

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

**EL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE LA
SOCIEDAD MERCANTIL**

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

JOSE ANTONIO GARZA Y OCHOA

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F. MARZO 1971



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

La presente tesis se elaboró bajo el cuidado y dirección del Sr. Lic. Don Héctor Horacio Campero Villalpando, dentro del Seminario del Derecho Mercantil y Bancario de la Facultad de Derecho, siendo Director del mismo el Sr. Lic. Fernando Ojesto Martínez.

A mis queridos padres Doña Atala Ochoa de Garza y
Don José Garza Manzano, con mi agradecimiento y amor.

EL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL.

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO. LOS ACTOS Y HECHOS JURIDICOS.

- La norma jurídica.
- Doctrina Francesa de los actos y hechos jurídicos.
- Doctrina de Francisco Carnelutti.
- Doctrina de León Duguit.
- Doctrina de Antígono Donati.
- Sistema del Código Civil Mexicano.

CAPITULO SEGUNDO. LA NATURALEZ JURIDICA DEL NEGOCIO CONSTITUTIVO.

- La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.
- Análisis del contrato en general.
- El contrato de sociedad mercantil.
- Tesis contractualistas.
- Tesis anticontractualistas.
- Juicio Crítico.

CAPITULO TERCERO. ANALISIS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD MERCANTIL DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACION MEXICANA.

- Consideraciones generales.
- La forma en la sociedad mercantil.
- Requisitos esenciales y accidentales.
- Los permisos de la Secretaría de Relaciones Exteriores.
- La autorización judicial.
- El registro de la sociedad mercantil.
- Breves notas sobre otros sistemas legislativos.

CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

Es propósito de este trabajo examinar un tema que tiene interesantes enfoques, desde el punto de vista teórico y práctico.

Indispensable es, antes de abordar el tema principal, ubicar, desde un punto de vista jurídico, las diversas concepciones que se han manifestado históricamente respecto al Acto Jurídico, porque una vez hecho lo anterior, se podrá determinar la naturaleza y categoría jurídica donde encuadra el negocio constitutivo de las Sociedades Mercantiles.

Al inclinarse sobre una decisión que me permita afirmar que el negocio constitutivo de la sociedad mercantil encuadra dentro de la Concepción Contractualista o del Acto Colectivo, se presupone un estudio de las diversas proposiciones y objeciones de que han sido objeto ambas posturas, estas dos partes son de naturaleza eminentemente teórica y ello es resultado indiscutible de la profundidad y estudio que sobre dicho tema se ha escrito, en la doctrina.

Por otra parte, dicha especulación dogmática es columna central del Derecho y no sólo indispensable para tratar el tema que es materia de la presente tesis.

Sin embargo, debe enlazarse la especulación teórica con la realidad pragmática y es ahí donde surge otra etapa fundamental de este trabajo, al examinar fácticamente la regulación de los diversos ordenamientos jurídicos sobre el negocio constitutivo de la sociedad mercantil.

No es posible dejar a un lado el aspecto histórico y el derecho consuetudinario, ni tampoco es correcto dejar de examinar

la cuestión actual dentro de las legislaciones de los países que son ajenos a México.

Así pues, hechas las anteriores aclaraciones, es necesario dedicar al estudio de los ordenamientos legales vigentes en México, un espacio fundamental y preponderante.

La tesis que se elabora en cuanto a este último aspecto, y en sus capítulos anteriores también, no se circunscribe exclusivamente a la materia mercantil, si bien ésta forma parte principal de la misma, sino que extiende su relación y su estudio a ordenamientos legales civilistas y de derecho público, y en general.

Al tratar los requisitos esenciales para la constitución de la Sociedad Mercantil en General, es materia fundamental el estudio del Requisito de Escrituración Pública y del complemento de una serie de reglas por parte del Notario otorgante, a virtud de una serie de principios que regulan la actividad del Notario.

Creo que el individuo debe dar su opinión con arreglo a su manera de pensar y enfocar el punto; es por esto que, a continuación de cada uno de los temas tratados, expongo mi opinión, no por cierto original en la mayoría de los casos, pero que sí pretende reflejar la manera de pensar del que esto escribe. No pretendo que lo asentado por mí sea lo correcto, porque considero que de la exposición de las ideas puede surgir la solución adecuada, bajo el espíritu de un intercambio de opiniones y de una sana crítica.

CAPITULO I

LOS ACTOS Y LOS HECHOS JURIDICOS

Creo conveniente tratar, aunque sea de manera superficial, lo relativo a la composición de la norma jurídica.

La norma jurídica, como lo han reconocido la mayoría de los autores, tiene el carácter imperoatributivo, lo que se explica al decir que dentro de la norma existen una o varias hipótesis, las que, al realizarse de hecho engendran una serie de derechos y obligaciones.

La norma jurídica se compone de supuesto jurídico: entendiéndose por éste el conjunto de condiciones de cuya realización o actualización depende la vigencia de la disposición; segundo elemento, esta última integrante de la norma y que indica las consecuencias normativas determinadas por la realización del supuesto.

Al hacer la anterior separación nos encontramos en el campo del Derecho, pero es conveniente separar:

- a) supuesto jurídico o hipótesis normativa,
- b) realización fáctica de ésta,
- c) disposición o consecuencias de derecho,
- d) realización fáctica de ésta

El enlace entre los cuatro puntos anteriores varía en cuanto que el supuesto jurídico puede existir y no realizarse de hecho, pero una vez dados los puntos a) y b) su relación con las consecuencias de derecho es necesaria, a consecuencia de la ley de la causalidad jurídica.

Es necesario determinar el contenido del término hecho

jurídico, puesto que los autores modernos emplean el término de hecho jurídico en vez de supuesto jurídico.

De acuerdo con lo anterior, el hecho jurídico sería: aquél que realiza los supuestos normativos.

El Maestro Eduardo García Máynez⁽¹⁾ trata con toda claridad y amplitud el tema, siendo columna central su disertación sobre la composición de la norma: sus dos partes hipótesis y disposición o deberes y derechos, y el carácter necesario del nexo entre la realización de la hipótesis y los deberes y derechos que el precepto respectivamente impone y otorga.

Sin embargo, considero innecesaria una explicación más compleja, porque el tema de la tesis, para ser enfocado, requiere exclusivamente de los datos que anteriormente se proporcionan.

(1) García Máynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México. 6a. Edición. 1956. Páginas 13 y siguientes.

A. Doctrina Francesa.

La Escuela Francesa encuadra dentro de la noción de hecho jurídico, en sentido amplio, la totalidad de las acciones humanas y naturales o causales que el derecho considera tienen relevancia dentro de su esfera.

Así, es una actividad que encuadra dentro del supuesto jurídico y al hacerlo se producen consecuencias de derecho.

De acuerdo con lo expuesto y a fin de tener una mayor claridad, podemos dividir la actividad productora de derechos y obligaciones en:

I. Actividad del hombre:

1. Actos ilícitos: o sean los contrarios a las normas del derecho subjetivo.

2. Actos lícitos: conforme al derecho subjetivo, mismos que pueden clasificarse en:

A) Actos jurídicos: cuya finalidad es la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, que pueden dividirse en:

a) unilaterales: cuando es una sola voluntad la que produce las consecuencias de derecho.

b) bilaterales o convenios en sentido amplio, en las que intervienen dos o más voluntades en la producción de consecuencias de derecho.

Estos, a su vez, se clasifican en:

a) Contratos cuya finalidad es la creación y transmi-

sión de derechos y obligaciones, y

b) Convenios en sentido estricto, cuya finalidad es la modificación o extinción de derechos y obligaciones.

II. Hechos jurídicos, sentido estricto, que a su vez se clasifican en:

- a) Hechos físicos
- b) Cuasicontratos
- c) Delitos
- d) Cuasidelitos

Lo anterior es una esquematización de la idea general francesa, la cual, para apuntalar debidamente, necesita de mayor ex plicación.

Julián Bonnecase⁽²⁾ afirma: "La noción de hecho jurídico es susceptible de revestir un sentido general y una significación específica. En el primer sentido comprende la noción de acto jurídico. El hecho jurídico es entonces un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, que el derecho toma en consideración para hacer derivar de él, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general o permanente, o, por el contrario, un efecto de derecho limitado. Pero la expresión hecho jurídico es con más frecuencia empleada en un sentido especial en oposición a la noción de acto jurídico. En tal caso se alude, ya a un suceso puramente material, como el nacimiento o la filiación, ya a acciones más o menos voluntarias, generadoras de situaciones o de efectos jurídicos sobre la

(2) Bonnecase Julián. Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción. José M. Cajiga. Puebla, México 1945. Páginas 47 y 48.

base de una regla de derecho, cuando el sujeto de tales acciones no ha podido tener o no ha tenido la intención de colocarse, al realizarlas, bajo el imperio de la ley. Si el hecho jurídico en sentido estricto no consiste en sucesos puramente naturales, sino en acciones más o menos voluntarias, es llamado, según los casos, cuasicontrato, delito o cuasidelito, en oposición al contrato que representa el tipo más caracterizado del acto jurídico. Pasemos ahora a la definición de éste: el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo consiste en engendrar con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto de derecho limitado relativo a la formación, modificación o extinción de una relación jurídica".

Otro de los autores franceses, Pothier⁽³⁾ manifiesta:

"Se denomina cuasicontrato el hecho de una persona permitido por la ley, que la obliga hacia otra, u obliga a otra hacia ella, sin que entre ambas exista ningún convenio. Por ejemplo, la aceptación que un heredero hace de una herencia es un cuasicontrato relativamente a los legatarios, porque es un hecho permitido por las leyes que obliga al heredero a pagar a los legatarios los legados establecidos en el testamento, sin que haya mediado entre éstos y aquél convenio alguno. Otro ejemplo de cuasicontrato lo tenemos en el hecho de que alguien pague, por error de hecho, una cosa que no debe. El pago de ésta es un hecho que obliga a quien la ha recibido a de-

(3) Pothier

volverla, aun cuando no pueda decirse que haya mediado convenio alguno acerca de la restitución. La gestión que una persona hace de los negocios de un ausente, sin que éste le haya dado tal encargo, es también un cuasicontrato que obliga a la primera a rendir cuen-tas y al ausente a indemnizar al gestor, por los desembolsos reali-zados con motivo de la gestión... "En los contratos, es el con-sentimiento de las partes contratantes el que produce la obliga-ción; en los cuasicontratos no hay consentimiento; la ley o la equidad natural son las que producen el deber jurídico. A ello obedece que estos hechos sean llamados cuasicontratos, pues sin ser contratos, ni menos aún delitos, producen obligaciones como aquéllos..." Se llama delito al hecho por el cual una persona, por dolo o malicia causa un daño o un perjuicio a otra. Los deli-tos y los cuasidelitos difieren de los cuasicontratos en que el he-cho de donde resulta el cuasicontrato es permitido por las leyes, en tanto que el que constituye el delito o cuasidelito es un hecho condenable".

Marcel Planiol, ⁽⁴⁾ en relación al tema, manifiesta: "Los con-tratos son convenciones productivas de obligaciones. Los cuasi-contratos son hechos lícitos y voluntarios que difieren de los con-tratos en que excluyen el acuerdo de voluntad, que forma la conven-ción. Los delitos y los cuasidelitos difieren de las dos fuentes anteriores, en virtud de ser hechos ilícitos. La ley los hace producir obligaciones cuando causan un daño a tercero; impone a su autor la obligación de reparar un mal causado. Por lo tanto

(4) Planiol Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Traducción: José M. Cajiga. Puebla 1945. Página 487.

pueden definirse como actos ilícitos y perjudiciales para terceros. Por otra parte, los delitos difieren de los cuasidelitos en que son ejecutados conscientemente y con intención de dañar, en tanto que los cuasidelitos excluyen esta intención y suponen que el daño ha sido causado por inexperiencia o negligencia y que no ha sido intencional".

Colin et Capitant⁽⁵⁾ aclaran, por su parte, diciendo que: "Todos los sucesos que tienen por efecto dar nacimiento a derechos, transmitirlos de una persona a otra o extinguirlos, son hechos jurídicos. Pero no es preciso que todos los hechos jurídicos constituyan actos jurídicos. Los así llamados, los actos jurídicos propiamente dichos, son los actos voluntariamente realizados por el hombre con la intención de engendrar, de modificar o de extinguir derechos y obligaciones. Como ejemplo citaremos, ante todo, los contratos (venta, arrendamiento de inmuebles, préstamo, contrato de trabajo, Sociedad, etc.) actos jurídicos que consisten en el acuerdo de dos o más voluntades para crear obligaciones entre los contratantes".

Señalan la diferencia entre acto jurídico y acto escrito probatorio, este último llamado título.

Como resumen de esta exposición clasifican a los hechos jurídicos (sin intención y voluntad, sentido estricto) en acontecimientos naturales o accidentales y voluntarios, pero sin intención de producir efectos jurídicos como delitos y cuasidelitos.

Y en cuanto a los actos jurídicos, propiamente dichos,

(5) Colin et Capitant. Derecho Civil. Tomo I. París.
Página 465.

su clasificación sería:

1. Unilaterales
2. Bilaterales. Convenciones:⁽⁶⁾ "acuerdo de dos o más voluntades para crear, transmitir o extinguir un derecho patrimonial (venta, cambio, arrendamiento, préstamo, sociedad...) o engendrar derechos de familia (matrimonio, adopción)".

Distinguiéndose la convención y el contrato, en tanto que éste último sólo tiene por objeto la transmisión o nacimiento de derechos, pero no su extinción. Así el contrato es una especie particular de convención.

(6) Colin et Capitant. Obra citada. Página 466.

B. Doctrina de Francisco Carnelutti

Al abordar el tema, nos encontramos que el análisis del maestro italiano parte de una clasificación general de los hechos jurídicos(7).

Atendiendo a su naturaleza:

1. Naturales o casuales: fenómenos de la naturaleza.
2. Humanos o voluntarios: aquéllos a los que la ley enlaza consecuencias jurídicas (actos jurídicos en sentido amplio).

Estos actos jurídicos en sentido amplio los clasifica, atendiendo a los conceptos de fin práctico y efecto jurídico del acto, y las relaciones entre estos dos conceptos pueden ser de:

- a) Indiferencia: en el acto la finalidad práctica no coincide ni se opone con el efecto jurídico. Ejemplifica diciendo que en el acto de escribir un libro podemos separar el fin práctico: recrearse y el efecto jurídico, que sería el nacimiento del derecho de autor, pero no hay pugna entre los dos conceptos, es un acto puramente lícito.
- b) Coincidencia: el acto realizado permite que el fin práctico y el efecto jurídico se armonicen y ejemplifica: Al comprar papel el efecto jurídico es la transmisión de la propiedad y el fin práctico es escribir un libro.

Estos son para él los actos jurídicos esenciales que

(7) Carnelutti Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil. Página 69.

divide en tres especies:

1. Acto debido: que es complemento de una obligación.
 2. Proveimiento: que consiste en el ejercicio de un poder.
 3. Negocio jurídico: que es el ejercicio de un derecho subjetivo. Manifestando su oposición a que sea considerado como acto cuya finalidad práctica consiste en la producción de un efecto jurídico, es decir, en la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica, pues bien, se comprende que ésta es la noción del género, acto jurídico en sentido estricto y no en la especie de negocio jurídico cuya diferencia específica frente a las otras dos se percibe observando que la producción del efecto jurídico tiene lugar precisamente porque el agente ejercita un derecho subjetivo.
- c) Oposición: en el acto realizado, el fin práctico choca con el efecto jurídico, ejemplificando en el acto de robar papel: el fin práctico de escribir un libro choca, pugna con el efecto jurídico, sanción penal y restitución de lo robado. Es pues un acto jurídico ilícito y cuya especie más conocida es el delito.

Es conveniente ahondar más en el análisis del punto de partida de su tesis, que es el examen de los dos elementos de la norma jurídica, en primer lugar la llamada hipótesis y en segundo la tesis, elementos que para él se encuentran en relación o sucesión causal, misma que explica: "dado el hecho A, debe derivar

de él la conducta B; debe derivar en el sentido de que si no deriva, de él deriva una conducta C, en la que consiste la aplicación de la sanción. De este modo el hecho A actúa como causa del efecto B. Cuando un hecho está por tanto previsto por una norma como causa de un efecto jurídico, le llamamos hecho jurídico. Un hecho es o se llama jurídico, cuando la ley le atribuye un efecto jurídico, y como la virtud de producir efectos recibe el nombre de eficacia, la fórmula se traduce en esta otra: un hecho es jurídico cuando tiene eficacia jurídica"⁽⁸⁾.

A partir de lo anterior elabora su clasificación de hechos jurídicos desde un doble aspecto:

I. Según la naturaleza del hecho al que se atribuye la eficacia:

- a) Hechos jurídicos naturales o causales
- b) Hechos jurídicos humanos voluntarios: la voluntariedad es indispensable. Son los actos jurídicos que, a su vez, pueden clasificarse en:

A) Según su función y de acuerdo con la finalidad práctica y el efecto jurídico del acto pueden relacionarse en tres hipótesis:

- a) indiferencia
- b) coincidencia
- c) pugna

B) Según la estructura: la diferencia surge cuando el efecto jurídico se da por un acto solo o por

(8) Carnelutti Francisco. Obra citada. Páginas 70 y siguientes.

una multiplicidad de actos ligados entre sí por una finalidad común, y se dividen en:

- a) Actos simples
- b) Actos complejos, de los cuales es necesario examinar si la composición del acto complejo a razón de varios actos simples, éstos son ejecutados por una o varias personas y así surgen:

- 1) Actos complejos impersonales
- 2) Actos complejos pluripersonales o concursuales, los que admiten, desde el punto de vista de su estructura, una distinción motivada por la posición respectiva de los concurrentes:
 - a) intereses convergentes, llamado acto concursual unilateral o acuerdo
 - b) intereses divergentes llamado acto concursual plurilateral o contrato,

que si bien es acuerdo, mediante el contrato: "Los agentes constituyen, regulan o modifican un vínculo (relación) jurídico entre ellos y por tanto es un acuerdo dirigido a regular un conflicto de intereses entre quienes lo celebran. La propia palabra contrato (cum trahere), como asimismo convención (de cum vi niere) alude a los opuestos puntos de partida de los agentes que convienen o contratan en un punto intermedio. En realidad siempre que esta característica, o sea la oposición de los intereses falte, no hay más que acuerdo y, por tanto, acto complejo unilateral..."⁽⁹⁾

⁽⁹⁾ Carnelutti Francisco. Obra citada. Páginas 71 y siguientes.

C. Tesis de León Duguit⁽¹⁰⁾

Principia el eminente autor francés a estudiar el acto de voluntad, como punto base para estudiar el acto jurídico. En el acto de la voluntad se pueden distinguir cuatro momentos psicológicos, tomando en cuenta las investigaciones hechas por el psicólogo norteamericano William James:

- a) Concepción: el sujeto piensa los diversos objetos que puede alcanzar y las consecuencias que les atribuye el derecho.
- b) Deliberación: el sujeto pone y opone las diversas conductas de su voluntad, comparándolas y comparando sus consecuencias jurídicas.
- c) Decisión: el sujeto elige el objeto con sus correlativas consecuencias jurídicas. Es el verdadero aspecto volitivo.
- d) Ejecución: canalización de la corriente de energía para expresar lo que se concibió, deliberó y decidió.

El acto jurídico es un acto de voluntad, de conformidad con todos los autores, a la vez que todo acto de voluntad puede o no ser jurídico.

La definición de acto jurídico es la que dice que es todo acto de voluntad con la intención de producir modificación dentro del ordenamiento jurídico.

La importancia estriba en la Intención y Modificación del Orden Jurídico: como un conjunto de reglas normativas y constructi

(10) Duguit Leon. *Traitée de Droit Constitutional*. 3a. Edición. París 1927. Páginas 316 y siguientes. Tomo I.

vas a las que está sujeta toda sociedad, y que constituyen para los individuos un imperativo positivo o negativo de órdenes y defensas y bajo las cuales existe una sanción social que la conciencia social comprende como necesaria y que está organizada de una manera más o menos completa.

Es el derecho objetivo que crea obligaciones para los individuos, mismos que si con su actitud pasiva o activa violan dicha norma jurídica, serán castigados con una sanción social.

De conformidad con lo anterior clasifica primeramente los actos jurídicos:

- a) Actos reglas: aquéllos que son hechos con la intención que se produzca una modificación en las reglas de derecho. Tienen un carácter exclusivamente objetivo, puesto que producen únicamente una modificación en el dominio del derecho.

Cita como ejemplos dentro del Derecho Público los reglamentos y concesiones y dentro del Derecho Privado los estatutos de una asociación o sociedad y como ejemplo más claro las cláusulas de un contrato colectivo de trabajo.

- b) Acto jurídico condición: son aquéllos que en un momento dado determinan a un individuo por medio de una conducta, de manera que una norma general que no le era aplicable antes, ahora produce para él un estatuto que ahora debe regirle.

Hay ciertas reglas de derecho objetivo que, siendo ciertamente disposiciones generales y abstractas, no se aplican indistintamente a todos los miembros del grupo social, sino sólo a aquéllos que se encuentran en ciertas condicio

nes, a aquéllos que serán determinados por un acto hecho conforme a dicha regla.

El acto es objetivo en el sentido de que no tiene otro resultado que condicionar la aplicación de cierta norma de Derecho Positivo, y tiene algo de subjetivo en cuanto se condiciona la aplicación a un sujeto determinado de la norma en cuestión.

Cita como ejemplos, el nombramiento de funcionarios, el reconocimiento de hijo natural, la legitimación, el matrimonio, etcétera.

- c) Acto jurídico subjetivo: y a consecuencia del cual aparece a cargo de un sujeto una obligación especial, concreta, individual y momentánea, que no había sido creada por el Derecho Objetivo.

Cuando el acto se realiza, nace a cargo de un sujeto una obligación especial que puede no encontrarse en el Derecho Objetivo y no estar determinado por él.

Son actos subjetivos y el prototipo es, desde luego, el contrato.

Estas tres categorías se integran con los elementos dados para todo acto de voluntad.

Tesis de Donati

El maestro italiano hace una clasificación muy interesante en cuanto a los actos jurídicos, en tanto que, sin desconocer la tradicional distinción en actos unilaterales y bilaterales o plurilaterales, o sea, en el primer caso es una sola voluntad la que produce las consecuencias de derecho y, en el segundo, intervienen dos o más voluntades, ve el problema desde otro ángulo.

Así, principia por clasificar los actos jurídicos en tres tipos: (10 bis)

- a) Actos simples o de voluntad simple: son los que se producen por una sola declaración de voluntad.
- b) Actos complejos o de voluntad compleja: se constituyen mediante declaraciones de voluntad formadas al fusionarse diversas declaraciones de voluntad, con un fin único y ejerciendo un solo poder o derecho.
- c) Actos colectivos: se constituyen mediante declaraciones diversas de voluntad emanadas del ejercicio de poderes o derechos que se unen por la satisfacción de intereses paralelos.

Esta triple división se basa en el concepto de declaración de voluntad, desde el punto de vista de su dirección hacia el exterior, o la que el autor llama también parte substancial o centro de intereses.

En cada una de las categorías anteriores, el acto es en rigor unilateral, porque si bien intervienen varias voluntades, éstas se manifiestan en una sola dirección; los actos simples al

(10 bis) Donati Antígono. Sociedades Anónimas. Porrúa Hnos. México. Traducción: Felipe de J. Tena. 1939. Páginas 42, 43,

constituirse con una declaración de voluntad, es claro que ésta se desenvuelva en una sola dirección, como una sola parte; en los actos complejos son varias las declaraciones de voluntad, sin embargo, éstas se unifican en un fin único, y, por último, en los actos colectivos también existen varias declaraciones de voluntad, distintas pero igualmente unificadas, a fin de satisfacer los intereses paralelos de cada una de ellas.

Así lo anterior, la clasificación de los actos jurídicos en unilaterales y bilaterales sería la siguiente:

- a) En los unilaterales no es necesaria una sola declaración de voluntad, sino que pueden existir declaraciones de voluntad (simples o complejas) pero como una sola parte, en una sola dirección.
- b) En los plurilaterales, la esencia no estriba en ser dos o más declaraciones de voluntad, sino que éstas se produzcan en diversas direcciones, si son dos direcciones hablaremos del contrato típicamente, pero pueden existir más, lo que sería el contrato plurilateral.

Esta clasificación pretende determinar el número de direcciones de las declaraciones de voluntad necesarias para la existencia del acto.

Sistema del Código Civil Mexicano

En realidad, dentro de nuestro Código Civil no hay una Teoría de los Actos y Hechos Jurídicos; es en el Libro Cuarto que trata de las Obligaciones y en el Capítulo I del mismo donde nos define lo que es contrato y qué es convenio.

Artículo 1792:⁽¹¹⁾ Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Artículo 1858: Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato que tenga más analogía de los reglamentados en este Ordenamiento.

Artículo 1859: Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

En estos cuatro numerales encontramos la base para la clasificación de los hechos y actos jurídicos:

Convenio a) Contrato: crea, trasmite derechos y obligaciones
sentido b) Convenio (sentido estricto) modifica o extingue de-
amplio rechos y obligaciones

Ahora bien, por lo que respecta a la clasificación gene-

(11) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.
Editorial Porrúa. México 1969.

ral, es necesario aclarar que resulta de una serie de disposiciones dispersas, pudiendo, a mi parecer, hacerse de la siguiente forma:

Hechos jurídicos: todo acontecer al que el derecho atribuye consecuencias de derecho (sentido amplio).

I. Actos jurídicos: manifestación exterior de voluntad para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

1. Unilaterales: requieren la existencia de una sola voluntad, como es el caso del testamento, remisión de deuda y declaración unilateral de voluntad.

2. Bilaterales o Plurilaterales: requieren la existencia de dos o más voluntades; llamados también convenio en sentido amplio, los que a su vez se dividen en:

a) Contratos: se crean o transmiten derechos y obligaciones.

b) Convenios (sentido estricto) se modifican o extinguen derechos y obligaciones.

II. Hechos jurídicos: (sentido estricto)

1) Voluntarios: se quiere la conducta a realizar, pero no las consecuencias jurídicas derivadas de la misma.

a) Lícitos

b) Ilícitos que pueden ser civiles o penales

2) Involuntarios:

a) Naturales: ejemplos nacimiento, muerte

b) Accidentales: ejemplos riesgo profesional y accidental.

CAPITULO II

NATURALEZA JURIDICA DEL NEGOCIO CONSTITUTIVO

El presente capítulo nos ocupará en el examen de las diversas teorías y concepciones jurídicas, acerca de la naturaleza jurídica del negocio constitutivo de la sociedad mercantil.

En el capítulo anterior se hizo alusión, en forma general, a los actos jurídicos y su clasificación, como introducción al tema central que nos ocupa; sin embargo, como se verá, al tratar en el presente capítulo diversas tesis, éstas rebasan las clasificaciones hechas con anterioridad, o más correctamente, se ocupan de un punto fundamental dentro de las clasificaciones.

Ahora bien, considero pertinente, antes de tratar las dos posiciones antagónicas en cuanto a la naturaleza del negocio constitutivo de la sociedad mercantil, tratar en forma breve lo relativo a la personalidad jurídica de ésta, así como apuntar un somero análisis del contrato en general y del contrato de sociedad mercantil, en particular.

Personalidad jurídica de las sociedades mercantiles

Existe un aspecto que es de indudable importancia resaltar: la creación de una persona jurídica distinta a los miembros que realizan el negocio constitutivo de la sociedad. Este aspecto es interesante, en cuanto a que la sociedad mercantil tiene una existencia independiente y autónoma de la de cada uno de los socios.

Debemos, de manera categórica, afirmar que la personalidad de la sociedad es atribución jurídica, esto independientemen-

te de las teorías que pretenden explicar lógicamente este aspecto, pero, en última instancia, es el derecho el que crea a la persona jurídica sociedad.

Sin embargo, debe reconocerse que no es producto caprichoso de la ley el hacer tal atribución, sino que responde a una serie de necesidades.

El Maestro Montilla Molina dice:⁽¹²⁾ "Es fácilmente compreensible el orden de ideas que conduce a la personificación de las sociedades: carácter esencial de las personas es el estar dotadas de voluntad; pero la voluntad presupone un fin a cuya realización está encaminada. Si el pensar sigue ahora un orden inverso, se presenta así: la existencia de un fin que realizar implica una voluntad y ésta, a su vez, una persona. Como es de la esencia de las sociedades -se continúa razonando- la existencia de un fin común debe concluirse que las sociedades son personas. Tal razonamiento, desde el punto de vista de la Lógica, es inconsistente. Pero la vida no se cuida siempre de la Lógica, y el Derecho se acomoda a las exigencias de la vida social, concuerden o no concuerden con la Lógica. Por lo demás, tampoco es lógicamente absurdo atribuir personalidad a seres diversos de los hombres; ello es, esencialmente, un problema de técnica jurídica".

De Benito⁽¹³⁾ se muestra inconforme con la solución legal "El acatamiento a un precepto definidor de carácter general

(12) Mantilla Molina Roberto L. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México 1963. Páginas 195 y 196.

(13) De Benito José L. La Personalidad Jurídica de las compañías y sociedades mercantiles. Número 73-75. Tomada de Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Página 190.

sólo debe existir cuando el régimen a que venga sometida la institución responda en el cuerpo legal que la regule a los mismos principios informadores del dogma propuesto. Mas por si la inadecuación del precepto a la institución se patentizase el desacuerdo entre la declaración de carácter dogmático y las normas constructivas ordenadoras del contenido institucional, es, jurídicamente, único criterio aceptable de interpretación prescindir de la definición y ajustarse en lo que a la constitución se refiere a la construcción que de su contenido legal y funcional se desprenda".

Análisis del contrato

El contrato, como había manifestado con anterioridad, es el acuerdo de dos o más voluntades para crear y transmitir de rechos y obligaciones.⁽¹⁴⁾ Es un acto jurídico bilateral, en cuanto se requiere la reunión de dos o más voluntades que se obligan y es, asimismo, una especie de convenio, en sentido amplio, pues sólo crea o transmite derechos y obligaciones.

De acuerdo con lo anterior, para que el acuerdo de voluntades produzca efectos jurídicos, en el caso creación y transmisión de derechos y obligaciones, son necesarios una serie de requisitos, mismos que de una parte afectan la existencia del contrato, o por otra invalidan el mismo, y a los que es necesario referirse:

a) Elementos de existencia:

1. Consentimiento: este elemento se integra con la reunión y

(14) Apuntes de Derecho Civil dictados en la Cátedra por el Lic. Benjamín Flores Barroeta. 1965

acuerdo de dos voluntades. El elemento fundamental de todo acto jurídico es la manifestación exterior de voluntad, es ella la base donde descansa el derecho privado, aunque a virtud de la socialización del derecho, el campo de la voluntad se limite cada vez más, si entonces es fundamental la voluntad en el acto jurídico, en el contrato igualmente, con el matiz de que, debiendo concurrir dos o más personas y, por tanto, dos o más voluntades, el acuerdo de esas dos voluntades es lo que se llama consentimiento. La falta de este elemento impide de plano el nacimiento del contrato, su existencia.

2. Objeto materia del contrato: el segundo requisito existencial puede dividirse en:
- a) Objeto directo o inmediato: creación o transmisión de derechos y obligaciones
 - b) Objeto indirecto o mediato: conducta humana, un dar, hacer o abstenerse
 - c) La cosa misma

Como requisitos del objeto, tomándolo en el último sentido apuntado, es necesario:

- a) Posibilidad física: el objeto no debe ir en contra de una ley física que constituya obstáculo insuperable para su realización.
- b) Posibilidad jurídica: el objeto tampoco debe ir en contra de una norma jurídica que deba regirle, constituyendo obstáculo insuperable para su realización.
- c) Es necesario que la cosa objeto del contrato exista en la naturaleza, sea determinada en cuanto a su es-

pecie y esté en el comercio.

d) El objeto debe ser también lícito, esto es, no debe ir en contra de las leyes de orden público, ni en contra de las buenas costumbres.

3. Solemnidad: en un principio la manifestación y acuerdo de voluntades no requiere forma alguna, empero, hay ocasiones en que la ley exige que la manera de exteriorización de la voluntad adquiera el rango de solemnidad, so pena de inexistencia del contrato.

Requisitos de validez

1. Capacidad legal de las partes: que es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) y ejecutarlos (capacidad de ejercicio).

El resorte de existencia del acto jurídico es la capacidad de goce que se adquiere por el nacimiento, aún más, desde el momento de la concepción y se pierde por la muerte. Toda incapacidad resulta de una disposición legal, que es la excepción a la regla general.

2. Ausencia de vicios del consentimiento:

Todos los vicios impiden la manifestación libre y consciente de la voluntad y se dividen en:

Error: A) De hecho B) De derecho

De hecho: a) Obstáculo impide la formación del consentimiento y puede referirse tanto a la naturaleza como al objeto del contrato

b) Nulidad: afecta a las condiciones relativas al objeto del contrato y puede darse en la sustancia o en el objeto mismo del contrato

- c) Indiferente: que es irrelevante, porque no afecta el consentimiento.

Dolo: conjunto de maquinaciones, sugerencias o artificios que conducen al error a una persona

Mala fé: disimulación del error

Violencia: empleo de fuerza física o amenazas que imparte peligro de perder la vida, honra, libertad, salud o una parte considerable de bienes, extendiéndose lo anterior a los parientes de la parte contratante.

3. Licitud en el objeto motivo o fin: a este respecto puede entenderse que el motivo o fin sería la causa contingente y variable que induce al sujeto a contratar y estaríamos dentro de la debatida teoría de la Causa, debiendo estarse a lo que apuntamos en relación al objeto del contrato.
4. Forma establecida por la ley. Se apuntaba que las partes en principio tienen libertad para exteriorizar su voluntad (actos consensuales), pero la ley, en otros casos, determina una manera especial de exteriorización de la voluntad (actos formales) y más aún, existen casos en que la ley eleva la forma a un elemento constitutivo del contrato (actos solemnes).

Contrato de sociedad mercantil

Es necesario, para la definición de la sociedad mercantil, acudir al ordenamiento civil, ya que ni la Ley General de Sociedades Mercantiles, ni el Código de Comercio nos dan una definición.

Así el artículo 2688 del Código Civil dice: "Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar

sus recursos a sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".(14 bis)

En relación con lo anterior, los artículos 2 y 81 del Código de Comercio señalan que a falta de disposición en las leyes mercantiles, se aplicarán las reglas de derecho común.

Entendiendo lo anterior, la sociedad mercantil reúne los elementos de existencia y requisitos de validez que han quedado expresados con anterioridad. Existe consentimiento, objeto, se requiere capacidad, licitud en el objeto motivo y fin, y la forma establecida por la ley. Cuestiones que serán tratadas con toda amplitud al estudiarse los requisitos de la ley mexicana, materia del capítulo que sigue.

Tesis contractualistas

Considero necesario manifestar que, al hacer la exposición de las diversas teorías, nos limitamos a consignar los elementos de cada autor, haciendo el análisis respectivo en la parte final de este capítulo, donde nos permitimos dar nuestra opinión al respecto.

Es menester hacer mención de la corriente francesa que, sin duda, es la que en un principio marcó metas a seguir por los derechos de los demás países del orbe. En nuestro país, por ejemplo, la definición legal de sociedad es consecuencia de la corriente francesa.

a) E. P. Plagnol⁽¹⁵⁾ examina la definición que la Ley Gala da de sociedad: "Es un contrato por el cual dos o más per-

(14 bis) Código de Comercio y Leyes Complementarias. Editorial Porrúa. México. 1969.

(15) Plagnol E. P. Les sociétés étude juridique fiscal. París, Francia. 1956. Páginas 78 y 79.

sonas convienen en aportar alguna cosa en común, con la mira de repartir los beneficios que puedan resultar de dicha aportación y de la misma hace resaltar los siguientes aspectos:

- 1) Es un contrato sinalagmático:⁽¹⁶⁾ "Para poder hablar de contrato de sociedad es necesario, evidentemente, por lo menos, dos personas. Es un contrato sinalagmático bilateral que crea para las partes obligaciones recíprocas, al mismo tiempo que obligaciones comunes. En ciertos casos la ley exige la participación de un número mínimo superior a dos".
Los contratantes devienen en asociados cuando la sociedad es tá formada y cuya personalidad es distinta de la de la socie dad y que pueden ser o no conocidos de los terceros.
- 2) Existencia de la "Affectio societatis" entre los contratantes.

Por el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de sociedad, los vínculos jurídicos que ésta supone no se extinguen pese al cumplimiento.

Los intereses de cada uno de los socios, pese a que, indudablemente cada socio pueda tener un interés subjetivo, se enlazan para la consecución del fin social.

La introducción de nuevos socios es normal, pudiendo haber substitutiones.

La modificación de las cláusulas del contrato de socie dad es posible y aún la modificación de la totalidad.

- b) Houpin C.,⁽¹⁷⁾ siguiendo la corriente francesa, par

(16) Plagnol E. P. Obra citada.

(17) Houpin C. y H. Bosvieux. Tratado General Teórico y Práctico de Sociedades Civiles y Comerciales. París 1925. Páginas 60 y siguientes.

te igualmente del artículo 1832 del Código Civil Francés: La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen en aportar alguna cosa en común, con el fin de participar en los beneficios que de ello resultan.

Afirma que la sociedad mercantil es⁽¹⁸⁾ "un contrato consensual, sinalagmático, a título oneroso y conmutativo".

Se encuentran en el contrato tres elementos esenciales: 1. Aportación de cada uno de los socios. 2. La sociedad debe tener a la vista beneficios por realizar. 3. Los beneficios deben ser repartidos entre los socios".

Agrega dos condiciones más para que exista la sociedad: "Cada asociado debe estar expuesto en caso de fracaso de los negocios sociales a participar en sus pérdidas. Y, cada contratante debe tener la intención de formar una sociedad, esta última condición se designa de ordinario como *affectio societatis*.

En otro orden de ideas el contrato de sociedad exige, como todos los contratos, el consentimiento, la capacidad de to dos los socios y un objeto".⁽¹⁹⁾

c) E. Thaller⁽²⁰⁾ distingue cómo la sociedad es una persona jurídica opuesta a la persona física y que la sociedad

(18) Houpin G. Obra citada. Página 60.

(19) Houpin G. Obra citada. Página 61.

(20) Thaller E. Tratado Elemental de Derecho Comercial. París. 1956. 5a. Edición. Página 158.

debe estudiarse bajo otro punto de vista importante: "Hay que reconocer que la sociedad establece un vínculo de naturaleza diferente a las convenciones ordinarias: carácter que se pone de relieve manifestando que, la sociedad crea para las partes que la forman un interés común y no un interés contrario".

"La sociedad no provoca este antagonismo: el resultado ventajoso que dará el contrato servirá a los intereses de todos los adherentes. Entre los socios hay confraternidad, decían los romanos. Todos para uno y uno para todos. Su interés, sin duda, puede entrar en conflicto en lo relativo a repartos de beneficios o a ciertas cláusulas de naturaleza accesorias. Pero en conjunto el éxito feliz de la sociedad depende de un conjunto de acuerdos y de un negocio especulativo en los cuales los socios derivan hacia un mismo pensamiento. Saben que el bien de cada uno es solidario del de todos y esto es lo que hace que este contrato tenga su lugar aparte, de honor, frente a los demás".

Por otro lado examina el problema de la personalidad de las sociedades comerciales y manifiesta: "Se ha dicho de las sociedades de comercio que son organismos. Sería una forma abreviada de traducir la aptitud de los bienes sociales de tener una actividad propia, independiente de los intereses de cada socio. Quien dice organismo supone vida, la fuerza que hace que se cambie el medio de crecer y evolucionar. La sociedad tiene su régimen, los patrimonios de los socios el suyo. Lejos de compentrase estos regímenes permanecen independientes".(21)

(21) Thaller E. Obra citada. Páginas 159 y siguientes.

Esta concepción supone que en la constitución la base es un contrato que tiene como consecuencia la creación de la persona jurídica sociedad y para Thaller es importante la distinción entre el contrato como acto de los fundadores y la persona jurídica que nace del contrato, misma que puede modificarse a sí misma, sin que rompa el contrato primario, suponiendo la modificación una evolución perfeccionadora del organismo.

d) César Vivante, como en el apartado anterior lo hace Thaller, da relevancia en el aspecto de la sociedad mercantil a la característica de la personalidad jurídica, sin olvidar su naturaleza jurídica, y dice:

"La sociedad nace de un contrato que se llama acto constitutivo; más tarde, durante su existencia, la sociedad puede aumentar su capital y el número de socios por medio de nuevos contratos, que se puedan calificar como contratos de adhesión a la sociedad. Los dos contratos tienen las mismas características, la única diferencia que existe es que los segundos presuponen la existencia de la sociedad".(22)

La sociedad comercial nace de un contrato "por el cual dos o más personas convienen en constituir por sus aportes un fondo social con el fin de compartir las ganancias que puedan resultar por la ejecución de uno o más actos de comercio".(23) Es la definición que da el Código Civil en su artículo 1697, modifi-

(22) Vivante César. Tratado de Derecho Comercial. Tomo II de la Sociedad Comercial. 1ª Edición. Página 31. Madrid 1932.

(23) Vivante César. Obra citada. Página 31.

cado por las disposiciones del Código de Comercio que son incompatibles con aquéllas del Código Civil. Esto pone en evidencia que las aportaciones de los socios no constituyen un bien común para ellos, sino un patrimonio, una dotación de la sociedad.

"El contrato de sociedad no entraña un cambio de valores o bienes, ni transferencia de propiedad entre los asociados. Se efectúa con este contrato una afectación de bienes en propiedad o en goce a la nueva persona que viene a existir, con el fin de procurar a los asociados, por el empleo de los fondos sociales, una ganancia que no habría podido alcanzar si estuvieran divididos entre ellos. Sí, al momento en que los socios concluyen el acto constitutivo, se ponen uno enfrente de otro, como en todos los otros contratos conmutativos y bilaterales, pero al ejecutar actos, ellos cambian de actitud y se encuentran uno al lado del otro, porque por el acto social, sus intereses opuestos se funden en un interés común: el contrato de sociedad opera la transformación de sus intereses individuales y divididos en un solo interés colectivo..."

"El acto constitutivo de una sociedad o el acto de adhesión a una sociedad ya constituida es indudablemente un acto de comercio. Pero si figura entre los actos de comercio, no se debe a que desempeñe habitualmente la función intermediaria de facilitar la circulación de riquezas entre productores y consumidores, sino que desempeña una función preparatoria, la de un instrumento destinado a crear una nueva fuerza de actividad económica, que una vez constituida se manifestaría, por la ejecución habitual de actos de comercio".(24)

(24) Vivante César. Obra citada. Página 32.

e) Dentro del mismo grupo de seguidores de la doctrina contractualista debe mencionarse, en forma especial, al jurista italiano Tulio Ascarelli,⁽²⁵⁾ quien desenvuelve de manera por demás interesante jurídicamente, el tema que nos ocupa.

Ascarelli no vacila en afirmar que la fuente de la sociedad es un contrato, tomando como base la definición que de sociedad hace el Código Civil Italiano en su artículo 1697:⁽²⁶⁾ Sociedad es el contrato por el cual dos o más personas convienen en poner alguna cosa en común, con el fin de dividir la utilidad que de allí pueda derivarse.

Es conveniente manifestar que, para él, existen tres tipos de contratos: a) De cambio. b) Plurilaterales, de organización o asociativos, y c) Sociedad.

Básico es desarrollar los tres tipos de contrato, a fin de dar con claridad las diferencias de cada uno.

Las características del contrato de sociedad. A este respecto dice:⁽²⁷⁾

"Cada parte se obliga a efectuar la propia aportación, en vista de un fin común, es decir, en vista del empleo, en interés común, de cuanto se aporta a la sociedad para dividirse, después, las utilidades que de ese modo se obtengan".

(25) Ascarelli Tulio. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa 1940. Traducción: Joaquín Rodríguez y Rodríguez. Páginas 92 y siguientes.

(26) Ascarelli Tulio. Obra citada. Páginas 93 y siguientes.

(27) Ascarelli Tulio. Obra citada. Páginas 93 y siguientes.

El contrato de sociedad constituye, por lo mismo, la base del desarrollo sucesivo de cierta actividad con interés común: por ejemplo, comprar mercancía para revenderla, construir una casa con el mismo objeto, explotar en conjunto un invento industrial, etc. En los contratos de cambio, por el contrario, como en la venta, mutuo, arrendamiento, etc., el contrato no disciplina una actividad sucesiva en interés común, sino que se limita a regular las obligaciones de una parte con respecto a la otra.

Puesto que con el contrato de sociedad los socios persiguen un fin común, el contrato debe necesariamente tener una duración adecuada a la posibilidad de obtener el fin social. Los contratos de cambio pueden, por el contrario, ejecutarse aún inmediatamente; por ejemplo Tisio entrega la mercancía vendida y Cayo paga simultáneamente su precio.

Durante el desarrollo del contrato puede ser oportuna la modificación de algunas cláusulas del contrato social, por ejemplo, dada la marcha de los negocios, puede ser oportuno desarrollar una actividad diversa de la prevista inicialmente.

Así también, durante el desarrollo de la sociedad puede ser conveniente permitir la salida de algunos socios, o el ingreso de otros nuevos, sin que por esto haya de disolverse la sociedad, y constituirse otra nueva. El Código prevé así la posibilidad de modificar el contrato social.

Puesto que el contrato de sociedad disciplina el desarrollo de una actividad futura en interés común, es necesario que discipline también el desenvolvimiento de la actividad social y, por ende, la administración de la sociedad y los órga-

nos necesarios para su funcionamiento.

Deben pues, distinguirse en toda sociedad las reglas que concurren a su constitución, administración y disolución".(27 bis)

Para este autor el ánimo de lucro es requisito para la existencia de la sociedad, aunque en nuestro derecho mexicano la distinción sea formal en cuanto a sociedad civil y mercantil, y así dice:

"Sin intención de lucro no puede haber sociedad. En consecuencia, cuando las partes se obligan a efectuar aportaciones, pero no con propósito de lucro, sino persiguiendo uno diverso (por ejemplo, de beneficencia) no constituyen una sociedad en sentido propio, y no pueden, por lo tanto, aplicarse a esta hipótesis las reglas de tal contrato.

El lucro, que determina la constitución de la sociedad, debe derivarse del empleo de las aportaciones sociales. Al lado de la sociedad en sentido propio, podemos pues, distinguir las asociaciones. Estas ofrecen a sus asociados los propios servicios a un precio inferior al del mercado y, por lo mismo, el asociado obtiene, bajo esta forma, una ventaja derivada de su participación en la asociación. Más, esta ventaja la disfruta inmediatamente el asociado, en cuanto recurre a los servicios de la asociación.

Así, en las asociaciones llamadas mutuas, pueden los asociados, gracias a ellas, obtener un servicio determinado a un precio inferior al del mercado (por ejemplo, en las mutuas de consumo, los asociados podían adquirir de las asociaciones, en un

(27 bis) Ascarelli Tulio. Obra citada. Páginas 94 y siguientes.

precio inferior al del mercado, los víveres que necesitan; en las asociaciones urbanas, obtener una vivienda en condiciones ventajosas).

En estas hipótesis el lucro no consiste en una utilidad derivada del empleo, en operaciones con terceros, de las aportaciones hechas a la asociación, y que más tarde se distribuye entre los socios. Se trata, en cambio, de una utilidad que el asociado disfruta directamente, por el solo hecho de servirse de la asociación.

No existe tampoco la sociedad cuando los asociados se unen para obtener un fin común situado cada cual frente a los otros, en el ejercicio de la propia actividad individual, sin perseguir, empero, el propósito de realizar, con una actividad que habrá de desarrollarse con terceros, un beneficio repartible entre los participantes, sino sólo el propósito de disciplinar la propia actividad recíproca. Así ocurre en la hipótesis antes mencionada de los contratos de consorcio, con los cuales las partes disciplinan la competencia recíproca en la venta o en la adquisición de determinadas mercancías.

En todas estas hipótesis se constituyen ciertamente contratos que, como el de sociedad, entran en una categoría que puede denominarse categoría de los contratos plurilaterales de organización o asociativos, y no en la de los contratos de cambio, pero no se constituye un propio y verdadero contrato de sociedad".⁽²⁸⁾

El Maestro Rodríguez y Rodríguez, al comentar la tesis

(28) Ascarelli Tulio. Obra citada. Páginas 94 y siguientes.

que nos ocupa, acepta la postura del jurista italiano y expone sinópticamente las diferencias entre: (29)

Contrato de Cambio	Contrato de organización
1. La realización de las prestaciones concluye el contrato	1. La realización de las prestaciones crea la sociedad.
2. las prestaciones se intercambian.	2. Las prestaciones constituyen un fondo común.
3. Los intereses de los contratantes son opuestos y su satisfacción contradictoria	3. Los intereses de los contratantes son opuestos pero su satisfacción es ordinaria.
4. Sólo puede haber dos partes.	4. Puede haber varias partes, cada una opuesta a cada una de las demás.
5. Son contratos cerrados.	5. Son contratos abiertos.
6. La relación sinalagmática se establece de parte a parte.	6. La relación sinalagmática se establece entre cada parte y el nuevo sujeto jurídico. (30)

Consecuencias de estas afirmaciones son las siguientes:

1. El vínculo social no se extingue por la nulidad ni la anulación de una adhesión aislada, siempre que la falta de aportación de la misma no haga imposible la consecución del fin común.
2. Durante la vida de la sociedad, si una prestación se hiciera imposible, se extinguen los derechos y obligaciones del socio que debía hacerla, quedando vigentes los vínculos existentes entre los otros socios.
3. Es inadmisibles la aplicación de la exceptis inadimplectus contractus, ya que ningún socio podrá prevalerse para no ha-

(29) Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Tratado de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa. México 1947. Página 27.

(30) Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Obra citada. Página 27.

cer su aportación, del incumplimiento de esta obligación por parte de otro socio.

Para concluir, llamamos la atención sobre el hecho de que la comunidad de fin justifica la obligación de los socios de colaborar activamente en la consecución del fin común y que en esta característica del contrato de sociedad, como contrato de organización, encontramos la razón última de aquellas prohibiciones de concurrencia que se formulan en la Ley General de Sociedades Mercantiles con diversa intensidad según los tipos sociales".

Tesis Anticontractualistas

Se han examinado ya las diversas concepciones jurídicas que, de una manera u otra, hacen descansar el negocio jurídico de la sociedad mercantil en el contrato.

Toca ahora hacer referencia a las doctrinas que se oponen a lo anterior, mismas que buscan encuadrar dentro de una figura jurídica nueva el negocio constitutivo de la sociedad, por considerar que el concepto contractual es insuficiente, por lo que es necesario aportar nociones nuevas que intrínsecamente respondan a las necesidades actuales, nociones que sería necesario explicar, para sí efectuar su análisis y crítica.

Es el jurista germano Gierke⁽³¹⁾ el que nos ocupará en primer lugar. Su tesis tuvo notable influencia en diversos sistemas jurídicos y es conocida generalmente en la doctrina como la Teoría del Acto Social Constitutivo Unilateral.

Esta concepción se basa en una severa crítica a la Teo-

(31) Tomado de Rodríguez Rodríguez Joaquín. Obra citada.

ría Contractual, la que considera insuficiente para dar vida a cualquier persona moral, el Estado, las corporaciones, ya sean p^ublicas o privadas, no pueden tener explicación sobre la base del contrato, en tanto que éste no es el creador de aquéllas, ni tampoco puede crear más relaciones jurídicas que las que se refieren a las partes que intervinieron en su celebración, y en el "contrato" de sociedad se dan una serie de relaciones no sólo entre las partes que intervinieron los socios, sino de éstos para con la persona moral creada y lo que es más importante, el "contrato" da génesis a una norma jurídica objetiva, cuya importancia estriba en que viene a ser la ley corporativa.

A. Brunetti dice: "En el acto colectivo se produce la suma de varias declaraciones de voluntad, mientras que en el contrato existe la fusión de dos o más declaraciones de consentimiento, en el primero la voluntad de cada uno de los participantes está unificada, concretándose, en el caso más extremo, en un acuerdo de mayoría, del que se destacan las declaraciones de la minoría, y en el segundo, todas las declaraciones se unifican y los intereses en concurrencia se someten recíprocamente en el acuerdo contractual". (32)

"Esta diferencia ha sido advertida, también, por Fadda y Bensa⁽³³⁾ los que observan que, si bien es cierto que, tanto contrato como acto colectivo se componen de la suma de varias voluntades,

(32) Brunetti Antonio. Tratado del Derecho de las Sociedades Mercantiles. UTEHA Tomo 4, Página 196.

(33) Fadda y Bensa. Notas a la Pandectística de Windscheid. T. I. Página 845. Tomado de Brunetti Antonio. Obra citada.

falta en el segundo el vínculo de la voluntad, que forma la sustancia de aquél, por ser el acto colectivo un negocio unilateral o bilateral, consistente en la reunión o simultánea acción de varias personas para alcanzar un objetivo jurídico en relación a terceros, esto es, para dar vida frente a terceros, o con terceros, a un negocio jurídico que sólo puede perfeccionarse con la cooperación de varios participantes, los que no están entre sí en relación de partes, sino que todos juntos forman una sola parte.

Todo ello nos lleva a concluir que si la causa del acto colectivo está en la reducción de las declaraciones de varias voluntades a una sola, dando con ello origen a una relación con respecto a terceros, o que debe perfeccionarse con terceros, de tal manera que todos los sujetos se compartan como si fueran uno solo, el acto no puede ser más que unilateral por carecer del elemento del acuerdo, que es esencial en los contratos (bilaterales o plurilaterales). Dicho en otros términos: se tienen varias declaraciones de voluntad dirigidas al mismo fin, esto es, a la realización del mismo interés, por lo que el efecto lo obtiene solamente el sujeto que ha emitido la declaración colectiva. Al revés del contrato, en el que la voluntad de las partes tiene un contenido de intereses opuestos o correlativos, el acto colectivo no expresa más que el interés de varios sujetos que integran una de las partes contratantes.

Dentro de este orden de ideas veremos más adelante cómo el contrato plurilateral de sociedad puede perfectamente considerarse como un acto colectivo, pero sólo respecto al nacimiento de la persona jurídica en las sociedades de capitales.

Por ello puede afirmarse fundadamente que la persona ju

rídica se deriva de un acto unilateral de la pluralidad unificada, y emana, por lo tanto, de la comparación que se pone a sí misma como supuesto...."(33 bis)

"Esta es la doctrina difundida por Gierke, Regelsburg y Karlowa que, separándose de la tradición contractualista, ha inducido a autorizados juristas a deslizarse sobre el terreno resbaladizo del acto colectivo".

Ferrara⁽³⁴⁾ al comentar la tesis que nos ocupa, dice: "Existe la duda de que se trate de un contrato, pero es ciertamente exagerada la tesis de Gierke que cree ver en el acto de constitución un acto unilateral social que emana y se desenvuelve en la misma corporación en formación que se pone a sí misma como sujeto, atribuyendo a la asociación una vida embrionaria corporativa, y las teorías afines que hablan de un acto de creación (Regelsburg y Karlowa) que hacen trascendentes las relaciones de las partes que dan vida a una persona jurídica. Porque es evidente que el acto de constitución no crea la persona jurídica, sino la asociación solamente, la cual puede permanecer indefinidamente en este estado si el reconocimiento le es negado. En cambio, puede aceptarse la tesis que en el acto de constitución ve un acto colectivo, esto es, un acuerdo de varias declaraciones paralelas, dirigidas a un mismo fin, y no cruzándose entre sí en un punto de coincidencia, como sucede en el esquema contractual".

Ferrari opone a la teoría de Gierke, "que ésta no es váli

(33 bis) Brunetti Antonio. Obra citada. Página 138.

(34) Ferrara Francisco. Tratado de la Persona Jurídica. Página 784 tomado de Brunetti Antonio. Obra citada. Página 138.

da para las personas jurídicas y, en general, para las organizaciones jurídicas privadas, dado que la personalidad y la organización no son el resultado de una manifestación de voluntad de la entidad, sino el efecto de un reconocimiento genérico por parte del Estado. No es el ente que, manifestando la propia autonomía se crea con un acto de voluntad, sino que es el Estado, que atribuye con un acto suyo de voluntad la personalidad jurídica a un determinado grupo de personas o de bienes, o que organiza unitariamente estas personas o estos bienes".(35)

Como conclusión, Brunetti manifiesta: "Creemos que con este argumento se llega a la demostración de que, incluso las sociedades de capitales no se derivan de un acto colectivo, sino del contrato plurilateral..."(36)

El Maestro Rodríguez y Rodríguez critica igualmente la tesis de Gierke: "...algunas objeciones saltan a la vista, como son las que se formulan al poner de relieve que el efecto del acto constitutivo no es la creación de una personalidad, sino también el establecimiento de una serie de derechos y obligaciones a cargo de los socios y de la sociedad. ¿Y cómo podrán deducirse estos derechos y obligaciones de un acto unilateral? Piénsese en el derecho mexicano, en el deber de aportación genéricamente establecido en el artículo 6o. fracción VI de la Ley General de Sociedades Mercantiles y también en el caso de constitución sucesiva de una sociedad anónima (artículos 93 a 96 de la ley citada) en los

(35) Ferri F. La sociedad como contrato en Derecho Práctico Comercial. 1943. Página 14. Tomado de Brunetti Antonio. Obra citada. Página 140.

(36) Brunetti Antonio. Obra citada. Pág. 136 y siguientes.

que existen derechos de la sociedad a cargo de personas que contraen las obligaciones relativas con anterioridad a la existencia de aquélla.

Gierke trataba de resolver estas objeciones, alegando que la sociedad adquiriría tales derechos, especialmente en el caso de fundación sucesiva por suscripción de acciones, en virtud de la mecánica de los contratos a favor de tercero; pero, de todos modos, siempre quedaría inexplicada la obligación de la sociedad de asumir las obligaciones establecidas previamente a su existencia. En efecto, siendo ajena la sociedad al acto constitutivo, se encuentra, no obstante, regida por los términos preestablecidos para la suscripción de las acciones".(37)

El Maestro Rodríguez y Rodríguez cita la tesis que pretende resolver las objeciones que hizo valer a la doctrina de Gierke, tesis germana también dentro de la concepción anticontractualista que se debe a Ruth⁽³⁸⁾ quien "trató" de modificar la teoría del acto social constitutivo, insistiendo, más que en la creación de la personalidad jurídica, en el fenómeno de la unificación de una serie de manifestaciones de voluntad: cada una de las cuales no tiene por sí existencia ni valor jurídico autónomo, sin que ello implique olvido de la íntima conexión que hay entre la existencia de una voluntad única y la de una persona jurídica. Tampoco puede aceptarse esta teoría, teniendo en cuenta que no podría explicarse el surgimiento de una personalidad jurídica como un acto de su propia voluntad. Esta autocreación sería totalmen-

(37) Rodríguez Rodríguez Joaquín. Obra citada. Página 19.

(38) Ruth, Eintrett und Austritt von Mitgliedern. Tomado de Rodríguez Rodríguez Joaquín. Obra citada. Página 19.

te ilógica. Con razón se ha dicho que si el acto unitario no puede considerarse como un acto de voluntad de la persona jurídica que va a surgir, tampoco puede estimarse como un acto de voluntad unitario.

"Si queremos centrar debidamente las críticas que pueden hacerse a la teoría del acto social constitutivo, habremos de partir del concepto de contrato, tal como es entendido por Gierke. No puede, en efecto, aceptarse que el contrato sólo sea apto para crear relaciones jurídicas subjetivas, ya que ello implica una limitación arbitraria del concepto de contrato, porque éste, en la doctrina y en la práctica, es apto para crear todo género de relaciones. Además, puede citarse el caso de los contratos reales que producen efectos distintos de los puramente obligatorios".

Creo interesante mencionar la opinión de Feine⁽³⁹⁾ quien aduce: "La fijación en escritura pública de los estatutos de una limitada no puede encerrarse dentro del estrecho marco de un contrato de sociedad, pues no engendra meras relaciones jurídicas entre los socios, sino una trama de derechos y deberes de éstos para con la sociedad, estableciendo las normas por las que ha de regirse la corporación. El acto en que se promulgan no tiene, pues, concepto de contrato ni de acto colectivo, ni de mero acuerdo, sino que es ya un acto constitutivo de derecho social, puesto que ofrece a la naciente corporación su constitución o ley fundamental".

(38 bis) Rodríguez Rodríguez Joaquín. Obra citada. Pág.20 y siguientes.

(39) Feine L. La Sociedad de Responsabilidad Limitada. Traducción Roce. Madrid 1930. Página 84. Tomado de Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Obra citada.

Teoría del Acto Complejo

Esta otra doctrina tuvo su origen en Alemania, teniendo influencia en Italia y Francia.

El Maestro Rodríguez y Rodríguez hace un análisis de la doctrina y nos dice:⁽⁴⁰⁾ "En opinión de Kuntze el acto conjunto es una actuación conjunta o simultánea de varias personas para la consecución de un efecto jurídico unitario en relación con terceros, para crear un negocio jurídico frente a éstos o con éstos, negocio que sólo puede llegar a existir por la cooperación de aquéllos".⁽⁴¹⁾

Dicho en otras palabras, se trata de un conjunto de declaraciones paralelas de voluntad de idéntico contenido, que persiguen el mismo fin, pero sin que aquellas voluntades diversas se unifiquen jurídicamente, en una sola voluntad. Su diferencia fundamental con el contrato -se dice- radica en que éste sólo produce efectos entre los contratantes, en tanto que el acto complejo puede influir también en la esfera jurídica de terceros; en el contrato, las manifestaciones de voluntad son opuestas y opuestos los intereses de las partes, en tanto que en el acto complejo las manifestaciones de voluntad son paralelas y coincidentes los intereses de los participantes.

Como ejemplos de actos complejos cita Kuntze la constitución de las personas jurídicas; manifestaciones de voluntad mediante las cuales varias personas asumen la posición de una parte

(40) Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Obra citada. Páginas 21 y siguientes.

(41) Kuntze. Der Gesamtkteiner neuer Rechtbegriff. Tomado de Rodríguez Rodríguez. Obra citada. Página 20.

en un negocio jurídico unilateral o bilateral; las manifestaciones de voluntad con las que un incapaz o su tutor realizan un negocio jurídico por cuenta de aquél.

Pero esta teoría, sometida a un cierto análisis, no resiste tampoco las objeciones que puedan formularsele. Se dice que en la sociedad hay una coincidencia de intereses y, sin embargo, la realidad muestra que los socios tienen intereses contrapuestos. La nota esencial del contrato de sociedad no es tanto la coincidencia de intereses, que no existe, como la existencia de una comunidad de fin. Pero la comunidad de fin no implica comunidad de intereses. Opuestos son los intereses de los socios en el momento de contraer la sociedad, puesto que cada uno pretende aportar lo menos posible y obtener, en cambio, el máximo de derechos. Opuestos son los intereses de los socios durante el funcionamiento de la sociedad, no sólo en lo que se refiere a la voluntad de dominio, dentro de la misma, sino incluso los intereses económicos en cuanto al reparto de beneficios; opuestos son los intereses de los socios en el momento de la liquidación de la sociedad, en cuanto cada uno pretenderá obtener el reconocimiento de una cuota de liquidación máxima, aún en detrimento de los demás. No hay, pues, en la sociedad coincidencia de intereses; hay sí, una comunidad de fin, pero esa comunidad de fin sólo es un medio para la satisfacción de los intereses contrapuestos de las partes.

Los partidarios de esta doctrina también hacen hincapié en el carácter rigurosamente bilateral de los contratos, en tanto que la sociedad es, o puede ser, plurilateral.

Es necesario hacer alusión a la doctrina de León Duguit⁽⁴²⁾

(42) Duguit León. Tomado de Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Página 216.

quien critica también la concepción contractualista "En las sociedades no hay interdependencia entre las voluntades. Hay identidad y concomitancia de querer. Quieren al mismo tiempo una cosa, de terminados por una misma finalidad. Hay simplemente una pluralidad de declaraciones unilaterales de voluntad... la expresión "acto colectivo GESAMMTAKTE parece caracterizar exactamente esta situación".

El Maestro Mantilla Molina se declara abierto partidario de la tesis anticontractualista. "Una observación obvia es la que la creación de una persona jurídica excede en mucho a los efectos que produce un contrato, ya que, conforme a los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, el contrato es un acuerdo de voluntades que produce o transfiere obligaciones sin que de la definición legal resulte su eficacia para crear personas jurídicas.

Pero aún en el aspecto puramente creador de obligaciones y derechos difiere la sociedad de los contratos; en éstos las partes asumen la una el papel de acreedor y la otra el de deudor, o si el contrato es bilateral, las funciones de acreedor y deudor las desempeñan recíprocamente ambas partes. En la sociedad, no; un socio no es acreedor de la prestación de la que es deudor otro socio; todos los socios son deudores de su aportación, y acreedor de ella no lo es ninguna de las otras partes, sino la sociedad misma, que se constituye adquiere personalidad jurídica, como consecuencia del negocio mismo en virtud del cual deviene acreedora de las prestaciones estipuladas por los socios.

Los derechos de los socios tampoco tienen como correlatos las obligaciones de los otros socios, sino que tiene el carácter de obligada la sociedad misma que se constituye". (43 bis)

(43) Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Página 216.

Dado que la legislación positiva exige la intervención de una pluralidad de socios, creemos que la constitución de una sociedad puede configurarse como acto colectivo, ya que exige, de cada uno de los fundadores "declaraciones de voluntad emanadas en el ejercicio de poderes o derechos distintos unidos para la satisfacción de intereses paralelos"⁽⁴⁴⁾ y al efecto del acto "se refiere distintamente a cada uno de los sujetos."⁽⁴⁵⁾

Ahora bien, para que las distintas personas emitan las declaraciones de voluntad que integran el acto colectivo mediante el cual se constituye la sociedad, es necesario que previamente se celebre un acuerdo: "se usa de manera exacta para indicar la fase genética, para indicar la fase genética del acto complejo y del acto colectivo; es necesario un acuerdo entre las varias personas físicas, así para la fusión de varias voluntades en una sola compleja, como para su unión colectiva...el acuerdo puede tener... el efecto...de determinar la cuota de referencia del efecto del acto colectivo entre cada sujeto u órgano que en él ha participado"⁽⁴⁶⁾ no sólo para la celebración misma del acto, sino para determinar los efectos que ha de producir respecto de cada uno de los sujetos".

Crítica

Han quedado esbozadas la serie de corrientes doctrinales que tratan de dilucidar la naturaleza jurídica del negocio constitutivo de la Sociedad Mercantil, por lo que ahora es neces

(44) Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Páginas 217 y 218.

(45) Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Página 218.

(46) Donati Antígono. Tomado de Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Página 218.

rio tomar una posición.

Es conveniente resaltar, en concreto, una serie de diferencias que chocan con el concepto clásico de contrato y que los autores que rechazan la posibilidad de encuadrar dentro del mismo la sociedad mercantil, acumulan como apoyo para sus tesis respectivas diferencias que, por otro lado, permitirán el examen adecuado y la posición que en este trabajo adoptamos, misma que, desde luego, no podemos afirmar sea la correcta, pero sí la que estimamos, según nuestro criterio, la más adecuada.

En primer lugar, y de acuerdo con la exposición que se hizo con anterioridad, sería procedente preguntarse si el contrato de sociedad puede dar vida a una persona moral. A este respecto considero que dentro de nuestro sistema de Derecho positivo, la personalidad tiene su origen a virtud del reconocimiento del Estado, esta situación determina que es irrelevante si la persona moral se origina en un contrato, en una declaración unilateral de voluntad, en un acto colectivo o en cualesquiera otro acto jurídico.

En el título segundo del libro primero del Código Civil se consagra lo anterior, artículo 25:⁽⁴⁷⁾ "Son personas morales: I. La nación, los Estados y los municipios; II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III. Las sociedades civiles o mercantiles; IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 12 de la Constitución Federal; V. Las sociedades cooperativas y mutualistas, y VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no

(47) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Editorial Porrúa. México 1969.

fuesen desconocidas por la ley.

Artículo 28: "Las personas morales se registrarán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos. (47bis)

Acorde con lo anterior el artículo 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone: "Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.

Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio

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.⁽⁴⁸⁾

A este respecto, es conveniente citar lo que dice Mantilla Molina, quien, como ya se dijo, sostiene que es un acto colectivo el que origina la sociedad mercantil, "Pero en realidad la personalidad moral es un carácter secundario, al extremo de que la sociedad en Roma existía sin personalidad moral y de que, aún en nuestros días, en el derecho germánico hay tipos de sociedades que carecen de ella; tampoco lo tienen en Italia, conforme al Código Civil de 1942, la sociedad simple, la colectiva, ni la comandita; lo mismo sucede en las sociedades inglesas del tipo denominado partner ship. Así, pues, no puede considerarse como un carác-

(47 bis) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Editorial Porrúa. México. 1969.

(48) Código de Comercio y Leyes Complementarias. Editorial Porrúa. México. 1969.

ter esencial de la sociedad la existencia de la personalidad moral; tampoco lo que es el fundamento de ésta: la existencia de un fondo común, que constituye su patrimonio. La falta de esos caracteres en la asociación en participación no permite negarle de manera absoluta el carácter de sociedad, aunque sí marca una clara línea de diferenciación entre este tipo de sociedad y las demás sociedades mercantiles.⁽⁴⁹⁾

Así, de lo anterior se desprende que la personalidad jurídica es creación del Derecho, independientemente que esa creación jurídica requiere una serie de condiciones inherentes para el reconocimiento del grupo social.

Por otro lado, como se manifestó al exponer la tesis que nos ocupa, Rodríguez Rodríguez critica que sería ilógico deducir derechos y obligaciones de un acto jurídico unilateral.

Otra de las objeciones que resaltan, es la relativa a que no existe acuerdo de voluntades entre los socios, las declaraciones de voluntad de cada uno de ellos, se funden para manifestarse como voluntad plurilateral de una sola parte contratante, no hay acreedores y deudores.

Ahora bien, respecto a lo anterior, es adecuado considerar que, para poder integrar esa parte contractual, los socios debieron haber celebrado un convenio fijando precisamente las condiciones e intereses, o dicho en otras palabras, debió existir el consentimiento de obligarse entre ellos; cómo es posible que sin haber consentimiento, un grupo de personas se pongan de acuerdo sobre algo.

(49) Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Página 188

Los seguidores de la tesis anticontractualista hacen mención del "acuerdo" como fase genética del acto complejo y del acto colectivo, pero no existe claridad en el concepto. Mantilla Molina expone: "Tomamos el concepto de acuerdo, un poco vacilante en la doctrina, tal como la fórmula Donati...."(50)

Ahora bien, si como se manifiesta "...el acuerdo puede tener ... el efecto ... de determinar la cuota de referencia del efecto del acto colectivo entre cada sujeto u órgano que en él ha participado".(51)

Aca. no estaríamos ante una determinación de derechos y obligaciones, en cuyo caso podríamos referirnos con toda propiedad a un contrato.

En otro orden de ideas, vistas las anteriores objeciones, es prudente hacer un análisis de las tesis contractualistas y ver, asimismo, si podrían dar una explicación satisfactoria a la materia que nos ocupa.

Nuestro Derecho positivo se encuentra dentro de la tradicional corriente contractual, pese a que en nuestras leyes mercantiles encontramos la ausencia de un concepto de sociedad y nos veamos en la necesidad de acudir al Código Civil, mismo que en su artículo 2688 dice: "Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".(52)

(50) Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Página 218 nota 10 ch

(51) Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Pág. 218 nota 10 ch.

(52) Código Civil. Editorial Porrúa. México. 1969.

De lo anterior se desprende que la sociedad es considerada como contrato.

Es incontestable que dentro de la sociedad mercantil existen características peculiares en extremo, que hacen dudar sobre la posibilidad de que aquéllas pueda encuadrar dentro de los contratos en general. Así pues, la tarea consiste en aclarar si podría el contrato explicar esas aparentes o reales discordancias.

De lo que anteriormente se expuso, en relación a las tesis anticontractualistas, nos permitimos considerar que no es posible aceptar dichas teorías, independientemente que nos permitan reflexionar muy seriamente sobre la adecuada naturaleza jurídica de la sociedad mercantil, gracias a las objeciones importantísimas que hacen a la tesis tradicional.

Fijado lo anterior, hay que subrayar que la sociedad, bien o mal, es considerada por la legislación como contrato.

Creemos que la distinción entre contratos de cambio y organización, hecha por Ascarelli,⁽⁵³⁾ puede tomarse como base de explicación de la naturaleza jurídica del contrato de sociedad mercantil.

De acuerdo con nuestra legislación, según el título primero, capítulo primero del libro Cuarto del Código Civil, no puede encontrarse obstáculo para la clasificación que hace el maestro italiano.

El cuadro sinóptico elaborado por Rodríguez Rodríguez⁽⁵⁴⁾ es bastante objetivo, sin embargo, es conveniente insistir que, de

(53) Ascarelli Tulio. Obra citada. Página 34 de esta tesis.

(54) Rodríguez Rodríguez. Obra citada. Página 38 de esta tesis.

de una u otra manera, son aplicables las reglas de los contratos para regir la sociedad mercantil y que, los elementos de existencia y requisitos de validez para la constitución del contrato, se dan igualmente para la constitución de la sociedad mercantil, o sea, consentimiento, objeto y solemnidad (aunque no sea éste el caso) y capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el objeto, motivo o fin y forma establecida por la ley, de conformidad con los artículos 1794 y 1795 del Código Civil.

De lo anterior creemos necesario resaltar que, a nuestra manera de ver, puede existir en la celebración del contrato de sociedad algún vicio del consentimiento que pueda dar lugar a pedir la nulidad del mismo.

Si se acepta lo anterior, nos encontramos que sería imposible aceptar que la sociedad es producto de un acto colectivo o un acto complejo, porque tales actos son unilaterales y de ninguna manera se explicaría jurídicamente la invalidez de un acto jurídico unilateral por un vicio del consentimiento.

De esta manera consideramos que el negocio constitutivo de la sociedad mercantil es un contrato que, si bien es especial por sus características, tiene en sí las notas inherentes al mismo, a la vez que las teorías que propugnan la aceptación de conceptos como acto complejo, acto conjunto, etcétera, no explican satisfactoriamente la naturaleza jurídica, destacando, sin embargo, una serie de características que permiten, precisamente, dar esas características tan especiales a la constitución de la sociedad mercantil.

Asimismo, siendo la base fundamental del presente trabajo el negocio constitutivo, éste, creemos, encuadra dentro de

los contratos, sin embargo, y es ahí donde reside la importancia, una vez constituida la sociedad, aunque los caracteres que hacen dudar.

Reproduciendo lo dicho en las páginas 33 y siguientes, creyendo que por ahora la concepción del Contrato Plurilateral de Organización es la tesis que teóricamente encuadra como explicativa del problema que nos ocupa, así como que, de conformidad con nuestro derecho positivo la sociedad mercantil, en su negocio constitutivo debe encuadrarse como contrato.

CAPITULO III

Hemos expuesto sucintamente las diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del negocio constitutivo de la sociedad mercantil y es procedente tratar ahora, en concreto, sobre una base jurídico positiva, el problema.

Independientemente de la posición que se adopte en cuanto a la naturaleza jurídica del acto jurídico que nos ocupa, es evidente que las reglas de los contratos son aplicables a la constitución de la sociedad mercantil y así lo reconocen la mayoría de los tratadistas.

Por un lado el artículo 2o. del Código de Comercio dice: "A falta de disposiciones de este Código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común"⁽⁵⁵⁾ y, por otra parte, el artículo 81 del mismo Código señala: "Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contratantes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos".⁽⁵⁶⁾

Ahora bien, consecuentemente de lo anterior, son aplicables al presente lo dispuesto en los Artículos 1794 y 1795 del Código Civil que nos hablan de Elementos de Existencia y Requisitos de Validez; por lo que tendrá que concluirse que, para la existencia del contrato de sociedad se requiere tanto del consentimiento, como del objeto materia del contrato y que, a contrario sensu, pa

(55) Código de Comercio y Leyes Complementarias. Editorial Porrúa. México. 1969.

(56) Código de Comercio y Leyes Complementarias. Edit. Porrúa. México. 1969.

ra su validez se necesita capacidad legal de las partes, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el objeto, motivo o fin y forma establecida por la ley.

Aunque esto parezca fuera del tema central que nos ocupa, será necesario hacer una serie de consideraciones en cuanto nos permitan aclarar más en cuanto a la naturaleza jurídica del negocio constitutivo, ya que, de la posición que se adopte, sobre si es contrato o es declaración unilateral de voluntad, se tendrá que adoptar igualmente un criterio en cuanto a los restantes problemas.

En primer lugar y en relación con el consentimiento, si se aceptase que es un acto unilateral el negocio constitutivo de la sociedad, no sería aplicable el artículo 1794 fracción I, porque lógicamente no habría acuerdo de voluntades. Ya se manifestó cómo las doctrinas anticontractualistas se muestran vacilantes en cuanto a lo que se debe entender por acuerdo, como fase genética del acto complejo o acto colectivo. Asimismo, cómo podría encuadrarse el acto complejo dentro de la disposición legal que citamos, o es que acaso, dentro de ese acto jurídico unilateral a fin de cuentas, puede haber un consentimiento, creemos, como ya se explicó, que la ley nos da un argumento para refutar las tesis anticontractualistas.

En otro orden de ideas, surgiría también el problema derivado de los artículos 174 y 175 del Código Civil "La mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato" dejando a un lado la consideración de que es obsoleto el precepto anterior, dado el propósito de equiparación legal del hombre y la mujer, se

ría necesario ver, si para la celebración del mencionado contrato de sociedad se requeriría la autorización judicial.

Así lo anterior, considero que, aunque absurda en el fondo, el requisito de la autorización judicial debe cumplirse. En sentido contrario se pronuncia el Maestro Mantilla Molina: "Ya hemos sentado la conclusión de que la sociedad no es un contrato, si no un acto colectivo; de ello resulta que la prohibición de contratar entre marido y mujer no es literalmente aplicable a la constitución de la sociedad. Por otra parte, tampoco la sociedad engendra vínculos jurídicos entre uno y otro esposo; en verdad, no contratan entre sí, actúan uno al lado de otro; no resultan acreedor el marido y deudora la mujer ni viceversa; no hay transmisión de bienes entre ambos patrimonios... todo lo cual muestra que resultan, respecto de la sociedad inoperantes las razones que haya podido tener el legislador para prohibir los contratos entre cónyuges. A mayor abundamiento debemos apuntar que, respecto de las sociedades regulares no puede haber duda de su validez, aunque en su constitución hayan figurado cónyuges, ya que la aprobación judicial que como veremos, han de recibir las sociedades para su inscripción en el registro, implica la autorización requerida por los artículos 174 y 175 del Código Civil".(57)

Respecto al problema, ya hemos dado nuestra opinión y manifestado que el contrato plurilateral de organización puede resolverse, y como al existir consentimiento, este elemento supone la celebración del contrato, independientemente de estas consideraciones, la ley exige la autorización y debe obtenerse indiscutiblemente.

(57) Mantilla Molina Roberto L. Obra citada. Página 216

mente.

Rodríguez Rodríguez manifiesta que esta circunstancia impeditiva a la mujer no es más que un problema de falta de legitimación y que el argumento de Mantilla Molina respecto a de que la autorización judicial para el registro de la escritura viene a suplir la deficiencia de la autorización a la mujer para contratar con su marido no es correcta: "La falta de autorización como no determina un defecto de capacidad, sino la existencia de las legitimaciones, concierne a un problema de orden público y produce una nulidad absoluta. En lo que atañe a los efectos de la inscripción de una escritura en la que se hubiere omitido dicha autorización, creo que la sociedad una vez inscrita no podría ser anulada con efecto retroactivo, sino que la declaración de la nulidad sólo obligaría a la sociedad a disolverse de acuerdo con las disposiciones generales sobre disolución y liquidación de sociedades mercantiles". (58)

A este respecto creo que la escritura inscrita en este supuesto, sólo obligaría a convalidar el acto solicitándose la autorización judicial respectiva, para no llegar a un extremo drástico, como la disolución de la sociedad.

Estos pequeños problemas respecto a los requisitos de validez y elementos de existencia, tienen especial relevancia en cuanto que, de la solución que se dé a la naturaleza jurídica del negocio constitutivo, se solucionarán también aquéllos.

En los capítulos anteriores se ha tratado de precisar lo referente al negocio constitutivo de la sociedad mercantil,

(58) Rodríguez Rodríguez Joaquín. Obra citada.

como concepto jurídico.

Pero es necesario ahora, precisar en lo que a derecho mexicano se refiere, cómo es el mecanismo a seguir y las consecuencias jurídicas en relación con el negocio constitutivo de la sociedad mercantil.

Es indispensable ver la definición que el derecho positivo mexicano nos da de la sociedad; sin embargo, encontramos una dificultad al respecto, en cuanto a que no existe dentro de la Ley Mercantil, (Ley General de Sociedades Mercantiles, Código de Comercio), definición alguna, sino que es necesario acudir al Código Civil que en su artículo 2688 dice: "Por el contrato de Sociedad, los socios se obligan mutuamente a combirar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial". Consecuentemente y, de acuerdo con nuestro derecho, dado que la definición es civilista y el carácter de la sociedad mercantil responde humanamente a la especulación comercial, éste carácter debe introducirse dentro de la definición.

Por otro lado, aunque se habla de negocio constitutivo como negocio jurídico originario y de estatutos como normas que rigen la estructura y funcionamiento de la sociedad, pudiera distinguirse, a nuestra manera de ver, el acto constitutivo como negocio originario que contiene el acuerdo de voluntad de los fundadores, del requisito formal o sea la escritura protocolización notarial y los estatutos como documento que rige el funcionamiento interno.

La distinción, en México, no tiene finalidad práctica, aunque teóricamente sean tres los momentos, es decir, puede exis-

tir un contrato de sociedad verbal, acuerdo de los socios que se organizan y prevén de conformidad con la ley, esto es, conviniendo sobre los elementos esenciales del contrato, sin que se otorgue en la forma legal y más aún, funcionando de hecho como sociedad mercantil, lo que nos vería a deducir que estamos frente al caso de una sociedad irregular. Por otro lado existe la posibilidad de que el contrato de los fundadores se plasme en escritura pública, reunidos los requisitos esenciales y se inscriba en el registro público de comercio siguiendo el procedimiento que la ley exige para tal inscripción y, por último, tener los estatutos que, como ya se explicó, atienden al funcionamiento interno de la sociedad.

No creo necesario insistir sobre lo anterior, porque en la práctica mexicana el negocio constitutivo de la sociedad mercantil se da de hecho en un solo acto: Constitución en escritura pública de la sociedad mercantil, misma que contiene desde luego, la expresión de voluntad de los fundadores, los requisitos legales de la constitución, aunque la inscripción en el registro público de Comercio sea posterior en tiempo, para efectos prácticos podemos considerarla dentro de una sola operación, así como que los estatutos se insertan dentro de la misma escritura.

Todos los puntos anteriores se irán tratando específicamente.

Salandra dice que: "El acto constitutivo tiene por objeto más propiamente la formación de la sociedad y determina su estructura originaria.

El estatuto establece el modo de funcionamiento interno de la organización social. Puede existir proyectado, antes de que

se haya formado el acto constitutivo".(59)

Ahora procede tratar el negocio constitutivo de la sociedad mercantil, esto es, cómo constituimos y con base en qué reglas, una sociedad mercantil cualquiera.

Ya se ha dejado asentado que son aplicables las disposiciones del Código Civil en materia de capacidad, invalidez, etcétera.

La definición que se nos da de sociedad ya quedó explicada; se tiene que tomar del artículo 2688 del Código Civil: "Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".

Ahora, y como parte esencial, vamos a tratar el requisito Forma, como base para el desarrollo de este punto.

Y si se toma especial atención en este punto, es porque el artículo 50. de la Ley General de Sociedades Mercantiles dispone: "Las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones". Precepto que viene a ser la excepción al artículo 78 del Código de Comercio: "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Esta derogación al principio general, es una limitación al principio antiformalista que rige el derecho mercantil, pero

(59) Salandra V. Tomado de Rodríguez Rodríguez Joaquín. Obra citada. Página 34.

en México tiene amplios antecedentes históricos, tomando en cuenta que, a partir de las Ordenanzas de Bilbao, hasta el Código en vigor, se ha reiterado esta excepción.

Hay que distinguir entre la escritura pública como requisito formal, que está sujeta al cumplimiento que los preceptos de la Ley del Notariado imponen al respecto, del contenido, el contrato de sociedad que debe sujetarse a las reglas de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Y, por otro lado, aun podría distinguirse entre el Testimonio de la escritura que servirá como documento probatorio y para su registro en el registro público de Comercio, previa la autorización judicial. Esta cuestión tiene importancia práctica en cuanto a que las deficiencias en las dos primeras, por ejemplo, tienen un procedimiento de nulidad diferente.

De acuerdo con la Ley del Notariado, el notario "es una persona investida de fé pública para hacer constar los actos y hechos jurídicos a los que los interesados quieran o deban dar autenticidad, de acuerdo con las leyes y autorizado para intervenir en la formación, revistiéndolos de solemnidad y de las formas legales".(60)

Es importante hacer notar que la Ley General de Sociedades Mercantiles exige como requisito de constitución de las sociedades mercantiles, que éstas se hagan ante notario público.

Si bien ya hemos mencionado que estamos frente a una derogación del principio antiformalista del Derecho Mercantil, este requisito tiene amplios antecedentes.

(60) Codificación notarial. 3a. Edición 1966. Ediciones Andrade.

95

El notario público es un órgano del Poder Ejecutivo que está investido de fé pública. Todos los actos que en ejercicio de sus funciones se celebren llevan, salvo prueba en contrario, el sello de autenticidad, y ésta es una razón poderosa, pero aún más, si bien es cierto que en nuestra época actual la constitución de sociedades no es tarea exclusiva del notario, dado que dentro de la organización de las grandes empresas existen profesionales del derecho dedicados a esta tarea, también es cierto que el notario, como funcionario público investido de fé pública, tiene una serie de principios que rigen su actuación, y es un jurisperito, tanto al elaborar la escritura constitutiva de la sociedad, como al protocolizarla exclusivamente, debe revisar la constitución de la misma. El notario se rige por principios notariales, entre otros por el Principio de Calificación, que le exige el someter el acto jurídico al régimen jurídico que debe regular dicho acto, y hecho esto, lo plasma en su protocolo, autenticando el acto con la fé pública de que es depositario por parte del Estado.

A constinución es conveniente mencionar los artículos de la Ley del Notariado que se relacionan con lo que ha quedado afirmado:

Artículo 11: El notario, a la vez que funcionario público, es profesional del derecho que ilustra a las partes en materia jurídica y que tiene el deber de explicarles el valor y las consecuencias legales de los actos que vayan a otorgar, siempre que le pidan esa explicación o que el Notario la juzgue necesaria o conveniente, ya sea por la naturaleza o complejidad del acto o por las circunstancias en que se encuentren los interesados. Se exceptuarán de esta explicación a los abogados y licenciados en Derecho".

Artículo 24: El Notario redactará las escrituras en español y observando las reglas siguientes:

- I. Expresará el lugar y fecha en que se extiende la escritura, su nombre y apellido y el número de la nota ría.
.....
- V. Consignará el acto en cláusulas redactadas con claridad y concisión, evitando toda palabra y forma inútil o anticuada;
- VI. Designará con puntualidad las cosas que sean objeto del acto, de tal modo que no puedan confundirse con otras; y si se tratase de bienes inmuebles, determinará su naturaleza, su ubicación y sus colindancias o linderos y, en cuanto fuere posible, su extensión superficial;
.....
- VII. Dejará acreditada la personalidad de quien comparezca en representación de otros, relacionando o insertando los documentos respectivos, o bien agregándolos al "Apéndice" y haciendo mención de ellos en la escritura, e insertándolos en el documento que menciona el segundo párrafo del artículo 32";
.....
- XI. Expresará el nombre y apellido, edad, estado civil, lugar de origen, nacionalidad, profesión o ejercicio y domicilio de los contratantes y de los testigos de conocimiento, e instrumentales, cuando alguna ley lo prevenga.....

Pasemos ahora a ver los requisitos de la escritura constitutiva de la sociedad, mismos que nos enumera el artículo 60. de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

"La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener:

- I. Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad;
- II. El objeto de la sociedad;
- III. Su razón social o denominación;
- IV. Su duración;
- V. El importe del capital social
- VI. La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.
 Cuando el capital sea variable, así se expresará, indicándose el mínimo que se fije.
- VII. El domicilio de la sociedad;
- VIII. La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;
- IV. El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;
- X. La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;
- XI. El importe del fondo de reserva;
- XII. Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente y
- XIII. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los líqui

dadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente.

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

Artículo 7o. "Si el contrato social no se hubiere otorgado en escritura ante notario, pero contuviere los requisitos que señalan las fracciones I a VII del artículo 6o., cualquiera persona que figure como socio podrá demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura correspondiente.

En caso de que la escritura social no se presentase dentro del término de quince días, a partir de su fecha, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, cualquier socio podrá demandar en la vía sumaria dicho registro.

Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura constitutiva, contraerán frente a terceros responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones".

Artículo 8o. En caso de que se omitan los requisitos que señalan las fracciones VIII a XIII inclusive del artículo 6o., se aplicarán las disposiciones relativas de esta ley".

Es conveniente hacer un examen de cada uno de estos requisitos, que por otro lado pueden dividirse en cláusulas esenciales, o sea las que nos permiten encuadrar dentro de una categoría jurídica el acto que se realiza, en caso de ausencia de ellas, no es válido el negocio a menos que, con los elementos que tenga, pueda encuadrar dentro de otra categoría jurídica; cláusulas acciden-

tales, aquéllas que aunque se omiten, por la naturaleza del acto la ley presume su existencia, suple la ley estas cláusulas y las cláusulas accesorias que son las que las partes pactan dentro del límite de la autonomía de la voluntad, sin que puedan ir en contra de lo que la ley expresa.

Rodríguez Rodríguez⁽⁶¹⁾ da una clasificación de acuerdo con los requisitos:

- a) Requisitos personales relativos a la sociedad:
 1. Denominación o razón social
 2. Duración
 3. Domicilio
- b) Requisitos personales relativos a los socios: Nombre, nacionalidad, domicilio, agregando el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores.
- c) Requisitos personales relativos a ciertos órganos sociales: nombramiento de administradores y designación del encargado de llevar la firma social.
- d) Requisitos reales:
 1. Capital social
 2. Aportaciones
 3. Reservas
 4. Objeto social
- e) Requisitos funcionales
 1. Forma de administración.
 2. Distribución de utilidades y pérdidas
 3. Disolución de la sociedad
 4. Liquidación de la sociedad

(61) Rodríguez Rodríguez Joaquín. Obra citada

f) Calificación judicial e inscripción en el registro público de Comercio.

Pasemos pues a ver cada uno de estos requisitos:

I. Nombres, nacionalidad, domicilio de las personas físicas y morales que constituyen la sociedad.

En la sociedad concurren una serie de voluntades, esas voluntades corresponden a personas que deben identificarse, esto, desde luego, es más importante en las sociedades intuitu personas y en las sociedades intuitu capitale resulta requisito secundario.

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de que intervengan personas morales en la formación de la sociedad, la ley implícitamente lo acepta y, en este caso, los requisitos permiten la identificación de esa persona moral que concurre al nacimiento.

Consideramos importante hacer una serie de consideraciones relativas a la intervención de la Secretaría de Relaciones Exteriores en la constitución, o modificación de las sociedades mercantiles.

Creemos que no existe fundamento legal válido para la exigencia del permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y al efecto, es conveniente hacer un examen de los preceptos legales conducentes.

La Constitución, en su artículo 27 establece que sólo los mexicanos por nacimiento o naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir dominio sobre tierras, aguas y sus accesiones y, respecto a los extranjeros, exclusivamente en caso de convenio ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, a fin de considerarse como nacionales respecto a dichos bienes y no invocar la protección de su gobierno en relación con aquéllos,

so pena de perder en favor de la nación mexicana los mismos. Igualmente prohíbe terminantemente adquirir, a extranjeros, en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y cincuenta en las playas, dominio directo sobre tierras y aguas.

En la fracción IV establece que las sociedades por acciones no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas y, en caso de explotar industrias fabriles, mineras, petroleras u otro fin no agrícola, sólo podrán adquirir, poseer o administrar una extensión de terreno necesaria para el establecimiento o servicios antes indicados.

Ahora bien, con fecha 31 de diciembre de 1925 se promulgó la Ley Orgánica de las fracciones I y V del artículo 27, exigiendo en su artículo 2o. que, para que los extranjeros puedan formar parte de sociedades mexicanas que tuvieran o adquirieren el dominio de tierras, aguas, etcétera, tendrán que celebrar convenio ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en el sentido de considerarse como nacionales respecto de la parte de bienes que les tocará en la sociedad y de no invocar la protección de sus gobiernos, por cuanto a ellos bajo la pena, en caso de faltar a su convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubiesen adquirido o adquirieren como socios de tales sociedades, situación que se ajusta al precepto constitucional citado.

"Pero posteriormente con fecha 22 de marzo de 1926, se expidió el Reglamento de la Ley Orgánica a que nos venimos refiriendo, en cumplimiento de lo que la propia Ley estableció en su artículo 11 en que se dejaba a cargo del Ejecutivo su propia reglamentación y en el artículo 2o. de ese Reglamento se estableció de modo expreso y por constitución de sociedades en que pudiera haber

extranjeros, sin distinguir ya la clase de sociedades que se fueran a constituir, como para cada caso de adquisición de bienes raíces, un permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, con un plazo de validez, de noventa días hábiles a partir de la fecha de su expedición.

Esta disposición reglamentaria rebasó indudablemente los límites del precepto constitucional y aún de la Ley Orgánica que antes mencionamos, por dos conceptos: a) Por el hecho de hacer extensiva la necesidad del permiso a cada clase de asociaciones o sociedades, ya fueran civiles o mercantiles, contra lo establecido por la fracción IV del artículo 27; y b) Por el hecho mismo de exigir un permiso que la Constitución no exigía ni siquiera para las sociedades mercantiles por acciones que desearan adquirir fincas rústicas en la extensión necesaria para finalidades no agrícolas; pues como antes vimos, el único requisito exigido por la Constitución era la fijación por parte del Ejecutivo Federal o Local, de la extensión máxima que podrían adquirir en estos casos.

En consecuencia, considero que el Reglamento a que me refiero resulta inconstitucional por exceder los límites de la Ley Orgánica respectiva y de la disposición constitucional que se trataba de reglamentar.

En el mismo Reglamento a que nos referimos, en su artículo 80. se estableció que las sociedades mexicanas constituidas con un objeto específico no agrícola, podrían adquirir terrenos dentro de la zona prohibida para los extranjeros siempre que la Secretaría de Relaciones Exteriores les diera un permiso, que se debería basar en un convenio, en el sentido de que ninguna persona física o moral podría tener participación social alguna o ser propietaria

de acciones de la sociedad.

Sobre este particular, consideramos que la disposición reglamentaria que nos ocupa confunde la personalidad jurídica de los socios con la de la sociedad misma, ya que siendo la sociedad mexicana, como se supone, aun cuando en su seno haya extranjeros, no son ellos los propietarios directos de los bienes raíces que la sociedad adquiera. Esta disposición reglamentaria equipara los derechos que los socios tienen dentro de la sociedad con los que podrían tener si adquirieran bienes raíces en copropiedad.

En otras palabras: con estricto apego a lo dispuesto en las fracciones I y IV del artículo 27 Constitucional, sólo las personas físicas o morales extranjeras necesitan un permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para adquirir bienes raíces fuera de la zona prohibida, en la cual de ninguna manera podrán adquirirlos. Las sociedades mexicanas comerciales por acciones, es decir, las sociedades anónimas y las en comandita por acciones no pueden adquirir fincas rústicas con fines agrícolas; pero aún de esta índole pueden adquirir terrenos, sólo en la extensión necesaria para los establecimientos o servicios de finalidades no agrícolas.

Todas las demás disposiciones comentadas, que exceden con mucho estos límites, resultan, en consecuencia, inconstitucionales y por tanto, si queremos conservar nuestro régimen de Derecho, deben ser derogadas o si se pretende conservarlas, reformar los preceptos constitucionales a que nos referimos al principio." (62)

Ahora bien, a continuación debe tratarse otro problema conexo.

Con motivo de la conflagración mundial, se expidió la

(62) Martínez Arroyo Pedro. Existe Libertad de Contratación en Materia de Sociedades Mercantiles. Revista Jurídica Notarial 15 de diciembre 1949. Páginas 9 y 10.

"Ley de Prevenciones Generales relativa a la suspensión de garantías establecida por decreto de lo. de junio de 1942", que decía en su artículo 5o.: "La garantía otorgada en el artículo 4o. de la Constitución General de la República, tendrá las siguientes limitaciones: I.- Los países enemigos de los Estados Unidos Mexicanos y sus nacionales, sólo podrán realizar actos de comercio en el Territorio Nacional mediante autorización del Ejecutivo dictada en los términos de la Ley Especial sobre la materia; II.- Obligación de sujetarse a las disposiciones restrictivas que el Ejecutivo dicte, cuando estime perjudicial el ejercicio de determinada profesión, industria, comercio o trabajo para los fines de la defensa nacional..." (63)

Con base en lo anterior se publicó en el Diario Oficial de 7 de julio de 1944 un decreto que estableció la necesidad de obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, para la constitución o modificación de sociedades mercantiles que tuvieran alguna de estas finalidades:

- a) Actividades industriales, agrícolas, ganaderas, forestales, de compra venta o de explotación de bienes inmuebles o de fraccionamientos o urbanización de éstos;
- b) Adquisición de bienes inmuebles destinados a alguna de las mencionadas actividades;
- c) Adquisición en general de bienes raíces;
- d) Adquisición del dominio de tierras, aguas y sus accesiones a que se refiere la fracción I del artículo 27 Constitucional; y
- e) La adquisición de concesiones de minas, aguas o com-

(63) Martínez Arroyo Pedro. Obra citada.

bustibles minerales, asimilándose a esas adquisiciones el arrendamiento por más de diez años y los contratos de fideicomiso en que figurara como fideicomisaria alguna persona extranjera o sociedad mexicana que tuviera o pudiera tener socios extranjeros.

Por decreto promulgado el 28 de septiembre de 1944 se estableció que a partir del 1.º de octubre del mismo año se levantaba la suspensión de garantías y se establecía, por lo tanto, el orden constitucional, sin embargo, se estableció: Artículo 6o. "Se ratifican con el carácter de Leyes las disposiciones emanadas del Ejecutivo durante la Emergencia y relacionadas con la intervención del Estado en la vida económica, quedando encomendado su cumplimiento a la Dependencia Federal competente, en los términos establecidos por la Ley de Secretarías de Estado..."

Con base en lo anterior, la Secretaría de Relaciones Exteriores, en forma discutible, exige en la actualidad el permiso respectivo, pero no sólo a las sociedades que se ennumeran en el decreto, sino a todas.

Más aún, con fecha veintisiete de septiembre de 1949, la Secretaría de Relaciones Exteriores giró el oficio número 71607- a la Dirección de Servicios Legales del Departamento del Distrito Federal, en el que afirma que como la propia Secretaría había observado que tanto los Notarios Públicos como los encargados de los Registros Públicos de la Propiedad y de Comercio siguen en ocasiones prácticas viciosas autorizando o inscribiendo escrituras de constitución de sociedades o de adquisición de bienes inmuebles sin que se llenaran los requisitos y condiciones establecidos por la Ley Orgánica de la Fracción IV del artículo 27 Cons-

titucional y su Reglamento y el Decreto de 29 de junio de 1944 publicado el 7 de julio siguiente, se deben girar instrucciones terminantes y con carácter urgente, tanto al Cuerpo de Notarios Públicos del Distrito Federal como a los encargados del Registro Público de la Propiedad y de Comercio, en los siguientes términos: "I. Los Notarios Públicos no deberán autorizar por ningún motivo escrituras de constitución de sociedades cualquiera que sea su índole u objeto si esta Secretaría no ha otorgado previamente el permiso respectivo. II. Tampoco deberán los señores Notarios autorizar modificaciones a las escrituras constitutivas de sociedades si para ello no se ha recabado permiso de esta Secretaría. III. Asimismo no deberán los Notarios autorizar escrituras de adquisición de bienes raíces por parte de sociedades si esta propia Secretaría no ha concedido previamente el permiso para dicha adquisición..." El oficio de referencia continúa haciendo la enumeración de esos mismos actos en relación con el Registro al que prohíbe inscribirlos sin el consabido permiso y concluye amenazando con la aplicación de severas sanciones establecidas por el Reglamento de la Ley Orgánica y por el mismo Decreto de Emergencia en caso de que no se obedezcan sus prescripciones.

Mantilla Molina se muestra acorde con este criterio, sin embargo, la Segunda Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer el amparo interpuesto por Química Industrial de Monterrey, S.A. en contra de actos de la Secretaría de Relaciones Exteriores (Dirección General de Asuntos Jurídicos), en revisión, estimó que no es posible considerar en vigor el decreto de 7 de julio de 1944. (64)

(64) Ejecutoria Química Industrial de Monterrey, S.A. Amparo 507)02. 20 Septiembre 1962. 2a. Sala. Suprema Corte de Justicia.

En nuestra opinión, es inconstitucional el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en cuanto rebase lo preceptuado en el artículo 27 Constitucional y, por los motivos que se han mencionado.

Desde luego puede haber una serie de motivaciones de orden político, económico y social que lo justifiquen, siendo así, sería de fundamental importancia adecuar dichas motivaciones dentro del ordenamiento jurídico y no por medio de interpretaciones discutibles que, a fin de cuentas, en vía de amparo ganará el particular.

II. Objeto de la sociedad.

De conformidad con el artículo 1824 del Código Civil, debemos analizar el concepto de objeto de la sociedad. Se ha considerado que la palabra objeto tiene cuatro acepciones:

- a) En primer lugar se puede hablar del objeto directo o inmediato del contrato, que consiste en la creación y transmisión de derechos y obligaciones.
- b) Por otro lado, se habla de objeto indirecto o mediato del contrato, que a su vez es el objeto directo o inmediato de la obligación y que consiste, siempre, en una conducta humana, en dar, en hacer o en abstenerse.
- c) Asimismo, se suele indicar como objeto del contrato la cosa misma.
- d) Y, por último, hay quienes emplean la palabra objeto como sinónimo de finalidad.

Dentro de este orden de ideas, considero que puede hablarse del contrato de sociedad y del objeto de la misma, en los

sentidos apuntados. Así tendríamos que, por el contrato de sociedad se crean una serie de derechos y obligaciones entre los socios y, a virtud de las características peculiares del contrato, a cargo también de la sociedad, igualmente existe un objeto indirecto del contrato y directo de la obligación, que es conducta humana, obligaciones de dar equivalentes a las aportaciones, obligaciones de hacer en el caso de los socios industriales y, por último, las cosas concretas, dinero, etcétera.

Sin embargo, al hablar de objeto de la sociedad, la fracción que nos ocupa, la mayoría de la doctrina está de acuerdo a que se emplea como sinónimo a finalidad, tipo de actividad que va a realizar la empresa y, en tal caso Rodríguez Rodríguez considera que en el contrato que nos ocupa y de conformidad con el artículo 2668 del Código Civil, sería la finalidad común de lucro.

César Vivante⁽⁶⁵⁾ al respecto opina: "El objeto de la sociedad, según el lenguaje del Código, está constituido por las operaciones mercantiles que se propone realizar".

Ahora bien, la realización de esa finalidad requiere la existencia y actuación de los órganos de representación, situación que se confirma según lo dispuesto en los artículos 26 del Código Civil y 10 de la Ley de Sociedades Mercantiles, problema muy discutido en relación a este aspecto, sería la consideración relativa al tratamiento jurídico de los actos de los administradores que realicen operaciones extrañas al objeto de la sociedad.⁽⁶⁵⁾

Dejando a un lado las consideraciones anteriores, es ne-

(65) Vivante César. Obra citada
Páginas 114 y siguientes.

cesario destacar con toda claridad y precisión, en el acto de constitución de la sociedad, el fin social (objeto, según lo llama la ley).

Indudablemente y de conformidad con los artículos 1825 y 1827 del Código Civil, el objeto debe existir en la naturaleza, o que haya posibilidad física de que exista. Con la excepción consignada en el artículo 1826 de la misma ley, así también debe ser determinado en cuanto a su especie y estar en el comercio y, por último, debe ser posible y lícito.

En cuanto al motivo y fin de que habla el artículo 1795 II, debe ser conforme a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.

A este respecto nuestro código, aunque no lo especifica así, se refiere al motivo contingente y subjetivo que induce al sujeto a contratar, aunque, debido a nuestro sistema, quedaría al arbitrio judicial, la debida interpretación y diferenciación entre objeto, motivo y fin.

III. Razón social o denominación.

En realidad son conceptos diferentes, entendiéndose por razón social: aquélla que se forma con los nombres de uno o varios socios y la denominación es la palabra que eligen libremente los socios.

En las sociedades en nombre colectivo, comandita simple y comandita por acciones, se entiende que existen bajo una razón social de conformidad con los artículos 25, 52 y 210 de la Ley de Sociedades Mercantiles, aunque en la última la ley es confusa, como se desprende del empleo indistinto de razón social o denominación.

En las sociedades de responsabilidad limitada pueden usarse indistintamente la razón social o la denominación (Artículo 59 de la Ley) y en la sociedad anónima se preceptúa el uso de una denominación (Artículo 87 de la Ley).

Sin embargo, sí es conveniente en cuanto a la elección libre de la denominación, que ésta indique la naturaleza o fin social, sin que esto sea obligatorio en ningún caso. Lo que sí es obligatorio es que el uso de la denominación respete palabras que hayan sido objeto de patente privada, ya sea por ser propiedad industrial o por estar protegidas por el derecho de autor.

A continuación de la razón social o la denominación debe indicarse el tipo social adoptado, con excepción de la sociedad en nombre colectivo, puesto que de la ausencia de la indicación a que me refiero, se concluye que se está frente a una colectiva. La indicación del tipo de sociedad puede representarse por las siglas respectivas.

IV. Duración.

La sujeción de la sociedad a un término extintivo representa una garantía en relación a terceros, porque determina un límite en el tiempo de la obligación.

Sin embargo, la doctrina ha manifestado la opinión de que no existe obstáculo legal para que una sociedad se constituya por tiempo indefinido. La Suprema Corte de Justicia, sin embargo, suscita el criterio de que es necesario expresar la duración de la sociedad, a fin de hacer la inscripción en el Registro Público de Comercio.⁽⁶⁶⁾

(66) Ejecutoria Serrano y Meléndez, S. de R. L. Informe 1943
Página 40. Tercera Sala.

En la Ley de Instituciones de Seguro y la de Instituciones de Crédito se exige expresamente la constitución por tiempo indefinido de sociedades. Artículo 17 fracción V y 8o. fracción II, respectivamente.

V. Importe del capital social.

Hay tres expresiones distintas usadas por la ley:

- a) Capital social: que es la cifra que comprende la suma de las aportaciones de los socios, así, toda cosa o bien que no tenga como origen la aportación de un socio no podrá formar parte del capital social.
- b) Patrimonio social: es el conjunto de derechos y obligaciones que resultan del activo y pasivo de la sociedad; refleja todas las operaciones de la sociedad.
- c) Haber social: que es el capital social más las utilidades y las reservas. Es un concepto que sólo puede determinarse después de uno o más ejercicios y coincide a lo que en Contabilidad se llama capital contable.

VI. Expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.

Cuestión importantísima, en cuanto determina la calidad jurídica y los derechos y obligaciones de los socios. Por la suscripción una persona adquiere la calidad jurídica de socio y consiste en la promesa que hace el suscriptor a la sociedad de entregar bienes o prestarle servicios.

De la suscripción se pueden señalar dos momentos: a) El conjunto de promesas de los suscriptores para hacer entrega de bie

nes, que es lo que se llama capital suscrito, y b) La suma de bienes que han ingresado a las arcas sociales, que es lo que se llama capital exhibido o pagado. Estos dos momentos pueden operar concomitante o distintamente.

De la definición de sociedad se infiere la existencia de dos tipos de socios, de conformidad con la naturaleza de sus aportaciones; la calidad jurídica de los socios capitalistas se adquiere por virtud de aportaciones en bienes, obligaciones de dar y la de socio industrial resulta de los trabajos o servicios que el socio preste a favor de la sociedad, son obligaciones de hacer.

Respecto a las aportaciones de los socios capitalistas, debemos distinguir:

- a) Aportaciones en numerario
- b) Aportaciones en especie: comprende toda clase de cosas, independientemente del dinero.

De conformidad con el artículo 11 de la Ley de Sociedades Mercantiles se presume, salvo lo que se disponga en la escritura social, que la aportación es traslativa de dominio, a la vez que el riesgo de la cosa existe a cargo de la sociedad desde el momento que la tiene en su poder.

El artículo 12 de la Ley previene también que, en caso de aportación de créditos, se responde de su existencia y legitimidad, así como de la solvencia del deudor en la época de la aportación. Y en caso de ser títulos de crédito, no han sido objetos de la publicación que fija la ley en caso de pérdida de aquéllos.

En caso de hacerse la aportación en numerario, se puede estar frente a dos situaciones:

1. Que la suscripción y la exhibición sean totales,

con adquisición íntegra del estado de socio.

2. Que la suscripción sea total y la exhibición parcial; en tal caso deberá establecerse la forma y términos en que el socio pague el saldo insoluto, conservando el título y reservándose el ejercicio de las acciones que procedan en caso de mora:
 - a) Exigir judicialmente el saldo insoluto, gastos y costas que puede promoverse en juicio sumario de conformidad con el artículo 118 de la Ley de Sociedades Mercantiles o en la vía ejecutiva en cuanto sirva de base para la acción el testimonio de la escritura constitutiva o la misma acción.
 - b) Poner en venta las acciones, la parte de interés no pagada, por medio de remate al martillo, con intervención de corredor.

Por otro lado, si la aportación se hace en especie, debe hacerse en forma total, siendo necesario que el suscriptor y la sociedad establezcan el valor atribuido al objeto aportado, lo que se hace, generalmente, por medio de avalúo en una institución bancaria.

VII. Domicilio.

En el caso de las personas jurídicas, el domicilio no es igual a la de las personas físicas, en el sentido de circunscribirse a una calle, un número, sino generalmente a una ciudad o población.

Es muy importante el domicilio, ya que, por un lado la Ley de Nacionalidad y Naturalización, en su artículo 5o. declara mexicanas a las sociedades que se constituyan conforme a las le-

yes mexicanas y que establezcan en México su domicilio y, a falta de cualquiera de estos elementos, tiene como consecuencia considerar extranjera a la sociedad.

Por otro lado, el domicilio determina una serie de consecuencias fiscales y fundamentalmente fija la competencia de autoridades en el orden jurídico y administrativo.

A la vez, la publicación que se haga de conformidad, por ejemplo, con lo dispuesto en los artículos 90. y 247 II deberá hacerse en el periódico oficial de la entidad federativa en que tenga su domicilio la sociedad.

Han quedado examinadas las siete primeras fracciones del artículo 60. de la Ley, que son requisitos de existencia, a continuación procede ver los requisitos secundarios que se contienen en las siguientes seis fracciones.

VIII y IX. Manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores; nombramiento de los administradores y designación de los que han de llevar la firma social.

Estos dos puntos se refieren a la administración de la sociedad; debemos considerar fundamentalmente que en las sociedades, el órgano supremo de gobierno es la Asamblea de socios; la administración se ejerce por medio de representante designado por la Asamblea, mediante el ejercicio del derecho de voto, la figura jurídica que surge es la representación.

Al hacer la elección es necesario precisar las facultades de los representantes.

X. Manera de hacer la distribución de las utilidades y las pérdidas.

De acuerdo con el Maestro Salvador M. Elías, lo correcto sería hablar de aplicación de resultados.

Por otro lado debe concederse que la mayoría de las sociedades se constituyen con el propósito de obtener utilidades, de conformidad con las aportaciones y lo dispuesto por la escritura constitutiva, a falta de pacto expreso se estará a lo dispuesto en los artículos 16 a 19 de la Ley de la materia, de los cuales podemos señalar que las utilidades sólo podrán repartirse cuando el balance anual las arroje, concordando con el artículo 38 del Código de Comercio.

No produce efectos el pacto que excluya a uno o más socios de la participación de las utilidades.

Los socios capitalistas obtendrán ganancias en proporción a sus aportaciones y a los socios industriales les corresponderá la mitad de las ganancias, divisibles entre el número de aquéllos.

XI. El importe del fondo de reserva.

De acuerdo con los ingresos brutos o utilidades netas, arrojadas efectivamente por los balances, se separarán las cantidades necesarias para integrar o incrementar las reservas, que por su origen se clasifican en dos tipos:

- a) Reservas legales: se constituyen por mandamiento legal; en toda sociedad debe separarse un cinco por ciento anual, hasta que importe una quinta parte del capital social. Nulo todo lo que contravenga lo anterior y, en caso de no cumplirse, los administradores son responsables ilimitada y solidariamente. Artículos 20 y 21 de la Ley General de Sociedades Mer-

cantiles.

- b) Reservas convencionales: se establecen por los socios integrantes de la sociedad al constituiria o como resultado de una asamblea. Su origen se debe, generalmente, a destinar a un fin determinado, como el caso de reservas por depreciación de equipo, de previsión social, etc.

XII. Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente.

Es importante que en la constitución de la sociedad se establezcan los casos de disolución de la sociedad, porque en caso de no ser así, se estará a lo dispuesto por la ley en el caso de cada una de las sociedades y por las generales que se consignan en el capítulo X de la Ley de Sociedades Mercantiles.

XIII. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de las liquidaciones cuando no hayan sido designados anticipadamente.

Esta disposición es consecuencia de la anterior, puesto que una vez devuelta la sociedad, se procede a su liquidación, nombrando a los encargados de tal tarea y que son representantes legales de la sociedad, con facultades necesarias para la liquidación, de conformidad con las bases que se hayan instituido en la escritura o, en su defecto, por las disposiciones que consigna el capítulo XI de la Ley de la materia.

Como consignamos con anterioridad, en el derecho mexicano, carece de importancia práctica la diferencia entre estatutos y escritura constitutiva, lo que se confirma con la parte final del artículo 60. de la Ley de Sociedades Mercantiles: "...Todos los

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

Ya se precisó como los artículos 7º. y 3º. de la Ley de Sociedades mercantiles nos indican que las cláusulas de la VIII a XIII no son en realidad esenciales, puesto que la ley suple su existencia.

Ahora, respecto a las cláusulas accidentales, son tantas como se puedan imaginar, siempre y cuando no vayan en contra de lo que disponga la ley.

Autorización judicial y registro de la sociedad.

Como corolario de todo lo anterior, será necesario precisar lo relativo al registro de las sociedades mercantiles.

Ya se ha precisado que las sociedades mercantiles, para poder tener personalidad jurídica, deben inscribirse en el Registro Público de Comercio (artículo 2º. Ley de Sociedades Mercantiles).

Y es la misma Ley de sociedades la que fija los requisitos para la inscripción:

Autorización judicial: La Ley otorga indistintamente la posibilidad de que la orden judicial la otorgue tanto el Juez de Distrito como el Juez de Primera Instancia del domicilio de la sociedad, debiendo presentar una instancia solicitando el permiso respectivo y acompañando los documentos relativos, esto es, el testimonio de la escritura de constitución o modificación, en su caso.

El juez tiene por presentado al promovente y con el escrito y documentos anexos, se dará vista por el término de tres

días al C. Agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado respectivo, para que manifieste lo que a su representación convenga. Es en este término en el que el representante social necesita entrar a un estudio de los requisitos, tanto de forma como de fondo, de la sociedad. Una vez desahogada la vista anterior, se citará a una audiencia dentro de los tres días siguientes en la que se recibirán las pruebas y se dictará resolución dictando o negando el registro. La celebración de esta audiencia es innecesaria, en cuanto que, de acuerdo con el artículo 261 de la Ley de Sociedades Mercantiles, al hacer la solicitud deben acompañarse los documentos relativos al acto, cuya inscripción se solicita, únicas pruebas que se ofrecerían en la audiencia, porque de otro modo no podrían darse entrada a la solicitud de inscripción, y como son pruebas documentales, mismas que se desahogan por su propio derecho y en el caso, tratándose de documentos públicos, testimonios de escrituras públicas, sería pérdida de tiempo para el funcionario judicial, el representante de la sociedad y el representante de la sociedad o notario, concurrir a una audiencia, en la que no tendrían, de hecho, intervención alguna.

Por lo que, en la práctica, el procedimiento es ofrecer como pruebas en el mismo escrito, solicitando la autorización y renunciando la audiencia a que me he referido. Una vez que el juez haya dictado sentencia concediendo la inscripción, deberá presentarse escrito dando la conformidad con la misma y pidiendo que se declare que la misma ha causado ejecutoria y, consecuentemente, se gire atento oficio al C. Director del Registro Público de Comercio, a fin de que se sirva practicar la inscripción respectiva. (Artículos 260 a 264 de la Ley de Sociedades Mercanti-

les).

Por otro lado es muy difícil que a una sociedad se le niegue la autorización judicial, puesto que el Ministerio Público, al desahogar la vista respectiva, en caso de notar alguna anomalía, pedirá que se cumpla con tal o cual requisito, lo que los interesados de seguro harán, y, una vez después de esto, se dictará la resolución respectiva. Aunque la ley prevenga que podían interponer recurso de apelación en el término de tres días, tramitándose dicho recurso en forma que la ley pretende sea rápida, celebración de la vista, con expresión de agravios y resolución.

Es conveniente hacer una serie de consideraciones acerca de la función del Juez y del Agente del Ministerio Público, en la solicitud de Inscripción de una sociedad.

El problema radicaría en dilucidar si la actuación debe limitarse a un examen de los requisitos de forma y fondo de la sociedad, cosa que estimo debe aceptarse, puesto que la disposición del requisito de aprobación judicial tiende a proteger los intereses de la comunidad, a virtud de que es en ésta en donde la sociedad ejercerá su actividad propia.

Por otro lado, de conformidad con el procedimiento que establece la ley, se ofrecen como pruebas el testimonio de la escritura de constitución o modificación de la sociedad, en su caso, y en este procedimiento se desarrolla una situación peculiar, puesto que el documento público hace prueba plena en cuanto a su valor, de acuerdo con la ley, pero a su vez es el documento público el que es materia de la autorización y, dado lo anterior, el juez y el Ministerio Público deben estudiar el testimonio en cuanto a su fondo y a su forma.

Es necesario que se valore si, en el caso concreto, se reúnen los elementos de existencia y requisitos de validez, si se han cumplido los requisitos que la ley exige en la constitución de cada sociedad en particular, si el Notario, a su vez, ha plasmado en la escritura pública tales requisitos, si los pactos que se convinieron y respecto a los cuales la ley deja a la voluntad autónoma de las partes no chocar con normas preceptivas o prohibitivas. Es, en fin, una labor a conciencia la que se debe practicar, lo que equivale a una segunda revisión, puesto que, como expuse en el apartado respectivo, el notario, a su vez, ya realizó una tarea calificadora.

Después de todo lo anterior, se inicia otra etapa: la de la inscripción en el Registro Público de Comercio de la sociedad en cuestión.

Hay casos en que no es necesaria la calificación y autorización judicial para el registro de las sociedades, como en el caso de las Instituciones de Crédito, Fianzas y Seguros, ⁽⁶⁷⁾ que se rige cada una por la ley de su materia; sin embargo, se exige en estos casos la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a fin de que su escritura y estatutos se ajusten a la ley.

Inscripción en el Registro Público de Comercio

De conformidad con los artículos 18 a 32 del Código de Comercio en vigor, se establece el procedimiento de inscripción, en concordancia con lo establecido en el Reglamento del Registro de Comercio:

I. Su nombre, razón social o título;

(67) Artículo 8 fracción XI LIC, Artículo 10 final LIF, Artículo 12 LIS.

- II. La clase de comercio u operaciones a que se dedique;
- III. La fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones;
- IV. El domicilio, con especificación de las sucursales que hubiere establecido, sin perjuicio de inscribir las sucursales en el registro del partido judicial en que estén domiciliadas;
- V. Las escrituras de constitución de sociedad mercantil, cualesquiera que sean su objeto o denominación, así como las de modificación, rescisión o disolución de las mismas sociedades;
- VI. El acta de la primera junta general y documentos anexos a ella, en las sociedades anónimas que se constituyan por suscripción pública;
- VII. Los poderes generales y nombramientos y revocación de los mismos, si la hubiere, conferidos a los gerentes, factores dependientes y cualesquiera otros mandatarios.
- VIII.
- IX.

La inscripción se hará a la presentación del testimonio de la escritura de sociedad (artículo 25 C. Comercio y 15 Reglamento del Registro de Comercio) y documentos relativos (autorización judicial).

De conformidad con el artículo 19 del Reglamento respectivo, los registradores consignarán nombres, edad, profesión y domicilio de las personas interesadas en la inscripción, en el caso, los socios y expresarán con toda claridad la naturaleza del contra

to, monto de capital y demás circunstancias, relativas a los mismos contratos, entendiéndose los requisitos a que se aludió al estudiar el artículo 6o. de la Ley de Sociedades.

Desde luego, la función del registrador comprende un examen del fondo y la forma del contrato, de conformidad con el artículo 13 del Reglamento: "El registrador considerará como falta de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos o escrituras cuya inscripción se solicite, todas las que afecten a su validez, según las leyes que determinen la forma de los instrumentos públicos, siempre que resulten del texto de los mismos documentos o escrituras: Artículo 14: "Para los efectos del artículo que precede, se considerarán igualmente como faltos de legalidad los documentos o escrituras que no expresen, o expresen sin la claridad suficiente, cualquiera de las circunstancias que con arreglo a la ley debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad".

Una vez calificado el título constitutivo de la sociedad, se procederá a elaborar la liquidación para el pago de los derechos respectivos, practicándose la notación definitiva.

El sistema, pues, que sigue nuestro derecho, incluye una serie de funciones calificadoras y de vigilancia, a efecto de comprobar que se ha cumplido lo que la ley prescribe para la constitución de la sociedad mercantil.

Es conveniente hacer alusión a una serie de requisitos administrativos, que consigna Rodríguez Rodríguez: (69)

1o. Anuncio y publicidad de la apertura de las ofici-

(69) Rodríguez Rodríguez Joaquín. Obra citada.

nas y establecimientos, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17 fracción 7 del Código de Comercio. Cuando se trate de sociedades, debe darse a conocer al público en forma de anuncios y circulares, la clase de sociedad, los gerentes, la denominación, la firma social, las sucursales, así como cualquier alteración en estos datos.

- 2o. Inscripción en las Cámaras de Comercio e Industria (artículo 5 de la Ley de Cámaras de Comercio e Industria de 2 de mayo de 1941) que exige que todos los comerciantes se inscriban en la Cámara de Comercio e Industria correspondiente a su especialidad.
- 3o. Alta en la Oficina Federal de Hacienda, a la que debe comunicarse el aviso de apertura, es decir, del comienzo de operaciones dentro del plazo de los diez días siguientes al inicio de las mismas, según dispone la Ley sobre el Impuesto de la Renta, y
- 4o. Altas en las oficinas locales de Hacienda, que son la Tesorería del Departamento del Distrito Federal y las oficinas estatales y municipales de Hacienda en las demás entidades federativas, según disposición de la Ley de Hacienda del D. F. y de las leyes de Hacienda locales.

El incumplimiento de estos requisitos sólo está castigado con sanciones de carácter fiscal y administrativo".

Sería realmente problemático tratar de dar una concepción sobre el criterio que siguen las diferentes legislaciones, en cuanto a la naturaleza jurídica de la sociedad y en cuanto a los requisitos que las mismas exigen para la constitución de ella.

Esto se debe a que en la propia doctrina es donde se dio el conflicto teórico.

Ya hemos hablado de las tesis en pro y en contra de la concepción contractualista del negocio constitutivo de la sociedad; en obvio de repeticiones nos limitaremos a dar unas breves nociones.

La noción contractualista, a decir de varios autores, se remonta a Babilonia y Grecia⁽⁷⁰⁾ aun cuando dentro del Derecho Romano se encuentran diversos tipos de sociedad⁽⁷¹⁾, situación que es fácilmente notable en el caso de los países que fueron influidos por el Derecho Romano.

Las sociedades mercantiles, desde su aparición, eran consideradas como contratos entre dos o más personas.

Al respecto Brunetti dice: "Si en la Ordenanza francesa de 1673 no se formula una definición de la sociedad comercial, los juristas de los siglos XVII y XVIII califican la sociedad de contrato, siguiendo las nociones romanas⁽⁷²⁾ a base de las cuales se formuló la noción de sociedad de los códigos franceses civil y de comercio y también en los códigos de los otros países de la Eu

(70) E. Szlechter, de contrat de société en Babylonie, en Grèce et a Rome, tomado de Brunetti Antonio. Obra citada, pág.145.

(72) Domat Les lois civiles dans leur ordre naturel. Tomado de Brunetti Antonio, obra citada, pág. 145.

(71) Societas alicuius negotiationes, tomado de Brunetti Antonio pág. 145, obra citada.

ropa continental y de América Latina". (73)

Según el mencionado autor las compañías por acciones que existieron nunca fueron consideradas como contratos, a virtud de su consideración de ser materia de Derecho Público.

El Código de Comercio Francés aplicó de manera general el concepto contractual a todo tipo de sociedad, y esto repercutió legislativamente en todos los países que tomaron ese modelo.

En el caso de Inglaterra y los países del common law, la situación es diferente, en virtud de que no hubo recepción, aunque sí influencias del derecho romano, ni codificación extensa.

El common law reconoce dos tipos de agrupaciones, si bien no sociedades que no tiene su vocablo correlativo en inglés.

Por una parte, las partnerships, o sociedades de derecho común, las cuales son sociedades sin personalidad jurídica, pero con afán de lucro, puesto que es requisito la repartición de beneficios; estas sociedades son consideradas contratos.

Por otro lado, existen las compañías, o sociedades incorporadas, mismas que sí tienen personalidad jurídica y que no pueden ser consideradas como contratos, a virtud de que su nacimiento tiene como origen el acto de inscripción en el registro del estado, o sea que más bien su naturaleza es institucional. Son diversos los tipos: la company limited by guarantee; limita la responsabilidad de los socios a una suma determinada; la unlimited company de responsabilidad personal e ilimitada, y la company limited by shares, compañía limitada por acciones, la más común, que puede ser public o private company, correspondiendo la prime-

(73) Brunetti Antonio, obra citada, página 145.

ra a la sociedad anónima nuestra y la última a la sociedad de responsabilidad limitada.

Igualmente varían, de conformidad con las legislaciones, los requisitos formales del negocio constitutivo de la sociedad mercantil.

En un primer grupo se deben mencionar las legislaciones que exigen el requisito de escritura pública, para toda sociedad mercantil. (74)

Otro grupo permite escritura privada para toda sociedad mercantil. (75)

Y un tercero que prescribe escritura pública o privada, según los casos. (76)

Reiteramos que los países del common law son distintos en cuanto a los requisitos; por una parte no existe la escritura pública. Las partnerships no necesitan formalidad, aunque generalmente se hacen por escrito, denominándose artículos of partnership; y las compañías que se hacen por medio de un memorándum que se presenta al Registro de Companies; para obtener el certificado de incorporación y que puede contener otro documento llamado artículos of association, que vienen a ser los estatutos o reglas de funcionamiento de la sociedad, aplicándose, a falta de éste, el apéndice que contiene la Companies Act de 1948.

(74) España, Chile, Perú, Colombia, México, excepto sociedades cooperativas regidas por ley especial.

(75) Venezuela y Uruguay.

(76) Ver A. Brunetti. Obra citada, hace enumeración de los requisitos, en cada legislación.

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

- I. El hecho jurídico en sentido amplio es toda actitud humana, toda acción natural o causal que considera el Derecho como productoras de consecuencias jurídicas.
- II. Contrato es el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones.
- III. Convenio es el acuerdo de voluntades para modificar y extinguir derechos y obligaciones.
- IV. El contrato exige siempre la existencia de dos o más voluntades y el acuerdo o consentimiento entre ellas.
- V. Es conveniente distinguir que puede darse en los contratos que las partes declaren su voluntad, y que cada parte se componga de una serie de declaraciones unidas en una misma dirección.
- VI. El acto consitutivo de la sociedad mercantil es un contrato, porque las partes que lo celebran se encuentran una frente a otra y existe acuerdo de las voluntades de cada una de los socios y, por ende, consentimiento.
- VII. La persona jurídica, dentro de nuestro derecho positivo, debe su creación a virtud del reconocimiento del estado, independientemente del acto jurídico que lo origine.
- VIII. Dentro de nuestro sistema de derecho positivo, es perfectamente aceptable la tesis del contrato plurilateral de organización, como acto constitutivo de la sociedad.
- IX. El acto constitutivo de la sociedad mercantil es un contrato especial, característica que resulta de su estructuración y funcionamiento excepcional.

- X. Es característica de los contratos la existencia del consentimiento y ausencia de vicios en éste, como elementos del contrato -entre otros-, y el contrato de sociedad igualmente los requiere, lo que nos impide considerar que la sociedad sea producto de un acto unilateral.
- XI. Las características peculiares del contrato de sociedad y las críticas que se le hacen al considerarlo como tal, nos permiten creer la necesidad de hacer una revaluación teórica y legislativa.
- XII. Son aplicables a la sociedad las reglas de los contratos, en lo que no esté previsto por la ley mercantil.
- XIII. Para efectos teóricos, puede distinguirse entre el acto constitutivo de la sociedad o contrato, la escritura pública como requisito formal y los estatutos.
- XIV. Para efectos prácticos puede distinguirse la Constitución de la sociedad mercantil, la Autorización Judicial y la inscripción en el Registro Público de Comercio.
- XV. La sociedad es un contrato por el que los socios se obligan mutuamente a combinar sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, que por disposición de la ley tiene personalidad jurídica distinta a la de sus socios y que tiene la calidad de comerciante.
- XVI. Es requisito fundamental la constitución de la sociedad en escritura pública, lo que requiere la intervención del profesional del derecho llamado Notario, por estar investido éste de fé pública.
- XVII. Son requisitos esenciales de la escritura social los con-

tenidos en las fracciones I a VII del artículo 6o. de la Ley de Sociedades Mercantiles.

XVIII. A falta de los requisitos que señalan las fracciones VIII a XIII son suplidos por la ley respectiva.

XIX. Hay requisitos específicos para cada uno de los tipos de sociedad mercantil.

XX. La autorización judicial presupone un estudio minucioso del fondo y forma de la sociedad.

XXI. El registro de la sociedad presupone, igualmente, un estudio del fondo y forma de la sociedad.