancias se ha formado la misma.

4.- El contrato a partir del cual nace la Sociedad Anónima, no es un contrato común, en el sentido de contrato de cambio, en el cual existen dos partes, cuyos intereses se contraponen entre sí.

El contrato que nos ocupa, es una modalidad específica, que admite la existencia de mas centros de interés, concretamente en nuestro caso, son un mínimo de dos, cuyos intereses convergen en la obtención de una finalidad determinada por la colaboración de todos ellos y que lo que se persigue es la organización de la entidad que se pretende formar.

5.-A pesar de todas las disertaciones teóricas de que sea objeto la personalidad y la naturaleza jurídica de la Sociedad Anónima, el criterio que imperará es el propio del cuerpo colegiado que elabora las leyes en nuestro país y que se trata del Poder Legislativo.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

I.-LIBROS.

1. ASCARELLI, Tullio.

"Derecho Mercantil"

Editorial Porrúa, 18a. edición.

México, 1940.

2. ALVAREZ DEL MANZANO Y ALVAREZ RIVERA, Faustino y Adolfo Bonilla y

San Martín.

"Tratado de Derecho Mercantil Español comparado con el extranjero".

Librería General de Victoriano Suárez.

Madrid, 1916.

3. ALEGRIA, Héctor.

"Sociedades Anónimas. Ordenación y Comentarios".

De Palma.

Buenos Aires, 1971.

4. BARRERA GRAFF, Jorge.

"Las Sociedades en Derecho Mexicano"

U.N.A.M. 1a. edición.

México, 1983.

5.BENITO, José L. de.

"La Personalidad Jurídica de las Compañías y Sociedades Mercantiles"
Editorial Revistas de Derecho Privado.
Madrid.

6.BOLAFFIO, León.

"Derecho Mercantil. Curso General"
Plus.
Madrid. 1935.

7.BROSETA PORT, Manuel.

"Manual de Derecho Mercantil"
Tecnos. 2a. edición.
Madrid. 1974.

8.BRUNETTI, Antonio.

"Tratado del Derecho de las Sociedades"
Uteha.
Buenos Aires. 1960.

9.BUEN, Demófilo de.

"Introducción al estudio del Derecho Civil"
Porrúa. 2a. edición.
México. 1977.

10.CASTRO Y BRAVO, Federico de.

"La Persona Jurídica"

Civita 2a edición.

Madrid. 1984

11.CERVANTES, Manuel.

"Historia y Naturaleza de la Personalidad Jurídica".

Editorial Cultura.

México.1932.

12.CERVANTES, Manuel.

"Diversas Clases de Sociedades Civiles y Mercantiles Reconocidas por el Derecho Mexicano, sus Caracteres Fundamentales, su Historia, sus Aplicaciones"

México.1915

13.CORNEJO COSTAS.

"Derecho Societario. Estudio y Analisis del Decreto-Ley 19.550.

De Palma.

Buenos Aires. 1975.

14.DE PINA,Rafael y Rafael de Pina Vara.

"Diccionario de Derecho".

Porrúa. 16a. edición.

México,1989.

15.ECHAVARRY Y VIVANCO, José María.

"Comentario al Código de Comercio, Leyes, Jurisprudencia y Usos
Mercantiles Españoles y a la Legislación Comercial Extranjera"

Imprenta Emilio Zapatero.

2a.edición

España. 1925.

16.ESCRICHE, Joaquín.

"Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia".

Rosa y Louret.

Madrid. 1854.

17.FERRARA, Francisco.

"Teoría de las Personas Jurídicas"

Traducida de la segunda edición revisada italiana por Eduardo Ovejero
y Maury.

Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Vol.CXXXIV.

Reus.

Madrid. 1929.

18.FISCHER, Rodolfo.

"Las Sociedades Anónimas.Su Régimen Jurídico"

Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Volumen
CLXXI.

Reus.

Madrid. 1934.

19. FRISCH PHILIPP, Walter.

"La Sociedad Anónima Mexicana"

Porrúa.

México. 1979.

20. FUENTES Y FLORES, Arturo y Octavio Calvo Marroquín

"Derecho Mercantil"

Editorial Banca y Comercio. 18a. edición.

México. 1972.

21. FARGOSI, Horacio.

"Estudios de Derecho Societario"

De Palma.

Buenos Aires. 1978.

22. GARRIGUES, Joaquín.

"Nuevos hechos nuevo Derecho de Sociedades Anónimas"

Revista de Derecho Privado.

Madrid. 1933.

23. GAY DE MONTELLA Y CODERCH.

"Tratado Práctico de Sociedades Anónimas"

Leyes Mercantiles de España. Volúmen II.

Librería de Agustín Bosch. 2a. edición.

España. 1923.

24. GIRON TENA, J.

"Derecho de Sociedades"

Tomo I. Parte General.

Madrid. 1976.

25. GUYENOT, Jean.

"Curso de Derecho Comercial"

Ediciones Jurídicas Europa América.

Buenos Aires. 1975.

26. HALPERIN, Isaac.

"Sociedades Anónimas"

De Palma.

Buenos Aires. 1974.

27. HERRERA REYES, Luis.

"Sociedades Anónimas. Estudio institucional en el Derecho vigente"

Editorial Nacimiento.

México, 1935.

28. LELO DE LARREA, Enrique.

"Diccionario de Derecho Mercantil o sea Código de Comercio Puesto
en Orden Alfabético"

Tipología de Aguilar e Hijos.

México. 1884.

29.MANTILLA MOLINA, Roberto.

"Derecho Mercantil"

Porrúa.22a. edición.

México 1982.

30.MARTINEZ FLORES,Miguel.

"Derecho Mercantil Mexicano"

Editorial Pax.

México. 1980.

31.MASON,Edward s.

"La Sociedad Anónima en la Sociedad Moderna"

De Palma.

Buenos Aires.1967.

32.MUÑOZ, Luis.

"Derecho Mercantil"

Editorial Cárdenas.

México. 1973.

33.MOSSA,Lorenzo de.

"Derecho Mercantil"

Primera Parte. Traducción por el Abogado Felipe de J. Tena.

Unión tipográfica Editorial Hispano Americana.

Buenos Aires.

34. OLAVARRIA, Julio.

"Manual de Derecho Comercial"

3a, edición.

Barcelona. 1970.

35. PEREZ ESCOLAR, Rafael.

"La Sociedad Anónima Europea"

Editorial Monte Corvo.

Madrid. 1972.

36. PIC, Paul.

"Des Societes Commerciales"

Tome I. Librairie Arthur Rousseau Rousseau
y Cie.

France. 1925.

37. PUGLIATTI, Salvador.

"Introducción al estudio del Derecho Civil"

Traducida de la 2a. edición.

Porrúa Hnos. y Cía.

México. 1943.

38. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.

"Derecho Mercantil"

Tomo I.

Porrúa 16a. edición.

México. 1982.

39. RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Joaquín.

"Tratado de Sociedades Mercantiles"

Tomos I y II.

Porrúa. 4a. edición.

México. 1971.

40. RUBIO, Jesús.

"Curso de Derecho de Sociedades Anónimas"

Editorial de Derecho Financiero. 2a. edición

Madrid.

41. RIPERT, Georges.

"Tratado Elemental de derecho Comercial"

Tipografía Editora Argentina. 2a. edición.

Buenos Aires. 1954.

42. SOLA CANIZARES, Felipe de.

"Tratado de Derecho Comercial Comparado"

Montaner y Simón.

Barcelona. 1963.

43. SOLA CANIZARES, Felipe de.

"Tratado de Sociedades por acciones en el Derecho Comparado"

Tomos I y II.

Tipográfica editora argentina, S.A.

Buenos Aires, 1957.

44. TENA RAMIREZ, Felipe.

"Derecho Mercantil Mexicano"

Porrúa.

México. 1938.

45. URÍA, Rodrigo.

"Derecho Mercantil. Curso General"

Aguirre. 10a. edición.

Madrid. 1975.

46. VAZQUEZ ARMENO, Fernando.

"Derecho Mercantil. Fundamentos e Historia"

Porrúa.

México. 1977.

II.- HEMEROGRAFIA.

1.BARRERA GRAF,Jorge.

"Concepto y requisistos de la Sociedad en el Derecho Mexicano".

Boletín Mexicano de Derecho Comparado.

México. 1970.Año XX. Num.79-80.

2.CERVANTES, Manuel.

"Disertación sobre el contrato de sociedad y la personalidad moral en el Derecho Romano".

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

México, 1944. Num. 21-22.Pág.97-120. Num.23-24. Pág. 317-362.

3.NUÑEZ, Jorge Enrique.

"De la Naturaleza Jurídica del Contrato de Sociedad"

Revista de la Facultad de Derecho.

Universidad de Zulis.1969. Num. 26. Pág. 89.

III.-LEGISLACION

Código de Comercio de México.1854.(Código Lares)

Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos 1884

Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos 1889

Ley General de Sociedades Mercantiles 1934.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California. 1870.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California 1884.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en
Materia Federal.1928