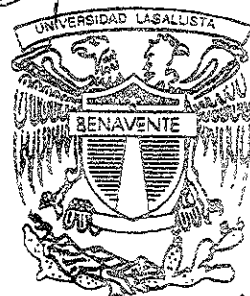




879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

16
Des

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

CLAVE: 879309

"ENTIDADES JURIDICAS UNIPERSONALES"

T E S I S

268590

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

EDGAR ESCOBEDO HERNANDEZ

ASESOR

LIC. ENRIQUE JIMENEZ LEMUS



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.

Esta tesis la dedico en primer lugar a Dios que me dio el animo para poder terminarla, a mi madre por su incondicional ayuda, a mi padre por sus consejos, a mis hermanos por prestarme la computadora para elaborarla, a mi esposa por su amor y apoyo a cambio de nada, a mi abuela y demás familia, a mis cuñados y suegro, que aún teniendo poco de haber ingresado a su familia me han ayudado bastante, a mi asesor de tesis por su gran ayuda y por los conocimientos que sin egoísmo me ha transmitido y a todas esas personas que no dudaron en criticarme y pensar que nunca iba a poder lograr tener una carrera ya que lo único que hicieron fue darme más fuerza para conseguirlo.

INDICE

INTRODUCCION	
CAPITULO I. PERSONALIDAD JURIDICA	
1.- Persona	1
2.- La personalidad jurídica	2
3.- Clases de personas y diferencias entre ellas	17
CAPITULO II. ANTECEDENTES	
1.- La sociedad en Roma	20
2.- El nacimiento de las sociedades mercantiles	22
3.- Evolución y situación actual de la S.A.	23
4.- Importancia de la sociedad	25
5.- La S.A. y los grupos de sociedades	26
CAPITULO III. - EL NEGOCIO SOCIAL	
1.- Definición y concepto del negocio social en derecho mexicano	28
2.- Característica contractual	31
3.- Características no esenciales	32
4.- Carácter contractual de la sociedad	35
5.- La sociedad como contrato en nuestro derecho	37
6.- Objeciones a la tesis contractual	38
7.- La sociedad como contrato y como institución	41
8.- Estructura del negocio social	42
9.- El objeto del negocio social	45
10.- El fin o la causa de la sociedad y de los socios	46
CAPITULO IV. PATRIMONIO AFECTACION	
1.- El fideicomiso	48
2.- El patrimonio familiar	53
CAPITULO V. SOCIEDADES IRREGULARES	
1.- Constitución regular e irregular de la sociedad	56
2.- Falta de requisitos esenciales del contrato de sociedad	58
3.- Falta de funcionamiento de la sociedad	60
4.- Falta de formalidades	61
5.- Falta de inscripción en el R.P.P. y del Comercio	62

6.- Efectos internos de la sociedad irregular -----	63
7.- Efectos externos de la sociedad irregular -----	65

CAPITULO VI. SOCIEDAD Y EMPRESA -----

1.- Autonomía jurídica de los conceptos de sociedad y empresa -----	66
2.- Concepto de empresa y concepto jurídico de empresario -----	66
3.- Empresa y hacienda -----	68
4.- Tipicidad de la sociedad-empresa -----	71

CAPITULO VII. ENTIDADES JURIDICAS UNIPERSONALES -----

1.- Concepto -----	72
2.- Análisis -----	74
3.- El fenómeno en el derecho moderno -----	76
4.- Situación en derecho mexicano -----	77
5.- Etapa constitutiva -----	78
6.- Etapa de funcionamiento -----	79
7.- Naturaleza jurídica de la sociedad unimembre -----	79
8.- El negocio indirecta en relación con figuras afines -----	80
9.- Crítica de la teoría del negocio indirecto -----	81
10.- Efectos de la sociedad unimembre -----	83

CONCLUSIONES ----- 84

BIBLIOGRAFIA ----- 86

INTRODUCCION

En la actualidad, el Derecho ha evolucionado a pasos agigantados, siendo necesaria la especialización de la abogacía en todas sus ramas.

Actualmente los empresarios recurren a prestanombres o testaferros para la creación de sociedades mercantiles con la finalidad de proteger su patrimonio, ya que dentro de nuestra legislación, debido al carácter contractual de las mismas es imposible crear sociedades integradas por un solo miembro.

En esta tesis se trata de hacer un análisis desde la personalidad jurídica de las entidades jurídicas hasta los casos de irregularidad de las mismas, proponiendo la creación de entidades jurídicas unimembres, dado que dichas entidades son la mejor opción financiera debido a que la responsabilidad de los integrantes se limita a la aportación de su parte proporcional, limitando así los conflictos que puedan suscitarse en caso de disolución.

Se intentó reunir diversos conceptos relativos al tema vertidos por diferentes y reconocidos jurisconsultos para lograr apoyar adecuadamente los conceptos puntualizados.

Del mismo modo se consulto la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, el *Código Civil* para el Distrito Federal y para el Estado de Guanajuato para dar mayor soporte a las conclusiones elaboradas, las cuales se intenta sean concordantes con la realidad actual de las empresas conformadas como sociedades mercantiles.

CAPITULO I PERSONALIDAD JURIDICA

1.- PERSONA.

Una de las definiciones más simples en relación al concepto de persona nos la da el Licenciado Efraín Moto Salazar al decirnos que persona es "todo ser capaz de tener derechos y obligaciones"¹, otra definición sería: Persona es todo ser a quien el derecho positivo otorga capacidad y facultades en diferente grado para ejercitar derechos y contraer obligaciones.

La medida de ese ejercicio y el grado de ser sujeto de obligaciones es expresamente lo establecido por los distintos dispositivos legales vigentes en un lugar y en un tiempo determinados, es decir por el derecho positivo.²

A lo que se quiere llegar con esto, es que es una declaración expresa de la ley lo que concede el carácter de persona, por ejemplo citamos lo establecido por el Artículo 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que a la letra nos dice:

"... Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República...".

Este sistema en donde una norma es la que concede la personalidad, es el que prevalece en todos los países, y tiende a negar y desconocer la personalidad a sujetos o relaciones a los que el derecho positivo no reconozca expresamente como tales, sin que los particulares puedan gozar de la facultad para poder crearla.

En nuestro derecho, como excepción se reconoce a los particulares dicha facultad, en cuanto a que la personalidad que se atribuye a una sociedad irregular, se deriva de la exteriorización de la sociedad ante terceros, según lo establece el párrafo tercero del Artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, mismo que en lo conducente transcribo:

"... Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros consten o no en escritura pública tendrán personalidad jurídica ...".

¹ Moto Salazar Efraín. Elementos del Derecho 37ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1991

² Barrera Graf Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983.

Pero aún en este caso es la propia ley quien está reconociendo y otorgando personalidad a dicha creación.

Ahora bien el Artículo 24 del Código Civil para el Estado califica de personas morales a:
Frac. III: Las asociaciones y sociedades civiles y mercantiles;

Esta afirmación nos hace pensar en que todas éstas gozan de personalidad, salvo que la ley misma fuera quien se las negara, como sucede con la Asociación en Participación a quien la Ley General de Sociedades Mercantiles expresamente le niega personalidad (Art. 253. La asociación en participación no tiene personalidad jurídica ni razón o denominación); tal afirmación debe desecharse porque hay sociedades y asociaciones que de acuerdo con el sistema normativo no tienen personalidad en cuanto que carecen de un elemento propio y esencial como lo es la publicidad, a través de ella la sociedad se da a conocer ante terceros, ya sea por medio de su inscripción en el Registro Público de Comercio o bien por la celebración de negocios jurídicos con terceros.

Por lo que se refiere al contenido sustancial de la personalidad jurídica, se debe hacer notar, que nuestras leyes solo la otorgan a entidades colectivas, o sea, que se encuentren integradas por dos o más personas, quienes además, participan voluntariamente en la conformación de tal entidad, de tal manera que se puede afirmar por una parte que existe una relación entre el concepto de personalidad jurídica y la de voluntad de los socios que la integran. De esa relación o vinculación se deriva como consecuencia, que la personalidad jurídica solo es una proyección de los socios; un instrumento legal al que acuden por su propia voluntad para cumplir con fines propios y comunes entre ellos.³

2. - LA PERSONALIDAD JURIDICA.

Durante mucho tiempo se vio en la personalidad moral una pura ficción destinada a permitir artificialmente a las agrupaciones beneficiarse con las ventajas de la personalidad física. Esto es un error. Si se lleva a cabo una observación atenta y sobre todo desprovista de prejuicios dogmáticos sobre el mundo social actual, nos vemos conducidos ineludiblemente a reconocer la realidad de las personas morales, al lado de las personas físicas. En todas partes

³ Barrera Graf Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983.

surgen, en efecto, intereses colectivos que se caracterizan por una fisonomía claramente distinta de los intereses individuales: ambos intereses son, por igual título, la expresión cierta de las aspiraciones humanas a la acción, en su infinita variedad, siempre por el mismo título postulan la personificación. Estudiaremos a continuación esta breve verdad experimental, por medio de una serie de proposiciones, que resumen toda la teoría de la personalidad moral fundada en la idea de realidad, pero antes recordaremos lo que se puede llamar la doctrina clásica.⁴

DOCTRINA CLASICA EN RELACION A LA NATURALEZA JURIDICA DE LA PERSONALIDAD MORAL (TESIS DE LA FICCION):

Es a Ducrocq a quien debemos la exposición más completa y precisa de la teoría de la personalidad moral, ficción jurídica, tal como durante mucho tiempo fue aceptada por la doctrina francesa. Para Ducrocq toda persona moral, aún el Estado es una ficción. ¿Cual es el fundamento de la personalidad civil y como se ha introducido esta noción en nuestra legislación? A esta última cuestión Ducrocq responde sin vacilar:

"La personalidad civil se basa necesariamente en una ficción legal. Si las personas físicas se revelan en los sentidos y se imponen en cierta forma a la atención del legislador, ocurre de distinta manera con las personas civiles. Estas no pertenecen al mundo de las realidades. Ha sido necesario recurrir a la abstracción para aislar el interés colectivo de los intereses particulares de los individuos asociados, o para asignar a la obra una existencia distinta de los fundadores, administradores, o beneficiarios. Esta actitud del espíritu constituye la ficción. Sólo por ficción se puede decir de estas entidades metafísicas que existen, que nacen, que obran o que mueren. Igualmente por una ficción, estos seres producto de la razón, pueden asimilarse a las personas naturales, desde el punto de vista de sus intereses o de sus derechos. La personalidad civil es meramente artificial y ficticia. La asimilación, por racional que sea, no es la consecuencia necesaria de los hechos, sino el resultado de una operación del pensamiento. Las personas civiles son personas ficticias porque escapan a la apreciación de nuestros sentidos, porque su existencia está confinada en el

⁴ BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil Biblioteca Clásicos del Derecho Tomo I. Trad. Enrique Fugueroa Alfonzo. Editorial Harla. México. 1997

dominio del derecho, porque son sujetos artificiales, abstracciones personificadas. Pero, por otra parte la ficción estaría desprovista de todo efecto jurídico. La abstracción permanecería en estado de pura hipótesis, si la ley no interviniese para reconocerla y sancionarla. Si todos podemos imaginarnos una ficción solo el legislador puede introducirlas en el dominio del derecho positivo y hacer de ellas personas civiles, capaces de constituir sujetos de derecho, a semejanza de las personas reales. La personificación no solo tiene como consecuencia prestarles vida a seres desprovistos de existencia física, sino que les confiere además, ciertos atributos que los individuos reciben de la naturaleza o de la ley, de los cuales solo el poder público tiene la facultad de disponer en su favor. Desde el punto de vista racional, la concesión de la personalidad jurídica no puede, pues resultar más que de la ley".

Ducrocq, situándose en oposición a la doctrina de Savigny, cree establecer el carácter de ficción legal de la personalidad del Estado y la de los demás organismos colectivos. "Creemos que no existe, escribe, una noción de derecho más clara, más sencilla que de la personalidad civil del Estado, tal como acabamos de indicarla. El Estado es poseedor, propietario, deudor, depositario, acreedor, adquiere, enajena; puede comparecer a juicio, celebra contratos; no hay duda que se trata de una ficción legal, puesto que en esta forma se asimila el Estado a una persona física dotada de vida natural. Debido a esto, precisamente se le denomina por antítesis persona civil, porque está fuera de las condiciones de la naturaleza humana, no sometida a las leyes naturales de la vida y la muerte. Por ello también no es exacto admitir personas civiles naturales; ni el Estado ni ninguna otra".

"Aunque se haya llamado al Estado persona civil "necesaria", por un gran jurisconsulto como Savigny, pensamos que no debe introducirse en Francia, bajo el imperio de las leyes francesas, que no la admiten, una distinción de las personas civiles necesarias y no necesarias. No hace falta calificar en Francia al Estado, y a ninguna otra persona civil, como "natural o necesaria". ¿No equivale esto a admitir que la personalidad civil existiría aún ante el silencio de la ley? ¿No equivale esto a pensar que no ha sido consagrada por la ley? Acabamos de ver que la opinión contraria es la correcta. ¿No sería esto, también, pretender, contra la verdad misma, según acabamos de mostrarlo, que el Estado esté más sometido, que las demás personas civiles a las condiciones de la naturaleza, a las leyes naturales de la vida y de la muerte? Laurent, quien en las sesenta páginas escritas por él sobre las personas civiles, revisó muchas ideas,

unas falsas, otras verdaderas, principió llamando también "Persona civil necesaria" al Estado; pero inmediatamente reconoció la fragilidad e incertidumbre de tal doctrina. Después de haber aceptado, y también exagerado la idea de persona civil necesaria aplicada al Estado, Laurent demuestra inmediatamente cuán frágil es.

Otro autor belga demostró, sosteniendo la opinión contraria, hasta donde puede conducirnos este calificativo dado al Estado. "Por tanto, no es la ley la dispensadora soberana de toda existencia jurídica, es la necesidad", derivándose inmediatamente la consecuencia de esto. Dicha consecuencia es nada menos que la reivindicación de la personalidad civil, fundada en la necesidad de vivir y de desarrollarse que tienen "todas las sociedades, cualquiera que sea su carácter y misión". Van den Heuvel, en el mismo sentido y en el mismo pasaje trata de obtener un apoyo para este calificativo de persona civil necesaria aplicada al estado. Cree encontrarlo en la consagración legislativa de la personalidad civil del estado, negando al legislador, sobre todo, lo que llama su omnipotencia, es decir, el derecho de consagrar la personalidad civil del Estado, o, en otras palabras, de hacer lo que ha hecho.

"Otros autores franceses, continúa Ducrocq, recientemente han repetido, después de Van den Heuvel, que el estado constituye de pleno derecho una persona moral, investida con la capacidad civil". Protestamos también contra ésta fórmula, como ya hicimos contra la de la persona civil natural. Ambas participan en lo absoluto de los mismos vicios, y todo lo que hemos dicho sobre la primera se aplica a la segunda. El Estado no goza de pleno derecho de la personalidad civil. La ley, y no la necesidad, es la dispensadora soberana de toda existencia jurídica, Tanto como para el estado como para las demás personas civiles. No hay ninguna "imagen", pero si una distinción imaginaria y calificativos inexactos admitidos a la ligera por un pequeño número de "legistas" y refutados aún por uno de ellos: Laurent mismo se ha opuesto una objeción más seria. Si el Estado no es un persona civil necesaria, el legislador podría, por tanto, suprimir la personalidad civil del estado. Ninguna duda cabe de esto, a menos que se consideren las leyes como intangibles, lo que no es fácil conciliar con la noción de las leyes, del poder legislativo y de la soberanía nacional. Pero se ha visto que el legislador por muy mal inspirado, que gratuitamente se le considere, si intentase tal aventura, tendría mucho que hacer, al abrogar y remplazar tantas leyes acumuladas. ¿Por que suponer, gratuitamente esta torpeza de un parlamento e inferirle tal injuria? No hay Ley, institución, o verdad a las cuales

no se pueda oponer con peligro tal objeción. "Desde otro punto de vista y en el mismo pasaje, Van den Heuvel afirma que nos encontramos ante una cuestión insoluble". Los textos empero la han resuelto perfectamente. El argumento consistente en que no es correcto afirmar que pueda darse el ser así mismo; que pueda reunir simultáneamente en sí las funciones del creador y las cualidades de la criatura, no es aplicable seriamente al legislador. Este no opera sobre sí mismo. Por tanto, nada se opone a que las leyes constitucionales o cualesquiera otras constituyan al estado como una potencia política, nada se opone al que el estado sea constituido por la ley como una persona civil. Todos los atributos del Estado son del dominio de la ley, con excepción del derecho de discutir o criticar las leyes que daría erróneamente al Estado un atributo contrario a los intereses del país y a los derechos de los ciudadanos. Las leyes que dotaron al Estado de personalidad civil no se encuentran en este caso; nadie ha propuesto su supresión.

"En otro pasaje que sería necesario citar, el mismo autor incurre en un error de otro género: "se habla, dice, de personas morales, olvidando que sólo Dios tiene el poder de hacer brotar de la nada las personalidades que tenga bien crear". No, el legislador humano no invade el dominio de la divinidad, al atribuir a una colectividad las prerrogativas de la personalidad civil, es decir, el derecho de ser propietario, poseedor, acreedor, deudor, etc., Al dictar estas reglas, el legislador permanece exactamente dentro de los límites que le corresponden sin cometer ninguna usurpación temeraria. El error del autor recuerda el de Quesnay, el del mismo Turgot, y el de todos los fisiócratas, con relación al estrecho concepto que tuvieron sobre el fenómeno económico de la producción de la riqueza. Fundándose en que el hombre no tiene el poder de crear un sólo átomo de materia, confundiendo el valor con el objeto material al que está unido, la producción con la creación, no reconocieron que el trabajo aplicado a la tierra sea productivo. En 1815, Dupont de Nemours en su correspondencia fechada en el buque "Le Finghal" que lo conducía a América, exclamaba: "sólo dios es el protector". Actualmente no existe ningún economista que no admita la productividad del trabajo humano en todas las aplicaciones útiles a nuestras necesidades, sin que por esto dejen de ser espiritualistas o de profesar el reconocimiento debido a los primeros fundadores de la ciencia económica.

Debemos citar, por último, otro pasaje del mismo autor que enseña todo su pensamiento: "¿Es que los ciudadanos, dice, no son los propietarios reales del patrimonio

perteneciente al estado? ¿No son los habitantes del municipio, en el fondo, propietarios de los bienes comunales?" Con pena decimos que nos parece imposible cometer un error más característico y peligroso. Indudablemente que los bienes del dominio del estado y el municipio no pertenecen ni deben pertenecer al ser moral, estado o municipio que al mismo tiempo representa a la generación actual, y a todas las generaciones futuras. A éstas temibles consecuencias conduce la negación de las verdades admitidas hasta nuestros días por la gran mayoría de los jurisconsultos. Es así como aparece la profunda razón jurídica, social y política, y la indiscutible equidad de lo que el autor llama, desdeñosamente "el viejo dogma de la ficción jurídica" o las "ideas romanas", para no referirnos a sus comparaciones con el anillo de Moisés o con el Talismán del árabe de las Mil y una Noches. Sí los ciudadanos o habitantes fuesen propietarios, como pretende este autor, de los bienes nacionales o municipales, tendrían derecho a demandar su partición, pues serían copropietarios de bienes indivisos. Ahora bien, nadie está obligado a permanecer en la indivisión. Resultaría así, del falso principio imprudentemente sostenido por este autor, que los ciudadanos tendrían derecho a exigir la partición del dominio del Estado entre ellos. Como consecuencia se expoliaría a las generaciones futuras, extinguiéndose además, el dominio del Estado, en provecho únicamente, de la generación presente. Si esta expoliación no es posible se debe a la ficción legal, que constituye la verdad jurídica, histórica, y filosófica. Los ciudadanos o habitantes no tienen ningún derecho a la partición, por que no son propietarios. El dominio del Estado no es una copropiedad indivisa. Sólo tiene un propietario único, la persona civil, el Estado. Por tanto, nadie tiene derecho a reclamar primitivamente su parte en él. Tal es la razón de ser de las leyes francesas que consagran la personalidad civil del Estado y la justificación de esta personalidad civil. ¿No lleva esta idea, sea romana, francesa, o de cualquier otro origen, el sello en grado sumo, del espíritu de la justicia y del buen sentido? ¿No es una de las más elevadas que hayan podido consagrar la razón humana y la ciencia del derecho?.

Podemos darnos cuenta de que el alcance atribuido por Ducrocq a la idea de ficción, como explicación de la personalidad moral, es absoluto e integral. Convendría aún, fijar exactamente el sentido del término "ficción". En efecto, frente a él ha surgido, desde hace algún tiempo, la expresión técnica jurídica. ¿Responden las dos al mismo concepto? Esta es una cuestión grave, pues al mismo tiempo, la teoría de la persona moral-noción técnica pretende, a

nombre de los verdaderos principios, destronar la teoría de la personalidad moral ficción jurídica.⁵

LA DOCTRINA DE LA REALIDAD DE LA PERSONALIDAD MORAL O JURIDICA EN OPOSICION A LA DOCTRINA DE LA FICCION. SERIE DE PROPOSICIONES QUE LA CONCRETAN.

Se han indicado que frente a la doctrina clásica de la ficción existe la doctrina de la realidad de las personas morales. Esta se traduce en una serie de proposiciones que vamos a enunciar, apoyándolas en algunas explicaciones.

PRIMERA PROPOSICION: LA PERSONALIDAD MORAL SUPONE LA EXISTENCIA DE UN INTERES COLECTIVO, EN OPOSICION A LA PERSONALIDAD FISICA, QUE ES LA EXPRESION DEL CONJUNTO DE LOS INTERESES INHERENTES A CADA INDIVIDUO Y QUE SE IMPONE A LA PROTECCION DEL DERECHO. No es difícil determinar lo que distingue esencialmente a la personalidad moral de la física, e impone al mismo tiempo a la ciencia del derecho el reconocimiento de la personalidad moral a título de noción científica y de necesidad lógica. No es otra cosa que la existencia indiscutible y verificable por todos en el mundo social, de intereses colectivos, no solo específicamente distintos de los intereses individuales, sino además, no susceptibles de incorporarse bajo cualquier forma a estos últimos o de ser absorbidos por ellos. Por otra parte, el origen de la corriente favorable a la personalidad moral sólo debe buscarse en la ineptitud experimentalmente comprobada de la persona física para concretar un interés colectivo y asegurar su ejecución.

En una palabra la noción de interés colectivo evoca por sí misma la noción de personalidad moral; la noción de personalidad física se identifica con el individuo, y es, por consiguiente, el centro o la síntesis de los valores y de los intereses constituidos por el ser humano. Recurriendo siempre a la observación experimental, es necesario comprobar (bajo reserva de la historia de las monarquías absolutas en las que la persona del Rey encarnaba o concretaba a todo el Estado, es decir, al interés colectivo en su más alta expresión), que la

⁵ BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho Tomo I. Trad. Enrique Fugueroa Alfonzo. Editorial Harla México. 1997.

personalidad física sólo satisface los intereses individuales, mientras que en la base de las diversas categorías de personas morales, admitidas por el derecho positivo actual, encontramos siempre un interés colectivo que ha sabido socialmente imponerse. No es aquí, por otra parte, el lugar para entregarse a un estudio directo de la noción de un interés colectivo. Basta con atenerse a la idea de la jurisprudencia de la corte de casación, de que el interés colectivo no es susceptible de confundirse totalmente en el patrimonio de un individuo determinado. Al igual que las cosas comunes en el terreno material, el aire, el mar, etc., el interés colectivo sobrepasa socialmente los patrimonios individuales; y así como éstos pueden beneficiarse con las cosas comunes mediante su apropiación parcial, pueden, al mismo título, beneficiarse con la ejecución de un interés colectivo realizado fuera de ellos, por la persona moral.

Si consideramos ante esta primera proposición, tanto a las personas morales de derecho público como a las de derecho privado, nos daremos cuenta de su exactitud. El conjunto de intereses colectivos irreductibles a la personalidad física aparece por sí mismo en el Estado, en el municipio; si el departamento, persona administrativa, tiene adversarios, es precisamente porque se pretende que es una circunscripción artificial que debe sustituirse por una región, administrativamente organizada sobre datos históricos y naturales. La existencia de un conjunto homogéneo de intereses colectivos no se discute ya en el establecimiento público y en el de utilidad pública. No sucede lo mismo respecto de las sociedades que no revelan un interés colectivo de una manera directa; hay empresas de un orden económico que postulan la agrupación y sobrepasan las fuerzas de los individuos aislados; pero, no es necesario decirlo, éstas sirven indirectamente al interés general, porque contribuyen a aumentar la riqueza.⁶

SEGUNDA PROPOSICION: LA PERSONALIDAD MORAL REQUIERE LA EXISTENCIA DE UN ORGANISMO DESTINADO A CONCENTRAR LOS ESFUERZOS DE LOS ASOCIADOS, O EL APROVECHAMIENTO DE LOS BIENES COMUNES, PARA LA REALIZACION DEL OBJETO QUE RIGE EL INTERES COLECTIVO EN JUEGO EN CADA CASO. Acabamos de

⁶BONNECASE, Julien Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo I. Trad. Enrique Fugueroa Alfonzo. Editorial Harla México. 1997

exponer que la personalidad moral no se comprende sin un interés colectivo de orden moral o pecuniario, que escapa a los patrimonios individuales y los sobrepasa. Por la fuerza misma de la lógica, este interés colectivo lleva en sí un objeto que trata de realizar, o si se prefiere, que exige para mantenerse y desarrollarse, una serie de directrices que deben observarse fielmente. De aquí la imposibilidad de concebir una persona moral sin un organismo que traduzca exteriormente su fuerza actuante y asegure, en el orden interior, coordinación de las actividades. El organismo jurídico es, con relación a la persona moral, lo que el cuerpo humano a su fisiología son para la persona física. Es necesario no olvidar que el hijo no viable es jurídicamente inexistente, precisamente porque no tiene de la vida más que las apariencias; los órganos necesarios para la vida física le hacen falta. Por esta misma razón se niega a las masas de intereses orgánicos, como la indivisión, la posibilidad de obrar jurídicamente. Las personas morales de derecho público y las de derecho privado manifiestan, por el contrario su voluntad y su poder de obrar, por medio de organizaciones compuestas a la vez de elementos humanos y materiales, cuya significación se percibe por el solo sentido común.⁷

TERCERA PROPOSICION: LA PERSONALIDAD MORAL LLEVA CONSIGO, DE PARTE DE SUS MIEMBROS O BENEFICIARIOS, LA CONCIENCIA REAL, SUPUESTA O IMPUESTA, DEL INTERES COLECTIVO EN JUEGO Y DEL FIN REALIZADO O POR REALIZAR EN FUNCION DE ESTE INTERES. Las personas morales o jurídicas no son sino apariencias, simples mecanismos materiales, palancas a disposición de los individuos. Están dotadas de una vida interna, y al mismo título que las personas físicas. Los autores presentan esta vida interna como constituida de "voluntad colectiva", de "voluntad considerada desde el punto de vista social como la voluntad del grupo", de "la idea de la obra por realizar", de "la comunión de los miembros del grupo, y también de los órganos del gobierno, en la idea de la obra para realizar y en la de los medios por emplear".

Hemos hablado de conciencia, del interés colectivo en juego y del fin realizado o por realizar en función de este interés. Es evidente que sólo puede concebirse la personalidad moral, bajo la condición de que sus miembros o sus órganos tengan una clara visión de la razón

⁷BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo I. Trad. Enrique Fugueroa Alfonso. Editorial Harla. México 1997.

de ser del grupo o de la fundación. Digamos sin embargo, que esta visión puede ser y es, de hecho, a veces, real, en ocasiones simplemente supuesta y otras, en fin, impuesta. Es real en los fundadores de una asociación o de una sociedad; supuesta entre aquellos que al recibir por herencia una acción, se convierten simultáneamente en miembros de una sociedad anónima; es impuesta en el ciudadano que, por la coerción, bajo la forma de aplicación del servicio militar o principalmente del impuesto, cooperar al mantenimiento o al desarrollo del interés general personificado en el Estado.

CUARTA PROPOSICION: EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD MORAL SE IMPONE CIENTIFICA Y RACIONALMENTE TAN PRONTO COMO UN GRUPO O UNA OBRA REVISTEN UNA INDIVIDUALIDAD SOCIAL SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA. Esta proposición es esencial; se aplica especialmente a las personas morales de derecho privado. En efecto, la tesis de la realidad de las personas morales tiene por rasgo específico fundamental, sustraer la noción de personalidad moral a la voluntad y al arbitrio del legislador y del derecho positivo en general. Según esta tesis, la personalidad no es un atributo conferido por la autoridad pública a un grupo o a una obra, sino el reconocimiento de un hecho por esta autoridad. A semejanza de las personas físicas, las morales imponen su consagración a los poderes públicos. Esto no es sino el enunciado de una proposición científica; por razones diversas, los poderes públicos se oponen a veces a la aplicación de esta verdad científica, o la neutralizan singularmente.

Puede decirse que el movimiento de personificación del que habla Hauriou es aún más sensible cuando se trata de personas morales de derecho privado. Estas se imponen al legislador o a la jurisprudencia, afirmando así la realidad de las personas morales al mismo título que la de las personas físicas. El caso es manifiesto, tratándose de las sociedades, que de pleno derecho sin formalidad de ninguna clase y sin intervención de la autoridad pública constituyen personas morales desde que están regularmente constituidas, es decir, desde su nacimiento. Esto nunca ha sido discutido tratándose de las sociedades mercantiles. "Las sociedades mercantiles, con excepción de la sociedades en participación escriben los especialistas de derecho mercantil, constituyen personas morales, es decir, se consideran que tienen una individualidad distinta de la de los asociados. La personalidad de las sociedades

mercantiles no es consagrada en Francia por textos formales, como en algunos países. Sin embargo, los autores generalmente la admiten y una jurisprudencia constante la autoriza; no solamente es conforme a una tradición que se remonta a la Edad Media, sino que también la presuponen nuestros códigos, pues ciertos artículos de ellos establecen soluciones que parecen ser aplicaciones de la idea de personalidad". Prosiguiendo su obra en el mismo sentido, la jurisprudencia en sentencias celebres, ha consagrado la personalidad de las sociedades civiles sin preocuparse por apoyarse en un texto; las fórmulas de la corte de casación son por completo características. "Considerando, se dice, que es la esencia de las sociedades civiles, como de las mercantiles, crear en provecho de la individualidad colectiva intereses y derechos propios, distintos de los intereses y los derechos de cada uno de sus miembros; ... que las sociedades civiles constituyen en tanto que duran una persona moral, la cual es propietaria del fondo social". De esta manera se ha confirmado la tesis de la realidad de las personas morales en materia de sociedades.

La tesis de la realidad recibió la adhesión de la doctrina y de la jurisprudencia. Por ello el decano Hauriou escribía: "una legislación racional sobre este punto contendría tres especies de disposiciones:

- 1.- Afirmación del principio de la libertad de asociación y de fundación;
- 2.- Formalidades de declaración y de publicidad tan simples como fuera posible, impuestas a los fundadores;
- 3.- Prohibición de las asociaciones y fundaciones ilícitas en términos bastante precisos para que el gobierno no pudiera abusar de una interpretación extensiva".

La misma legislación ideal debería contener esta otra disposición: "Toda asociación, toda fundación, todo establecimiento legalmente constituido goza de pleno derecho, de la personalidad jurídica". "El derecho rendiría así homenaje a la realidad de los hechos".

No es pues exagerado concluir sobre nuestra cuarta proposición, que el Estado no está científica y racionalmente, dotado de un poder discrecional respecto de las personas morales; en relación con la noción de derecho las personas morales están colocadas en el mismo plano que las personas físicas. Toda cuestión está en saber en que momento, científica y

racionalmente, un grupo o una obra postula la cualidad de persona moral; mejor dicho en que momento tiene derecho a que se le reconozca esta cualidad. La jurisprudencia anterior a la Ley del 1º de Julio de 1901 y relativa a la individualidad de las asociaciones, respondió por sí misma a este particular. Una agrupación o una obra impone su personalidad cuando su individualidad ya no es discutida en el medio social en el que nace, por haber figurado, en el mismo medio social, como institución autónoma, desempeñando un papel y manifestado una vitalidad social inherentes sólo al individuo.

QUINTA PROPOSICION: UNIDAD DE LA NOCION DE PERSONA MORAL Y SU IDENTIDAD CON LA NOCION DE SUJETO DE DERECHO. EN CONSECUENCIA, EXISTENCIA DE UN LAZO INDISOLUBLE ENTRE LA NOCION DE PERSONA MORAL Y LA NOCION DE PERSONA FISICA. Esta proposición se divide, en el fondo en dos partes. En la primera, afirmamos que la persona moral y la persona física se confunden en la noción de sujeto de derecho; en la segunda, afirmamos que la existencia de la personalidad moral depende de la personalidad física.

Respecto de la primera parte de la proposición, aceptamos la siguiente opinión de Michoud: "Actualmente, escribe, debemos ver en la noción de la personalidad una noción general común al derecho público y al privado. Esto se nos impone por una necesidad lógica. Todo derecho debe referirse a un sujeto capaz de poseerlo y de ejercerlo por sí mismo o por sus representantes. Si esto es verdad tratándose del derecho de propiedad y de los demás derechos privados, también lo es respecto a los derechos de soberanía que pertenecen al Estado. La idea de sujeto de derecho, es decir, de persona, es idéntica en ambos dominios. Esto, sin duda, no quiere decir que sea necesario tratar a la persona de derecho público como a la de derecho privado, ni que los derechos que pertenecen a una, sean de la misma naturaleza de los pertenecientes a la otra, ni menos aún que todo ser que sea sujeto de derecho en uno de estos campos lo sea necesariamente en el otro. No es éste el alcance de nuestra concepción. Significa sencillamente que un derecho no se concibe sin sujeto, y que tanto en derecho público como en derecho privado es importante distinguir el sujeto de todo lo que podría confundirse con él. Importa principalmente afirmar que el Estado es una persona titular de derechos de soberanía al mismo tiempo que de derechos patrimoniales" (Michoud, La Theorie de la

Personnalité Morale). En otros términos, los intereses colectivos que se descubren en la base de las personas morales solo pueden ser jurídicamente protegidos, bajo el nombre de derechos o de situaciones jurídicas y éstos conducen fatalmente a la noción del sujeto de derecho, del cual son atributos o dependencias. De aquí la necesidad técnica, abstracción hecha de la verdad científica concordante de la noción de persona moral erigida en sujeto de derecho. Poco importa la estructura de hecho de las diversas personas morales; éstas terminan en la unidad de concepción desde el punto de vista de su esencia jurídica; todas son seres sociales sobre cuya cabeza reposan "intereses colectivos jurídicamente protegidos", según la celebre fórmula de Jhering.⁸

Una definición muy personal respecto al concepto de persona jurídica consiste en que es una creación de la mente humana, materializada por el reconocimiento del derecho positivo, la cual puede celebrar toda clase de actos jurídicos, con las restricciones que la misma ley le impone.

El Artículo 24 del Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato, específicamente en sus Fracciones III, IV, V y VI; la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su Artículo 2º párrafos primero y tercero, la Ley de Inversión Extranjera en sus Artículos 2º. Fracciones I, II y III y 25, incluso el Artículo 130 ciento treinta inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todos los preceptos citados (civiles, mercantiles y constitucionales) plantean la creación y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones y sociedades, así como de las asociaciones religiosas; y respecto de asociaciones de derecho privado como la Asociación en Participación en su Artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; existen además normas expresas que limitan la capacidad de ejercicio de las sociedades mercantiles, como son los Artículos 25 del Código Civil para el Estado de Guanajuato y 10 primer párrafo, 233 y 244 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ahora bien las personas morales que se enlistan en el Artículo 24 del Código Civil para el Estado de Guanajuato y las limitaciones que se mencionaron anteriormente, nos hacen pensar que no todas las entidades jurídicas tienen las mismas facultades y situación jurídica, unas veces porque la ley en forma expresa les niega la personalidad, ponemos como ejemplo el

⁸ BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Biblioteca Clásicos del Derecho Tomo I. Trad. Enrique Fugueroa Alfonso. Editorial Harla. México. 1997.

artículo 253 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, otras porque la costumbre (las asociaciones profesionales) se las niegue, y el Artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles que nos dice por exclusión que las sociedades mercantiles no inscritas en el Registro de Comercio (párrafo primero), y que no hayan sido exteriorizadas ante terceros (párrafo tercero), no cuentan con personalidad jurídica aunque se hayan celebrado en escritura pública y se tienen por asociaciones y sociedades ocultas o no manifestadas, en donde el pacto o contrato social solo tiene alcance entre los socios que la integran.

Todas estas circunstancias nos llevan a afirmar que el atributo de la personalidad jurídica es solo un agregado jurídico, es decir, que la personalidad jurídica es un medio creado por el derecho, para atribuir a las personas un carácter subjetivo al que da un alcance variable, tanto entre los entes a los que se la concede, como también para distinguir a las personas físicas de las jurídicas, y para referirse a ciertas características propias de dicho fenómeno: nombre, domicilio, patrimonio, nacionalidad, capacidad de goce y de ejercicio, así Francisco Ferrara nos dice que la personalidad es un producto del orden jurídico y surge por el reconocimiento del derecho objetivo. El hombre es persona, no por la naturaleza sino por obra del derecho. La cualidad natural del hombre como un ente racional y capaz de voluntad, es solo la base ética, para que el derecho reconozca a todos los hombres personalidad. Pero la subjetividad no está innata en el hombre, no es una cualidad inherente al individuo, sino una realización ideal que sin el orden jurídico es inconcebible (Se dice que es una expresión elíptica que implica la existencia de un sujeto, y de algunos atributos de éste que se enuncian con dicha mención (persona jurídica), por lo que se ha llegado a afirmar que solo se trata de una situación o estadio en que se confiere a las personas el carácter de sujetos de derecho, dotándolas de capacidad jurídica de goce y de ejercicio).

Ahora bien en el fondo de toda persona, sea física o jurídica solo está el hombre, que es el único sujeto real del derecho, cuya conducta e intereses son regulados por él mismo con la creación de los dispositivos legales que los controlan.

Desde este punto de vista llegamos a la conclusión que la persona jurídica no es más que un medio que el derecho ofrece al hombre para el cumplimiento de un fin que no puede realizar solo, o que bien, lo más conveniente para él es realizarlo por medio de cierta creación ficticia (sociedad, asociación, sindicato, etc.); esto es cierto y hasta evidente, el hombre crea la

entidad con personalidad jurídica propia y se sirve de ella, la organiza, la regula y la extingue a su antojo, pero ni la personalidad de la asociación o de la sociedad es la misma que la de los individuos que la integran, ya que se trata de dos situaciones jurídicas distintas, aunque las dos responden a la misma finalidad del derecho, que es la regulación de la conducta humana, y de los intereses del hombre.

Por otra parte, la personalidad jurídica no excluye la existencia en el sistema de otras situaciones, e inclusive de otros sujetos, a los que se niegue aquella, pero a quienes se conceden atributos y facultades como si se tratara de personas. Ellos son también sujetos de derecho, a los que a veces expresamente se les niega personalidad, como a los patrimonios de afectación como el fideicomiso, la empresa o la negociación, de las que son titulares la institución fiduciaria y el empresario.

Otras veces, ciertas figuras funcionan como sujetos, sin que se les reconozca personalidad plena; es decir, sin que se les considere como personas, como sucede con el patrimonio de la familia (Art. 772 y 774 del Código Civil para el Estado de Guanajuato), la Asamblea de Condóminos, de los obligacionistas (Art. 216 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), y de situaciones Jurídicas como la herencia yacente (Art. 2544 y 2889 Código Civil para el Estado de Guanajuato).

Hay casos por último, de fenómenos jurídicos y de situaciones de hecho, en que ni de personas, ni de sujetos, ni de entidades o grupos subjetivados puede hablarse como en los casos de las agrupaciones ocultas (Asociación en Participación), a las que sin embargo también regula el derecho positivo.

No es posible dar una definición que pueda aceptarse como absoluta ni dar un concepto exacto de la personalidad, porque su alcance y su contenido son variables; porque si bien existen elementos propios y esenciales de la personalidad (capacidad, nombre, domicilio, etc.), hay casos en que el derecho positivo también la concede aunque falte alguna de esas notas, por ejemplo la sociedad durmiente, la sociedad en disolución por la pérdida total de su patrimonio, etc.

Podemos afirmar que solo son personas jurídicas aquellas que el derecho reconoce expresamente y las que pueda crear el hombre en virtud de atribuciones que el derecho le conceda.

Nuestro derecho positivo atribuye personalidad a diversos sujetos, con distinta amplitud, lo que claramente nos indica que estamos ante un concepto relativo y variable; es decir, que sea una cuestión de grados. En efecto mientras la persona física, por su entidad moral y por su realidad biológica y psíquica, se atribuye plena capacidad y libertad para disponer de sí y de sus bienes, a las personas jurídicas solo se conceden "los derechos necesarios para realizar el objeto de su institución".⁹

3. - CLASES DE PERSONAS Y DIFERENCIAS ENTRE ELLAS.

El derecho reconoce dos clases de personas, la física o natural y la jurídica, que no es el hombre, pero en cuyo beneficio y a cuyo servicio opera como instrumento.

Por sus características biológicas, psíquicas, éticas, que solo se dan en el hombre, y porque el fin del derecho consiste en la regulación de relaciones humanas; en una forma restrictiva podemos decir que el hombre es el sujeto de derecho, que es el arquetipo que ha servido de medida del concepto mismo y de las funciones de la persona jurídica hasta el punto de existir una tendencia antropomórfica, es decir que toma una forma humana y que es muy criticada en la doctrina.

De esa diferencia sustancial entre ambos sujetos se desprenden distinciones y restricciones a la personalidad jurídica (Artículo 22 del Código Civil para el Estado), en cuanto a su regulación legal.

Ciertos derechos son propios del hombre y sólo de él, como los derechos de familia, o aquellos que la ley concede en cuanto a la calidad humana misma del sujeto, como el carácter de trabajador, de funcionario, de profesional, de ciudadano; las garantías individuales (garantías del hombre y del ciudadano), la imposición de penas corporales, el carácter de parte en ciertos contratos como el de renta vitalicia, o de asegurado en los seguros de personas, etcétera.

Algunos derechos se atribuyen a la persona física exclusivamente, como las calidades migratorias de los extranjeros; el ser heredero legítimo (no testamentario, Artículo 2841 del Código Civil para el Estado, pese a que, a falta de cualquiera de ellos, hereda la Universidad de Guanajuato, que sí es una persona moral Frac. II del mismo dispositivo legal), ser

⁹Barrera Graf Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México México 1983

administradores de una sociedad anónima (Artículo 147 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), ser corredor, agente o intermediario, con excepción de las casas de bolsa, que deben ser sociedades anónimas (Artículos 18 y 23 de la Ley del Mercado de Valores).

En general, los derechos propios de la persona física se conceden por igual, independiente del sexo o de la religión; sin embargo se establecen diferencias en cuanto a la edad, como los derechos al matrimonio, para los que se exigen 16 años en el hombre y 14 en la mujer.

En relación con grupos colectivos, como son las copropiedades, las asociaciones, las sociedades se debe distinguir los derechos propios o individuales de los miembros de dichos grupos (copropietarios, comuneros, asociados, socios) de los derechos que se les otorga como parte del grupo o de la colectividad. Aquellos, generalmente son indisponibles por el grupo (por los órganos, las juntas o las asambleas), y se consideran esenciales al socio o comunero, como son, la participación en las utilidades que se obtengan por el ejercicio de la actividad que corresponda al grupo; el derecho de conservar igual participación en el patrimonio común o en la participación social; el derecho de participar en la administración y en la vigilancia del grupo, de la asociación o de la sociedad, o el derecho de que los socios limiten su responsabilidad frente a la sociedad, al valor de las aportaciones adicionales o suplementarias que prevea el contrato social, a que se hubieren obligado al ingresar a la sociedad o al convenir, en suscribir aumentos de capital (Artículo 2220 del Código Civil del Estado).

Los derechos que corresponden al socio, comunero, etcétera, en su calidad de miembro del grupo o de la persona jurídica, que pudiéramos llamar derechos colectivos, son los que ejercen precisamente en el seno del grupo mismo, como partes o miembros pueden participar en él, como son los derechos de deliberar, de votar, de oponerse a las resoluciones de las asambleas. Estos derechos están regidos por el principio de la mayoría, según el cual, "las resoluciones legalmente adoptadas... son obligatorias aún para los ausentes y disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de ley" (Artículo 200 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Por otra parte, nuestro derecho establece algunas limitaciones y prohibiciones en cuanto al ejercicio de las personas físicas y jurídicas. aquellas en razón de la edad (21 años para ser diputado Artículo 155 Constitucional, 30 para senador Artículo 58 *ibid*; 35 para

presidente Artículo 82, frac. I *ibid.*) ya que el menor de 18 años no es ciudadano ni tiene la libre disposición de su persona y de sus bienes, o bien en virtud de interdicción, de nacionalidad (Artículo 3º y 33 Constitucional), domicilio (Artículo 36 frac. I,III y V), e inclusive de la filiación (Artículo 494 y siguientes del Código Civil del Estado); y muchas otras disposiciones sustantivas, procesales, fiscales y administrativas en general.

En cuanto a las personas jurídicas, también son múltiples sus limitaciones y las prohibiciones que la ley establece, tanto respecto a su capacidad de goce como de ejercicio; entre ellas, que las personas morales privadas no pueden ejercer actividades petroleras, de petroquímica básica, explotación de materiales radioactivos, electricidad, que son de las llamadas estratégicas y están reservadas para el Estado.

Por lo que se refiere a la capacidad de ejercicio, como hemos repetido, no corresponde a las sociedades una capacidad plena, como en general corresponde a las personas físicas mayores de edad, sino que ellas sólo pueden ejercitar los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.¹⁰

¹⁰ Barrera Graf Jorge Las Sociedades en Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983.

CAPITULO II ANTECEDENTES

1.- LA SOCIEDAD EN ROMA.

En el primitivo derecho romano, la sociedad aún no se configuraba como un contrato, sino como una especie de comunidad, esto es que las partes deben ponerse de acuerdo para formar la sociedad (*animo contrahendae societatis*): pues de lo contrario será otro el contrato que celebren como se desprende de un fragmento de Ulpiano en el Digesto. Su acuerdo debe recaer:

1. Sobre los bienes que se comprometen a poner en común; y
2. Sobre el fin común del cual tendrán participación sea ganancia o pérdida.

Cada socio se compromete a poner alguna cosa en común. Lo ordinario es que esa parte consista en dinero, pero podrá ser también otra cosa corporal o incorporal como un derecho de crédito, trabajo o conocimiento. Lo esencial en la sociedad es que los socios aporten algo, no necesariamente que cada uno aporte lo mismo, pues el que da menos restablecerá la igualdad con su trabajo, pero si a uno se le exime de la obligación de aportar, entonces ahí habrá donación.

Las partes persiguen un resultado común que consistirá en un beneficio del cual cada socio tendrá parte; pero hay que decir:

a).- Que no siempre toda sociedad se forma por un deseo de especulación, en ocasiones se forman las sociedades para repartirse los gastos a fin de que determinada obra o empresa les sea menos onerosa;

b).- Aunque las sociedades deseen un beneficio, los hechos pueden resultar contrarios a sus deseos, y la sociedad puede liquidarse por las pérdidas siendo entonces la pérdida común como lo hubiera sido la ganancia, este es un resultado aceptado de antemano por el solo hecho de su asociación (*Societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur*).

La sociedad existe desde el momento en que las partes, de acuerdo para obligarse, están también conformes sobre el objeto de sus aportaciones respectivas y sobre el reparto

de los beneficios o de las pérdidas; a partir de ese momento todas ellas están investidas de la acción pro socio.¹¹

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

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

El contrato de sociedad en Roma, por otra parte, solo era constitutivo de relaciones obligatorias entre los co-asociados, sin tener efectos frente a terceros y es muy dudoso si en derecho romano se reconoció la personalidad jurídica de la sociedad.

El derecho intermedio primitivo reconoció varias formas o clases de sociedades del derecho romano, que poco se diferenciaron de la comunión, posteriormente en la edad media, Los Glosadores se limitaron a exponer los principios del derecho romano sobre la sociedad, y su interpretación solo reconoció a la sociedad cuando se constituía con fines de lucro.

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

¹¹ Barrera Graf Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983.

de sus relaciones recíprocas que existen al constituir el vínculo social, y que se mantienen durante la vida de la sociedad, tan estrechamente, que la administración de su patrimonio corresponde a todos, y que la falta de un socio normalmente acarrea la terminación de la sociedad.

2.- EL NACIMIENTO DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.

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

" Puedese fazer la compañía de dos maneras: La una... es quando la fazen de esta guisa: que todas las cosas que han [los socios] quando fazen la compañía, e las que ganaren dende en adelante, sean comunales, e también la ganancia, como la pérdida, que pertenezca a todos. La otra es quando la fazen sobre una cosa señaladamente..."¹²

La sociedad colectiva surge, a su vez, la colonna y, sobre todo, la commenda (después, sociedad en comandita) que a diferencia de aquella que se dedicaba al comercio terrestre, se ocupó del tráfico marítimo, y en la que, quizás por primera vez expresamente se planteo la limitación de la responsabilidad de uno de los dos socios, el comanditario, quien contribuía con un capital -que era el único que respondía de la aventura marítima- para que el comanditado hiciera el viaje, aportando su trabajo y el de la tripulación, que dependía de él, y que, en consecuencia, quedará a su cargo exclusivamente la administración de la sociedad.

Algunos siglos después de estas formas de sociedades, en la que predomina la persona del socio y los vínculos y relaciones entre ellos, aparece la primera sociedad precursora de la

¹² Barrera Graf Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983

anónima, en 1602, año en que se funda la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, y en seguida se propaga a Inglaterra y después a Francia, también a través de compañías coloniales para el comercio ultramarino. En este último país, sin embargo, la Ordenanza de 1673, sobre comercio terrestre, aún no reglamenta la primitiva S.A.

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

Las sociedades anónimas se desenvuelven al parejo del capitalismo, y en verdad constituyen el vehículo y el instrumento más sobresaliente y adecuado de su desarrollo, inclusive, se pueden afirmar sin duda, que hoy por hoy la existencia y la supervivencia de la organización capitalista de nuestros países, aún de los que están en proceso de desarrollo, como es el caso de México, se basan en la sociedad anónima, pero el despegue de este tipo de sociedad, como forma óptima para su desarrollo dentro del capitalismo, se inicia -por lo menos en el derecho continental europeo- , con la Ley Francesa del 24 de julio de 1867, que suprimió la necesidad de la autorización previa gubernamental para la constitución de este tipo social.

3. - EVOLUCION Y SITUACION ACTUAL DE LA SOCIEDAD ANONIMA

La evolución de las sociedades, de la anónima principalmente, en los países de mayor desarrollo económico, corre pareja con la creciente complejidad de su estructura, que al mismo tiempo tiende a abarcar y comprender el mayor número de socios, a través de la oferta y suscripción pública de acciones y de la demanda y recepción de préstamos tanto de la banca nacional e internacional, como del Estado y organismos del exterior (como el fondo monetario internacional o el Banco Mundial), del establecimiento de amplias relaciones externas con el mercado y con el Estado, de lo que resulta que ellas son principales ejecutoras de obras y servicios públicos y los máximos contribuyentes fiscales, dan cabida en su capital y organización interna a sus empleados y trabajadores (al llamado "accionario obrero") a través

de la participación en las utilidades y de la co-gestión, e inclusive, últimamente, a sus proveedores (a través de la tendencia a la agrupación de empresas), y a sus consumidores (por virtud de agrupaciones de estos creadas por la legislación para su protección).

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

En Alemania, por Ley del 20 de Abril de 1892, se estableció la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*), forma ecléctica de sociedad de personas y de capitales, con características semejantes a la *private companies* inglesas, aún que con prohibición de emitir acciones. La fórmula germana es la que se propagó, primero a Austria, en 1906, y después a otros países europeos y americanos.

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

También en Inglaterra y en el siglo pasado, aunque con anterioridad a la aparición de las *private companies*, en 1844, en la Ciudad de Rochdale, se constituyó la primera sociedad cooperativa, que, con características del todo diversas a las de las sociedades mercantiles clásicas, en cuanto que no persiguen fines especulativos (aunque sí, eminentemente económicos), se consideran, tanto en nuestro país como en el derecho continental europeo, como sociedades de esa especie. En las cooperativas, en efecto, las utilidades no se reparten a

los socios en proporción a sus aportaciones al capital, principio general de todas las demás sociedades y asociaciones (salvo las mutualista, que son una especie de las cooperativas), sino que el reparto es en proporción a las operaciones efectuadas por los socios, y la finalidad principal de la sociedad, no es la obtención y el reparto de las utilidades, sino el procurar a los socios bienes o servicios (cooperativas de consumidores o de productores, respectivamente, artículo 1º, Ley General de Sociedades Cooperativas -LSC- de 1938.

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

4. - IMPORTANCIA DE LA SOCIEDAD.

El ser humano es por naturaleza indigente, su necesidad por superar su limitaciones y satisfacer las finalidades que les sean comunes, es lo que lo lleva a agruparse y a crear normas de observancia general para regular todo el cumulo de relaciones que se dan en la vida en grupo.

La reglamentación de la sociedad, desde el derecho romano, constituye el reconocimiento de la realidad económica y social, y a medida que las relaciones humanas se desarrollan y evolucionan, desde la cerrada economía familiar primitiva, la economía rural y urbana de la Edad Media, hasta la comercial e industrial de la época moderna, las agrupaciones crecen, no solo en cuanto a su complejidad, a los medios económicos de que disponen y a las relaciones que de esos grupos surgen, tanto entre sus miembros, como frente a terceros que se vinculan con ellas, sino entre los grupos sociales mismos.

La creciente importancia que las sociedades mercantiles, principalmente la Sociedad Anónima, han alcanzado en la economía capitalista contemporánea, deben analizarse y juzgarse en función de diversos criterios y de ciertas características de esos entes: de la concentración

de capitales que se obtienen en ellas, de la limitación de la responsabilidad de los socios y de la emisión de acciones y obligaciones por las sociedades anónimas.

Las sociedades comerciales y de una manera más acentuada la Sociedad Anónima, constituyen los instrumentos legales de más viabilidad para el hombre en sociedad, para reunir los capitales que requieren en nuestros días la industria, el comercio, la prestación de servicios, la ejecución de obras y la prestación de servicios.

El sistema económico de la libre empresa, a diferencia de la misma economía planificada, en la que el Estado tiene el monopolio en la inversión para esas actividades, requiere que aquella cuente con los medios monetarios y financieros suficientes para realizar tales actividades, y esto solo se logra con las inyecciones de capital por parte de los socios, al constituirse la sociedad, con la suscripción de acciones o de partes sociales, al incrementar su capital social y con la emisión de obligaciones, sin más limitaciones en cuanto a su valor o número, que la propia sociedad disponga, y la oferta de esos bienes de capital, sobre todo de títulos-valor que lo representen, como son las acciones o las obligaciones, no solo se hace a círculos privados, sino al público en general, a nivel nacional o internacional, por medio de las bolsas de valores y de todos los vehículos modernos de oferta y de publicidad.

Asimismo, por su gran fortaleza económica, las sociedades constituyen los sujetos de mayor relieve para la canalización de ahorros y de recursos, y para la obtención de financiamientos. A la sociedad anónima se le permite, además acudir a mercados de capitales (banca, seguros, sociedades financieras), en solicitud de préstamos colectivos, a través de bonos, obligaciones y otros documentos de financiamiento, que ellas emiten y que pueden conceder a sus suscriptores el derecho de convertirse en accionistas de las sociedades emisoras, mediante la suscripción de obligaciones convertibles en acciones.¹³

5. - LA SOCIEDAD ANONIMA Y LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.

Las sociedades son centros de empleo y de capacitación de personal que auxilian en esas tareas al Estado, disminuyendo así las erogaciones que por este concepto se deberían hacer. Se manejan, bajo un principio de democracia a través de la reunión de socios en

¹³ Barrera Graf Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983.

asambleas generales de accionistas y la adopción de acuerdos por mayoría de votos; sin embargo las grandes compañías que cuentan con miles de socios y que requieren la intervención y el gobierno de grupos técnicos selectos capitaneados por las mentes privilegiadas de los grandes hombres de negocios, se manejan por éstos, autocráticamente, es decir bajo un régimen que puede ser dictatorial, pero muy eficazmente, desde un punto de vista de organización, lo que los hace poder competir en los mercados nacionales e internacionales, con frecuencia con medios desleales, al ampliar sus actividades y monopolizar mercados, y en muchas ocasiones aplastar sin contemplación o absorber a las empresas pequeñas y de menor resistencia económica, a negocios medios y pequeños talleres de artesanos.

Los grupos de sociedades, tanto verticales como horizontales, o sea de organización jerárquica y de participaciones recíprocas, en aquel caso de reunión de varias de ellas, en el segundo caso, con intereses similares, para la concurrencia a los mercados y la distribución entre sí de tareas comerciales constituyen hoy por hoy un fenómeno de creciente importancia, no solo desde el punto de vista estrictamente económico, sino también político, y no meramente como fuente de problemas locales, sino también internacionales.

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

Toda esta estructura, esta vastísima y tan compleja organización, se basa en las sociedades y en los títulos que ellas crean; es decir descansa en las sociedades anónimas y en las acciones que emiten. Son estos los dos pilares de la economía capitalista contemporánea: la anónima y las acciones, que como títulos-valor, tienden a la circulación, y se ofrecen masivamente a los inversionistas, por medio de operaciones bursátiles en las casas de bolsa de todo el mundo.

CAPITULO III EL NEGOCIO SOCIAL

1.- REGULACION DEFINICION Y CONCEPTO DEL NEGOCIO SOCIAL EN DERECHO MEXICANO.

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

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

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

La norma anterior es la que concede, aparentemente sin más limitaciones que las que fija la parte final de la fracción V (que las asociaciones sea lícitas y que la ley -otra ley- no las desconozca), carácter de persona moral o jurídica al ente que surge del contrato de asociación o de sociedad. El siguiente artículo del mismo Código Civil del D.F., el 26, fija el principio de la competencia de las personas morales, "pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución", principio que contrasta con el de capacidad de otras personas que el derecho regula, las personas físicas, que, según el artículo

si son mayores de edad, "tienen la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley".

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

Por lo que se refiere a la definición de las asociaciones y de las sociedades, los artículos 2670 y 2688 Código Civil del D.F., definen ambos negocios: artículo 2670. "Cuando varios individuos convienen a reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no este prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación".

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

En relación a la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, el artículo 2695 del mismo Código Civil del D.F., preceptúa que "las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio".

Todas esas normas se aplican en forma directa a asociaciones y sociedades civiles, y en forma supletoria o complementaria a las asociaciones y sociedades mercantiles o civiles de carácter especial, en ausencia de disposiciones especiales y contrarias de las diversas leyes vigentes de dichas materias societarias. Así, el Código Civil del D.F. Es supletorio de la legislación comercial sobre sociedades (Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley de Sociedades Cooperativas, Ley de Sociedades de Inversión), y complementario de leyes civiles que reglamentan ciertas especies de las sociedades de esta naturaleza (v.g., la Ley Federal del Derecho de Autor, respecto de las sociedades de autores).

Sin embargo, la mayoría de esos preceptos del Código Civil del D.F. En la practican no se aplican literalmente, sino en forma restrictiva unas veces, y en otras apartándose de su texto.

Efectivamente, de la definición legal de la asociación (artículo 2670), parecería que no son tales asociaciones, primero, aquellos contratos en que no todas su partes (asociados),

fueran individuos, o sea, personas físicas, y sin embargo, existen en la práctica asociaciones que agrupan a otras e inclusive a sociedades (v.g., los consorcios ocultos, las asociaciones de productores), segundo, que tampoco constituiría una asociación la reunión transitoria de personas, y si en verdad esta clase de agrupaciones escapa a la esencia del negocio social, o sea, la finalidad común de carácter permanente, no debe excluirse como asociaciones (o como sociedades) las que se organicen por la consecución de un negocio, de una operación, o de una obra particular y concreta, "para la participación en las utilidades y en las pérdidas de una o varias operaciones de comercio", como permite el artículo 252 de la Ley General de Sociedades Mercantiles para aquella especie de asociaciones que es la Asociación en Participación, tercero en tampoco sería asociación aquella en la que el fin común de sus miembros tuviera carácter preponderantemente económico, por lo que la figura comercial antes eludida, la Asociación en Participación, no sería una asociación ni tampoco muchas otras que tienen tal finalidad preponderante, y que a diferencia de la Asociación en Participación, se consideran como asociaciones civiles, como son las asociaciones de profesionales, de automovilistas, de productores, etcétera.

En cuanto a la definición legal de la sociedad (artículo 2688) tampoco puede tomarse literalmente, primero, por que sociedades hay en la práctica que no pueden constituir un contrato (aún admitiendo el carácter contractual del negocio social en su fase constitutiva), como evidentemente sería la sociedad de un solo socio, segundo, por que en la ley y en la práctica se admiten sociedades -civiles y mercantiles- cuya finalidad no es preponderantemente económica, y menos que constituyan una especulación comercial, como las sociedades de beneficencia, deportivas, artísticas, etcétera, así como la sociedad conyugal (si en verdad ésta y otras como las mutualistas son sociedades o no, como creemos, un estado de comunidad de bienes, aquélla, y una asociación mercantil éstas.

Por lo que a personalidad moral atañe, no es cierto que se atribuya a toda asociación o sociedad civil o mercantil, ya que tratándose de las asociaciones, la ley se las niega expresamente (artículo 253 Ley General de Sociedades Mercantiles) a una especie de ellas, la Asociación en Participación, y en cuanto a sociedades, implícita pero claramente se les niega a las sociedades, civiles o mercantiles ocultas, es decir, a aquellas que no se inscriben en el Registro Público de la Propiedad (en el caso de asociaciones y sociedades civiles -artículos

2673y 2694 Código Civil del D.F.) o no se inscriben en el Registro de Comercio, ni se exteriorizan ante terceros en el caso de las sociedades mercantiles (2º., párrafos primero y tercero Ley General de Sociedades Mercantiles), así como la sociedad conyugal.

Finalmente la norma civil que limita la capacidad de las asociaciones y sociedades al ejercicio de los derechos necesarios para realizar el objeto de su institución (artículo 26 Código Civil del D.F.) que el artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles repite para las sociedades mercantiles, no siempre impide la validez de los actos regulados con exceso de dicho objeto, como se desprende del contenido del artículo 2716 Código Civil del D.F.

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

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

2.- CARACTERISTICA CONTRACTUAL.

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

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

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

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

En los fenómenos societarios simples o elementales, como son las asociaciones, las sociedades ocultas o internas, en la sociedad conyugal (si es que en ella estamos realmente en presencia de una sociedad, y no, como creemos, de una mera comunidad de bienes) si subsiste en gran medida, en efecto, el vínculo contractual, en esta etapa de funcionamiento, aunque, como en cualquiera de los otros casos, se trata de un negocio sui generis, plurilateral generalmente, de organización que, además, supone la creación de una entidad con propia personalidad, o cuando menos con cierto carácter de subjetividad, y con un patrimonio autónomo o separado de los socios que la constituyen.

3.- CARACTERISTICAS NO ESENCIALES

Al lado de las notas esenciales, otras de carácter accidental no necesario, suelen darse en la Sociedad. La primera, sería la exteriorización del ente que se crea, puesto que, si la sociedad supone la organización y una etapa de funcionamiento, tanto o más importante trascendente que la constitución misma, resulta su exteriorización, que parecería que también fuera esencial de la figura que analizamos. No es así, sin embargo, puesto que no puede negarse el carácter de sociedades a la que permanecen ocultas, sin manifestarse ante terceros.

En algún caso (Asociación en Participación), la Ley misma la escoge y reglamenta (artículos 253 y 254 Ley General de Sociedades Mercantiles), en otros las tolera, como en el

caso de los consorcios que se constituyan en contratos privados, y que sólo rijan entre las partes. Estas figuras anómalas, en cambio, carecen de una personalidad propia.

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

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

La segunda nota accidental esta constituida por la personalidad jurídica de la asociación o sociedad que se crea. Desde este punto de vista, en nuestro derecho cabría afirmar que la personalidad de la sociedad es también un requisito esencial, dado, por una parte, el alcance tan general del artículo 25 *Código Civil* del D.F., que reconoce como personas morales a "las Sociedades civiles o mercantiles" (fracción III) y a las "asociaciones que se propongan... cualquier fin lícito, siempre que no se fuesen desconocidas por la ley" (fracción IV)., y por otra parte, la atribución tan amplia de personalidad que ofrecen los artículos 2º., que citamos antes, y 250 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que reconoce personalidad a toda sociedad extranjera que opere en México. No obstante, asociaciones como la Asociación en Participación (artículo 253 Ley General de Sociedades Mercantiles), y sociedades como la conyugal (ex - artículos 2673, 2694 *Código Civil* del D.F., y 2º., párrafo tercero Ley General de Sociedades Mercantiles), a las que expresa, o implícita pero muy

claramente, nuestro ordenamiento niega personalidad, se considera como sociedades válida y fundadamente.

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

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

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

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

Pues bien, es cierto que el principio de la autonomía de la voluntad, que en forma amplia -aunque cada vez menos- se reconoce en materia contractual, sufre serias limitaciones tratándose de sociedades, y que, concretamente los particulares no pueden crear nuevos tipos de sociedades mercantiles de los que el derecho positivo regula, empero, hay sociedades constituidas como civiles que se convierten en mercantiles, no solo cuando adoptan una forma o tipo de sociedad mercantil (colectiva, anónima, etcétera), sino también cuando tengan una

finalidad especulativa (ex - artículo 2688 Código Civil del D.F.), aunque no adopten ninguno de los tipos del artículo 1º. Ley General de Sociedades Mercantiles, como también es ineludible que en nuestras prácticas de negocios asociaciones atípicas no reglamentadas legalmente y sociedades que no corresponden a ninguna de las del catálogo legal (como pueden ser los grupos de sociedades, los consorcios, la sociedad unimembre).

Ahora bien, las nuevas prácticas económicas, la necesidad de otorgar protección a la pequeña y median empresa, la ayuda que debe presentarse a ciertas actividades comerciales nacionales, como la navegación marítima (en donde existe una forma especial de copropiedad del navío, a través de la división del derecho de propiedad en cien quirates, artículo 112 Ley de Navegación y Comercio Marítimo), o la minería (en nuestra tradición se daba en las sociedades mineras la división del capital en barras) hace que el derecho invente nuevas figuras, como es el caso en España de las sociedades de garantía recíproca (Ley del 26 de julio de 1978), creadas a imitación de los franceses de garantía mutua (Ley del 13 de marzo de 1917), en las que se otorga a sus socios garantías (aval o cualesquiera otras), respecto a operaciones que realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean partes. En Francia, el "informe del Comité de estudios" presidido por Pierre Sudreau (informe sudreau), propone la creación (o le reconocimiento y regulación) de tres nuevas especies de sociedades: a) la de trabajadores en que sólo haya aportaciones de trabajo y cuotas de los socios y contribuciones de terceros (que es ya el caso entre nosotros de las sociedades de solidaridad social), b) las sociedades de gestión administrativa en otras sociedades, con derecho a estas a la cogestión y participación de utilidades, y c) las sociedades mercantiles no lucrativas (que nuestro derecho permite y que existen en la práctica).

4.- CARÁCTER CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD

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

Como contrato que es, suele estar precedido de tratos entre los futuros socios, inclusive, de una previa asociación (mercantil) entre ellos, sin personalidad jurídica y con la finalidad exclusiva o preferente de constituir la sociedad, o bien, de un contrato preliminar de sociedad en el que se fijan las bases del futuro contrato y se convienen las cláusulas esenciales de la sociedad que se planea (finalidad, socios capital) (en la práctica norteamericana se habla de un Memorandum of understanding), figuras harto interesantes un tanto descuidadas en nuestra Ley General de Sociedades Mercantiles.

Hay acuerdo de voluntades de los socios para crearla y para destinarla a la consecución de un fin, que es común a todos ellos, precisamente por el carácter contractual del negocio constitutivo es que podemos y debemos hablar de un concepto genérico y unitario del negocio social, o sea, que como sostiene Galgano, no toda colectividad organizada para la realización de un fin común es, Jurídicamente, un fenómeno asociativo sino sólo aquellas que nazcan de un pacto contractual. Donde, esta nota contractual, no solo es esencial a la sociedad, latu sensu, sino que permite excluir de su regulación a fenómenos colectivos a contractuales como sería la copropiedad o la comunidad y la empresa.

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

La teoría del acto colectivo y del acto complejo de la doctrina alemana (Kuntze, Lehmann), analizada en Italia por Rocco, Ferrara, Mossa, fue adoptada principalmente por Messineo, y combatida vigorosamente por Ascarelli y Auletta, apoya el carácter contractual de la sociedad, inclusive en su fase operacional. Nosotros no acogemos este último punto de vista,

por razones que enseguida damos, solo adoptamos la denominación de negocio complejo que, en realidad, constituye una mera paráfrasis, un expresión gráfica de esa complicada y abstrusa realidad que es la sociedad, la cual, si bien nace de un contrato se separa y aparta de esta figura jurídica, cuando la sociedad actúa (es decir, cuando cumple su misión), cobra vida y establece relaciones -de varios tipos -, no solo con sus socios, sino con sus administradores y con quienes la vigilan y controlan, y sobre todo, con terceros.

La tesis contractual para explicar la génesis del negocio constitutivo también ha sido negada. Para adherirnos a ella partamos de una afirmación incontrovertible cualquiera que sea su valor, a saber, que nuestro derecho positivo, sus antecedentes en México y los ordenamientos extranjeros que más han influido entre nosotros (España, Francia, Italia), sostienen uniformemente el carácter contractual de la sociedad.

5.- LA SOCIEDAD COMO CONTRATO EN NUESTRO DERECHO

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

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

El Código de Comercio De 1890, aún vigente - aunque no en materia de sociedades que está regida por la Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 -, también reconoce el

"contrato de sociedad" (artículos 93 y 109), aunque solo sea en su fase constitutiva., y lo mismo hace esta última ley, que habla del contrato social en múltiples disposiciones artículos 2º. Párrafo cuarto, 7º, 32, 34, 46, 70, 82 a 85, 112, 114, 125 VIII, 130, 136, 137, 242), también para referirse al negocio constitutivo y nunca, en cambio, a la etapa de su funcionamiento.

En el derecho español, la legislación civil atribuye también tal carácter a la sociedad (C. Civ. De 1889, artículo 1665), y lo mismo sucede con los Códigos de Comercio de 1829 (artículo 264) y con el de 1885 en vigor (artículo 116). La vigente Ley de sociedades anónimas, del 17 de julio de 1951, admite el carácter contractual, en los artículos 9 y 10 a la fundación simultánea "o por convenio", en cambio, nada se dice en relación con la fundación sucesiva. Es también omisa la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada del 17 de junio de 1953.

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

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

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

6.- OBJECIONES A LA TESIS CONTRACTUAL

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

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

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

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

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

Además la interpretación literal de nuestro artículo 1792 permite afirmar -como en otra parte lo hemos dicho -, que al hablar dicha norma de personas ("una o más personas"), en

realidad alude a "partes" , como sendos centros de interés, lo que resulta dudoso en la disposición del Código galo, ya que la persona o personas a que alude deben estar en oposición unas de otras, y es así, solo caben dos centros de interés, dos partes que actúen recíprocamente, una frente a la otra aunque cada una de estas se forme por una o más personas.

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

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

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

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

con finalidades contrapuestas, en el primero, de un contrato bilateral o plurilateral, de prestaciones paralelas, y con una finalidad común. Así es actualmente en todos los derechos, así ya era en el derecho romano y también en el derecho intermedio.

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

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

7.- LA SOCIEDAD COMO CONTRATO Y COMO INSTITUCION

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

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

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

8.- ESTRUCTURA DEL NEGOCIO SOCIAL. LAS PARTES QUE LO INTEGRAN

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

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

Es cierto que algunas asociaciones, y ciertas sociedades se constituyen con dos partes, o sea que siempre, o en su origen, son negocios bilaterales, pero también es cierto que, por una parte, la existencia de varios socios, de más de dos, no es esencial, y por la otra, que normalmente, por tratarse de un negocio abierto, pueden entrar a formar parte del otro u otros socios.

En la asociación en participación, la definición legal (artículo 252 Ley General de Sociedades Mercantiles) habla de que "una persona concede a otras que le aporten bienes y servicios una participación en las utilidades y en las pérdidas", y así como el asociado constituye siempre una sola parte, esas otras personas asociantes -si son varias- no constituyen sendas

partes, sino una sola, en cuanto que se trataría de un único centro de intereses, y que siendo así, la A en P siempre sería un contrato bilateral. En tal caso frente al único asociado existiría solo una parte asociante, aunque ella fuera plurisubjetiva.

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

Por una parte, la sociedad misma organizada forma un núcleo de intereses propio (el interés común de los socios), que pueden ser distinto y hasta opuesto al personal y particular de cada uno de sus miembros y por la otra, todos y cada unos de los socios se vinculan con la sociedad creada, no solamente en virtud de las obligaciones de aportación que asumen (de dar o de hacer) del contrato social, sino también por que el interés propio de cada uno de ellos se une o funciona para formar el interés o fin social, y se crean relaciones internas de la sociedad con sus socios, desde el ingreso de éstos, al constituirse la sociedad, y posteriormente, que subsisten mientras el socio forme parte del ente y permanezca como tal, o sea, hasta que seda o transmita sus derechos de socio (su calidad o status de socio), hasta su retiro o separación de la sociedad, o hasta que ella se liquide.

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

sociedades sin personalidad, en los negocios que celebre una de las dos partes será la comunidad de socios.

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

Pero aún en los casos de sociedades sin personalidad, existiría, respecto a los socios, un núcleo autónomo separado, o sea un centro de interés patrimonial destinado a la consecución de la finalidad social, y las relaciones de los socios se establecerían, si son con una persona jurídica, sí con el conjunto de los socios que sería el titular del patrimonio separado (v.g. el conyugal o consorcial), y cada uno de los comuneros tendría que anteponer el interés de la comunidad a su propio interés personal (artículo 943 C.Civ.).

Pues bien, la nota distintiva de la sociedad respecto de otros contratos consiste, tanto en ser un negocio plurilateral, como en que el ente, persona moral, o mera colectividad subjetivada y organizada como estado de comunidad o de copropiedad, constituya u centro autónomo. Aquella nota -plurilateralidad- diferencia al contrato de sociedad de los contratos de cambio, ésta, o sea la creación de una persona o la constitución de un patrimonio separado, distingue al contrato de sociedad de cualquiera otros contratos o negocios, plurilaterales, pero no asociativos, como la copropiedad, la delegación acumulativa, el transporte combinado, el reaseguro, la comunidad hereditaria, la masa activa de la quiebra, para sólo hablar de fenómenos o instituciones de derecho privado.

La calificación del ente mismo como parte del negocio de sociedad debe también desecharse al considerar que a ésta -tenga o no personalidad- no se le puede atribuir una nota que es esencial del carácter de parte y de la naturaleza del contrato, como es el consentimiento (artículo 1794, fracción I C. Civ.), ya que en la sociedad este es sólo la suma o adición de las voluntades de los socios. A ese consentimiento propio de la sociedad, que se expresa mediante la decisión de sus órganos y de sus representantes legales o estatutarios y que se manifiesta a través del voto (expresión del consentimiento del socio, o del administrador), y que explica fenómenos ajenos a la noción tradicional del contrato, como son, por ejemplo, los contratos colectivos y los contratos - ley del derecho laboral, puede ser

opuesto tanto el consentimiento (el voto) de la minoría formada por los socios que hubieran votado en contra del acuerdo adoptado (socios disidentes) o que no hubieran emitido su voto en el sentido del acuerdo social (socios abstencionistas y ausentes), como también el de la mayoría, cuando el órgano de administración o el representante (gerente o director general) de la sociedad, al margen de la voluntad mayoritaria de los socios, sea quien tome las decisiones sociales, en los casos que plantea la práctica actual de sociedades anónimas del predominio de la gestión sobre la propiedad de los socios del capital social.

9.- EL OBJETO DEL NEGOCIO SOCIAL.

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

El objeto, o sea las prestaciones de los socios - aportaciones -, es el elemento esencial del contrato de sociedad strictu sensu, y se establece legalmente, tanto respecto a sociedades civiles (artículo 2693, fracción IV Código Civil del D.F.), como mercantiles (artículo 6º, fracción VI Ley General de Sociedades Mercantiles), aunque el legislador incurra en un error, que es común en el derecho comparado, o sea, hablar del objeto como fin o causa de la sociedad. Sin embargo, en cuanto que los bienes, derechos y servicios en que consistan las aportaciones de los socios están destinados al cumplimiento de la finalidad de la sociedad, ambas notas se relacionan entre sí, como se desprende claramente de la definición del artículo 2688 C. Civ: combinación de recursos y esfuerzos para cumplir un fin común.

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

misma, está formado por la suma de las aportaciones que constituyen el patrimonio original de la sociedad, y que integren capital social.

Por lo que se refiere al objeto de la relación jurídica sociedad, rigen los principios y las reglas de los contratos bilaterales (artículos 81 Código de Comercio y 1858 Código Civil del D.F.), o sea la rescisión o el cumplimiento forzoso en caso de incumplimiento (artículo 1949 Código Civil del D.F. Y 376 Código de Comercio), aunque con características peculiares según se desprende de los artículos 118 y 121 Ley General de Sociedades Mercantiles, la anulabilidad de la aportación respectiva, en los casos de vicios (artículo 2225 Código Civil del D.F. Y en cuanto a falta de formalidades, artículo 79, fracción I Código de Comercio), la exceptio inadimpleti contractus (ex artículo 1836 por lo que se refiere a la reciprocidad de las obligaciones entre las partes, empero, estos principios no afectan a la sociedad misma, dado su carácter plurilateral, o sea, que aún cuando se rescinda o se anule la aportación de uno o más socios, la sociedad subsiste, se reducirá su capital o disminuirá su patrimonio con el valor de la aportación afectada. Cuando más, al salir dañada la sociedad, por ejemplo porque al rescindirse o anularse la participación de un socio, el número de ellos sea menor que el mínimo legal, o por que el bien materia de la aportación que se anule resulte esencial e insustituible para el cumplimiento de la finalidad de la sociedad (v.g., una determinada patente), o, por último, por que el capital social reducido resultara inferior al fijado en los estatutos o al mínimo legal, la sociedad tendría que disolverse y liquidarse (artículo 229 Ley General de Sociedades Mercantiles), lo que obviamente es una solución distinta a la nulidad y a la rescisión, y resulta inaplicable a las relaciones recíprocas con los socios.¹⁴

10.- EL FIN O LA CAUSA DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS

La finalidad de la sociedad estriba tanto en el propósito que se le fije, de carácter económico o de otra índole, para ser cumplido a través de la organización que le sea propia, y con los medios que los socios hayan aportado y que ella misma adquiera., como en el interés común que los socios hayan tenido para constituirla o para ingresar a ella posteriormente. Aquel concepto del fin o causa de la sociedad tiene en cuenta, no solo el mencionado propósito

¹⁴ Barrera Graf Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano. Universidad Nacional Autónoma de México México 1983

(que se refleja en la cláusula del contrato social, artículo 2693 fracción II Código Civil del D.F., y 6º., Fracción II LGSM), sino su realización, a través de la actividad, del funcionamiento de la sociedad, etapa durante la cual, asimismo se tratará de cumplir el fin común de los socios.

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

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

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

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

CAPITULO IV PATRIMONIO AFECTACION

SITUACION JURIDICA DE LOS BIENES AFECTOS A ALGUNA SITUACION JURIDICA PATRIMONIAL ESPECIAL.

El patrimonio generalmente se le define tomando en consideración el fin que en un momento dado puedan llegar a tener un conjunto de bienes con relación a un fin jurídico determinado, y que en virtud del mismo fin dichos bienes se organizan de una manera autónoma. Debido a lo anterior, siempre vamos a encontrar un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, ya sea de naturaleza jurídica o económica estaremos en presencia de un patrimonio por cuanto que se constituye como una masa independiente y autónoma organizada jurídicamente en forma especial, tal como sucede con el patrimonio de familia y con el fideicomiso.

1.- EL FIDEICOMISO.- Cualquier explicación que gire en torno a las características distintivas del fideicomiso, hace referencia a su aspecto patrimonial. Así, bien se desdobra la propiedad que era única en el fideicomitente, bien se crea un patrimonio carente de titular, o bien, se transmite plena o limitadamente a la fiduciaria el dominio de los bienes. Mas aún, el concepto mismo que la ley ofrece señala que "por virtud del fideicomiso, el fideicomitente *destina* ciertos bienes...".

De ello se desprende que el aspecto patrimonial del fideicomiso, es de vital importancia para su estructura misma y que, consecuentemente, resulta ineludible hacer una serie de comentarios relacionados con el aspecto medular del mismo; esto es, tratar establecer cual es la situación jurídico-patrimonial en que se encuentran los bienes fideicomitados durante la vigencia del fideicomiso.

Recordemos que categóricamente hemos descartado la posibilidad de que como consecuencia del fideicomiso o de cualquier otra figura, se llega a crear un patrimonio o una masa de bienes, que carezcan de titular, por ir ello contra el principio elemental consistente en que no puede existir derecho subjetivo sin derechohabiente ni obligación sin obligado.

En consecuencia, el problema correspondiente del régimen aplicable a los bienes fideicomitidos, se hace consistir en determinar si estos llegan a formar un patrimonio distinto de los patrimonios personales correspondientes a cada uno de los sujetos del fideicomiso, y en su caso, cuál o cuales de ellos es o son titulares, o si, por el contrario se trata simplemente de una masa de bienes afectos a un fin, supuesto en el cual, cabe también realizar algunas consideraciones para procurar determinar si el fideicomitente conserva en mayor o menor medida la propiedad sobre ellos o bien, los transmite en realidad a la fiduciaria sin reserva ni limitación alguna.

A). - LOS PRINCIPIOS DEL PATRIMONIO PERSONALIDAD. - Se define reiteradamente al patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero que pertenecen a una persona y que forman una unidad.

Derivan de ello cuatro características que son:

- a) se trata de un conjunto de derechos y obligaciones, es decir, forman parte del patrimonio tanto el activo como el pasivo del mundo económico del sujeto;
- b) Los derechos y obligaciones que integran al patrimonio tienen como centro de imputación a una sola persona, esto es, cada persona cuenta ni más ni menos que con un patrimonio;
- c) existe una interdependencia y acoplamiento tales entre los derechos y obligaciones que integran el patrimonio, que la suma de todos se traducen en una sola unidad, que es el patrimonio mismo, y la salida de un derecho o de una obligación de la unidad de que forma parte, no le afecta a este último.

Como se requiere que los referidos derechos sean apreciables en dinero, se excluyen del patrimonio una serie de derechos y obligaciones no valorizables, como son una buena parte de los derechos de familia, los derechos de la personalidad, etc.

La corriente más difundida que explica al patrimonio corre a cargo de la escuela de Exégesis; se le conoce como teoría tradicional o teoría del *patrimonio-personalidad*; denominada así por la relación tan íntima habida, según sus exponentes, entre la persona y su patrimonio; su esencia la encontramos en los puntos siguientes:

1º Solo las personas pueden tener un patrimonio. Las personas son, por definición, los seres capaces de ser sujetos activos o pasivos de los derechos; por consiguiente sólo ellas tienen aptitud para poseer bienes, o para tener créditos u obligaciones.

2º Toda persona tiene necesariamente un patrimonio. Una persona puede poseer muy pocas cosas, no tener ni derechos ni bienes de ninguna especie; y hasta como ciertos aventureros, no tener más que deudas; sin embargo, tiene un patrimonio. *Patrimonio* no significa riqueza; un patrimonio no encierra necesariamente un valor positivo; puede ser como una bolsa vacía y no contener nada.

3º Cada persona no tiene más que un patrimonio. El patrimonio es uno, como la persona; todos los bienes y todas las obligaciones forman una masa única. Este principio de la unidad del patrimonio sufre, sin embargo, algunas restricciones; hay instituciones excepcionales que operan en el patrimonio una especie de división y que hace de él dos masas distintas. El derecho civil ofrece como ejemplos de estos casos el beneficio de inventario, concedido al heredero y el beneficiario de separación de patrimonios, concedido a los acreedores de una persona difunta. Estos dos beneficios tienen por resultado separar ficticiamente en las manos del heredero dos masas de bienes: sus bienes personales y los bienes que recibió del difunto, de modo que parece que el heredero tiene dos patrimonios.

4º El patrimonio es inseparable de la persona. En tanto que la persona vive no se puede producir ninguna transmisión de su patrimonio a otra persona; no puede enajenar más que los elementos, uno después de otro. Su patrimonio considerado como universalidad no es sino la consecuencia de su propia personalidad y siempre permanece necesariamente unido a ella. Es por esto por lo que todas las transmisiones que se hacen intervivos son a título particular. La transmisión de la universalidad del patrimonio no puede hacerse sino después de la muerte de una persona; en el momento de la defunción el patrimonio del difunto es atribuido a sus sucesores que son los únicos que pueden sucederlo a título universal.

Carácter propio del patrimonio. Los bienes y las obligaciones contenidas en el patrimonio forman lo que se llama una universalidad de derecho. Esto significa que el patrimonio constituye una unidad abstracta distinta de los bienes y de las obligaciones que lo componen. Estos pueden cambiar, disminuir, desaparecer enteramente y no así el patrimonio que queda siempre el mismo, durante la vida de la persona.

B).- TEORIA DEL PATRIMONIO AFECTACION.- Precisamente esa posibilidad de que existan varias masas independientes de bienes, cuyo común denominador y caracteres distintivos a la vez, sean su destino a la obtención de ciertos fines económicos-jurídicos, es lo que ha dado lugar a que surja una nueva teoría que pretende explicar el patrimonio. Es la teoría del patrimonio-afectación.

El patrimonio actualmente se ha definido tomando en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma. De esta suerte, siempre encontraremos un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determinado, sea de naturaleza jurídica o económica estaremos en presencia de un patrimonio por cuanto que se constituye como una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial, tal como sucede con el patrimonio de familia.

De una situación así se desprende que una persona puede tener tantos patrimonios como grupos de bienes que destine a la consecución de otros tantos fines, siendo titular de todos y cada uno de ellos.

Pues bien, será suficiente con detenernos nuevamente en la redacción de algunos artículos rectores del fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, para ver que todas las ideas vertidas en torno al patrimonio afectación, le son aplicables a la masa fideicomitada.

C).- EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

a) **TITULARIDAD DE LA FIDUCIARIA.-** Existe la opinión generalizada de considerar que la institución fiduciaria es la titular de los bienes fideicomitados.

Así por ejemplo, para Cervantes Ahumada "... el fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se atribuye al fiduciario para la realización de un fin determinado..." lo que explica más adelante diciendo que por patrimonio autónomo entiende el que "es distinto de otros, distinto sobre todo, de los patrimonios propios de quienes intervienen en el fideicomiso... el fiduciario es titular no propietario... Por titularidad se entiende la cualidad jurídica que determina la entidad

de poder de una persona sobre un derecho o pluralidad de derechos dentro de una relación jurídica”.

De la aseveración anterior podemos obtener un resultado positivo consistente en que la fiduciaria es, en efecto, la titular de los bienes fideicomitidos; es decir, a ella corresponde el carácter de sujeto activo de todos los derechos y acciones relacionados con tales bienes; sin embargo, como en la opinión a que se ha referido no se alude a la suerte que corre el derecho de propiedad del fideicomitente sobre los repetidos bienes, sino por el contrario, cuando lo mencionan es con el objeto precisamente de que no vaya a ser confundido con la titularidad.

b).- CONSERVACION DE LA PROPIEDAD POR EL FIDEICOMITENTE.- Afirmamos con anterioridad, en primer término, que el fideicomitente transmitía a la fiduciaria, a consecuencia del fideicomiso, el derecho de disposición que formaba parte de su propiedad sobre los bienes fideicomitidos, pero limitado ese derecho a ser ejercitado únicamente en la medida que lo señalaran los fines dispuestos por el propio fideicomitente; fue considerado en segundo lugar que el fideicomitente conservaba cuando menos parte del derecho de propiedad sobre tales bienes, que podría ser, inclusive, todo el derecho de propiedad sobre los mismos, sólo que en estado latente.

En suma, consideramos que destinar determinados bienes en fideicomiso, trae como consecuencia el desmembramiento del derecho de propiedad que hasta ese momento se ejercía sobre ellos, pero al contrario de lo que sucede cuando se constituye el derecho real de usufructo, el de uso o el de habitación, por los que se transmite el derecho de poseer o de disfrutar, en su caso, si se trata de la constitución de un fideicomiso lo que se transmite a la fiduciaria mediante ese acto de disposición que consiste en fideicomitir ciertos bienes o derechos, es precisamente el derecho de disposición que por la propiedad se tiene sobre ellos.

Así pues, por medio del ejercicio de la facultad que se tiene de disponer de una cosa o de un derecho, se transmite ese mismo derecho a la fiduciaria, la que ejercita ese derecho de disposición de acuerdo con las instrucciones recibidas, para la consecución del fin que se trate.

En esas condiciones, precisamente por habersele transmitido el derecho de disponer del bien, es que la fiduciaria está facultada y además debe, en ejecución del fideicomiso y si así se los encomendaron realizar todos los actos de disposición que sean necesarios para el logro

del fin del fideicomiso, como pueden ser: ceder, vender, permutar, donar, administrar, dar en arrendamiento, hipotecar, constituir servidumbre, etc.

De inmediato puede surgir, razonablemente, la objeción en el sentido de que tratándose de usufructo, uso o habitación, el constituyente propietario se reserva la nuda propiedad, y en cambio si se trata de un fideicomiso, además de transmitir sólo el derecho de disposición, como afirmamos, el fideicomitente no se reserva el derecho de usar y disfrutar del bien fideicomitado.

2.- EL PATRIMONIO FAMILIAR.

I.- CONCEPTO.- El concepto de patrimonio de familia no significa que exista un patrimonio distinto de los de sus miembros, como si la propia familia constituyera una persona moral.

El patrimonio de la familia, como lo llama nuestro Código Civil, debe entenderse como el conjunto de bienes afecto a un fin, que pertenece a algún miembro de la familia a la que beneficia y, en ocasiones, a un tercero.¹⁵

II.- BIENES OBJETO DEL PATRIMONIO FAMILIAR.- Para la constitución del patrimonio familiar sólo pueden ser afectados:

La casa habitación en que viva el grupo familiar y, en algunos casos tratándose de bienes rústicos, una parcela cultivable, cuyo valor estará limitado a 3650 veces el salario mínimo diario para el Distrito Federal. Ahora bien, la constitución del patrimonio de familia no transmite la propiedad de los bienes a los miembros de ésta, ya que el que lo constituye conserva su propiedad; los miembros de su familia sólo tienen derecho al usufructo de los bienes afectados, por lo tanto, únicamente tienen derecho al uso de la casa y a disponer de los frutos.

¹⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México. 1990.

III.- EFECTOS RESPECTO DE LOS BIENES Y PERSONAS.- Esta institución, creada con el fin de dar protección a los miembros de una familia, tiene una característica dominante:

1.- el patrimonio familiar no puede ser vendido ni gravado por su propietario, ni puede ser embargado por sus acreedores mientras esté afecto al fin para el que se constituye, que es el de garantizar la habitación y alimentos a los acreedores alimentarios.

2.- De aquí que solo tengan derecho a usufructuar el patrimonio familiar:

a).- El cónyuge del que constituye el patrimonio; y

b).- Los que tengan derecho a alimentos.

IV.- CONSTITUCION, AMPLIACION, DISMINUCION Y EXTINCION.- Para constituir el patrimonio familiar se requiere de declaración judicial, a fin de que ésta sea inscrita en el Registro Público de la Propiedad y surta efectos ante terceros; para ello, deben probarse ante el juez:

1.- La existencia de la familia;

2.- La propiedad de los bienes;

3.- El valor de los bienes dentro del límite permitido;

4.- La capacidad del constituyente para disponer de sus bienes.

Toda vez que los bienes del patrimonio de la familia salen de la circulación, éste no puede formarse en fraude de acreedores.

Por otra parte, cuando los bienes del patrimonio familiar provienen de terrenos que el gobierno ha destinado para su constitución, ésta se hace por la vía administrativa y la resolución correspondiente también se inscribe en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

La ampliación y disminución del patrimonio de familia están directamente vinculadas al valor de los bienes que lo constituyen; así, cuando el mismo disminuye del valor máximo legalmente establecido, el patrimonio puede ser ampliado previa aprobación judicial, y puede ser reducido cuando el citado valor haya aumentado en más de cien por ciento del máximo autorizado, o bien cuando la disminución resulte benéfica para la familia.

Por lo que hace a la extinción del patrimonio familiar, ésta procede cuando:

- 1.- Cesa la necesidad de los miembros de la familia;
- 2.- Dejan de habitar la casa por más de un año o cultivar la parcela por más de dos años;
- 3.- Exista necesidad o notoria utilidad en su desaparición;
- 4.- Los bienes sean expropiados.

En todos los casos de aumento, disminución y extinción del patrimonio de familia debe darse intervención al Ministerio Público y decretarse por la autoridad judicial.

De las consideraciones realizadas en los apartados precedentes, debemos concluir que los bienes fideicomitidos y afectados en patrimonio familiar integran una masa de bienes cuyo conjunto forma una universalidad jurídica, que es a su vez, una fracción del patrimonio de una persona.

CAPITULO V SOCIEDADES IRREGULARES

1.- CONSTITUCION REGULAR E IRREGULAR DE LA SOCIEDAD.

La multiplicidad de exigencias legales para la creación de una sociedad mercantil tiene como resultado que, en muchas ocasiones, se descuide satisfacer algunas de ellas, lo que provoca la irregularidad de la sociedad.¹⁶

Por sus características, la sociedad es una figura compleja, formal y con múltiples partes. De ella se distinguen dos etapas, la de formación o creación y la de funcionamiento; dicha institución se encamina a relacionarse con terceros y a tener múltiples relaciones jurídicas, la protección de los derechos de éstos, son un factor importantísimo cuando se examinan las situaciones irregulares en que se pueda incurrir en la creación y en el funcionamiento de la sociedad.

Cuando se da la constitución plena o regular de las sociedades, hablamos pues de sociedades regulares, es decir, sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles, que se caracterizan por inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, adquiriendo por ello, personalidad jurídica propia, distinta de la que corresponde a la de sus integrantes (Artículo 2º párrafo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles), carácter de comerciante (Artículo 3º fracción II del Código de Comercio) y negocio inanulable (Artículo 2º párrafo segundo de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

En contraposición a la constitución regular, existe la sociedad irregular, que es aquella que sin estar inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio se exterioriza frente a terceros como si fuera una sociedad regular constituida conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles, la diferencia entre ambas figuras es de carácter extrínseco y no esencial, consiste en exteriorizarse y ostentarse, no por la inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, ya que esto es el sistema de publicidad legal, sino en virtud de los negocios jurídicos que celebre con terceros que sepan que contratan con una sociedad mercantil.

¹⁶ MANTILLA MOLINA, Roberto L.: Derecho Mercantil, introducción y conceptos fundamentales sociedades, 17ª ed., México, Edit. Porrúa, 1977, p. 227

SOCIEDADES INCOMPLETAS Y SOCIEDADES DURMIENTES.

En entre los extremos de la sociedad regular y la sociedad irregular, caben situaciones intermedias, en que a pesar de que se incurran en irregularidades de carácter formal (la principal es la falta de escritura social), o de funcionamiento, y se haya atendido a su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. En estos casos, seguirá hablándose de una sociedad regular, aunque adolezca de omisiones y de irregularidades distintas a la falta de registro, y se insiste en que es la que configura y distingue a la sociedad irregular.

Casos de esas situaciones irregulares, aunque se trate de sociedades regulares, son las sociedades incompletas, o sea aquellas que les falte algunos o algunos de los requisitos legales de la escritura y que se encuentran comprendidos en las siete primeras fracciones del artículo 6° de la Ley General de Sociedades Mercantiles, o de los enumerados en los artículos 91 para la Sociedad Anónima de la misma Ley, y las sociedades durmientes que se constituyen regularmente y se inscriben, pero que no funcionan, sino que quedan en estado de invernación. En esos casos, se producen los efectos de las sociedades regulares: Atribución legal de personalidad jurídica, estado de comerciante, inanulabilidad del negocio.¹⁷

LA SOCIEDAD OCULTA.

Puede darse el caso de una situación social irregular, distinta a la sociedad regular y la sociedad irregular, en la que no exista forma alguna de publicidad; es decir no la publicidad legal ni la registral, y tampoco la exteriorización de la sociedad ante terceros; se trata de la sociedad oculta o no manifestada, que carece de los atributos de las sociedades regulares e irregulares: no adquiere personalidad jurídica propia, no asume el carácter de comerciante, y el pacto o contrato social solo tiene alcance y validez interna entre los socios.

LA SOCIEDAD UNIMEMBRE.

Las sociedades con un solo socio o accionista no están reconocidas en derecho mexicano, tanto por que al tiempo de su constitución requieren de la presencia de dos o más

¹⁷BARRERA GRAF, Jorge: Instituciones de Derecho Mercantil, generalidades, derecho de la empresa, sociedades. México, primera reimpresión Editorial Porrúa. 1997. p 334.

socios; esto se desprende de diversos preceptos legales que siempre usan una denominación colectiva tratándose de los socios. A pesar de dicho régimen prohibitivo, las sociedades con un solo socio o accionista existen y son cada vez más. Lo que pasa es que para tener la necesaria pluralidad de integrantes que exige la ley, se acude a prestanombres o testaferros, que es una forma de representación indirecta en que el representante obra a nombre propio pero por cuenta (oculta) del representado. Este es un caso de simulación fraudulenta, pero en este caso la sociedad así integrada es válida.

Es recomendable el reconocimiento legal y la reglamentación adecuada de estas sociedades de un solo socio. En derecho italiano (Artículo 2362 Código Civil Italiano), en el caso de las sociedades por acciones que resulten insolventes, se impone al único accionista responsabilidad ilimitada.¹⁸

2.- FALTA DE REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.

La irregularidad del contrato social que consistiera en la falta de consentimiento de todos los socios, o de las aportaciones que ellos deben dar o hacer a la sociedad, haría que dicho contrato fuera inexistente como tal, según dispone el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable a todo tipo de negocios jurídicos.

Ahora bien, que eso sucediera, no impediría que si existiera y se configurara otro negocio jurídico, el cual estuviera de acuerdo con la correcta interpretación de la voluntad de las partes. Esto podría acontecer en el caso de la falta de aportaciones; habría aquí una conversión del negocio jurídico. Lo mismo podría ocurrir en caso de falta de consentimiento de todos los socios respecto a la constitución de un contrato social, cuando en realidad solo se tratara de una simple copropiedad, o de un negocio afín a la sociedad, como pudiera ser el contrato de aparcería de tierras o ganado.

La ausencia de consentimiento de todos los socios es realmente una hipótesis de laboratorio, porque no es concebible que ningún socio aparezca, o que los que se indiquen en la escritura social no hubieren consentido en formar parte de la sociedad; inclusive en la

¹⁸ BARRERA GRAF, Jorge: Instituciones de Derecho Mercantil, generalidades, derecho de la empresa, sociedades. México, primera reimpresión. Editorial Porrúa. 1997 p 335

sociedades meramente verbales,¹⁹ el pacto supone forzosamente la presencia de partes o socios. En cambio, la falta total de aportaciones, no solo es posible sino frecuente (en las llamadas *sociedades de papel*), cuando dos o mas socios simulan aportar bienes o servicios, sin que en realidad entreguen cosa alguna o presten servicio de ningún genero a la sociedad, en tal caso, se trataría de una simulación absoluta, que nada tendría de real (Artículo 2181 del Código Civil para el Distrito Federal), por lo que ningún efecto produciría la sociedad. Pero también puede pasar, y ello es frecuente en la práctica por la falta de control externo respecto al funcionamiento de las sociedades, así como por la ausencia de órgano de vigilancia en todos los tipos de sociedades, con excepción de la Sociedad Anónima y de la Sociedad en comandita por Acciones (y también en éstas, en cuanto a que dicho órgano es totalmente ineficaz), que las aportaciones de bienes que hicieran los socios ante el notario al momento de la constitución se les devuelva posteriormente. En tal supuesto, no se hablaría ya de inexistencia del contrato de sociedad, sino de actos ilícitos, e inclusive delictuosos, cometidos por los socios y los órganos de administración y de vigilancia de la sociedad.

Si solamente faltara el consentimiento o la aportación de alguno o algunos socios, el negocio social cobrará existencia si a pesar de dichas omisiones se inscribiera en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio (sociedad regular), o en defecto de inscripción, si la sociedad se ostentara ante terceros y celebrara con ellos negocios (sociedad irregular). En estas hipótesis, puesto que la sociedad ya tendría personalidad propia, o bien la omisión se sanaría en cuanto se detectara, y desaparecería así esta irregularidad o la sociedad tendría que liquidarse en los términos de la Fracción II del artículo 229 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Es posible y también es frecuente que, como ha quedado dicho, que alguno o varios de los socios actúe como testafierro o prestanombre de otro u otros; esto sucede principalmente en la Sociedad Anónima que exige dos socios para su constitución y para operar. Pues bien repetimos, salvo que se trate de una maniobra dolosa o fraudulenta, o que la ley prohíba esta práctica, como sucede con las sociedades mexicanas sujetas a la Ley para promover la

¹⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil, introducción y conceptos fundamentales sociedades, 17ª ed., México, Edit. Porrúa, 1977, n. 305 p. 234.

mexicana y regular la inversión extranjera en su artículo 31, esta práctica no es ilegal, y en manera alguna supone falta de consentimiento del socio.

3.- FALTA DE FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD.

Requisito propio y consubstancial de las sociedades es que funcionen y que desarrollen externamente, ante terceros, la finalidad u objeto para el que se hubieran constituido. Esto, tanto, se desprende del concepto del negocio social y de su definición legal: "La realización de un fin común" (Artículo 2688 dos mil seiscientos ochenta y ocho del Código Civil para el Distrito Federal), como de la estructura misma del ente, o sea, la presencia de dos o más socios, las aportaciones que otorgan a éste y la participación de diversos órganos sociales. Una sociedad que no se manifestara al público constituiría un fenómeno tan artificioso que, cuando mucho se limitara a crear relaciones entre las partes, como puede suceder con la asociación, con la comunidad de bienes, o con negocios estrictamente bilaterales como la aparcería.

No obstante, existen en la vida de los negocios, como fenómenos contractuales secretos (consorcios), que se pactan entre varios empresarios, destinados a regular la venta de productos, a fijar precios a unos u otros, a dividirse entre ellos el mercado; y que en ocasiones constituyen y configuran negocios asociativos (asociaciones o sociedades), en que las partes se vinculan entre sí, con una finalidad común y su contribución con cuotas o aportaciones, lo que a menudo degenera en monopolios, que puedan quedar comprendidas dentro de los supuestos prohibidos por el Artículo 28 constitucional y su ley reglamentaria. Sin embargo, no siempre son ilícitos, ya que pueden reflejar y arreglar situaciones permitidas legalmente, y en las que convenga a los coasociados o consortes mantener sigilo respecto a las reglamentaciones que los unan.

La falta de funcionamiento puede darse porque la sociedad, ya debidamente constituida e inscrita, no celebra pacto o negocio alguno con terceros, sino que se mantenga en estado de yacencia, o sea como *sociedad durmiente*; esto suele ocurrir cuando los socios, que aún no quieren hacer públicas sus relaciones, ni ostentarse unidos en una sociedad, constituyen ésta, e incluso, entregan sus aportaciones a quien la escritura social indique, todo ello a efecto de quedar vinculados internamente; también sucede cuando los socios quieren prevenir la

aplicación de restricciones que estén en proceso de convertirse en ley. Esta posibilidad, casi siempre atentaría contra principios de buena fe y hasta de orden público.²⁰

Esta irregularidad del no funcionamiento de la sociedad, puede ocasionar su nulidad, porque su finalidad sea lícita o porque sólo realice habitualmente actos ilícitos, en los términos del artículo 3° de la *Ley General de Sociedades Mercantiles*. Lo mismo ocurre con la sociedad oculta, porque su carácter implica que no funcione: al hacerlo, se convertiría en sociedad regular o irregular; empero, a diferencia de la sociedad no manifestada o durmiente, la oculta carece de personalidad, y no puede considerarse como comerciante, ni en los términos de la fracción II del Artículo 3° del Código de Comercio (porque no ha sido constituida con arreglo a la *Ley General de Sociedades mercantiles* que exige que ella se inscriba en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio), ni en los términos de la fracción I del mismo precepto puesto que no "hace del comercio su ocupación ordinaria". Esta situación es fácilmente superable, si la sociedad se hace patente y se inscribe en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, o se exterioriza a través de un representante que obre a su nombre y por su cuenta.

4. - FALTA DE FORMALIDADES.

Como dijimos antes, el contrato o negocio de sociedad es eminentemente formal; debe constar en escritura pública, y acudir a ésta en caso de modificaciones posteriores. Sin embargo, la falta de formalidades en el caso de los tipos sociales regulados en la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, no conduce a la nulidad del negocio, así sea relativa (Artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal), ya que la propia *Ley General de Sociedades Mercantiles* permite que la constitución de la sociedad no conste en escritura notarial (Artículo 2° párrafo tercero). Inclusive se admite, salvo para las sociedades cooperativas, que se constituyan y funcionen sociedades no escritas, meramente verbales, que si se exteriorizan frente a terceros, no sólo conservan dicho carácter social, sino que adquieran personalidad jurídica propia.

Por otra parte, el contrato social (verbal o escrito, privado o público) debe contener ciertos requisitos, en ausencia de los cuales no existiría como sociedad (si la sociedad carece

²⁰ BARRERA GRAF, Jorge: *Instituciones de Derecho Mercantil, generalidades, derecho de la empresa, sociedades*. México, primera reimpresión. Editorial Porrúa. 1997. N. 3. p 337.

de un nombre propio), o bien se plantearían situaciones irregulares de mayor o menor importancia o trascendencia: desde la sociedad irregular, por faltar el requisito de la inscripción registral, hasta las sociedades incompletas en las que las omisiones de requisitos pueden sanarse ulteriormente; o bien atribuir responsabilidad adicional o ilimitada a los socios (como sucede tratándose del nombre o denominación de la sociedad en los casos previstos en los artículos 28, 53, 59, 60 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), y que inclusive, en algunos casos, conduzcan a la liquidación de ellas.

Las formalidades y desde luego la inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, pueden faltar totalmente, en el caso de las *sociedades verbales*, en ellas no obstante, deben existir los requisitos que son propios del negocio social, y que lo distinguen de cualesquiera otros. Deben darse además del consentimiento y el objeto, o sea, de las aportaciones de los socios, el nombre, la finalidad social, y que la persona que celebre actos o negocios con terceros, se ostente como representante de ella, ya sea como administrador o miembro del órgano de administración, o como mandatario o gerente.

Pueden faltar requisitos en sociedades inscritas y en sociedades no inscritas. La propia Ley General de sociedades Mercantiles permite que de las trece fracciones del Artículo 6º que enumera la misma, falten varios, o sea los contenidos en las fracciones VIII a XIII, porque la propia Ley General de Sociedades Mercantiles las puede suplir (Artículo 8º).

5.- FALTA DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO PUBLICO DE LA PROPIEDAD Y DEL COMERCIO: LA SOCIEDAD IRREGULAR

La falta de este requisito de publicidad legal da lugar al fenómeno de las sociedades irregulares, también conocidas como *sociedades de hecho*, siempre que, sin estar inscritas las sociedades, se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, y que ésto se pruebe. Si tampoco esto ocurre, se trataría de una sociedad oculta.

Además de la omisión de la inscripción registral y de la exteriorización de la sociedad ante terceros, esta última, que constituye una publicidad de hecho,²¹ implica que el tercero que celebre negocios con el representante de la sociedad sepa, o deba saber, que, en efecto, se

²¹ MANTILLA MOLINA, Roberto L.: Derecho Mercantil, introducción y conceptos fundamentales sociedades, 17ª ed., México, Edit. Porrúa, 1977, n. 300 p. 231

trata de una sociedad ya establecida y en funciones (no de una sociedad en proceso de formación); es decir, que está contratando con una sociedad, que la persona física con la que trata es representante de ella, y que consecuentemente, esa persona no obra a nombre y por cuenta propia, sino a nombre y por cuenta de la sociedad. En cambio, no es necesario que el tercero sepa que la sociedad no está inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio. En este sentido debe interpretarse la expresión del párrafo tercero del artículo 2º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, de que la sociedad irregular se exteriorice como tal frente a terceros; la ley no exige que los terceros sepan que la sociedad es irregular; si así fuera, carecerían de protección si lo ignoran.

La exteriorización frente a terceros es, en efecto, una forma de publicidad de hecho; se trata de que la sociedad se de a conocer externamente, a través de actos y de negocios jurídicos en que se ostente y actúe como sociedad, y no por el medio propio de su inscripción que es el Registro de Comercio, ni de otros registros públicos, en cuanto a ciertos negocios que la sociedad celebre, como el Registro de la Propiedad, el de patentes y marcas, el de automóviles, ni de registros especiales no públicos, como el de inversiones extranjeras, porque ninguno de estos son los propios y adecuados para el registro de las sociedades mercantiles.

La exteriorización debe ser frente a terceros, no frente a los socios que son partes del contrato social, ni frente a los administradores o mandatarios y que integran a la sociedad misma como representantes de ella; además la exteriorización implica la repetición o reiteración de actos, es decir supone una actividad que realicen quienes representan a la sociedad irregular: no basta un acto o un negocio singular, sino dos o más (y solo entonces puede hablarse de publicidad de hecho). Como en el caso del comerciante, para el que no basta la realización de un sólo acto de comercio para la obtención de su estatus, así, para hablar con propiedad de exteriorización de la sociedad, no sería suficiente la celebración de un sólo negocio.

6.- EFECTOS INTERNOS DE LA SOCIEDAD IRREGULAR.

Respecto a los efectos que produce una sociedad irregular, el artículo 2º en sus últimos párrafos hace una distinción: Por una parte, efectos internos entre sus socios (párrafo cuarto) y efectos externos ante terceros (párrafo quinto); y por otra parte efectos respecto a

representantes de la sociedad, culpables o no de la irregularidad (de la falta de inscripción en el Registro de Comercio (párrafos quinto y sexto) y respecto a los socios no culpables de ella (párrafo sexto).

Que la sociedad irregular produzca efectos internos y externos nos lleva a opinar que, como en el caso de las sociedades regulares, para las cuales, sin embargo, hay disposición expresa (Artículo 2º párrafo segundo de la Ley General de Sociedades Mercantiles), las sociedades irregulares no podrán ser declaradas nulas, con excepción de los dos supuestos del Artículo 3º de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Internamente, los efectos de la sociedad irregular son similares a los que produce una sociedad regular: las relaciones entre sociedad y socios, entre una y otros a los administradores y representantes sociales, así como las relaciones que se establecieran entre los socios como tales, se rigen, en primer lugar, "por el contrato social respectivo (regla que constituye el reconocimiento más claro del principio de la autonomía de la voluntad de los socios), y en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley (Ley General de Sociedades Mercantiles), según la clase de sociedad de que se trate" (Artículo 2º párrafo cuarto).

Consecuentemente, la sociedad podrá demandar al socio en los términos de los artículos 35, 70, 96, 118, 141 etc.; a su vez los socios pueden exigir judicialmente a la sociedad irregular su inscripción en el Registro de Comercio, y en su caso, "el otorgamiento de la escritura correspondiente" (Artículo 7º párrafos primero y segundo de la Ley General de Sociedades Mercantiles), la constitución de la reserva legal (Artículo 22 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), el pago de dividendos y de su cuota de liquidación en los casos de retiro voluntario, o de que sean excluidos de ella. Puede también la sociedad exigir responsabilidad a sus administradores en los términos de los artículos 160 y 161 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y la pueden exigir los socios mediante la acción indirecta u oblicua, si la sociedad no lo hiciere; finalmente, cabe que un socio demande a otro u otros, en los términos del artículo 2º párrafo sexto de la Ley General de Sociedades Mercantiles.²²

²² BARRERA GRAF, Jorge: Instituciones de Derecho Mercantil, generalidades, derecho de la empresa, sociedades. México, primera reimpresión. Editorial Porrúa. 1997 N. 5.2 p 340.

7.- EFECTOS EXTERNOS DE LA SOCIEDAD IRREGULAR.

Estos se manifiestan en la responsabilidad en que incurren los representantes o mandatarios de una sociedad irregular (los administradores según los términos del artículo 142 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), por los actos jurídicos que realicen frente a terceros. En este caso, la Ley General de Sociedades Mercantiles impone a la sociedad irregular y a dichos representantes una responsabilidad solidaria e ilimitada, que es principal respecto a la sociedad y subsidiaria con relación a los representantes; también por esto, es indudable que al actuar y al operar de la sociedad frente a tercero, no se le aplica el régimen civil de las nulidades.

Los representantes de la sociedad irregular pueden también incurrir en responsabilidad penal "cuando los terceros resulten perjudicados" (Artículo 2º párrafo quinto), sin que ello excluya la responsabilidad de la propia sociedad irregular, tanto de naturaleza contractual como extracontractual (por aplicación de los Artículos 1800 y 1918 del Código Civil para el Distrito Federal).

La ley concede además a los socios no culpables de la irregularidad de la sociedad, el derecho de demandar a los culpables y a los representantes y mandatarios de la sociedad irregular, la reparación de los daños y perjuicios que sufran con ese motivo de la irregularidad (Artículo 2º párrafo sexto). Estos daños o perjuicios podrían motivarse en el caso de quiebra, en cuanto que ésta sería siempre culpable, no fortuita, y en cuanto que la sociedad irregular no gozaría del beneficio de la suspensión de pagos. Además, el carácter de irregular de la sociedad podría provocar que no obtuviera préstamos de terceros (vgr. Bancos), lo que eventualmente provocaría graves consecuencias para la sociedad y sus socios.

CAPITULO VI SOCIEDAD Y EMPRESA.

1.- AUTONOMIA JURIDICA DE LOS CONCEPTOS DE SOCIEDAD Y EMPRESA.

La sociedad es la forma (jurídica) típica de la empresa económica. Esto no significa, como generalmente se dice, que todas las sociedades sean empresas colectivas. Jurídicamente, sociedad y empresa son conceptos que se combinan pero no se confunden: "La coalición sociedad-empresa es sólo normal, no necesaria, pudiendo existir sociedades que no se propongan el ejercicio de una empresa.

El concepto de empresa es, por naturaleza, un concepto económico; adquiere significación jurídica a través de la persona de su titular, esto es, del empresario. Por este motivo la empresa colectiva no difiere ontológicamente de la empresa individual. La unión entre sociedad y empresa es fundamentalmente formal. Considerando la sociedad como una organización de personas establecida para el ejercicio en común de la actividad de empresa.

2.- CONCEPTO POLITICO-ECONOMICO DE EMPRESA Y CONCEPTO JURIDICO DE EMPRESARIO.

La ley considera a las sociedades como formas contractuales y es su actividad político-económica, agrícola o mercantil, la que crea, según los casos, posiciones jurídicas que están comprendidas en la regulación general del empresario. El fenómeno de la empresa interesa, por consiguiente, indirectamente al derecho y directamente a la sociología. Si la empresa pertenece a una sociedad comercial, se cometerá con frecuencia, el error de designar la sociedad por la empresa. Esta práctica es inexacta. Del mismo modo que una persona física no puede ser una empresa sino un empresario, puede decirse que en las sociedades mercantiles, la persona jurídica es simplemente empresaria y, como tal, titular de la empresa, a sea, la propia empresa. La sociedad no es más que un miembro de la empresa, pero no la empresa. De ello se deriva que no son los socios quienes dominan la empresa desde fuera, sino que son, por el contrario, atraídos por ésta dentro de su órbita.

Mientras que, de esta forma, la empresa se revela como exteriorización del orden social del derecho de la economía, el empresario que es su titular (ocupa el lugar del antiguo

comerciante), mantiene su posición de partida en el derecho privado, aunque sea con perfiles propios y con múltiples incursiones en el sistema de derecho público.

Desde el punto de vista político-económico la empresa es una realidad, en su aspecto jurídico es una abstracción, porque reconociéndola como una organización de trabajo formada por las personas y con los bienes que componen su hacienda, las relaciones entre las primeras y los segundos sólo pueden conducirnos a una entidad abstracta que ha de fundirse, en concreto, en la persona del titular, o sea del empresario.

Estamos, por consiguiente en el terreno de la dogmática, porque cuando se admite que la misma palabra tiene varias acepciones, siendo usada en diversos sentidos y tal vez en el impropio de empresario o de hacienda, no es justo hablar de empresa como de una entidad jurídica unitaria, siendo tal entidad desconocida en el mundo del derecho y debiéndose considerar la expresión de derecho de la empresa como una cómoda fórmula abreviada para compendiar todas las instituciones que de alguna manera están relacionadas con la empresa económica.

En este orden de ideas se sitúa Greco cuando reconoce que aquí más que de un mínimo ético, debe hablarse de un máximo político en el que la empresa está considerada como "institución", equiparada a la familia, esto es, como gozando de una situación jurídica que interesa, al mismo tiempo, al derecho privado y al público.

Con la palabra institución se suele designar "un conjunto de personas y bienes que, incluso si constituye un sujeto de derecho, es decir un ente, presenta no obstante, igualmente, los caracteres de una entidad jurídica destinada a la prosecución de un determinado objetivo, por lo que, los varios elementos subjetivos y objetivos que la rodean, están coordinados y organizados bajo una voluntad preeminente que e determina en el seno de la misma organización y por efecto de ésta".

Desde el punto de vista del derecho de la economía, la noción parece diferenciarse de la economía liberal, que la clasificaba como una combinación de capital y trabajo.

Pero bien mirado, se observa que ha cambiado sólo el estatuto político de la persona del empresario que se ha querido adoptar a su posición de derecho Privado. Quitado el caparazón de derecho público, aparece en toda su integridad la figura tradicional del comerciante, que aflora, asimismo, como veremos enseguida, en los supuestos de su actividad jurídica, a pesar de

que el sistema objetivo para la determinación del carácter de comercialidad haya sido deliberadamente abandonado. En substancia, el sistema subjetivo, nos indica más que categorías generales de personas cuya actividad (de empresa) nos conduce en definitiva, a la noción elemental de acto de comercio objetivo. Conviene repetir incluso, en tal caso, con Horacio "naturam expelles furca tamen usque recurret". Difícilmente las construcciones convencionales como las sugeridas por determinada actitud política resisten a las fuerzas ciegas de la naturaleza.²³

Con esta premisa, incluso las sociedades-empresas se sitúan bajo el común denominador de la ordenación individual del empresario, en el ámbito del Derecho Privado. La empresa se centra en su persona, y, por lo tanto, las relaciones que de ella se derivan son relaciones de la persona que a través del ejercicio profesional, se insertan, según su naturaleza, en el Derecho Público o el Privado. De aquí se deriva la singular posición de la empresa que, en sentido figurado, es el reflejo de la actividad del empresario, según los postulados del sistema político-económico.

Para la sociedad persona-jurídica la cosa es de toda evidencia; para las que no tienen esa categoría (sociedad simple, colectiva, comanditaria simple) podría, todo lo más, surgir la duda de si son empresarios los socios de responsabilidad limitada o la sociedad, o aquéllos y ésta conjuntamente; pero precisamente porque, incluso las sociedades sin personalidad independiente, la ley habla de inscripción en el Registro, debe considerarse que la empresa no está formada por los socios *uti singuli*, sino por el grupo de las personas físicas que la ley considera sociedad. El signo de la unificación lo proporciona la razón social bajo la que actúan.

3.- EMPRESA Y HACIENDA; PATRIMONIO DE LA HACIENDA Y AUTONOMIA PATRIMONIAL.

Los conceptos de empresa y hacienda son, como hemos dicho, distintos e inconfundibles. La empresa no está definida por la ley, pero en su aspecto funcional puede decirse que es la organización del trabajo y de los factores de la producción mediante la cual se desarrolla la actividad profesional del empresario. La hacienda, por el contrario, está

²³ BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades Tomo I. Edit. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V. México. 1994.

definida como el conjunto de bienes organizados por el empresario para el ejercicio de la empresa.

Según Asquini y Greco, en la hacienda se observa una organización de bienes que es objeto de derechos, mientras que la empresa se ocupa del sujeto de las actividades que en ella se ejercen. Esta tesis es discutida por Mossa y por Santoro Passarelli, desde puntos de vista distintos, estimando el primero absorbente el concepto de empresa y el segundo por el contrario, el de hacienda. "Aún cuando el Código -escribe Mossa- calque el sentido patrimonial inmediato en el término y en la noción de hacienda, por los movimientos impresos al tráfico, es a la empresa, como organización y como complejo real, que resulta destinado al sistema". Santoro Passarelli, desde otro punto de vista, cree que la empresa no es otra cosa que el punto de referencia de las relaciones jurídicas, es decir, la permanente hacienda productiva de grande o media dimensión. El término ha sido, al parecer preferido al otro, tradicional de hacienda, por la generalidad de este último y también porque es más directamente alusivo a aquel dinamismo que es propio de la hacienda productiva, la que no es, por esta razón, una mera proyección patrimonial de la empresa, sino que es, por el contrario una actividad económica combinada que se incorpora a la hacienda.²⁴

Está claro que los dos conceptos no pueden confundirse en consideración al fin técnico propio de la organización de la hacienda y del fin político que domina a la empresa. La existencia de ésta es independiente del empleo de los bienes de la hacienda, y no siendo una cosa o un derecho, no es posible dictar una regla general para someterla a la disciplina de las cosas muebles o inmuebles. De otra parte, la hacienda, como sujeto autónomo de derecho, en atención a los diversos factores de la producción coordinados en su servicio, entra en la órbita de los derechos fundamentales patrimoniales.

Aplicando estas proporciones a la sociedad comercial, se observan enseguida sus efectos en orden a la titularidad de la empresa y a la autonomía del patrimonio:

a).- A diferencia de la empresa individual, en la sociedad la titularidad coincide normalmente con la propiedad de la hacienda. En la sociedad el empresario tiene la plena disponibilidad de los medios patrimoniales de la empresa, esto es, la titularidad de ésta y la

²⁴ BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades Tomo I. Edit. Oriando Cárdenas Editor, S. A. de C.V. México. 1994

cotitularidad dominical (de los socios) coinciden. Es preferible hablar de titularidad, mejor que de propiedad, como observa Casanova, el titular de la hacienda es sujeto inmediato y directo de la *universitas iurium* en la que se agrupan derechos conexos entre sí, pero no es sujeto de un derecho de propiedad sobre la *universitas*. Esta *universitas iurium* no es, ni puede ser, objeto de ningún derecho por la razón que ella misma es un conjunto de derechos que afectan el conjunto de bienes y servicios organizados en la hacienda y tienen, por lo tanto, por objeto la hacienda en su complejo funcional. La titularidad de la empresa y la de hacienda pueden o no coincidir; por ejemplo cuando la propiedad por un lado y su ejercicio por el otro pertenecen a personas diversas, como en el caso del arrendamiento y del usufructo. El riesgo de la empresa corresponderá en este caso al arrendatario o al usufructuario, mientras que la titularidad de la hacienda seguirá correspondiendo al propietario.

b).- Se entiende por Hacienda como el conjunto de cosas que actúan como instrumentos en la consecución de los fines que se propone el empresario, y como patrimonio de la empresa se entiende como el conjunto de todas las relaciones jurídicas referentes a su actividad comercial con independencia de su función instrumental. En el concepto básico y en sus aplicaciones a la sucesión en los contratos, en los créditos y en los débitos, la hacienda se define como conjunto patrimonial respecto a los bienes y a las relaciones que les son ajenas. Es por lo tanto, una unidad patrimonial en la que los conceptos de patrimonio de la hacienda y de hacienda *res* (conjunto de bienes) se compenetran.

A diferencia de lo que sucede en la hacienda del empresario particular, en las empresas sociales sin personalidad la unidad presenta aspectos interesantes cuando se la considera en relación con el patrimonio de la sociedad. El empresario individual puede ser titular de varias haciendas que serán otras tantas partes separadas de su patrimonio general, y así, el patrimonio de la hacienda se podrá separar desde un punto de vista contable del restante patrimonio civil, pero respecto a los acreedores la distinción no tendrá importancia, por disponer éstos de un derecho igual sobre los bienes del deudor, salvo las causas legítimas de prelación. Por el contrario, para las sociedades sin personalidad, la situación es diversa porque el patrimonio social responde exclusivamente de sus obligaciones y es ajeno a las acciones de los acreedores particulares de los socios aún cuando éstos sean los copropietarios de la

hacienda. Está por consiguiente, en las indicadas sociedades, constituye asimismo el patrimonio de la empresa.

En las sociedades con personalidad, es casi superfluo recordarlo, no puede hablarse de autonomía por pertenecer el patrimonio a la sociedad, que es un ente jurídicamente distinto de las personas de los socios.

4.- TIPICIDAD DE LA SOCIEDAD-EMPRESA.

El artículo 1º de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* regula las varias formas de sociedad, pero solamente regula las que tienen por objeto el ejercicio de una actividad comercial. La *Sociedad Civil*, por carecer de objetivo de empresa comercial, es una forma, pero no un tipo de sociedad. De ello se deriva que para aquella la ordenación es normativa y consciente a los contratantes con una amplia autonomía.

Los varios tipos de sociedades-empresa son, además, distintas por el régimen particular de la responsabilidad de sus socios. Así:

a).- En la sociedad colectiva, todos los socios responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, pero los acreedores sociales, incluso si la sociedad se encuentra en liquidación, deben hacer excusión del patrimonio social, es decir, no pueden pretender el pago por los socios en particular sino después de la excusión del patrimonio social.

b).- en la sociedad en comandita simple responden ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales los socios colectivos, mientras que los comanditarios no responden ante la sociedad más que de la aportación prometida. También aquí, respecto a los colectivos, tiene lugar la responsabilidad subsidiaria sin limitación, previa excusión del patrimonio social.

c).- En la sociedad comanditaria por acciones, se aplica a los socios comanditarios en el mismo trato que en la comandita simple.

d).- En la sociedad de responsabilidad limitada responde ante terceros de las obligaciones sociales, solamente la sociedad con su patrimonio. Los socios no están obligados con respecto a aquélla más que a la medida de su aportación prometida.

e).- En las sociedades anónimas no existe tampoco una responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales; éstos responden ante la sociedad por la suscripción de acciones prometida; ante terceros responde exclusivamente la sociedad con su patrimonio.

CAPITULO VII ENTIDADES JURIDICAS UNIPERSONALES

1.- CONCEPTO.

Hablar de una sociedad compuesta por un solo miembro parece plantear una contradicción, porque sociedad, en efecto, hace necesaria referencia a pluralidad de personas. Sería tanto como de hablar de una comunidad o de una copropiedad con un único comunero o copropietario; y así como en esta relación jurídica, la consolidación o reunión total de todas las cuotas en un solo copropietario, hace cesar la copropiedad (artículo 976 Código civil), y convertirse en propiedad, así en la sociedad, la reunión de todas las partes sociales en una sola persona es causa de su disolución (artículo 229, frac. IV Ley General de Sociedades Mercantiles). "La sociedad unipersonal es, según Felipe Solá de Cañizares, una monstruosidad jurídica".²⁵

No obstante, la llamada sociedad unipersonal existe, funciona y es cada día más frecuente, no solo en nuestro país, sino en todo el mundo.

Lo que pasa es que la esencia misma del negocio, o sea la pluralidad de socios, cede ante las realidades económicas y, sobre todo ante la insuficiencia de los catálogos o tipos ofrecidos por el ordenamiento legal, para dar nacimiento a una figura también llamada sociedad, que funciona como ésta.

Podría tratarse, más bien de un problema terminológico: se conserva el término tradicional, sociedad, aunque el derecho aplicable, al evolucionar, haya superado y hasta negado el concepto original y propio de ese negocio jurídico, y mantenga el vocablo para regular la institución jurídica de acuerdo a las reglas y a la técnica de funcionamiento y a la organización que es propia de las sociedades plurimembres, sobre todo de la Sociedad Anónima (se considera a la Sociedad Anónima no como un negocio pluripersonal con una finalidad común, sino meramente como una técnica de la organización de la empresa. En esta concepción, se refleja esa vinculación actual tan estrecha entre empresa y sociedad, cabe perfectamente la sociedad (anónima) unimembre.

²⁵ BARRERA GRAF, Jorge Las Sociedades en Derecho Mexicano, generalidades irregularidades instituciones afines. 1983. Universidad Nacional Autónoma de México. México

Estamos evidentemente ante una sociedad anómala que plantea múltiples problemas y dudas, tanto respecto a aspectos preferentemente doctrinales (de su naturaleza jurídica), cuanto técnicos y prácticos, como el de la aplicación a estas sociedades con un solo socio de los elementos que la ley fija para las sociedades propiamente tales y de las normas que regulan la organización y el funcionamiento de éstas; e inclusive de principios contractuales que se aplican supletoriamente a las sociedades con dos o más partes.

Pero, por otra parte, el fenómeno de las sociedades (anónimas) con un solo socio se sitúa en la actualidad dentro de programas y proyectos más amplios de la reforma de la empresa y de las sociedades por acciones. Las figuras tradicionales y típicas de las sociedades mercantiles resultan cada vez más insuficientes para regular nuevos fenómenos que el desarrollo del capitalismo plantea; y así, se busca la adopción de sociedades (o empresas) unipersonales de responsabilidad limitada; de los grupos de sociedades multinacionales como la Sociedad Anónima europea elaborada en el seno de la Comisión Económica Europea, inclusive son frecuentes otras formas recogidas y reguladas por diversos ordenamientos, precisamente como nuevas variantes de la Sociedad Anónima, como son las sociedades de control (holdings) y de inversión (investment funds); las sociedades (francesas y españolas) de garantía recíproca; y fenómenos no societarios, pero sí patrimoniales, acogidos por las leyes fiscales y laborales como la "unidad de empresa", independientemente de quien sea su titular, también revelan la necesidad de crear nuevas figuras de negocios y de reformar los ya existentes.²⁶

Pensamos que si se prescinde del significado original de la palabra sociedad (y la semántica nos enseña en cuantas ocasiones una palabra llega a significar cosas opuestas a su primitiva significación), y se tiene en cuenta que la sociedad es un *negocio jurídico*, pero no necesariamente un contrato, ningún inconveniente lógico existe para considerar la existencia de sociedades de un solo socio, que vendrían a ser la destinación de un patrimonio a un fin especial, a través de la estructura tradicional de la sociedad mercantil.²⁷

²⁶ BARRERA GRAF, Jorge Las Sociedades en Derecho Mexicano, generalidades irregularidades instituciones afines. 1983. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

²⁷ MANTILLA MOLINA, Roberto L.. Derecho Mercantil, introducción y conceptos fundamentales sociedades, 17ª ed , México, Edit. Porrúa, 1977, n. 465 p. 330.

2.- ANALISIS.

Las sociedades de un solo socio contradicen el carácter tradicionalmente contractual del negocio, reconocido desde el derecho romano hasta nuestros días, no solo en México, sino en todos los países. Contrarían también al concepto mismo de la sociedad que ofrece el artículo 2688 del Código Civil del Distrito Federal, que las define y que, por una parte, exige pluralidad de socios y que "se obliguen mutuamente"; por otro, que "combinen sus recursos, y sus esfuerzos"; y por último, que exista una finalidad común de los socios, y no, meramente, un fin único de ellos (Existe una sociedad, siempre que los socios tiendan a la consecución de una finalidad común, que es, precisamente el fin de la Sociedad, el cual es distinto del que ellos persigan como individuos).²⁸

Además la estructura y el funcionamiento de la sociedad unipersonal chocan contra los principios y conceptos propios de las sociedades. Con el de la personalidad moral, que debe explicarse como un instrumento de los socios, y en función de la presencia y del interés de una pluralidad, de un grupo de ellos, en el ente que forman (en el derecho francés dice Albert que la personalidad civil no es una creación de la ley, sino que, en principio, pertenece a todo grupo provisto de la posibilidad de una expresión colectiva para la difusión de intereses lícitos, que en consecuencia, sean dignos de ser reconocidos y protegidos). El concepto de patrimonio social, autónomo e independiente del de los socios, que justifique esa autonomía y la división de patrimonios; el interés social, que es distinto, e incluso puede ser opuesto al de los socios; el funcionamiento mismo de las asambleas como órganos colegiados a las que varios socios concurren, deliberen y voten; en fin, la existencia de mayoría y minoría, que sólo se da, obviamente, cuando participan varios socios. Todos estos principios quiebran en la sociedad de un solo socio, y aunque es cierto que ninguno de ellos es esencial, puesto que en nuestro derecho cabe atribuir personalidad y constituir un patrimonio separado, de afectación, en el caso de las fundaciones; que también es válida la situación anómala de asambleas con un solo socio que concurre y una sola acción de que sea titular, y es posible que en ocasiones exija la ley (Artículos 31, 32 y 35 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), o los estatutos, unanimidad de votos, o en que en sociedades con varios socios no exista minoría alguna; lo

²⁸ BARRERA GRAF, Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano, generalidades irregularidades instituciones afines. 1983. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

cierto es que toda la estructura, y que el funcionamiento mismo de las sociedades - principalmente de la anónima que es en la que de manera preferente se da el fenómeno de un solo socio-, se basan en esos principios. Y no sólo uno de éstos, sino todos, se trastocan en las sociedades unipersonales.

En cambio aún en las unimembres -y respecto a ellas con mayor énfasis- se debe insistir en que la sociedad es un negocio abierto, en cuanto que siempre existe la posibilidad del acceso de otros socios; y esto, en la sociedad anónima, es lo natural y propio, por la propia negociabilidad de las acciones.²⁹ Por tanto, así como es posible que los otros socios transmitan sus acciones al único que subsista, y que la sociedad, constituida originalmente como un negocio plural, se convierta en singular, es también posible el fenómeno inverso, o sea que el socio único transmita parte o la totalidad de sus acciones a terceros, y que la sociedad recupere su carácter pluralista (en otros derechos, como el francés y el brasileño, se permite la subsistencia de la sociedad cuando se convierta en unimembre, pero a efectos de evitar su disolución, se fijan plazos para transmitir a terceros las acciones del único socio; artículos 9 ley francesa; 206 frac. I ley brasileña. En el derecho italiano, el carácter unipersonal, es causa de disolución en la sociedad simple, pero solamente si en el término de seis meses no se reconstituye la pluralidad, artículo 2272, inciso 4 del Código Civil).³⁰

En la práctica es frecuente, si no la creación, si la existencia durante la etapa del funcionamiento, de sociedades con un solo socio, la sociedad madre, en los casos de agencias, filiales y sucursales; las sociedades familiares, en que el jefe de la familia las constituye, ya sea para eliminar o reducir futuras cargas fiscales, o para preservar pequeñas empresas o talleres de artesanos que él hubiera creado; o en el caso de que sociedades normalmente constituidas y en operación organicen otras (empresas satélites) en las que actúen como socias únicas para realizar ciertas actividades de la misma empresa, por ejemplo, de carácter técnico, de administración, de servicios (jurídicos, contables, etcétera), de distribución de productos, de arrendamiento de bienes de activo fijo, e inclusive de diversificación o ampliación de esas

²⁹ BRUNETTI, Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades. Tomo I. Edit. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C V. México. 1994

³⁰ BARRERA GRAF, Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano, generalidades irregularidades instituciones afines. 1983. Universidad Nacional Autónoma de México. México

actividades; o bien, que se trate de sociedades creadas por el Estado para la prestación de servicios públicos, explotación de recursos, o venta y distribución de artículos de consumo.

3.- EL FENOMENO EN EL DERECHO MODERNO.

En todos estos casos se constituyen sociedades -generalmente anónimas- con personalidad propia y patrimonio autónomo, en las que se cuenta con la responsabilidad ilimitada del socio, y que funciona dentro de esquemas legales, amplia y largamente experimentados, generalmente a través de títulos negociables (las acciones y las obligaciones) y la intervención de los órganos de administración y de vigilancia. O sea que los particulares y el Estado mismo utilizan y acuden a la estructura corporativa, no solo a falta de otro tipo de negocio jurídico semejante que pudiera ser la empresa individual de responsabilidad limitada, sino, sobre todo, por las ventajas que ofrecen esos tipos sociales. Las sociedades unimembres, constituyen pues, una realidad innegable de la economía capitalista.

Ascarelli, quien pretendió darles una explicación jurídica a través del negocio indirecto, o sea del empleo (indirecto), para conseguir fines atípicos, de esquemas predispuestos en el ordenamiento jurídico, afirma que ellas "florecen en países subdesarrollados, como los de América Latina, con escaso desarrollo del mercado financiero... y la importante prevaencia en la estructura económica en la estructura económica del país de filiales de sociedades extranjeras.³¹

Por otra parte, diversas leyes modernas de sociedades admiten la existencia de ellas. En los Estado Unidos de Norteamérica, según Colombo, las admiten quince Estados cuando menos, y las llamadas Close Corporations se dan como ejemplo de ellas.

La reciente legislación sobre sociedades, en países de tradición continental como Italia, Francia, Argentina, Brasil, también las admite, al permitir que continúen funcionando después de que se compruebe la concentración de acciones en una sola mano; o bien, de que se proceda a su liquidación si al transcurrir el plazo legal no se cura la anormalidad. Empero, se acepta que se trate de una situación anómala, y si esas leyes mantienen en vida a las sociedades, es para evitar daños a terceros.

³¹ BARRERA GRAF, Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano, generalidades irregularidades instituciones afines 1983. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

4.- SITUACION EN DERECHO MEXICANO.

En derecho mexicano, el requisito de la pluralidad es esencial en la etapa constitutiva, y natural en la de funcionamiento de la sociedad.

En algunos tipos o categorías, la presencia de dos socios, cuando menos, es tan imprescindible, que su falta podría motivar la inexistencia del negocio, por no haber consentimiento de las dos partes, o de carecer de un elemento esencial (Artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal). Me refiero a las sociedades en comandita, que exigen dos clases de socios, y a la asociación en participación cuya definición legal (Artículo 252 Ley General de Sociedades Mercantiles) requiere que una persona conceda a otra participaciones en utilidades o pérdidas. Sin embargo, la inexistencia, o la solución de imponer como sanción la nulidad del negocio y aplicar los artículos 2225 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal., Solo cabría en aquellas sociedades en que el pacto de las partes es o se mantiene oculto, como sucede con la asociación en participación, y con asociaciones y sociedades de cualquier naturaleza que no se inscriban en el Registro de Comercio, ni en otra forma se exterioricen ante terceros.

Normalmente, la presencia de un solo socio acarrea la disolución y liquidación del ente, que es el procedimiento que regula nuestro derecho de sociedades como sanción para casos como este y otros similares, no tanto por la naturaleza plurilateral del negocio social, que faltaría en la hipótesis de un solo socio, sino por las relaciones que la sociedad tenga con terceros, que también por hipótesis no se daría en las sociedades ocultas (por eso tratándose de ellas si cabe la nulidad).

Es cierto que a pesar de que proceda la disolución de la Sociedad, en la práctica, ésta sigue viviendo, ya sea por que ni el único Socio, ni tercero alguno interesado soliciten la disolución, o porque decretada, la sociedad entre el período de liquidación, y mientras ésta no termine el ente subsiste, aunque en este último caso debe admitirse que la sociedad está herida de muerte y que sobrevive solo para liquidarse; sin embargo, si de cualquiera de los supuestos del Artículo 233 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, o sea el vencimiento del plazo de la sociedad (que es la única causa de disolución que opera de pleno derecho, Artículo 232 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), el acuerdo de disolución, o la comprobación de una causa de ellas (como es que el número de accionistas llegue a ser inferior

al mínimo que la ley establece, o porque las partes de interés se reúnan en una sola persona, Frac. IV), si sus órganos o representantes iniciaran nuevas operaciones incurrirían en responsabilidad personal, en los términos del mismo Artículo 233 y del Artículo 244 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

5.- ETAPA CONSTITUTIVA.

Al constituirse la sociedad, en cualquier forma que esto se haga, tanto si es privadamente, como si se acude a la oferta y a la suscripción pública de acciones (lo que solo puede ocurrir en la Sociedad Anónima), estamos en presencia de un contrato con dos o más partes. De que se cumpla tal exigencia, cualquiera que sea la categoría o el tipo de sociedades de que se trate, se debe encargar, en la práctica, el fedatario que intervenga en la constitución y el funcionario que actúe para su control o para su inscripción en el registro que corresponda, sin que pueda "rehusar en ningún caso y por ningún motivo la inscripción de los documentos mercantiles que se le presenten" (Artículo 31 del Código de Comercio).

Ahora bien, independientemente de la intervención de estos funcionarios y del procedimiento mismo de homologación judicial, puede pasar inadvertido que solo intervenga un socio; y además, a pesar del carácter obligatorio de tales requisitos de control y de publicidad, como ellos no son esenciales, y como, por otra parte, ni la inscripción tiene efectos constitutivos, ni de la autorización judicial depende el nacimiento mismo de la sociedad, en la práctica pueden omitirse total o parcialmente, dando lugar a problemas, no ya de mera anomalía, sino de irregularidades, e inclusive el fenómeno de las sociedades irregulares.

En los casos de sociedades que no sean regulares, debemos distinguir dos situaciones distintas a saber, las que se hubieran exteriorizado frente a terceros, y las que se mantengan ocultas, y en ambos casos, que no se hayan inscrito en las oficinas del registro que les corresponda. Si lo primero estaremos en presencia de las sociedades irregulares propiamente, que tendrán personalidad jurídica, si son sociedades mercantiles (Artículo 2º, párrafo tercero de la Ley General de Sociedades Mercantiles, norma que se considera aplicable a las cooperativas en ausencia de disposición contraria de la Ley de Sociedades Cooperativas), y producirán efectos interna y externamente (Artículo 2º, párrafos cuarto y quinto de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Las sociedades unimembres civiles o mercantiles, que no se inscriben, pero sí se exteriorizan frente a terceros, quedan sometidas a disolución y liquidación (Artículos 2691 del Código Civil para el Distrito Federal, 229, Frac. IV de la Ley General de Sociedades Mercantiles); en cambio, si la sociedad con un solo socio subsiste como pacto privado y oculto, se trataría, como antes se dijo, de un contrato nulo, y no procedería disolución o liquidación alguna.

En efecto, las sociedades unimembres que no hayan acudido a publicidad alguna (legal, o sea inscripción en el registro; y de hecho, por otros medios: exteriorización ante terceros), ni en otra forma que sea distinta a la publicidad se hacen conocer de terceros, estarían afectadas de nulidad por aplicación supletoria del Artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que les faltaría un supuesto legal de su existencia -*conditio iuris*- a saber, la pluralidad de socios; además, carecerían de personalidad y no habría la posibilidad real o legal de producir efectos interna o externamente.

6.- ETAPA DE FUNCIONAMIENTO.

En el período de funcionamiento de las sociedades, la transmisión de acciones o partes sociales no requiere la intervención de autoridad alguna, o siquiera de un fedatario, a diferencia de las modificaciones al pacto constitutivo, que también están sujetas al procedimiento de homologación judicial y a su registro. Quedaría pues, reservado la actuación de los órganos de vigilancia (cuando ellos existan, porque salvo la sociedad anónima, la sociedad en comandita por acciones y las cooperativas, en las demás sociedades, es un órgano facultativo) y de administración, el velar por el cumplimiento del requisito de la pluralidad de socios. Más, si por hipótesis, estamos frente a una sociedad con un solo socio, éste manipularía a los órganos, si es que no se encargaría el mismo de la administración. Estas razones propician, en la práctica, muchos abusos y contribuyen a la difusión de las sociedades de un solo socio.

7.- NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD UNIMEMBRE: EL NEGOCIO INDIRECTO.

Ascarelli hace medio siglo propuso para explicar la sociedad unipersonal, así como otras figuras, la teoría del negocio indirecto, que en Alemania había elaborado Ihering y Kohler, en la

segunda mitad del siglo pasado, y que Messina había introducido en Italia. En dichos negocios indirectos, las partes celebran un determinado negocio jurídico del cual, el fin que se proponen no es el normal y propio de él, sino que es un fin diverso, análogo al de otro negocio y que muchas veces carece de regulación típica en el ordenamiento legal respectivo.

En la sociedad anónima, lo que buscan los socios al constituirla y decidir la ulterior transmisión a uno de ellos de todas las acciones, no es la realización de una finalidad común, sino el interés personal del socio a través de la constitución de un ente con propia personalidad, patrimonio autónomo y, sobre todo, limitación de la responsabilidad del socio al valor nominal de las acciones que suscriba.

Todos estos fines coinciden con los elementos y características de la anónima, y solo en este tipo social se pueden conseguir, porque nuestro ordenamiento no regula ningún otro negocio igual o semejante (salvo la sociedad de responsabilidad limitada, que carece de acciones pero a la que se aplicarían los demás principios). No reglamenta, en efecto, como tampoco lo hacen la mayoría de los derechos latinos, la empresa de responsabilidad limitada, que pudiera funcionar como la anónima; ni se permiten, salvo el caso de las fundaciones, patrimonio de afectación a los que se atribuya personalidad moral.

Pues bien, el fin económico del socio (causa) en la sociedad, consiste en utilizar una persona moral, con patrimonio separado y con negociabilidad propia de las acciones, y en menor medida, también de las partes sociales, para emprender actividades y tareas que algunas veces les están vedadas en lo personal (por ejemplo la banca, seguros, fianzas) y otras plantearían riesgos que no quiere correr con todo su patrimonio, y por ello recurren al negocio indirecto; con lo que el esquema adoptado (sociedad). Cambia sus fines y sus funciones, para coincidir con los del socio.³²

8. - EL NEGOCIO INDIRECTO EN RELACION CON FIGURAS AFINES.

Los negocios indirectos no son negocios simulados, porque a diferencia de éstos, las partes, efectivamente, celebran el negocio que declaran, ni se trata de negocios fraudulentos

³²BARRERA GRAF, Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano, generalidades irregularidades instituciones afines. 1983. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

en perjuicio de acreedores , porque éstos, al contratar con la sociedad unimembre (sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada), su eventual deudora, saben que ella es la única que responderá ilimitadamente, no sus socios, y conocen o pueden conocer la cuantía y la composición del patrimonio social, y los gravámenes que sobre él pesan; no existe pues, ni perjuicio de los acreedores, ni insolvencia de la sociedad deudora (Artículo 2163 del Código Civil para el Distrito Federal).

Tampoco se estaría ante un negocio fiduciario, porque en los indirectos no existe la distinción que es propia de aquellos, entre los efectos reales y los meramente obligatorios que el fiduciante busca; entre la transmisión del bien o derecho y la finalidad de carácter personal que éste se reserva.

Por último, según Ascarelli, el negocio indirecto tampoco se confundiría con los negocios en fraude a la ley, porque el fin que buscan las partes en aquél, no es ilícito, o fraudulento, sino perfectamente lícito.

9.- CRITICA DE LA TEORIA DEL NEGOCIO INDIRECTO.

No se considera aplicable a nuestro derecho la teoría del negocio indirecto para explicar la sociedad con un solo socio, porque la finalidad común de los socios en las sociedades mercantiles no solo estriba en la ejecución de una actividad comercial, especulativa o no, sino en cualquier otra, con tal que sea lícita, incluyendo lo fines indirectos que dirían Ascarelli y sus epígonos, respecto a la sociedad anónima regulada en el Código de Comercio Italiano derogado. Podría aducirse que la finalidad social dejaría de ser común, cuando solo exista un socio; y así es, pero, por una parte, las sociedades unimembres, como las demás, están abiertas al ingreso de nuevos socios, por lo que al dejar de ser unipersonales, su finalidad volvería a ser común; por la otra, la tesis del negocio indirecto no salva la objeción indicada, al afirmar que otros son los fines que busca el socio, porque a ello se podría replicar que en cuanto faltara ese elemento esencial del negocio social, y se planteara una finalidad personal, que no es propia del negocio, dejaría de existir sociedad para hablarse de otro negocio jurídico, y entonces, se debería hablar, en todo caso, de conversión de negocio jurídico, más que de negocio indirecto. En otras palabras, dicha tesis no trata de suplir el carácter común del fin, por uno de carácter egoísta y personal, sino simplemente de sustituir la finalidad misma, para que no sea la que era propia y directa, sino otra, indirecta, por ejemplo, la adopción de la estructura de la anónima; de la responsabilidad limitada; y surge entonces la interrogante a propósito de estas sociedades con un socio; hasta que punto la finalidad del único socio no desvirtúa y contradice la esencia misma de la sociedad.

Tampoco es admisible el negocio indirecto, porque a diferencia del derecho italiano derogado. Que no hay el mínimo de socios tampoco es causa de disolución en el derecho italiano vigente, salvo en la sociedad simple, artículo 2272, párrafo cuarto del Código Civil), en México,

la concurrencia de acciones o de partes sociales en una sola persona sí es causa de disolución de dicho negocio social; y entonces, si éste es válido ¿por qué sancionarlo con la liquidación?

Finalmente, la tesis de Ascarelli no explica la naturaleza y la estructura de la sociedad unimembre misma; explicaría el tránsito de una sociedad plural a una singular; que la concentración de acciones en una sola persona lleve a que ésta controle la sociedad, o goce de ciertos beneficios sociales. Se trata de un medio, de un procedimiento para explicar jurídicamente la concentración, pero no de la institución misma. Se dice que esa concentración es válida y que no es ilícita, ni fraudulenta, ni fiduciaria, ni simulada; y a pesar de que estuviéramos de acuerdo con esta tesis, nada agrega, ni brinda explicación alguna de la sociedad unimembre. Solamente que su fin directo y propio cambia, para convertirse en un fin indirecto.

Sin embargo, cualquiera que sea la teoría que se acoja para explicar la naturaleza jurídica del negocio social, la sociedad unimembre actúa y funciona con características tan peculiares, y tan distintas a las que son propias de las sociedades propiamente dichas, que tampoco resulta posible situarla o acomodarla en esos esquemas.

Otras explicaciones podrían ofrecerse por quienes niegan el carácter contractual de la sociedad, de la anónima sobre todo. Tales serían los casos de los que sostienen que se trata de un negocio de organización, o de constituir meramente una técnica jurídica especial, o ser una institución.

En efecto, el negocio de organización supone precisamente, el arreglo interior entre los socios, y entre ellos la sociedad; es decir hace referencia, no sólo a las relaciones de la sociedad con terceros, sino también a los derechos y obligaciones de los socios, a la participación en el capital, en la administración, en las deliberaciones y decisiones sociales; es organización de grupos y de intereses: socios, personal de la empresa, sociedad misma. En las sociedades unimembres faltaría un elemento esencial de la organización, el de las relaciones internas que son las que configuran a los tipos sociales y las que los distinguen entre sí.

En igual forma, si la sociedad (anónima principalmente) sólo fuera una técnica jurídica, o un instrumento para alcanzar ciertos fines, se plantearían de nuevo problemas insolubles para explicar la misma institución -sociedad- recurriendo unas veces y prescindiendo otras de factores (técnicos), como la colegialidad, el principio mayoritario, los derechos individuales y propios de los socios frente a aquellos que tengan carácter colectivo, o los referentes al grupo: los posibles conflictos de intereses, la protección de minorías, las acciones de impugnación de asambleas y acuerdos; y muchos otros problemas.

En cuanto a la teoría de la institución, también resulta cuestionable que se aplique a una figura unipersonal, cuando ha sido propuesta y elaborada en torno a fenómenos sociales en el sentido propio del término (como el Estado o la familia), o a grupos humanos homogéneos y con finalidades trascendentes a las de sus miembros. Si podría hablarse de una institución, si la sociedad dotada de personalidad moral se considera no en función de los socios (del único socio), sino de manera trascendente, es decir, si se toma como sinónimo de empresa, pero también en esta concepción habrán de tenerse en cuenta los intereses de los socios, como grupo, así como los que existen entre ellos.

En opinión nuestra, si bien la sociedad nace de un contrato, no conserva este origen al funcionar, etapa en la cual estamos en presencia de un negocio especial de organización. De ahí que excluyamos que la propiedad puede constituirse, en los términos del derecho mexicano vigente, con un solo socio; se requieren dos o más, a pesar de que sólo uno fuese el interesado

real, y los otros meros prestanombres, existiría así la pluralidad que la ley requiere, ya que no exige que todos los socios actúen dentro de la sociedad con las mismas intenciones, pero no resolvería el problema que nos ocupa, o sea la licitud de una sociedad que carezca de ese elemento que la ley requiere para funcionar -pluralidad de socios- y que esencial en la etapa constitutiva.³³

10.- EFECTOS DE LA SOCIEDAD UNIMEMBRE.

Ahora bien ¿cuales son los efectos de la sociedad de un solo socio en nuestro derecho? Ya veíamos que, por lo que toca a la sociedad misma, debe disolverse y posteriormente liquidarse sin que esté sujeta a nulidad, porque el supuesto que analizamos es que se hubiere registrado, pese a la falta de pluralidad de socios, y pese, también a que se hubiera seguido el procedimiento legal de la homologación (Hay que recordar aquí lo que dice Ascarelli, del procedimiento italiano de homologación, tan similar al nuestro. Puede afirmarse, dice, que la autoridad judicial al homologar el acto constitutivo de la sociedad en jurisdicción voluntaria, realiza un simple acto administrativo, del que no depende la validez del contrato, porque no sana sus vicios, y en el que el juez no participa en cuanto al procedimiento de creación de la persona jurídica social) por lo que si se trata de una sociedad mercantil, no puede ser anulada (Artículo 2º párrafo segundo de la Ley General de Sociedades Mercantiles); y si se trata de una sociedad civil, su registro hace que produzca efectos contra terceros (Artículo 2694 del Código Civil para el Distrito Federal).

¿Cabría acaso someter la sociedad al procedimiento de liquidación que establece respecto a las civiles, el artículo 2692 del Código Civil para el Distrito Federal, y en relación a las mercantiles el artículo 3º de la Ley General de Sociedades Mercantiles? No, no es así, porque la ilicitud de la sociedad de un solo socio no se predica de su finalidad, sino de la falta de otro elemento necesario. Efectivamente, tanto el fin propio para que la sociedad se hubiera constituido (ejercicio del comercio, o de cualquier otro fin -directo-) como el indirecto que buscara el único socio al constituirla, o al adquirir todas las acciones, consistente en utilizar la forma y el esquema de un tipo social, no serían ilícitos.

Se dice en la doctrina que en estas sociedades unimembres se viola el principio de la responsabilidad ilimitada, que es tradicional en el derecho privado, y que está consagrado por el Artículo 2964 del Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto que los casos de limitación de responsabilidad constituyen excepción a dicho principio general y, en consecuencia, se limitan a los supuestos que expresamente establezca el ordenamiento positivo.

Estamos de acuerdo con la interpretación y alcance que se da al principio del Artículo 2964; por ello, al analizar el problema de la tipicidad de las cláusulas del contrato de sociedad, afirmamos la ilicitud de los pactos de limitación de responsabilidad cuando afectan derechos de terceros.

Ahora bien, en el caso que analizamos pueden darse dos supuestos: uno, en que el socio busque, exclusiva o predominantemente, el limitar su responsabilidad en las operaciones que haya de realizar la sociedad en la que él intervenga como socio único, lo que muy probablemente pueda ocasionar daños a terceros; y otro, cuando no tenga tal finalidad, y lo que busque sea acogerse al funcionamiento de una sociedad anónima.

³³ BARRERA GRAF, Jorge. Las Sociedades en Derecho Mexicano, generalidades, irregularidades, instituciones afines. 1983. Universidad Nacional Autónoma de México.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Las sociedades son personas morales que se constituyen adoptando una de las seis formas previstas por la Ley General de Sociedades Mercantiles; gozan de personalidad jurídica propia y patrimonio propio debido al reconocimiento de su existencia por el derecho positivo; dicha personalidad jurídica produce por ende, que estén investidas de capacidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio, lo que les permite que puedan actuar como entidades activas o pasivas en cualquier relación jurídica, con la limitación de la responsabilidad de los otorgantes del contrato social hasta el monto de sus aportaciones.

SEGUNDA. - Actualmente los empresarios recurren a prestanombres o testaferros para la creación de una entidad jurídica con personalidad jurídica propia, la cual tiene una denominación y patrimonio propios, en la cual su responsabilidad llega hasta el monto de su aportación y la sociedad responderá a sus obligaciones con su capital social; lo anterior es para proteger el patrimonio del empresario y de su familia, lo cual ha sido una preocupación de los gobiernos, por lo cual crean instituciones como el del patrimonio familiar; entre los antecedentes más significativos de esta institución tenemos:

1.- La ley sobre el Homestead del Estado de Texas, de 1839, por lo cual se proponía fuera del alcance de los acreedores la casa habitación y la parcela de los colonizadores.

2.- La Ley de Relaciones Familiares de 1917, que en su artículo 284 determinara:

"La casa en que esté establecida la morada conyugal y los bienes que le pertenezcan, sean propios de uno de los conyuges o de ambos, no podrán ser enajenados si no es con el consentimiento expreso de los dos, y nunca podrá ser hipotecados o de otra manera gravados ni embargados por los acreedores del marido o de la mujer, o de ambos, siempre que dichos objetos no tengan el justo valor mayor de diez mil pesos."

3.- En el derecho español, el patrimonio de familia se encuentra ya mencionado en el Fuero Viejo de Castilla y, en el derecho foral actual, de Aragón con el nombre de "Casa".

TERCERA. - En virtud del carácter contractual de las sociedades (Artículo 2688 del Código Civil para el Distrito Federal), dentro de nuestra legislación es imposible la creación de sociedades integradas por un solo socio, es tanto como crear una copropiedad con un solo propietario, es una contradicción a nuestro sistema jurídico positivo; lo que se trata de proponer con esta tesis es la creación de entidades jurídicas unipersonales, las que se podría denominar como empresas personales, mismas que se constituirían con la afectación de un patrimonio al que podemos llamarle "Patrimonio Comercial", lo anterior a semejanza de un fideicomiso, cuya definición se encuentra contenida en el Artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a la letra nos dice: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria", lo cual homologado a nuestra empresa personal, el patrimonio comercial serían los bienes destinados a la realización de un fin lícito, que en este caso sería el ejercicio del comercio, la diferencia sería que dicho patrimonio quedaría afectado y dotado de personalidad jurídica propia, administrada por el afectante, con una denominación

propia, a la cual se encuentre en un domicilio determinado y se encuentre inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del comercio para que surta efectos frente a terceros.

CUARTA. - Dichas empresas personales podrán ser controladas y vigiladas por un órgano de vigilancia, cuyos integrantes sean contadores públicos o auditores (profesionistas con título profesional para tal efecto o una cédula que le acredite como especialista en la materia), designados por conducto del colegio de éstos, cuya labor sería la de vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la empresa personal; podemos tomar el ejemplo de Inglaterra, en donde, la asamblea de accionistas de una sociedad debe elegir unos auditores, los cuales deben pertenecer a una de las corporaciones denominadas Chartered Accountants, y que tienen amplias facultades para la inspección de los libros y documentos de la empresa.

QUINTA. - La finalidad para la creación de entidades jurídicas unipersonales es para llevar a cabo actos jurídicos sin poner en riesgo el patrimonio personal del empresario, limitando la responsabilidad del mismo hasta el monto de la cantidad de dinero o bienes los cuales fueron afectos a tal fin.

BIBLIOGRAFIA

BARRERA GRAF, Jorge. *Las Sociedades en Derecho Mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1983

BARRERA GRAF, Jorge: *Instituciones de Derecho Mercantil, generalidades, derecho de la empresa, sociedades*. México, primera reimpresión. Editorial Porrúa. 1997.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. *Derecho de Familia y Sucesiones*. Editorial Harla. México. 1990.

BONNECASE, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo I. Trad. Enrique Fugueroa Alfonzo. Editorial Harla. México. 1997.

BRUNETTI, Antonio. *Tratado del Derecho de las Sociedades*. Tomo I. Edit. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V. México. 1994.

MANTILLA MOLINA, Roberto L.: *Derecho Mercantil, introducción y conceptos fundamentales sociedades*, 17ª ed., México, Edit. Porrúa, 1977.

MOTO SALAZAR, Efraín. *Elementos del Derecho*. 37ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1991.

LEYES Y CODIGOS

GUANAJUATO, *Código Civil para el Estado de Guanajuato*. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V. Primera Edición, Irapuato, Guanajuato, 1993.

DISTRITO FEDERAL, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal*, Editorial Pac, S. A. de C.V. Segunda Edición. México. 1994.

CODIGO DE COMERCIO, Editorial Porrúa, S.A., 62a. Edición, México, 1995.

LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES, Editorial Porrúa, S.A., 62a. Edición, México, 1995.