

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

EL ACTO CONSTITUTIVO DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

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

JORGE RAUL SANCHEZ MEDINA

MEXICO 1973



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

A MI MADRE QUE CON SU EJEMPLO
HA FORMADO MI CONDUCTA

A MI ESPOSA MARIA DEL CARMEN POR SU CONSTANCIA
Y COMPRESION

A MI PEQUEÑO HIJO JORGE RAUL

A MIS QUERIDOS HERMANOS: OSCAR, DALIA Y
PATY.

Aprovecho la presente, para hacer público Agradecimiento al Lic.Omar Olvera de Luna por la guía y orientación - en la realización de esta tesis.

Así mismo, al Cap.Medardo Molina por sus palabras y - consejos en la conclusión de este modesto trabajo.

I n d i c e

CAPITULO PRIMERO

LA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LAS SOCIEDADES

1.-La Sociedad es un contrato; a).-Teoría Tradicional; -
b).-Contrato Plurilateral; c).-Contrato de Organización.
2.-La Sociedad no es un contrato; a).-Teoría del acto so-
cial constitutivo; b).-Teoría del acto colectivo; c).-
Teoría del acto complejo; d).-Teoría del negocio Jurídico
Plurilateral. 3.-Doctrinas eclécticas. 4.-Mercantili-
dad del acto constitutivo. 5.-Opinión personal

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LAS SOCIEDADES

1.-Elementos esenciales; a).-Consentimiento; b).-Objeto-
posible. 2.-Elementos de validez; a).-Objeto lícito, b).
-Capacidad; c).-Ausencia de vicios en el consentimiento;
d).-Es la causa un elemento de validez?; e).-Forma.

CAPITULO TERCERO

UNICO.-Referencia a las Sociedades Irregulares.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

LEGISLACION.

I N T R O D U C C I O N

Sin lugar a duda, el problema de determinar la naturaleza Jurídica de la Sociedad, es uno de los más arduos y debatidos por los mercantilistas en estos últimos años. Las teorías que se formulan son replicadas con objeciones, que dan lugar a diversas soluciones y que a su vez son rebatidas con nuevos argumentos en un ciclo dinámico que parece alargarse cada día más.

La razón de que los jurisconsultos fijen su atención en el análisis de las sociedades mercantiles, provienen del insólito auge de las corporaciones en estos tiempos que vivimos, tan impregnados del factor económico que es el símbolo de nuestra era.

Surgen a ritmo acelerado más y más sociedades de capital con su inherente repercusión en la vida económica de las naciones y disminuyen las sociedades personales, porque su estructura se presta a empresas pequeñas.

Constituyen las sociedades mercantiles, los engranes más importantes de los regímenes capitalistas y el Estado propicia su desarrollo por medio de una legislación adecuada. Por razones naturales, en la actualidad se dificulta progresivamente el obtener logros industriales y comerciales con el simple esfuerzo individual

de aquí que se experimente la necesidad de unir las fuerzas propias (financiera, técnica, etc) a las de los demás y constituir un grupo que tenga mejores armas para la cotidiana batalla por el lucro y las realizaciones.

Interviene entonces la norma jurídica para evitar las fricciones que pueda suponer el encuentro de intereses personalistas de cada uno de los socios. Este conjunto de normas constituye la regulación jurídica de las sociedades mercantiles.

El Derecho que con sus preceptos trata de aprehender la realidad humana, tiene que amoldarse a las caprichosas formas que ella reviste, no puede tratar de escaparse a su signo vida humana, si lo hace y dicta normas que se elejen de la realidad legislada, la sanción tácita e inevitable será la inaplicabilidad de las mismas, como consecuencia del desajuste entre el derecho y la realidad.

Es en el Derecho Mercantil en donde se adivina con mayor facilidad la sustancia de la actividad que regula; no ha sido creación de jurisconsultos de gabinete, sino que ha surgido como una serie de soluciones a las necesidades de los comerciantes durante sus transacciones. Velocidad y simplicidad constituyen el alma de las obligaciones mercantiles. El legislador debe recoger éstas ca-

racterísticas al crear las normas aplicables al fenómeno presentado, influenciado más que ninguna otra rama del derecho, por los usos y las prácticas comerciales.

Al introducirnos al campo de las sociedades mercantiles, la primera cuestión que debemos abordar es la relativa a la naturaleza de las mismas. Al explicarlas han tenido las diversas teorías que más adelante se expondrá y que pueden aglutinarse en tres grupos: Los que afirman que la sociedad es un contrato, los que lo niegan y los que asumen una posición ecléctica.

Estos grupos se subdividen en otras opiniones que responden a las particulares concepciones de distintos autores.

CAPITULO PRIMERO

LA NATURALEZA JURIDICA DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LAS SOCIEDADES

1.-La Sociedad es un contrato; a).-Teoría Tradicional; - b).-Contrato Plurilateral; c).-Contrato de Organización. 2.-La Sociedad no es un contrato; a).-Teoría del acto social constitutivo; b).-Teoría del acto colectivo; c).-Teoría del acto complejo; d).-Teoría del negocio Jurídico Plurilateral. 3.-Doctrinas Eclécticas. 4).-Mercantilidad del acto constitutivo. 5.-Opinión Personal.

1.-La Sociedad es un contrato

a).-Teoría Tradicional. El Derecho Mercantil ha heredado del Derecho Civil gran parte de sus instituciones, y junto con ellas, el cúmulo correspondiente de conceptos, explicaciones y teorías alaboradas por civilistas. Aunque se haya propugnado en alguna época la fusión de ambas disciplinas, no se puede negar que el Derecho Mercantil es autónomo como afirmara Alfredo Rocco (1). "En efecto, los instrumentos que los civilistas nos han entregado para el análisis de las instituciones jurídicas mercantiles, resultan con frecuencia insuficientes".

La nota que le imprime la actividad comercial a los

(1).-Rocco Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Madrid 1931. Revista de Derechp Privado, pág.318

contratos civiles y sus demás figuras jurídicas, tiene una originalidad que los afecta en su naturaleza y estructura misma. En el caso de la sociedad, vemos que su origen es un contrato civil y ese patrón fué utilizado por los comerciantes, quienes lo desarrollaron, lo enriquecieron con aportaciones originales, idearon diversos tipos, en pocas palabras, "hicieron de la sociedad mercantil una institución floreciente, compleja y diferente de su antecesor". Tal pareciera que la rama de un arbusto ha logrado toda su lozanía a costa - del tronco que le dió vida. Tenemos que utilizar sin embargo, concepciones civilistas para explicar los fenómenos comerciales con una terminología puramente suya.

Los civilistas más reputados han considerado a la Sociedad como un contrato, y así nos encontramos que la definen como "un contrato por el cual dos o varias personas convienen en formar un fondo común, mediante aportaciones que cada una de ellas debe proporcionar, con objeto de dividirse los beneficios que de ella puedan resultar". Pothier citado por Marcel Planiol (2),

(2).-Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Puebla 1947. Edit. José M.Cajica, pág.412

opina "que es un contrato por el cual dos o varias personas ponen en común sus bienes o industrias para obtener de ello un beneficio común".

Biagio Brugi (3), por su parte dice: "Es un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner alguna cosa en común con el fin de repartir el beneficio que podrá resultar". Vemos unidad de criterio respecto a que la Sociedad es un contrato, nuestro tratadista Rafael Rojina Villejas (4), define a la Sociedad Civil como "Una corporación privada dotada de personalidad jurídica, que se constituye por contrato celebrado entre dos o más personas, para la realización de un fin común, lícito posible y preponderantemente económico, mediante la aportación de bienes o industria, o de ambos, siempre y cuando no se lleve a cabo una especulación comercial".

La posición contractualista ha sido recogida por nuestro Derecho Positivo. El Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales, coloca a la Sociedad entre los contratos, y establece en el artículo 2688: "Por el contrato de sociedad los socios se obligan

(3).-Brugi Biagio. Instituciones de Derecho Civil. México 1947. Edit. Hispano Americana, pág. 338

(4).-Rojina Villegas Rafael. Contratos. México 1968. Edit. Libros de México, S.A., pág. 5458

mutuamente a combinar sus recursos y sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial". Nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles habla repetidamente del Contrato Social.

Durante una larga época, la posición doctrinal tradicional influyó sobre las legislaciones positivas y sobre los tratadistas, y se consideraba "fuera de discusión" que la Sociedad es un contrato. A fines del siglo pasado al elaborarse la clasificación de los hechos jurídicos, surgió un grupo de juristas entre ellos - Gierke, Kuntze y Rocco que dudaron de la naturaleza - contractual del acto constitutivo de la sociedad, y al formular objeciones a la teoría tradicional expusieron sus propias concepciones. Este movimiento inició la - "crisis de la doctrina contractual", como la denomina Joaquín Garrigues (5), puesto que se pusieron de relieve las dificultades de aplicación de las normas contractuales comunes al campo de las corporaciones. Los contractualistas, para sostener su posición, han recurrido a buscar las peculiaridades de la Sociedad, "a

(5).-Garrigues Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil. Madrid 1947. Imprenta Revista de Derecho Mercantil, pág.407

fin de estructurar el contrato de sociedad diferenciando del contrato de cambio, que ha sido objeto de la regulación preferente de las normas contractuales. "

"Los esfuerzos de la doctrina añade el jurista Hispano para configurar el contrato de Sociedad Mercantil, como un contrato con características propias no son en definitiva, más que una confesión de la imposibilidad de aplicar a ese contrato las normas contractuales comunes".

Encontramos pues, fijada la litis entre los contractualistas y los anticontractualistas; los primeros consideran que: "Todas las derogaciones a la aplicabilidad de las normas contractuales que se presentan en las sociedades, no desvirtúan su naturaleza contractual, sin perjuicio de que le impartan sus características esenciales". Los segundos estiman lo contrario, que el contrato: "Es un concepto insuficiente para explicar el acto constitutivo de la Sociedad". Apunta Francesco Messineo (6), que la consecuencia práctica de la negación de la tesis contractual, será la inaplicabilidad de las normas del contrato, y en especial,

(6).-Messineo Francesco. Estudio del Derecho de la Sociedad. Milan 1949. Edit. Guiffre, págs. 30 y 33

de las relativas al consentimiento.

Las reglas sobre las formaciones del contrato no suponen el intercambio de declaraciones de voluntad, pues éstas, en la constitución de la sociedad no se cambian entre los futuros socios, porque están en un mismo sentido paralelo, y no tienen de destinatarios a los otros socios; tampoco se admitirá la lesión porque se ignora el concepto de desproporción entre las prestaciones; no cabrá la excepción "inadimplenti contractus" porque en la sociedad no encontramos el concepto de contraprestación.

Por último, la adhesión del nuevo socio no perturba al conjunto social porque implica, que una persona acepta un núcleo de cláusulas y reglas, y se fusiona a un grupo de personas sin que se modifique el vínculo social.

Después de que estructuralmente se ha analizado a la sociedad, se llega a la conclusión de que; en el supuesto de que fuera un contrato, se tienen características diferentes a las que encontramos en los demás contratos.

Se señalan entre otras, que constituye la base de creación de una persona jurídica que realizará una actividad tendiente al logro de un fin común determinado por las partes, siendo los intereses personales de ellas, sujetados coordinadamente al interés común de todos; el funcionamiento normal de la sociedad dá nacimiento a vínculos jurídicos que son permanentes durante la vida de la misma, y que son necesarios para la realización del

objeto social; y las de modificación de cláusulas por mayoría, y la mencionada respecto al ingreso o salida de uno de los contratantes que no modifica al contrato.

b).-Contrato Plurilateral. El contrato plurilateral tiene por autor a Tullio Ascarelli (7), quien cree resolver el problema mediante la distinción de una sub-especie en materia de contratos; la del contrato plurilateral, que se diferencia ostensiblemente de los más generalizados contratos de cambio. Aclara que: "Dentro de los contratos plurilaterales, la figura más importante es la Sociedad, pero no la única". Esta sub-especie se particulariza por; a).-La posibilidad de participación de más de dos partes; b).-Derivarse en relación con esas partes, obligaciones y derechos; c).-Ser un contrato en el que interviene cooperación de bienes en su utilización. Este autor va ocupándose sucesivamente de las características de la sub-especie, que ha obtenido al compararla con los contratos de cambio.

La posible participación de más de dos partes está excluida en los contratos de permuta, pues éstos constan

(7).-Ascarelli Tullio. El Contrato Plurilateral. México 1949. Edit.Jus, pág.50

de sólo dos partes, y en cambio, los contratos plurilaterales pueden tener la pluralidad de las mismas.

Como consecuencia; "todas las partes de la sociedad son titulares de derechos y obligaciones, adquiridos no sólo frente a otra sino frente a todas las demás partes mientras que en el contrato común sólo hay una parte frente a otra, en una posición que gráficamente se podría representar por una línea en cuyo extremo izquierdo se encuentra una parte y en el derecho, la otra"

El contrato plurilateral se nos parece con una comunidad de fin, que es el elemento común unificador de las diversas adhesiones y concurre para determinar el alcance de los derechos y obligaciones de las partes(8). Además, su función no se acaba cuando se ejecutan las obligaciones de las partes, como en los demás contratos acontece, sino que constituye la premisa para una actividad posterior que es la finalidad social, actividad obtenida por la organización de varias partes y por la utilización de los bienes de la Sociedad, reguladas ambas por los Estatutos. Habrá que distinguir en los contratos plurilaterales los elementos de formación y los

(8).-Ascarelli Tullio. Ob.,cit.,pág.50

relativos al cumplimiento de su función instrumental.

Los segundos deberán subsistir durante la vida, de la organización. En cuanto a los derechos de las partes, observa: "Es típico el derecho del socio sobre las ganancias de la sociedad. Todos los socios gozan de derechos del mismo tipo, su diferenciación puede ser cuantitativa, no cualitativa. En los demás contratos excepto la permuta, los derechos son típicamente distintos entre sí". Por lo que toca a las obligaciones de las partes, señala que no tienen un contenido típico constante como en los demás contratos sino que cada obligación puede tener un objeto diverso. "El contrato plurilateral es abierto, es decir, no necesita ser reformado cada vez que se admita un nuevo socio o se separe puesto que hay una oferta permanente de adhesión a nuevas partes y una posición permanente para subsistir de él". En los demás contratos, nos encontramos con que están limitados rigurosamente a dos partes.

Unas de las principales diferencias que se encuentran entre ambos, radica en el aspecto referente a los vicios del contrato y de las manifestaciones de vo-

(9).-Ascarelli Tullio. Ob.,cit.,pág.51

luntad."En la teoría general de los contratos, el vicio de una de las manifestaciones de voluntad que concurren para formar el consentimiento se traduce en el vicio de todo el contrato, en la sociedad; resultará viciada la adhesión, pero no el contrato siempre y cuando el objeto social pueda ser posible en su consecución". Esta particularidad la deriva Tullio Ascarelli de la pluralidad de los contratantes, que sirve de base al "principio de conservación" de los contratos, cuyo contenido es el de no extender más de lo necesario las consecuencias de nulidad de una manifestación de voluntad". Se pueden diferenciar los vicios atinantes al contrato (ilicitud, falta de forma, simulación etc) de los vicios de la adhesión de una de las partes (incapacidad, vicios del consentimiento, simulación, fraude a los acreedores sociedad leonina).

Cuando el vicio de adhesión deriva un vicio del contrato, éste a su vez constituye una causa de disolución del mismo. Teniendo en cuenta que la sociedad es una organización destinada a entrar en relación con los terceros. "El Derecho ha procurado garantizar esos intereses y esto explica las anteriores excepciones a la aplicación de las normas generales sobre los vicios de los contratos". En relación con el cumplimiento de la obli-

gación de cada parte, imposibilidad de la ejecución por una de las partes, en lugar de implicar la nulidad del contrato, como acontece con los contratos comunes; trae consigo la nulidad o rescisión de la adhesión de la parte sin alterar la vida del contrato, si su objeto ha seguido siendo posible. "Por esto es que la exceptio inadimplenti contractus no se admite en la Sociedad, y por tanto, los demás socios no podrán dejar de cumplir con su aportación por el hecho de uno de los socios no cumplió".

Por último, en lo concerniente a las relaciones que se originan en el contrato plurilateral, Tullio Ascarelli (10) anota: "La comunidad de objetivos y el carácter instrumental del contrato, explican porqué esos contratos se pueden referir a una actividad posterior, que no concierna a las relaciones entre los que participan del contrato plurilateral, sino a las relaciones de la organización, con los terceros o con los asociados que recurren a su servicio". Distingue entre lo relacionado con la constitución del contrato y lo relativo a su utilización posterior, y se vale de esa distinción para marcar

(10).-Ascarelli Tullio.Ob.,cit.,pág.51

dos aspectos: uno externo "cuando las partes como grupo entran en relación con terceros" y otro interno "en las relaciones entre partes". De aquí destaca la existencia de derechos y obligaciones en la gestión de la organización, al lado de los derechos y obligaciones de carácter patrimonial en los aspectos externos e internos.

Finalmente añade: "En la gestión de la organización muchas veces encontramos la posibilidad de una deliberación por mayoría, esta posibilidad justamente corresponde a la existencia de una organización que persigue una finalidad común para todos los participantes; en esta comunión de fin, en suma, se basa el poder de la mayoría. Esta posibilidad por eso es tanto mayor cuanto más clara es en los diversos tipos de contratos plurilaterales, la distinción entre los intereses comunes y los particulares de cada participante. Los contratos plurilaterales de este modo, se vinculan a la constitución de una organización en que hay la posibilidad de deliberar por mayoría, lo que cambi6, es inadmisibles en los demás contratos". (11)

(11).-Ascarelli Tullio.-Ob.,cit.,pág.52

Como conclusión expresa: "Las características enun-
radas pusieron en evidencia que el contrato plurilate-
ral considerado en su función económica, constituye un
contrato de organización, pudiéndose desde este punto
de vista; contraponerse a los contratos de permuta".

Los contratos plurilaterales se deben de considerar
como una especie particular en el ámbito de la catego-
ria general de los contratos. (12)

c).-Contrato de Organización. No podemos decir que és-
ta teoría sea distinta de la expuesta en el apartado
anterior; por el contrario son coincidentes en las ca-
racterísticas apuntadas y en la base de sus elaboracio-
nes. La distinción bien sutil por cierto, se podría en-
contrar en el énfasis que se pone en el aspecto forma-
tivo de coordinación, de los diversos factores que in-
tegran a la sociedad; para el logro del propósito so-
cial. La siguen entre otros. Gasperoni y Rodríguez Ro-
dríguez Joaquin.

Las objeciones que formulara Remo Franceschelli y
que recoge Gasperoni (13), a la denominación de contra

(12).-Ascarelli Tullio. Ob.,cit., págs.52 y 53

(13).-Franceschelli Remo. La pubblicità di fatto nelle
società irregolari. Perugia 1935. pág.6

to plurilateral para la sociedad son del siguiente tenor: "No aparece que sea muy feliz el acompañar a la calificación de contrato con el atributo de plurilateral no tanto porque el contrato de sociedad puede estipularse también entre dos personas solas, cuanto por la razón más general de que una vez reconocido que el contrato no sólo y no siempre es un negocio jurídico bilateral, sino que también puede ser un negocio jurídico plurilateral, no hay motivo por el cual haya de añadirse a la calificación de contrato la idea plurilateral, puesto que el primer concepto cubre suficientemente todas las hipótesis". "Se basan estos autores en la reforma del artículo 1038 del Código Civil Italiano que definía al contrato como "acuerdo de dos o más personas" lo que dió pábulo a los anticontractualistas a estimas que no era contrato la sociedad por constar de más de dos partes, y que fué substituido por el artículo 151 en el que se expresa que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial".

La teoría del contrato de organización estima que la plurilateralidad es una característica del contrato de Sociedad, pero que la más importante radica, como

expresa Gasperoni (14). "En dar vida a un sujeto unitario y concentrador, a una entidad orgánica que organice regule y coordine sus actividades particulares para alcanzar de un modo único la finalidad del mismo contrato a través de todas las fases sucesivas". Puesto que la Sociedad favorece a la realización del contrato, los socios se someten a las obligaciones y deberes que se deducen de la organización del ente social y persiguen el fin común de la colectividad organizada y jurídicamente subjetiva, del logro de ese fin social; depende en realidad la posibilidad de realizar sus intereses propios.

Mientras el contrato de cambio lleva a la simple creación de los derechos y obligaciones entre los contratantes, y no regula más que sus recíprocas acciones. "El contrato de sociedad tiene por efecto la organización jurídica de la colaboración de los socios, y puede llamarse por esa función especial suya, contrato de organización". Las funciones de colaboración y de organización a que son llamados sus contratantes, confieren al contrato de sociedad una estructura particular que lo distingue de los demás. La característica esencial

(14).-Remo Franceschelli.Ob.,cit.,págs.20 y 21

que hace concebir al contrato de sociedad como contrato de organización, se aprecia en el momento en que este contrato produce sus efectos; del contrato de sociedad no se deriva en verdad una relación jurídica directa entre los contratantes, sino una relación entre cada uno de ellos y la colectividad ya reducida a unidad de la cual entra a formar parte cada uno de los socios particulares.

El hecho de que la Sociedad como contrato de organización, sea un contrato plurilateral; trae como causa el que Joaquín Rodríguez Rodríguez le aplique al primero, todas las particularidades y observaciones que sobre el segundo realizó Tullio Ascarelli y de las cuales expuse en el inciso anterior. Joaquín Rodríguez Rodríguez, similarmente a como oponía Tullio Ascarelli los contratos de cambio con los de organización o asociativos y caracteriza a estos últimos por tres notas: a).-Son contratos plurilaterales; b).-Sus prestaciones son atípicas; c).-Las partes tienen derecho a realizar la propia prestación puesto que éste es el requisito indispensable para la realización del fin común. "Creo percibir en el jurista español la razón de su inclinación, al uso de la terminología contrato de organización; en que así se explica con mayor precisión el as-

pecto teleológico de la Sociedad, tan importante; "puesto que es el que genera la coordinación de las partes y de sus aportaciones para obtener el objeto social, que permite la creación de un ente distinto de los socios.

En cambio, al decirse que la sociedad es un contrato plurilateral, no se implica necesariamente que se haya de crear el mecanismo necesario para la realización de la actividad perseguida por las partes en un acuerdo común.

Nos confirma nuestra suposición lo que dice más adelante: "El carácter plurilateral del contrato de sociedad como contrato de organización, nos abre amplias perspectivas para la interpretación del mismo". De aquí se infiere que la plurilateralidad es un carácter del contrato de organización, y no un especie en sí; como afirmara Tullio Ascarelli y que antes bien, la sub-especie que se opondrá a los contratos de cambio sería la de los contratos de organización (15). A fin de evitar el sobreextenderme, transcribiré el esquema de las diferencias que encuentran, los que sostienen esta teoría, respecto a las dos figuras de contrato. "En tanto que en el contrato de cambio la realización de las presta -

(15).-Remo Franceachelli.Ob.,wit.,pág.24

ciones concluye en el contrato, en el de organización ésta crea la sociedad. Mientras que en el primero las prestaciones se intercambian, en el segundo, éstas constituyen un fondo común".

En el primero, los intereses de los contratantes son opuestos y su satisfacción contradictoria; en el segundo también son opuestos pero su satisfacción es ordinaria.

"En el contrato de cambio sólo puede haber dos partes y es contrato cerrado; en el de organización puede haber varias partes, cada una opuesta a cada una de las demás y es contrato abierto. Por último en el primero la relación sinalagmática se establece de parte a parte y en el segundo se establece entre cada parte y el nuevo sujeto jurídico".

Las consecuencias que deriva el autor comentado de las anteriores afirmaciones, son exactas a las apuntadas por Tullio Ascarelli (16), y concluye: "La comunidad de fin, justifica la obligación de los socios de colaborar activamente en la consecución del fin común, lo que le imparte sus características de contrato de organización".

Notemos que al término contrato de organización lo

(16).-Ascarelli Tullio. El Contrato Plurilateral, pág.54

han considerado, como el contrato plurilateral en su función económica (177). Tullio Ascarelli y como una fórmula meramente económica, carente de todo significado técnico jurídico. Francesco Messineo en sus *Instituzioni*. Después de haber expuesto la posición contractualista, es pertinente que incluyamos la crítica que le hace Francesco Messineo en su ensayo titulado. *La struttura della Società*".

Basándose en un penetrante análisis sobre las Sociedades Anónimas constituidas por suscripción pública, llega a blandir argumentos muy fuertes en contra del contractualismo. Conforme a la ley Italiana en la Asamblea de suscriptores, estos votan tomando parte en la Constitución de la Sociedad, y para la validez de las deliberaciones se precisa el voto favorable de la mayoría de los presentes. Hace notar que ya, desde el momento en que se habla de votación, deliberación y mayorías nos encontramos fuera de la materia contractual.

Si la Sociedad fuere un contrato, debería poderse formar por medio de propuesta y aceptación, con la consecuencia de que la aceptación, vincularía al proponente. Pero en el caso, en estudio; los suscriptores formulan

(177).—Remo Franceschelli. *Ob., cit.,* págs. 27 y 28

una adhesión y no una aceptación y las adhesiones no son vinculantes, sino hay un convenio que siga al evento en el cual se condicione principalmente la deliberación de la constitución de la Sociedad, de aquí; que ni el promotor ni los suscriptores están vinculados.

"En la formación del contrato, el proponente es solamente el destinatario de la aceptación, y por ende no participa en la aceptación. Por el contrario, cuando se forma la deliberación, no existe en los deliberados uno que asuma la condición del proponente exclusivamente, ya que sobre la propuesta tienen el derecho de votar los presentes, incluso el proponente, el cual funciona al mismo tiempo de proponente y votante de la propuesta. Se ve aquí que la Sociedad se constituye en forma muy diferente del contrato, que resulta del intercambio de propuesta y aceptación".

Afirma más adelante que el elemento central del contrato es el consentimiento y que en la deliberación de los suscriptores no se forma del todo el consentimiento. El consentimiento en el contrato se integra en tres momentos: a).-Declaraciones de voluntad con contenido diverso; b).-Intercambio de las mismas; c).-Combinación de éstas.

En cambio, en la deliberación de la Asamblea de Sug

criptores encuentra que: a).-Las declaraciones son del mismo contenido; b).-No hay intercambio de declaraciones de voluntad entre los diversos participantes, sino que por ser de un mismo sentido se encuentran una al lado de la otra; c).-No hay combinación de declaraciones sino simple coincidencia del contenido. (El destinatario de las declaraciones es la sociedad). "La declaración de los socios tiende a la creación del organismo social y no da a conocer a los deliberantes, la declaración de voluntad de los demás; d).-Las declaraciones de voluntad de los participantes no están destinados a combinarse entre sí, sino a sumarse, porque persiguen un interés común a todos participantes y tienen el mismo contenido. De aquí deduce Francesco Messineo que las deliberaciones de los suscriptores no tienen contenido contractual (18).

Cree también que "principios mayoritarios y consentimiento se contraponen, mientras que consentimiento y unanimidad son complementarios entre sí, y sin esta última; no se forma el consentimiento y como consecuencia, el contrato. En la deliberación de la constitución de la sociedad, es suficiente el acuerdo de la ma

(18).-Messineo Francesco. Ob., cit., págs 33 y 34

yoría. Durante la vida societaria la unanimidad de pareceres es un principio excepcional, y esto se comprende, porque en compañías que tuvieron un número crecido de socios, el disentimiento de algunos podría paralizarla. Concluye con lo que denomina la "contraprueba de per absurdum de la insostenibilidad de la tesis contractual".

Francesco Messineo (19), dice que si el acto constitutivo fuese un contrato lo sería bien curioso, porque vincularía aún a los que no concurren a su formación, y también porque se podría disolver unilateralmente a voluntad con el hecho de enagenar la propia participación (fungibilidad de las personas de los socios). Así, "nos encontraríamos en un momento dado, con personas distintas de las que lo celebraron, o aun más, en los casos de las sociedades anónimas con numerosos accionistas, los socios no se conocen entre sí, sin que eso menoscabe el funcionamiento de la Sociedad". Otra objeción es la de que si el acto constitutivo fuese un contrato, no podría modificarse más que por un acto de igual naturaleza, y sin embargo la modificación del acto constitutivo puede llevarse a cabo

(19).-Messineo Francesco. Ob., cit., pág. 34

por acto unilateral o plurilateral. Su última argumentación, más original que sólida consiste en invocar que la ley y la doctrina hablan de acto y no de contrato de fusión. Ahora bien. "La fusión consiste en la formación de una Sociedad entre dos o más Sociedades (que se disuelven como tales), y en la constitución se trata de formación de una sociedad entre personas. De aquí deduce que no es comprensible porque, si es acto lo que realiza la fusión, debe ser contrato el acto constitutivo que hace surgir a la Sociedad

2.-La Sociedad no es un contrato

a).-Teoría del acto social constitutivo. Julius Von Gierke jurisconsulto Alemán, citado por Tullio Ascarelli y Joaquín Rodríguez Rodríguez (20), consideró que el contrato es insuficiente para crear una personalidad jurídica, y por consiguiente, que la teoría del contrato se encuentra superada para explicar el origen del estado y de las corporaciones que poseen personalidad jurídica. "Las personas morales afirma son (21)

(20).-Ascarelli Tullio.Ob.,cit.,págs 15 y 18

(21).-Rodríguez Rodríguez Joaquín. Tratado de Sociedades Edit.Forrúa. México 1965,pág.17

realidades orgánicas que no pueden surgir de un contrato". El acto creador de una sociedad dice: "No es un contrato sino un acto constitutivo unilateral de fundación, 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 participantes se proyecta unilateralmente". Según Julius Von Gierke el contrato es impotente para hacer surgir la sociedad, ya que los contratos sólo crean relaciones jurídicas entre las partes, y sin embargo; vemos que en la figura societaria hay relaciones de las partes entre sí, de las partes y el ente colectivo, además se crea la norma jurídica objetiva que constituye la ley de la - corporación.

Ernest Feine (22), citado por Joaquín Rodríguez Rodríguez, acepta este punto de vista al comentar: "La fijación en Escritura Pública de los Estatutos no puede encerrarse dentro del estrecho marco de un contrato de sociedad, pues no engendra meras 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 regirse la corporación. "El

(22).-Rodríguez Rodríguez Joaquín. Ob.,cit., pág.15

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

Entre las objeciones que se oponen a la teoría de Julius Von Gierke (23), citado por Rodríguez Rodríguez está la de que el efecto del acto constitutivo, no sólo es la creación de la personalidad jurídica, sino que se crean una serie de derechos y obligaciones a cargo de los socios y de la sociedad, que no pueden ser deducibles de un acto unilateral. Gierke trataba de salvarlas alegando que la sociedad adquiere tales derechos en virtud de la mecánica de los contratos a favor de terceros pero aún así; quedaría sin explicar la obligación de la sociedad de asumir las obligaciones establecidas previamente a su existencia. "En efecto, siendo ajena la sociedad al acto constitutivo, se encuentra no obstante regida por los términos preestablecidos para la suscripción de las acciones.

Tullio Ascarelli, opina que esta teoría sobreestima el valor de la constitución de la persona jurídica, co-

(23).-Rodríguez Rodríguez Joaquín. Ob.,cit., pág.19

mo resultante de la estricta distinción entre las sociedades que son y las que no son personas jurídicas. Apoya su opinión en el estudio del Derecho Comparado y en la Historia del Derecho, la cual revela que el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no llega a adquirir el valor que le atribuye Julius Von Gierke y añade "Las reglas fundamentales de la constitución de las sociedades mercantiles son comunes a las diversas formas de sociedades y ni allí, se puede ver una distinción que permita contraponer rigurosamente como si pertenecieran a dos categorías opuestas a las reglas especiales de las sociedades que no son personas jurídicas".

La opinión de Julius Von Gierke (24), citado por Tullio Ascarelli, es que el contrato es sólo un pacto para crear relaciones jurídicas subjetivas. "Esto implica una limitación al concepto de contrato que creo indebida, ya que puede crear todo género de relaciones". No podemos admitir la teoría de Julius Von Gierke, porque afirma que la personalidad es una realidad extra-jurídica que el Legislador tiene que reconocer independientemente de su voluntad. Y sucede todo lo contrario, es el Legislador el que otorga personalidad a las personas naturales.

(24).-Ascarelli Tullio. Ob.,cit., págs. 16 y 17

b).-Teoría del acto colectivo. Ruth (25), citado por Joaquín Rodríguez Rodríguez insiste, a fin de salvar las críticas que se le formularan a la concepción de Gierke, más que en la creación de la personalidad jurídica, en el fenómeno de la unificación de una serie de manifestaciones de voluntad, cada una de las cuales no tiene por sí la existencia ni valor jurídico autónomos, sin que es to sea olvido de la conexión entre la existencia de una voluntad única y la de una persona jurídica.

Francesco Messineo (26), secunda esta teoría, afirmando que en la estructura de la sociedad, sólo forzando los conceptos y el sentido de las palabras se podría encuadrar en el terreno contractual; encuentra sus terrenos con la absoluta espontaneidad en la figura del acto colectivo,, situada fuera del esquema contractual. "Confiesa que al principio era partidario de la teoría del acto complejo, pero que recapacitó y se adhiere a ésta, aunque tanto el acto colectivo como el complejo entran en el grupo de los negocios no contractuales plurilaterales y no se diferencian muy sensiblemente".

La distinción entre ambos estriba en que el acto com-

(25).-Rodríguez Rodríguez Joaquín.Ob.,cit.,pág.19

(26).-Messineo Francesco.Ob.,cit.,pág.25

plejo, la mayoría de voluntades de los declarantes se fusionan en una voluntad unitaria, perdiendo su individualidad; en el colectivo, la mayoría de las voluntades se unen quedando distintas y discernibles en el interior del acto. "También se diferencian en que el acto complejo se presenta hacia el exterior como una declaración unilateral de voluntad, mientras que el acto colectivo revela en la pluralidad de las declaraciones, la pluralidad de voluntades. Si bien todas con obtenido idéntico y tendientes a un resultado común".

"La distinción entre el acto colectivo y el contrato, la encuentra en la dirección de la voluntad; mientras que en el primero las voluntades guardan una disposición paralela, en el segundo las voluntades se cruzan". El resultado del acto colectivo es la formación de una voluntad colectiva, que es la suma de las voluntades de los participantes, y es por consiguiente; indiferente que sean dos o más las voluntades.

"En el contrato, el elemento consentimiento no es una suma, sino una síntesis de voluntades. En cuanto a los efectos, en el contrato nacen efectos distintos para cada uno de los contratantes, y en el acto colectivo nacen efectos distintos y comunes para todos los participantes". El acto colectivo no dura más allá del momento ge-

nético de la Sociedad, pues con el hecho de generarla agota su propia función; esto es, "lo que dura es el conjunto de relaciones engendradas y no el negocio" acto constitutivo que lo genera y que; una vez haciéndolo, se extingue. (27)

c).-Teoría del acto complejo.

La teoría del acto complejo significa para Joaquín Rodríguez Rodríguez (28), un conjunto de declaraciones paralelas de voluntad de idéntico contenido, que persiguen el mismo fin, pero sin que aquellas voluntades diversas se unifiquen jurídicamente, en una sola voluntad. Su diferencia fundamental con el contrato, radica en que éste sólo produce efectos entre los contratantes, en tanto que el acto complejo puede influir también en la esfera jurídica de terceros; en el contrato, las manifestaciones de voluntad son opuestas y opuestos los intereses de las partes, en tanto que en el acto complejo, las manifestaciones de voluntad son paralelas y coincidentes los intereses de los participantes.

(27).-Messineo Francesco.Ob.,cit.,págs.26, 27 y 28

(28).-Rodríguez Rodríguez Joaquín.Ob.,cit.,pág.18

Tullio Ascarelli (29), formula las siguientes objeciones: No es cierto que en el acto complejo los intereses de las partes estén de un mismo lado. La constitución de la sociedad es sólo el primer paso durante la vida de la sociedad, donde predomina el interés de los socios encaminado a la realización de la finalidad común existiendo latentes los intereses personales de cada socio.

Joaquín Rodríguez Rodríguez (30).-Formula su crítica a la teoría del acto complejo, diciendo que la nota esencial del contrato de sociedad no es tanto la coincidencia de intereses, que no existe, como la existencia de una comunidad de fin. Pero, la comunidad de fin no implica comunidad de intereses, en los tres estadios de la vida de una sociedad; constitución, funcionamiento y liquidación, los intereses de los socios están opuestos y alertas a obtener un mayor beneficio, aún en detrimento de los demás. La comunidad de fin sólo es un medio para la satisfacción de los intereses contrapuestos de las partes. Los partidarios de esta teoría hacen también hincapié en el carácter rigurosamente bilateral del acto social constitutivo y del acto complejo

(29).-Ascarelli Tullio.Ob.,cit.,pág.13

(30).-Rodríguez Rodríguez Joaquín.Ob.,cit.,pág.21

Francesco Messineo (31), indica que la razón por la cual la teoría del acto complejo debe ser abandonada; es la de que, "en el acto constitutivo las voluntades de los constituyentes no se funden en una voluntad unitaria como es propio del acto complejo, sino que; convergiendo hacia la misma decisión, permanecen autónomas a tal grado, que es posible que se dispongan en sentido divergente con mayoría o minoría".

d).-Teoría del negocio jurídico plurilateral.

En la teoría del negocio jurídico plurilateral Alfredo Rocco (32), afirma que durante mucho tiempo los tratadistas estudiaron al contrato como figura jurídica autónoma, y que se debe a la doctrina Alemana y a la Italiana el haber reconstruido la figura del negocio jurídico, que comprende al contrato, al acto complejo y al negocio jurídico unilateral

A los negocios jurídicos unilaterales los haremos a un lado, por no tocar a la materia en estudio. La categoría de los negocios jurídicos plurilaterales comprende a todos los negocios en los que aparecen varias declaraciones de voluntad, y así se subdividen en contratos y actos complejos. No

(31).-Messineo Francesco.Ob.,cit.,págs. 26 y 27

(32).-Rocco Alfredo.Ob.,cit.,pág.313

insistiremos en pregonar ambas figuras, pues anteriormente lo hemos hecho, se trata de lo relativo a que en el contrato los intereses de las partes son distintos y opuestos, y en el acto complejo las partes persiguen iguales intereses y juntos colaboran a su realización, etc. Alfredo Rocco cambia por razones terminológicas, la denominación de acto complejo por la de negocio o actos colectivos. Su contenido es variado, pues abarca campos de Derecho Privado y Derecho Público.

Así, son actos colectivos la fundación de una sociedad, las resoluciones de los cuerpos colegiados y los actos resultantes de una declaración de voluntad principal y de una o más accesorias "los que requieren aprobación" El denominador común en estos ejemplos es el de un acto, resultando de varias declaraciones de voluntad dirigidas a la realización de un interés único y común a todos los declarantes.

Alfredo Rocco (33), coloca a la constitución de la sociedad entre los actos colectivos iguales. Acto seguido transcribo su opinión: "Acto colectivo es, y no contrato como suele decirse inexactamente; aquél mediante el cual se constituye una sociedad mercantil y también lo son -

(33).-Rocco Alfredo. Ob., cit., págs. 319 y 320

los actos ulteriores de la junta de accionistas, del Consejo de Administración y del Administrador que lleva la firma social, cuando está autorizado por dichos órganos y - que constituyen la vida de la sociedad. Únicamente considerando la sociedad como corporación, y como actos colectivos. Los constituyentes de la misma y en los que su vida se desenvuelve, pueden explicarse razonablemente determinadas especialidades del régimen jurídico de la sociedad mercantil de que inútilmente trataríamos de enterarnos aplicándoles los preceptos peculiares del derecho contractual".

3.-Doctrinas Eclécticas.

Algunos autores Italianos apoyan la posición ecléctica conciliadora entre los contractualistas y los anticontractualistas. Ven estos autores, en la constitución de la sociedad "un negocio jurídico que sería al mismo tiempo contrato en cuanto se consideran las relaciones entre los socios, y un acto unilateral de todos los socios en cuanto se consideran las relaciones frente a terceros; o bien, dos actos simultáneos un contrato y un acto unilateral".

Con justicia critica Tullio Ascarelli (34), esta con -

(34).-Ascarelli Tullio.Ob.,cit.,págs.20 y 21

cepción, diciendo que llega al resultado inaceptable de atribuir a un acto único, simultáneamente dos naturalezas distintas y contradictorias como lo son: "La del acto y la del contrato, o de postular al lado del contrato de sociedad una declaración de los socios hacia terceros; que en cambio y en realidad es el propio contrato de sociedad".

4.-Mercantilidad del acto constitutivo.

Según Joaquín Rodríguez Rodríguez (35), para determinar el concepto de acto de comercio, se pueden apreciar dos criterios: el subjetivo y el objetivo.

El subjetivo define el acto de comercio en consideración al sujeto que lo realiza: el comerciante; el objetivo, llega a esa definición en consideración a ciertos actos calificados de mercantiles por sí, con absoluta independencia del sujeto que los efectúa.

En abstracto, puede hacerse esa oposición. En la práctica, no hay ni ha habido, en ningún derecho ni en ninguna época, un sistema puro objetivo o puro subjetivo, sino que todos los sistemas de calificación de actos mercantiles, desde las disposiciones estatutarias hasta los códigos más modernos, han sido siempre mixtos

(35).-Rodríguez Rodríguez Joaquín. Derecho Mercantil. Edit. Porrúa. México 1969.,pág.27

Con independencia del carácter predominante objetivo o subjetivo del sistema jurídico que se considere, - la determinación del acto de comercio puede hacerse o - por la vía de la definición o de la enumeración; es decir, formulando un concepto general que trate de determinar las características sustanciales de los diferentes actos que pueden considerarse como mercantiles, o - bien, por el establecimiento de una lista de casos que se encuentren en dicha situación.

Son actos de Comercio Objetivos en el Derecho Mexicano, entre otros la compraventa de participaciones sociales de acciones y obligaciones de una sociedad anónima; los contratos relativos a obligaciones del estado u otros títulosvalores corrientes en el comercio; los cheques y letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra., etc.

Son actos de Comercio Subjetivos las obligaciones de los comerciantes, si no se prueba que derivan de causa extraña al comercio; las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil; los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes, en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio (36).

(36).-Rodríguez Joaquín.Ob.,cit.,pág.28

Si entendemos literalmente el artículo 75, llegaremos a la conclusión de que las empresas son actos de comercio, es decir, actos jurídicos. Realmente lo que el Código ha declarado actos de comercio son los actos jurídicos cuya finalidad es producir para el mercado, mediante la organización de los factores económicos: elementos naturales, capital, trabajo.

El Código enumera varias especies de empresas que declara mercantiles, tal enumeración es inútil, pues hoy es doctrina dominante la de que es indiferente la especial modalidad de la empresa, ya que cualquiera que ésta sea determina la mercantilidad de los actos que la tienen como fin.

Se han incluido los actos referentes a empresas en el grupo de aquellos cuya mercantilidad deriva del fin; pues, en efecto, es el fin propuesto (organización, funcionamiento, desarrollo o liquidación de una empresa) - lo que da su carácter peculiar a tales actos; así se explica que tengan carácter comercial aun los actos anteriores a la constitución misma de la empresa, si a este fin van encaminados, e incluso hemos de reconocerles dicho carácter mercantil, aunque no llegue a funcionar la empresa; pues al celebrarse el acto existía la finalidad característica de él. Ciertamente es que quien ofrece al

público su propio trabajo no ejecuta actos de comercio; pero no los ejecuta, porque en tales casos el fin es el ejercicio de la propia actividad, no la coordinación de los factores de la producción para constituir una empresa, y no adquirirán carácter mercantil los actos aunque se utilicen servicios ajenos, si estos son mero auxilio para el mejor desarrollo de la propia tarea.

Vemos claramente que lo que viene a determinar la mercantilidad es el propósito de organizar los factores productivos, analizando casos en los que falta tal coordinación y a los cuales falta también carácter comercial: el propietario de un manantial de aguas medicinales, que permite su consumo mediante una remuneración, no realiza actos de comercio; su propósito es explotar un elemento natural, no lo coordina con los otros factores de la producción.

Así, como apunté anteriormente, es innecesario que el Código enumere varias especies de empresas, ya que la mercantilidad de los actos deriva del concepto general de empresa, inútil sería también analizar las características de las empresas mencionadas por el legislador, ya que la comercialidad de los actos no es consecuencia de tales características.

Ni en la Ley General de Sociedades Mercantiles ni -

en los artículos, derogados por ésta, del Código de Comercio se encuentra una definición del contrato de sociedad.

Es necesario acudir a los ordenamientos civiles para hallarla. En el Código Civil del Distrito Federal., se define el contrato de sociedad en su artículo 2688, que tiene equivalentes en los ordenamientos civiles vigentes de los diversos estados de la Federación. "El acto constitutivo tiene por objeto más propiamente la formación de la sociedad y determina su estructura originaria".

5.-Opinión Personal.

Después de haber expuesto tan diversas doctrinas sobre la naturaleza de la sociedad me veo en la necesidad imperante de inclinarme por algunas de ellas, sin que esto - signifique que se resten méritos a las demás. Es necesario hacer la aclaración de que; el estudio realizado sobre el problema, no ha sido enfocado con la profundidad - que requiere. A mi juicio el problema debería haber sido confrontado en forma cuidadosa y cronológica, más sin embargo debo reconocer que no dejado lugar a duda lo que se ha querido explicar para los estudiosos de la materia.

Me ha quedado la impresión de que la polémica se ha desarrollado sin que hubiese precisado con exactitud el cam

po de la discusión. A veces algún autor cree que es un combate terminológico; en otra, se hace la distinción entre la naturaleza de la sociedad en su acto constitutivo y la naturaleza de la sociedad como la relación engendrada. Así Francesco Messineo y Alfredo Rocco al considerar a la sociedad en su constitución y su posterior funcionamiento como acto colectivo; otros autores no distinguen estos dos elementos en forma clara.

A esto se debe agregar el problema que existe en el diferente alcance que tienen las diversas palabras técnicas en otros idiomas, que a veces denominan un mismo fenómeno que en ocasión comprende otro fenómeno u otro punto de vista. Además las divergencias existentes entre los diversos ordenamientos positivos de cada país sobre el tema, toman en consideración los diferentes matices de los traductores

El método que seguiré para encontrar el convencimiento; a mi inclinación a las diversas teorías, será el ^{de}eliminación a la inversa. Es decir; iré haciendo aun lado las teorías que considero más débiles, hasta llegar a la que según mi modesto criterio tiene mayor firmeza.

Sé que el método es defectuoso, porque dá a lo subjetivo un papel demasiado preponderante dejando a la deriva lo jurídico; lo subjetivo siempre deforma lo objetivo, y en este caso lo objetivo es la verdad. Más sin embargo, debo na

nifestar que es difícil poder prescindir del subjetivismo en la observación y en el razonamiento. Cuanto distinta sería la teoría jurídica si se pudiera prescindir de esa parcialidad subjetiva, las polémicas desaparecerían y los tratadistas se limitarían a registrar los hechos jurídicos sin importarles ni darles su matización personal.

La primera teoría que presento como más débil y hasta cierto punto sin razón de ser, es la eclectica. Lo antes dicho se debe, que a un problema no se le deben dar dos - soluciones o dos naturalezas y tratar de conjugar ambas. En los años de estudio comprendí que las doctrinas eclécticas son las más desprestigiadas, hacen sentir a quien las estudia una sensación de no tener interés en querer - resolver el problema de una manera firme, se nos presentan como si en una lucha grecoromana se diera un empate, cosa que en el campo jurídico no debe ser.

Ahora bien no estoy tratando de manifestar que no existan teorías de este tipo en que, el problema a tratar confronta más de dos problemas y en estos casos, será erróneo aplicar una solución y un método a problemas complejos; también quiero dejar asentado que no es que tome como sistema el anular la tésis ecléctica, siempre he procurado hacer un análisis sobre si el problema está compuesto de varios factores que determinen la necesidad de un estudio aislado para cada factor. En el caso presente de

la naturaleza de la sociedad, sería conveniente el meditar si un ente sufre cambio en su naturaleza cuando se le considera en dos periodos distintos: En su evolución, constitución y vida posterior, por el hecho de que no todos los tratadistas aquí citados han señalado si en sus estudios abarcan los dos momentos por lo cual me veo imposibilitado para acabar sin duda a la tésis ecléctica.

La Teoría contractualista tiene en Tullio Ascarelli un brillante defensor, al leer su exposición y sus argumentos antójase imposible el adoptar una posición contraria a la suya. En cierto modo las armas de Ascarelli se han vuelto contra él y ha puesto de relieve tantas diferencias entre las sociedades y el contrato de cambio, que determina en producirse la convicción de que la sociedad no es un contrato y que las maniobras para hacerlas encajar distan de ser espontáneas. Así; decido por el anticontractualismo, la crítica aguda que Francesco Messineo hace sobre el consentimiento en la sociedad, me parece que sin un elemento esencial dentro del contrato como lo es el consentimiento, pueda sufrir tales desfiguraciones la sociedad, entonces no se puede considerar como contrato. En cuanto a que sea un contrato de organización, comparto la opinión de Francesco Messineo de que esa denominación gira en torno a su función y no a su contenido.

Estoy como he dicho, al lado del anticontractualismo. -

Quedan tres teorías por las cuales decidirse: Teoría de Gierke, Teoría de Kuntze y La del acto colectivo. La de Gierke - se destaca inmediatamente por su inadmisibile afirmación de que las Sociedades constituyen "entes" de realidad extrajurídica, cuyo reconocimiento se impone a la voluntad del legislador. Las Teorías organicistas han sido superadas hace tiempo y se encuentran alejadas de la realidad, el legislador es el único a mi modo de ver muy personal que puede dotar de personalidad a un ente, y por eso está a su arbitrio el concedérsela o negársela. Por consiguiente desecho la teoría de Gierke.

Quedan por último dos teorías: La del acto complejo y la del acto colectivo; la diferenciación entre ambas es casi una leve sutileza conceptual pero, por los razonamientos que sostuvo Francesco Messineo me inclino por la teoría del acto colectivo misma que comparte como puede comprobarse, en la diáfana exposición que hace el jurista Alfredo Rocco.

CAPITULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LAS SOCIEDADES

1.-Elementos esenciales; a).-Consentimiento; b).-Objeto posible; 2.-Elementos de validez; a).-Objeto lícito; - b).-Capacidad; c).-Ausencia de vicios en el consentimiento; d).-¿Es la causa un elemento de validez?; e).-Forma.

1.-Elementos esenciales.

No obstante el haber adoptado la tésis anticontrac - tualista, me veo precisado hacer el análisis de los elementos de la sociedad, a seguir el orden y el sistema que se utiliza para hacer el estudio de los contratos, considerando que debo ajustarme al Derecho Positivo Mexicano.

Los civilistas dividen a los elementos de un contrato en: esenciales y de validez, los primeros como su nombre lo indica, son indispensables para que el contrato nazca y tenga existencia jurídica; si falta alguno de ellos, el contrato no se forma. Los elementos de validez perfeccionan la existencia del acto jurídico es decir, si falta alguno de ellos, el contrato existirá - pero su existencia será imperfecta, viciada y esta im--

perfección sólo podrá ser purgada cuando se subsanen dichos vicios. Transcribo cuatro artículos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que me servirán de base para el exámen del tema abordado. Así el artículo 1792 dice: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones".

El artículo 1793 estipula: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos". El artículo 1794 establece: "Para la existencia del contrato se requiere: I.-Consentimiento, II.-Objeto que pueda ser materia del contrato". El artículo 1795 enumera los elementos de validez al estipular: "El contrato puede ser inválido: I.-Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II.-Por vicios del consentimiento; III.-Por que su objeto o su motivo o fin, sea ilícito; IV.-Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece". El primer elemento esencial que estudiaré, es el consentimiento.

a).-Consentimiento.

Es el acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos jurídicos. Innecesarios es decir, que estas voluntades deben tener una manifestación exterior, pues si no rebasaran el plano de la pura conciencia, no ingresa-

rían al mundo del Derecho. El consentimiento es el resultado de una proposición y una aceptación posterior, sobre un punto de interés jurídico. Para Alfredo Rocco (1), la propuesta es la declaración de voluntad encaminada a la perfección de un contrato y comprensiva de los elementos esenciales del mismo.

La aceptación, por otra parte, es la declaración dirigida al proponente de querer concluir el contrato como ha sido propuesto. Si aplicamos lo anterior al campo societario, el consentimiento será la voluntad de cada uno de los asociados para vincularse por medio de los lazos del pacto social.

Joaquín Rodríguez Rodríguez (2), indica que el consentimiento supone "la conformidad de cada socio para poner en común los bienes o actividad convenidos, así como las bases establecidas para constitución y funcionamiento de la sociedad". Es claro que si los presuntos socios no se ponen de acuerdo ni sobre el fin de la sociedad, ni en el monto de las aportaciones, o en el caso de la sociedad simulada, la sociedad será inexistente.

- (1).-Rocco Alfredo. Principios de Derecho Mercantil. Madrid 1931. Revista de Derecho Privado.págs.69 y 70
- (2).-Rodríguez Rodríguez Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. México 1965.pág.28

Jean Escarra (3), distingue entre el consentimiento y la "Affectio Societatis" o intención de asociarse. Conviene estudiar aunque sea de manera somera lo que respecta a la "Affectio Societatis". Algunos autores consideran que esta es la denominación peculiar que se le dá al consentimiento en materia de Sociedades.

Otros creen ver en él, un elemento diferente del consentimiento, y algunos la estiman como elemento subjetivo de la causa. Transcribo la defensa de Jean Escarra (4), para configurar a la "Affectio Societatis" como un elemento aparte del consentimiento: "El contrato de sociedad implica una comunión de intereses".

Supone la persecución de un beneficio, estas dos características esenciales engendran en los asociados, un estado de espíritu particular que es denominado "Affectio Societatis" y que no se confunde con la voluntad de constituir una sociedad.

El consentimiento es una condición de validez de los contratos en general. La Affectio Societatis es un elemento de validez propio del contrato de sociedad. "Se pp

(3).-Escarra Jean. Las Sociedades Comerciales. Paris 1950
pág. 107

(4).-Escarra Jean. Ob., cit., págs. 155 y 156

dría definir como una voluntad de colaboración activa con vistas a la realización del objeto. Es un elemento psicológico o intencional con fin económico o lucrativo. Se encuentra en la base de la puesta en común de las aportaciones y es el instrumento de la realidad del objeto social".

Le atribuye a la *Affectio Societatis* o voluntad de colaboración tres caracteres: Se trata de una colaboración activa, de una colaboración en plano de igualdad y de una colaboración interesada.

Cuando falta la "*Affectio Societatis*" así entendida, cuando no todos los presuntos socios están colocados en un mismo plano, cuando unos mandan y otros obedecen, o unos se aventuran en el campo del comercio - corriendo los consiguientes riesgos, a cambio de la posibilidad de optimas ganancias, al paso que otros, ni están expuestos a aquellos, ni tienen la posibilidad de éstas, entonces falta una verdadera comunidad de fines; unos pretenden realizar una hazaña económica, mientras otros se contentan con obtener una renta de su capital o una remuneración de su trabajo.

"Falta el fin común y ello trae como consecuencia que falta la *Affectio Societatis*"

Opinamos secundando la opinión de Tullio Ascarelli (5), que la *Affectio Societatis* no es más que un simple duplicado del consentimiento necesario para constituir la sociedad. Hace notar con acierto Joaquín Garrigues que "el requisito de la *affectio societatis* es decir, la voluntad de constituir una sociedad aportando el propio esfuerzo a la consecución del fin social. Conduce fácilmente a una tautología ya que es demasiado cierto que para constituir una sociedad hay que tener la intención de constituirla"(6).

El consentimiento está integrado a mi modo de ver, por la *Affectio Societatis* "ya sea que se le considere como el propósito de formar sociedad de espíritu, de colaboración o de tratarse como socios, en un plano de igualdad sin obstar la desproporción de las prestaciones"; por la vocación a las ganancias y a las pérdidas y por un elemento teleológico o fin común que imparte unidad a los intereses de los socios, -- siendo el fin la obtención de un lucro que será repartido entre las partes en proporción a sus aportaciones. El consentimiento deberá estar exento de vicios

(5).-Ascarelli Tullio. Asociaciones y Sociedades Comerciales. Buenos Aires.1947. Edit.Ediar.pág.28

(6).-Garrigues Joaquín.Ob.,cit.,pág.408

de la voluntad, ser dado por persona capaz, ser expreso y otorgarse por escrito. Adelante veremos estos puntos.

b).-Objeto posible.

Joaquín Rodríguez Rodríguez hace notar que hay una cierta vacilación sobre el significado de "objeto de la sociedad" y cita a Vivante, que lo entiende como el conjunto de las operaciones mercantiles que se propone realizar. Nuestra Ley de Sociedades Mercantiles sigue ese criterio y encontramos en algunos artículos el uso de -objeto en ese sentido.

El sector contrario, que entre ellos comprende a Soprano, entiende por objeto las prestaciones recíprocamente prometidas por los socios contratantes en el contrato sinalagmático y en ese sentido se identifica con el concepto clásico de causa como contraprestación que induce a los contratantes a la prestación.

Joaquín Rodríguez Rodríguez (7), dice que hay que -diferenciar rigurosamente entre objeto en sentido técnico y en su acepción vulgar, en la que equivale al tipo de actividad que la sociedad deba realizar. Fundándose en el artículo 1824 del Código Civil, que define como -

(7).-Rodríguez Rodríguez Joaquín.Ob.,cit.,pág.38

objeto de los contratos: I.-"La cosa que el obligado debe dar y II.-El hecho que el obligado debe hacer o no hacer", concluye en el sentido de que respecto a la sociedad la aportación de los socios constituye el objeto del contrato. Independientemente de que se pudiera aplicar este precepto contractual a la sociedad con algún fundamento, no estoy de acuerdo con la afirmación del jurista Español. Las aportaciones son el contenido de la obligación del socio.

(Conducta o prestación). El objeto de la sociedad, -- es el de realizar una actividad determinada con propósito de especulación comercial, y para eso se requiere de el patrimonio de la sociedad, de otra manera no se podrá alcanzar dicho fin.

Creo pertinente que se debe distinguir entre las connotaciones de objeto. Así en el objeto de la sociedad como negocio jurídico, tendremos la creación de obligaciones a cargo de los socios. El objeto de la obligación de los socios será la aportación. El objeto de la sociedad como persona jurídica, es la actividad económica de la misma para obtener un lucro.

Es en este sentido como lo utiliza nuestra Ley de Sociedades Mercantiles al hablar de "objeto de la sociedad".

Tullio Ascarelli (8), afirma que el objeto de la sociedad puede consistir en el ejercicio de uno o varios actos de comercio. Antonio Brunetti (9), opina similarmente: El objeto de la sociedad consiste en el conjunto de operaciones que se propone cumplir para ejercitar una determinada actividad económica.

En esta definición, según Antonio Brunetti, "objeto y fin puede considerarse compenetrados, si bien como dice - Navarrini: El objeto tiene características inconfundibles ya que es sólo el medio para alcanzar el fin". El objeto es cosa distinta de las prestaciones de los socios, que - constituyen los medios para tal consecución.

El objeto de la sociedad deberá ser posible, determinable o determinado y lícito. La imposibilidad del objeto en una sociedad la hace inexistente, es frecuente que el objeto de una sociedad ya constituida se haga imposible; es en ese caso que será causa de disolución de la misma.

La imposibilidad puede ser física o jurídica en lo que toca al objeto. Así ejemplificando, una sociedad con objeto imposible físicamente; sería, la que se constituyese para la venta de seres mitológicos, o bien, con objeto

(8).-Ascarelli Tullio.Ob.,cit.,pág.34

(9).-Brunetti Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades. Buenos Aires 1960.Edit.Giuffre.pág.209

imposible jurídicamente, lo sería una sociedad que tuviera por objeto la exportación de reliquias arqueológicas consideradas como muestras genuinas e insustituibles de nuestra cultura. La determinabilidad del objeto puede circunscribirse a un acto concretamente señalado o bien a una serie de actos.

La ley exige que se pida permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores a fin de controlar el objeto de cada sociedad y de evitar infracciones a lo establecido en el artículo 27 Constitucional en sus apartados IV y V. Es importante hacer notar que el objeto de la sociedad, es lo que determina el ámbito de su capacidad para ejercer el comercio.

Por razón de comodidad habitualmente, al expresarse en la escritura el objeto de la sociedad se agrega "u otros actos de comercio conexos", puerta de escape para poder desempeñar actividades un poco diferentes a la que son exigidas por la situación comercial.

2.-Elementos de validez.

a).-Objeto lícito. El objeto de la Sociedad, aparte de ser posible físicamente o jurídicamente, requiere el ser lícito, esto es, que no vaya en contra de las normas prohibitivas de orden público, ni afecte a las bue-

nas costumbres. Es frecuente encontrar sociedades que tienen un objeto lícito aparente, pero por maniobras escondidas de los dirigentes, ingresan al campo de lo ilícito; así por ejemplo, una sociedad farmacéutica - puede por razón de su objeto comprar y vender drogas, pero será ilícita si la venta de drogas la efectúa a drogadictos.

También será una sociedad con objeto ilícito la que se dedique, v.gr; a la trata de blancas o al -- agiotismo. En México encontramos sociedades que crean monopolios prohibidos Constitucionalmente en diversas actividades y peor aún, con funcionarios públicos como socios. Obviamente esa clase de organizaciones van en contra de la Ley, y de las buenas costumbres.

Cuando la sociedad tiene un objeto ilícito, se ve afectada de nulidad absoluta. El artículo 1795 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales - estipula, que la ilicitud en el motivo, objeto o fin de un acto, originan la nulidad relativa o la absoluta, según lo determine la ley. El Código citado no - deslinda con precisión las diferencias entre motivo, fin y objeto de un acto.

El artículo 1831 establece que el fin determinante de la voluntad de los que contratan, no debe ser -

contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres. Joaquín Rodríguez Rodríguez (10), cree ver en estos preceptos la aceptación en nuestro Derecho Positivo del elemento "causa" en la Sociedad, elemento que analizaremos en el apartado correspondiente.

En el caso de las sociedades leoninas, o sean aquellas que excluyen de las ganancias o relevan de las pérdidas a algún socio, puede el objeto de la sociedad ser perfectamente lícito, pero la cláusula que establece esas condiciones en el pacto social; es nula.

b).-Capacidad.

El consentimiento requiere, a fin de integrarse debidamente, el ser dado por personas capaces y que no esté afectado por los vicios de la voluntad. En materia de capacidad se debe distinguir la capacidad de goce, de la capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es un atributo inherente al hombre por su propia calidad humana. Las épocas históricas que privaban al ser humano de la capacidad de goce como una consecuencia de la esclavitud, han sido definitivamente superadas. La Declaración de los Dere --

(10).-Rodríguez Rodríguez Joaquín.Ob.,cit.,págs.53, 54 y 55

chos del hombre y del ciudadano, trajo consigo una revalorización de la dignidad humana, al considerar como derecho innato del ser humano la capacidad de goce

Nuestro Derecho, siguiendo los lineamientos de las Legislaciones modernas, concede la capacidad de goce aún al ser concebido pero no nacido. El artículo 22 de nuestro ordenamiento civil expresa: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

Bonnecase citado por Rafael Rojina Villegas (11), nos explica que "la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho". Podría decir que es una posición pasiva en cuanto que el sujeto se limita a ser titular de los derechos.

En cambio, la capacidad de ejercicio es una situación activa, porque el sujeto realiza los actos necesarios para dar vida a los derechos de los que es titular. La capacidad de ejercicio presupone necesariamente la capacidad de goce, pero no viceversa.

(11).-Rojina Villegas Rafael. Ob., cit., pág. 283

Rafael Rojina Villegas, al referirse a la capacidad de ejercicio nos dice: "Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales".

La capacidad de ejercicio tiene numerosas limitaciones, y es corriente el encontrar a personas con capacidad de goce y sin capacidad de ejercicio. Las limitaciones a la capacidad de ejercicio provienen de la edad, - del sexo, del estado mental, de las condenas penales y de las incompatibilidades.

El comerciante, por razón de su oficio, está capacitado para poder ser socio en una sociedad. Los no comerciantes también pueden pertenecer a una corporación -- siempre y cuando tengan la capacidad para obligarse (artículo 1798 del Código Civil). Los menores no pueden ser comerciantes. Se presenta con frecuencia el problema de que el menor sea heredero de una negociación mercantil. En este caso adquirirá la calidad de comerciante si el juez autoriza al tutor para que ejerza el comercio en nombre y representación del menor, pero aquél podrá realizar solamente actos de administración ordinaria. La finalidad de estas normas es la de proteger el

patrimonio del menor. En la hipótesis de que un heredero reciba acciones, es de aceptarse la solución que indica que el menor puede adquirir la calidad de socio, previa la autorización judicial. En la Ley de Sociedades Mercantiles (art. 32, 67 y 230), al hablarse del pacto de continuación de una sociedad con los herederos del socio fallecido, no se distingue entre herederos menores o mayores de edad, que es lo que puede apoyar el convencimiento de que aquellos también pueden ser socios.

El comerciante mayor de 18 años pero menor de 21, emancipado o habilitado de edad, puede ser socio de cualquier sociedad sin limitaciones de ningún género (artículo 6 y 7 del Código de Comercio).

Ha surgido una pequeña polémica entre nuestros juristas respecto a si la mujer casada requiere autorización judicial para ser socia. Felipe Tena Ramírez cree que no es necesaria y que puede serlo de cualquier sociedad celebrada con su marido. Por su parte, Joaquín Rodríguez Rodríguez (12) opina que la mujer casada puede ser socio de una corporación cualquiera, pero que, para otorgar contrato de sociedad con su marido requie

(12).-Rodríguez Rodríguez Joaquín.Ob.,cit.,pág.33

re autorización judicial. (art. 174 y 176 del Código Civil). Por otra parte, tampoco la sociedad engendra vínculos jurídicos entre uno y otros esposo; no contratan entre sí actúan uno al lado del otro; no hay transmisión de bienes entre ambos patrimonios. Todo lo cual, muestra que resultan respecto a la sociedad, inoperantes - las razones que haya podido tener el legislador para - prohibir los contratos entre cónyuges.

A mayor abundamiento, debemos apuntar que respecto a las sociedades regulares no puede haber duda de su validez, aunque en su constitución hayan figurado cónyuges, ya que la aprobación judicial que han de recibir las sociedades para su inscripción en el registro, implica la autorización requerida por los artículos 174 y 175 del Código Civil.

El quebrado no rehabilitado y el delincuente, no podrán participar en la constitución de una sociedad, a pesar de que tengan capacidad de ejercicio. "Las incompatibilidades impiden la capacidad de ejercicio en el comercio y se presentan en determinadas clases de profesionistas; los notarios y los corredores públicos, la índole misma de sus actividades justifica esta medida legal. Nuestra Ley de Sociedades Mercantiles, es explícita respecto a la capacidad de las personas morales pa

ra ser socio. La fracción I del artículo 6o., lo admite expresamente, es frecuente en nuestro medio que el Estado Mexicano intervenga como socio en la constitución de una sociedad, por ejemplo: El Banco de México o las Sociedades de Interés Público. etc,

c).-Ausencia de vicios en el consentimiento.

El consentimiento no sólo debe ser otorgado por persona capaz, sino que debe además, ser externado en forma espontánea, libre y consciente. Si se presenta alguno de los denominados vicios del consentimiento - (violencia, mala fé, error y dolo), éste deberá quedar afectado de nulidad relativa.

Antonio Brunetti dice, que encontramos en materia societaria una serie de derogaciones a la regla general sobre el consentimiento. La índole plurilateral del negocio no excluye la impugnación. "Aquel contratante cuyo consentimiento fué dado por error, arrancando con violencia u obtenido por dolo, podrá pedir la nulidad, pero ésta no afectará a la validez total del contrato, sino únicamente a su adhesión.

Vemos que la nulidad y la anulabilidad operan sobre la relación singular, no invaden en el negocio en

tero ni a los otros socios sobre los cuales el vicio no ha operado. La acción de nulidad sólo podrá ser ejercitada por el socio cuyo consentimiento fué viciado, pero puede renunciar al ejercicio de dicha acción y ratificar expresa y tácitamente su manifestación de voluntad.

Cuando se ejercita la acción de nulidad, el socio recuperará su aportación y se anulará su participación, o sean las obligaciones que tiene suscrita y los derechos correspondientes. Por considerar de importancia los vicios del consentimiento los veré en forma sucinta: Error.- El Diccionario de la Academia lo define como "Vicio del consentimiento causado por equivocación de buena fé, que anula el acto jurídico si afecta a lo esencial del mismo, o de su objeto".

En términos generales, es una falsa concepción de la realidad o juicio que no corresponde a la verdad. Demogue, citado por Rafael Rojina Villegas (13) considera que es un estado psicológico en discordancia con la realidad objetiva; una noción falsa.

Se distingue el error de hecho, que recae sobre hechos materiales; el error de cálculo o aritmético,

(13).-Rojina Villegas Rafael.Ob.,cit.,pág.513

que da lugar a su rectificación y que no tiene consecuencias jurídicas, y el de Derecho, cuando se confunde una norma jurídica. El artículo 1813 del Código Civil preceptúa: "El error de Derecho o de hecho invalida el contrato, cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró, éste es falso, - supuesto que lo motivó y no por otra causa".

Se señalan tres grados en el error de hecho: a).- Error obstáculo. Impide la formación del contrato por que falta el consentimiento, al recaer sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad del objeto. b).-Error nulidad. Vicia la voluntad y origina la nulidad relativa del contrato. El contrato existe, pero uno de los contratantes sufre un error respecto al motivo determinante de su voluntad, siendo este error de tal naturaleza que de haber sido conocido no hubiera celebrado el contrato.

c).-Error diferente. Abarca las circunstancias accidentales del contrato y no ocasiona la invalidez del contrato. d).-Violencia. Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas, que importen peligro

de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado (art.1819 del Código Civil). El consentimiento, se obtiene en estos casos por medio de la presión de una fuerza física o moral; la violencia ocasiona únicamente nulidad relativa.

e).-Dolo y mala fé. Dolo, es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él, a alguno de los contratantes. Mala fé, - es la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido (art.1815 del Código Civil).

Percibamos que si el error proviene de actos de - un tercero, estaremos frente a un caso de dolo, y que la mala fé, consiste en mantener en el error al afectado."El dolo es activo, pues se efectúan maniobras - para inducir a error, y la mala fé es pasivo, porque consiste en un simple disimulo".

d).-¿Es la causa un elemento de validez?.

La causa ha dado origen a obras jurídicas en considerables números, obras en las cuales, se trata sobre

su pretendida existencia o inexistencia como elemento integrante de los contratos. Joaquín Rodríguez Rodríguez (14), cree encontrar en la causa, un tercer elemento de la Sociedad. Ya sea que se le denomine motivo, fin o causa, esto es indiferente ya que lo importante es el contenido que se le dé a esos vocablos.

No creo, que es tan indiferente el designar de cualquiera de las tres formas a este tercer elemento. "Si se le dice motivo, formará parte del consentimiento; si se le denomina fin, estará intimamente vinculado con lo que entendemos objeto de la sociedad, y si se le llama causa, estaremos frente a un concepto técnico que me parece desprovisto de un auténtico contenido propio.

A pesar de que en algunas cosas, no siento afinidad de criterio con el jurista Joaquín Rodríguez Rodríguez, lo seguiré en la exposición de este asunto respecto a las tres posiciones que surgen con motivo de la causa.

a).-La Teoría Clásica. Surge sobre la afirmación de Domat, de que "la obligación de una de las partes, es la causa de la otra". Así, en la sociedad, la cau-

(14).-Rodríguez Rodríguez Joaquín. Ob., cit., pág. 55

sa de la obligación del socio, sería la aportación de otro socio. En los demás contratos; por ejemplo, en las donaciones causa es la voluntad de donar; en los contratos reales la entrega de la cosa, y en los aleatorios, la oportunidad de ganancias y riesgo de pérdidas.

b).-La Teoría Anticausalista. Niega esta posición; es decir, la existencia de la causa, diciéndose que es un concepto falso e inútil. Marcel Planiol (15), argumenta que es falsa en las obligaciones bilaterales, porque no puede decirse que la obligación de una de las partes sea la causa de la otra, ya que es una imposibilidad lógica porque las dos obligaciones derivan del mismo contrato y nacen al mismo tiempo.

En los contratos reales, decir que la prestación que recibe el prestatario, el depositario, o el acreedor prendario, la causa de la obligación no es más que confundir el hecho generador de la obligación con la palabra causa, en cuyo caso se le toma en el sentido de fuente productora de obligaciones, que es completamente diferente del que se le

(15).-Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil
pág.414

quiere dar, es falso también dicho concepto en la donación. Marcel Planiol, recalca la inutilidad de la noción de causa que se aplica sólo en los casos de nulidad por falta de causa o por su falsedad o ilicitud, casos en los que puede llegarse a la misma conclusión. prescindiendo del concepto de causa y teniendo en cuenta la simple naturaleza bilateral del contrato, que supone prestaciones recíprocas, de manera que ninguna de las partes se obligaría si no es porque va a percibir un beneficio que la otra debe proporcionarle, pero esta conexidad que vincula las prestaciones es una relación de dependencia mutua y es ajena a toda idea de causalidad (16).

Respecto de las obligaciones con causa ilícita o inmoral. Marcel Planiol dice, que basta considerar la ilicitud del objeto para establecer la nulidad de la obligación, sin tener que recurrir al complejo mecanismo de la causa. Los razonamientos de Marcel Planiol, en mi concepto no dejan duda de ninguna naturaleza, por lo que en mi criterio considero son impecables.

c).-Teoría Psicológica de la causa. En esta posición se relega la palabra causa y se acude a los con -

(16).-Planiol Marcel. Ob.,cit., pág. 415

ceptos de motivo o fin, de los cuales hablamos en párrafos anteriores, según Joaquín Rodríguez Rodríguez es la acogida por nuestro Código Civil (arts. 1824, 1831, - 1895 frac. I y II. Al respecto Jossierand (17), citado - por Rodríguez Rodríguez, sostiene que debe distinguirse entre móvil abstracto y móvil concreto de una obliga -- ción, ya que deben tenerse en cuenta no sólo los propó -- sitos abstractos y permanentes, sino también los concre -- tos individuales y variables que en un caso determinado inducen a las partes a contratar, por lo que pueden con -- siderarse como determinantes.

El acto se aprecia en función de los móviles que lo han inspirado y del fin al cual tienden. El móvil fin influye sobre él y fija su valor jurídico con la morali -- dad; el derecho contractual no puede oponerse al servi -- cio de la inmoralidad; ni a cada uno, según sus inten -- ciones y según el fin que persigue. Para Bonnecase (18) citado por Joaquín Rodríguez Rodríguez, dice que la vo -- luntad es inseparable de los móviles a los que obedece, de modo que la causa es un aspecto de la voluntad dota --

(17).-Rodríguez Rodríguez Joaquín. Ob., cit., pág. 56

(18).-Rodríguez Rodríguez Joaquín. Ob., cit., pág. 57

do de un efecto propio; es el fin concreto que los autores del acto jurídico se esfuerzan para alcanzar, es un objetivo concreto de las mismas categorías, es el móvil determinante.

Después de la exposición anterior, Joaquín Rodríguez Rodríguez escudriña en la definición de Sociedad Civil que expresa el artículo 2688 del Código Civil. "Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial". Con el propósito de descubrir el elemento causa, como fruto de su observación, concluye en el sentido de que aquí la teoría clásica de la causa es inaplicable porque no hay relación de causa a efecto entre las prestaciones de los socios, debido a que el incumplimiento de una parte no es causa para incumplimiento de otra de las partes.

Rechaza la tesis anticausalista basándose en su concepción de que el objeto de la sociedad es la aportación del socio, lo que lo lleva a ver en la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico; al elemento causa, motivo o fin. Como en páginas anteriores asentamos, para nosotros el objeto de la so-

ciudad es la realización de dichos actos para obtener el lucro, y no la aportación de los socios, por lo que no encontramos el pretendido nuevo elemento que cree ver Joaquín Rodríguez Rodríguez. Algunos autores suponen que la "Affectio Societatis" es la causa, pero como apuntábamos, consideramos a la primera como integrante del consentimiento.

Jean Escarra (19), por su parte escribe: "La causa de la obligación de cada socio, radica por un lado en la ejecución de la prestación prometida por los otros socios, y por el otro, en la realización del objeto social. Admite aparentemente la teoría clásica - en la primera parte, y en la segunda, ve en el objeto social a la causa.

Antonio Brunetti (20), encuentra una adherencia - del fin de la sociedad a la causa del negocio. Aunque el Código Civil Italiano no define la causa y se limita en dos de sus artículos, a considerar la causa ilícita en fraude a la Ley y motivo ilícito, este autor estima que la doctrina está acorde con el criterio de que, la causa atañe al propósito económico que el con

(19).-Escarra Jean.Ob.,cit.,pág.118

(20).-Brunetti Antonio.Ob.,cit.,pág.215

trato se propone satisfacer y a su fin. Antonio Brunetti, cita a Carnelutti el cual opina: "La causa del acto, es el interés que el sujeto trata de realizar con el acto mismo". Este interés estimula la voluntad mediante un mecanismo psicológico que puede ser semejado a la proyección sobre la pantalla mental de la situación final, en la cual el acto se resuelve anticipadamente a su realización. La causa es connatural, agregada al ejercicio común de una actividad económica para dividir las utilidades.

Anletta, citado por Antonio Brunetti (21), dice que el interés de la sociedad no es otro que el interés común a todos los socios, elevado al fin de persona jurídica. Si recapitulamos los criterios anteriormente expuestos, nos daremos cuenta de que el elemento causa no llega a contar con un contenido propio, a pesar de los esfuerzos de los juristas por atribuirse los.

Desechamos a la causa como elemento de la sociedad, porque es una noción cuyos factores que le han sido imputados pueden ser subsumidos ya sea dentro del objeto o dentro del consentimiento, elementos ver

(21).-Brunetti Antonio. Ob.,cit.,pág.216

daderamente esenciales de la sociedad. Así, los autores que ven a la causa como el objeto ilícito, sólo tratan de duplicar los elementos, o bien, los que creen encontrarla en la *Affectio Societatis*, están pisando los terrenos del consentimiento.

En cuanto al fin, es claro que el objeto de la sociedad tenga un contenido teleológico, pues los actos de la sociedad propenden a la obtención del lucro por medio de la realización de su objeto, y es natural que el consentimiento también se proponga el fin de beneficio económico.

e).-Forma.

El origen del formalismo jurídico proviene desde las épocas primitivas, pero es en Roma en donde encontramos su desarrollo más avanzado, debido a su utilidad para proporcionar seguridad a los contratantes por medio de ciertos ritos o prácticas que debían ser observados al hacer la manifestación de voluntad.

Hoy en día, el derecho tiende a deshacerse de todo ese equipaje de tradiciones y formulismos que son innecesarios y que obstaculizan su espontánea realización. Sólo han perdurado las formas en aquellos actos jurídicos que por su naturaleza complicada o por

su tradición jurídica lo requieren. Oertman (22), citado por Rafael Rojina Villegas dice: Las legislaciones antiguas, entre ellas la Romana y la Germana daban preponderancia en el comercio jurídico al formalismo, prefiriendo los actos de gran relieve, los actos que destacasen prácticamente en el mundo de los sentidos.

Sólo esta clase de actos ofrecían para tales legislaciones la garantía de la voluntad jurídica y la seguridad de la prueba; el hombre primitivo no tiene la finura espiritual y la educación psicológica necesarias para leer en la insinuación de una palabra o en un simple movimiento la existencia de una declaración encaminada a la constitución de una realidad jurídica.

La expresión escrita garantiza una seguridad en los términos del contrato y facilita el control del acto por la autoridad. Puede hacerse en documentos - públicos o privados. El primero se otorga ante un funcionario que tiene fé pública o un empleado administrativo que esté actuando dentro de la competencia que su función le atribuye; Escritura pública u

(22).-Rojina Villegas Rafael. Ob.,cit.,pág.514

oficio. El documento privado, por exclusión, será el firmado, o redacto o escrito por personas que no tengan fé pública. Los requisitos de forma en materia de sociedad, se justifican tanto como medida de protección a los terceros que contraten con la persona jurídica, como de garantía a los propios socios, que verán delineados claramente sus derechos, obligaciones y la organización del ente social y también, como medios de control del Estado sobre las corporaciones.

En México se exigen tres tamicos a través de los cuales se lleva una labor de depuración y control respecto a las sociedades. El primero de ellos, previo a la constitución, es el de solicitar permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores para constituir la Sociedad, y al efecto, se especificará en la solicitud el nombre de la corporación, el objeto social, el capital, domicilio y duración, poniendo al final de la misma la renuncia de los socios extranjeros a interponer la protección diplomática y a considerarse como mexicanos en cuanto a los intereses que tengan en la sociedad, so pena de perder dichos intereses en beneficio de la nación Mexicana.

La Dirección General de Asuntos Jurídicos de la

propia Secretaría es la que se encarga de expedir dichos permisos, también los tocantes a adquisición de bienes inmuebles por una sociedad, como aumento o disminución de capital y modificaciones de las bases constitutivas. El segundo requisito formal es el otorgamiento del acto en Escritura ante la fé de un Notario Público.

El artículo 7 de la Ley de Sociedades Mercantiles confiere acción a cualquier socio para pedir ante las autoridades judiciales, que el contrato social se otorgue en Escritura Pública. El artículo 6 de la Ley de Sociedades Mercantiles enumera los requisitos de la Escritura Constitutiva. Joaquín Rodríguez Rodríguez (23), los clasifica en personales, reales, y funcionales.

a).-Requisitos personales relativos a la sociedad: Denominación o razón social, Duración y Domicilio. b).-Requisitos personales relativos a los socios: Nombres, Nacionalidad y Domicilio de personas físicas o morales que constituyan la sociedad. c).-Requisitos personales relativos a ciertos órganos sociales: Nombramiento de los administradores y la de-

(23).-Rodríguez Rodríguez Joaquín. Ob.,cit.,págs.55 y 69

signación de los que han de llevar la firma social.

Son reales: El capital social, es decir se exige que en la escritura se fije el importe del capital social; - Las aportaciones: o sea la expresión de lo que cada socio aporte en dinero o bienes; el valor atribuido a esto y al criterio seguido para su valoración. También, la expresión de si será la sociedad de capital variable y el mínimo que fije; Importe del fondo de reserva; Objeto de la sociedad.

Requisitos funcionales: Son los que se refieren a la estructura orgánica de la sociedad y al funcionamiento de la misma en el cumplimiento de sus actividades y de sus obligaciones legales. Forma de administración y facultades de los administradores, la manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad, los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, las bases para practicar la liquidación y el modo de proceder a la elección de los liquidadores cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Los requisitos enumerados por el artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, fracciones I a la VII, son esenciales; si faltan estos, no se podrá autorizar la inscripción de la escritura en el Registro Públi-

co de Comercio; pero si se llegara a inscribir, será nula tanto la inscripción efectuada, como el acto mismo de la constitución. La omisión de los demás requisitos, es decir de la fracción VIII a la XIII, se aplicarán supletoriamente los preceptos de la Ley.

El último requisito formal es el de la inscripción, previa autorización judicial artículo 260 de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Todas las sociedades Mercantiles deben inscribirse en el Registro Público de Comercio.

El artículo 7 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su párrafo segundo concede al socio la acción de demandar la inscripción de la escritura social, si transcurridos quince días a partir de su fecha, no se hubiere hecho.

CAPITULO TERCERO

UNICO.-Referencias a las Sociedades Irregulares.

Antonio Brunetti (1), opina que junto al delicado problema de las sociedades irregulares del derogado Código de Comercio Italiano, la doctrina, en estos últimos tiempos, había señalado otro: el de las llamadas sociedades internas. La jurisprudencia se ha ocupado de ellas, con resoluciones vacilantes y con frecuencia incoherentes, a propósito de la extensión de la quiebra del llamado socio oculto, que los tribunales resolvían aplicando rígidamente la norma del art.847 del Código de Comercio Italiano.

Pero nunca ha existido una visión exacta del problema porque la sociedad interna no puede confundirse con la irregular, que supone una sociedad patente, mientras que en la interna, una sola persona actúa en su propio nombre de acuerdo con los socios que quieren permanecer unidos.

La distinción ha sido observada por la doctrina que tenía que orientar sus conclusiones sobre el supuesto de la sociedad-persona jurídica, que inevitablemente llevaba a consecuencias absurdas. Mientras algunos consideraban que se trataba de sociedades mercantiles, otros no del todo equivocados, hablaban de sociedad civil, y otros toda-

(1).-Brunetti Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades. pág.180

via, de cuenta en participación. De todas formas, en el terreno de la práctica, el conflicto de las ideas se sitúa entre el concepto de la apariencia y de la realidad jurídica. Unos concedían una importancia decisiva al modo de actuar del socio operante frente a los terceros acreedores de la sociedad, apoyándose en las manifestaciones exteriores válidas respecto a terceros; otros consideraban suficiente que, de la manera que fuese, se proporcionase la prueba de la existencia de la sociedad

Pero, evidentemente, incluso bajo este aspecto, el problema estaba mal planteado, porque si la participación del socio oculto es afectiva, no se trata de una simple apariencia. Se alude la ley cuando aquél consigue habilmente esconderse, realizando provechos a cubierto de toda responsabilidad. La apariencia subrayada por Mossa, se confunde, en las decisiones de la jurisprudencia, con la prueba de la existencia de la sociedad de hecho. No es posible distinguir, en las decisiones, qué valoración se concede a la apariencia, como fuente de responsabilidad por consentimiento tácito u omisión de voluntad contraria de los socios, y qué otra se concede a la prueba de la existencia de la sociedad.

Sabemos, por otra parte, que la prueba de la sociedad oculta, por lo general, no es proporcionada por los

socios ni por el contrato que se mantiene secreto, sino por las manifestaciones dirigidas a los terceros que pueden ser distintos de los acreedores en cuestión, o por manifestaciones conocidas por terceros, que pueden no ser acreedores sino simples testigos de la actuación de los socios. En rigor, dice Antonio Brunetti (2) no es necesario para la existencia de la sociedad que el vínculo se exteriorice respecto a los terceros, ni incluso que inicialmente se constituya en fondo común; basta que exista una comunión de voluntades orientada a una comunidad de fuerzas económicas.

Con todo y afirmar que no es necesaria la exteriorización, no se puede desconocer que el socio aparente, en cuanto gestiona el patrimonio destinado a ser común, es un representante del socio oculto, ni que de ello no deba derivarse una responsabilidad para este último. No se reconoce sociedad interna para una empresa más que cuando, además de no haber representación o gestión común, no existe copropiedad sobre la empresa. Esta sociedad interna no tiene nada que ver con la sociedad colectiva y se llama asociación en participación.

En suma, pienso que el comportamiento exterior es algo que se añade al vínculo interno pero que no lo susti-

(2).-Brunetti Antonio.-Ob.,cit.,pág.181

tuye: como elemento de hecho, no puede dejar de producir efectos con referencia a terceros, pero ello no impide - ni que las partes pueden excluir tales efectos en sus relaciones internas, ni que los terceros pueden invocar a su favor los efectos de la relación interna, porque -- aquel nuevo elemento produce efectos jurídicos que pueden solamente modificar, pero nunca suprimir absolutamente los que se derivan de otros elementos.

Conviene advertir dice Antonio Brunetti (3), que a la vista del nuevo Código Italiano se debe hablar de sociedad irregular y no de sociedad de hecho. Existen sociedades colectivas y en comandita simples irregulares, pero no como cree Gorla; sociedades nacidas por el hecho de tratar juntamente negocios por un cierto tiempo y de manera que dé lugar a un acuerdo tácito sobre el ejercicio en común de una actividad económica con fin de lucro

La ley incluye en la figura de la sociedad simple - cualquier convención, expresa o presunta, que responda a los términos del art.2 247 del C.C.I. La sociedad simple en efecto, constituye el tipo más elemental de sociedad; para su constitución no se exige la observancia de formalidades especiales y, sobre todo por eso, se diferencia de los demás tipos. De ello, precisamente, deriva su de-

(3).-Brunetti Antonio. Ob.,cit.,pág.184

nominación. Esta sociedad, por lo tanto, está clasificada; aparte de la indiferencia en el objeto, que puede ser comercial o civil, de aquella falta de formalidad que le consiente nacer incluso por el hecho de explotar negocios en común con miras a obtener un beneficio a repartir.

La sociedad simple presenta todos los aspectos de la irregularidad; es por ello sociedad atípica, habida consideración de que el tipo, como ordenamiento jurídico inmutable de una institución, procede solamente para las sociedades-empresas y que entre las sociedades-empresas la irregularidad es contemplada unicamente para las personas. En las sociedades de capitales (por acciones, en comandita por acciones, a responsabilidad limitada, cooperativas) el fenómeno no se produce porque la regularidad del proceso constitutivo, que culmina en la inscripción, es condición de eficacia del mismo contrato social.

La limitación del alcance del factor de la irregularidad en las sociedades de personas se deduce de la relación ministerial, núm 939 (4), en la que se dice que las innovaciones introducidas en el régimen de las sociedades de nombre colectivo afectan: a).-La limitación

(4).-Brunetti Antonio. Ob.,cit.,pág.185

de las consecuencias de la no observancia de las formalidades prescritas para la constitución de la sociedad; b) las que se derivan de la falta de observancia de la publicidad, eliminándose el derecho del socio a pedir la disolución de la sociedad y reconociéndose únicamente - respecto de los terceros, aquella menor autonomía patrimonial que es propia de la sociedad simple y, c).-El reconocimiento de eficacia simplemente declarativa a la publicidad de las modificaciones del acto constitutivo, - con la consecuencia del derecho a la oposición de los - terceros a las modificaciones no publicadas cuando sean conocidos por éstos.

Por eso, en lugar de la facultad de pedir la disolución indicada en el art.99 del Código de Comercio Italiano, Antonio Brunetti (5), asegura que existe ahora aquella otra facultad, concedida a cada socio, de pedir la publicación del acto constitutivo cuando los administradores no procedan a su presentación dentro del término de treinta días, a contar de la fecha de la firma y, - eventualmente, de hacer condenar a los administradores a efectuarlo.

Limitado es el efecto de la irregularidad en la comandita simple. Hasta que la sociedad no esta inscrita -

(5).-Brunetti Antonio. Ob.,cit.,pág.186

en el registro de las empresas, se aplican las disposiciones del art.2 297 del Código de Comercio Italiano, a las relaciones entre la sociedad y los terceros. De todas formas, los socios comanditarios responden de las obligaciones sociales hasta el límite de su cuota, salvo en el caso que hayan participado en las operaciones sociales.

Son diversos los efectos de la irregularidad en la constitución de las sociedades por acciones, en comandita por acciones y de responsabilidad limitada. El art.2 331 en concordancia con los arts.2 464 y 2 475 del C.C.I., dice que "los que han actuado, son responsables, solidaria e ilimitadamente, de las operaciones realizadas en nombre de la sociedad antes de la inscripción", lo que significa que antes de la inscripción en el registro, por no existir aún la sociedad, ésta no es responsable por los compromisos adquiridos por sus promotores o fundadores, sino que sólo éstos responden directa y solidariamente frente a los terceros.

Se habla de promotores, que son aquellos que han actuado por la sociedad en constitución, y no de suscriptores, que son los futuros socios; a estos últimos no se les puede imputar ninguna responsabilidad. Todo esto no subsiste en el sistema actual. Las cuotas de suscripción de los socios deben ser restituidas por

los promotores cuando, dentro de un año del depósito; no haya sido realizada la inscripción de la sociedad en el registro de las empresas.

Por eso, el vínculo de los suscriptores debe considerarse subordinado a la condición suspensiva de que la inscripción tenga lugar dentro del año siguiente al depósito; en otros términos, la eficacia de la suscripción está condicionada a la confirmación de este hecho.

¿Que sociedades deben considerarse irregulares?

Bolafio, Rocco, Vivante (6), dicen al respecto. Que se ha observado muchas veces que, en el vasto y creciente campo de establecimientos de estructura social que, por una u otra razón, no responden a los requisitos establecidos por la ley son tan numerosos que el ordenamiento jurídico no puede limitarse a considerarlas como fenómenos patológicos, contrarios a la ley, y a afectarlas con sanciones que determinen su eliminación del indicado campo. Y en efecto, nuestro derecho no sólo no declara su nulidad, sino que ha intentado para ellas una disciplina que la doctrina y la jurisprudencia indican comúnmente como "disciplina de las sociedades irregulares", ya que las normas legislativas que la contienen son escasísimas

(6).-Bolafio, Rocco, Vivante. De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales. Ediar Editores, S.A. Buenos Aires 1950. pág.168

mal coordinadas y oscuras; de manera que la indicada disciplina es más una construcción de la doctrina y de la jurisprudencia que del legislador, y es una construcción que a menudo, más que encontrar apoyo en la palabra de la ley, ha debido superar el obstáculo de la letra de la ley.

El Art.98 del Código de Comercio Argentino (7), regula especialmente la responsabilidad personal de los socios de las sociedades irregulares, constituye una de las normas sobre las cuales se puede construir la tesis de la responsabilidad propia del ente, aceptada actualmente de una manera concorde por la jurisprudencia.

Pues bien, por muy amplio que sea el campo al cual se refiere el artículo 98 del C.C.A., aún estando a su sola expresión literal, una de las primeras cuestiones que el mismo hace surgir es si deben considerarse como sociedades no legalmente constituidas o como sociedades irregulares solamente aquellas que se encuentren en las condiciones previstas por el mismo art, esto es, que no hayan cumplido las formalidades ordenadas. Ahora bien, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa:

a).-En un primer sentido, que podríamos llamar en sentido amplio, en cuanto se extienda el significado de

(7).-Bolafio, Rocco, Vivante, Ob., cit., pág. 170

sociedad irregular, puesto que no puede considerarse legalmente constituida una sociedad cuando, aun habiéndose observado las formalidades de los citados artículos, falten algunos de los requisitos fundamentales para la existencia o la validez de los negocios jurídicos en general o de aquel negocio específico que constituye la base de la creación de una sociedad.

La falta y los vicios del consentimiento de aquellos que han constituido, o parece que hayan constituido, la sociedad pueden tener por efecto la nulidad o la anulabilidad del acto constitutivo, pueden aun produciendo estos efectos entre los socios, no impedir que la sociedad sea considerada como existente respecto de los terceros de buena fe; pero en general, excluyen que la sociedad pueda considerarse legalmente constituida; así como la excluye para hacer otra aplicación del principio ahora expuesto, la falta de una adecuada indicación del objeto social en el acto constitutivo de una sociedad en nombre colectivo, aún no estando el art.88, que prescribe tal indicación, comprendido entre aquellos cuya inobservancia hace entrar, a tenor del art.98 la sociedad entre aquellas no legalmente constituidas.

b).-Pero la respuesta a la cuestión antes enunciada debe ser negativa, aunque se restrinja el concepto de irregularidad legal y se admite, como admitimos también

nosotros, que se deba reconocer como distinta la figura de la sociedad irregular de aquella de la sociedad nula o anulable, esto es, si se debe admitir que existan sociedades irregulares fuera de las condiciones indicadas por el art.98. Puede ocurrir, en efecto que una sociedad legalmente constituida se convierta después en irregular por la inobservancia de aquellas normas fundamentales establecidas por la ley con la finalidad de que los entes sociales se presenten frente a los terceros con una estructura claramente precisada.

Así, si una sociedad continua en el ejercicio del establecimiento una vez vencido el término establecido para su duración, sin que este término haya sido prorrogado o sin que la prórroga haya sido publicada a tenor de ley, la misma se convierte en irregular. (8)

Desgraciadamente, no es siempre fácil hacer aplicaciones seguras del principio expuesto, sobre todo porque infracciones singulares de norma de ley, precisamente en el campo de las formas a seguir para introducir en la estructura del ente o para hacer conocer a los terceros modificaciones aun sustanciales, son afectadas por la ley con una sanción, la cual se refiere precisamente a la infracción singular, sin ocuparse de los

(8).-Bolafio, Rocco, Vivante. Ob.,cit.,pág.172

efectos que la gravedad y el número y la repetición de las mismas puedan tener sobre la figura conjunta del ente.

¿Se deben distinguir de las sociedades irregulares las sociedades de hecho?.

Bolafio, Rocco, Vivante (9). Opinan sobre otra -- cuestión preliminar en el campo de aplicación del art.- 98, se refiere a las llamadas sociedades de hecho, esto es, se ha preguntado si deben contraponerse a las sociedades legalmente constituidas además de las sociedades irregulares también las sociedades de hecho, y si éstas deben someterse en todo a la disciplina de las sociedades irregulares y especialmente a los arts. 98 y 99.

Pero es difícil establecer a qué figura concreta corresponde esta sociedad; quien, especialmente en el mundo de los negocios, piensa en una sociedad de hecho diversa de las otras sociedades no constituidas legalmente, piensa por lo que parece, en la formación de un vínculo social surgido sin la existencia de una precisa voluntad inicial de crear una sociedad, sino desarrollándose a través de la repetición de operaciones que terminarían por crear entre varias personas aquel con--

(9).-Bolafio, Rocco, Vivante. Ob.,cit.,pág.174

junto de relaciones que en general surge a través del acto constitutivo de una sociedad. Se tendría en el fondo, una sociedad irregular en cuanto exista un acto constitutivo, pero éste no está formado y publicado de conformidad a los art. 87, 90, 91, 93, 94 y 95 del Código de Comercio Argentino; se tendría por el contrario, una sociedad de hecho en cuanto falte en absoluto un acto constitutivo.

Si esta distinción pudiese tener algún fundamento en nuestro ordenamiento jurídico, la misma permitiría quizá sustraer tantas sociedades, surgidas de las comunidades hereditarias que tienen por objeto un establecimiento comercial, a la categoría de las sociedades irregulares.

Pero no ven cómo pueda justificarse: Cualquiera que sea el origen de la sociedad, se verifican siempre aquellas exigencias que, especialmente para tutela de los terceros, han inducido al legislador a prescribir todo un complejo sistema de formas. Una sociedad no puede existir sin un acuerdo de la voluntad de los socios; puede ocurrir que esta voluntad vaya formándose legalmente, pero llegará un momento en que la misma exista de modo que de su contenido jurídico los socios tendrán, o deberán tener conciencia.

Desde este momento, ellos tienen la obligación de regular sus relaciones con un acto escrito y de someterse

a las normas citadas por el art.98, si no quiere que la sociedad entre en la categoría de aquellas no legalmente constituidas.

¿Cuales son las causas de irregularidad de constitución de las sociedades de responsabilidad ilimitada?.

El art.98, en una primera parte, declara que por efecto de la violación de algunas normas específicamente indicadas, la sociedad no está legalmente constituida; en una segunda parte declara que la falta de la constitución legal produce determinados efectos, esto es, como veremos no indica todos los efectos de la falta de constitución legal (10).

En cuanto a las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple se indican las siguientes causas que hacen irregular la sociedad., a).-La falta de un acto constitutivo escrito; b).-La falta del depósito del acto expresado o de una copia o un extracto del mismo, suscritos en forma autentica por los contratantes y de las publicaciones previstas en el mismo artículo; c).-La omisión de publicación del extracto del acto constitutivo en el diario de anuncios judiciales.

De manera que si un dato que falta en el acto constitutivo, está por el contrario comprendido en el ex---

(10).-Bolafio. Rocco, Vivante. Ob.,cit.,pág.175

tracto, la sociedad no será irregular, será en cambio, irregular en el caso opuesto. Se comprende, sin embargo, que no se deberán tener en cuenta aquellas lagunas aparentes que la misma ley da modo de colmar. Así, no constituyen una causa de irregularidad las indicaciones omitidas del modo de valoración de las cuotas aportadas, puesto que se puede suplir a ello con el art.81 de la medida de distribución de las utilidades y de las pérdidas de la razón social, que comprenderá los nombres, o las firmas de los socios responsables ilimitadamente; de la indicación de aquellos que tienen la firma social, puesto que, si no se dispone lo contrario, la misma corresponde a todos los socios responsables ilimitadamente; del domicilio de los socios, puesto que éste resulta de la aplicación del art.16 del Código civil Argentino.

¿Porqué el art.98 no dice explícitamente cuales son las consecuencias de la irregularidad de constitución sobre la responsabilidad del patrimonio social?

En la segunda parte del art.98,(11) se establece que mientras la sociedad no está legalmente constituida los socios, los promotores, los administradores y todos aquellos que operan en nombre de la misma contra

(11).-Bolafio, Rocco, Vivante. Ob.,cit.,pág.179

en responsabilidad sin limitación y solidariamente por todas las obligaciones asumidas. Dejando por un momento de lado la interpretación de esta norma de las más oscuras - de nuestro código, basta un rápido examen de ella para - una constatación preliminar, que se debe a nuestro entender tener presente cuando se quiere explicar la disciplina de las sociedades irregulares; y la constatación es - que la indicada norma establece sólo cuáles efectos tiene la irregularidad en las relaciones entre los terceros y a aquellos que operan en nombre de la sociedad; pero no dice si la sociedad existe y cómo existe frente a los terceros así, si un administrador asume en nombre de la sociedad - una obligación, nosotros sabemos bien o mal, por el art.- 98 cuáles repercusiones se tienen en el patrimonio del administrador; pero el art.98 no dice, todavía explícitamente si responde, y cómo responde, de la indicada obligación el patrimonio social.

Sabemos luego, por el siguiente art.99, que la sociedad existe al menos respecto de los socios, mientras ellos no obtengan la disolución del vínculo social, y éste como veremos, es un elemento importante para resolver el problema ahora planteado (existencia y responsabilidad de la sociedad frente a los terceros).

De manera que de este examen rápido y preliminar de los arts.98 y 99 nosotros sabemos: a).-Que la constitu --

ción ilegal no produce la nulidad de la sociedad; b).- Que sin embargo, la misma puede ser causa de una disolución del vínculo social; c).-Que aquellos que operan en nombre de la sociedad irregularmente constituida - asumen una responsabilidad propia, independientemente de aquella de la sociedad misma.

C O N C L U S I O N E S

Primera.-El Derecho Mercantil, nació de las prácticas comerciales y sus ordenamientos han sido legislados, buscando rapidez y simplicidad, por constituir éstas características el alma de las obligaciones comerciales.

Segunda.-Determinar la Naturaleza Jurídica de la Sociedad, sigue siendo un problema arduo y debatido. Guiado por las exposiciones de los tratadistas Francesco Messineo y Alfredo Rocco, concluyo en que la Sociedad no es un contrato.

Tercera.-En materia societaria los elementos esenciales y de validez, que los civilistas nos dan para la formación del contrato, sufren derogaciones:

Al elemento consentimiento, se le trata de agregar la *Affectio Societatis*. Por lo que se refiere al objeto, in fundadamente se le trata de equiparar a lo estipulado por el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Conforme a los lineamientos de las teorías anticausalistas esgrimidos por Marcel Planiol, la causa no es un elemento de validez.

Cuarta.-Los requisitos de forma que se exigen para la

constitución de una sociedad, deberían estar enmarcados en los lineamientos del artículo 60. de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Quinta.-Las Sociedades Intuitus Personae, tienden a desaparecer en virtud de las responsabilidades ilimitadas a que están sujetos los socios.

La Sociedad de Responsabilidad Limitada, es la especie de sociedad que más se adapta a empresas pequeñas - de poca cuantía, que requieren por su constitución y sencillez de su organización y administración, menos - responsabilidad y riesgo.

B I B L I O G R A F I A

- Tullio Ascarelli.-El Contrato Plurilateral. México 1949
- Tullio Ascarelli.-Sociedades y Asociaciones Comerciales. Buenos Aires 1947
- Biagio Brugi.-Instituciones del Derecho Civil. México 1947
- Antonio Brunetti.-Tratado del Derecho de las Sociedades. Buenos Aires 1960
- Jean Escarra.-Las Sociedades Comerciales. París 1950
- E.García Maynes.-Introducción al Estudio del Derecho. México 1944
- Joaquín Garrigues.-Tratado del Derecho Mercantil. Madrid 1947
- Francesco Messineo.-Estudio del Derecho de la Sociedad. Milán 1949
- Marcel Planiol.-Tratado Elemental del Derecho Civil. Puebla 1947
- Luis Recasens.-Vida Humana, Sociedad y Derecho. México 1945
- Alfredo Rocco.-Principios de Derecho Mercantil. Madrid 1931
- Joaquín Rodríguez R.-Tratado de Sociedades Mercantiles. México 1965
- Rafael Rojina V.-Derecho Civil-Contratos. México 1968
- Bolafio, Rocco, Vivante.-De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales. Buenos Aires 1950

L E G I S L A C I O N

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código de Comercio

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos

Ley General de Sociedades Mercantiles.