

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

LAS SOCIEDADES DE PERSONAS EN EL
DERECHO SALVADOREÑO

T E S I S

PRESENTADA POR

RAUL FUNES POSADA

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO

JUNIO DE 1969

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA



T
346.06
F981s

Ej. 4

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10122310

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector

Doctor José María Méndez

Secretario General

Doctor José Ricardo Martínez

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Doctor René Fortín Magaña

Secretario

Doctor Fabio Hércules Pineda

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES

GENERALES PRIVADOS Y APROBARON LA TESIS DOCTORAL

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Doctor Armando Napoleón Albanez
Primer Vocal: Doctor Juan Gregorio Guardado
Segundo Vocal: Doctor Abelardo Torres

MATERIAS CIVILES. PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Doctor Rafael Ignacio Funes
Primer Vocal: Doctor Rodrigo Raimundo Pineda
Segundo Vocal: Doctor Manuel Antonio Ramírez

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Doctor Napoleón Rodríguez Ruiz
Primer Vocal: Doctor Julio César Oliva
Segundo Vocal: Doctor Francisco Arrieta Gallegos

ASESOR DE TESIS

Doctor Roberto Lara Velado

EXAMEN DE TESIS

Presidente: Doctor José Ernesto Criollo
Primer Vocal: Doctor José Ignacio Paniagua
Segundo Vocal: Doctor Mauricio Roberto Calderón

ACTA DE APROBACION DE TESIS

En el Decanato de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales:
San Salvador, a las diecisiete horas del día dieciocho de marzo de mil nove-
cientos sesenta y nueve. - Reunidos los suscritos miembros del Jurado nom-
brado para calificar la tesis doctoral presentada por el bachiller RAUL FU-
NES POSADA, intitulada "LAS SOCIEDADES DE PERSONAS EN EL DERE-
CHO SALVADOREÑO", por UNANIMIDAD de votos acuerdan: a) Aprobar el
trabajo sometido a su consideración; b) Considerar al alumno capaz de de-
fenderla, después de haberlo sometido al examen que prescribe el Reglamen-
to respectivo y c) Recomendar al Departamento de Publicaciones de la Facul-
tad, la publicación de la mencionada tesis. - No habiendo más que hacer cons-
tar, se termina esta acta que firmamos.

José Ernesto Criollo,
Presidente

José Ignacio Paniagua,
Primer Vocal



Mauricio Roberto Calderón,
Segundo Vocal.

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

DEDICO ESTA TESIS A:

Mi padre: Arecpágito Posada Maldonado

Mi tío: Serafín Posada (Q. D. D. G)

Mis primos: Serafín Posada h.
Amalia de Moreno (Q. D. E. P)
Alejandro Posada
Blanca Lidia de Domínguez
Alicia de Morán Mejía
Humberto Posada
Berta de Chacón
Oscar Armando Moreno
Marco Antonio Moreno
Manuel Morán Mejía h.
Ricardo Alfonso Domínguez
Blanca Lidia de Martínez
Mauricio Antonio Posada

Compañeros y amigos: Adalberto González
René Iván Castro
Mauricio Rosales Rivera
Fidel Angel González

Mis agradecimientos sinceros por su valiosa colaboración
dactilográfica a:

Ana María Alvarez de Rodríguez
Thelma Interiano de Grimaldi
Stella de Pineda
Irma Guillén de Rodríguez
Amalia López Orellana
Laura Guzmán de Martínez

LAS SOCIEDADES DE PERSONAS EN EL
DERECHO SALVADOREÑO

TITULO I

ANALISIS SOMERO DE LAS SOCIEDADES EN GENERAL

CAPITULO I

A) ANTECEDENTES HISTORICOS

Escudriñar el pasado para conocer los orígenes de cualquier institución, resulta siempre provechoso por cuanto ello conduce a la indagación de causas y circunstancias que motivaron su existencia, y permite establecer a través de diversos períodos sus vicisitudes y evolución. Desde luego no es tarea fácil cuando la búsqueda se remonta a etapas no cubiertas por la historia, ya que la investigación habrá de hacerse forzosamente con elementos de juicio sumamente precarios y, consecuentemente, los resultados obtenidos no tendrán más valor que el de meras conjeturas.

En el caso de las sociedades, en su aspecto contractual, ocurre algo semejante: no se pueden fijar fecha y causas precisas de su aparición; sin embargo, se acepta, quizá con algún fundamento, que han existido desde que los hombres entraron en la vida de relación. Es dable imaginar en las primeras poblaciones primitivas (horda, clan, gens, sippe y otras semejantes), algunas manifestaciones societarias, en el sentido de que mediante el esfuerzo conjunto pudo obtenerse bienes materiales para consumo común de cada agrupación, pues, como se ha repetido - hasta la saciedad, el hombre es sociable por naturaleza; además los estudios etnológicos y antropológicos enseñan que, aun en las sociedades salvajes más atrasadas, existió un instinto o sentimiento que impulsó a los individuos de un mismo grupo a defenderse, a socorrerse e incluso a sacrificarse en interés general.

Asombra el grado de civilización alcanzado en la actualidad, si comparamos regresivamente siglo por siglo hasta llegar a las épocas prehistóricas; pero ello se debe a que el hombre no se ha limitado a repetir en forma constante y rutinaria las actividades para satisfacer sus necesidades vitales; por el contrario, siempre ha tendido a superar los medios de subsistencia, y a salvar dificultades o situaciones adversas, convirtiéndolas en un acicate que le ha servido para alcanzar el progreso.

Tras una larga transformación paulatina y en una etapa un poco avanzada, se advierte primeramente la creación de sociedades familiares, en seguida surgen las organizaciones políticas con fines más elevados, que trascienden a casi todas las actividades del hacer humano, organizaciones que, desde la "polis" griega, han recibido la denominación de Estados, en cuanto entidades políticas; pero los hombres no sólo se asocian para realizar en común todos los fines de la vida bajo el ámbito del Estado, sino también para efectuar aisladamente algunos de esos fines, mediante agrupaciones de las cuales quizás las primeras y más importantes fueron - las de tipo religioso, como iglesias, comunidades, conventos, congregaciones, etc.

Los hombres se asocian con el objeto de realizar múltiples fines, y según éstos sean y el propósito que los inspire así predominarán determinados caracteres en una agrupación y faltarán en otra, y viceversa. Si hay una finalidad política en el fondo, pero limitada en el espacio y subordinada jerárquicamente, se llega a las corporaciones de derecho público como los municipios o ayuntamientos; si se adscriben ciertos bienes o patrimonios a fines esencialmente benéficos, regidos por reglas invariables dictadas unilateralmente por el constituyente, se está en presencia de las fundaciones; si se persigue el progreso, desenvolvimiento y de

sarrollo de ciencias, artes, de ciertos ideales, sean políticos, económicos, sociales u otros semejantes, entonces nacen las asociaciones; o bien, finalmente, se pretende obtener utilidades o cumplir fines lucrativos para sus integrantes, bajo cualquiera de las formas jurídicas admitidas, surgen entonces las sociedades civiles o mercantiles, según el caso. (1)

Con la reseña precedente podemos ya bosquejar la evolución histórica de las sociedades en general.

Si existen precedentes ciertos de la sociedad anteriores al Derecho Romano, quizás no lleguen a conocerse con exactitud, debido a la falta de fuentes fidedignas; por tal motivo cualquier estudio de aquélla debe iniciarse en el Derecho mencionado.

Las sociedades romanas eran de dos clases: universales y particulares. Surgieron primero las universales como consecuencia directa del sistema familiar imperante y como resultado de la manumisión. Mucho tiempo después aparecieron las particulares.

Las sociedades universales eran de dos clases: "omnium bonorum" y "omnium quae ex quaestu veniunt".

Las "omnium bonorum" aparecieron primero, probablemente en los primeros siglos de Roma, en ella los asociados comprometen no sólo sus bienes presentes sino también los futuros, y las deudas también se convierten en carga común. Fue su origen el régimen familiar, pues los parientes por un mutuo afecto o por el interés recíproco se vieron impulsados a formar comunidades de bienes; muchas veces estas comunidades resultaron obligadas cuando moría el "pater familiae" y dejaba: a) herederos necesarios (esclavos que eran instituidos herederos y a la vez manumitidos por testamento), y b) herederos suyos y necesarios: "heredes sui", (personas sometidas a la potestad paterna o a la manus del testador). En los casos de los herederos voluntarios la cuestión era distinta, ya que la herencia podía ser repudiada. (2)

Las "omnium quaestuum" resultaron sumamente útiles a los esclavos manumitidos por un mismo amo, ya que no disponiendo de más recursos que su propio trabajo, unían sus esfuerzos y se distribuían las utilidades obtenidas.

Las sociedades universales alcanzaron un gran desarrollo a medida que el tiempo transcurría, y después se formaron no sólo entre parientes o entre manumitidos sino por otra clase de personas.

Las sociedades particulares eran de dos clases: "unius rei" y "alicujus negotiationis".

En las "unius rei", (3) los asociados ponen en común la propiedad o el uso de una o varias cosas determinadas para explotarlas y repartir los beneficios". (Petit).

Con la "alicujus negotiationis" se persiguen los mismos fines, pero a diferencia de la anterior, en ella se lleva en mira la explotación de una serie de operaciones comerciales de un determinado género. Las más importantes eran las formadas por banqueros, (argentarii), las constituidas para transportes, obras públicas y de suministros, y las "vectigalium", encargadas de percibir impuestos. Estas últimas se llamaban "publiciani" y se componían de ricos caballeros romanos, quienes pagaban al Tesoro una cantidad fija y a cambio de ello se apropiaban de lo recaudado. Eran sociedades de grandes capitales que se caracterizaban por: a) te

nían personalidad jurídica; b) podían continuar entre los supervivientes y los herederos del socio muerto; y c) se podía vender la parte social. (4)

La personalidad jurídica era concedida mediante autorización legislativa, y solamente la "vectigalium" y las que tenían por objeto la explotación de minas de oro y plata o sal, disfrutaron de ese privilegio. Propiamente la vectigalium, por su formación colegiada y por la función pública que desempeñaba, pertenecía parcialmente a la categoría de las corporaciones.

Vacilan los autores respecto al origen cierto de cada uno de los tipos clásicos de sociedad, y respecto a la fecha aproximada de su nacimiento; sin embargo son unánimes en cuanto a que, cronológicamente, su aparición tuvo el orden siguiente: colectivas, en comandita y anónimas.

Dicen algunos autores que aun cuando en la comanditaria concurren algunos caracteres de la colectiva y de la anónima, y esta última a su vez aparezca como un desenvolvimiento de la comanditaria, no debe inducir a error, porque todas se han desarrollado por caminos diversos. A este respecto es interesante la opinión autorizada de Goldschmidt, citado por Rodríguez Rodríguez: "Cada una de estas formas principales ha nacido independientemente de las otras; la sociedad en comandita, no es, históricamente (o dogmáticamente), una sociedad de nombre colectivo modificado, y la sociedad por acciones no es una sociedad en comandita modificada, pero, una vez nacidas, han tenido recíprocas y diversas influencias de la commenda, y por el contrario, la commenda bajo la influencia de la colectiva plenamente desarrollada, se ha aproximado a ésta y se encuentran en los tiempos más recientes formas mixtas y formas intermedias". (5)

En seguida se hará una breve relación histórica de cada tipo de sociedad, en el orden cronológico que se ha mencionado.

→ **SOCIEDAD COLECTIVA.** - En cuanto a su origen los autores señalan tres direcciones: la) Unos, lo fundan exclusivamente en la organización y vínculos familiares; 2a.) Otros, niegan rotundamente ese origen, aun cuando admiten que de hecho así ocurrió en Italia; 3a.) Opinión intermedia, que acepta su origen en el vínculo familiar, cuando éste fue abarcando no sólo a personas ligadas por la sangre, y se empezó a desarrollar el concepto de cuota, pues de aquí insensiblemente se pasó de la comunidad familiar a la fase contractual.

Parece ser que la primera corriente es la que goza de más aceptación. Así Rodríguez Rodríguez afirma que la colectiva "Es una sociedad de origen familiar, resultado de la transformación de las empresas artesanales individuales en sociedades basadas en el trabajo de los hijos de los artesanos o la cooperación de los antiguos oficiales ascendidos a maestros". (6)

En Roma, como se ha dicho, el contrato de sociedad se ve surgir en la antigua propiedad familiar, pues sólo parientes o personas cobijadas por el mismo techo podían aventurarse en empresas que les exponía a responder por deudas ajenas. El Derecho Romano en su origen, marcadamente individualista, no concebía el esfuerzo mancomunado dirigido a la realización de una obra en común.

Los romanos merced a sus asociaciones, pudieron realizar muchas actividades que requerían grandes capitales, como tráfico de esclavos, la compra de terrenos destinados a la construcción de edificios, el comercio marítimo, etc.

Las operaciones bancarias, en su mayoría, se realizaron por sociedades, que los jurisperitos llamaban "socii argentarii" o "argentariae societates".

En la época de Augusto, 200 años A. C., los comerciantes ricos estaban divididos en dos categorías: "publiciani" y "negotiatores". Los publiciani forman sociedades para encargarse de los negocios del Estado, relativos a obras públicas y otras empresas, siendo las más importantes las encargadas de la percepción de impuestos, denominadas "societas vectigales" o "societas vectigalium", o sociedades de publicanos. En Roma los gerentes ("magister") administran esas compañías; en las provincias del Imperio son supervisados por funcionarios del gobierno, los "promagister". Los negociatores, por el contrario, explotan sus negocios como empresas privadas, individualmente o por medio de sociedades, entre las que descuellan las "argentariae societates". (7)

Algunos autores sostienen que en las "argentariae societates" los socios estaban sometidos al principio de solidaridad, y que los "magister" actuaban en nombre y representación de las sociedades de publicanos; otros, en cambio, niegan la solidaridad, ni conciben un mandato recíproco, ni conceden al mandatario la facultad para contratar por otros, sino a su propio nombre.

Respecto a la introducción del principio de solidaridad en las sociedades colectivas, las conjeturas de los autores son diversas.

Tal vez sea aventurado afirmar que la sociedad de tipo romano, señalado por un rígido individualismo e inadecuado para un sistema económico de intercambios, pudiera responder a las exigencias propias de las sociedades mercantiles actuales. Si la legislación romana perfiló grandiosamente sus instituciones civiles, no puede decirse otro tanto en los demás campos del derecho.

El tratadista Joaquín Garrigues, refiriéndose a la sociedad colectiva, dice que "Nace, según la opinión dominante, en el seno de las familias de mercaderes. Los hermanos continuaban la explotación del negocio mercantil del padre, constituyendo entre ellos una especie de comunidad familiar (societas duorum fratrum) que más tarde se transforma en una unidad de trabajo entre personas no ligadas por los lazos de la sangre. Pero aun transformado el vínculo familiar en vínculo social, subsiste siempre, como reminiscencia de su origen, el elemento de confianza mutua, del compañerismo (ad unum panem et vinum). Mas, hasta muy avanzada la Edad Media, no aparece en las fuentes la sociedad en su fisonomía moderna. A partir del siglo XIV se ocupan la teoría y la práctica italianas de esta forma de sociedad, que no obtiene reconocimiento legislativo hasta la Ordenanza francesa de 1673, con el nombre de "sociedad general", de allí pasó al Código francés bajo la denominación de "sociedad de nombre colectivo". (8)

Prevalece la opinión de que las sociedades mercantiles nacieron en los Estados-ciudades, principalmente en Italia central y septentrional y que el origen de las sociedades colectivas en la Edad Media fue, como en Roma, la organización familiar, habiéndose desarrollado primordialmente debido a las ferias y a la extensión del comercio, reglamentado en el Estatuto de los Estados-ciudades de Italia.

Las sociedades colectivas, prototipo de las sociedades comerciales, nació, pues, en Italia en plena Edad Media, con estructura y función distintas de la sociedad romana. Originariamente fue integrada por miembros de una misma familia que se sentaban alrededor de una misma mesa a comer del mismo pan. De aquí deriva, probablemente el nombre de compañía. La costumbre de dar a conocer las compañías con el nombre de la familia se extiende a los herederos y, más tarde, a los extraños.

En consecuencia, la derivación mediata de las sociedades colectivas debe -

buscarse en la comunidad tácita familiar de la Edad Media, y la inmediata, en la compañía italiana, de la misma época medieval.

Esas sociedades adquirieron gran reputación y gradualmente traspasaron las fronteras italianas. Su prestigio aumentó con la inscripción en las matrículas de las corporaciones de mercaderes, en las que se anotaban los nombres de todos los socios y las reglas del pacto constitutivo por el cual se regían. Este es el probable origen de la razón social, elemento imprescindible de las actuales sociedades colectivas.

En este mismo orden de ideas, es interesante conocer la opinión de A. Scialoja, citado por Brunetti. Dice así: "La sociedad colectiva ha nacido en Italia antes que en otras partes por la misma razón de que son originarias de Italia casi todas las instituciones jurídicas mercantiles, porque es en ella donde primero floreció el comercio en la Edad Media para difundirse después por toda Europa por medio de los comerciantes italianos. Por eso sería inútil tratar de buscar en otros países el origen de esta forma de sociedad, que ha constituido uno de los primeros instrumentos del comercio renaciente. En otras partes habrán existido, seguramente, precedentes económicos y jurídicos de las sociedades colectivas, pero no ha existido el germen de la institución, que en esos países ha sido importado de Italia y se ha desarrollado solamente después, cuando el comercio local había progresado lo suficiente para constituir un terreno apto para su desenvolvimiento. En Montpellier, en el siglo XII, no se encontraban más que casas de compañías italianas". (9)

Cuando no se dispone de medios de investigación directa, especialmente referentes a establecer hechos históricos bastante lejanos, es preferible trasladar textualmente la opinión de los versados en la materia, con lo cual se evita desfigurar esas opiniones, principalmente cuando se trata de cuestiones en que no hay conformidad de pareceres.

SCIEDAD EN COMANDITA. - Sobre el origen de esta especie de sociedad el criterio de los autores es más uniforme, en cuanto a que deriva o más bien es una transformación de la antigua "commenda". La raíz del nombre parece confirmar esa opinión. La "commenda", en la cual participa un capitalista (commendator), en la especulación de un negociante (tractator), se inició en el comercio marítimo, donde un capitalista da mercancías, dinero, naves, etc. a un empresario que viaja: éste con el capital que se le ha confiado emprende negocios en ultramar, y más tarde también en el continente. Después pasó la "commenda" al ejercicio local de las industrias. A la asociación de cuentas en participación se le reconoce el mismo origen, ya que descansan en igual fundamento económico: conceder a un capitalista la oportunidad de participar mediante su aporte patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro.

Arcangeli niega la intervención de la "Commenda" en la formación de la comandita, y considera que ésta es el resultado de un movimiento jurídico preexistente, y que más bien sería una forma modificada de la sociedad colectiva, dominada por el principio de la limitación de la responsabilidad. (10)

En la antigua commenda no había verdadera figura social, pues el capital se gufa siendo propiedad del capitalista, por eso el momento en que la sociedad comanditaria y las cuentas en participación adquieren fisonomía propia, es cuando en las primeras el capitalista se manifiesta al exterior como partícipe en el negocio y, por ende, responsable frente a los acreedores, se separan del fondo social los bienes particulares de los socios, y para hacer más difícil y menos peligrosa la retirada de las cuotas aportadas, existe la obligación de inscripción en el registro,

y finalmente acaba por adoptarse un nombre social; en las segundas, el capitalista permanece oculto respecto a terceros, y consiguientemente, sin responsabilidad frente a ellos; no hay firma social y el negocio se presenta externamente como un negocio individual del comerciante.

Bosco (11) afirma que la transformación de la commenda en comandita se produjo cuando por la ley florentina de 1408 ordenó su registro, a lo que A. Scialoja(12) responde que la historia de la comandita no empieza en ese momento, pues es la voluntad consciente de los contratantes la que crea y transforma las instituciones y no el pensamiento del legislador, y agrega: "Es ciertamente difícil, en una época anterior, la precisa distinción entre sociedad en comandita y participación, pero, por otra parte, no es indispensable el registro para que pueda considerarse perfecta la estructura de la sociedad. Una sociedad puede existir y ser tenida como tal por los terceros incluso sin un sistema regular de registro, como ha ocurrido, precisamente, con la sociedad colectiva. En realidad la comandita ha empezado a existir desde el momento en que se ha tenido un patrimonio social y el socio gerente se ha presentado ante los terceros no como el único dueño del negocio".

Sin embargo no debe desecharse la importancia del registro, y así lo hace notar agudamente Arcangeli, citado por Brunetti: "Ha hecho que fuesen conocidas por los terceros las modalidades del contrato y se determinase la suma hasta la que respondían los socios colectivos. El registro ha contribuido, indudablemente, a afirmar, cada vez más, aquella autonomía del patrimonio social que ya se había manifestado en la commenda y en la sociedad del nombre colectivo". (13)

En todo lo que se lleva dicho se encuentran ya bosquejados algunos de los caracteres de la comandita. Veamos los demás. Respecto a la limitación de la responsabilidad del socio capitalista se afirma que arranca su origen de los estatutos de la corte de mercaderes de Lucca, de 1554, y de la Ley de Bolonia de 1583. En ambos documentos se reconoce a los colectivos la condición de socios y se habla de compañeros nombrados y no nombrados, comprendiendo en estos últimos a los comanditarios. Especialmente la ley boloñesa exige, para gozar de la responsabilidad limitada, que no figure en la razón social el nombre del comanditario, pero sí en el encabezamiento de los libros de la sociedad; que se determine la cantidad puesta por capital, la clase de los negocios y el objeto de la empresa; que se señale la duración de la compañía; que se establezca la cantidad hasta la cual se quiere limitar la responsabilidad del comanditario; que todas las condiciones del contrato se consignen en el registro del "conservador del Foro de los mercaderes", con el objeto de que el público tenga conocimiento de todo; etc.

SOCIEDAD ANONIMA. - respecto a la figura social de la cual deriva la sociedad anónima, existen los más encontrados criterios. En seguida tendremos oportunidad de comprobarlo.

En adelante, indistintamente se empleará sociedad anónima o sociedad por acciones.

Algunos tratadistas estiman que la sociedad por acciones ha sido fuertemente influenciada por la "commenda" o por la comanditaria; así Primker, según cita de Brunetti (14) "La commenda en los países en que ha tenido una vida más próspera, esto es, más al Sur que en el Norte, cumple una de las principales funciones de la sociedad por acciones: sirve de intermediaria para hacer fluir a la industria y el comercio los capitales que necesitan, por el camino de la participación en los beneficios y en las pérdidas". En contra de los seguidores de esta corriente se aduce - que no está plenamente comprobado que del hecho de estar limitada la responsabilidad de algunos de los miembros de la commenda o de la comanditaria, haya surgi-

do la idea de crear un nuevo tipo social, en el que todos respondieron únicamente hasta concurrencia de sus aportes.

Otra opinión bastante extendida es la que en su origen se descubren dos cauces históricos distintos: el italiano, donde aparece en las relaciones entre el Estado y sus acreedores; y el holandés, en que se encuentra vinculado al comercio con las Indias Orientales y Occidentales de principios del siglo XVII.

En las ciudades italianas de la Edad Media los gobiernos acostumbraban tomar prestado dinero en gran cantidad de las ciudades, y ante la imposibilidad de cubrir los cuantiosos intereses, concedían a sus acreedores la facultad de cobrar los impuestos. Estas asociaciones dieron lugar a las sociedades denominadas "mons", "masse", "maone", cuyo capital lo constituía la cantidad dada en préstamo. La más importante de ellas fue la Casa di San Giorgio, de Génova, donde aparece ya la responsabilidad de los participantes hasta el importe de sus créditos, y el capital social se halla dividido en partes iguales y transmisibles.

La Casa di San Giorgio se transforma en el Banco di San Giorgio en 1407, y en Milán se crea el Banco di San Ambrogio en 1592.

Algunos afirman que las "maone" (palabra árabe que significa ayuda, socorro) constituyeron el primer paso hacia las sociedades coloniales de los siglos XVII y XVIII. Estaban formadas por ciudadanos que proveían, en interés y bajo la dirección del Estado, a los gastos de expediciones navales dirigidas a la conquista de alguna colonia, y que como contraprestación a su desembolso, obtenían el usufructo de una o más colonias o el monopolio del comercio de determinados artículos coloniales. Se fijaba un plazo dentro del cual los acreedores ejercían ese derecho, y siempre bajo la soberanía del Estado respectivo. El crédito total se dividía en cuotas iguales.

Los que ven el origen de la anónima en Holanda de principios del Siglo XVII, fundan su opinión en el auge económico reinante de la época, que impulsó a los comerciantes y navegantes a crear nuevas formas de empresas, constituidas por aportaciones dinerarias, con la modalidad de que transformaron al dinero en empresario, característica puramente capitalista y base de la sociedad por acciones, completamente distinta de la empresa individual y de la sociedad colectiva, eminentemente de carácter personal.

Se indica que las acciones de la maone, del Banco de San Giorgio y del Banco de Sant' Ambrogio eran negociables, pero la falta de fines especulativos le restó importancia a la transmisibilidad de aquéllas, en tanto que la circulación de las cuotas de las compañías holandesas alcanzaron grandes proporciones. Aun cuando se bosquejaba el concepto de participación accionaria en los Bancos citados, más bien las acciones revestían todas las propiedades de títulos de crédito.

Sobre este punto son interesantes las palabras de Besta, citado por Brunetti, dice "Un clima especialmente apto para el desarrollo de las sociedades por acciones vino a crearse después de los descubrimientos. La sed del oro sugirió las empresas más audaces. No hubo fuerza individual de iniciativa que bastase. Nadie se atrevía a jugarse el todo por el todo, pero todos estaban dispuestos a jugarse algo. El gran desarrollo de las anónimas empezó, sobre todo, después del descubrimiento de las tierras transoceánicas. Adoptaron precisamente aquella fórmula las grandes compañías coloniales, dotadas de especiales privilegios por el Estado que, no obstante, no las reconocía". (15)

Lehmann (16) afirma que las primeras grandes formas de sociedades por ac

ciones de Holanda, Inglaterra y Francia, derivan directamente de la institución de la "Rhederei", o consorcio de copropietarios de naves, sociedades integradas por muchos capitalistas que se convirtieron después en accionistas. El mismo autor niega toda relación entre las doctrinas que rigieron las compañías italianas del siglo XV y las holandesas del XVII.

Por su parte, Brunetti (17) sostiene que la sociedad por acciones no tiene relaciones con la "societas" romana, ni tiene su origen en Italia, no obstante que en este país se encuentran en la Edad Media algunas instituciones con características que más tarde se reproducen en las compañías de la Europa Occidental. El mismo autor, sin embargo, refiriéndose a las "societas publicanorum" y las demás sociedades romanas revestidas de personalidad jurídica, dice: "No debe, pues olvidarse la aportación que estas figuras sociales han proporcionado al concepto moderno de sociedad por acciones, por la razón de que: lo.) Gozaban de personalidad jurídica. 2o.) En ellas era claramente distinta la calidad de socio de la de partícipe. 3o.) El título de participación prescindía de la persona, siendo transferible a terceros y sobreviviendo a la muerte del socio". En cambio Garrigues sólo encuentra en común entre la "societas vectigalium" y la moderna sociedad anónima, su carácter corporativo y la transmisibilidad de los derechos sociales.

Emilio Langlé y Rubio (18) indica que no se puede asegurar que las sociedades por acciones se hayan iniciado en Roma, pues lo único aprovechable de las sociedades del Derecho Romano es el vínculo de solidaridad legal en las sociedades bancarias (argentarii) y la personalidad jurídica en las sociedades encargadas de percibir los impuestos (vectigalium). En seguida se refiere a algunas sociedades de la Edad Media que mostraban varios rasgos de las sociedades por acciones, entre ellas el Banco de San Jorge, anteriormente citado, en el que a los acreedores del Estado, tenedores de títulos, se les concedió la facultad de percibir algunos impuestos y la emisión de billetes. Por estas características afirma que esas instituciones tenían forma corporativa y más bien pertenecían al Derecho Público, por emanar sus derechos de los del Estado.

El mismo autor ve en la política colonial holandesa, seguida por otras naciones, el origen de las sociedades anónimas; pero advierte que no eran de carácter privado.

Para completar la reseña histórica de la sociedad anónima, nos parecen muy ilustrativos los conceptos vertidos al respecto por el Dr. Roberto Lara Vela, en su "Introducción al Estudio del Derecho Mercantil", razón por la cual los transcribimos íntegramente. Dicen así: "El proceso de formación de las sociedades de capitales tuvo lugar, también en la Italia medieval, especialmente en Florencia y en Bolonia. Sociedades de tipo bancario, como el Banco de Florencia, surgieron como sociedades colectivas, admitiendo depósitos de diversas personas, los cuales percibían un interés. Después de cierto tiempo, los depositantes comenzaron a querer retirar sus depósitos, lo cual no les era permitido antes del plazo fijado; la sociedad no podía permitirse dar la facilidad de retiro anticipado de los depósitos, porque ello habría significado la merma de su capital de trabajo, y, en muchos casos, la posibilidad de quiebra; entonces, como una solución aunque no completa, las sociedades comenzaron a emitir títulos negociables para amparar los depósitos, a fin de que los depositantes pudieran vender dichos títulos y, por este medio recuperar el dinero depositado; estos títulos fueron los precursores de las futuras acciones. Andando el tiempo, los socios de las sociedades emisoras de títulos, comenzaron a sentir el enorme riesgo que corrían; eran responsables de todas las obligaciones sociales, inclusive de las amparadas por los títulos emitidos; con objeto de reducir esta responsabilidad, dieron a los títulos derechos de participación en las utilidades, en vez del interés inicial, y derecho de participación en la administración de la empresa, a cambio de hacerlos corres-

ponsables de las demás obligaciones sociales, hasta por el valor de sus títulos; en ese momento, la acción había nacido; la antigua sociedad se había convertido en una comanditaria por acciones. De aquí ya no hay más que un paso a la anónima; el cual se dio cuando los antiguos socios colectivos prefirieron cambiar sus participaciones por títulos de acción, dejando la administración en manos de funcionarios electos por la Junta General; esta última etapa es la más tardía e influyó notablemente en ella la evolución sufrida por las condiciones económicas italianas al extenderse, a principios de la Edad Moderna, al resto del continente europeo; la estructura final de la anónima, en gran parte, fue copiada de las estructuras de las llamadas Compañías de Indias o Compañías de Colonización, las cuales más que sociedades privadas fueron verdaderos entes autónomos estatales, o, quizás, con las limitaciones y las modificaciones que la evolución trae consigo, las precursoras de las contemporáneas sociedades de economía mixta". (19)

Ante la diversidad de opiniones en lo tocante al origen de las sociedades por acciones, optamos prudentemente por no adherirnos a ninguna, aunque nos inclinamos a pensar que probablemente el germen de aquéllas sea la sociedad comanditaria.

BIBLIOGRAFIA

ENCICLOPEDIA CULTURAL UTEHA (Tomo 14), México-1958:
(1) Pág. 97.

EUGENE PETIT, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, S. A., México, D. F. - 1952:

(2) Pág. 407 -(3) Pág. 408-(4) Pág. 408.

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Tratado de Sociedades Mercantiles (Tomo I), Editorial Porrúa, S. A. - México, 1959:

(5) Pág. 2 - (6) Pág. 3.

ARTURO DAVIS, Sociedades Civiles y Comerciales, -Carlos E. Gibbs A. - Editor, Santiago de Chile, 1963:

(7) Pág. 8.

JOAQUIN GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil (Tomo I), Madrid, 1955:

(8) Pág. 286.

ANTONIO BRUNETTI, Tratado del Derecho de las Sociedades (Tomo I), UTEHA, Buenos Aires - 1960:

(9) Pág. 525 -(10) Pág. 705 -(11) Pág. 705 -(12) Pág. 706 -(13) Pág. 707

ANTONIO BRUNETTI, (Tomo II, ob. cit.):

(14) Pág. 3 - (15) Pág. 8 - (16) Pág. 10 - (17) Págs. 2 y 3.

EMILIO LANGLE Y RUBIO, Manual de Derecho Mercantil Español (Tomo I), Bosch - Casa Editorial, Barcelona, 1950:

(18) Pág. 494.

ROBERTO LARA VELADO, Introducción al Estudio del Derecho Mercantil, Revista de Derecho, semestre julio-diciembre de 1965, San Salvador:

(19) Págs. 38 y 39.

NOTA: Los números entre paréntesis son las llamadas insertas en el texto del punto desarrollado, y los números que aparecen a la par, corresponden a las páginas de las obras consultadas.

B) DISTINCION ENTRE ASOCIACION Y SOCIEDAD

No sería necesario tratar este punto si no fuera porque con mucha frecuencia se confunden ambos términos, cuando se quieren significar las reuniones de personas animadas por una finalidad común; es más, las legislaciones de algunos países, entre ellas la nuestra, no en todos los casos hacen una precisa diferencia entre uno y otro concepto, así el Art. 540 C., al enumerar las especies de personas jurídicas, incluye, en el ordinal 2o., a las "asociaciones de interés particular", y el Art. 306 Com. expresa "En la asociación comanditaria son elementos distintos, la sociedad en nombre colectivo y la comandita de fondos". Dice "Sociedad" probablemente debido a un error tipográfico. (En la edición de Códigos de la República de 1967, dice "asociación").

Indudablemente sociedad y asociación no son términos sinónimos, pero tampoco tienen significaciones contrapuestas; al contrario, la sociedad es propiamente una especie del género asociación.

El autor Felipe de Solá Cañizares, en sus comentarios y notas como traductor de la obra de Brunetti, (1), advierte que la distinción hecha por los derechos latinos entre asociación y sociedad no es universalmente admitida, y que la reunión de personas guiadas por una finalidad común se conciben y clasifican de diferente modo, según los países. El mismo autor de una manera general señala tres sistemas: el latino, el germánico y el angloamericano. En seguida se tratará de diferenciar la asociación de la sociedad, siguiendo las directrices de los tratadistas cuyas ideas encajan perfectamente con el sistema que el autor antes citado denomina latino.

Aunque sociedad y asociación en sentido lato podrían tenerse como equivalentes, la técnica jurídica establece diferencias, principalmente en el contenido económico y finalidad de lucro de la sociedad, en contraste a los distintos objetivos altruistas que generalmente impulsan a la asociación.

La doctrina y la legislación francesas destacan claramente la diferencia mencionada. La ley francesa de lo. de julio de 1901 dice: "La asociación es la convención por la que dos o más personas ponen en común, de una manera permanente, sus conocimientos y actividades con un fin distinto al de reparto de beneficios", y el Código Civil francés, Art. 1832, define la sociedad como el contrato en que dos o más personas convienen en poner alguna cosa en común con la finalidad de repartirse el beneficio que pudiere resultar. A su vez la doctrina se inclina en ese mismo sentido, pues atribuye a las asociaciones fines dirigidos a la obtención de un provecho de interés general, altruista, no material, y completamente ajeno a la idea de lucro de sus asociados, y aunque en determinadas ocasiones se logren beneficios materiales no es para distribuirlos entre sus miembros. En las sociedades ocurre precisamente lo contrario, las personas van guiadas por un fin egoísta, cual es el de obtener ganancias para repartirlas entre sí.

En términos parecidos el Código Civil de México prescribe, en el Art. 2670 que "Cuando varios individuos convienen en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación". El tratadista mexicano Mario de la Cueva (2) ensaya un concepto de asociación diciendo que "Es un agrupamiento permanente de personas para la realización de cualquier fin humano lícito, que no sea de naturaleza preponderantemente económico".

Nuestro Código Civil, Art. 1811, también considera como un elemento fundamental el ánimo de lucro en las sociedades, pues habla de repartir beneficios entre las personas que las forman; es más, el segundo inciso del Art. 1813 dice que no "hay

sociedad sin participación de beneficios".

El Diccionario Enciclopédico UTEHA expresa: "Las palabras asociación y sociedad se emplean como equivalentes en el lenguaje corriente, aunque en un sentido técnico jurídico la primera se refiere a la satisfacción de necesidades no lucrativas y la segunda, a la obtención de provechos, es decir, al enriquecimiento"(3)

De todo lo precedente se deduce que la diferencia fundamental del sistema latino, estriba en el motivo preponderantemente económico que anima a la sociedad, que contrasta con el fin no lucrativo de la asociación.

Sin embargo no todos los autores piensan de esa manera, v. gr., el autor italiano Ferrara, descarta el fin como elemento diferenciador de esas figuras jurídicas, y propone como criterio para distinguirlas el hecho de que en la sociedad el número de componentes es cerrado, en tanto en la asociación es siempre abierto, permanece inmutable la entidad a pesar del cambio o renovación de las personas. Se le ha replicado que la variabilidad de los miembros puede presentarse en la sociedad, pues perfectamente puede pactarse cambios de sus componentes por sustitución o ampliación sin modificarse su estructura, y viceversa, puede haber asociaciones con elementos determinados y no por ello se transforman en sociedades. Se añade que en las sociedades por acciones el cambio de socios es frecuente, mediante la transmisibilidad de los títulos, cuya posesión confiere la calidad de socio; también se cita la sociedad cooperativa, tipo de organización netamente abierto, en la que la variabilidad del número y de las personas no implica modificación del acto constitutivo.

Explica Brunetti (4) que aun en las cooperativas dominadas por un fin mutualista, faltan los elementos de la asociación, pues a pesar del fin altruista aparente, la base descansa en un interés reflejo, ya que la cooperativa se propone repartir entre los socios las ventajas económicas de su participación social.

En el sistema germánico, explica de Solá Cañizares (5), la distinción existe pero no radica en que la finalidad sea o no de lucro, pues la asociación puede tener esa finalidad, y la sociedad en cambio perseguir un objetivo desinteresado, advirtiéndose que en la práctica estas últimas normalmente es el lucro el motor que las impulsa.

El referido autor manifiesta: "Lo que distingue la sociedad de la asociación, en el Derecho alemán, no es su finalidad sino su estructura. La sociedad es un vínculo contractual entre los socios, mientras que la asociación es un vínculo entre cada miembro que la forma y la persona jurídica que se crea. Como dice un autor, la sociedad es algo entre los socios, y la asociación algo por encima de los socios" (6).

No comentaremos el sistema angloamericano porque, como dice de Solá Cañizares, "los tipos de agrupaciones no corresponden a los de los Derechos germánicos y latinos", y no aportarían gran cosa en la investigación que nos hemos propuesto.

Antes de proseguir debemos expresar que estamos en un todo de acuerdo con las diferencias puntualizadas por el sistema latino.

En nuestro ordenamiento jurídico tiene superlativa importancia deslindar los caracteres propios de cada una de las figuras jurídicas en estudio, principalmente en lo concerniente al campo penal.

En efecto, el inciso 2o. del Art. 1815 C., aludiendo a las sociedades nulas por

lo ilícito de la causa u objeto, se remite al Código Penal; pero en vano se buscará en éste alguna disposición punible para sancionarlas, y si no hay pena indudablemente no habrá delito. ¿ Se remite inútilmente el Código Civil a las leyes penales?

Si admitimos que el legislador confunde con mucha frecuencia los términos asociación y sociedad, entonces sí encontraríamos tipificados los actos ilícitos de tales sociedades, en el capítulo relativo a "las reuniones y asociaciones ilícitas". El Art. 180 Pn. prescribe cuáles asociaciones se reputan ilícitas.

Pero, además de que en materia penal no existe la analogía, una observación detenida del artículo mencionado nos induce a pensar que sólo se refiere a las asociaciones, entendidas en el concepto expuesto en líneas anteriores, pues en él se habla de aprobación de estatutos por el Ejecutivo y de asociaciones prohibidas por la Constitución Política. El Poder Ejecutivo sólo aprueba las "ordenanzas o estatutos de las corporaciones que fueren formados por ellas mismas" (Art. 543 C.), y de las fundaciones de utilidad pública (Art. 558 C.), y nunca de las sociedades, aunque algunas de éstas necesitan en ciertos casos, como algunas anónimas, certificación de la concesión por parte del Gobierno para efectos de inscripción (Art. 234 inc. 3o. Com.), y estén sometidas a un régimen especial (Art. 263 Com.), en ningún caso se trata de una aprobación administrativa de los estatutos. Tampoco sería el caso contemplado en el numeral 4o. del Art. 30 del Reglamento Interior del Poder Ejecutivo, referente a la facultad concedida a la Secretaría de Economía para autorizar la creación de determinados establecimientos, porque tal facultad tácitamente le ha sido quitada a la Secretaría de mérito por la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, Art. 71, fracciones b) y c). Mucho menos podemos concebir que las sociedades estén englobadas en las asociaciones prohibidas por la Constitución, sencillamente porque el derecho de asociación y el de libre contratación tienen distinto basamento constitucional: Art. 160 Cn. y 174 Cn., respectivamente. ¿ Será uno de los casos del Art. 180 Pn. el contemplado en el Art. 240 Com.? Este artículo prescribe: "Cuando a las compañías anónimas se les conceda algún privilegio para su fomento, se someterán sus reglamentos a la aprobación del Gobierno". Nótese que dice reglamentos, no estatutos.

Como el orden jurídico no puede dejar impunes la comisión de actos ilícitos, deberá aplicárseles a las sociedades en estudio la regla contenida en el Art. 568 I., aunque en ella se aluda a las "corporaciones"?

BIBLIOGRAFIA

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):

(1) Pág. 53 - (4) Pág. 9 - (5) Pág. 55 - (6) Pág. 55

MARIO DE LA CUEVA, Derecho Mexicano del Trabajo (Tomo II), Editorial Porrúa, S. A. -México 1954:

(2) Pág. 318.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UTEHA (Tomo I), México 1953:

(3) Pág. 1081

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit. (Tomo I).

NOTA: Los números entre paréntesis son las llamadas insertas en el texto del punto desarrollado, y los números que aparecen a la par, corresponden a las páginas de las obras consultadas.

C) CONCEPTO DE SOCIEDAD

Elaborar una definición de sociedad entraña la previa determinación de la clase de acto jurídico que le da origen, el cual vendría a ser el género próximo, y los demás elementos característicos de aquélla que la distinguan de otros actos semejantes, sería la diferencia específica.

Como en páginas subsiguientes se tratará la espinosa cuestión suscitada entre los autores, respecto a si la sociedad es un contrato o no, aquí sólo se darán algunas definiciones doctrinarias y legales de ella, pero considerándola en el primer sentido, es decir, como contrato y, a la vez, se dará un concepto nuestro de aquélla.

La definición de Marcel Planiol, que goza de mucho prestigio en la doctrina, es la siguiente: "La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas deciden formar un fondo común mediante las aportaciones de cada una de ellas, con el fin de dividirse los beneficios que puedan resultar". (1)

En la definición se destacan: a) Una pluralidad de personas; b) La constitución de un fondo común formado por la aportación de todos los asociados; y c) Se persigue la división de beneficios que resultaren.

La definición señala el acto generador de la sociedad y los elementos fundamentales de ésta; sin embargo, queda la duda respecto a varias cuestiones, entre ellas si el fondo formado es independiente de los fondos particulares de los socios, o si es poseído en proindivisión entre los aportantes, etc.; tampoco se vislumbra en la definición si los asociados, en virtud del contrato, en sus relaciones con terceros actúan en forma individual, conjuntamente o en representación de algo distinto de sus personas físicas. Todas estas dudas probablemente desaparezcan al ocuparnos de la personalidad jurídica de las sociedades.

El Diccionario de la Lengua Española, en la segunda acepción de la palabra sociedad, da el siguiente concepto: "Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada cual de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o algunos de los fines de la vida. Se aplica también a los animales. Las abejas viven en sociedad".

Ese concepto, en razón de su amplitud, no puede servirnos en esta investigación; sin embargo es utilizable la afirmación de que la sociedad constituye una unidad distinta de los individuos que la forman, porque esta característica trasladada, o mejor dicho aplicada, a la figura jurídica en estudio, proporciona una nota fundamental, cual es la existencia de un ente con muchos atributos de las personas físicas, pero completamente distinto de ellas.

En seguida se transcriben algunas definiciones de sociedad proporcionadas por los Códigos Civiles de varios países.

El de España define la sociedad como "un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias".

El Art. 1648 del Código Civil argentino dice que habrá sociedad cuando "dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado cada uno con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada una hubiere aportado".

El Art. 2079 del Código Civil de Colombia expresa que la sociedad "es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común con objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación".

El Art. 2688 del Código Civil mexicano dice que "por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico.

El Art. 2053 del Código Civil de Chile declara: "La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. -- La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

La definición anterior difiere de la que da nuestro Código Civil, Art. 1811, en que en éste dice, en el segundo inciso, "persona colectiva", en vez de "persona jurídica".

En las definiciones anteriores se advierten, persistentemente los elementos siguientes: a) la sociedad se conceptúa como un contrato; b) concurren a formarla dos o más personas; y c) éstas se obligan o sólo estipulan poner algo en común con la finalidad de obtener utilidades para distribuirlas entre sí.

Aunque tales definiciones tienen una larga tradición, e indudablemente han sido elaboradas por juristas de reconocidos méritos y aun cuando gocen del favor de autores de renombre, sin ninguna pretensión nos permitimos proponer el siguiente concepto de sociedad:

La sociedad o compañía es una persona jurídica, de origen contractual, que ordinariamente con un capital, propio, aportado por sus socios, o mediante el aporte de la industria de los mismos, o con capital e industria a la vez, persigue la obtención de beneficios, apreciables en dinero, para distribuirlos entre aquéllos.

El concepto precedente tal vez parezca, o quizás lo sea, una herejía jurídica, por cuanto rompe, probablemente, los moldes clásicos tanto doctrinarios como legislativos; sin embargo, valga la intención que nos anima de proporcionar una idea bastante aproximada de lo que entendemos por sociedad.

Además, la opinión de Rodríguez Rodríguez (2), parece abonar nuestro criterio, cuando habla de la sociedad en sus dos aspectos: como persona jurídica y como sociedad, donde dice: "La separación de ambos es una exigencia de exposición; pero, desde un punto de vista real, la personalidad y el contrato son inseparables, ya que aquélla es un efecto de la existencia de un auténtico contrato de sociedad", y en otra parte expresa: "A medida que la personalidad moral va siendo un fenómeno más ampliamente conocido, se desplaza la colocación de las sociedades hacia el capítulo de las personas, para llegar a ser, finalmente, una simple subdivisión de la sección que se dedica a las personas comerciantes".

Nuestro concepto se puede criticar en el sentido de que algunos autores y legislaciones no le atribuyen personalidad jurídica a todas las sociedades, bien negándosela a las civiles, o bien a las de personas, tanto civiles como mercantiles. También sería objetable la afirmación de que la sociedad tenga como origen un contrato, pues varios tratadistas lo encuentran en otra fuente. En páginas posteriores tendremos oportunidad de tratar ambas cuestiones con mayor amplitud.

Si vemos en la sociedad una persona jurídica es porque creemos que de otra manera estaríamos ante una reunión de individuos, vinculados por un simple contrato, sin relevancia jurídica en cuanto a terceros. Los socios, como titulares exclusivos del capital o industria aportados, obrarían en su propio nombre, conjunta o separadamente, ya adquiriendo derechos o asumiendo obligaciones.

Derivamos su origen de un contrato, porque no concebimos una sociedad

formada contra la voluntad de sus miembros.

Se le atribuye un capital propio porque los socios le transfieren en propiedad sus aportes, mediante la tradición de bienes o del usufructo de los mismos. Se dice "ordinariamente con un capital", porque no es de la esencia de la sociedad de que efectivamente tenga uno, pues los aportes pueden consistir en la simple industria y con ello no se desnaturaliza aquélla; pero sí es fundamental que todos y cada uno de sus miembros aporte algo.

En cuanto a que la sociedad persigue obtener beneficios apreciables en dinero para distribuirlos entre los socios, no requiere mayores comentarios, por tratarse de elementos comunes de las definiciones transcritas y que, por esa misma razón, serán considerados al comentar los caracteres del contrato de sociedad.

Para terminar, creemos del caso mencionar que el Dr. Lara Velado (3), en su trabajo mencionado anteriormente, expresa que para abordar el estudio del concepto de sociedad hay que hacerlo bajo un doble enfoque: considerándola como contrato o como persona jurídica. Después de bosquejar la sociedad como contrato, dice, a continuación: "pero, al mismo tiempo este contrato es fuente de la creación de un sujeto de Derecho, de una persona distinta de los socios que la componen, o sea de un ente jurídico capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y de ser representado judicial y extrajudicialmente. De aquí que la sociedad, sea, a la vez, un contrato y una persona sujeto de derechos y obligaciones". Estas ideas nos hacen pensar que nuestra posición no es desatinada, pues aunque nuestro concepto no presenta ese doble enfoque, ello no significa que no veamos en la sociedad algo del contrato, pues precisamente señalamos su origen contractual, ni impugnamos lo referente a la personalidad jurídica; pero no concordamos en que la sociedad sea la vez "un contrato y una persona de derechos y obligaciones": la concebimos como un todo, unitariamente, y con un substrato propio.

Con el objeto de no trastornar el orden que nos hemos propuesto en el desarrollo del presente trabajo y, más que todo, tratándose de un análisis somero de las sociedades, en adelante no se insistirá en la anterior posición.

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

MARIO DE LA CUEVA, ob. cit. :

(1) Pág. 317

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Tratado de Sociedades Mercantiles cit.

(Tomo I)

(2) Pág. 101

ROBERTO LARA VELADO, Trab. cit.

(3) Pág. 23

NOTA: Los números entre paréntesis son las llamadas insertas en el texto del punto desarrollado, y los números que aparecen a la par, corresponden a las páginas de las obras consultadas.

CAPITULO II

A) ORIGEN CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD EN SU FASE CONSTITUTIVA. OPINIONES EN CONTRA

Un gran número de autores y la mayor parte de las legislaciones, o quizás todas, configuran la sociedad como un contrato; sin embargo, aquéllos discuerdan en cuanto a la fisonomía del contrato, pues mientras unos consideran que es común y corriente, otros, encuentran en él ciertos rasgos peculiarísimos que lo convierten en un contrato de tipo especial.

Colocándose en la posición de estos últimos, se observa que, en efecto, el contrato da nacimiento a una persona jurídica, en donde existen vínculos jurídicos permanentes que se conservan inalterados a pesar de su cumplimiento por los obligados, pues precisamente ese cumplimiento condiciona el normal funcionamiento de la sociedad; en cambio en los demás contratos por el cumplimiento de las prestaciones respectivas, se extinguen las obligaciones y el nexo vinculatorio entre las partes desaparece; en los otros contratos si se incluye un nuevo contratante ello significa una modificación fundamental, en tanto que en la sociedad es normal la incorporación de nuevos miembros o la sustitución de socios; etc.

Por esas razones y otras, Rodríguez Rodríguez, encuentra una explicación a la actitud de la doctrina que no acepta la naturaleza contractual de la sociedad.

En seguida, y cambiando el orden enunciado en el epígrafe, se analizarán las opiniones de quienes rechazan la concepción contractualista de la sociedad. Las principales son:

1a.) Se trata de un "acto social constitutivo", de naturaleza completamente diversa del contrato. También se le llama "acto conjunto de creación".

2a.) Es un "acto complejo", que admite algunas reglas de los contratos, pero no de una manera absoluta.

La primera teoría, expuesta por el autor alemán Otto v. Gierke, sostiene que el contrato como simple acuerdo de dos voluntades, no puede generar personas jurídicas, pues éstas, como realidades orgánicas, surgen de un acto social constitutivo unilateral, no de un contrato; la sociedad desde que se inicia hasta que se perfecciona descansa en un solo acto jurídico, en que la voluntad de los partícipes se manifiesta en forma unilateral.

La teoría fue formulada para explicar el acto fundacional de la corporación, y como subespecie suya, el de la sociedad anónima. Sus defensores dicen que en los contratos sólo nacen relaciones jurídicas entre las partes; en tanto que en la sociedad, se crea un amplio complejo de derechos y deberes de los socios entre sí y de los mismos para con la sociedad. En este mismo sentido se pronuncia Feine, citado por Rodríguez Rodríguez (1), quien, refiriéndose a las sociedades de responsabilidad limitada, expresa: "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".

A la teoría del acto constitutivo se le objeta que no explica cómo de un acto unilateral pueden resultar obligaciones y derechos a cargo y a favor de los socios y de la sociedad; en particular se cita el caso de la constitución sucesiva de una sociedad anónima en que ésta es titular de derechos a cargo de personas que han contraído obligaciones antes que se haya efectuado ese acto constitutivo.

Gierke trata de resolver el caso de la fundación sucesiva por suscripción de acciones, valiéndose de la mecánica de los contratos estipulados a favor de terceros; pero a ello se le replica, que siempre queda sin aclarar cómo puede quedar obligada la sociedad por los términos preestablecidos para la suscripción de acciones, si son anteriores al acto constitutivo de la misma.

La teoría del acto complejo también tiene origen alemán y se ha difundido más que la anterior. Se debe a Kuntze, quien la aplicó sólo a las anónimas. Según Rodríguez Rodríguez (2) "en opinión de Kuntze el acto conjunto es una actuación conjunta o simultánea de varios para la consecución de un efecto jurídico unitario en relación con terceros, para crear un negocio jurídico frente a éstos o con éstos, negocio que sólo puede llegar a existir por la cooperación de aquéllos".

El contrato difiere del acto complejo, según los partidarios de esta teoría, en que en el primero los efectos sólo comprenden a los contratantes, mientras que el segundo, puede influir también en la esfera jurídica de terceros. Además las manifestaciones de voluntad de los contratantes son opuestas, lo mismo que sus intereses, en tanto que en el acto complejo, las manifestaciones de voluntad son paralelas y coincidentes los intereses de los participantes.

Se le formulan las siguientes objeciones: que no es exacto que en la sociedad haya coincidencia de intereses, pues la realidad demuestra lo contrario, lo que sí existe es una comunidad de fin. Para comprobar la oposición de intereses de los socios se dice que éstos pretenden aportar lo menos posible y obtener el máximo de derechos; que mientras funciona la sociedad los socios no sólo persiguen el dominio dentro de aquélla, sino mayores beneficios en el reparto; que al liquidarse la sociedad cada uno pretenderá se le adjudique una mayor cuota de liquidación, lo cual necesariamente, irá en contra de los intereses de los demás. Concluyen los impugnadores que "No hay, pues, en la sociedad coincidencia de intereses; hay, si, una comunidad de fin, pero esa comunidad de fin sólo es un medio para la satisfacción de los intereses contrapuestos de las partes".

Según se dijo al principio, existe una fuerte corriente que considera la sociedad como un contrato especial, diverso de los contratos ordinarios de intercambio.

La doctrina italiana, cuyo principal representante es Ascarelli, estructura la sociedad como un contrato de organización.

En el parecer de Brunetti (3), en la sociedad los contratantes desean constituir una relación de organización, en que las fuerzas de cada uno tienden a realizar un beneficio económico en provecho de todos; esa convergencia de fines y medios resultante de la voluntad de todos desde el momento de la constitución, se realiza mediante un contrato con pluralidad de sujetos. El mismo autor cita textualmente las palabras de Ascarelli, así: "La sociedad constituye el ejemplo característico y tradicional del contrato plurilateral, ya que participan en él varias partes que adquieren como consecuencia del mismo, obligaciones y derechos de la misma idéntica naturaleza jurídica. Dentro de la sociedad ningún socio se encuentra frente a otro socio, sino frente a todos los demás, y, por ello, se puede hablar propiamente de pluralidad, a diferencia de lo que ocurre en los contratos de permuta". (4)

Como contrato especial, se dice, es distinto de los contratos de intercambio, ya que en éstos la bilateralidad va acompañada de reciprocidad en las prestaciones, o sea, no sólo se diferencia por la pluralidad de los participantes, sino por la naturaleza de las prestaciones que cualitativa, aunque no cuantitativamente, son iguales y no correlativas como en los otros contratos. En éstos es concebible la ventaja de unos a expensas de los otros; no sucede lo mismo con el contrato de sociedad, en donde se persigue una utilidad, pero no inmediata, sino alcanzada a través de la utilización de los aportes. Por eso se ha dicho "que los negocios jurídicos de organización están en oposición con la lucha económica", o que "la contraposición de intereses es la nota dominante en los negocios de intercambio, mientras que en los negocios de organización hay yuxtaposición".

Llaman la atención las palabras de Brunetti (5) de que "Aunque el contrato plurilateral se oponga al bilateral no por ello pierde su naturaleza de contrato", - pues es obvio, si se le califica de "contrato plurilateral", indudablemente tendrá naturaleza de contrato. Si le aceptamos que ese contrato sea una figura sui generis, debido a que algunas de las características del sinalagma se modifican.

Rodríguez Rodríguez (6), tomando como sinónimo el contrato de organización y el de sociedad, lo caracteriza por tres notas:

1o. - Es plurilateral. Aunque sean más de dos las partes contratantes cada una de ellas no tiene una contraparte, sino una serie de contrapartes: cada uno se halla colocado frente a todos y cada uno de los demás socios y no sólo frente a otro socio. En los contratos corrientes únicamente figuran dos partes, aunque cada parte agrupe a varios sujetos.

Para Fadda y Bensa no sería correcta esa postura, ya que según ellos la sociedad es un acto colectivo cuya perfección se realiza mediante la cooperación de varios participantes, que no están entre sí en relación de partes, sino que todos juntos constituyen una sola parte (7).

2a. - Las prestaciones son atípicas. En los otros contratos existe un contenido determinado en cada uno de ellos, basta enunciar el nombre del contrato: compraventa, depósito, arrendamiento, etc., para saber inmediatamente el contenido normal de las respectivas prestaciones. En el contrato de sociedad la prestación de cada socio puede ser totalmente distinta de la de los otros: bienes, dinero efectivo, actividad personal.

3a. - Las partes tienen derecho a realizar su propia prestación, ya que ella es necesaria para llevar a cabo el fin común. Con la aportación no sólo se persigue la satisfacción de los intereses de los otros contratantes, sino también la de los intereses propios mediante la consecución del referido fin; en los contratos comunes las partes deben realizar sus respectiva prestaciones en virtud de una obligación, no como un derecho.

Siguiendo la tesis de Eduardo García Máynez (8) no habría tal diferencia, pues según él, si una persona tiene un deber jurídico tiene a su vez la facultad de acatarlo. El mismo autor escribe: "Empleando una expresión que aparece con mucha frecuencia en las obras de Husserl y sus discípulos, podríamos decir que en todo deber jurídico se halla fundido el derecho de acatarlo".

El autor Rodríguez Rodríguez (9), además de las tres notas características del contrato de organización de que se ha hecho referencia, señala otras y, además, se plantea el problema de si las prestaciones en ese contrato implica un vínculo sinalagmático. En relación a ello manifiesta que la doctrina no delinea uniformementa

te la obligación sinalagmática: mientras algunos estiman como tal aquella en que se entrecruzan la prestación y la contraprestación; otros, por el contrario, la hacen consistir en la equivalencia entre la prestación y la contraprestación. De estas ideas - deduce que las prestaciones en la sociedad no son sinalagmáticas, pues los socios no reciben a cambio de sus aportes una contraprestación de los demás, ni obtienen un equivalente de aquéllos; sin embargo, expresa "que la prestación de cada socio implica una relación sinalagmática con la participación de los beneficios, es decir, que el sinalagma existe en el contrato de sociedad, no en la relación de las aportaciones de los socios, sino en la de éstas con la participación en los beneficios".

El autor últimamente mencionado resume las diferencias entre los contratos de intercambio, que él llama de cambio, y los de organización, conforme al siguiente cuadro (10):

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

Las características esenciales de los contratos de intercambio y de los contratos de organización, señalados por el Dr. Lara Velado (11), se pueden sintetizar así:

Contratos de intercambio: 1a. - Las prestaciones mutuas de las partes se miran como equivalentes; 2a. - Las partes se obligan recíprocamente; 3a. - "Como consecuencia de lo anterior, lo que para una de las partes es causa, es decir el motivo del contrato, para la otra es objeto, es decir la obligación que contrae, y viceversa"; 4a. - Si se invalida una obligación, igual suerte corre la otra, "porque esta última carecería de causa".

La 2a. característica coincide con lo que el Art. 1312 C. entiende por contrato conmutativo (subdivisión de los contratos onerosos); y la 3a. - coincide con la última parte del Art. 1310 C., referente a los contratos bilaterales.

Contratos de organización: 1o. - Dan origen a un ente jurídico. Las obligaciones de los socios tienen como titular a dicho ente, no a los demás socios. 2o. - "En consecuencia, lo que para todas las partes es objeto, o sea las obligaciones que ellas contraen, no puede ser causa para ninguna de ellas, desde luego que la

titularidad de tales obligaciones pertenece a un ente jurídico distinto de las partes; por tanto, la causa está en los beneficios que se persiguen con la creación de este ente jurídico nuevo". 3o. - No se invalidan las obligaciones de los socios por la invalidación de la obligación de uno de ellos, salvo que la participación de éste sea esencial para el funcionamiento de la sociedad.

Con las consideraciones anteriores se podría dar por concluido este punto, si no nos asaltaran ciertas dudas en cuanto a la naturaleza contractual de la sociedad, aunque al dar el concepto de ella le reconocimos ese origen.

Si la sociedad es un contrato, conviene analizarla desde ese punto de vista.

Conforme al Código Civil, Art. 1309 "Contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa" "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente". (1310 C.).

No creemos que sea bilateral, como sostienen algunos civilistas, entre ellos Alessandri Rodríguez y Barros Errázuriz, basados en que "impone obligaciones a todas las partes que intervienen en él". En los contratos bilaterales las obligaciones son recíprocas; en la sociedad, entre los miembros que la crean, no hay reciprocidad en las obligaciones. Nos adherimos a los argumentos en contra del contrato bilateral, aducidos por los que catalogan a la sociedad como un contrato plurilateral.

Tampoco estamos de acuerdo en "que la prestación de cada socio implica una relación sinalagmática con la participación en los beneficios", tesis defendida por Rodríguez Rodríguez, porque la relación sinalagmática supone siempre obligaciones recíprocas que surgen en el mismo momento en que se forma el vínculo jurídico. ¿Se obligan en un mismo acto los socios a hacer sus aportes a la sociedad y ésta a su vez a distribuirles los beneficios? Si así fuera ¿Cómo manifestó ella su voluntad? Finalmente, ¿es parte la sociedad en el contrato que le está dando existencia? La respuesta a estos interrogantes, huelga.

Similares objeciones se le pueden hacer al mismo autor en lo relativo a que "La relación sinalagmática se establece entre cada parte y el nuevo sujeto jurídico".

Disentimos de la opinión de que el contrato de sociedad es plurilateral. Ello equivaldría a suponer la existencia de varias partes. Hay una pluralidad de personas, no pluralidad de partes; por tal razón no aceptamos el criterio de Ascarelli y de Rodríguez Rodríguez de que en la sociedad, como contrato plurilateral, cada socio se halla colocado frente a todos y cada uno de los demás socios. Si esto fuera exacto, cada socio podría exigir a los demás el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Indudablemente no es así, pues la única facultada para eso es la sociedad, y sólo hasta que ha adquirido su calidad de sujeto de derecho.

Es verdad que en ^{un} determinado tipo de sociedad, y en un momento dado, pueden hallarse los socios situados frente a todos y cada uno de los demás; pero esto ocurre cuando ya la sociedad se encuentra funcionando como tal, por ejemplo en el caso de la regla 3a. del Art. 1839 C., que dice: "Cada socio tendrá el derecho de obligar a los otros a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales". (Administración de la Sociedad Colectiva). Obsérvese que esos derechos y las correlativas obligaciones no derivan del acuerdo de los socios, sino de la ley. También hay un caso semejante en el Art. 1845 C.

El Art. 1859 C. parece negarnos la razón cuando dice "si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta". Nótese, que el derecho de los demás socios es el dar por disuelta la sociedad, no el de exigir los aportes. La disposición copiada no reza con la sociedad anónima, sino el Art. 250 Com., en el que, aunque no lo diga, es la sociedad quien fija el plazo al moroso para cumplir con la obligación no satisfecha.

En relación con la "plurilateralidad" son interesantes las palabras de Enrique Sayagués Laso (12), quien aludiendo a los actos jurídicos dice: "Tomando en cuenta el número de voluntades requeridas para la formulación del acto, cabe distinguir los actos jurídicos unilaterales y plurilaterales, según que para esa creación baste una sola voluntad o se necesita el acuerdo de dos o más voluntades. Pero a su vez, dentro de los actos plurilaterales cabe distinguir los actos contractuales, corrientemente llamados contratos, y los actos convencionales. Los contratos son aquéllos en que las voluntades creadoras del acto persiguen fines opuestos, mientras que en los actos convencionales persiguen fines coincidentes".

El mencionado autor dice que conforme a Bonnard "En la compra-venta -que es indudablemente un acto contractual- el vendedor persigue la obtención de una suma de dinero y el comprador adquirir el dominio sobre la cosa comprada. En cambio, en la constitución de una sociedad -que no sería un contrato, sino un acto convencional- todos los socios persiguen el mismo fin: crear la sociedad".

Nótese que Sayagués Laso incluye en los actos plurilaterales no a un determinado tipo de contrato, sino a todos: es decir que él no habla de contratos plurilaterales en oposición a los bilaterales y unilaterales; es más, en una llamada advierte: "Como puede apreciarse, la palabra unilateral la utilizamos con un sentido distinto al que le asigna el Art. 1248, C. Civil, al definir los contratos unilaterales o bilaterales, según que impongan obligaciones a una sola de las partes o ambas" (13).

Ahora bien, si es la sociedad la única facultada para exigir las prestaciones a los socios ¿gestaremos, entonces, ante una estipulación a favor de tercero? (Art. 1320). Ni aun suponiendo la tesis risible de que los socios como estipulantes asumirán el carácter de prominentes y la sociedad de tercero beneficiario, porque los aportes a su favor y que ingresan a su activo, se reflejan también, por igual cantidad, en el pasivo, como un crédito a favor de los socios, e indudablemente sería impropio considerarla como beneficiaria.

Llegados a este punto nos preguntamos: ¿es el contrato de sociedad unilateral?

Aparentemente nos hallamos frente a un contrato unilateral, porque una de las partes se obliga (todos los socios) para con otra (la sociedad) que no contrae obligación alguna (1310 C.). Recuérdese que la bilateralidad o unilateralidad se miran desde que el contrato se perfecciona: si ambas partes se obligan recíprocamente en ese momento, será bilateral; si sólo una de ellas, a favor de la otra, unilateral.

Donde falla la cuestión es un detalle importante: la sociedad no puede ser parte en el contrato que le está dando existencia, y ello sin tomar en consideración que la mayor parte de sociedades el simple contrato no les confiere la calidad de personas jurídicas. Claramente se advierte que si no es persona no puede ser parte en el contrato.

Si no le encontramos ubicación a la sociedad entre los contratos unilaterales, bilaterales ni plurilaterales, ¿entonces será una simple convención?

En puridad, la sociedad no encaja dentro de la definición legal de contrato, a menos que se fuerce el concepto de parte y considerar como tal al ente en forma ción. Creemos que sólo así podría incluirse la sociedad entre los contratos, quedando la duda de si debería clasificarse como unilateral o bilateral.

Debe aclararse que las obligaciones de los socios, principalmente la de llevar los aportes ofrecidos al haber social, no nacen inmediatamente después de celebrado el contrato, sino que quedan condicionadas a la existencia de la sociedad como persona jurídica, ya que no puede haber verdadera obligación si no hay un sujeto que esté facultado para exigir su cumplimiento. En otras palabras la obligación supone dos sujetos: uno activo y otro pasivo.

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

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Sociedades Mercantiles, cit. (Tomo I):
(1) Pág. 15 -- (2) Pág. 17 -- (6) Pág. 19 -- (9) Pág. 21 -- (10) Pág. 22.

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):
(3) Pág. 124 -- (4) Pág. 124 -- (5) Pág. 126 -- (7) Pág. 127

EDUARDO GARCIA MAYNEZ, Introducción al Estudio del Derecho, 4a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1951:
(8) Pág. 204.

ROBERTO LARA VELADO, Trab. cit. :
(11) Págs. 23 y 24.

ENRIQUE SAYAGUES LASO, Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Bianchi Altuna, Montevideo, 1953:
(12) Pág. 31 -- (13) Pág. 31.

NOTA: Los números entre paréntesis son las llamadas insertas en el texto del punto desarrollado, y los números que aparecen a la par, corresponden a las páginas de las obras consultadas.

B) ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

Dentro del ámbito puramente legal la sociedad es un contrato, y como tal aparece colocada en el plan sistemático de los Códigos Civil y de Comercio salvadoreños; por ende, deben concurrir los elementos comunes de los contratos: objeto y causa lícitos, capacidad y consentimiento exento de vicios, que serán analizados en el Capítulo "Sociedades Nulas". Aquí no interesa estudiar esos aspectos, si no los requisitos propios de las sociedades.

Los Códigos mencionados emplean indistintamente los vocablos sociedad y compañía. Aún en la definición de ese contrato observamos que dice: "sociedad o compañía". En igual forma los emplearemos en lo sucesivo.

Son esenciales a todo tipo de sociedad, según algunos juristas, los elementos siguientes:

- 1o. La aportación de los socios;
- 2o. La formación de un capital;
- 3o. La participación en los beneficios;
- 4o. La concurrencia en las pérdidas; y
- 5o. La personalidad jurídica.

No todos los autores creen necesaria la concurrencia de esos cinco elementos; algunos se refieren únicamente al 1o. y al 3o., otros, le adicionan otro u otros elementos, v. gr. Joaquín Garrigues (1), incluye la "Forma del contrato y requisitos de publicidad".

Thaller y Percerou, en su Tratado Elemental de Derecho Comercial, de acuerdo con cita de A. Davis (2), dicen que, conforme a la doctrina, los caracteres fundamentales que debe reunir toda sociedad son: "1o.) La constitución de un capital por medio de aportes de sus asociados; 2o) Una participación simultánea de todos los miembros en las ganancias y pérdidas; y 3o) Un vínculo de colaboración activa entre los socios".

Parte de la doctrina, en especial la francesa aunque no uniformemente, y numerosos autores, entre ellos Alessandri Rodríguez, incluyen como requisito esencial la "affectio societatis", o intención determinada de formar precisamente una sociedad y no cualquier otro contrato, requisito conocido en el Digesto con el nombre de "animus contrahendae societatis".

La "affectio societatis" se analizará separadamente.

El presente punto se desarrollará de acuerdo con los cinco requisitos enumerados al principio.

1o. - La aportación de los socios. Es tan esencial este requisito que el Art. 1813, primer inciso, declara expresamente que "No hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero". La misma definición de sociedad lo supone, cuando habla de que dos o más personas estipulan "poner algo en común".

Ya ha sido advertido por los tratadistas que si un contratante no aporta nada, no sería un socio sino donatario, ya que recibiría todos los beneficios de la so

ciudad sin darle algo en cambio. Esa liberalidad es incompatible con la calidad de miembro de una compañía.

La ley ordena que los aportes deben ser apreciables en dinero, porque ellos integran el fondo o capital social; deben ser, además, reales, es decir que no sean ficticios, comprendiendo en éstos no sólo los simulados, sino también los aportes irrisorios.

También interesa que el aporte sea apreciable en dinero, para determinar el interés de cada socio en la compañía, tanto en lo atinente al reparto de utilidades, división de las pérdidas, partición en caso de liquidarse aquélla, como en otros aspectos tales como el derecho de voto en las sociedades de capitales, etc.

Se pregunta la doctrina si el solo nombre de una persona podría figurar como aporte. Los autores franceses se han dividido al respecto; pero la doctrina en general se pronuncia más por la negativa.

El llamado pacto leonino, "hacer la parte del león" de una conocida fábula de Esopo, comprende tanto la exclusión de uno o más socios de toda participación en los beneficios, como también la exclusión en la participación en las pérdidas.

En el Capítulo siguiente, en el punto "De los Aportes. Clases", se analizarán nuevamente; pero partiendo de otro mirador.

2o. - La formación de un capital. El Código Civil no se refiere específicamente a este requisito, sólo al "fondo social", así leemos en los Arts. 1826, 1840 y 1851. El Código de Comercio sí menciona el capital social en los Arts. 169, ordinal 4o., 231, ordinal 6o., 304, 315, ordinal 2o. Respecto a la comandita simple, 303 Com., sólo dice "un fondo"; pero indudablemente es éste el capital social, y como tal debe figurar en la escritura de constitución, lo cual no resulta antojadizo si relacionamos el Art. 307 con el Art. 169, numeral 4o., ambos del Código de Comercio.

El capital proviene primordialmente de los aportes de los socios, y forma una masa colectiva destinada a la explotación común, y si en un determinado momento aquél puede ser igual al patrimonio social, uno y otro no son términos sinónimos. Para aclarar esto último es preciso una digresión, ya que el distingo acarrea importantes consecuencias.

El patrimonio fluctúa debido al vaivén económico o a la buena o mala administración. Esas fluctuaciones afectan a los miembros de la compañía y a los acreedores de ésta. Cuando la responsabilidad de todos los socios se limita al valor de sus aportes, la relevancia para esos acreedores es mayor, porque si el haber social disminuye en forma alarmante, puede llevarse consigo todo o gran parte del capital, y, consecuentemente, decrecerán sus garantías. A ellos, en esas circunstancias, y cuando la compañía no es de capital variable, no les interesa el imperativo legal de no variar la cifra del capital y que su disminución se sujete a medidas especiales tendentes a protegerlos, sino recuperar el valor de su crédito.

Si el patrimonio supera al capital social el fenómeno se invierte, se acrecienta, indirectamente, el patrimonio particular del asociado, aumento que se hace palpable si se transfiere el derecho social, o en el evento de una liquidación, al partirse el haber social.

Cuando la responsabilidad del socio es ilimitada, al acreedor le resulta indiferente la disminución del patrimonio social, si el socio tiene bienes suficientes para satisfacerle sus obligaciones; aunque no debe pasar inadvertido que cuando el

patrimonio crece cada vez más, ello demuestra una buena administración.

El haber social se fortalece ordinariamente, con las utilidades que se sustraen de la distribución, por acuerdo de los socios o por disposición del pacto constitutivo; y extraordinariamente con lo que la compañía recibe a título gratuito.

Los autores chilenos Gabriel Palma, Raúl Varela, Julio Olavarría, Rafael Eyzaguirre y Toro Manríquez, según expresa Arturo Davis (3), no mencionan el capital entre los requisitos esenciales del contrato de sociedad. Ya se hizo notar este detalle respecto a otros tratadistas.

También nosotros al comentar el concepto de sociedad advertimos esa circunstancia, pero como algo excepcional, pues comprendemos que aun la promesa de aportar una industria forma parte del capital, cuando se materializa al ser ejercida efectivamente. Además, siempre habrá quienes aporten bienes, si no sería infructuoso iniciar las operaciones sociales, porque no se podría hacer frente ni a los gastos de organización.

3o. La participación en las utilidades. Este requisito es esencial en las compañías, y tanto es así que si el móvil que impulsa a sus integrantes no es el lucro, se estará delante de cualquier cosa menos en presencia de una sociedad. La mira principal de los socios es, pues, repartirse los beneficios provenientes de las operaciones de aquélla. (Art. 1811 C.); es más, el inc. 2o. del Art. 1813 C. prescribe: "Tampoco hay sociedad sin participación en los beneficios".

Para no incurrir en repeticiones, el derecho a participar en los beneficios, reglas para distribuirlos, conceptos, etc., se examinarán en el Título próximo, al estudiar, por separado, la "Participación en los Beneficios".

4o. La concurrencia en las pérdidas. Este es el reverso de la medalla de la participación en los beneficios. No se intuye en el concepto de sociedad ese requisito, y es lógico: los individuos no se asocian para perder; no obstante la ley prevé esa eventualidad en los artículos 1824 C. a 1827 C., en donde regula simultáneamente "la división de ganancias y pérdidas" y el Art. 1828 C., "la distribución de beneficios y pérdidas", que es lo mismo.

La equidad se resentiría si de los tiempos de bonanza económica todos participaran, y en las épocas malas, sólo unos cuantos sufrieran sus consecuencias: si uno de los asociados se expone a perder, es preciso que los demás corran los mismos riesgos.

Cuando no hay pacto expreso las pérdidas según el Art. 1826 C., se entiende que deben dividirse "a prorrata de los valores que cada socio haya puesto en el fondo social".

El principio de equidad no se rompe cuando a un socio industrial, no habiendo estipulación expresa, únicamente contribuye en las pérdidas con la cuota que le correspondería por su industria, trabajo o servicio (Arts. 1827 C. y 191 Com.); y no se rompe porque ese socio participa también en las pérdidas: pierde su trabajo, y sería inicuo exigirle más. En cambio, no se le consideraría como socio si por el acto constitutivo de la sociedad se le asegurara una cantidad fija que debería pagársele aun cuando la sociedad se hallare en pérdidas, esa cantidad la ley la considera como el precio de la industria del socio (Art. 1844 C.).

El proyecto de Código de Comercio, Art. 36, previene que "La exclusión de las pérdidas estipuladas a favor de un socio capitalista, no produce efecto contra terceros".

Sobre la concurrencia en las pérdidas no resistimos el deseo de transcribir las palabras de Arturo Davis: "Es necesario tener presente que la sociedad contrata constante y habitualmente con terceros y responde a éstos con su capital, patrimonio colectivo, haber o fondo social. Es evidente que cuando los socios efectúan sus aportes, lo hacen a ese fondo común, para que éste responda frente a los terceros, de las obligaciones sociales. Por otra parte, al efectuar sus aportaciones, los socios se desprenden de ellas para destinarlas a correr la suerte de los negocios sociales, con todas sus expectativas de éxito o fracaso, de ganancia o pérdida. Si tal es la voluntad de los socios, desde el momento mismo en que se asocian, permitir que uno de ellos siguiera una suerte diversa de la de la sociedad, sería desnaturalizar la esencia misma de su propio consentimiento, destruyendo el contrato en sus cimientos, torcer la intención de los contratantes y defraudar a los terceros, que al contratar con la persona jurídica denominada sociedad, presupone que ésta responde con la totalidad de los aportes de sus socios". (4)

5o. La personalidad jurídica. Dada la importancia de este requisito, se tratará por separado en el Capítulo V del presente Título; pero antes debe dejarse sentado lo siguiente: la compañía en un cierto momento surge al mundo jurídico como una persona de derecho, motivo por el cual debe insertarse en el contrato el nombre de esa persona, su domicilio y nacionalidad, el objeto de la misma o sea el conjunto de operaciones que se propone realizar, etc. Estos, juntamente con otros requisitos, constituyen las principales cláusulas del contrato social. El nombre de estas personas puede ser: razón social para un determinado tipo de compañía, y denominación, para otro.

La "Affectio Societatis". Según una corriente doctrinal, no exenta de controversias, la "affectio societatis" tiene su origen en la opinión de Ulpiano.

Este requisito, amén de la discusión sobre si es esencial o no al contrato de sociedad, no ha tenido doctrinalmente una significación idéntica. Esa anarquía en las ideas dificulta su investigación, la cual, a nuestro juicio, no tiene importancia práctica ni jurídica.

La "affectio societatis" sería, según los comentadores del Derecho romano, la voluntad expresa de los contratantes de formar una sociedad, o también la intención manifiesta de los mismos de asociarse. Advierte Arturo Davis que considerada en ese sentido, no es más que el consentimiento, manifestado en otras palabras.

El problema ha sido debatido más apasionadamente por los juristas franceses. Así, Pont y Guillouard, estiman que la "affectio societatis" descansa en la voluntad de unirse, con el propósito de especular, para obtener una ganancia. Hamel la caracteriza por la intención de unirse con el objeto de aprovechar las ventajas derivadas de la unión de esfuerzos y de capitales, asumiendo los mismos riesgos. Boistel, derivando su doctrina de otros autores, la fundamenta en la colaboración que los socios deben prestar a la sociedad, ya con su capital o con su trabajo, con el fin de obtener el reparto de utilidades. Paul Pic, la hace consistir en la "colaboración activa, consciente e igualitaria de todos los socios, encaminada a la obtención de las utilidades que deberán repartirse entre ellos" (5).

Los comentaristas Escarra, Escarra y Rault afirman que la "affectio societatis" no se confunde con la voluntad de formar una sociedad; y que el consentimiento es una condición de validez de todos los contratos, mientras que la "affectio societatis" es un elemento de validez propio del contrato de sociedad.

Dichos autores definen aquélla como "una voluntad de colaboración activa, con miras a la realización del objeto social".

Para Messineo la "affectio societatis" es superflua, en el sentido de intención de constituir sociedad, ya que todo el negocio tiende, por su propia naturaleza, a tal constitución; también entendida como voluntad de colaboración sobre una base igualitaria, por ser una condición demasiado genérica para poder ser un elemento propio y característico de la sociedad.

Garrigues sostiene que la "affectio societatis", ya se le mire como una comunidad de intereses o como una colaboración activa, o como una reunión de esfuerzos encaminados a conseguir el objeto social, no es más que una tautología, porque es evidente que para constituir una sociedad debe haberse tenido la intención de hacerlo, y que esa intención habrá de buscarse en las declaraciones de los contratantes.

Julio Olavarría opina que la "affectio societatis" no es más que el consentimiento y como tal debe existir en el contrato de sociedad como en cualquier otro contrato.

Las opiniones que hemos mencionado son las que, en otros términos, recoge Arturo Davis, en su tratado "Sociedades Civiles y Comerciales".

Nuestra particular opinión se inclina por los que no consideran a la "affectio societatis" como un elemento esencial del contrato de sociedad, porque de lo contrario habría de buscarse un "affectio" especial para cada uno de los demás contratos: compraventa, arrendamiento, mutuo, etc., y siguiendo ese modo de pensar se llegaría a la conclusión de que únicamente se trataría de una cuestión terminológica sin ninguna utilidad práctica, porque si hoy se explican mediante el consentimiento, no es necesario recurrir a subterfugios.

BIBLIOGRAFIA

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit. (Tomo I).:

(1) Pág. 280

ARTURO DAVIS, ob. cit.:

(2) Págs. 116 y 117 -- (3) Pág. 101 -- (4) Págs. 108 y 109 -- (5) Pág. 123

(6) Pág. 119.

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc. cit. (Tomo I).

CAPITULO III

A) DE LOS SOCIOS. SU CONDICION JURIDICA

Es tan consubstancial la figura de los socios a la sociedad que al hablar de ésta inmediatamente se piensa en aquéllos. Si el nuevo ente social absorbiera completamente la personalidad de los socios, sería imposible imaginar las interrelaciones entre la compañía y los miembros que la forman.

A tratar de explicar la condición jurídica de los socios en la compañía van dedicadas las siguientes líneas.

Ya se advirtió en los contratos de intercambio que al efectuarse las respectivas prestaciones por los obligados desaparece el vínculo jurídico; en el contrato de sociedad no ocurre lo mismo, sino que de él deriva una serie de obligaciones y derechos, de funciones y facultades, a cuyo conjunto se le denomina el status de socio.

Esa ligazón que vincula al socio con la compañía y a ésta con aquél, se ha tratado de fundamentar de distintas maneras. Para ello se han vertido diversas teorías, entre las cuales se pueden mencionar las siguientes;

1o.) Doctrina del derecho de crédito. Recurre al derecho de obligaciones para apoyar su punto de vista. Parte del siguiente argumento: la sociedad, como persona jurídica, recibe en propiedad los bienes de la aportación; el socio con ese motivo conserva un derecho de crédito contra aquélla, por un valor igual a su aporte; de aquí que pueda reclamarle su parte en las ganancias y en la partición del haber social, si se verifica la disolución y liquidación.

Se critica que ese crédito carece de contenido si la compañía tiene pérdidas en vez de ganancias. Renaud, refiriéndose a la cuota de liquidación, dice, satíricamente, que sería un crédito raro "que no existe mientras el deudor exista y que sólo debe ser pagado cuando el deudor no existe". Aparte de otras objeciones, se indica que el derecho del socio no sólo es de carácter patrimonial, sino también consiste en una cooperación en la vida del ente colectivo, tal como la intervención y votación en las juntas generales, fiscalizar las funciones de los administradores, etc., lo cual nunca podría aparecer como un crédito.

2o.) Doctrina del condominio. Es bastante simplista: supone una copropiedad, un fondo social proindiviso. Es simplista porque si los bienes sociales pertenecen en proindivisión a los socios, se niega a la sociedad no sólo la titularidad sobre tales bienes sino su personalidad jurídica. El socio no tiene un "jus in re" sobre el patrimonio, pues no puede haber condominio cuando no hay un derecho inmediato sobre los bienes aportados. Si económicamente y en la práctica los socios se reparten las ganancias y el residuo del patrimonio al extinguirse el ente social, en lo jurídico el patrimonio pertenece a la Compañía.

3o.) Doctrina del condominio latente. La propiedad está oculta mientras la sociedad subsiste y aparece cuando ésta termina. Los adversarios de esta doctrina hacen notar que al disolverse la compañía los socios no tienen derecho a determinados bienes, sino a una cuota de valor, e incluso puede ocurrir que después de la liquidación no quede ^{nada} para repartir entre aquéllos, lo que indudablemente se opone a la naturaleza del condominio.

Creemos que aun cuando la doctrina tiene un cierto fondo de verdad en el

evento de que haya bienes al momento de hacerse la partición, pues perfectamente puede acordarse la división de esos bienes o la realización de los mismos para repartir su equivalente en dinero, en la proporción que corresponda a cada socio, pensamos que falla en cuanto no explica el momento en que la sociedad subsiste, sino posteriormente o sea cuando termina.

4o.) Doctrina dual: derecho de crédito si la compañía tiene personalidad jurídica, y derecho real de copropiedad, en caso contrario. Esta doctrina no se aviene con las legislaciones que reconocen personalidad jurídica a todas las sociedades.

5o.) Doctrina del derecho corporativo, personal. Formulada por Francisco Ferrara, la desarrolla Langlé y Rubio (1), más o menos así: el socio tiene un derecho que considerado en su conjunto es un derecho corporativo: cada miembro de la corporación tiene derechos de contenido patrimonial o no. Al status de socio acompañan facultades y obligaciones, que se encuentran ligados, dependiendo unos de otros, y forman una esfera jurídica única. Se participa en el gobierno de la sociedad y en los derechos a una parte de las utilidades y a una cuota de liquidación, merced a derechos abstractos corporativos. Son derechos personales, aunque puedan tener un contenido patrimonial. Esos derechos legales o estatutarios, se fundan en la cualidad de miembro. No debe confundirse el derecho abstracto a percibir dividendos y el derecho concreto al dividendo líquido, pues sólo este último es un verdadero crédito, como un fruto separado y autónomo del derecho del socio en la compañía.

En resumen, Ferrara niega que el socio sea un condómino y menos un acreedor, sino un miembro de la corporación y como tal, le corresponden derechos hacia ella, bien de contenido ideal o bien económico.

Brunetti (2), inspirado en las ideas de Dalmartello, indica que se podría hablar de posición jurídica del socio en la sociedad; pero que tratándose de una relación generalmente de duración es preferible mantener el concepto "condición de socio", como el que mejor señala el conjunto de deberes y derechos, de facultades y funciones que corresponden al socio en la sociedad o respecto de la misma. El concepto de status contiene una serie de relaciones unidas o interdependientes, que forman una especial ordenación. "Así, de la misma forma que se da un status de familia, de hijo legítimo, de incapaz, de heredero, de quebrado, etc., existe un status de socio, y cuando la pertenencia a la sociedad está documentada por un título de crédito, éste es el que atribuye tal status".

El mismo autor afirma que el socio no es comunero ni condómino de los bienes sociales, ni un acreedor, porque la serie de facultades y derechos reconocidos al socio no encajan en los esquemas del derecho de obligaciones.

Para Gasperoni, según cita de Brunetti, "El status es una relación, una situación jurídica que constituye, sintéticamente considerada, el supuesto de un conjunto de derechos, de facultades, de obligaciones, que de ella derivan. Como el ciudadano (esto es, el individuo que está en relación con un determinado ordenamiento jurídico estatal y posee, por ello, un estado de ciudadanía) no es tal porque tenga determinados derechos y deberes porque es ciudadano, así también el socio no lo es porque ostenta un conjunto de derechos y deberes frente a la sociedad sino que, por el contrario, ostenta una serie de derechos frente a la sociedad porque es socio. El "status socii" se presenta como el punto de origen y de unificación de las sucesivas relaciones que se producirán entre el socio y el ente jurídico sociedad" (3)

La transmisibilidad de la condición de socio es distinta en las sociedades de personas y en las de capital. Así en las compañías colectivas y en comandita la cesión se opone al intuitu "personae", razón por la que no procede o sólo se practica

con amplias limitaciones. En las de capital, por el contrario, predomina el principio de la libre cesión, ya que aquí interesa la aportación del socio y no sus calidades personales, aunque se admiten ciertas restricciones contractuales, que en ningún caso significan la intrasmisibilidad total. En la comandita por acciones prevalece el principio de equiparar la intrasmisibilidad de calidad de socio comanditario accionista a la del socio colectivo, aunque no en forma absoluta. En las sociedades de responsabilidad limitada se encuentra un tipo intermedio, en lo que se refiere al derecho de cesión, pues aunque se autorice ésta a favor de extraños, los socios pueden impedir su ingreso, mediante el derecho de tanteo, o sea adquiriendo ellos las participaciones por el mismo precio ofrecido por los extraños.

La transmisión mortis causa, en los casos permitidos, la cesión de la calidad de socio da lugar a soluciones especiales que no caben dentro del marco de este esquema.

Por la transmisibilidad se explica que la calidad de socio puede ser originaria o adquirida. En las sociedades por acciones puede un socio conferir a un extraño la calidad de socio, transfiriéndole algunas de sus acciones sin que él pierda su condición de tal.

Del conjunto de derechos y deberes, de facultades y funciones que dimanar de la condición de socio nos ocuparemos en otro lugar.

BIBLIOGRAFIA

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit:

(1) Págs. 438 y 439.

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):

(2) Pág. 271 -- (3) Pág. 272.

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc. cit (Tomo I)

B) DE LOS APORTES, CLASES

La superlativa importancia de los aportes es tanta, que no habría sociedad sin ellos. La obligación primordial del socio en cualquier tipo de compañía y en cualquier país es la aportación; por ello, sin excepción, los tratadistas le han dedicado su atención.

¿Pero qué significa el término "aporte"? Conforme al Diccionario de la Lengua Española, "aporte" proviene de aportar, 2o. artículo, verbo que en su significado forense es "Llevar cada cual la parte que le corresponde a la sociedad de que es miembro, y más comúnmente llevar bienes y valores, el marido o la mujer, a la sociedad conyugal". Aporte también significa aportación, en la segunda acepción de este vocablo, o sea "Conjunto de bienes aportados".

En consecuencia, pueden llamarse aportes tanto lo que cada uno pone en común en la compañía, como el conjunto de bienes aportados.

Sostienen algunos que los aportes forman una masa colectiva, la cual es el capital afecto a la explotación común; otros consideran como aportes los bienes y valores destinados por los socios a la consecución del objeto social y que, a su vez, constituyen el instrumento indispensable para la realización de ese objetivo.

Para Vivante es aportación cualquier prestación que tenga un valor en uso o en cambio, o cualquier derecho, sea de dominio, de uso, usufructo, etc., no importando que la prestación se verifique de una sola vez al constituirse la sociedad, o por partes a solicitud de sus administradores, o continuamente mientras subsiste el ente social, tal como ocurre con el socio industrial.

De Gregorio califica de aportación la contribución de cada uno de los socios a la integración del patrimonio social. Al crearse la sociedad se le provee de un patrimonio autónomo, con el cual se persigue lograr el fin social, y a su vez responder a los acreedores sociales respecto a las obligaciones contraídas.

La esencia de la aportación consiste en ser un medio para la consecución de un fin común: obtener un lucro o sea un resultado futuro. Adviértase que la entrega misma del aporte no es un requisito esencial para formar la compañía, por no tratarse de un contrato real; pero sí es fundamental la estipulación de poner algo en común; sin embargo, sin un patrimonio inicial no podría la sociedad realizar sus propósitos, de ahí la necesidad imperiosa de que cuente, desde un principio, con la colaboración de cada uno de sus miembros para formar aquél. ✓

Expresado en otros términos, no necesariamente debe constituirse previamente un fondo separado del patrimonio de los socios, basta que ellos prometan las aportaciones; puede nacer la sociedad sin haberse efectuado un desembolso en el momento de su constitución, aun cuando no sea eso lo usual. Debe hacerse una salvedad, en las anónimas aunque no es requisito indispensable aportar algo en el momento de su constitución, sí lo es que al momento de presentarse a inscripción se haya aportado en efectivo, por lo menos, la tercera parte del capital (Art. 235 Com). Corrientemente es en la escritura social en donde se consigna el pago efectivo de esa tercera parte o más del capital. El aporte en efectivo no significa que sea en dinero, sino "pago efectivo", o sea "la prestación de lo que se debe" (Art. 1439 C.).

Brunetti (1) dice que como las aportaciones concurren a la formación del patrimonio social, es necesario reconocer que siempre será indispensable un mínimo de dinero o de bienes de cambio, pues es difícil concebir una sociedad en que todos los socios se obliguen sólo a proporcionar trabajo, aunque no desconoce di-

cho autor que conforme a los términos legales civilistas es posible una aportación total de servicios.

La obligación de aportar es elemento ineludible en el contrato, y conservar la integridad del capital es condición esencial, pues repartirlo como beneficios o en otro concepto, habiendo pérdidas, es sencillamente una devolución de los aportes, lo que es contrario a las prescripciones legales porque menoscaban las garantías de los acreedores sociales. Las normas sobre aportaciones y las relativas a mantener incólume el capital social no pueden derogarse por la sola voluntad de los socios, porque pueden afectar intereses legítimos de terceros. (Arts. 191 y 254 Com.).

En las compañías colectivas mercantiles podría creerse, con base en el ordinal lo. del Art. 212 Com., que puede disminuirse de hecho el capital social, ya que la garantía de los acreedores sociales no descansa tanto en el capital de esas compañías, sino en el de cada uno de los socios, debido a la clase de responsabilidad que les alcanza; sin embargo no es así porque los terceros contratan con la sociedad, teniendo en consideración el capital dado a conocer al público, y aunque tengan acción contra los bienes personales de los socios, éstos pueden ser insolventes o pueden valerse de maniobras para poner a cubierto su patrimonio. En caso de quiebra tienen los acreedores sociales acción contra los bienes de los socios, en virtud de la responsabilidad ilimitada y solidaria de éstos, y no en base al principio de la integridad del capital. Esta, no obstante, tiene una importancia teórica, pero sí adquiere relevancia cuando los acreedores sociales concurren con los acreedores personales de los socios, ya que aquéllos tienen una garantía exclusiva sobre el activo social, y los acreedores particulares de los socios no pueden, por ende, concurrir sobre un activo que no le pertenece a sus deudores. (Si se liquida la sociedad a consecuencia de quiebra se aplican las reglas del Art. 789 Com.). Más adelante se verá que en las colectivas el principio de la integridad del capital no es absoluto.

León Batardón dice a este respecto: "En nuestra opinión, incluso en el caso de detracción por los socios de una fracción del capital, los acreedores sociales podrán hacerse pagar sobre los bienes particulares de aquéllos con preferencia a los acreedores personales, hasta la concurrencia de la porción retirada". (2).

Nos parece acertada la afirmación de Batardón, ya que los socios tienen libre disponibilidad de sus bienes propios, mientras sean suficientes los bienes sociales para cubrir las deudas de la compañía, y en virtud de esa libre disposición podrían salir los acreedores sociales, eventualmente, perjudicados.

Con las anteriores explicaciones, llega el momento de plantearse tres cuestiones: 1o) Qué puede aportarse; 2o.) A qué título se aporta; y, 3o.) Consecuencias de la falta de aportación.

I. - Qué puede aportarse.

A tenor del Art. 1813 C., el aporte puede consistir en dinero o efectos, industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. A la aportación de trabajo se le denomina genéricamente como aportación de industria, aunque realmente no sean sinónimas, pues en ésta cabe que el socio ponga su inteligencia, sus conocimientos y práctica en la dirección de los negocios, los cuales sólo podrían incluirse en el aporte de trabajo forzando los conceptos.

Por consiguiente, el objeto de las prestaciones prometidas puede ser diverso y consistir en un bien cualquiera, en sentido jurídico, esto es, toda utilidad susceptible de ser apreciada en dinero (muebles, inmuebles, establecimiento mercantil, numerario, mercaderías, patentes de invención, bienes inmateriales como la

clientela, secretos industriales, créditos, etc.); comprende también los servicios del socio, entendiéndose con ello el conjunto de trabajos y aptitudes personales y de experiencias útiles en el campo económico a favor de la compañía.

"Son admisibles como aportaciones todos los bienes que tengan un valor económico, el cual debe expresarse en moneda nacional", dice el inc. 1o. del Art. 31 del proyecto de Código de Comercio.

Bajo el concepto de bienes se incluyen las aportaciones en sentido propio, es decir, objetos con un valor económico que salen del patrimonio del socio e ingresan al de la sociedad; bajo el concepto de industria caben las llamadas aportaciones impropias: no hay transmisión de objetos patrimoniales, sino prestaciones de actividad personal.

En conclusión, las aportaciones en términos generales, pueden ser en dinero, de bienes que no sean dinero y de industria. En las sociedades de personas - excepto las de responsabilidad limitada, todas las legislaciones admiten las tres clases de aportaciones; no ocurre lo mismo en las sociedades por acciones.

En las sociedades por acciones la aportación de industria se admite en diversos países, ya de un modo general o con el fin de crear las llamadas acciones de trabajo; sin embargo, para estas últimas se exige que de las utilidades se distraiga una parte y se lleven a un fondo especial para ese efecto, luego se procede mediante los trámites corrientes al aumento del capital social, con el fin de no perjudicar a los acreedores sociales con la distribución gratuita de acciones a los prestadores de trabajo; pero son muchas las legislaciones que no la admiten por considerar que las acciones deben representar una aportación patrimonial efectiva.

El proyecto de Código de Comercio, en el Art. 216, se refiere a "títulos especiales denominados bonos de trabajador", "en favor de las personas que prestan sus servicios a la sociedad", que dan participación en las utilidades, pero sin atribuir derechos en el capital social.

El Código de Comercio excluye, en las sociedades anónimas, la aportación de servicios al no mencionarla ni regularla; la razón es que no se podría valorar previamente la prestación del accionista, lo cual es indispensable para efectos de su responsabilidad; en las colectivas y comanditarias sí la admite aun cuando en el Art. 169, ord. 3o. Com., no la menciona, pero la regula en el Art. 191 Com. El proyecto de Código de Comercio, en el inc. 2o. del Art. 31, dice: "No es lícita la aportación de trabajo en las sociedades de capital".

Casi en todos los casos los socios aportan dinero o bienes en especie, el dinero afluye a las arcas sociales, las mercancías se valoran e inventarían y luego se depositan en los almacenes de la empresa, etc. Se forma así el patrimonio inicial de ésta, cuya separación se realiza mediante una doble operación contable, insertada en el libro de Inventario y Balances; en el Activo, una relación del dinero, valores, créditos, bienes muebles e inmuebles, etc., apreciados en su valor real; y en el Pasivo, la relación de las deudas y toda clase de obligaciones pendientes si las hubiere. (Art. 23 Com.). Los aportes efectuados por los socios se acreditan en el Pasivo, en la cuenta "capital". De esta manera, desde el momento en que los socios se obligan a efectuar las aportaciones, ellas concurren a la formación del patrimonio de la compañía, y ya no puede haber remisión o condonación de la obligación, ni restitución total o parcial, salvo si legalmente se autoriza la disminución del capital.

La cantidad a poner en común por cada socio figura en la escritura constitutiva cuando se trata de los que adquirieron originalmente esa calidad; pero no si

esa condición se adquiere por cesión de aquél con base en el mismo pacto constitutivo. Para las compañías anónimas, con acciones nominativas, y las sociedades de responsabilidad limitada no basta el acuerdo de cesión, debe, además, anotarse el nombre de los socios en los libros correspondientes.

En el pacto constitutivo donde haya socio industrial, debe precisarse esta circunstancia, a fin de que no pueda confundírsele con el prestador de trabajo, retribuido con la participación en los beneficios. En caso de duda habría de verse si el pacto va dirigido a realizar en común una actividad económica para dividir las utilidades resultantes, o bien si existe una relación de subordinación que caracteriza al vínculo de trabajo.

Requisitos principales de la aportación.

1o.) Que los aportes sean susceptibles de apreciación pecuniaria. (Inc. 1o. Art. 1813 C.).

La simple situación personal de un individuo ni su influencia política, pueden ser objeto de aporte; la última además de inmoral supone tráfico de funciones, preferir la satisfacción de intereses particulares sobre los intereses públicos que están llamados a resguardar. Guillet, mencionado por Manresa y Navarro (5), dice respecto a esto: "Los romanos reconocían, además de los bienes y de la industria, una tercera especie de aportación, el crédito y el favor gratiam. No se pueden escribir estas palabras sin sonrojo más que en los Estados corrompidos, donde se trafica con todo, aun con el poder público". Tampoco pueden ser aportes las prestaciones para compensar pérdidas, en parte, porque, el aporte es limitado a la cantidad preestablecida, y además con la aportación se persigue obtener un lucro, no soportar pérdidas. El ordinal 5o. del Art. 281 Com. parece indicar lo contrario al prescribir que si el capital se disminuye en más de dos terceras partes y "los socios no efectuasen nuevas aportaciones que mantenga por lo menos, en un tercio el capital social", se disuelve la sociedad. De todas maneras esas no son aportaciones, porque conforme el inc. 4o. del Art. 1819 C. los accionistas sólo responden del valor de sus acciones, y compensar pérdidas supone pagar más de ese valor.

Igualmente no sería aporte sólo responsabilizarse ilimitadamente. Sobre esto, De Gregorio (4), mencionado en una nota por Brunetti, explica que el patrimonio "no puede ser constituido por el hecho de asumir simplemente los socios la responsabilidad ilimitada, esta responsabilidad, según nuestro ordenamiento jurídico, puede hacer las veces de garantía subsidiaria (como ocurre en las colectivas y en las en comandita) respecto de la responsabilidad del patrimonio social pero no sustituir a este último; los socios que poseen derechos que pueden ejercer ante la sociedad, tienen que poder contar, ante todo, sobre un patrimonio de éste y el patrimonio de los socios puede también responder en las indicadas formas de sociedad, pero precisamente porque es su patrimonio particular, no puede al mismo tiempo ser considerado como un elemento de este último..."

El proyecto de Código de Comercio expresamente contempla en el inc. 2o. del Art. 31 que: "La simple asunción de responsabilidad no es válida como aportación".

2o.) Que los aportes sean a título singular. La Ley "prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros..." y también "toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges. -- Podrán con todo ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos" (Art. 1814 C.).

Se prohíbe la aportación a título universal a fin de que todo lo que entre en

sociedad se conozca y aprecie en su valor real en el momento en que se hace, y para evitar maniobras encaminadas a encubrir donaciones; también se persigue lograr un equitativo reparto de las ganancias, tomando en consideración el monto de los bienes aportados.

El legislador no pone cortapisas a la transmisión a título universal, cuando aquélla deba tener efecto después de la muerte del de cujus; en otros casos no la permite. Si bien el Art. 1283 C., inserto en el Título "De las Donaciones entre Vivos" regula las donaciones a título universal, debe advertirse que exige "un inventario solemne de los bienes, so pena de nulidad", lo cual desvirtúa el carácter de universalidad.

3o.) Los aportes deben ser limitados. Debe entregarse al fondo común únicamente lo convenido, en la cantidad y calidad establecidas, y con las modalidades pactadas, dentro de los límites de certidumbre y determinación exigidos por la ley para el objeto de toda obligación. (inc. 4o. del Art. 1819 C. y Art. 1845 C.).

Excepcionalmente "si por una mutación de circunstancias no pudiere obtenerse el objeto de la sociedad sin aumentar los aportes, el socio que no consienta en ello podrá retirarse, y deberá hacerlo si sus consocios lo exigen". (Ultima parte del Art. 1845 C.). Obsérvese que no puede obligarse al socio al aumento de su aporte, sólo a retirarse si no consiente en ello. En las anónimas no puede pedirse la separación del accionista que no acepta los nuevos desembolsos.

No son aportaciones, pues, lo que el socio ingresa a la compañía no estando obligado a ello por el contrato social, y si aquél es administrador tiene derecho al reembolso conforme a las reglas del mandato; si no lo es, según las reglas de la agencia oficiosa si su gestión hubiere sido provechosa. Un caso semejante contempla el inc. 1o. del Art. 1847 C., que dice: "Cada socio tendrá derecho a que la sociedad le reembolse las sumas que él hubiere adelantado con conocimiento de ella, por las obligaciones que para los negocios sociales hubiere contraído legítimamente y de buena fe; y a que se le resarza los perjuicios que los peligros inseparables de su gestión le hayan ocasionado".

La limitación del aporte o límite de la suma de aportación debe distinguirse de la suma de responsabilidad; la primera obligación la asume el socio frente a la sociedad, con ciertos efectos frente a terceros; la segunda, es una situación jurídica del socio frente a los acreedores de la compañía. La obligación de aportar la contrae el socio cuando adquiere esa calidad, y simultáneamente queda responsable frente a terceros, limitada o ilimitadamente, directa o indirectamente, a resultas de la gestión e incluso de los abusos cometidos en nombre de la sociedad. Algunos de estos problemas se dilucidarán después. La diferencia reside en que la suma de aportación es siempre limitada, en tanto la suma de responsabilidad puede ser limitada o ilimitada.

Suma de aportación es lo que el socio debe poner en común para formar el patrimonio social; suma de responsabilidad es el límite por el cual el socio puede ser constreñido a pagar como consecuencia de las deudas sociales. En la compañía colectiva la suma de aportación y la de responsabilidad son desiguales para todos los socios, pues responden todos y cada uno de ellos ilimitadamente, no importando el límite de la aportación prometida. En la comandita sucede lo mismo respecto de los socios gestores, mientras los comanditarios su límite de responsabilidad está determinado por la cuantía de su aportación. En las anónimas y en las de responsabilidad limitada coincide la suma de aportación con la suma de responsabilidad, con la particularidad que respecto a las segundas la aportación del socio puede ser ordinaria y además la que realice en forma de aportaciones complementarias o accesorias (Art. 110 del Proyecto de Código de Comercio); pero es-

tas dos últimas no determinan la cuantía de la suma de responsabilidad, pues ella está fijada exclusivamente por el valor de la aportación propiamente dicha.

La obligación de aportar proviene del contrato social, el deudor responde de su cumplimiento con sus bienes presentes o futuros.

El origen de la responsabilidad de los socios son las deudas sociales; es decir, una obligación de una persona distinta: la compañía.

La aportación deriva del contrato; la responsabilidad, de la ley, y nace a consecuencia de la gestión social, lo mismo si se obra con facultades o abusando de ellas.

II. - A qué título se aporta.

"Los aportes al fondo social pueden hacerse en propiedad o en usufructo. En uno y otro caso los frutos pertenecen a la sociedad desde el momento del aporte". (Art. 1840 C.). Esta disposición es aplicable a cualquier tipo de sociedad, sea civil o mercantil. (Art. 1874 C.).

Resulta un poco problemático establecer en qué carácter debe conceptuarse el aporte del socio industrial. Somos de opinión que cuando éste desarrolla su energía en el desempeño de su industria seguramente el resultado de su actividad se traduce en algo apreciable en dinero, y en tales circunstancias, sería un aporte en propiedad, y no en usufructo. En abono de nuestra opinión está el Art. 1849C. que dice: "Los productos de las diversas gestiones de los socios en el interés común pertenecen a la sociedad; y el socio..."

Joaquín Garrigues, además de la aportación a título de dominio, menciona la "Aportación a título de uso" y la "Aportación a título de préstamo mutuo".

El referido autor (5) dice "Aportación a título de uso. En ella el objeto de la aportación se transfiere temporalmente a la sociedad, bien en un plazo determinado, bien por toda la duración de la sociedad (este es el caso más frecuente). La relación jurídica entre la sociedad y el socio es semejante a la de arrendamiento, aplicándose por analogía las reglas de este contrato. -- El C. C. califica como transferencia de usufructo lo que en realidad es aportación del uso. La aportación de usufructo significa que el socio transfiere a la sociedad un derecho de usufructo del que es titular. Semejante aportación debe ser asimilada a una aportación de propiedad".

Posiblemente Garrigues se refiere al simple uso de las cosas, en su acepción vulgar, y no al uso como derecho real, porque no puede hacerse aportes a este título. Para demostrarlo citamos las disposiciones legales siguientes: "El derecho de uso es un derecho real que consiste, generalmente, en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa" (Art. 813 C.); "El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador. -- En las necesidades del usuario o del habitador se comprenden las de su familia" (Art. 817 C.); "En las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupa. -- Así el usuario de animales no podrá emplearlos en el acarreo de los objetos en que trafica, ni el habitador servirse de la casa, tiendas o almacenes. -- A menos que la cosa en que se concede el derecho, por su naturaleza y uso ordinario y por su relación con la profesión o industria del que ha de ejercerlo, aparezca destinada a servirle en ellas". Los artículos transcritos y los demás que reglan el uso y la habitación dan a entender que ellos solamente pueden constituirse a favor de per-

sonas físicas, particularmente necesitadas, por tal razón no se les exige caución, (Art. 815 C.) y son intransmisibles a los herederos del usuario, ni pueden cederse a ningún título, ni prestarse y arrendarse (Art. 821 C.). Dicho de otro modo, la finalidad del uso, en sentido jurídico, se desvirtuaría si le asignamos una función dirigida a la obtención de un lucro. A esto debe agregarse que habría objeto ilícito, según el Art. 1335, ord. 2o., en relación con el Art. 821 C., ambos del Cód. Civ.

Respecto a la "aportación a título de préstamo mutuo", expresa Garrigues, "En ella la sociedad adquiere la propiedad de la cosa, pero el socio tiene derecho a que le sea restituida la misma cosa o su valor". (6)

Si el tratadista comentado se refiere al mutuo o préstamo de consumo, preciso es concluir que tiene una noción de ese contrato diversa a la sostenida por los civilistas y por las legislaciones. Vamos a comprobarlo.

El Art. 1954 C., prescribe: "El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género o calidad", y el Art. 1955 C. dice: "No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio".

El Art. 1954 C. alude a cosas fungibles, o sea aquellas que se consumen por el uso a que están naturalmente destinadas (Art. 566 C.), como el trigo, aceite, vino, dinero, etc. También indica el mismo artículo que deberán restituirse otras cosas del mismo género y calidad. Sin ahondar en la cuestión, inmediatamente se advierte que no hay mutuo si se devuelve la misma cosa.

Tampoco hay mutuo si se devuelve el valor de la cosa entregada, más bien sería una compraventa. El Art. 1956 C. aparentemente contradice esta opinión al expresar: "Si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, se deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo. Y si esto no fuere posible o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago"; es aparente la contradicción porque podría pensarse que se devuelve el precio de la cosa dada en mutuo; pero fijando un poco la atención se observa que en realidad se paga el precio de las cosas del mismo género y calidad que debieron haberse restituido.

Además de lo dicho, creemos incompatible el carácter de mutuante con la condición de socio, porque éste arriesga su aporte: si hay pérdidas él sufre las consecuencias, si se obtienen ganancias, se beneficia con mucho o poco, a priori no puede saber el resultado; el mutuante espera el reembolso íntegro de su crédito, y sabe de antemano lo que se le adeuda.

Ni los incisos 3o. y 4o. del Art. 1842 C. nos hacen variar la opinión de que en la sociedad no puede haber "aportación a título de préstamo mutuo", como sostiene Garrigues.

El inc. 1o. del Art. 1842 C. determina quién soporta los riesgos de la cosa aportada en propiedad; el inc. 2o. hace lo propio de la cosa dada en usufructo, eximiendo del riesgo a la compañía cuando la cosa perece sin su culpa.

El inc. 3o. regla una situación un poco rara, por cuanto prima facie semeja ser una ampliación del segundo inciso, o sea la regulación de un usufructo muy especial; pero leyendo aquel inciso con más detenimiento se advierte un detalle importante: las cosas pertenecen a la sociedad, lo cual supone transferencia de dominio, y esto no se conforma con el usufructo en donde se concede "la facultad de go-

zar de una cosa con cargo de conservar su forma y substancia, y de restituirla a su dueño" (769 C.), o expresado en términos más exactos, el usufructuario es un mero tenedor (Art. 753 C.), no el dueño.

Los incisos 3o. y 4o. del Art. 1842 C., refiriéndose al aporte, por su orden, dicen: "Si éste consiste en cosas fungibles, en cosas que se deterioran por el uso, en cosas tasadas, o cuyo precio se ha fijado de común acuerdo, en materiales de fábrica o artículos de venta pertenecientes al negocio o giro de la sociedad, pertenecerá la propiedad a ésta con la obligación de restituir al socio su valor". "Este valor será el que tuvieren las mismas cosas al tiempo del aporte; pero de las cosas que se hayan aportado apreciadas, se deberá la apreciación".

Si sólo se tratara de una simple transferencia del dominio de una cosa y no hubiere obligación de restituir su valor, el caso estaría contemplado en el primer inciso y los incisos transcritos sobrarían. Si las cosas mencionadas en el inc. 3o. no fueran fungibles, consumibles, ni hubiera transferencia de dominio, sí tendría sentido la disposición, ya que se trataría de las reglas aplicables al usufructo, y si las cosas entregadas a ese título perecieran por causa imputable a la sociedad, daría derecho al constituyente a exigir su valor; pero habiendo tradición no se da el caso del usufructo en el cual "se supone necesariamente dos derechos coexistentes, el del nudo propietario y el del usufructuario" (770 C.).

Excepto si se entregan "ad pompam et ostentationem" o en depósito, las cosas fungibles o consumibles sólo pueden darse en propiedad, y cuando por ellas se reciba su valor, aunque se les llame aporte creemos que es una compraventa, en donde ese valor representa el precio.

Pensamos que los incisos 3o. y 4o. del Art. 1842 se refieren al derecho eventual del socio a que se le restituya el valor de los bienes entregados, en caso de liquidación de la sociedad, y no cuando ésta se halla operando normalmente. Es obvio que si hubiere pérdidas probablemente se le restituirá poco o nada.

Aportación a título de dominio. Se transfiere la propiedad a la compañía. La tradición se hace siguiendo las reglas propias de las cosas transferidas: muebles, inmuebles, etc. El aporte pasa a incrementar el patrimonio de la sociedad. Los herederos del socio no suceden a éste en los bienes que constituyeron su aporte, sino en los derechos que tenía en aquélla, ya en forma absoluta como la adquisición del carácter de socio, o sólo en los derechos patrimoniales. Al dividirse el haber social, el socio tiene un derecho eventual a la devolución del precio en que se valoraron las cosas, por ese motivo se especifica el valor de los aportes que no consisten en dinero. Si al efectuarse la liquidación existieren las mismas cosas aportadas, no hay impedimento legal para devolverlas, pero debe hacerse tradición de ellas al socio, como si nunca le hubieran pertenecido. Probablemente Garrigues haya confundido esa eventual devolución del precio o de la cosa entregada, y haya sentado como regla una circunstancia que es aleatoria.

La última parte del Art. 1o. de la Ley de Impuesto de Alcabala es un poco peculiar al prescribir: "También causará alcabala la adjudicación de bienes raíces en la disolución de sociedades, si el adjudicatario no fuere el mismo socio que los aportó a la sociedad", porque si se adjudica al socio que hizo el aporte, se le libera del impuesto, a pesar de haber transferencia de dominio, pues esos bienes ya no le pertenecían. No se trata de bienes aportados en usufructo porque entonces habría devolución, no adjudicación. Se sigue igual política respecto a los aportes sociales: la transferencia de bienes raíces no causa alcabala.

Los Códigos Civiles de muchos países exigen expresamente la escritura pública si se aportan bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos; así lo es

tipula el Art. 1667 del Código Civil de España (7), que exige además un inventario firmado por las partes que se agrega a la escritura (Art. 1668). Si hay tradición de dominio es obvio que la escritura pública sea necesaria, exceptuando los casos en que por la cuantía únicamente sea necesaria la escritura privada.

El Código Civil de El Salvador no hace mención del asunto, en el Título referente a las compañías. La omisión no debe interpretarse como una derogación de los principios generales relativos a la tradición, pues si el legislador hubiera querido dictar normas diferentes para la transferencia de inmuebles, o derechos constituidos en ellos, en el caso de aportes a las sociedades, expresamente lo diría.

Aludimos únicamente al Código Civil porque en las sociedades mercantiles siempre se exige escritura pública para su constitución (Arts. 167, 231, 307 y 315, todos del Código de Comercio), y lo acostumbrado es que al momento de celebrarse el contrato de sociedad es cuando se hace la tradición. Si en tal contrato únicamente se ofrece el inmueble y la tradición se hace después, debe forzosamente hacerse en escritura pública separada. (Las anónimas civiles se sujetan "a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas". Art. 1822 C.). Además debe efectuarse la inscripción en el Registro de la Propiedad para que surta efectos contra terceros.

En definitiva, creemos que en cualquier clase de sociedad, civil o mercantil, es necesaria la escritura pública cuando se aportan bienes inmuebles o derechos reales constituidos en ellos, con base en el Art. 667 C. que dice: "La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, salvo las excepciones legales, se efectuará por medio de instrumento público, en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro público de la Propiedad. -- Si el valor del derecho que se transfiere no excede de doscientos colones, podrá verificarse la tradición en instrumento privado, firmado por dos testigos y registrado por el Alcalde del lugar donde se extiende el título".

El otorgamiento del instrumento público no obedece a una exigencia de la prueba, razón por la cual no puede prescindirse de él. Aquí es aplicable la disposición siguiente: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlo a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno" (Inc. lo. del Art. 1572 C.).

Es distinto cuando la escritura, pública o privada, es una exigencia de carácter probatorio, así: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de doscientos colones" (Inc. lo., Art. 1580 C.), y "No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito" (Art. 1579 C.). En el inc. 2o. del Art. 1703 C. encontramos un caso en que el contrato debe constar por escrito, es una solemnidad "ad probationem causa", relativa al arrendamiento.

La aportación de un negocio mercantil origina algunas complicaciones, en lo concerniente a la clientela; los contratos de trabajo celebrados antes del aporte, y las obligaciones anteriores al mismo; la cesión de créditos comprendidos en el negocio cedido en caso de falta de notificación al deudor o de su aceptación; si la sociedad queda responsable por las deudas del negocio o si es el socio quien queda obligado, etc.

Cuando el aporte consiste en la cesión de un crédito debe determinarse si

se responde de la insolvencia de los deudores, etc., y seguirse las diligencias relativas a la notificación de la cesión, etc. El proyecto de Código de Comercio expresa: "Art. 32. - Cuando la aportación de algún socio consiste en créditos, el que la hace responde de la existencia y legitimidad de ellos, así como de la solvencia del deudor en la época de la aportación. . ." Hay cierta correspondencia con el Art. 1697 C. (Sobre cesión de derechos véase Arts. 1691 a 1698, del Código Civil).

Las aportaciones del socio industrial, en las sociedades personalistas, pueden ser indeterminadas desde el principio, por ello la primera parte del Art. 191 Com., declara: "Si alguno de los socios entrase sólo con su industria, sin valor estimado previamente. . ."; pero si se aportan bienes, en cualquier clase de compañía, la exigencia es mayor, porque deben valuarse en el pacto social. (Art. 169, No. 3o., y 231, No. 6, Com.).

El aporte del socio industrial influye naturalmente en la fijación de sus utilidades, pero no es tan decisiva. Esto se dice en base al Art. 1849 C.: "Los productos de las diversas gestiones de los socios en el interés común pertenecen a la sociedad; -- y el socio cuya gestión haya sido más lucrativa, no por eso tendrá derecho a mayor beneficio en el producto de ella".

Muchas legislaciones no dejan el valúo al arbitrio de los contratantes, por el peligro que entraña para terceros valorar los bienes que ingresan al fondo social con un precio superior al real, por cuanto la eventual garantía sería inferior a la supuesta; también va en perjuicio de los socios que aportan dinero, porque concurren en la distribución de beneficios en desventaja ya que quienes aportan bienes reciben sus utilidades con base en el valúo.

En la legislación salvadoreña el valúo o las reglas para efectuarlo, corresponde a los contratantes. Conforme al Código de Comercio, en las escrituras sociales de las colectivas se debe especificar: "3o. El capital que cada socio aporte en dinero, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos o de las bases sobre que haya de hacerse el avalúo" (Art. 169); igual especificación debe hacerse respecto de las comanditarias, (Art. 307). En el contrato social de las anónimas debe expresarse: "6o. El capital social, con expresión del valor que se haya dado a los bienes aportados que no consisten en dinero, o del modo y forma en que deba hacerse el valúo" (Art. 231).

Aportación a título de usufructo. El usufructo, según el inc. 2o. del Art. 770 C. tiene "una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad". El usufructo puede, pues, constituirse por un tiempo determinado o por toda la vida de la sociedad, y si recae "sobre inmuebles por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público" (Art. 772 C.). Esto último se relaciona con lo dicho sobre el otorgamiento de escritura pública para la tradición de inmuebleo derechos reales constituidos en ellos.

Si el usufructo es por tiempo limitado el socio puede exigir, al vencerse el plazo, la devolución del objeto dado en ese concepto. (Art. 189 Com.).

El usufructo permite gozar de todos los frutos naturales y civiles de la cosa, y como se trata de un derecho real sobre cosa ajena, la sociedad responde al socio por la pérdida o deterioro, si le fueren imputables; por eso la ley exige que "El usufructuario no podrá tener la cosa fructuaria sin haber prestado caución suficiente de conservación y restitución, y sin previo inventario solemne a su costa, como el de los curadores de bienes. -- Pero tanto el que constituye el usufructo como el propietario podrán exonerar de la caución al usufructuario. -- Ni. . . (Art. 778 C.).

Por lo demás, deben aplicarse todas las reglas del usufructo.

En definitiva, todos los aportes se hacen en propiedad, y es esa la razón por la cual no se puede exigir su restitución mientras la sociedad subsiste. - Arts. 191 y 254 Com.

Lo dicho requiere una explicación. El Art. 1840 C. estatuye que los aportes al fondo social pueden hacerse en propiedad o en usufructo y en ambos casos "los frutos pertenecen a la sociedad desde el momento del aporte". Respecto al usufructo es natural que los bienes se entreguen en ese carácter, pero propiamente son los frutos y utilidades provenientes de la cosa fructuaria los que constituyen el aporte y éste pertenece a la sociedad. Los bienes dados en usufructo pueden devolverse antes de que finalice la compañía, Art. 191 Com., pero las utilidades y frutos obtenidos mientras estuvieron sujetos a ese gravamen no se restituyen, porque, como ya se expresó, pertenecen al ente social. Consecuentemente, en el usufructo el aporte no consiste en el bien entregado: el socio no se desprende del dominio; pero es necesario tal entrega porque sin ella no se podría, por su misma naturaleza, obtener el provecho esperado.

Conforme al Art. 1843 C. "El que aporta un cuerpo cierto en propiedad o en usufructo, es obligado, en caso de evicción, al pleno saneamiento de todo perjuicio".

Como lo relativo al saneamiento está regulado en el Título referente a la compraventa, se debe, por lo tanto, tener presente que "La obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados redhibitorios" (Art. 1639 C.). Qué es evicción, lo dice el Art. 1640 C.; y sobre vicios redhibitorios, el Art. 1660 C. enumera los requisitos que deben concurrir para considerarse como tales. El Art. 1659 C. indica qué es acción redhibitoria.

El Código Civil español, en el inc. 2o. del Art. 1681, disipa cualquier duda en lo concerniente a la evicción: "Queda también sujeto a la evicción en cuanto a las cosas ciertas y determinadas que haya aportado a la sociedad en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto del comprador".

Para concluir este punto, resta decir que el pago de la aportación se le llama generalmente exhibición, por eso se dice indistintamente capital pagado o capital exhibido, o bien, capital no pagado o capital no exhibido. Si el capital de una compañía es uno no sería exacto hablar de capital pagado o exhibido o de capital no pagado o no exhibido; no obstante debe admitirse esa terminología por razones meramente prácticas, y así se hace corrientemente, ya que en los balances se refleja correctamente el estado del capital, si se ha pagado total o parcialmente.

III. - Efectos de la falta de aportación.

Cuando se trata del retardo de la entrega del aporte de dinero u otros bienes, o del servicio prometido por el socio industrial, el Art. 1841 C. prescribe que deberá resarcirse a la sociedad de todos los perjuicios ocasionados por el retardo. En cuestiones relativas a indemnización de perjuicios (Art. 1427 C.), se aplican las reglas generales, y debe entenderse aquí el retardo como equivalente a la mora, y, por ende, tenerse presentes los Arts. 1422, 1424, 1428, 1429 y 1430, todos del Código Civil.

Si es una compañía colectiva mercantil "El retardo en la entrega, sea cual fuere la causa que lo produzca, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso o a proceder ejecutivamente contra su persona y bienes para com-

pelerle al cumplimiento de su obligación. --- En uno y otro caso el socio moroso responderá de los daños y perjuicios que la tardanza ocasionare a la sociedad" - (Art. 187 Com.). La época de la entrega del aporte la regula el Art. 186 Com.

Queremos llamar la atención sobre la frase "proceder ejecutivamente contra su persona y bienes". Según Escriche ejecución significa "la aprehensión que se hace de la persona o bienes del deudor moroso". La ejecución contra la persona sería entonces la prisión por deudas, prohibida por el inc. 2o. del Art. 168 de la Constitución Política. De no existir esta prohibición al socio industrial, en especial, se le aplicaría el Art. 657 Pr. La ejecución contra los bienes no acarrea ningún problema, sencillamente se siguen los trámites del juicio ejecutivo, 593 Pr. y siguientes.

Como la aportación es una obligación personal, su incumplimiento daría a la sociedad "el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no em**u** bargables, designados en el Art. 1488" (Art. 2212 C.).

Si el contrato de sociedad fuera bilateral, según el Art. 1360 C., iría "enu vuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado", y podrían los otros contratantes "pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios en uno u otro caso". En cambio el Art. 191 Com. concede a los asociados el derecho alternativo de excluir de la sociedad al moroso o de proceder ejecutivamente contra sus bienes.

Los efectos de la mora en las sociedades anónimas los determina el Art. 250 Com.: "El accionista que no satisfaga oportunamente sus aportes, pagará intereses desde el día en que debió hacerse el entero, y responderá además de los daños y perjuicios. -- Al accionista moroso se le fijará un plazo que no bajará de dos meses, dentro del cual deberá hacer el entero. Si no lo verificare dentro del plazo señalado, quedarán por el mismo hecho extinguidos sus derechos, acciones y obligaciones en la sociedad, sea agrícola, comercial, industrial o bancaria, aunque sus Estatutos dispongan lo contrario, apropiándose del capital aportado. Se exceptúa el caso en que el accionista no haya podido hacer el entero, por fuerza mayor o caso fortuito". Como se ve es un derecho de exclusión sin o contra la voluntad del socio.

Esta disposición debe interpretarse con mucha cautela, porque si las acciones del socio excluido no las toma otra persona, sería una reducción de capital, y para ello deben seguirse los trámites del Art. 243 Com. La sociedad tampoco puede tomar esas acciones a su nombre, porque ninguna compañía puede ser accionista de sí misma: no compagina la condición de ser acreedor y deudor al mismo tiempo, pues operaría el modo de extinguir las obligaciones denominado confusión: Art. 1535 C.

Para establecer el retardo o la mora ha de estarse a los términos del pacto social, si en él nada se ha dicho, se entiende que se cuenta a partir de la celebración del contrato; en otro caso, desde la fecha en que cada socio se obligó a hacer el aporte.

En las anónimas puede el accionista moroso alegar como excepción la fuerza mayor o caso fortuito, ¿podrá hacer lo mismo el socio colectivo? La pregunta surge del texto del Art. 187 Com., en donde dice "retardo en la entrega, sea cual fuere la causa que lo produzca".

Conforme al inc. 2o. del Art. 1418 C. "El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de

aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa", y el último inciso de ese mismo artículo dice: "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales, y de las estipulaciones expresas de las partes".

Somos de opinión que si los socios colectivos no han estipulado nada en el contrato, aun reconociendo el carácter intuito persona del mismo, pueden los morosos alegar el caso fortuito o fuerza mayor, pues cuando la ley niega esa excepción lo hace expresamente, por ejemplo: Arts. 1546, 1771, 1913, y 1936, inc. 3o. todos del Código Civil.

Se han analizado las consecuencias del retardo y de la mora en la entrega del aporte prometido, resta examinar las consecuencias de la falta total de aportación. De ello se ocupa el Art. 1859 C.: "Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta". Obsérvese que puede continuar la sociedad si los demás socios no desean disolver la compañía.

Habrá de calificarse en cada caso si la mora o el retardo prolongado podrían dar motivo a los socios solventes para hacer uso del Art. 1859 C., citado.

El artículo transcrito se aplica también a las colectivas mercantiles, ya que éstas se disuelven "por los modos que determina el Derecho Civil": Art. 215 Com., y a las comanditarias de la misma clase: Art. 307 Com. en relación con el Art. 215 Com.

BIBLIOGRAFIA

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):

(1) Pág. 292 -- (4) Pág. 291

LEON BATARDON, Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles, Editorial Labor, S. A. 1951:

(2) Pág. 31

JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO, Comentarios al Código Civil Español (Tomo XI), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950:

(3) Pág. 293 -- (7) Pág. 302.

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.:

(5) Pág. 279 -- (6) Pág. 279

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc. cit, (Tomo I) -- ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ Y MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, Derecho Civil Fuentes de las Obligaciones, (Tomo IV), Editorial Nascimento, Chile, 1942 -- ALFREDO BARROS ERRAZURIZ, Curso de Derecho Civil - De los contratos y demás Fuentes de las Obligaciones (Volumen III), Editorial Nascimento, Chile, 1932 --- ARTURO DAVIS ob. cit. --- PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO, - Publicación del Ministerio de Justicia, El Salvador, Centro América, 1959.

C) PARTICIPACION EN LOS BENEFICIOS

No "hay sociedad sin participación en los beneficios. --- No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero". Art. 1813 C., incs. 2o. y 3o.

Es esencial que los socios, sin excepción, participen en los beneficios, ello se deduce del concepto de sociedad en donde se habla de "repartir entre sí los beneficios" provenientes de la compañía.

Por eso los redactores del proyecto de Código de Comercio para no dejar ninguna duda, hicieron hincapié en que "No producen efecto legal las estipulaciones que excluyen a uno o más de la participación en las utilidades". (Art. 36).

La legislación vigente se inspira en ese mismo principio; excepcionalmente autoriza a los asociados para excluir "de toda participación en los beneficios sociales" al socio que renuncia de mala fe, y pueden obligarle "a soportar su cuota en las pérdidas"; mas esta es una sanción contra el renunciante "que lo hace por apropiarse una ganancia que debía pertenecer a la sociedad", (Art. 1869 C.), y no una derogación del mencionado principio.

Antes de proseguir se debe dilucidar si el vocablo beneficios es, para los efectos legales, sinónimo de las palabras utilidades, ganancias y dividendos; y después señalar su significación.

El Código Civil emplea unas veces, en el sentido que nos interesa, la palabra beneficios: Arts. 1811, 1813, 1825, 1826, 1827, 1828, 1869, inc. 2o.; otras, el vocablo utilidades: Art. 1815, o el término ganancias: Art. 1824. El Código de Comercio se refiere a dividir ganancias: Art. 190, o a perder las mismas: Art. 214; respecto a las anónimas habla de dividendos no repartidos: Art. 253; de percibir ganancias: Art. 254; de dividendos ficticios y ganancias no percibidas: Art. 274; de la obligación del comanditario de devolver dividendos en ciertos casos: Art. 310. El Art. 1852 C. alude a beneficios, pero en el sentido de lucro a favor de la sociedad. También el Art. 787 Com. habla de reclamar dividendos pasivos a los socios comanditarios y de sociedades anónimas; sin embargo, aquí significa lo que los socios adeudan a la sociedad en concepto de aportes no cubiertos.

En términos generales, y en vista de las disposiciones citadas, se concluye que hay sinonimia entre las palabras en estudio, aunque parece reservarse el término dividendos a las ganancias, utilidades o beneficios, que perciben los socios comanditarios y los de las anónimas. El Diccionario de la Lengua Española confirma esto último, al definir el dividendo como la "Cuota que al distribuir ganancias una compañía mercantil, corresponde a cada acción".

¿Qué significa la palabra beneficio? El Diccionario mencionado dice, en la acepción en estudio, que es "Utilidad, provecho". Francamente no nos saca de ningún apuro; de utilidad expresa que es "Provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de una cosa". Tampoco nos sirve de gran ayuda mientras ignoremos cuál es ese provecho, conveniencia, interés o fruto.

Roque Barcia (1), en su conocido Diccionario de Sinónimos Castellanos explica: "Cuando obtenemos una utilidad mercantil, una utilidad que es la consecuencia de los cambios, la idea genérica de utilidad toma un nombre concreto: he aquí la ganancia".

Los Contadores Públicos Mancera Hermanos dan algunos conceptos de "Utilidad, Utilidades" y de "Ganancias", de ellos entresacamos los siguientes:

Utilidad. - "En contabilidad la palabra "utilidad" se usa con un significado técnico especial y va casi invariablemente acompañada de otra palabra o frase calificativa, como por ejemplo: Utilidad Bruta, Utilidad Neta, Utilidad Neta de Operación, etc. - Cuando se usa sola la palabra "utilidad" indica, en términos generales la ganancia resultante del empleo de capital en cualquier negocio, la ganancia pecuniaria en cualquier transacción u operación el superávit que queda del empleo del capital después de cubrir todos los gastos y de hacer provisión para cualquier pérdida del mismo capital, el excedente del precio de venta sobre el costo". (2)

Ganancias. - "Utilidades de operación de una empresa".

Llegados a este punto, y como seguramente la ley se refiere a utilidad neta o líquida y a ganancias netas, interesa saber en qué consisten. Los citados Mancera Hermanos dicen:

"Utilidad Neta. - La utilidad remanente después de deducir toda clase de gastos, antes de hacer ninguna aplicación para dividendos o distribución entre los socios, antes de crear o aumentar las reservas de capital y antes de capitalizar alguna parte de las ganancias". (3)

"Ganancias Netas. - El resultado obtenido después de deducir de las "Ganancias Brutas" todos los gastos de operación, incluyendo los de conservación, de venta, generales, depreciaciones, amortizaciones, castigos, gastos financieros y en general, todos los cargos correspondientes a la cuenta de pérdidas y ganancias". (4)

Podría preguntarse; a qué viene la copia de esa retahíla de términos contables? La razón que nos indujo a ello es sencilla: si las utilidades se establecen merced a operaciones contables, entonces debe tomarse esa palabra en el sentido que le dan los técnicos en contabilidad, siguiendo la regla de interpretación de las leyes consignadas en el Art. 21 del Código Civil: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte...". Interesa, además, saber en cuáles utilidades o beneficios participan los socios.

Un análisis superficial haría pensar que una vez establecidas las utilidades líquidas o netas, ello bastaría para calcular, conforme a las reglas de reparto de beneficios, cuánto correspondería a cada socio. Esa solución simplista sería valedera si las empresas no constituyeran o aumentaran sus reservas de capital, tomándolas de las utilidades netas, o nunca acordaran capitalizarlas, total o parcialmente, con lo cual no disminuiría la porción distribuible; pero las empresas, con el fin de aumentar los medios de acción o precaverse de las pérdidas, no siempre distribuyen íntegras las ganancias netas o no lo hacen por algún imperativo legal, tal como sucede con las anónimas que, según el inc. lo. del Art. 265 Com., deben destinar de las utilidades líquidas una cantidad no inferior a la vigésima parte para la constitución de un fondo de reserva, hasta que éste represente por lo menos la décima parte del capital social.

Actualmente sólo las anónimas están obligadas a constituir, por exigencias legales, una reserva. Las demás pueden crearlas estatutariamente o en forma voluntaria. En el proyecto de Código de Comercio, como disposición general, se consigna en el primer inciso del Art. 39 lo siguiente: "De las utilidades netas de toda sociedad deberá separarse anualmente un porcentaje mínimo para formar la reserva legal, hasta que éste alcance una cantidad determinada. El porcentaje y la cuantía de la reserva legal serán determinados por este Código para cada clase de sociedad". Los artículos del proyecto que determinan la cuantía de la reser

va son: 91, 100, 123, y 295. Si llegara a ser aprobado el proyecto citado, las reservas legales, al tomarse de las utilidades líquidas, mermarían la cantidad que se distribuiría entre los socios. Esto, naturalmente, es un efecto normal de las reservas, sean legales o voluntarias: siempre disminuyen las utilidades por distribuir.

Con los conceptos técnicos vertidos, y con las aclaraciones hechas, podemos decir con Vivante que es utilidad "toda ventaja patrimonial de origen social que va a aumentar la fortuna particular de los socios y disminuye sus cargas".

En otros términos, si la ventaja material no acrece la fortuna de los asociados, no será una utilidad, como si se persiguiera realizar economías o evitar pérdidas. Tampoco lo sería si el beneficio tuviera un carácter puramente moral, por ej., si a cambio de las utilidades se pactara conceder títulos honoríficos a uno o más socios.

El derecho a la participación en los beneficios emana de la condición de socio. Dice Brunetti (5) que "El derecho a los beneficios es, por lo tanto, el derecho a la ganancia neta derivada del ejercicio de la empresa y lo es también el derecho al dividendo en las sociedades por acciones". Aclara el mismo autor que el socio no adquiere un derecho al dividendo por el hecho de la constitución de la sociedad; sino que tal derecho sólo se concreta en un crédito cuando la asamblea de los socios, en relación con el balance, reconoce la existencia de beneficios netos y acuerda su distribución.

La ley deja un amplio margen de libertad a los socios para fijar la división de ganancias y pérdidas, así lo expresa el Art. 1824 C.: "Los contratantes pueden fijar las reglas que tuvieren por conveniente para la división de ganancias y pérdidas", porque confía en que ellos, por su propia conveniencia, no se apartarán de los principios de equidad.

Si los contratantes no han expresado nada, la ley en subsidio e interpretando la voluntad de aquéllos, señala las reglas aplicables en los Arts. 1825 C. a 1828 C. Las sociedades colectivas y comanditarias mercantiles se rigen por las reglas contenidas en los Arts. 190 y 191 Com. La sociedad anónima mercantil, en el silencio del pacto social, se regla por el Art. 1826 C., ya que el Art. 1874 C. declara aplicables las reglas de las sociedades civiles a las compañías de comercio, "en los puntos que no se opongan a las leyes de este giro". Como no hay disposición expresa para la anónima mercantil no hay tal oposición.

En sentido parecido se pronuncia el proyecto de Código de Comercio, pues en el Art. 22, como regla general, estatuye: "La escritura social constitutiva deberá contener: . . . X. La manera de hacer la distribución de utilidades y, en su caso, la aplicación de las pérdidas, entre los socios"; y en el Art. 35 prescribe: "En el reparto de utilidades o pérdidas se observarán, salvo pacto en contrario, las reglas siguientes: --I. - La distribución de utilidades o pérdidas entre los socios capitalistas se hará proporcionalmente a sus participaciones de capital. -- II. - Al socio industrial corresponderá la mitad de las ganancias, y si fueren varios esa mitad se dividirá entre ellos por igual. -- III. - El socio industrial no soportará las pérdidas".

Queda aún por determinar: lo.) quiénes acuerdan el beneficio correspondiente a cada socio; 2o.) la época en que se toma tal acuerdo; y 3o.) los límites legales o estatutarios impuestos a aquéllos, o sea hasta dónde se les permite distribuir de las ganancias líquidas.

¿ A quién corresponde distribuir los beneficios? En las anónimas la pregun-

ta es inoficiosa, el Art. 272 Com. lo dice: "A la Junta General corresponde el examen y aprobación del balance respectivo y la distribución de ganancias. Este balance lo tendrá preparado la Junta de Gobierno".

La junta general se constituye de acuerdo con la parte final del inc. lo. del Art. 268 Com., que se relaciona con el Art. 269 Com. en donde se indica el número mínimo de votos para resolver válidamente y cómo deben computarse los votos de los accionistas; en el segundo inciso de este último artículo aparece una excepción en lo referente a determinadas resoluciones en las cuales se requiere un número calificado de votos, y que indirectamente influye en el quórum de asistencia, por ejemplo los Arts. 242, 243, 275 y 285, del Código de Comercio. Además debe especificarse en el pacto social de las anónimas: "10. La sumisión al voto de la mayoría de la junta debidamente convocada y constituida, así en las juntas ordinarias como en las extraordinarias, y el modo de formar dicha mayoría para que sus resoluciones sean obligatorias". (Art. 231 Com.). Téngase presente en cuanto a los acuerdos de la junta general el Art. 271 Com.

En las sociedades cooperativas también es la junta general quien acuerda el reparto de utilidades. La Ley no dice que ese sea el organismo encargado de hacerlo; pero en presencia del Art. 328 Com. en donde se menciona la junta general, se concluye que a ésta le corresponde esa atribución como representante de la voluntad soberana de esas compañías. Se citan las cooperativas aquí porque el Código de Comercio las sitúa entre las compañías mercantiles (Capítulo IV, Título V, Libro Segundo). La doctrina denomina excesos de percepción a la porción que se distribuye entre los socios.

La cuestión se complica un poco en lo tocante a la distribución de beneficios de las colectivas y de las comanditarias.

Del último inciso del Art. 18 Com. se desprende que en las sociedades hay juntas generales y consejos de administración, para lo cual deben llevar un libro de actas para asentar sus acuerdos. En el Art. 26 Com. se consignan los requisitos que deben contener esas actas, entre ellos que se autoricen "con la firma de los gerentes, directores y administradores que estén encargados de la gestión de la sociedad, o que determinen los estatutos o bases por que ésta se rija".

En las anónimas el consejo de administración es el mismo al que se refiere el ordinal 4o. del Art. 231 Com., o sea el "Consejo o Junta Directiva de Gobierno", a quien corresponde la administración social (Art. 259 Com.); pero ¿hay en la sociedad colectiva junta general y consejo de administración?

Aunque los Códigos Civil y de Comercio regulan la administración de la colectiva y a cada momento mencionan al o a los administradores, creemos que ellos no constituyen un consejo de administración, pues incluso puede ser administrador un extraño; no obstante no se ve impedimento legal para pactar en la escritura social la creación de un consejo. En todo caso, éste no puede ser el organismo encargado de acordar el reparto de utilidades, debido a que no representaría la voluntad social.

De los Códigos citados se deduce que en la colectiva los acuerdos los toman los socios, sin tomar en cuenta los capitales aportados, y aunque esa reunión de miembros de la sociedad podría considerarse como una junta general, debe advertirse que la ley se cuida de darle ese carácter. Así el inc. lo. del Art. 1812 C. dice: "En las deliberaciones de los socios que tengan derecho a votar, decidirá la mayoría de votos, computada según el contrato, y si en éste nada se hubiere estatuido sobre ello, decidirá la mayoría numérica de los socios", y el Art. 190 Com. estipula: "Los socios capitalistas dividirán entre sí las ganancias y pérdidas en la forma que se hu

biene estipulado. A falta de estipulación, las dividirán a prorrata de sus respectivos capitales."

Consecuentemente, son los socios individualmente considerados los que acuerdan el reparto de beneficios en las colectivas. En estas compañías hay amplia libertad para esa distribución, tanta que en el Art. 1825 C. se lee: "Los contratantes pueden encomendar la división de los beneficios y pérdidas a ajeno arbitrio, y no se podrá reclamar contra éste, sino cuando fuere manifiestamente inicuo, y ni aun por esta causa se admitirá contra dicho arbitrio reclamación alguna, si han transcurrido tres meses desde que fue conocido del reclamante, o si ha empezado a ponerse en ejecución por él. -- A ninguno de los socios podrá cometerse este arbitrio. -- Si la ..."

Lo dicho en el párrafo precedente vale también para las sociedades colectivas y en comandita simple mercantiles.

En la sociedad en comandita por acciones, como hay junta general integrada por los socios comanditarios, (Art. 310 y 311 Com.), con poder hasta para destituir a los gestores, creemos que a ella, juntamente con los socios gestores, corresponde acordar la distribución de ganancias.

En las sociedades de responsabilidad limitada, si el proyecto de Código de Comercio llegara a ser ley de la República, tocaría a la junta general de socios, decretar el reparto de utilidades, según el Art. 117 de dicho proyecto.

Epoca en que debe acordarse el reparto de utilidades. La ley deja al arbitrio de los socios su señalamiento, y si nada han estipulado en el pacto social, debe entenderse que los beneficios por distribuirse son los anuales.

Se afirma que la distribución debe ser anual porque el último inciso del Art. 23 Com. dice: "El comerciante formará anualmente y extenderá en el mismo libro, el balance general de sus negocios, con los pormenores expresados en este artículo... ", y es sabido que la formación anual del balance general presupone la determinación de las ganancias y pérdidas. Recuérdese que las sociedades mercantiles son comerciantes. (Art. 40. Com.).

Para la colectiva civil el Art. 1838 C. declara: "El socio administrador es obligado a dar cuenta de su gestión en los períodos designados al efecto por el acto que le ha conferido la administración, y a falta de esta designación, anualmente". Por regla general, los administradores al dar cuenta de su gestión presentan un proyecto de distribución de utilidades, y si merece la aprobación de los socios esas son las que se distribuyen. El artículo transcrito se aplica también a las colectivas mercantiles, según el Art. 1874 C., y por la misma razón a las sociedades en comandita: 307 Com. Hay armonía, pues, con el Art. 23 Com. en la parte copiada en el párrafo que antecede.

Joaquín Garrigues manifiesta "En rigor, para saber si una sociedad ha realizado beneficios, es necesario esperar el término de sus operaciones. Más el deseo de lucro, que impulsa a entrar en sociedad mercantil, no se vería satisfecho si el socio fuese obligado a dejar en la caja social las ganancias de cada año en espera de que la liquidación final confirme o no la posibilidad de repartirla. De aquí la costumbre de considerar dividida la duración de la sociedad en una serie de períodos anuales, en cuyos respectivos vencimientos se establece una liquidación relativa al año transcurrido y se fija el beneficio anual. Nos referimos, pues, al beneficio relativo (dividendo anual) y no al beneficio absoluto o de conjunto". (6)

En conclusión, las utilidades por regla general se distribuyen cada año, to-

mando en consideración el aspecto contable y las cargas tributarias directas, que se calculan anualmente.

Para la sociedad en nombre colectivo, el proyecto de Código de Comercio, en el Art. 83, dispone: "Los administradores están obligados a dar a conocer a los socios, por lo menos anualmente, la situación financiera y contable de la sociedad, incluyendo el balance general correspondiente y el estado de pérdidas y ganancias"; para las anónimas, el proyecto en el Art. 282, sienta una obligación parecida.

Limitaciones al reparto de beneficios. Las utilidades obtenidas en los ejercicios económicos cerrados corresponden a los socios; sin embargo la ley en algunas ocasiones ordena a la sociedad la retención de una porción de las utilidades acordadas a favor de los socios, para garantizar el pago de impuestos directos que corresponden al Estado; otras veces, como en las anónimas, exige la constitución de una reserva, integrada a base de un porcentaje de las utilidades líquidas (inclo. Art. 265 Com.); o finalmente, sienta normas encaminadas a evitar que por medios fraudulentos se distribuya a título de ganancias el capital aportado.

En las sociedades anónimas no puede hablarse de beneficios mientras el patrimonio social no sobrepase la cifra abstracta del capital con que la compañía gira; si disminuye éste a consecuencia de pérdidas debe reconstituirse con las utilidades posteriores.

Le ley no dice expresamente que los ejercicios cerrados con pérdidas se compensen con utilidades futuras; pero del inciso lo. del Art. 274 Com. se deduce que en las anónimas debe mantenerse la integridad del capital, pues prohíbe distribuir dividendos ficticios y ganancias aún no percibidas. La razón es obvia, si el patrimonio social está por debajo de la cifra nominal del capital, cualquier cantidad entregada como utilidad sería ficticia. Cuando hay pérdidas de capital el fondo de reserva legal, si lo hubiere, disminuye en la misma medida de las pérdidas, y si después hubiere ganancias no pueden repartirse entre tanto no se haya reintegrado el citado fondo. (Inc. 2o., Art. 265 Com.). La reserva legal funciona propiamente como un fondo de garantía.

En las anónimas los ejercicios sociales se consideran en su conjunto, no sólo los de un ejercicio y haciendo abstracción de los que le han precedido y de los resultados relativos. Como dice De Gregorio el capital social es el índice para medir el estado del patrimonio, tal índice demuestra si el equilibrio original del capital social y las diversas actividades del negocio se ha conservado o se ha roto en favor o en contra de la sociedad: mientras el patrimonio no alcance la suma del capital la compañía está en pérdida, si únicamente lo alcanza, no hay pérdida ni ganancia, si lo supera, habrá utilidades.

Naturalmente eso es así porque si los beneficios o ganancias están constituidos por todo aumento que experimente el capital de la sociedad, como resultado de las operaciones de su giro, nada habrá entonces que repartir si aquél se hubiere disminuido por pérdidas sufridas, mientras no se lleve de nuevo a la cifra de su valor nominal.

Nos habríamos evitado los comentarios que anteceden si en la ley hubiera una disposición semejante o igual a la del proyecto de Código de Comercio: "Si hubiere pérdida de capital deberá reintegrarse o reducirse antes del reparto o asignación de utilidades" (Art. 37). El Art. 38 del mismo proyecto declara que "El reparto de utilidades nunca podrá exceder del monto de las que realmente se hubieren obtenido, conforme al balance general..."

En las sociedades colectivas es otro el principio que las gobierna, se pue-

den distribuir utilidades cuando las haya porque cada período económico se considera independiente del precedente, en el cual pudo haber habido pérdidas. No escapa a la ley que en esas compañías los socios emplean casi siempre todo su capital y toda su actividad, y siendo la sociedad su única fuente de ingresos permite a aquéllos incluso tomar del fondo social lo indispensable para sus necesidades diarias, aunque no haya utilidades; pero en este último caso, sin lugar a dudas, esas cantidades deben imputarse a gastos generales y no a ganancias puesto que no las ha habido; por el contrario, si hay utilidades el capital no sufre ninguna mengua, y las sumas tomadas en el concepto dicho se imputan a tales utilidades. El Código de Comercio en proyecto, Art. 38, según se verá adelante, respecto al reparto de utilidades, somete a todas las sociedades al mismo régimen, y únicamente exceptúa el pago de sumas periódicas a los socios industriales, aunque no haya ganancias.

Se deduce del ordinal lo. del Art. 212 Com. que los socios pueden extraer del fondo común la cantidad que se les haya asignado para sus gastos particulares, pues se les sanciona cuando toman una suma mayor. También, conforme a la regla 2a. del Art. 1839 C. "Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social con tal que las emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio de la sociedad y del justo uso de los otros". Como se ve, aun no habiendo ganancias los socios pueden disponer, con ciertas restricciones, del patrimonio social.

Joaquín Garrigues, refiriéndose a las colectivas, manifiesta que "Los socios gozan de la más amplia libertad para fijar el concepto de beneficio repartible, por lo mismo que el patrimonio de la sociedad está a disposición de los socios. Con esto no se perjudica a los acreedores, los cuales cuentan, en todo caso, con el patrimonio particular de los socios, de suerte que lo que no encuentren en la caja social habrán de encontrarlo en la de cada socio" (7). Hay algo de cierto en esto, sin embargo debe recordarse que los intereses de los acreedores sociales están más protegidos cuando el capital de la empresa se mantiene íntegro y confían más, que cuando se halla disminuido. No debe pasar inadvertido que una buena administración aconseja destinar de las utilidades líquidas las reservas necesarias para fortalecer el capital, o para prevenir las pérdidas de éste.

A mayor abundamiento de lo dicho sobre reparto de utilidades, debe hacerse notar que el Art. 38 del proyecto de Código de Comercio, además de prohibir la distribución de aquéllas cuando exceden del monto de las realmente obtenidas, establece, en la primera parte del inciso 3o., "como caso único de excepción... el de los socios industriales, en cuyo favor podrá estipularse, el pago de sumas periódicas destinadas a cubrir sus necesidades alimenticias", y en el último inciso del citado artículo, se lee: "Lo que perciben los socios industriales se computará a cuenta de utilidades, sin que tengan obligación de reintegrarlo en los casos en que el balance no arroje beneficios o los arroje en cantidad menor de lo que hubieren percibido para sus necesidades alimenticias; y en el balance respectivo se hará el traspaso de tales cantidades a la cuenta de gastos generales de la empresa".

Las mismas ideas del Art. 38 del proyecto de Código de Comercio se dedujeron de la legislación actual en líneas anteriores. Desde luego, es preferible la declaración expresa del proyecto porque mientras más claras son las leyes, menos problemas tienen los destinatarios para acatarlas.

En las sociedades en comandita es distinta la posición de los socios comanditarios y la de los socios gestores; por ese motivo, los primeros, en virtud del Art. 307 Com., quedan comprendidos dentro de las limitaciones indicadas para el reparto de beneficios a los socios de las compañías anónimas; y, los segundos, dentro de las señaladas para los socios colectivos. El Código de Comercio, Art. 306, considera como elementos distintos en la comanditaria "la sociedad en nom-

bre colectivo y la comandita de fondos"; se encuentran dos tipos distintos de compañías fusionadas, pero reguladas cada una de ellas con distinto tratamiento.

En esta clase de compañías la regulación de la distribución de beneficios, reviste especial importancia por las repercusiones que tiene sobre el capital social, en particular en la parte de éste aportada por los socios comanditarios cuya responsabilidad se limita al valor de sus aportes, y a ello debe agregarse la prohibición a esos socios de inmiscuirse en la administración social, lo cual puede dar origen a que los socios gestores, al tener libertad de acción, se asignen cantidades exorbitantes para sus gastos particulares en perjuicio de aquéllos.

En la actualidad ninguna disposición legal especifica cómo deben pagarse los beneficios. El proyecto de Código de Comercio, en el Art. 166, estipula que "Los dividendos de las sociedades de capitales se pagarán en dinero efectivo".

BIBLIOGRAFIA

ROQUE BARCIA, Sinónimos Castellanos, Editorial Sopena, Argentina, S. R. L. 1948
(1) Pág. 496

MANCERA HERMANOS, Terminología del Contador, Sexta Edición, Editorial Cultura, T. C. S. A., México, D. F. 1955:
(2) Pág. 198 --- (3) Pág. 193 --- (4) Pág. 79

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):
(5) Pág. 313

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.
(6) Pág. 293 --- (7) Págs. 293 y 294

LEON BATARDON, ob. cit.

CAPITULO IV

A) EFECTOS DE LA INSCRIPCION DE LA SOCIEDAD MERCANTIL EN EL REGISTRO DE COMERCIO

La publicidad en la esfera mercantil adquiere singular relevancia, por las hondas repercusiones que tiene en lo económico y en lo jurídico. Desde este último punto de vista se destaca la publicidad que, por exigencias legales, se realiza mediante la inscripción de ciertos documentos en el Registro Mercantil, con el objeto de divulgar el conocimiento de determinados actos de los comerciantes, o con el de generar una serie de consecuencias de orden jurídico de suma trascendencia para el tráfico mercantil.

Hay una variedad de hechos o situaciones jurídicas de gran relieve en el ámbito mercantil, que el legislador considera deben ser conocidos por el público relacionado con la actividad de los comerciantes; o bien estima necesario dotar de personalidad jurídica a determinados entes que operan en el comercio. Todo ello se posibilita mediante el Registro Mercantil.

La publicidad realizada a través del Registro de Comercio, es un medio de información seguro para el público, ya sea directamente consultando los libros en que se lleva, o por medio de certificaciones de los asientos pertinentes, extendidas por funcionarios del Estado.

En algunas legislaciones son objeto de publicidad, además de los hechos y actos jurídicos o no jurídicos que tengan trascendencia para el comercio, los comerciantes, sean éstos personas físicas o jurídicas; en la legislación nacional solamente se exige para los comerciantes sociales. En la Ley de Registro y Matrícula de Comercio, se halla la disposición siguiente: "Art. 10. - Solamente se permitirá la explotación de un negocio o industria a aquellas personas que hayan obtenido inscripción en el Registro de Matrícula de Comercio". Desde luego esa inscripción en el Registro mencionado, actualmente, es completamente independiente del Registro Mercantil. Según el proyecto de Código de Comercio (Art. 421), "La constancia que de la matrícula personal extienda el Registrador será la prueba única para establecer la calidad de comerciante", "Ninguna empresa mercantil podrá funcionar en el país sin estar matriculada..." En el proyecto referido, en el Registro de Comercio está comprendido el registro de Matrícula de Comercio (Art. 456).

No todos los hechos de la vida profesional del comerciante se llevan a la publicidad, quedan amplios sectores ajenos a ella, tales como las relaciones de negocios o posibilidades de venta del comerciante, los secretos de empresa, etc. En la práctica se inscribe una serie de hechos relativos a los comerciantes, no especificados en la ley, ni tampoco prohibidos en ésta. Es claro que ellos no pueden gozar de los efectos jurídicos reconocidos por la ley a los hechos que por imperativo legal deben inscribirse.

En casi todas las legislaciones la materia inscribible no son los hechos propiamente dichos, sino los documentos; éstos se inscriben como medios de expresión o comprobación de hechos: constitución de una sociedad, el otorgamiento de un poder, la revocación del mismo, modificación de las escrituras de constitución de una sociedad, rescisión parcial del contrato de sociedad, etc.

Se fundamenta lo dicho, en cuanto a la legislación patria, con el inc. lo. del Art. 12 Com.: "En el Registro de Comercio se inscribirán en extracto y por el orden en que sean presentados, los documentos siguientes...", y con el último inciso del Art. 11 Com.: "En libro separado se formará un índice general, por orden de fechas de los documentos que han sido registrados".

La institución del Registro Mercantil ha alcanzado en la actualidad una difusión casi universal, pero su organización, régimen y efectos de las inscripciones varía en los diversos países.

Para explicar mejor la mecánica registral es indispensable hacer un ligero análisis del Registro Mercantil, particularmente en lo concerniente a la inscripción de "Las escrituras en que se constituya sociedad mercantil, o en que de cualquier manera se modifiquen dichas escrituras." (Art. 12 Com. No. 3o.).

La institución del Registro de Comercio tiene antecedentes remotos, pero su estructuración, regulación y consecuencias jurídicas derivadas de aquél no se asemejan en nada a las actuales. En Grecia y Roma había listas de mercaderes asociados, como una especie de inscripción personal de los comerciantes. En la Edad Media esa práctica adquirió mayor desarrollo, autoridad y obligatoriedad, pues los gremios y corporaciones sólo otorgaban ventajas a los comerciantes registrados en sus libros. En un principio la inscripción satisfizo fines internos de las corporaciones y gremios; después, y en un período más avanzado, desempeñó, una primordial función externa: dar a conocer el comerciante a terceros. A partir de este momento se perfila una característica fundamental de las formas actuales de publicidad.

La inscripción, personal en su primera fase, fue en seguida real, o sea, extensiva a los actos. La inscripción subjetiva era decisiva para el comerciante, ya que ella le confería esa calidad: se comportaba como una condición imprescindible para crear ese estado jurídico. La objetiva o real se tornó obligatoria y su omisión se castigó con severas multas o con la negación de algunos efectos legales propios de la inscripción.

Ahondando un poco, Joaquín Garrigues, hace notar que en el desenvolvimiento del Registro Mercantil señalan los autores dos direcciones: una horizontal, es decir una ampliación del ámbito del Registro a ciertos documentos importantes del comercio, con lo cual deja de ser una nómina de comerciantes. Otra vertical, que profundiza la significación jurídica de la inscripción; ésta se eleva jurídicamente, ya el Registro Mercantil "no es sólo un casillero administrativo con efectos puramente informativos; es un órgano jurídico de publicidad material, cuyos asientos pueden oponerse a toda persona, como si efectivamente los conociese". (1)

La gran significación que en el derecho moderno tiene el Registro Mercantil, ha hecho decir a Vicente y Gella (2): "La publicidad registral tiene consecuencias de orden sustantivo: no se reduce a la función notificadora, sino que encierra un valor especial, porque añade el efecto de servir para fundamentar derechos de terminados". (cita de Langlé y Rubio).

Concepto y contenido de la institución

Para Blanco Constans, mencionado por Langlé y Rubio (3), el Registro Mercantil es "una oficina del Estado que, bajo la dirección de un funcionario público, llamado Registrador, está destinada a la inscripción de las personas y de aquellos actos referentes a la negociación mercantil, que el interés del comercio exige se les dé publicidad". Joaquín Garrigues escribe: "En su concepto más amplio el registro mercantil es un instrumento de publicidad cuya misión es facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del registro. El registro mercantil es, pues, un instrumento de publicidad para la vida mercantil". (4)

Valgan para nuestra exposición los anteriores conceptos.

Una característica fundamental del Registro de Comercio es su carácter público, así lo declara expresamente el Art. 17 Com., y lo confirma el inc. 1o. del Art. 11 Com.: "En cada Juzgado de Primera Instancia Civil, se llevará un registro público de comercio". Estando ligado el interés de la comunidad a la existencia de esa institución, no puede tener un carácter exclusivamente privado, por ello se ha dicho que la organización del Registro Mercantil (5) "constituye una pieza importante de la actividad administrativa del Estado" (Heinsheimer). En algunos países se ha intentado llevar el Registro Mercantil por cámaras o asociaciones de comerciantes; sin embargo, las razones en su contra han sido tan contundentes que no han logrado su propósito.

Fines de la publicidad

Se reconocen dos finalidades: una próxima y otra remota. La primera tiene de a dar certidumbre a las relaciones de responsabilidad. La segunda, pretende proteger al comerciante y a los terceros. Inicialmente cuando el registro comenzó a tener una significación jurídica privada, el fin de la publicidad era proteger al comerciante contra el riesgo de la responsabilidad. Por eso, si un socio se separaba de la sociedad o el poderdante revocaba un poder, se inscribían esos hechos para no seguir respondiendo ni como socio por los actos sociales, ni como representado por los contratos celebrados por el apoderado después de la revocación. Esa inscripción era oponible a terceros, destacándose así el aspecto positivo de la publicidad del Registro. La llamada publicidad negativa se admitía en el sentido de que la extinción o modificación de hechos y relaciones jurídicas no podían perjudicar a terceros mientras esa extinción o modificación no constara en el Registro.

Fundamentalmente la publicidad debe aspirar a ser lo más completa posible, extendiéndose a cuantas circunstancias determinen, modifiquen o extingan la calidad de ciertos comerciantes, y a cuanto derive del comercio y pueda afectar a terceros por sus relaciones con aquéllos; debe garantizarse por el Estado la exactitud de los hechos consignados en los documentos registrados; y, además, debe reconocerse al Registro una eficacia legal con el fin de que la publicidad tenga una auténtica efectividad, suficiente para crear en los interesados un clima de confianza.

El Dr. Lara Velado, sobre el mismo punto, declara: "Para que el Registro Mercantil llene realmente su cometido es necesario: 1) Que consten en él todos los actos y contratos mercantiles, así como los demás datos, que por su naturaleza requieran publicidad. 2) Que el sistema sea tal, que permita al público, obtener la información con facilidad; que cuando se necesite información sobre un acto determinado, el registro funcione con un sistema tal, que al revisar una inscripción se pueda conocer todas aquéllas que con la misma tengan relación; esto supone un sistema efectivo de marginales, así como la unidad de los distintos registros sobre la materia" (6). En relación con esto último, hemos tenido oportunidad de comprobar, especialmente en esta capital, que las sociedades mercantiles inscriben en un Juzgado su escritura de constitución, en otro u otros las escrituras de modificación, e incluso éstas pueden estar inscritas en el mismo Juzgado, pero en distintos libros, con lo cual difícilmente se puede formar el interesado una idea exacta del contrato social vigente de esas compañías al momento en que se hace la revisión de los libros. Con las colectivas el problema es mayor, si se toman en consideración los continuos cambios realizados en sus escrituras sociales, a ello se agrega que generalmente los plazos de duración de aquéllas es bastante corto, lo cual repercute en las constantes prórrogas efectuadas en instrumentos públicos, sujetos a inscripción, según el inc. 2o. del Art. 167 Com. y el ordinal 3o. del Art. 12 Com.

Documentos que deben inscribirse

Conforme al Art. 12 Com. "En el Registro de Comercio se inscribirán en extracto y por el orden en que sean presentados, los documentos siguientes: - lo. Las escrituras en que conste que el cónyuge comerciante administra bienes del otro cónyuge: -- 2o. Los documentos justificativos de los haberes del hijo o pupilo que está bajo la potestad del padre o guardador comerciante: -- 3o. Las escrituras en que se constituya sociedad mercantil, o en que ^{de} cualquier manera se modifiquen dichas escrituras: -- 4o. Los poderes que los comerciantes otorguen a sus factores o dependientes para la administración de sus negocios mercantiles, y sus revocaciones o sustituciones: -- 5o. Los nombramientos de gerentes y liquidadores de las compañías comerciales: -- 6o. Los contratos sociales y estatutos de compañías anónimas extranjeras que establezcan sucursales en El Salvador, los nombramientos de gerentes o agentes, y la inscripción que se hubiere hecho de dichos contratos o documentos en el Tribunal de Comercio del domicilio de las expresadas compañías: -- 7o. La sentencia que declare la nulidad de un contrato social".

En relación con el ordinal 6o. del artículo copiado, es necesario tener presente que, de acuerdo con la Ley sobre Aseguros contra Incendio, del 23 de abril de 1904, publicada en el D.O. No. 102, del 2 de mayo del mismo año, y reformas del 31 de mayo de 1921: "Art. 1o. Las compañías de seguros contra incendio, o sus agencias establecidas en la República o por establecerse, deberán inscribirse en un registro que llevarán los Juzgados de Comercio del lugar en donde residen". -- "Art. 2. En dicho registro se anotarán: -- lo. El nombre de la Compañía, su nacionalidad y asiento social: -- 2o. El capital de la Compañía: y -- 3o. El nombre, apellido y domicilio de los agentes y sub-agentes que las representen en la República, tomándose razón de los poderes, debidamente legalizados, que los acrediten como tales. -- Cuando se trate de la inscripción de una Agencia de Compañía de Seguro contra Incendio, radicada en el extranjero y no de la Compañía misma, no será necesario que se presente al Juzgado de Comercio la escritura social de la Compañía, sino que para conocer el nombre de ésta, su asiento social, su nacionalidad y capital, bastará que los dos primeros datos aparezcan del poder conferido al agente, debiendo aceptarse, respecto de los otros dos, la manifestación que éste haga por escrito al Juez, al solicitar la inscripción".

También se inscriben en el Registro de Comercio: a) "la certificación auténtica de un examen practicado por el Tribunal Superior de Cuentas", en el caso de aumento o disminución de capital de las sociedades anónimas (último inciso del Art. 243 Com.). La Corte de Cuentas de la República sustituyó al Tribunal Superior de Cuentas (Art. 139 de la Ley Orgánica de la Corte de Cuentas); b) "La adquisición de un buque deberá constar por escrito, y no producirá efecto respecto a tercero si no se inscribe en el registro mercantil", (parte final del primer inciso del Art. 476 Com.); c) Otros documentos que se inscriben se mencionan en los Arts. 238, 239, 296, 480, 482, No. 3o., 484 y 622, 2o. inc. del ordinal 3o., todos del Código de Comercio.

En la actualidad se inscriben textualmente los documentos, y no en extracto como lo estatuye el Art. 12 Com. Esta práctica no es criticable ya que al Registrador le resultaría difícil saber cuáles datos debe extractar, ante el silencio de la ley.

¿Es obligatoria la inscripción de los documentos enumerados en el Art. 12 del Código de Comercio? De los términos imperativos empleados en el Art. 13 Com. se deduce su obligatoriedad: "Todo comerciante deberá presentar al Registro los documentos especificados en el artículo anterior, en el término de quince días contados, según el caso, desde el día del otorgamiento del documento sujeto a inscripción".

ción, o desde la fecha en que el cónyuge o guardador empiece a ejercer el comercio".

A pesar de la fórmula imperativa del Art. 13 Com. propiamente reviste el carácter de verdadera obligación la inscripción de los documentos consignados en los ordinales 1o. y 2o. del Art. 12 Com. Esta afirmación se basa en el Art. 14 Com.: "El comerciante que no presentare a inscripción los documentos que se expresan en los números 1o. y 2o. del artículo 12, incurrirá en una multa de veinticinco a cien colones, exigible gubernativamente". Es una sanción en el verdadero sentido de la palabra, en los demás casos es una sanción indirecta: los infractores no obtienen los beneficios provenientes de la inscripción, o bien les alcanza una responsabilidad mayor en relación con terceros. El término de quince días dentro del cual deben presentarse a inscripción las escrituras referentes a la constitución de sociedades mercantiles y las escrituras de aumento de capital de las mismas, actualmente no se cumple, debido a la exigencia legal de seguir previamente otros trámites de carácter fiscal que vuelven imposible acatar en su oportunidad esa obligación.

Las consecuencias de la falta de inscripción de los demás documentos, se verá al tratar específicamente los efectos de la inscripción de las sociedades mercantiles en el Registro de Comercio.

Publicidad formal y publicidad material

La doctrina divide la publicidad en formal y material, Las características de una y otra se indican a continuación.

Publicidad formal. Esta publicidad la hacen consistir los tratadistas en el carácter público que tiene el Registro Mercantil. Ofrece dos modalidades: 1o.) Facilita noticias a quienes las pidan, y permite el acceso de los interesados a los libros respectivos; y 2o. Se expide "a quien lo solicite certificación literal o en relación de los asientos de los libros" (Art. 17 Com.). Este es el artículo que fundamenta la publicidad formal.

Publicidad material. Toda la significación jurídica del Registro Mercantil se concreta en los efectos llamados de la publicidad material, en virtud de los cuales una vez inscrito un hecho se supone conocido de los terceros, y viceversa, la no inscripción los libera de conocer ese hecho. Este se equipara a un hecho inexistente. Doctrinalmente esta publicidad se traduce en esos dos principios, o sea que: 1o.) El hecho no inscrito como se considera inexistente frente terceros, nunca les perjudica a éstos (efectos negativos de la publicidad material); y, 2o.) El hecho inscrito se presume conocido por los terceros y les perjudica aunque realmente lo ignoren (efectos positivos de la publicidad material). Ese perjuicio sólo se manifiesta cuando el tercero trata de invocar su desconocimiento del hecho inscrito, el cual le perjudica: sus pretensiones no prosperarán, precisamente por los efectos positivos de que se ha hecho mención.

Sobre el mismo asunto, Joaquín Garrigues manifiesta: "Reconocidos en el Derecho moderno los dos aspectos, positivo o negativo de la publicidad material del Registro, resulta ociosa la cuestión de si el registro mercantil favorece al comerciante o al tercero. En realidad la inscripción favorece al comerciante y perjudica al tercero (efectos positivos) y la no inscripción favorece al tercero y perjudica al comerciante (efectos negativos). Se trata de dos facetas de un mismo principio de publicidad. Lo que ocurre es que las consecuencias prácticas de este mismo principio son más favorables al comerciante que al público en general". (7)

El proyecto de Código de Comercio entiende la publicidad material en forma distinta a la expuesta, y la hace consistir en la publicación periódica de lo que se enumera en su artículo 484. Esa publicación, dice el Art. 486 del mismo proyecto, "se hará en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional..."

Para los efectos legales ¿quién es tercero? Para Garrigues (8) "Tercero es toda persona distinta de la causante de la inscripción, es decir, la persona a quien perjudica la inscripción y a quien favorece la inscripción. Puede decirse que en el concepto legal, es tercero tanto el que ignora como el que conoce el hecho no inscrito, ya que, aun conociéndolo, puede rechazar lo que le sea perjudicial y aceptar lo que le sea favorable"(8). Confirma esto último el inciso 2o. del Art. 174 Com., al prescribir que no "podrán los socios alegar contra los terceros el conocimiento privado que éstos hayan tenido de las condiciones de la sociedad de hecho".

La legislación salvadoreña en el inc. 2o. del Art. 680 C., inserto en el Capítulo que regula el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, da el siguiente concepto: "Se considera como tercero aquel que no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción. El heredero se considera como una sola persona con su causante". A falta de un concepto en las leyes mercantiles, bien se puede utilizar el que se ha transcrito para las inscripciones en el Registro de Comercio.

Resta indicar que los efectos positivos perjudican a terceros desde la inscripción de los documentos correspondientes en el Registro de Comercio; en cambio en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas se sigue otro criterio. En efecto, "Los títulos sujetos a inscripción no perjudican a terceros, sino mediante la inscripción en el correspondiente registro, la cual empezará a producir efecto contra ellos desde la fecha de la presentación del título respectivo" (inc. 1o. del Art. 680 C.). Debe recordarse que desde la fecha de presentación del documento respectivo al Registro de la Propiedad e Hipotecas hasta el día en que se inscribe, transcurre generalmente mucho tiempo, y no obstante los efectos contra terceros se cuentan a partir de la fecha de presentación.

Eficacia declarativa, constitutiva y sanatoria de la inscripción

Los tratadistas al referirse a ciertos efectos de las inscripciones, mencionan los siguientes: 1o.) Eficacia declarativa; 2o.) Eficacia constitutiva; y, 3o.) Eficacia sanatoria.

1o.) Eficacia declarativa. En la mayoría de los casos puede decirse que la inscripción sólo produce efectos documentantes o simplemente declaratorios. La inscripción es confirmatoria del contenido del documento registrado, por eso se ha dicho (9) que "de la inscripción nace una presunción de su propia legalidad y una apariencia jurídica de la veracidad de su contenido; pero puede producirse la prueba contraria". (Langlé y Rubio).

2o.) Eficacia constitutiva. En casos excepcionales la inscripción tiene fuerza constitutiva: la inscripción es esencial para el nacimiento de determinados efectos jurídicos. Por ejemplo la exigencia de que las compañías mercantiles registren sus escrituras de constitución, porque de no hacerlo los actos ejecutados no se reputan propios de esas sociedades.

En tales supuestos la inscripción se manifiesta como una condición sine qua non, si se desea obtener los efectos jurídicos pretendidos. En las inscripciones constitutivas se pueden presentar tres situaciones: 1o.) Los efectos jurídicos no se producen en absoluto sin la inscripción; 2o.) Los efectos jurídicos pueden pro

ducirse sin inscripción, pero faltando ésta, es imposible pretender otras inscripciones; así ocurre en aquellas legislaciones en donde se es comerciante sin necesidad de inscripción, pero ésta es condición ineludible para pedir el registro de otros documentos o para aprovecharse de los efectos de la inscripción. Las sociedades mercantiles están en una situación parecida: una vez inscrita su escritura de constitución, se pueden registrar los demás documentos relacionados con las mismas; y 3o.) Los efectos jurídicos tienen plena eficacia en lo interno, pero no en lo externo sin la inscripción, eso sucede en aquellas legislaciones en que las sociedades no inscritas existen entre las partes contratantes, pero no respecto a terceros.

En definitiva, la eficacia jurídica de los hechos sujetos a inscripción no depende, por lo general, del cumplimiento de esa formalidad, ésta no tiene valor constitutivo, sino simplemente de publicidad, sólo en algún supuesto particular se le puede atribuir ese carácter, o sea cuando la inscripción es esencial para la constitución o existencia legal del derecho a que la inscripción se refiere.

3o.) Eficacia sanatoria. Al hecho inscrito puede faltarle un supuesto legal, pero con la inscripción se considera como si no le faltase, o sea que vale como verdadero aun no siéndolo. Esta eficacia es desconocida en las legislaciones.

Organización y funcionamiento del Registro Mercantil

En algunos países el Registro de Comercio está dotado de una organización propia y de leyes y reglamentos que regulan su funcionamiento. En El Salvador lo referente al Registro de Comercio aparece en los Arts. 11 al 17, inclusive, del Código de Comercio. El proyecto de Código de Comercio ofrece una regulación bastante completa, por ello interesa lo que los redactores de tal proyecto manifiestan en la Exposición de Motivos: "Teniendo en cuenta que la forma en que se lleva el Registro de Comercio es completamente ineficaz, la Comisión propone que se cree, con igual nombre, pero con mayores atribuciones, una institución nueva, de índole administrativa. Su funcionamiento se regula siguiendo los lineamientos del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, adaptados a las necesidades mercantiles".

En el país se lleva "en cada Juzgado de Primera Instancia Civil", "un registro público de Comercio" (Art. 11 Com.). El Registro de Comercio funciona, pues, anexo a los Tribunales Civiles de Primera Instancia. En materia mercantil, la legislación salvadoreña todavía no se separa del campo civil en algunos aspectos, por eso observamos en el Art. 811 Com., que "No hay fuero especial de Comercio. -- Los jueces de la instancia civiles y los de paz conocerán en los asuntos mercantiles, conforme a las reglas del derecho común, mientras no se nombrare jueces especiales de comercio por quien corresponde".

El proyecto de Código de Comercio incluye en el Registro de Comercio varios registros especiales: de matrícula de comercio, de documentos de comercio, de balances, de patentes de invención, marcas de fábrica y propiedad literaria y de minería (Art. 456). Se pretende con ello "dar al registro unidad, dotarlo de un sistema operante y hacerlo responder a las actuales necesidades del país en materia mercantil" (Dr. Lara Velado). Algunos de los registros regulados en el proyecto citado, actualmente son llevados por oficinas especiales.

En varios sistemas legislativos el registro de documentos relativos a la constitución, modificación, disolución y liquidación de sociedades, se lleva en libros separados para cada clase de compañía; por consiguiente, se lleva un libro para las colectivas, otro para las anónimas, etc., advirtiendo que también se anotan en ellos todos los documentos concernientes a cada sociedad, además de las

escrituras mencionadas. En el país, el Registro de Comercio es llevado en libros sin adoptar ningún sistema; en esos libros se anota toda clase de documentos, sólo tomando en cuenta la fecha de presentación. La única exigencia es que "Los libros del registro estarán foliados, y todos sus folios sellados con el sello de la Oficina, y tendrán en el primero una razón que exprese el número del libro, su objeto y el número de hojas de que consta. Esta razón será firmada por el Juez y el Secretario" (Art. 11 Com., 2o. Inc.). Y en "libro separado se formará un índice general, por orden de fechas, de los documentos que han sido registrados", (inc. 3o. del mismo artículo). En la práctica ese "libro separado" lo constituye un número de hojas de papel de oficio agregadas al final de cada libro de registro, con las anotaciones respectivas.

Si el proyecto de Código de Comercio mereciere la aprobación legislativa, en el registro Mercantil se efectuarían los asientos siguientes: de presentación, inscripciones definitivas, anotaciones marginales, anotaciones preventivas y cancelaciones (Art. 466 del proyecto). La similitud de esos asientos con los correlativos del Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, nos relevan de dar algunas explicaciones sobre ellos.

Requisitos previos a la inscripción

Dos teorías rivales disputan en la doctrina en cuanto a la misión del encargado del Registro. Una sustenta que el Registrador ha de limitarse a examinar el aspecto puramente formal de la inscripción, sin juzgar acerca del fondo o sustancia material del documento sometido a registro. Otra, entiende que también debe tener facultades para esto último, haciendo una estimación de la verdad de los hechos y del contenido de los documentos que le son presentados. La tendencia moderna se inclina por esta segunda doctrina, por dos razones: a) el Registrador eleva su función, y b) el Registro garantiza su veracidad, sin verse en las inscripciones únicamente el interés privado de quienes las solicitan. Siguiendo esta orientación, el Registrador no sólo examina las condiciones formales de apariencia y legalidad, sino el contenido del derecho que se pretende inscribir, rechazando el asiento de hechos falsos o simulados y de los actos carentes de validez jurídica. Este sistema puede ofrecer peligros si el Registrador, maliciosamente se niega a inscribir documentos sin vicios legales; mas, en tales eventos los sistemas legislativos implantan los recursos necesarios para remediar esas anomalías.

Donde es más patente la importancia de lo expresado, es en la inscripción de escrituras públicas de constitución, modificación, etc., de sociedades mercantiles. El criterio adoptado varía en las legislaciones; en algunas se exige calificación judicial. Esta se descompone en dos momentos, en uno se hace la calificación para obtener la orden de inscripción; y en el otro, posterior, se da la orden y se realiza la inscripción. En varios países la calificación judicial es sustituida por el informe de peritos especiales que dictaminan acerca de la constitución regular de la sociedad, bajo su responsabilidad, como sucede, v. gr., en Alemania y Suiza, independientemente de la calificación hecha por el funcionario encargado del registro. En Alemania, el Registrador, que es el Juez, al proceder a la inscripción, realiza un amplio examen que puede llegar incluso al fondo de la escritura.

La calificación judicial, según Rodríguez Rodríguez (10), ha de limitarse a comprobar los siguientes puntos: 1o.) Si de la escritura resulta la existencia y cumplimiento de las condiciones jurídicas para la válida constitución de la sociedad; 2o.) Si figuran en la misma todos los datos indispensables exigidos por la ley; 3o.) Si las cláusulas en las que el sistema normativo deja abandonadas a la voluntad de las partes, se conforman con las directrices y con las autorizacio-

nes de la propia ley; 4o.) Si por la índole de la sociedad deben mediar determinadas autorizaciones administrativas, éstas se han incluido en la escritura; 5o.) Si las cláusulas sobre pactos que sólo pueden convenirse en la escritura constitutiva, no son contrarias a la ley; y, 6o.) Sobre condiciones de capacidad de las personas que intervienen como socios.

Opina Garrigues que solamente cuando se trata de la inscripción del comerciante social o de los pactos modificativos de la sociedad, es posible esa amplia calificación. La razón es, en este caso que el comerciante social hace como consecuencia de un contrato, el de sociedad, y es menester saber si ese contrato reúne las condiciones legales necesarias para producir este importantísimo efecto creador de personalidad jurídica" (11). No podemos menos que adherirnos a lo dicho por el autor citado, ya que en tales supuestos los Registradores están obligados a examinar con el máximo cuidado, si la documentación presentada se ajusta o no a la ley.

Aun cuando la legislación vigente no aluda a esa calificación, creemos que los Jueces deben hacerla si se trata de inscribir documentos públicos, relativos a constitución de sociedades o a modificaciones de esos documentos. Además de la calificación, el Registrador, se cerciorará si se ha cumplido con las obligaciones de índole fiscal, a las cuales se hará referencia más adelante.

Sobre los Jueces pesa la obligación de no inscribir documentos en los cuales adviertan infracciones a la ley. La legalidad de las inscripciones se inspira en que sólo puede inscribirse lo conforme al derecho. Los Registradores pueden devolver los documentos sin inscribir si éstos no se han otorgado ateniéndose a la ley, o no se acompañan otros documentos exigidos por la misma; si en ellos consta alguna infracción sancionada por las leyes penales, es su obligación ponerlo en conocimiento de los Tribunales competentes para su debido juzgamiento. Para los Registradores de la Propiedad Raíz e Hipotecas, esta última obligación se consigna en el Art. 42 del Reglamento respectivo, de la siguiente manera: "Siempre que note el Registrador que se ha cometido algún delito o falta en los instrumentos que se sometan al Registro, dará cuenta a la autoridad competente para su juzgamiento". Del Art. 812 Com., que regula el arancel del Registro, y en especial del inciso 3o., se deduce que los jueces pueden devolver instrumentos sin inscripción, cuando ésta no se hubiere efectuado "por algún motivo legal", por ejemplo, una sociedad formada con fines ilícitos, o una escritura de constitución de una compañía anónima integrada por tres socios, debiendo ser cinco por lo menos, o el capital no aparece suscrito en su totalidad, etc.

Los Registradores de Comercio podrían adoptar como pauta, aunque no con el mismo rigor, lo dispuesto en los Arts. 692 y 693 del Código Civil. En éste se regla lo atinente a la inscripción en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas. El Art. 692 C. dice: "Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los otorgantes, por lo que resulta de las mismas escrituras". El siguiente artículo establece: "Cuando el Registrador notare faltas en las formas extrínsecas de las escrituras, o incapacidad de los otorgantes, lo hará constar, especificándolas, al pie de las escrituras, autorizando la razón con su firma y sello...". Una disposición similar hallamos en el Art. 735 C., relativa a "la cancelación de las inscripciones de la Propiedad Raíz": "Los Registradores calificarán la capacidad civil de las personas y las formas extrínsecas de las escrituras..."

Ya se indicó que el Registrador, además de la calificación, debe cerciorarse del cumplimiento de ciertas obligaciones de carácter fiscal. Las obligaciones son las que en seguida se citan:

1a.) Ley de Papel Sellado y Timbres. Se comprueba si el testimonio se ha otorgado en el papel del sello correspondiente, y si hay contravención se observa lo dispuesto en el Art. 11 de dicha ley: "Las multas establecidas en la presente ley, serán impuestas gubernativamente por cualquier autoridad a quien fuesen presentados los documentos, contratos, obligaciones, instrumentos públicos, etc., dando cuenta al Administrador de Rentas respectivo para que las haga efectivas".

2a.) Ley de Impuesto sobre Donaciones. El Art. 15 menciona la celebración de ciertos contratos que causan el impuesto de donación, e indica la obligación del Registrador de comprobar, antes de inscribir en cualquier Registro Público, haberse pagado el impuesto correspondiente, excepto si se le presenta constancia de exención del mismo. El inciso 2o. de dicho artículo expresa: "Lo dicho anteriormente se aplicará a los Registros de Comercio, cuando se tratare de escrituras de constitución, modificación o disolución de sociedades".

3a.) Ley de Vialidad. En el Art. 3 se lee: "En todo contrato en que se enajenen bienes inmuebles o se graven con hipoteca o se constituya en ellos anticresis, así como de constitución, disolución y liquidación de sociedades, las partes contratantes deberán estar solventes del pago del impuesto... -- En ningún Registro Público se inscribirá un instrumento en que se consigne algún contrato de los mencionados en el inciso anterior, mientras no se presenten las constancias de solvencia... debiendo el Registrador hacer relación en la inscripción, de la fecha y número de orden de las constancias o de los boletos recibidos..."

4a.) Ley de Impuesto sobre la Renta. "Art. 111. - En todo contrato en que se enajenen bienes inmuebles o se graven con hipoteca o se constituya en ellos anticresis, así como de constitución, modificación, disolución y liquidación de sociedades, las partes contratantes, así como las sociedades, deberán estar solventes del pago del impuesto... El notario instruirá a los contratantes explicándoles que para la inscripción de los testimonios en el Registro respectivo, es indispensable agregar las correspondientes constancias de solvencias..."

El Art. 112 de la misma Ley dice: "En ningún Registro Público se inscribirá un instrumento en que se consigne algún contrato de los mencionados en el artículo anterior, mientras no se presenten las correspondientes constancias de solvencia... a la fecha de la celebración del contrato o con posterioridad a dicha celebración, debiendo el Registrador hacer relación en la inscripción, de la fecha y número de orden de las mismas. Caso de contravención..."

5a.) También debe comprobarse que juntamente con las escrituras públicas aludidas, se presenten las solvencias municipales.

El Registrador no debe olvidar que conforme al D. L. No. 17, del 20 de junio de 1941, publicado en el D. O. No. 142, del 27 de junio de ese mismo año, - "Cuando las personas adeuden impuestos sobre la renta, el de vialidad, el de pavimentación, el causado por donaciones, o el gravamen de las sucesiones, necesiten llevar a cabo transferencias, o la formación o disolución de sociedades, operaciones para las cuales es preciso haber cubierto dichos impuestos, podrán obtener autorización para realizarlas, sin estar solventes para con el Fisco, siempre que garanticen suficientemente la cancelación de dichos impuestos, ya sea por cuotas parciales con plazos fijados en el instrumento en que consiste la obligación del pago o de una sola vez, conforme a las prescripciones del presente decreto". (Art. 1o.).

Anteriormente los notarios estaban obligados a relacionar las solvencias

en los instrumentos públicos otorgados ante sus oficinas. Hoy no es necesario, pues con base en el Art. 39 de la Ley de Notariado: "Cuando se trate de actos o contratos en que se necesite alguna solvencia de impuestos para la inscripción de su testimonio, el notario advertirá a los otorgantes la obligación de estar solventes, haciendo constar esta advertencia en el instrumento sin que sea necesario relacionar en el mismo la constancia respectiva."

La fe pública y la inscripción

En las leyes no se reconoce la fe pública a las inscripciones en el Registro Mercantil. Entre los comerciantes prevalece la opinión contraria, y de ahí el deseo de inscribir hechos, a veces extravagantes, con la ilusión de fortalecer los o de convertirlos en inatacables. Esa creencia es totalmente infundada, ya que nadie puede considerar exacto un hecho inexacto por la sola circunstancia de haberse inscrito.

La razón fundamental de lo aseverado es que el Registro se limita, normalmente, a recibir declaraciones de hechos acaecidos fuera de sus oficinas, y no puede entonces autenticar la veracidad de los mismos. Puede dar fe de que se ha presentado una declaración en donde se manifiesta haberse otorgado un poder o constituido una sociedad, mas no puede afirmar la efectiva realización de esos hechos.

Se asegura, sin embargo, que a la publicidad negativa sí acompaña la fe pública, porque no debe exigirse a nadie el conocimiento de un hecho no inscrito, aun siendo inscribible.

La inscripción en el Registro Mercantil de los documentos de constitución, modificación, etc., de las sociedades mercantiles, goza de una verdadera presunción de veracidad en algunos respectos; pero esa presunción no deriva precisamente de la inscripción sino de la circunstancia de que aquéllas se constituyen, modifican, etc., mediante instrumento público, el cual conforme al Art. 1571 C. "hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe, sino contra los declarantes". No obstante, no pasa de ser una simple presunción: el documento puede ser falso. ("Para probar la falsedad de un instrumento se necesitan cuatro testigos idóneos o sin excepción, si fuere público o auténtico..."). Art. 321 Pr., inc. 2o.

El notario, de acuerdo con la ley de la materia, interpone la fe pública en los instrumentos otorgados ante él. La inscripción de éstos no le confieren mayor valor, ni le refuerzan el que por sí mismos tengan; por igual razón si aquéllos adolecen de defectos legales el Registro de Comercio no puede subsanarlos, porque no tiene efectos sanatorios como antes se dijo.

En los casos restantes de inscripción la veracidad del contenido del documento registrado es más precaria.

Efectos de la inscripción de las sociedades mercantiles

Este es el punto central del tema que nos propusimos desarrollar, y si en páginas anteriores se ha comentado con alguna extensión lo relativo al Registro de Comercio, ello se explica por la íntima vinculación de éste con los efectos derivados de las inscripciones que en él se efectúan.

El efecto fundamental de la inscripción de las escrituras constitutivas de sociedades mercantiles, es que éstas adquieren en virtud de ese requisito su -

personalidad jurídica, si con anticipación se han satisfecho otras formalidades legales. Aunque esto no lo diga expresamente la ley, ello se deduce de varios artículos del Código de Comercio, a los que después habremos de referirnos.

Lo afirmado requiere una explicación; pero antes cabe hacer la salvedad que se prescindirá de aquellas legislaciones en las cuales no se concede personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles, por eso se analizará la cuestión a la luz de las leyes salvadoreñas.

El Código de Comercio, en el Art. 236, expresamente niega existencia legal a las sociedades anónimas, mientras no hayan sido inscritas. Respecto a las demás sociedades no hay una disposición similar; sin embargo, de otros artículos del mismo Código se colige que sin ese requisito tampoco tienen existencia legal.

Como regla general el Art. 15 Com. sienta la siguiente: "Las escrituras sociales y los poderes mencionados en los números 3o., 4o., y 5o. del Artículo 12, de que no se hubiere tomado razón no producirán efecto alguno entre los socios, ni entre el mandante y mandatario; pero los actos ejecutados o contratos celebrados por los socios y mandatarios, surtirán efecto respecto de terceros". El artículo emplea las palabras "tomado razón" como sinónimas de inscripción.

Al comparar los efectos de los instrumentos públicos inscribibles en el Registro de la Propiedad Raíz y los que deben anotarse en el Registro de Comercio, se nota algo peculiar: en los primeros, la tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, se efectúan por instrumento público, y la tradición surte pleno efecto entre los contratantes, pero "para que surta efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad" - (Art. 667 C.). Asimismo "La tradición del dominio de los bienes raíces y su posesión no producirán efecto contra terceros, sino por la inscripción del título en el correspondiente registro. -- La misma regla se aplicará a la tradición de los derechos de usufructo, uso o habitación, de servidumbre, y de legado de cosa inmueble" (Art. 683 C.). Véase también el Art. 671 C. Excepcionalmente el derecho de hipoteca, a pesar de ser un ^{además} derecho real, no basta para constituirlo la escritura pública, sino que "deberá/ser inscrita en el Registro de Hipotecas: sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde que se presente al Registro respectivo, si se siguiere inscripción" (Art. 2160 C.). En los contratos sociales no sucede lo mismo: si no se han registrado "no producirán efecto alguno entre los socios". Por eso el Dr. Lara Velado (12) dice que la inscripción de documentos en el Registro de la Propiedad Raíz, "tiene por objeto hacer surtir efectos a los actos inscritos contra terceros; mientras la inscripción no se ha verificado, el acto surte pleno efecto entre las partes. En cambio, los efectos actuales de la inscripción en el Registro de Comercio, son, en cierto modo, los contrarios; o sea, los actos que debieron inscribirse y no se han inscrito, no surten efecto entre las partes, ya sea entre los socios o entre mandante y mandatario; pero sí surten pleno efecto contra terceros...". Debió decirse, en esta última parte, a favor de terceros y no contra terceros, pues a éstos no les afecta el hecho no inscrito.

Examinando otros artículos del Código de Comercio, se aprecia mejor lo dicho respecto a que la inscripción concede personalidad jurídica a las sociedades mercantiles.

En cuanto a las colectivas, nos interesa el texto del Art. 171 Com.: "La omisión de la escritura social y la de cualquiera de las solemnidades prescritas, produce nulidad respecto de los socios. -- Estos sin embargo, responderán solidamente"

riamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho". Las solemnidades señaladas en ese artículo son las consignadas en el Art. 167 Com., o sea que además de formarse y probarse la sociedad colectiva por medio de escritura pública ésta ha de ser "registrada con forme al artículo 12, y su extracto se pondrá en conocimiento del público por medio de circulares". Indubitablemente éstas son las solemnidades, pues en el Inc. 2o. del Art. 167 Com., al referirse a las modificaciones del pacto social, señala que ellas "se harán constar en escritura pública con las solemnidades indicadas en el inciso anterior".

Al calificar la ley de sociedad de hecho a la colectiva no inscrita, y responsabilizar solidariamente a los socios frente a los terceros con quienes hubieren contratado, nos está indicando que jurídicamente no ha nacido como sociedad y, por ende, carece de los atributos inherentes a las personas de derecho. Se da por descontado, que "Los socios indicados en la escritura social, son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social" (inc. 1o. del Art. 181 Com.), o sea que la responsabilidad es casi la misma; sin embargo, se nota aquí que la sociedad ya tiene existencia legal, y los acreedores pueden demandar válidamente a la compañía o a los socios, o en forma conjunta; con la sociedad de hecho no podrían hacerlo, porque sólo es posible demandar a una persona de derecho.

Cuando nos ocupemos de las sociedades irregulares, se volverán a tratar "las sociedades de hecho".

Opinamos que la omisión de dar conocimiento al público, por medio de circulares, de la constitución de la colectiva no es una solemnidad que acarree nulidad del pacto social; es más, parece no dársele cumplimiento, en la práctica, a esa solemnidad.

Para las anónimas ya se explicó que sin la inscripción no tienen existencia legal. Falta agregar que "Si a pesar de eso, se negocia en nombre de la compañía, el gestor responderá personalmente, y si son dos o más, mancomunada y solidariamente" (inc. 2o. del Art. 236 Com.). Siendo la anónima el caso típico de sociedades cuya inscripción tiene fuerza constitutiva: la compañía no nace en lo interno ni en lo externo si no ha sido inscrita, es más notorio el alcance de la responsabilidad de los socios, pues no todos resultan obligados por las gestiones realizadas, sino sólo los gestores y en la medida establecida en el inciso copiado. En la colectiva no inscrita son responsables solidariamente todos los socios, gestores o no.

Los efectos de la falta de inscripción de las sucursales y agencias de compañías anónimas extranjeras, los especifica el Art. 16 Com., sancionando el incumplimiento con la negación de "personalidad jurídica en El Salvador, para comparecer en juicio como demandantes, mientras no se verifique la inscripción; y los gerentes/^{o agentes} serán además personal y solidariamente responsables por los actos o contratos que ejecuten o celebren en nombre de dichas compañías aunque hubiere estipulación en contrario". La inscripción en ese caso no atribuye personalidad jurídica, únicamente la reconoce, cuando las agencias o sucursales tengan que comparecer como demandantes, y si no media esa inscripción los gerentes y agentes sufren las consecuencias: responder personal y solidariamente. Es lógico pensar que se reconoce personalidad jurídica en El Salvador a las sociedades extranjeras, y no a las sucursales y agencias inscritas; pero ese reconocimiento es suficiente para que éstas comparezcan, en juicio en carácter de demandantes, como si realmente ellas tuvieran aquel atributo.

La regulación fragmentaria referente a las sociedades en comandita, com

plican un poco el comentario tendiente a explicar los efectos de la inscripción y la falta de la misma. Siendo la comanditaria una mezcla de sociedad colectiva y de anónima, opinamos que sin inscripción no gozan de personalidad jurídica; pero en este caso es necesario hacer un distingo: los socios comanditados, si son dos o más, siempre responden personal y solidariamente por los actos ejecutados a nombre de la sociedad de hecho, como en las colectivas; a los comanditarios, únicamente les alcanza esa especie de responsabilidad si se han inmiscuido en la administración social o han permitido la inclusión de su nombre en la razón social, no importando si la sociedad es en comandita simple o por acciones. En este supuesto, el comanditario o comanditarios siempre responden personal y solidariamente, y la razón es porque forzosamente concurren con el socio o socios comanditados: la solidaridad supone dos o más personas.

En cuanto a las cooperativas no hay mucho por explicar, la clave se halla en el inc. 2o. del Art. 313 Com., cuyo texto reza así: "Las sociedades cooperativas deberán adoptar para su constitución una de las formas preceptuadas en el derecho común, y regirse por las disposiciones que regulen la clase de sociedades cuya forma hayan adoptado, y con las modificaciones que se expresan en este capítulo". La expresión "derecho común" está empleada como equivalente a Código Civil, y en éste, Art. 1819, las formas que preceptúa son las sociedades: colectiva, anónima y en comandita. Estas compañías también están reguladas en lo mercantil, y como de éstas ya se especificaron los efectos de la inscripción respecto a cada una de ellas, entonces habrá de analizarse la forma de sociedad adoptada para saber cuáles son los efectos que produce inscribir o no a las cooperativas.

La sociedad cooperativa, todavía contemplada en el Código de Comercio entre las compañías mercantiles, goza del favor legal en algunos aspectos: "El registro y la publicación de los actos de estas sociedades en el Diario Oficial del Gobierno serán gratuitos" (Art. 316 Com.); y "quedan exentas de cualquier imposición directa su capital y los rendimientos del mismo", siempre que se hubiere oído la opinión del Fiscal de Hacienda antes de inscribir la escritura de constitución, y si además la contabilidad "fuere llevada con todos los requisitos de ley". (Art. 330 Com.) .

Las sociedades por acciones de economía mixta, por hoy, no tienen ninguna particularidad en lo relativo a los efectos de la inscripción, porque conforme el Art. 1 de la Ley sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta, son compañías anónimas, con la variante de que en ella, además de los particulares, participan el Estado, o el Municipio, o las Instituciones Oficiales Autónomas. La citada Ley es especial y prevalece, por consiguiente, sobre la regulación de las anónimas comunes, por eso el Art. 8 de esa Ley establece un orden de prelación en cuanto al régimen legal aplicable a tales sociedades, remitiéndose, en subsidio, al Código de Comercio, en lo referente "a las sociedades anónimas en cuanto éstas últimas no se opongan a la presente Ley, estatutos y demás resoluciones a que alude este Artículo". La inscripción de las sociedades de economía mixta no pueden dispensarla los estatutos y demás resoluciones mencionadas en el Art. 8 de la Ley, a pesar de la forma en que ese artículo está redactado, sencillamente porque las anónimas no tienen existencia legal si no se han registrado debidamente.

¿Qué sucede si no se ha inscrito ese tipo de sociedad? Creemos que lo mismo respecto de la anónima no registrada, tratándose de los socios particulares; pero ¿cuál es la responsabilidad del Estado, de los Municipios y de las Instituciones Oficiales Autónomas? Fácilmente se comprende que los representantes de estas personas jurídicas no son socios. ¿Cargarán ellos con alguna responsabilidad? Si los entes jurídicos citados respondieran con responsabilidades iguales a la de los socios particulares ¿podrían ser demandados ejecutivamente? Unica-

mente se dejan planteados estos interrogantes, pues no se tiene el propósito de resolverlos.

El proyecto de Código de Comercio con un artículo, el número 25, soluciona el problema relativo a que las sociedades mercantiles brotan a la vida jurídica gracias a la inscripción en el Registro de Comercio. El artículo aludido dice así: "La personalidad jurídica de las Sociedades se perfecciona y se extingue por la inscripción en el Registro de Comercio de los documentos respectivos". El proyecto va más lejos aún, pues con su Art. 17: "Son comerciantes sociales todas las sociedades que funcionan en el país, independientemente de los fines que persiguen, sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 20", hace desaparecer la doble regulación: la civil y la mercantil. X;

El título del punto desarrollado no permite extenderse a mostrar todas las deficiencias actuales del Registro de Comercio, debidas al sistema legal imperante, ni a sugerir medidas para su corrección, por tal motivo prescindimos de hacerlo, aunque reconocemos que la regulación propuesta en el proyecto de Código de Comercio es bastante completa.

BIBLIOGRAFIA

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.:

(1) Pág. 578 -- (4) Pág. 579 -- (7) Pág. 585 -- (8) Pág. 594 -- (11) Pág. 588.

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit.:

(2) Pág. 866 -- (3) Pág. 868 -- (9) Pág. 890.

KARL HEINSHEIMER, Derecho Mercantil, 3a. Edición, Editorial Labor, S. A. Barcelona, España, 1933:

(5) Pág. 27

ROBERTO LARA VELADO, Trab. cit.:

(6) Pág. 140 -- (12) Pág. 141.

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Tratado de Sociedades Mercantiles cit. (Tomo I):

(10) Págs. 66 y 67.

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I)

CODIGOS CIVIL Y DE COMERCIO.

PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO, Pub. cit.

B) CALIDAD DE COMERCIANTE DE LA COMPAÑÍA MERCANTIL

En el epígrafe del Capítulo I, Título I, Libro Primero del Código de Comercio, se lee: "De la Calificación de los Comerciantes", y en seguida, en el Art. 40., se determina quiénes son comerciantes. El artículo está redactado así: "Son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para contratar, hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles".

Acordes con el punto por desarrollar, la atención se centrará únicamente en un detalle que se observa en el concepto legal de comerciante: el de calificar como tal a las sociedades mercantiles, sin más requisitos que el hecho de revertir esas formas sociales.

Si todas las compañías fueran mercantiles no existiría ninguna dificultad para calificar al comerciante social: toda sociedad legalmente constituida sería comerciante. La regulación civil para un tipo de sociedades, y la mercantil para otro, complica un poco las cosas. En efecto, el Art. 1817 C. estipula: "La sociedad puede ser civil o comercial. -- Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles". Los actos de comercio los enumera, incompletamente, el Art. 30. Com.

Esa doble regulación plantea, repitiendo las palabras de Garrigues "el problema peculiar de nuestra disciplina: la distinción del acto mercantil de su correlativo civil. La caracterización del contrato de sociedad mercantil ha de hacerse, pues, por contraposición al contrato de sociedad civil". (1)

Antes de todo, urge dejar en claro la situación de las sociedades anónimas. El Código de Comercio en el Art. 30., ordinal 7o., incluye entre los actos de comercio a "Las sociedades anónimas de toda clase", y el Art. 1822, C., a su vez, prescribe: Las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas".

En presencia de dos disposiciones en apariencia complementarias, pero en el fondo incompatibles en cierta medida, nos inclinamos por creer que la anónima civil vendría a ser un comerciante muy especial, para el solo efecto de aplicarle algunas normas propias de los comerciantes, excepto las concernientes a la quiebra, aunque choque la idea de incluir a un ente social de naturaleza civil en una categoría netamente mercantil. Las sociedades civiles serían, empleando una figura conocida, personas jurídicas con alma civil y con ropaje mercantil.

La duda es más aparente que real, en vista del Art. 4 del Código Civil, cuyo texto es: "Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería., se aplicarán con preferencia a las de este Código". Prevalece, pues, la disposición mercantil sobre el Art. 1822 C., el cual debe considerarse derogado tácitamente. (Art. 50 C., inc. 3o.),

En algunos países, como Argentina, donde hay sociedades civiles y comerciales, las anónimas son comerciantes, sin excepción, porque a todas las califica la ley como sociedades mercantiles. Como se ve, no estamos suponiendo algo insólito; es más, el proyecto de Código de Comercio propone que las sociedades de toda clase sean reguladas exclusivamente por las leyes mercantiles, y únicamente les niega el carácter de comerciantes a las sociedades de economía mixta.

Arturo Davis (2), en su obra ya citada, manifiesta: "No dice la ley civil

que las sociedades, por el solo hecho de pertenecer a la categoría o grupo de las sociedades anónimas, deben considerarse como sociedades comerciales. Y no lo dice, porque ello habría importado un profundo error de criterio, inconcebible en mentalidad jurídica tan equilibrada como la del ilustre redactor del Código Civil". Más adelante agrega: "Lo que dice... en el párrafo que trata de las diferentes especies de sociedad, es que las sociedades civiles anónimas están sujetas a "las mismas reglas" que las sociedades comerciales anónimas. Incuestionablemente, al hablar de "reglas" el legislador se ha referido a las formalidades de constitución, que son las mismas tanto para las compañías anónimas civiles como para las sociedades comerciales". En otra parte se refiere a casos resueltos por la jurisprudencia chilena en consonancia con el criterio sustentado por él.

Evidentemente el ilustre redactor del Código Civil, don Andrés Bello, no pudo considerar como sociedades comerciales a las anónimas civiles, porque éstas no pierden esa naturaleza aunque se sujeten a las mismas reglas de las compañías anónimas mercantiles, por la remisión hecha en el Código Civil, y en eso estamos de acuerdo con Davis; pero discordamos con él en cuanto limita el alcance de la frase "a las mismas reglas" sólo "a las formalidades de constitución" de la sociedad mercantil, pues de ser así, y ciéndonos a la legislación nuestra, únicamente habría de aplicarse a las anónimas civiles la regla establecida en el Art. 231 Com., o sea, constituirse por escritura pública otorgada por cinco personas por lo menos, etc., y no sería necesario inscribirla, ni anunciar "al público en el periódico oficial, la fecha en que se hubiere verificado la inscripción (Art. 237 Com.), etc. El artículo primeramente citado señala cómo se "constituye" la anónima y los requisitos indispensables del pacto social, y el Art. 236 Com., cuándo aquélla tiene existencia legal. A nuestro entender tan reglas son las del Art. 231 del Código de Comercio, como las contenidas en los artículos siguientes hasta el Art. 298 Com., inclusive, y también lo serían las relativas a la prescripción, exceptuando únicamente las de la quiebra.

La exclusión de la quiebra obedece puramente a razones de principio, pues no compaginaría la aplicación de una institución genuinamente mercantil a un ente social de naturaleza civil. Existe un marcado paralelismo entre el procedimiento establecido para la quiebra y el correspondiente al concurso de acreedores, en el caso de las anónimas; pero aun cuando la anónima civil quebrara las consecuencias penales no afectaría en nada a los socios, ya que ellos no son comerciantes, ni siquiera los de la anónima mercantil, según se verá en el siguiente punto del presente Capítulo.

La anónima civil quedaría, pues, sujeta a las reglas del concurso. Si éste es voluntario el gerente o administrador que haga sus veces, debe presentar al Juez (Art. 661 Pr.), solicitud firmada juntamente con los documentos expresados en el Art. 660 Pr. Para el concurso necesario véanse Arts. 662 Pr. y sigs. Respecto a las consecuencias penales y civiles el Art. 728 Pr., dice: "Cuando una compañía, corporación o colectividad sea declarada en concurso, el Síndico en su memoria manifestará... sobre la responsabilidad civil o criminal en que hayan incurrido los administradores, directores o gerentes de la compañía concursada..."

Se colige de lo dicho que aun en el caso de concurso, los socios de las anónimas "sólo son responsables por el valor de sus acciones", tal como expresa el inc. 4o. del Art. 1819 C., al dar la definición de sociedad anónima; porque la responsabilidad civil o criminal a que alude el Art. 728 Pr. no deriva de la condición de socio, sino de actos ejecutados en otro carácter.

Un atento examen del Código Civil permite afirmar que no contiene reglas especiales para las anónimas, salvo las generales o comunes aplicables a todos

los tipos de sociedades civiles, y subsidiariamente a las mercantiles (Art. 1874 C.). Los únicos artículos que mencionan a las anónimas son el Art. 1819 C., en el inciso mencionado en el párrafo que antecede, el Art. 1822 C., anteriormente transcrito, y el Art. 1862 C., que forma parte del Capítulo referente a la "Disolución de la Sociedad", cuyo texto es: "La estipulación de continuar la sociedad con los herederos del difunto se subentiende en... y en las anónimas". Esto no era necesario expresarlo, porque, como dice Manresa y Navarro "en ellas desaparece la personalidad del asociado para no atender más que al accionista, es decir, el poseedor de la acción, aunque no fuera el primitivo adquirente". (3)

Por las razones expuestas, pensamos que la anónima civil debe llevar contabilidad mercantil como cualquier comerciante, por el motivo siguiente: si la ley no tuvo empacho en considerar como acto de comercio a las "sociedades anónimas de toda clase", acto típicamente mercantil, menos lo habría en admitir el cumplimiento de una obligación derivada del ejercicio del comercio, o sea accesoria a él, como es la de llevar contabilidad mercantil; además, las anónimas por estar ubicadas en el Código de Comercio en el Título dedicado a las "Compañías Mercantiles", son comerciantes, con base en el Art. 4o. de ese Código, y si en ese concepto quedan sujetas a las reglas establecidas para éstos, vienen a ser, si no reglas exclusivas para las anónimas, pero sí aplicables a ellas, e indirectamente a las anónimas civiles. Admitimos que esta última conclusión es un poco forzada.

Ningún artículo del Capítulo "De las Sociedades Anónimas" menciona la contabilidad mercantil; indudablemente es una omisión adrede del legislador, con el objeto de evitar una regulación doble sobre un mismo objeto: en el Libro Primero, Título II del Código de Comercio se ocupa de ella; sin embargo, hay muchos artículos que la presumen, v. gr., en el caso de aumento o disminución de capital se practica un examen de cuentas, el cual necesariamente se hace en la contabilidad; en los Arts. 264, 272, 273, 286, 287 y 293, del Código de Comercio, se alude a los "balances" y éstos, conforme al Diccionario de la Lengua Española, son la "Confrontación del activo y el pasivo para averiguar el estado de los negocios o del caudal", y también: el "Estado demostrativo del resultado de dicha operación". Naturalmente esas operaciones tienen sentido si se supone la contabilidad, y en el caso particular en estudio, la mercantil.

En apoyo de nuestra tesis, trasladamos las palabras de De Gregorio, citado por Antonio Brunetti (4): "La creación y la gestión de un patrimonio autónomo, como el que se tiene en las sociedades civiles por acciones, no sólo justifica sino que hace indispensable llevar una contabilidad completa y regular de la actividad de la entidad". A continuación Brunetti comenta: "Creemos que se pueden aceptar estas ideas, porque la adopción por los contratantes de una sociedad simple, de las formas exigidas para la sociedad-empresa, lleva anejada la automática aplicación de todas las normas propias de la forma adoptada. No se puede admitir que, si la sociedad se presenta al público como empresa mercantil, sea posible prescindir de la formalidad de la contabilidad, cuya importancia se compendia en la formación de los balances, que constituyen la garantía fundamental para los socios y para los terceros. Es necesario reconocer que la forma en este caso, se antepone a la sustancia y que la aplicación de las normas sobre el status del empresario comercial, pasa a ser un gravamen para la sociedad que ha querido adoptarlo".

La opinión de Brunetti nos parece correcta si se aplica a las sociedades civiles con forma mercantil, por lo que en ese sentido la aceptamos sin reparos, y la anticipamos para cuando se trate "la forma de constitución", como uno de los criterios propuestos por algunos tratadistas, en el afán de diferenciar la sociedad civil de la mercantil.

En cuanto a las sociedades por acciones de economía mixta, opinamos que en la actualidad son comerciantes, porque el Art. 1 de la Ley sobre Constitución de Sociedades por acciones de Economía Mixta dice que son sociedades anónimas, y el Art. 8 de la misma Ley, estipula que ellas se rigen por el "Código de Comercio que se refieren a las sociedades anónimas en cuanto éstas últimas no se opongan a la presente Ley, estatutos y demás resoluciones a que alude este Artículo". Anteriormente se hizo ver el alcance de esas "resoluciones". Desde luego la calificación de comerciante no se comunica a los socios, al igual que en la anónima común.

Conforme al proyecto de Código de Comercio, Art. 43, "Las sociedades de economía mixta y las instituciones de interés público no son comerciantes sociales, pero les serán aplicables las disposiciones de este Código en cuanto a los actos mercantiles que realicen. -- Son sociedades de economía mixta aquellas que, teniendo forma anónima, están constituidas por..."

Los redactores del proyecto se vieron precisados a negarles expresamente el carácter de comerciantes, pues de no ser así hubiera podido pensarse lo contrario, en presencia del Art. 17 del susodicho proyecto que dice: "Son comerciantes todas las sociedades que funcionan en el país, independientemente de los fines que persiguen, sin perjuicio..."

Después de comentar las sociedades anónimas, se pasa en seguida al asunto que nos preocupa.

El Art. 1817 C., inc. 2o. pretende con un concepto, distinguir la sociedad mercantil de la correlativa civil. Dentro de esa aparente sencillez del concepto, va envuelta una infinidad de problemas de carácter práctico, que ha movido a casi la totalidad de los tratadistas a ocuparse de la cuestión.

Conociendo la diversidad de trato legal para la sociedad civil y para la mercantil, resulta innecesario recalcar la importancia de diferenciarlas. Desafortunadamente no hay entre los autores, respecto a la distinción, uniformidad de criterios, entre éstos se hallan los siguientes:

- 1o. - La profesionalidad de las partes;
- 2o. - La inscripción en el Registro Mercantil;
- 3o. - La personalidad jurídica de las sociedades comerciales;
- 4o. - La intención de las partes;
- 5o. - La forma de constitución;
- 6o. - La finalidad u objeto de la sociedad.

Por el mismo orden se analizarán los criterios enunciados.

1o.) La profesión de los socios es un criterio desechable, Es tan subjetivo que sólo los comerciantes podrían constituir sociedades mercantiles; a su vez, sería un escollo para ellos mismos, ya que su profesión les impediría formar sociedades civiles. A la inversa, a los médicos, abogados, ingenieros, etc., les estaría vedado constituir compañías mercantiles, lo cual iría en contra de la economía del país.

2o.) La inscripción en el Registro de Comercio no es un criterio suficien

te para distinguir la compañía civil de la mercantil. No es la inscripción la que confiere a la segunda carácter mercantil, es precisamente al revés, como expresa Langlé y Rubio, "por dedicarse al comercio, deben inscribirse. Lo contrario es invertir los términos". (5)

Ya se consignó que la inscripción confiere personalidad jurídica a las compañías mercantiles, y que éstas son comerciantes; pero es preciso aclarar que por ser mercantil una sociedad debe inscribirse, por ser un requisito esencial si desea operar como persona jurídica; consecuentemente, no es la inscripción la que le imprime el carácter mercantil a una sociedad. Esto se aprecia mejor y es más patente, sin un Registrador de Comercio inscribiera, por error, una sociedad civil, porque esa circunstancia no trocaría su naturaleza.

3o.) Pretender diferenciar las sociedades basándose en que la mercantil tiene personalidad jurídica y la civil no, es un criterio sin validez en aquellas legislaciones, como la nuestra, que reconocen personalidad jurídica a una y a otra. Aun más, algunos países sólo reconocen a ciertas compañías mercantiles la personalidad jurídica, y excluyen a otras, por ejemplo, Alemania.

4o.) La intención de las partes es un criterio aun más subjetivo. Hacer depender la naturaleza mercantil o civil de la sociedad de un acto volitivo de los socios, es una tesis deleznable, insostenible. Por ello ha dicho Rodríguez Rodríguez: "En derecho comparado, ninguna legislación ha seguido el sistema de la intención de los socios, criterio tan subjetivo que naturalmente no puede encontrar sanción en ningún Código". (6)

5o.) La forma de constitución tampoco es un criterio convincente: no puede la simple forma externa decidir/^{sobre} el fondo; es decir, cambiar la naturaleza intrínseca de una entidad. Resultaría infructuoso buscar la esencia civil o mercantil de una compañía atendiendo a su forma. Por esa razón es posible a la sociedad civil adoptar la forma mercantil, sin variar su substancia, siéndole aplicable en tal supuesto las disposiciones del Código de Comercio. El Art. 1818 C. permite esa modalidad: "Podrá estipularse que la sociedad que se contrae, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad comercial".

En esa hipótesis la voluntad de las partes prevalece en cuanto a la sujeción al régimen de la sociedad comercial, pero esa voluntad no cambia la naturaleza civil de la compañía. La Ley no permite la estipulación contraria, o sea, someter a la regulación civil a una sociedad que por su naturaleza es mercantil. No hay prohibición expresa, ni disposición autorizándolo; pero creemos que si los socios intentaran formar una sociedad de esa clase, ésta sería una compañía irregular, sin personalidad jurídica, la cual, además, no tendría realidad práctica, ni cabida en el Código Civil, porque una empresa con objeto mercantil no podría explotarse a través de una sociedad civil, donde el rigor protector de terceros se manifiesta en forma diversa al propio de las compañías mercantiles.

Los móviles para constituir sociedades civiles con forma mercantil pueden ser diversos, entre ellos Langlé y Rubio cita los siguientes: a) Dotarlas de mayor potencialidad económica y del consiguiente crédito; b) Limitar la responsabilidad de algunos socios o de todos; c) Evitar la extinción de las sociedades por causas personalísimas de alguno de los socios.

Existe duda en lo relativo a si se aplica a las sociedades civiles con forma mercantil el Código de Comercio, total o parcialmente, o el derecho común. En Francia, las sociedades civiles pueden revestir libremente cualquier forma; mas, si adoptan la forma anónima o la de la comanditaria, se sujetan totalmente

a las leyes y usos de comercio. En Portugal se sigue igual sistema, con la variante de que las exceptúa de las normas de la quiebra y no quedan sometidas a la jurisdicción especial mercantil.

Son significativas las palabras de Langlé y Rubio, respecto a que "la disciplina jurídica de las sociedades civiles con forma mercantil sigue rumbos distintos en el derecho comparado, pues queda sustraída a lo que se considera estrictamente mercantil, o bien la forma se sobrepone a la sustancia, ya en absoluto, ya en ciertos tipos de sociedad". (7)

Ello es así porque mientras algunos propugnan hacia la sujeción íntegra de las sociedades civiles con forma mercantil al Código de Comercio; otros, aceptan lo último, pero discrepan en lo referente a la aplicación completa del Código de Comercio, pues lo que el (8) "Código Civil desea es compaginar las disposiciones, y en modo alguno que el Código de Comercio le suplante totalmente". (Garrigues y Girón Tena, según cita de Langlé y Rubio).

Nuestra opinión es que cuando la ley permite someter las sociedades civiles "a las reglas de la sociedad comercial", admitiendo, por supuesto, que no son comerciantes, se les deben aplicar todas las normas mercantiles, menos las relativas a la quiebra, y recurrir a las leyes civiles solamente en la situación prevista por el Art. 2o. Com., o sea en defecto del Código de Comercio y de los usos mercantiles, pues como dice Garrigues, hay serios obstáculos para determinar cuáles reglas mercantiles serían opuestas a las civiles y viceversa; es más, algunas figuras sociales mercantiles tienen varias normas esenciales y necesarias, que se traducen en principios de garantía, de las cuales no se puede prescindir, aunque choquen con lo establecido en el derecho común.

Aquí son oportunas las palabras de Brunetti que reproducimos más atrás.

6o.) El criterio que goza de más aceptación en la doctrina y del reconocimiento en las legislaciones, es el que decide la calificación de la compañía, atendiendo a la naturaleza de la actividad de ésta: si la finalidad es la realización de actos de comercio, de los enumerados en el Art. 3o. Com., la sociedad será comercial; fuera de esos casos, civil.

Realmente, es el criterio más lógico; a pesar de ello se tropieza con dificultades porque la actividad de las sociedades puede ser compleja, mixta o dudosa, lo cual obligará a examinar en concreto cada caso, la importancia o frecuencia de las operaciones y la naturaleza de éstas. No siempre el deslinde completo de los actos mercantiles y civiles resulta fácil, particularmente en aquellos donde es difícil descubrir la esencia del acto mercantil o del civil. Seguramente no habrá tropiezos en captar la mercantilidad de un acto, cuando éste no tiene equivalente en la legislación civil, como las operaciones bancarias, de bolsa, letras de cambio, cartas órdenes de crédito, etc.

La tesis correcta, pues, dentro del derecho positivo es la basada en la finalidad de la sociedad; si ésta persigue la realización de actos de comercio, será mercantil; si los actos tienen otro carácter, civil.

La doctrina alemana pugna por que cada tipo de sociedad se gobierne por su propio régimen, atendiendo a su forma e independientemente de la finalidad social. Langlé y Rubio encuentra defendible esa posición pero como excepción, y por motivos de necesidad o conveniencia, en lo que toca a la sociedad por acciones, porque "los intereses de los accionistas y del público exigen garantías que sólo el derecho mercantil establece y que no han de eludirse bajo pretexto

de que la sociedad tenga objeto civil". (9)

Tradicionalmente se han considerado como sociedades de naturaleza civil las formadas para el arrendamiento de inmuebles, sin ánimo de subarrendarlos, el laboreo de minas, canteras, las agrícolas, etc.

Fácilmente se descubrirán las razones que tuvimos en tratar de distinguir las sociedades civiles de las mercantiles, pues éstas por tener ese carácter, la ley, Art. 4o. Com., les da la calificación de comerciantes, y ese era precisamente el punto que nos propusimos desarrollar, es decir, la calidad de comerciante de la compañía mercantil.

Una vez determinado el carácter civil o mercantil de una sociedad, conviene reparar en algunas diferencias en cuanto al tratamiento legal. Esto no concierne al punto de desarrollo, pero no conviene omitirlo.

a) Las sociedades mercantiles deben inscribir su pacto constitutivo y las modificaciones al mismo, si no registran aquél, quedan reducidas a la categoría de sociedades irregulares; las civiles son ajenas a esa exigencia, salvo si han adoptado la forma mercantil o si se han constituido como sociedades anónimas.

b) Además de la inscripción dicha, las sociedades mercantiles vienen obligadas a darle publicidad a ciertos actos de su vida social, ya en el Registro de Comercio o bien por medio del Diario Oficial; a las civiles se les releva de ello.

c) Las sociedades comerciales regulares, siendo comerciantes deben llevar contabilidad, con las formalidades preceptuadas en el Código de Comercio, y en algunos casos conforme a lo prevenido en la Ley de Papel Sellado y Timbres (Art. 42 y sigs.): sobre las civiles no pesa esa obligación, y si voluntariamente optan por llevar contabilidad, sus libros y documentos no tienen la fuerza probatoria especial indicada en el Art. 34 Com.

d) Las compañías mercantiles deben conservar los libros y documentos a que alude el Art. 35 Com., después de diez años de haberse liquidado, (las anónimas se rigen por el Art. 297 Com.); tal obligación no recae en las sociedades civiles.

e) Las compañías mercantiles quiebran por el cese del pago corriente de sus obligaciones, aunque la cesación no sea general (Arts. 770 y 771 Com.); las civiles concursan solamente cuando existen dos o más ejecuciones pendientes contra ellas, y el acreedor de alguna de esas ejecuciones no haya "encontrado bienes libres de gravamen, conocidamente bastantes a cubrir la cantidad que se reclama" (Art. 662 Pr.).

f) "La quiebra de una sociedad en nombre colectivo o en comandita lleva consigo la de los socios que tengan en ella responsabilidad solidaria... y produce respecto de todos los dichos socios, los efectos inherentes a la declaración de quiebra, pero manteniéndose separadas las liquidaciones respectivas" (Art. 785 Com.). Esto tiene repercusiones en el campo penal, en cuanto a la agravación de la pena para el comerciante: Arts. 479 a 483 Pn.; en las sociedades civiles a los socios no les alcanza el concurso, o sea, no se les declara concursados, únicamente pueden sufrir los efectos indicados en el Art. 728 Pr., caso de resultar culpables.

g) En las compañías civiles las personas que tienen responsabilidad limitada (socios de la colectiva y socios gestores o comanditados de la comanditaria), la cuota del insolvente grava a los otros, pero no responden solidariamen

te, sino a prorrata de su interés social, salvo pacto expreso en contrario, y siempre que "se haya además contraído por todos los socios o con poder especial de ellos" (Art. 1853 C.): en las mercantiles esos mismos socios responden ilimitada y solidariamente, no pudiendo pactar lo contrario (Art. 181 Com.). Los socios comanditarios cuando vulneran las prohibiciones que el Código Civil o el de Comercio establecen, asumen la misma responsabilidad que les cabría a los colectivos y comanditados, en sus respectivos casos, según sea civil o comercial la compañía.

h) Las compañías civiles y mercantiles se constituyen de distinta manera, pues mientras para las segundas es imprescindible la escritura pública y otras solemnidades, para las primeras basta el instrumento privado, excepto las anónimas civiles, o cuando se aportan inmuebles o derechos reales constituidos en los mismos al momento de celebrarse el contrato, conforme a lo expresado en el punto "De los Aportes. Clases". Algunos autores sostienen que siendo consensual el contrato de sociedad civil, excepto el de las anónimas, no es necesario que conste por escrito, y si se otorga instrumento público o privado, eso sirve únicamente para fines probatorios, pero no como requisito esencial para su constitución. Arturo Davis, con abundancia de argumentos sostiene lo contrario. Decididamente nos adherimos a Davis, y si no reproducimos sus argumentos, ni expresamos los nuestros, es para no extender innecesariamente el punto, además, estaría fuera de lugar hacerlo aquí.

i) La materia relativa a la prescripción se rige por el derecho común, en lo tocante a las acciones y excepciones a favor o en contra de las sociedades civiles (Art. 2253 C. y sigs.); las sociedades mercantiles tienen reglas propias en el Código de Comercio (Art. 227 y sigs, y Art. 806 y sigs.). En la prescripción mercantil los plazos son más cortos.

Existen otras pequeñas diferencias que no vale la pena comentar.

BIBLIOGRAFIA

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.:

(1) Pág. 260

ARTURO DAVIS, ob. cit.:

(2) Pág. 38

JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO, ob. cit. (Tomo XI):

(3) Pág. 413

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):

(4) Págs. 89 y 90

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit.:

(5) Pág. 352 -- (7) Pág. 359 -- (8) Pág. 361 -- (9) Pág. 351

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Tratado de sociedades Mercantiles, ob. cit. (Tomo I):

(6) Pág. 7

LEON BATARDON, ob. cit. --- ARTURO ALESSANDRI R. y MANUEL SCARRI-VA U., ob. cit. (Tomo IV). -- ALFREDO BARROS ERRAZURIZ, ob. cit., Volumen III. --- ROBERTO LARA VELADO, Trab. cit. --- ALFREDO ROCCO, Principios de Derecho Mercantil, Parte General, Editora Nacional, S. A. México, D. F., 1947.

C) ¿SON COMERCIANTES LOS SOCIOS?

En el punto precedente quedó sentado que, por imperio de la ley, son comerciantes las sociedades mercantiles. Ahora bien, si las compañías civiles no lo son, menos lo serán sus socios, considerados en este carácter. El problema se plantea, pues, sólo para los socios de las compañías mercantiles.

No todos los tratadistas han abordado la cuestión referente a si el socio de la compañía mercantil, en cuanto tal, es o no comerciante, cuando les ha tocado referirse al comerciante individual. Unos circunscriben el problema a los socios colectivos, o bien hablan de los socios solidarios o de los socios de responsabilidad ilimitada; otros, muy pocos por cierto, lo extienden a los socios comanditarios. Sólo los accionistas de las anónimas han escapado de la controversia, según hemos comprobado en todos los autores consultados, y quizás sea universal el criterio de no considerarlos comerciantes.

Para orientarnos, habremos de volver sobre el concepto legal de comerciante. "Son comerciantes los que, teniendo capacidad legal para contratar, hacen del comercio su profesión habitual, y..." (Art. 4o. Com.).

Garrigues, con varios ejemplos y razones, demuestra la inexactitud del concepto, y propone el siguiente: "Comerciante es, pues, la persona que ejerce el comercio en nombre propio (sea este nombre el suyo civil, sea el comercial, que también es propio para el comercio), o la persona que hace que otros lo ejerzan como representantes en nombre suyo. Comerciante es el dueño del negocio, en sentido jurídico". (1)

Igual a Garrigues, otros autores también consideran comerciante a una persona aunque no ejerza personalmente el comercio, si otros lo hacen por él en carácter de representantes y en nombre suyo.

Para exponer algunas de las opiniones vertidas al respecto, se tratará primero el problema de los socios de las compañías colectivas; en seguida, el de los socios de las comanditarias; y, finalmente, el de los accionistas de las anónimas.

Socios de la Compañía Colectiva

1) Los que le atribuyen calidad de comerciante a los socios de la colectiva, constituyen un número considerable, en razón de la peculiar situación de tales socios con relación a la compañía de que forman parte, cual es la de quebrar juntamente con ella y la de responder ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales. Esa responsabilidad se manifiesta en dos modalidades: a) en algunas legislaciones, como la nuestra, son solidarios los socios juntamente con la compañía: los acreedores sociales pueden indistintamente demandar judicialmente a la sociedad o a cualquiera de los socios, o en forma conjunta; b) en otros países, la responsabilidad no es principal y directa, sino subsidiaria; la responsabilidad directa recae en la compañía; la responsabilidad solidaria de los socios no se hace ostensible mientras la sociedad tenga medios para satisfacer sus obligaciones. Los socios están en una situación similar a la del fiador común, cuando éste no ha renunciado al beneficio de excusión, pues entonces "podrá exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda" (Art. 2107 C.).

El tratadista Francisco J. Garo, enfoca el asunto refiriéndose a la "Situación del socio de una sociedad colectiva", y dice: "Dicho socio integra una entidad que es comercial en razón de la calidad de sus actos, beneficiándose o perjudicándose a las resultas de sus negocios, responsabilizándose ilimitada y solidariamente con los demás, hasta el punto que la quiebra de la sociedad implica la suya. No desvirtúa esta afirmación el hecho de no matricularse ni llevar libros, porque hay comerciantes que lo son sin dichas formalidades". (2)

Agustín Vicente y Gella (3), aludiendo al socio de la regular colectiva, indica que en los Códigos donde la sociedad tiene personalidad distinta de la de sus componentes, "es evidente que cuando el socio gestor realiza actos por la sociedad, falta el requisito de obrar en nombre propio, para que pueda considerarse a aquél como comerciante". El autor da la impresión de no considerar comerciantes a los socios; pero esa idea desaparece inmediatamente, pues al referirse a los Códigos de Italia, Francia y España, previene que en ellos se "establece que cuando la sociedad regular colectiva sea declarada en quiebra, lo serán también los socios que la forman". Ello le sirve para afirmar "si la quiebra es una institución aplicable sólo a los comerciantes, ¿cómo se puede constituir en ese estado a quien no ostente tal cualidad, puesto que es la sociedad y no los socios quien ejerce el comercio? Y por el contrario, si son comerciantes, sentado que los actos los ejecutan en nombre de aquélla ¿Cómo se salva la dificultad del nombre propio, que la doctrina está acorde en exigir, para atribuir a un sujeto la condición de mercantil?" (3).

El mismo autor contesta sus preguntas, y llega a la conclusión de que los socios colectivos son comerciantes, fundándose en que a pesar de la declaración terminante del legislador, esas sociedades no tienen en el derecho histórico personalidad jurídica, y aun en el moderno no se les reconoce en algunas legislaciones, entre ellas la alemana; y en aquellos países donde las compañías colectivas tienen ese atributo "el socio gestor no obra en realidad, en nombre de la sociedad, porque ésta no es una persona distinta en esencia, no obstante la declaración rotunda en contrario del texto legal".

En resumen, puede decirse que quienes consideran comerciantes a los socios colectivos, se basan, principalmente, en lo siguiente: a) los socios colectivos quiebran como los comerciantes (Art. 785 Com.); y, b) su responsabilidad es igual a la del comerciante: personal e ilimitada.

Entre otros autores que sostienen esa posición, Langlé y Rubio (4) cita a los siguientes: Boistel, Thaller, Lyon-Caen y Renault, Lacour y Bouteron, Wahl, Vidari, Manara, Bolaffio, Sraffa, Navarrini, Goldschmidt, Canstein, - Gareis, Fuchsberger, Cosak, Heins-heimer, Martí de Fixelá y otros.

II) Los que niegan la calidad de comerciante al socio colectivo arguyen: a) Los socios colectivos quiebran, no porque sean comerciantes, sino debido a que la posibilidad de caer en quiebra no es una característica fundamental de la cualidad de comerciante, y menos aun es su elemento constitutivo único. "Esta situación del socio, expresa Langlé y Rubio (5) es secuela y accesorio de aquella en que la sociedad ha caído, determinando que se extiendan a él, sin ser comerciante, sino responsable, los efectos de tal estado. Aun así, la ley pone cuidado de mantener separadas las liquidaciones respectivas. Y en último extremo, el argumento sólo conduciría a pensar en la existencia de una excepción a la regla general de que la quiebra es institución privativa de los comerciantes (Rocco)".

b) El mismo tratadista, L. y Rubio (6), advierte que los socios colec

tivos responden ilimitadamente de las operaciones sociales, pero no con responsabilidad directa y principal, sino prestando su garantía personal, en igual forma al fiador de un comerciante, sin que por ello adquiriera esa calidad.

En nuestro derecho positivo la responsabilidad es directa y principal, pero aun así creemos que la responsabilidad ilimitada del socio no es un criterio suficiente para atribuir al socio el calificativo de comerciante; porque siguiendo esa tesis también lo serían los miembros de las colectivas civiles, cuando expresamente hubieren pactado la solidaridad, pues ésta, en ese caso particular, lleva implícita la responsabilidad ilimitada.

c) Los comerciantes están obligados a llevar contabilidad mercantil (Art. 18 Com.), y hasta la fecha nadie ha pensado en que los socios la lleven también, paralelamente a la de la sociedad.

d) El Código de Comercio considera comerciantes a las sociedades mercantiles, y extender ese estado a los socios sería inútil e innecesario.

e) Donde las compañías mercantiles son comerciantes, y son además personas jurídicas, es decir distinta de la personalidad de los socios (Art. - 1811C., inc. 2o.), aquéllas operan como entidades que comercian y se obligan por sí, no en nombre de sus miembros. Aunque los socios colectivos responden de los resultados con sus propios bienes, es (7) "sólo subsidiariamente, pues la sociedad es la comerciante y la responsable directa con su patrimonio. Sostener lo contrario, además de resultar inútil redundancia, envuelve el error de atribuir la cualidad de comerciantes a personas individuales por el hecho de tener una parte de interés social en una compañía mercantil, sin que se dediquen habitualmente a ejercer el comercio y sin que comercien en nombre propio" (Langlé y Rubio). Ya se hizo notar que en nuestra legislación la responsabilidad no es subsidiaria. El citado autor continúa diciendo que tampoco puede servir alegar, para demostrar lo contrario, la circunstancia de que la compañía gire bajo el nombre de los socios, pues ello no es más que la manera de constituir la razón social, en la cual pueden no entrar todos los socios, sino alguno o uno solo de ellos.

Finalmente Langlé y Rubio (8) concluye: "la doctrina de que es comerciante el socio ilimitadamente responsable se puede sostener, hasta cierto punto, en Alemania, cuyo derecho no reconoce personalidad jurídica a la sociedad colectiva; pero es insostenible en España". Lo mismo podría decirse de los demás países que reconocen personalidad jurídica a la colectiva.

Carlos C. Malagarriga (9) se inclina por considerar que el socio colectivo no adquiere, por serlo, la condición de comerciante, ya que aunque intervenga en la administración, lo que puede no ocurrir, actuará siempre por la sociedad y no en su nombre propio, ni por cuenta propia. El autor estudia la condición del socio solidario, y en ese sentido abarca al socio gestor de la comanditaria, por ello dice que varios tratadistas reducen el problema sólo a las sociedades colectivas.

Malagarriga cita la jurisprudencia argentina e indica que está dividida, pues mientras los tribunales comerciales se pronuncian casi sin variación por la negativa; los tribunales civiles, opinan lo contrario. Fragmentariamente transcribe la doctrina sentada por la Cámara Comercial de ese país, así: "... el socio colectivo por el mero hecho de serlo, podría ser declarado en quiebra, pero no podría prevenirla...; su quiebra, se reputaría fraudulenta porque no lleva libros, si contratase con un comerciante sería juzgado por los libros de éste, porque él no puede oponer asientos en contrario...; sus actos se reputa

rían actos de comercio... y otras contradicciones más..."(10).

Sin muchos preámbulos, el autor Rodríguez Rodríguez (11) escribe: "Los socios de sociedades mercantiles no son por esta circunstancia comerciantes, ya que es la sociedad la que tiene personalidad jurídica y en su nombre se realizan los actos de comercio. Por lo tanto, los socios de sociedades colectivas, en comandita y de las demás previstas por la L. G. S. M. , no tendrán la consideración de comerciantes, por esa sola circunstancia". (La sigla L. G. S. M. , corresponde a la Ley General de Sociedades Mercantiles, de México).

Otros autores que niegan a los socios colectivos la calidad de comerciantes son: Vivante, Bonelli, Rocco, D'Amelio, Behrend, Hahn, Staub, Endemann, según expresa Langlé y Rubio.

A nuestro juicio, la tesis correcta es la sostenida por los últimos expositores. Desafortunadamente en los textos consultados pocos se han referido al problema, y los que se han ocupado de él únicamente le han dedicado unas breves líneas, por esa razón nos hemos visto precisados a trasladar textualmente, en lo fundamental, parte de la opinión de los autores que se han mencionado. En vista de ello, trataremos de ampliar conceptos, así:

A) Si la sociedad colectiva tiene personalidad jurídica, es obvio que actúa por medio de representantes: los actos ejecutados por éstos, dentro de los límites de sus atribuciones, le son imputables a la sociedad. "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultado por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado él mismo" (Art. 1319 C.). En lo mercantil "La facultad de administrar trae consigo el derecho de usar de la firma social" (Art. 201 Com.); esa facultad no necesariamente la ejercen todos los socios (Art. 200 Com.), Normalmente "La administración corresponde de derecho a todos y a cada uno de los socios", sin embargo, "estos pueden desempeñarla por sí mismos y por sus delegados, sean socios o extraños" (Art. 192 Com.). Naturalmente si esa administración se delega en extraños, procederíamos precipitadamente si pensáramos que ellos quebrarían si la sociedad cayera en ese estado, por estar ejerciendo el comercio a nombre de la compañía; en cambio a los socios sí les alcanzaría la quiebra por el hecho de tener una participación social, a pesar de no estar comerciando ni por sí ni a nombre ajeno; esto así sería por disposición expresa de la ley. El ejemplo pone de manifiesto que al socio se le aplica una institución propia de los comerciantes, sin serlo él.

B) Si se aceptara sin discusión que "La quiebra es el estado del comerciante que cesa en el pago corriente de sus obligaciones" (Art. 770 Com.), y que "La quiebra de una sociedad en nombre colectivo o en comandita lleva consigo la de los socios que tengan en ella responsabilidad solidaria..." (Art. 785 Com.), se llegaría a la conclusión de que esos socios serían comerciantes. En el apartado anterior se vio que eso no sería exacto.

Además, ¿se aplica la quiebra en toda su extensión a los socios colectivos? Creemos que no, porque:

lo) La quiebra es un estado indivisible que "abrazo la universalidad de los bienes y deudas del fallido" (Art. 772 Com.), y tratándose de los colectivos sus liquidaciones se mantienen separadas. Con esta separación tal vez se trata de evitar que los acreedores sociales resulten perjudicados si uno de los socios contrajo deudas cuantiosas antes de entrar en sociedad, cuando los acreedores particulares concurren con aquéllos, pues verían disminuida la posibilidad de que se les satisficieran sus créditos. El Art. 789 Com. estatuye:

"En las sociedades colectivas los acreedores particulares de los socios cuyos créditos fueren anteriores a la constitución de la sociedad, concurrirán con los acreedores de ésta, colocándose en el lugar y grado que les corresponda, según..." Opinamos que los acreedores indicados en el Art. 789 Com. concurren con los acreedores sociales, pero únicamente en la liquidación correspondiente al socio con quien ellos se relacionaron, porque de lo contrario sería injusto hacer cargar a los otros socios con las obligaciones de la compañía y con las particulares de los demás;

2o.) Si uno de los socios no tiene bienes suficientes para cancelar las deudas de la compañía y el otro sí, pero éste los oculta ¿habrá consecuencias penales para ambos ? ; etc.

C) En cuanto a la responsabilidad del socio colectivo, dijimos que no era un criterio irrefutable para considerar comerciante a tal socio, porque había otras personas que podrían quedar obligadas en igual forma, sin ser comerciantes. Pensamos que si el legislador es exigente respecto a la responsabilidad de los colectivos, es para compensar la falta de garantía que representa el patrimonio de la sociedad, pues la disminución o aumento de éste queda en parte al arbitrio de los socios, incluso el capital social que debería mantenerse intangible, puede disminuirse sin muchas cortapisas, ya que conforme a lo dicho en otro capítulo, el principio de la integridad del capital no se mantiene en todo su rigor en esas compañías.

La afirmación de que el socio colectivo es comerciante, sólo por responder en igual forma que éste, es decir, personal e ilimitadamente, nos intriga, porque si el comerciante individual responde de esa manera, ello no tiene nada de particular, pues ¿acaso los deudores comunes tienen una responsabilidad distinta? El Art. 2212 C. establece: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros...". Pongamos unos ejemplos. Un comerciante tiene un establecimiento mercantil y en el giro de sus negocios contrae obligaciones que no puede cubrir con los bienes afectos a su empresa. Los acreedores basados en el principio de la responsabilidad ilimitada, pueden embargar esos bienes y además otros no destinados al negocio mercantil. Estudiemos hoy el caso desde distinto ángulo: ese mismo comerciante contrae deudas de carácter puramente civil, y con sus bienes particulares no puede hacer frente a sus obligaciones; ¿podrán los acreedores civiles embargar también los bienes del establecimiento mercantil? Seguramente que sí, e incluso trabar embargo posteriormente sobre los bienes adquiridos después. Si se examinan los dos ejemplos se advertirá que en el primero el deudor comerciante responde ilimitadamente, y en el segundo también, pero como un deudor civil. No hay diferencia sustancial en uno y otro caso, probablemente algunas legislaciones expresamente establecen el principio de la responsabilidad ilimitada del comerciante, para dejar en claro que él responde de sus obligaciones mercantiles, no sólo con los bienes de su giro comercial, sino también con sus bienes particulares.

D) Para terminar y aunque esto realmente no tiene un carácter decisivo en lo que se quiere demostrar, conviene tener presente que a los socios colectivos, en cierta medida se les prohíbe ejercer el comercio por su cuenta, ya que no pueden "Explotar por cuenta propia el ramo de la industria en que gire la sociedad sin consentimiento de todos los consocios, operaciones particulares de cualquier especie, cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio. -- Los socios que contravengan..." (Art. 212 Com., ord. 4o.). Se quiere evitar con ello la concurrencia desleal porque el socio está en condiciones de conocer los pormenores y secretos del comerciante social, por quien

el socio está actuando. El Art. 214 Com. dice: "El socio industrial no podrá emprender negociación alguna que le distraiga de sus atenciones sociales, so pena de perder las ganancias que hubiese adquirido hasta el momento de la violación". En este caso la prohibición respecto al socio industrial va más lejos, pues le inhibe de ejercer por su propia cuenta, el comercio, en las condiciones dichas.

Socios de la comanditaria

Para los socios colectivos, gestores o comanditados, como quiera que les llame, de la comanditaria, vale lo expresado en el apartado anterior.

A los socios comanditarios la opinión dominante no los considera comerciantes, porque: a) No ejercen actos de comercio, pues se les excluye de la gestión social (Art. 309 Com.); y, b) No responden ilimitadamente.

Estamos en un todo de acuerdo con esa opinión.

En materia civil "Se prohíbe a los socios comanditarios incluir sus nombres en la firma o razón social, y tomar parte en la administración. -- La contravención a la una o a la otra de estas disposiciones les impondrá la misma responsabilidad que a los miembros de una sociedad colectiva" (Art. 1820 C.),

En lo mercantil interesa destacar dos disposiciones: a) la del Art. 308 Com. que dice "El socio comanditario que consienta en que su nombre figure en la firma social y aquellos que hagan uso de la misma, serán responsables personal, ilimitada y solidariamente por los actos en que haya intervenido la firma". En ella se nota que esa especie de responsabilidad se limita a "los actos en que haya intervenido la firma" del socio comanditario; y b) la que dice que "El socio comanditario no podrá realizar ningún acto de administración que produzca derechos y obligaciones para la compañía... Cualquier acto contrario a esta prohibición lo hace ilimitada y solidariamente responsable de todas las obligaciones de la sociedad respecto de terceros" (Art. 309 Com., inc. lo.).

El interés que nos mueve para ocuparnos de esas dos disposiciones es el siguiente: El Art. 785 Com. prescribe que cuando quiebra "una sociedad en nombre colectivo o en comandita lleva consigo la de los socios que tengan en ella responsabilidad solidaria, conforme a los artículos 181, 307, 308 y 309 de este Código...." No cabe duda que en estas condiciones los socios comanditarios serían o no calificados como comerciantes, conforme al criterio que se siga respecto a los socios de las compañías colectivas. Como nosotros no consideramos comerciantes a estos últimos, por igual razón se la negamos a los comanditarios en el caso planteado. Solamente queremos destacar que incluso el ejercicio esporádico de actos de comercio que en la administración realice el comanditario, lo pueden llevar a la quiebra, lo cual nos convence una vez más que tal institución no es exclusiva de los comerciantes.

Socios de las Anónimas

En las anónimas los socios responden únicamente por el valor de sus acciones: su obligación no se extiende a más. Ese principio absoluto encuentra su consagración en nuestro derecho positivo en el inc. 4o. del Art. 1819 C.: "Sociedad anónima es aquella en que el fondo social es suministrado por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones..."

La participación de los accionistas en la administración social no los

convierte en responsables ilimitada y solidariamente, como a los comanditarios; es más, la legislación patria exige que en el pacto social se establezca "El modo o forma con que deben elegirse las personas que habrán de ejercer la administración, o sea el Consejo o Junta Directiva de Gobierno..." (Ord. 4o. Art. 231 Com.), y el Art. 259 Com. determina que "La administración de las sociedades anónimas, estará confiada a una Junta Directiva nombrada por la Junta General" y como complemento el Art. 260 Com. dice: "La elección de directores se efectuará de entre los mismos socios..." En otras palabras, según sea el número de cargos directivos, así será el número de accionistas que intervienen en la administración social.

En las anónimas los directores están ejerciendo, indudablemente el comercio, pero en nombre de la sociedad, por eso el último inciso del artículo 261 Com. estatuye: "Los directores de cualquier sociedad anónima no podrán ejercer personalmente comercio o industria iguales a los de la sociedad, a no ser en casos en que medie autorización especial expresamente concedida en Junta General" Es una prohibición parecida a la correspondiente a los socios colectivos.

En las sociedades anónimas es frecuente que uno o varios de los socios sean compañías mercantiles. ¿Son comerciantes estos socios? Seguramente lo son; pero esa condición no dimana del hecho de pertenecer a la anónima, y tanto es así, que si ésta quiebra y las compañías mercantiles accionistas ya han cubierto totalmente el valor de sus acciones, contra ellas no tienen ninguna acción los acreedores de la quiebra. Son comerciantes, pues, por ser sociedades mercantiles, y no por ser accionistas de las anónimas.

Un caso similar se presenta con el socio colectivo cuando ejerce el comercio, independientemente de la sociedad: entonces es comerciante. Por eso el Art. 786 Com. dice: "La quiebra de uno o más socios no produce por sí solo la de la sociedad". El artículo es claro, si el comerciante quiebra en sus negocios particulares, eso no es motivo para que la sociedad de la cual él es socio caiga también en ese estado, pero sí sería causal para pedir su disolución, conforme el Art. 1864 C. en relación con el Art. 215 Com.

En las sociedades mercantiles, exceptuando la anónima, es raro encontrar como socios a otras sociedades.

Como conclusión final, podemos decir que los socios de todas las compañías no son comerciantes.

El Proyecto de Código de Comercio, en el inciso lo. del Art. 16, de manera general, indica quiénes no son considerados comerciantes, y en el inc. 2o. del mismo artículo prescribe: "Tampoco lo son los miembros de las sociedades, por esta sola circunstancia".

BIBLIOGRAFIA

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.:

(1) Pág. 249

FRANCISCO J. GARO, Derecho Comercial, Parte General, Roque Depalma Editor Buenos Aires, 1955:

(2) Pág. 116

AGUSTIN VICENTE Y GELLA, Introducción al Derecho Mercantil Comparado, 2a. Edición, Editora Nacional, S. A., México, D. F. 1951:

(3) Pág. 68

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit.:

(4) Pág. 314 -- (5) Pág. 314 -- (6) Pág. 314 -- (7) Pág. 315 -- (8) Pág. 315

CARLOS C. MALAGARRIGA, Tratado Elemental de Derecho Comercial, (Tomo I), Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951:

(9) Pág. 126 -- (10) Pág. 125

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Curso de Derecho Mercantil, (Tomo I), 4a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F. 1960:

(11) Pág. 40

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit. -- JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.

CAPITULO V

A) DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS SOCIEDADES.
CONTROVERSIAS.

El tema conduce, indefectiblemente, a la escabrosa cuestión relativa a indagar qué son o en qué consisten esos seres a quienes se denomina personas o sujetos de derecho, o sea personas jurídicas.

En atención a lo dicho, el presente punto se desarrollará en dos partes: en la primera se analizarán las doctrinas que pretenden explicar la esencia de las personas jurídicas; en la segunda, la personalidad jurídica de las sociedades y las controversias que existen respecto a esto último.

PRIMERA PARTE

Por ser la noción de persona uno de los conceptos jurídicos fundamentales, su estudio es inevitable si se quiere tener una idea, siquiera aproximada, de ese algo al que al Derecho en general interesa tanto, precisamente porque son inconcebibles las relaciones jurídicas si se prescinde del sujeto: el mundo jurídico gira alrededor de las personas; por ello Pedro León, citado en una llamada por Satanowsky, ha dicho: "En todo fenómeno jurídico se encuentran, indiscutiblemente entrelazados, un sujeto o persona, una norma de derecho y una situación de hecho. No puede faltar el sujeto porque todos los efectos jurídicos sin ninguna excepción, están vinculados a una persona, es decir, en un titular de derechos y deberes jurídicos". (1)

Nos hubiera resultado cómodo soslayar el problema, pero el desarrollo del presente punto resultaría trunco si no se exponen algunas teorías relacionadas con las personas jurídicas, elaboradas por tratadistas de prestigio.

En doctrina existe cierta confusión respecto al concepto jurídico de persona, debido a que el término "persona" tiene significaciones distintas según se le estudie desde el punto de vista filosófico, sociológico, biológico o jurídico.

Tradicionalmente las personas se han clasificado en: físicas o jurídicas. A las primeras también se les llama naturales; a las segundas, se les ha denominado colectivas, morales, sociales, ficticias, etc. Gozan de más aceptación los calificativos de "jurídicas" y de "colectivas", a pesar de haberse criticado duramente al igual que las demás denominaciones. Se ha dicho, con justicia, - que todo sujeto capaz de tener facultades y deberes es persona jurídica, sin excluir, por supuesto, a las personas físicas, por ser éstas los sujetos de derecho por antonomasia. García Máynez (2) prefiere las denominaciones "personas jurídicas individuales" y "personas jurídicas colectivas".

Las personas jurídicas, en opinión de Recaséns Siches (3), "más propiamente deben ser denominadas personas colectivas".

Otras clasificaciones doctrinales son las de personas de tipo corporativo o asociacional y de tipo institucional o fundacional: las corporaciones tienen como elemento básico una colectividad de individuos; las fundaciones, un patrimonio adscrito a un fin. Otra clasificación de carácter más práctico las divide en personas de interés público y de interés particular; estas últimas pueden ser

civiles o mercantiles, y pueden adoptar tantas modalidades como fines lícitos se presenten en la vida humana. (4).

Para no apartarnos de la corriente doctrinal más difundida ni de la letra expresa de la mayor parte de las legislaciones, en esta exposición se hablará de personas jurídicas o colectivas en contraposición a personas físicas o naturales.

Según varios autores, el estudio de las personas físicas y de las colectivas no debe hacerse en forma separada, considerando a ambas como dos polos opuestos, como términos inconciliables. Recaséns Siches aclara que si él "ha empezado la exposición con referencia al sujeto individual ha sido tan sólo para facilitar la inteligencia de esta doctrina; pero no porque en ella se establezca un concepto diferente para la persona individual que para la colectiva; pues, por el contrario, uno de los caracteres esenciales de esta teoría - consiste en homogeneizar ambas nociones". (5)

Con el objeto de dar a conocer con la mayor exactitud posible el pensamiento de algunos tratadistas versados en la materia, nos veremos obligados a transcribir sus palabras con mucha frecuencia; sin embargo, queremos dejar constancia, y no es por buscar una excusa, que la mayor parte de los autores consultados han hecho igual cosa: citan textualmente largos párrafos.

Con esa advertencia, se empezará el estudio con las personas físicas.

PERSONAS FISICAS O NATURALES

Los sujetos jurídicos individuales son las personas físicas o naturales, es decir, el hombre; principio no siempre reconocido en todas las épocas y lugares, como lo demuestra la institución de la esclavitud, afortunadamente abolida en las leyes y costumbres de los pueblos civilizados. Tampoco los monstruos fueron considerados personas en determinados períodos de la historia. También podía perderse la personalidad, en épocas pretéritas, como consecuencia de una condena penal (muerte civil) o por la adopción del estado religioso (vida claustral).

Debe advertirse que aun cuando todo hombre sea persona, ello no significa una identidad de concepto. La distinción entre hombre y persona es admitida unánimemente por la doctrina. En García Máñez (6) se lee: "El hecho de que todo hombre sea persona no significa que la personalidad jurídica del individuo se confunda con su realidad humana, o derive de su personalidad moral". Sus palabras son corolario de la tesis sustentada por Kant, de quien transcribe: "Si el hombre ha de ser objeto del conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el derecho. Pero lo que el orden jurídico se apropia, no es todo el hombre, no es el hombre en cuanto tal; es decir, la unidad específica de la biología y la psicología con todas sus funciones; sólo algunas acciones humanas particulares - a varias de las cuales se las designa negativamente como "omisiones" - son las que hallan entrada en la ley jurídica como condiciones o consecuencias".

En igual sentido se pronuncia Recaséns Siches al afirmar que ^{en} el Derecho no es la plenitud del sujeto individual quien funciona como persona; su propia e intrasferible existencia, como él dice, es ajena al Derecho, en éste únicamente cuentan (7) "ciertas dimensiones genéricas y comunes, objetivadas y unificadas por el ordenamiento jurídico; y que precisamente la personalidad ju

rídica individual está constituida por esa objetivación unificada que el ordenamiento jurídico ha construido con unas determinadas cualidades genéricas y funcionales (las calidades de ciudadano, comprador, contribuyente, hijo, marido, testador, heredero, etc.)". El tratadista referido repite constantemente, en diversas formas, las palabras copiadas.

El concepto "persona" indudablemente debe relacionarse con el concepto "hombre"; éste es, sin embargo, más extenso, porque en él se pueden reunir los de personas como sujeto jurídico, como pueden concurrir, por ejemplo, los de alemán, británico, salvadoreño, filósofo, obrero, etc.; así como dentro del concepto jurídico de persona pueden concurrir los de acreedor, deudor, poseedor, arrendatario, etc. Lo característico del concepto persona es la especial significación jurídica que lo diferencia de los otros conceptos no tomados en consideración del concepto "hombre", por ser irrelevantes para el Derecho.

El hombre de la filosofía, de la biología, de la sociología, de la psicología, escapa al conocimiento jurídico; el sujeto de derecho no es, pues, el hombre como realidad biopsicológica, sino aquél cuya conducta está vinculada a ciertas situaciones que el ordenamiento jurídico estima deben ser reguladas. No debe pues, como dice Marcos Satanowsky, "confundirse conceptualmente, un atributo del hombre con el hombre mismo". Lo que el hombre tiene de individual, íntimo, podrá ser materia de la moral, pero no del Derecho; éste sólo aprehende de aquél la conducta que de común tenga con los demás individuos, no sus funciones anímicas y corporales, sino actos humanos determinados, en cuanto representen deberes y facultades. En el derecho se prevén, situaciones colectivas, genéricas, comunes, esquemáticas, de la conducta humana. Satanowsky (8) expresa: "sólo merced a la atribución de estas conductas, a la unidad de un ordenamiento parcial o sistema parcial de normas jurídicas surge el concepto de persona. Y, así Kelsen resume su doctrina diciendo: "cuando la base de delimitación de este sistema de ordenamiento parcial es la unidad humana tenemos la persona jurídica individual; cuando el criterio de la delimitación es la conducta recíproca de varios individuos con determinado fin, entonces construimos el concepto de persona jurídica colectiva". El concepto de persona individual es, pues, la expresión unitaria y sintetizada de los derechos y deberes de un hombre.

El hombre existe en la naturaleza; la persona sólo en el derecho: es la actuación del hombre en la esfera jurídica. La persona individual forma parte de un sector del ordenamiento jurídico: aquel que regula los derechos y deberes de un hombre, el conjunto de normas referentes a su conducta.

El Código Civil, en el inciso primero del Art. 52, dice que las personas naturales son "todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, estirpe o condición".

La existencia legal de las personas físicas "principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre", siempre que hubieren "sobrevivido a la separación un momento siquiera" (Art. 72 C.). "La persona termina en la muerte natural" (Art. 77 C.).

PERSONAS COLECTIVAS O JURIDICAS

Sería fatigoso e innecesario remontarnos al origen histórico y a la evolución del concepto de persona jurídica, razón por la cual repetiremos las palabras de Manuel Cervantes, de su obra "Historia y Naturaleza de la Per-

sonalidad jurídica", de acuerdo con la cita de Rodríguez Rodríguez (9): "el concepto de personalidad moral, tal cual lo habemos en la actualidad, es obra de la antigua Roma, de la Iglesia Cristiana y del derecho germánico antiguo o moderno. El Derecho Romano clásico elaboró la noción de la Universitas; la Iglesia Cristiana de la época imperial y la Edad Media construyó la teoría del patrimonio autónomo afectado a la realización de un fin ideal o sea la personalidad jurídica de la fundación, y la Alemania moderna ha hecho los más finos análisis de la idea romana y de la idea cristiana y ha entresacado del seno de los textos del Cuerpo del Derecho Civil, de las doctrinas jurídicas eclesiásticas y de la contextura de las primitivas asociaciones germánicas, las teorías actuales acerca de la personalidad moral". Se asegura (10), finalmente, que la teoría de las personas colectivas es relativamente moderna, y se le atribuye a Heise, en 1807, el haber elaborado una teoría general sobre ellas.

Filósofos y juristas se han esforzado denodadamente por encontrar una fórmula que explique satisfactoriamente el problema de las personas colectivas. Abundantísima es la literatura en ese sentido; pero ninguna de las teorías expuestas ha logrado ser aceptada universalmente: todas han sido objeto de duras críticas; no obstante, debe reconocerse que su empeño no ha sido estéril, pues gracias a él se ha podido llegar a comprender, en parte, el contenido y comportamiento de ciertos fenómenos jurídicos que parecían insolubles.

La diversidad de puntos de vista desde los cuales los tratadistas han abordado el problema, ha sido la causa principal que ha originado soluciones tan dispares. García Máynez (11) sugiere el planteamiento de los problemas así: 1o.) ¿Cuál es la esencia de las personas jurídicas? ; 2o.) ¿ Quiénes son considerados como sujetos en un determinado ordenamiento jurídico? ; y, 3o.) ¿A qué grupos de individuos, y bajo qué condiciones, debe otorgárseles o reconocérseles personalidad jurídica? La primera cuestión, dice, corresponde resolverla a la Filosofía Jurídica; la segunda a la Jurisprudencia Técnica; y la tercera, es un asunto de carácter político, concerniente, en especial, a la actividad legislativa.

En cuanto al fundamento de su existencia las opiniones se han dividido en dos grupos principales: uno, formado por aquellos que niegan a las personas jurídicas substantividad y las reducen a una ficción (Savigny, Unger, Puchta); y otro, que afirma su realidad y asegura la existencia de una voluntad colectiva distinta de la de los individuos (Gierke). Junto a esos grupos radicalmente anti-téticos, se mueven otras teorías; unas se adhieren decididamente en algunos puntos a la tesis de un grupo, o del otro, o admiten parcialmente sus conclusiones. Modernamente, muchos autores han adoptado una posición casi ecléctica, en el sentido de que las personas jurídicas son una realidad y no una ficción, pero una realidad del mundo jurídico, no de la vida sensible (Ferrara).

En seguida se expondrán algunas teorías .

TEORIA DE LA FICCION

Es la más antigua y una de las que mayor difusión ha tenido, incluso ha encontrado cabida en algunas legislaciones, v. gr., la de El Salvador. Deriva de la doctrina del Corpus Mysticum". Su más ilustre representante ha sido el jurista alemán Federico Carlos Savigny, Jefe de la Escuela Histórica. También han desarrollado esa doctrina Laurent, Aubry y Rau, Lyon-Caen y Renault, etc.

En opinión de Savigny, "las personas jurídicas no tienen ninguna base

real y, en consecuencia, no pueden ser sujetos de derecho. En efecto, únicamente, los individuos dotados de conciencia y voluntad son sujetos jurídicos. Aun cuando reconociéndose la utilidad práctica de las personas jurídicas, se les ha atribuido capacidad jurídica en forma de identificarlas a los individuos. Pero mientras éstos tienen una verdadera existencia real y objetiva, a aquellas les falta y tienen por esto una existencia ficticia". (Cita de Groppali). (12)

En Savigny se advierte que la capacidad jurídica se hace coincidir con el concepto de hombre en particular. Esa capacidad se extiende, sin embargo, a sujetos artificiales creados por simple ficción, a los cuales se les llama personas jurídicas, o sea, personas que subsisten únicamente para un objeto jurídico. Los romanos no tenían ningún término general para indicar esas situaciones, y cuando deseaban expresar el carácter de tales sujetos, decían que ocupaban el lugar de las personas, lo que en el fondo significaba que eran personas ficticias.

Conforme a esa doctrina, que tuvo indiscutible éxito hasta el siglo pasado, y la cual coincidía con la doctrina canónica del siglo XIII, la persona jurídica es un sujeto creado artificialmente, con capacidad de tener un patrimonio.

La teoría no niega que las personas jurídicas tengan un substrato real, pero no admite que ese substrato sea un sujeto dotado de voluntad; no obstante esa circunstancia la ley le atribuye personalidad jurídica, como si efectivamente la tuviese. Savigny manifiesta que su doctrina se aplica al derecho privado, y restringe la capacidad a las relaciones patrimoniales, por ello considera a las personas jurídicas ajenas a las relaciones familiares. La tenencia de un patrimonio lo estima él como un elemento indispensable de la personalidad jurídica.

Para conocer con mayor precisión el pensamiento de Savigny, reproducimos, parcialmente, sus ideas, sirviéndonos de las transcripciones hechas por García Máynez. (13)

"Si examinamos las personas jurídicas tales como en realidad existen, encontramos diferencias en ellas que influyen sobre su naturaleza jurídica.

"Las unas tienen una existencia natural o necesaria; las otras, artificial o contingente; existen naturalmente las ciudades y comunidades anteriores en su mayor parte al Estado, al menos bajo su forma actual, siendo sus elementos constitutivos, y su calidad como personas jurídicas, innegable...

"Tienen una existencia artificial o contingente todas las fundaciones a las cuales se da el carácter de persona jurídica, y en verdad que no vivirían sino por la voluntad de uno o muchos individuos. Por lo demás, estas distinciones no son absolutas, y hay personas jurídicas que guardan una condición intermediaria entre ambas especies, participando de su naturaleza; tales son las corporaciones de artesanos y otras semejantes, a veces se refieren a las comunidades, de las que son como partes constitutivas".

Los seguidores de la teoría de la ficción coinciden en lo fundamental, aunque se separan en cuanto al substrato de la personificación, o sea a cuáles entes personifica la ley.

En términos generales, puede decirse que conforme a la teoría de la ficción las personas jurídicas serían creaciones del Estado, seres artificiales o ficticios creados por la ley. Savigny fundamenta su tesis así: persona es todo ser capaz de obligaciones y derechos; los derechos únicamente los

tienen los entes dotados de voluntad; por consiguiente, la subjetividad jurídica de las personas colectivas es consecuencia de una ficción, de un mito, pues - esos entes carecen de albedrío. Su creación tiende a tutelar la formación de intereses colectivos, mediante la atribución de derechos y obligaciones a entes artificiales.

Algunas críticas que se han formulado a la teoría de la ficción son las siguientes:

a) No existe tal ficción porque el Derecho no establece una identidad entre las personas físicas y las personas colectivas; únicamente se limita a incluir a unas y otras bajo la categoría de sujetos de derecho: a reconocerles subjetividad jurídica. Brunetti, solidarizándose con la opinión de Ascarelli, expresa: "Hay ficción sólo en el sentido de que se puede hablar de todo concepto jurídico, porque éste es precisamente un producto del Derecho que tiene su justificación en el campo de la realidad jurídica y no en el de la realidad no jurídica". (14)

b) La capacidad jurídica no se encuentra condicionada por la facultad de querer, porque de ser así, los infantes y los idiotas no serían sujetos de derecho.

c) Los defensores de la teoría realista sostienen que la tesis de la ficción no dice cuál es la esencia de esas poderosas individualidades sociales, con lo cual se aleja de la experiencia, y desconoce la realidad.

d) La teoría de la ficción no explica la existencia del Estado, pues si éste es también persona jurídica, alguien debe haberlo creado a él, y entonces surge la pregunta ¿qué ente creó esa ficción estatal? Si el Estado en esencia no difiere de las demás personas jurídicas, forzosamente sería también una ficción. Se inquiriere además ¿es capaz una ficción de crear a su vez otras ficciones? Se dice que siguiendo esa manera de pensar se llegaría a la conclusión de que el derecho emanado del Estado también sería una ficción, y en definitiva, nada sería real en el mundo de lo jurídico.

Del Vecchio, aludiendo a la existencia del Estado, expresa que éste tiene una realidad, desde luego no una realidad que caiga bajo los sentidos, pues no es visible, ni tangible; pero nadie, y menos un jurista, podría dudar de su existencia, ni confundir el Estado con los elementos materiales, particulares y mudables que lo componen, y concluye: "Así, pues, admitiendo que el Estado es una realidad, esta excepción destruye toda la teoría, porque muestra que se puede concebir como real la personalidad de un ente colectivo"(15).

e) Esa teoría, dicen sus adversarios, parte de un prejuicio que se podría llamar positivista, consistente en no aceptar como real lo que no cae bajo de los sentidos, "lo cual sería un error de método que impediría comprender la verdadera esencia del Derecho. Este es por su propia naturaleza su prasensible, y todo él se desarrolla en un orden de determinaciones ideales que no se agotan nunca en los simples hechos. Tampoco, por lo demás, nuestra personalidad jurídica (individual) se identifica con la materialidad de nuestro cuerpo: éste varía naturalmente con el transcurso del tiempo, y por otras causas accidentales, mientras que la personalidad permanece la misma"(Del Vecchio). (16)

f) El núcleo de la teoría está constituido por la creencia de que sólo las personas físicas pueden tener derechos: ellas serían las únicas exis

tentes conforme a tal concepción; pero si se admite que hay otras personas no físicas con derechos, se piensa que hay una contradicción, pero para eliminar ésta no basta con decir que el sujeto del derecho es fingido, porque con esto se viene a decir que no existe, aunque debería existir.

g) Para Satanowsky "La personalidad en el sentido más profundo, no es una invención del derecho. Este la establece, la exterioriza, pero no la inventa. La personalidad no es una ficción ni un concepto artificial, sino una realidad que existe en la vida social. El estudio formal del derecho no es suficiente, por lo tanto, para explicarnos la concepción jurídica de persona; como la imputación normativa no nos explica las situaciones jurídicas que no son conductas humanas, las situaciones de hecho, los acontecimientos de la vida real; como tampoco nos explica la persona o sujeto de derechos con el hombre como substrato". (17)

TEORIA DE LA EQUIPARACION

Esta teoría es parecida a la de la ficción; ha sido defendida por Bohlau, Bruns, etc. Se niega realidad a las personas jurídicas. Existen únicamente ciertos complejos de bienes, determinados patrimonios equiparados, en su trato jurídico, a las personas. Conforme a Del Vecchio (18), la teoría plantea el problema pero no lo resuelve. Sólo se limita a comprobar la existencia de ciertos patrimonios no pertenecientes a personas físicas, y tratados jurídicamente como si pertenecieran a un sujeto, pero silencia cómo se puede explicar esa equiparación.

TEORIA DEL PATRIMONIO DE AFECTACION

También se le llama teoría de los derechos sin sujeto o del patrimonio-fin.

Las personas jurídicas, siguiendo esta doctrina, no son más que patrimonios destinados al cumplimiento de un fin, con prescindencia de todo elemento personal. El principal representante de esa tesis es Brinz. Otros defensores de la misma son Demelius, Bekker, Fitting, Windscheid, etc.

Brinz alude a patrimonios personales e impersonales. Los primeros pertenecen a un sujeto; los segundos, carecen de dueño, sin embargo estos patrimonios se hallan adscritos al logro de una finalidad determinada, y están garantizados jurídicamente. La circunstancia de que no pertenezcan a un sujeto no significa que no tengan derechos; éstos existen, pero no son de alguien sino de algo: del patrimonio. Las obligaciones del ente constituirán, por ello, una responsabilidad del patrimonio. Los defensores de esa teoría se explican así la esencia de las personas jurídicas. El tratadista últimamente mencionado deduce de ello lo siguiente: 1o.) Un sujeto fingido sólo tendría una pertenencia fingida, porque en realidad nada podría pertenecerle; asimismo, no podría atribuirse personalidad a simples creaciones de la fantasía; 2o.) En el derecho romano existieron las res nullius, las cuales no pertenecían a ninguno, sin embargo estaban bajo la protección del derecho. (19)

Conforme a la teoría de los derechos sin sujeto, las obligaciones y derechos de las personas jurídicas no son, pues, obligaciones ni derechos de un sujeto, sino del patrimonio. Los actos realizados por los órganos de aquéllas valen como actos que ellos ejecutan en representación del fin a que el patrimonio se encuentra destinado, y no como actos de la persona jurídica. Si desaparece el patrimonio y el fin que sirve éste es de índole privado, el ente se extingue;

pero si la finalidad es de carácter público, la extinción del patrimonio no produce necesariamente la muerte de aquél.

La tesis mencionada arranca su origen del pensamiento de Windscheid, para quien "el derecho es una facultad de querer, pero impersonal; el sujeto de la voluntad puede faltar, pues no es necesario para la existencia del derecho, sino solamente para su ejercicio". El mismo autor sostiene que "el derecho permanece, sólo la persona cambia; por consiguiente, la persona es accidental, el derecho substancial. El derecho es un poder de voluntad, no de una determinada persona, sino de un determinado género. Si pues, al derecho no le es esencial un determinado sujeto, no le será tampoco en general esencial algún sujeto". (20)

Las críticas hechas a tal doctrina, pueden concretarse en las siguientes:

a) Se acepta que no sea esencial al derecho un determinado sujeto, pero de aquí, se dice, no se puede concluir que no sea necesario un sujeto en la relación jurídica. En otras palabras, la facultad jurídica en algunos casos es impersonal, porque el destinatario del derecho puede ser incierto, indeterminado, futuro, pero es indiscutible que debe existir. Difícilmente se puede admitir la existencia de patrimonios que carezcan permanentemente de sujetos. Es erróneo, se arguye, citar como prueba de la posibilidad de derechos sin sujeto a la herencia yacente, los títulos al portador, etc., porque si bien no se conoce en un determinado momento al sujeto, siempre se cuenta con él, y se le presupone para cuando el derecho deba hacerse valer.

b) No convence la clasificación de Brinz referente a patrimonio de persona y de afectación, porque también los patrimonios de persona pueden destinarse a múltiples fines. Puede ser, incluso, que el patrimonio de una persona sirva para un fin, como el patrimonio de destino puede servir a varias personas (21). "El patrimonio de una persona sirve para alcanzar los fines que el individuo se propone, ya sea el objetivo general de su bienestar, ya aquel especial a que lo destina" (Brunetti). Sería más exacto dividir los patrimonios en adscritos a un fin especial y patrimonios sin una finalidad específica. Por otra parte, la historia ofrece ejemplos de ciertos bienes destinados a fines especiales, y no obstante no eran sujetos de derecho. Ferrara menciona, tomando ejemplos de épocas diversas, patrimonios de destino que no revisten el carácter de personas jurídicas, tales como: los peculios del Derecho Romano; el fideicomiso del derecho común; el patrimonio mercantil del comerciante y su patrimonio privado, en aquellos sistemas en que se admite esa separación; la fortuna de tierra y la fortuna flotante del armador, en el derecho marítimo; y, el patrimonio del heredero, proveniente de la herencia aceptada con beneficio de inventario. (22)

c) Existen personas jurídicas sin patrimonio, v. gr., las destinadas a recoger donativos para obras de caridad. Si fuera correcta la posición de Brinz, habría de negárseles personalidad a esos entes.

d) La teoría del patrimonio de destino no explica la personalidad del Estado; ella nunca se podría justificar mediante el patrimonio de afectación. Ferrara se pregunta ¿cómo se podría decir que el Estado es sólo una masa de bienes, y precisamente una masa de bienes nullius?; y si fuera así, vuelve a interrogarse, ¿cómo se harían entrar en el patrimonio los derechos de soberanía?, tales como el derecho de crear impuestos, derecho de juzgar, castigar, etc.

e) La teoría de Brinz fuerza el verdadero alcance de conceptos distintos entre sí, hasta hacerlos coincidir: personaliza el patrimonio, ya que eleva

las cosas hasta el grado de sujetos de derechos, y rebaja las personas confundíéndolas con las cosas.

f) Evidentemente, la crítica más seria hecha a Brinz es la de que no pueden haber derechos sin sujeto, porque todo derecho es facultad jurídica de alguien; toda obligación necesariamente supone a un obligado: la noción de deber hállase indisolublemente ligada al concepto de persona.

Las cosas nada pueden pretender y a nada pueden ser obligadas. Si se extrae todo elemento personal y voluntario, el derecho no existe. Del Vecchio, a este respecto, advierte: "Todas las normas jurídicas contienen un imperativo, que no se puede concebir si no se le refiere a personas; por lo cual es inaceptable la teoría de los derechos sin sujeto, porque contradice las nociones más ciertas en torno a la verdadera naturaleza del derecho". (23)

TEORIA ORGANICA O REALISTA

En general, esta teoría considera a las personas jurídicas de toda clase como realidades. Sus defensores arguyen que el concepto de sujeto de derecho no coincide con el hombre, ni tiene aplicación únicamente a los seres dotados de voluntad. De esas premisas deducen aquéllos la justificación de diversos sujetos de derecho distintos de las personas individuales.

La teoría fue iniciada por Gierke, y seguida en Alemania por numerosos autores, en Francia por Saleilles y Valery, en Italia por Giorgi, Fadda y Bensa, Chironi, Ruggiero, Chierelli, etc.

Acordes con esa doctrina, el hombre no es el único sujeto de derecho, también lo son otras colectividades humanas, nacidas de un proceso histórico o de una agrupación voluntaria. Esos grupos colectivos son realidades orgánicas, con vida orgánica y voluntad propia. Hay una personalidad del grupo, la cual reside en la capacidad reconocida por el orden jurídico a ese ente unitario, convertido en un sujeto de derechos y obligaciones, distinto de la suma de las personas reunidas.

La teoría realista estima que las personas jurídicas quieren y actúan de manera semejante a las personas físicas, con lo cual se opone a la teoría de la ficción.

García Máynez (24) habla de teorías realistas, e incluye dentro de ellas el **organicismo**, en sus distintas manifestaciones: la teoría del alma colectiva; la del organismo social; y, las que atienden esencialmente el aspecto jurídico.

Siguiendo a Máynez en el desarrollo de tales teorías vemos que:

a) La tesis organicista equipara a los entes colectivos a las personas físicas, mediante un paralelismo exagerado entre aquéllos y éstas, llegando al punto de asimilar los organismos sociales a un organismo físico-psicológico, en toda su amplitud (Schaffle). Las críticas han sido mordaces y bien fundadas. Salta a la vista la deficiencia de la doctrina, por ello no creemos necesario señalar las críticas hechas a la misma.

b) Algunos sociólogos ven en cada sociedad un alma o espíritu colectivo, distinto de las almas individuales de los miembros del grupo. De tal suerte que encuentran factible la existencia de personas colectivas; tan reales como las personas físicas.

c) Máynez denomina a la tesis de Otto von Gierke, teoría del organismo social, y transcribe de él, tomándolo de Ferrara, lo siguiente: "la persona colectiva no se contrapone a los miembros como un tercero, sino que está en ligazón orgánica con ellos; de aquí la posibilidad de una conexión de los derechos de la unidad y la pluralidad. La persona corporativa está ciertamente sobre, pero no fuera de la colectividad de las personas que forman su cuerpo; constituye una inmanente unidad con él; es un ente único, pero simultáneamente colectivo. Esta asociación tiene una voluntad propia, que no es la suma de varias voluntades autónomas, como no es la voluntad plural y única, voluntad común de todos ordenadamente declarada. La corporación tiene también una capacidad de obrar propia..."

De acuerdo con esa teoría, la voluntad es el núcleo de la personalidad jurídica. Dice Máynez que los defensores de aquélla argumentan así: las personas jurídicas quieren y actúan por medio de sus órganos, lo mismo sucede en el caso de las personas físicas, ya que éstas sólo pueden manifestar su voluntad también a través de sus órganos, por ello "no se trata de una simple relación de representación, porque la persona colectiva expresa su voluntad valiéndose de los órganos que le son propios. Y la voluntad expresada no es, propiamente hablando, voluntad del órgano, sino de la persona colectiva".

También en Groppali (25) leemos que Preuss, y en particular Gierke, "sostienen que las personas jurídicas entre las que se encuentra el Estado, no son ficciones, sino personas reales colectivas que tienen una conciencia y una voluntad autónoma e independiente de la conciencia y de la voluntad de los individuos, y desarrollan su actividad por medio de órganos, como cualquier persona física. Los órganos mediante los cuales el Estado forma y actúa su voluntad, no son cosa separada y distinta del Estado, sino que constituyen una parte integrante de él, precisamente como el cerebro, la boca y la mano, que son los órganos, los instrumentos de que se sirve la persona física para formar y manifestar su voluntad". El tratadista italiano citado, combate la opinión de Gierke y Preuss, y no cree que "si diez personas se juntan para asociarse, nace la undécima, que existe y vive en sí y por sí como persona real colectiva", como sostiene Gierke.

La tesis de Groppali es que "sobre las personas asociadas, se forma una conciencia, una voluntad colectiva, la cual, surgiendo de la combinación y de la síntesis de los pensamientos y sentimientos de los individuos, por la interferencia de uno sobre otro y todos sobre uno y viceversa, representa no una unidad estructural, objetiva, sino tan sólo una unidad funcional..."(26)

El tratadista Rodríguez Rodríguez (27) califica de errónea la teoría orgánica, por lo siguiente:

1o.) No hay tal unidad orgánica, es sencillamente un conjunto de hombres, una pluralidad de individuos. Tal unidad es un procedimiento intelectual de síntesis, una metáfora brillante, porque esas colectividades carecen de cuerpo y de espíritu.

2o.) Sólo los hombres tienen voluntad, el conjunto de voluntades individuales no constituyen una voluntad colectiva, porque aunque distinta de las de los particulares, no es voluntad de un ser único; "atribuir una voluntad en sentido psicológico a un ente colectivo es una idea mística, el efecto de una confusión entre problemas filosóficos y jurídicos" (Bernatzik, según cita de Rodríguez Rodríguez, tomada de Ferrara).

Se ha dicho ~~fundadamente~~ que "La voluntad es siempre de hombres y sólo es concebible en los hombres. En efecto, la voluntad es fenómeno psíquico, que es el resultado final de otros y más complejos procesos espirituales, y depende de los instintos, de la inteligencia, de la reflexión, de la memoria. Pero ¿cómo puede hablarse en este sentido de la voluntad del ente colectivo, sin navegar a velas desplegadas en el mar de la ficción?"

Variantes de la teoría orgánica, según Rodríguez Rodríguez (28), son:

1o.) La personalidad como función de la voluntad. Se fundamenta así: si hay voluntad, hay un sujeto de derecho, independientemente de que exista o no el substrato de una persona física. (Zitelmann).

El poder de la voluntad va encaminado a un interés, o sea que tienen personalidad jurídica los entes portadores de intereses colectivos, si tienen una organización permanente y pueden desarrollar una voluntad propia. (Jellinek y Michoud).

2o.) Teorías individualistas. Comienza con Ihering y se basa en sus ideas respecto del derecho como interés protegido y del sujeto como titular del goce del derecho. "Las personas jurídicas, son, pues, sujetos aparentes, que ocultan los verdaderos sujetos, que siempre son hombres".

Del Vecchio ataca esa teoría advirtiendo que "el derecho no está constituido por el goce; éste es sólo una consecuencia, no la esencia del derecho. Por lo tanto, de la personalidad del ente deben distinguirse tanto quien goza del patrimonio como los órganos que lo administran". El expositor aludido no está de acuerdo en que el ente en abstracto no disfrute, ni tenga intereses, o sea que el interés sea realmente de los individuos a quienes beneficia; y menciona como ejemplo, las fundaciones que tienen fines genéricamente benéficos, tales como las creadas para combatir o prevenir ciertas enfermedades, aumentar la seguridad de la navegación. En seguida agrega, "Atribuir la cualidad de sujetos jurídicos de la fundación a todos los que se aprovechan de ella (por ejemplo a todos los enfermos) . . . choca con una dificultad no sólo de orden lógico, sino también técnicamente insuperable, porque la personalidad del ente, de tal modo dispersa, no podría encontrar de nuevo su propia unidad". (29)

3o.) Teoría de la institución. Sobre ella Rodríguez Rodríguez (30) manifiesta: "Sintéticamente puede enunciarse diciendo que la persona jurídica no es más que una organización al servicio de un fin. No se trata de un ente orgánico con voluntad unitaria, pero sí recibe un tratamiento de sujeto de derecho".

Existen otras doctrinas que ven en las personas jurídicas una realidad, pero no una realidad del mundo sensible; así, por ejemplo, Raymond Saleilles, citado por Satanowsky (31), expresa: "Las personas jurídicas son una realidad y no una ficción. Pero el concepto de realidad es relativo y variable en los diversos campos del conocimiento. Si por real se entiende todo lo que es perceptible por los sentidos, ciertamente las personas jurídicas no son reales, tampoco los conceptos de las ciencias abstractas, y en particular tampoco es real nuestro mundo jurídico. Pero cuando el concepto de real se amplía a todo lo que existe en nuestro pensamiento en antítesis con lo imaginario y fingido, entonces no queda duda que las personas jurídicas son una realidad. Son reales en el mismo sentido y del mismo modo que son reales las demás formas jurídicas, como es real una obligación, una herencia, un contrato. Realidad ideal jurídica, no realidad corporal sensible". Esta opinión es compartida por diversos autores.

TEORIA DEL RECONOCIMIENTO

Al maestro italiano Francisco Ferrara se atribuye haber formulado esta tesis con mayor precisión, y es la que cuenta con numerosos simpatizantes.

Para evitar confusiones, Ferrara se encarga de hacer la distinción de la palabra persona en sus tres principales acepciones que para él son las siguientes: biológica, equivalente a hombre; filosófica, o sea persona como ser racional capaz de proponerse fines y con aptitud para realizarlos; jurídica, es decir, sujetos de obligaciones y derechos.

Sirviéndonos de las obras de García Máñez y de Rodríguez Rodríguez, desarrollamos el pensamiento de Ferrara, así:

En el lenguaje vulgar persona equivale a hombre; en sentido jurídico, vale como sujeto de derecho. El portador de esa calidad, de sujeto de derecho es el hombre; por ello en muchas ocasiones se asimila al hombre con la persona, como si fueran la misma cosa. Esa equiparación es falsa, porque hay otros sujetos jurídicos, otras personas, que no son hombres. La personalidad es un producto del orden jurídico, surge merced al reconocimiento del derecho objetivo. La persona física es obra de la ley, no lo es por naturaleza. (32) "Persona -según Ferrara- es quien está investido de derechos y obligaciones, quien es punto de referencia de derechos y deberes por el ordenamiento jurídico. La personalidad es una categoría jurídica, que por sí no implica condición alguna de corporalidad o espiritualidad del investido: es una situación jurídica, un status". -Fuera del ordenamiento jurídico, pues, no hay personalidad como lo demuestra la existencia, en épocas pasadas, de hombres considerados como cosas: los es clavos en el Derecho Romano, etc.

Si el orden jurídico es el árbitro en la atribución de la personalidad jurídica, no hay ningún obstáculo para que pueda crear estas nuevas unidades jurídicas en forma de asociaciones humanas, ya sean colectividades puramente naturales, o bien de sociedades establecidas voluntariamente para la realización de determinadas finalidades; no hay impedimento, pues, para atribuir subjetividad jurídica a entes no humanos, a figuras del intelecto.

Esas agrupaciones de individuos son indudablemente realidades, y tienen derechos y obligaciones distintos de las obligaciones y derechos de sus miembros, lo cual no significa que posean una realidad sustantiva o independiente, un alma colectiva diferente a la de los individuos integrantes de aquéllas.

Criticando el falso paralelismo entre personas físicas y jurídicas, Ferrara señala que así como "el sujeto de derecho es el hombre, así se ha querido encontrar para la otra categoría de sujetos un super-hombre, una individualidad colectiva, orgánica, dinámica, funcional, que pudiese servir de sustrato a la personalidad. Otros escritores más recientes, aun abandonando estas exageraciones, pero insistiendo en el mismo vicio lógico, se han esforzado por sostener una cierta unidad evanescente del grupo, sin considerar que se trata de unidad de nuestro pensamiento, no de la substancia del agregado humano. La organización o la heterogeneidad del grupo, la permanencia o transitoriedad del mismo, la diversidad del fin, es insuficiente para dividir a las colectividades en las que resuelven en sumas de miembros, y las que se presentan como individualidades existentes por sí mismas; desde el punto de vista conceptual se muestran todas como un ente unitario, tanto un círculo de lectura como un comité electoral, una asociación de beneficencia o el público de un teatro. Por

este camino no se llega a ninguna parte. Las colectividades, ya sean históricas-naturales o voluntarias, no son otra cosa que la pluralidad de hombres que se renuevan en el tiempo y que persiguen un fin común, o un fin supremo de - defensa y solidaridad humana, o un objeto particular de los coasociados. El interés no es distinto del de los miembros, sino que es el interés común de todos, el punto de coincidencia de los intereses de los asociados. La voluntad trascendente de un ente colectivo es la voluntad común de los miembros, el resultado sintético del querer de varios. Pero junto a las colectividades tenemos formas de instituciones sociales. Una persona o ente ordena la consecución de un cierto fin, para el cual suministra los medios patrimoniales necesarios, y establece que ciertos individuos, nombrados según ciertos criterios, deben conjuntamente o sucesivamente obrar para su realización. Así se provoca una combinación artificial de hombres que ponen a contribución su actividad para la consecución de aquel intento y gobiernan los bienes a tal fin asignados. Se constituye una administración para un fin. Esto lo hallamos en todas las instituciones y en todas las fundaciones. Desde las grandes instituciones públicas, en las que vemos combinados en complejo mecanismo un número grandísimo de personas con diversas cualidades y competencias, conspirando armónicamente al resultado final, a las simples fundaciones privadas, en que la realización del intento es confiada temporalmente a una sola persona, encontramos siempre una organización humana". (Esta larga cita de Ferrara la hemos tomado de la obra Introducción al Estudio del Derecho, págs. 289 y 290, de Eduardo García Máynez).

Las personas jurídicas son definidas por Ferrara (33) como "asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho". De aquí se colige que el reconocimiento de tales entes por el orden jurídico es la base fundamental de su doctrina; además, se descubre en el concepto otros elementos, cuales son: una organización de hombres y el fin para el cual se han constituido.

Veamos esos elementos.

1o.) Una asociación de hombres. Necesariamente se encuentra en toda persona colectiva un grupo limitado o ilimitado de individuos. En tales asociaciones quedan comprendidas tanto las de carácter voluntario, como las que surgen naturalmente. Las de tipo voluntario son las formadas para la realización de un fin, o sea las de tipo contractual: sociedades mercantiles, deportivas, etc. En determinados casos las personas jurídicas voluntarias se integran por individuos pertenecientes a una clase o profesión, como las sociedades religiosas o las formadas por trabajadores o empleados; en otros, la pertenencia a las de este tipo no es voluntaria, v. gr., cuando la ley considera que las personas que se encuentren en determinadas circunstancias pertenezcan a tal grupo, por ejemplo en los países donde existe la sindicación obligatoria, o la colegiación de ciertos profesionales, como ocurre en Guatemala y México respecto a algunas profesiones liberales. Debe mencionarse también ciertas corporaciones de tipo territorial, como en el caso de los municipios.

2o.) La finalidad de la persona jurídica. Este es un requisito indispensable, especialmente si se trata de las corporaciones de tipo voluntario, porque de lo contrario no se podrían concebir unitariamente como individualidades sociales a esas personas colectivas. Según el fin, las corporaciones pueden clasificarse en personas de interés privado o de utilidad pública. También los fines pueden ser generales o especiales. Tienen finalidad general las corporaciones naturales y territoriales, v. gr., el municipio, el Estado, etc. Las demás persiguen fines especiales, más o menos definidos.

3o.) El reconocimiento. Los dos elementos comentados, son necesarios para que las asociaciones o instituciones en las cuales concurren, tengan aptitud para transformarse en personas de derecho; pero para esto último falta el reconocimiento de las mismas por el ordenamiento jurídico. Mientras ese reconocimiento no existe habrá una pluralidad de individuos y una finalidad por cumplir, mas no un ente distinto de los sujetos considerados en su individualidad; asimismo, en las instituciones únicamente habrá bienes particulares propios del fundador, destinados a una finalidad específica; pero no existirá un ente ideal. Por ello, Ferrara manifiesta (34): "La personalidad únicamente puede emanar del orden jurídico. Por tanto, es inexacto el pensamiento de los que consideran la capacidad de las corporaciones o fundaciones como un efecto de la voluntad de los socios o del fundador, porque la voluntad humana no tiene el poder de producir sujetos de derecho". Según el mismo autor, esa voluntad únicamente puede servir para formar el elemento material o sustrato de las corporaciones y fundaciones; pero el elemento formal y constitutivo es obra del derecho. No necesariamente esa constitución supone un acto especial, puede ser también de manera general, si se realizan ciertos supuestos fijados de antemano por la ley.

El reconocimiento por el orden jurídico, como elemento esencial, de las personas colectivas no ha sido entendido en igual sentido por los tratadistas, en cuanto al valor y alcance del mismo. Ferrara divide en tres grupos las teorías elaboradas al respecto.

En el primer grupo, el reconocimiento tiene carácter certificativo. Se incluye a Savigny entre los que sostienen esa tesis. "El reconocimiento valdría para la seguridad del comercio en interés de los terceros, que verían en el acto político un testimonio de nacimiento del nuevo ente". (35)

En el segundo grupo, el reconocimiento es meramente declarativo. (Bessler, Gierke y casi todos los realistas). El Estado al reconocer a las corporaciones y fundaciones sólo declara su existencia, y les asigna el puesto que les estaba reservado en el orden jurídico. Las personas jurídicas no nacen en virtud del reconocimiento. (Gierke).

En una posición intermedia entre Savigny y Gierke, aparece un tercer grupo, en éste se menciona, como uno de los principales, a Karlowa. Según esta teoría, el reconocimiento sólo tiene un carácter confirmativo; es decir, el derecho confirma la existencia de una realidad jurídica anterior, a través del reconocimiento, por lo cual, con éste se convalidan los actos ejecutados por el ente antes de la confirmación.

Para Ferrara el valor del reconocimiento es constitutivo, pero advierte que no es el Estado el creador del sustrato de las personas colectivas, puesto que las organizaciones humanas pueden nacer y vivir independientemente de tal acto, pero no son, entre tanto, personas jurídicas. Esas pluralidades únicamente adquieren unidad jurídica con el reconocimiento. En las palabras siguientes se aprecia mejor la tesis de Ferrara (36): "La elevación a sujeto de derecho no es constatación de lo que ya existe, no es perfeccionamiento o confirmación de lo que está en vías de formarse, sino creación y atribución de una cualidad jurídica que deriva del derecho objetivo y tiene el carácter técnico de una concesión administrativa. El Estado obra como órgano del derecho concediendo la personalidad y obra constitutivamente". Como se ve, la opinión de Ferrara se opone a las doctrinas de los grupos citados anteriormente.

García Máynez (37) en términos generales se solidariza con la doctrina de Ferrara, y únicamente le critica en cuanto a que el reconocimiento es considerado por el maestro italiano como un acto constitutivo, porque según esa tesis se estaría sosteniendo, en el fondo, una posición semejante a la teoría de la ficción, aun cuando se hable de reconocimiento por el derecho objetivo y no reconocimiento por el Estado, ya que no se precisa qué se entiende por derecho objetivo. Además, según Máynez, afirmar que el reconocimiento tiene eficacia constitutiva es emplear términos inadecuados, puesto que se reconoce lo ya conocido, algo ya existente; en cambio se constituye o crea lo que no existía. Aunque sean inadecuados los términos, se observa en el párrafo de Ferrara copiado anteriormente que para él "la elevación a sujeto de derecho no es constatación de lo que ya existe", empleando sus mismas palabras.

Ya se vieron los elementos que, conforme a Ferrara, se encuentran en las personas jurídicas. Según Groppali, (38), además de una pluralidad de individuos y de una finalidad por realizar, se encuentran los siguientes: a) una masa de bienes para la consecución de esa finalidad; b) la formación "de una conciencia y de una voluntad común que se exterioriza en un aparato de medios para lograr tal fin: precisamente en este momento es cuando la pluralidad de los individuos se transforma de simple suma de elementos yuxtapuestos, en una organización, en un ordenamiento, en un ente separado y diverso de ellos, aun cuando surja de su fusión"; y, c) "Un procedimiento formal, mediante el cual se transforman, reconocibles para cualquier fin de la ley, estas organizaciones de fuerza, antes de hecho, en los que se unifican las diversas pluralidades de personas, en sujetos de derecho". Este último elemento parece no diferir del reconocimiento a que alude Francisco Ferrara.

TESIS DE LUIS RECASENS SICHES

Diffícilmente se podría sintetizar la opinión de Recaséns Siches, sin correr el riesgo de mutilar su pensamiento o de dejarlo incompleto, por tal motivo, nos vemos forzados a transcribir, parcialmente, los puntos que estimamos son los más sobresalientes de su doctrina. "Estimo que la teoría de Ferrara, y especialmente y sobre todo la de Kelsen, han contribuido fecundamente a indicar que en el mundo del Derecho es tan construida o artificial la personalidad individual, como la personalidad colectiva y la fundación... Al decir artificial quiero expresar la calidad de hallarse "construida por el Derecho", dimanante del Derecho, y no constituida fuera de él. Fuera del Derecho lo que hay son individuos entrañables e irreductibles, los hombres de carne y hueso... y hay, ^{además,} relaciones sociales y complejos colectivos. Pero nada de eso, ninguna de esas realidades, funciona como persona... Los aspectos que se dan en la persona jurídica individual no son estrictamente individuales, sino genéricos, dimensiones no puramente privativas, sino típicas, funcionarias, que son aquella parte de su conducta externa y tipificada que está prevista en la norma jurídica, que está dibujada en ella como supuestos de determinadas consecuencias..." (39)

"En lo que atañe a la personalidad jurídica de los entes colectivos y fundacionales, poco más precisa añadir... La personalidad de un grupo social consiste en la unidad de imputación de una serie múltiple de conductas de ciertos hombres; conductas que el Derecho no adscribe a los sujetos que las efectúan, sino a otro sujeto ideal, construido por la norma, como punto terminal de imputación de un determinado repertorio de relaciones jurídicas... Con esto no se niega que por debajo de la personalidad jurídica colectiva haya una especial realidad social, independiente del Derecho; pero lo que funciona en Derecho como

personalidad colectiva no es la realidad social plenaria del ente colectivo que sirve de substrato o soporte a la personalidad jurídica del mismo. La personalidad jurídica es tan sólo la síntesis de las funciones jurídicas imputadas por la norma no a los hombres que las realizan, sino a un sujeto ideal, construido, fingido, consistente en ese común término ideal de imputación". (40)

"Muchas veces, el Derecho concede personalidad jurídica a realidades sociales que constituían ya antes un complejo configurado. En cambio, hay - otros casos en los cuales el ente colectivo se constituye por primera vez como tal por obra del Derecho y gracias a éste, como ocurre verbigracia con una compañía mercantil. En este caso, el ente colectivo ha sido creado por el Derecho, no ya sólo en cuanto a su personalidad jurídica, sino también en su realidad social ajena al Derecho". (41)

TESIS DE GIORGIO DEL VECCHIO

En páginas anteriores se han expuesto algunas opiniones de Del Vecchio, y críticas del mismo a varias de las teorías examinadas. A continuación se expondrá su concepción respecto a los entes colectivos.

Las personas jurídicas tienen una realidad sui géneris, con facultades - propias, con pretensiones propias, que si bien se equiparan a las del hombre como sujeto de derechos, no lo es en forma absoluta, ya que hay derechos del hombre que no le podrían ser atribuidos al ente, por ejemplo, el derecho de familia.

Las personas colectivas tienen "un sustrato natural, un complejo de necesidades efectivas y concretas sobre el cual se funda el ente. Este surge como una fuerza viva que ejercita funciones reales que responden a aquellas necesidades". El Derecho reconoce y regula al ente, pero no lo crea. Cualesquiera que sean los fines de esas entidades sociales, "en todo caso, se constituye realmente -antes que jurídicamente- una posibilidad de querer y de obrar, una nueva voluntad superior a los individuos". La posibilidad de querer y de obrar, es fundamental en la tesis del filósofo a que nos estamos refiriendo. (42)

Se aproximarían a la verdad quienes afirmasen que para la existencia de una persona jurídica se necesitan dos condiciones: "1a. una entidad superindividual con una capacidad de querer y obrar en relación con ciertos fines; y, 2o. el reconocimiento jurídico de ésta". Debe observarse, no obstante, que también el hombre singular necesita del reconocimiento jurídico. La diferencia consiste en que mientras el Estado, por medio de una norma general, "establece que todo hombre, en cuanto tal, es sujeto de Derecho, los entes colectivos, en cambio, no son reconocidos por regla, sino en cada caso particular, por la autoridad pública mediante un acto ordenado. Si no fuese así, faltaría la certeza de las relaciones jurídicas al no ser reconocibles los entes colectivos por sí mismos frente a terceros". (43)

Del Vecchio considera al Estado como una especie de excepción, ya que es la persona jurídica primera y fundamental, por lo cual "su existencia es el antecedente de toda otra existencia jurídica positiva, por lo que podría decirse que tiene en sí mismo su propio reconocimiento. Efectivamente, empero, el Estado subsiste en cuanto es reconocido por los ciudadanos que lo componen; pero también es necesario para que alcance su plenitud, que no le falte el reconocimiento de los otros Estados", con los que por lo general se relaciona.

El tratadista comentado distingue entre personas jurídicas de Derecho Público y de Derecho Privado. Las primeras en sentido estricto serían las que tienen el "ius imperii", tales como el Estado y los entes administrativos menores emanados directamente de él; en sentido más lato, se consideran provistas de carácter público, otras personas que aun cuando no dispongan del "ius imperii", tienen un fin de utilidad pública, v. gr., las instituciones de beneficencia, por estar sometidas a una determinada tutela por parte del Estado. Conforme a esos principios se considerarían personas jurídicas privadas únicamente las que tengan un fin de utilidad privada. El mismo tratadista llega a la conclusión de que esa distinción es completamente relativa; y encuentra más importante la distinción entre los dos tipos principales de personas jurídicas, cuales son: las corporaciones ("universitas personarum"), y fundaciones ("universitas bonorum" o "rerum"). De ambas da conceptos.

Finalmente, Del Vecchio se expresa así: "Resumiendo lo dicho, podemos repetir el concepto de que el derecho está indisolublemente conectado a la facultad natural de querer; pero -como ha demostrado entre otros Zitelmann- la unión de varios querereres para un fin determinado, no produce una simple suma, sino una entidad nueva y distinta de sus elementos singulares. Así, en el caso de las corporaciones, la unión de varios individuos trae a la vida una nueva entidad psicológica, base de la entidad jurídica"(44). Ya antes se hizo hincapié en que "la facultad de querer y de obrar", son elementos fundamentales de la tesis que aquí damos por terminada.

Para concluir con las teorías sobre las personas jurídicas, y antes de exponer brevemente nuestros puntos de vista sobre las mismas, consideramos de mucho interés la distinción que hace Marcos Satanowsky (45) entre los conceptos de persona, personalidad y capacidad jurídica o de derecho.

En seguida, y textualmente, se dan a conocer esos conceptos.

Persona es la exteriorización jurídica del ser -humano o de existencia ideal- reconocida por el derecho; es la condición, aptitud, cualidad jurídica de ese ser, de su situación y de su conducta en la vida de relación, exteriorizadas por el derecho. Es el sujeto de derechos subjetivos y deberes jurídicos. Persona y sujeto de derechos expresan jurídicamente el mismo concepto.

⊙ Personalidad es una cualidad jurídica, es la atribución al sujeto de derecho, de la titularidad del conjunto, unificado, de situaciones y acciones humanas, convirtiendo a ese sujeto de derechos, en un centro unificador de relaciones jurídicas o de imputación normativa.

Capacidad jurídica o de derecho es el grado de aptitud, aunque potencial, la posibilidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones. Persona es quien tiene capacidad de derecho y quien tiene capacidad de derecho es persona. La capacidad jurídica o de derecho es sinónimo de personalidad, aunque se contemple el mismo objeto de distinto ángulo.

La legislación salvadoreña se ha inclinado por la teoría de la ficción, basta leer el inc. 2o. del Art. 52 C. para comprobarlo. Dice Así: "Son personas jurídicas las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente".

Por parte nuestra, no tenemos mucho que decir sobre las personas jurídicas, porque francamente sería temerario aventurar una tesis respecto a un problema tan complejo, ante el cual eminentes juristas y filósofos, tratando de resolverlo, han tropezado con escollos insuperables, por lo que todas las soluciones propuestas han sido objeto de grandes controversias.

Ante esa perspectiva, nos adherimos a la opinión de los que consideran a las personas colectivas como una realidad del mundo jurídico, porque precisamente en él tienen su existencia; por parecidas razones creemos también que son un producto del derecho, con lo cual, quiérase o no, se desemboca indirectamente en una posición semejante a la tesis de la ficción, pues como declara Recaséns Siches, "es tan construida o artificial la personalidad individual, como la personalidad colectiva y la fundación".

Indudablemente existen en el derecho seres distintos a las personas físicas, quienes, gracias a que el ordenamiento jurídico les atribuye capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones en forma similar a los seres humanos, actúan como si efectivamente tuvieran subjetividad autónoma. Consecuentemente, su existencia es innegable; pero existen jurídicamente, no como entes de la realidad sensible, pues aun cuando percibamos con nuestros sentidos algunos de los elementos necesarios a las personas jurídicas para realizar sus fines, tales elementos apreciados separadamente y sin ninguna vinculación normativa, se muestran tal y como son, en su individualidad, y no son suficientes para modelar un ente con substantividad jurídica propia. En otras palabras, es el ordenamiento positivo quien, mediante un proceso de abstracción, unifica y estructura esos elementos y los dota de capacidad para comportarse como sujeto de derecho.

Nos parece correcta la posición de Ferrara en lo concerniente a que "la personalidad únicamente puede emanar del derecho", y de que fuera de éste habrá una pluralidad de individuos y finalidades por cumplir, mas no un ente distinto a cada uno de esos individuos, como también en las instituciones habrían bienes propios del fundador, destinados a una finalidad específica, pero no existiría un ente ideal.

En nuestro sentir, si se insiste en suponer una voluntad del ente, la cual se manifiesta por medio de sus órganos, tras los cuales se ocultan seres humanos, no es algo completamente distinto de las voluntades de las personas físicas que han contribuido a formar aquélla. Probablemente no sea la suma de las voluntades porque en ciertos casos éstas se integran o se entrelazan. En la fundación sucede lo mismo, porque la voluntad del constituyente desaparece luego que el ente adquiere personalidad jurídica, en lo sucesivo la fundación actúa por medio de representantes, y son éstos quienes, siguiendo los lineamientos predeterminados por el constituyente y que norman el funcionamiento de la fundación, los que exteriorizan una voluntad a nombre de esa persona jurídica. De lo expuesto se deduce que sería inconcebible considerar que un ser ideal sea sujeto de manifestaciones volitivas propias, pues imaginar que una persona colectiva pueda en un momento dado manifestar una voluntad independiente de todo elemento humano, es contrario a todo principio lógico.

Cuando se dijo que indirectamente se desemboca en la teoría de la ficción, no se quiso significar que las personas colectivas sean seres fantasmas, imaginarios, irreales, sino que el ordenamiento jurídico se vale de una ficción para considerar unitariamente algo que no es más que el querer de muchos o de todos los individuos, o sea, suponer que surge una voluntad completamente distinta de cada uno de éstos considerados en su individualidad. Sin esa ficción la persona jurídica no podría comportarse como si efectivamente tuviera vida autónoma y distinta de los elementos que colaboran para que subsista. Es claro que esos individuos tienen una limitación, cual es la de ajustar sus conductas al logro de la finalidad de la persona jurídica, y en eso sí su actuación no será completamente libre, pues estará normada por las directrices que rigen al ente. Por eso estimamos acertada la tesis de Recaséns Siches de que hay "una serie múltiple de conductas de ciertos hombres; conductas que el Derecho no

adscribe a los sujetos que las efectúan, sino a otro sujeto ideal, construido por la norma, como punto terminal de imputación de un determinado repertorio de relaciones jurídicas".

Con las personas físicas ocurre otro tanto, la personalidad de las mismas surge en virtud del derecho: éste crea ese atributo. Con esto no se está insinuando que los seres humanos sean producto del derecho, porque él no crea cuerpo, ni les insufla el hálito vital, ni los dota de sus facultades cognitivas; pero sí puede establecer, mediante una norma general, que todo individuo de la especie humana, considerado en su conjunto somático y psíquico, sea persona; sin embargo, debe entenderse bien, que son personas en su acepción jurídica.

Una idea se ha venido dibujando en todo lo dicho anteriormente, y es la de que la personalidad no surge merced al reconocimiento de la misma por el orden jurídico, sino en virtud de la creación por dicho ordenamiento. Manifestado en otra forma, la personalidad de los seres físicos y de los colectivos, es un producto del derecho: éste la crea, en unos casos de una manera general; en otros, mediante un acto especial del poder público, por ejemplo, "No son personas jurídicas las fundaciones o corporaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley o de un decreto del Poder Ejecutivo" (Art. 541 C.); o en el caso de los sindicatos que para tener existencia legal deben obtener personalidad jurídica, la cual les es concedida mediante acuerdo del Poder Ejecutivo, en el Ramo de Trabajo y Previsión Social (Art. 197 C. Trab.).

Así como se dijo que el orden positivo no creaba la realidad humana, en igual forma no crea los elementos materiales ni por regla general predetermina los fines de los entes colectivos; sin embargo, éstos no forman parte de la vida jurídica mientras esa personalidad no les es atribuida. En esa forma se explica cómo en una compañía mercantil, por ejemplo, varias personas acuerdan asociarse; realizan sus aportes; se proponen alcanzar un fin; y satisfacen todas las demás exigencias legales; y entonces surge el nuevo ente: la sociedad como persona jurídica. Se explica en la siguiente forma: los socios cuentan con que al cumplir con los requisitos legales mencionados, la personalidad jurídica creada por el orden positivo vendrá a ser un elemento substancial de la sociedad.

Nuestra opinión es que la personalidad jurídica se crea en abstracto, determinándose su lugar en el Derecho, y señalando cuáles son las condiciones necesarias para atribuirle a un sujeto determinado; a los individuos les basta pertenecer a la especie humana; en los demás casos habrá que distinguir si para concedérselas se requiere de un acto especial del poder público o si basta simplemente sujetarse a ciertos y especiales requisitos. Con esta aclaración no hay peligro en hablar de conceder personalidad jurídica a ciertos entes y no de que se cree aquélla, como hemos venido sosteniendo.

Probablemente repugne a nuestros principios lo que se ha dicho de la personalidad si la aplicamos a los seres humanos, porque podría pensarse que el ordenamiento jurídico no crea sino que únicamente reconoce a los individuos personalidad jurídica por el hecho de ser hombres. Estimamos que no es un reconocimiento, porque sería un contrasentido imaginar que hubiera personas con capacidad jurídica fuera del derecho; habría reconocimiento, si los individuos ya fueran personas y el derecho sólo viniera a respaldar o a confirmar ese estado, mediante un acto especial suyo. En esta parte encontramos certeras las palabras de Recaséns Siches, de que "El hombre individual es una realidad frente a la cual se encuentra el Derecho, pudiendo éste concederle personalidad, esto es, hacer de su conducta contenido de derechos sub-

jetivos y deberes, o no concedérsela (esclavitud). Claro es que desde un punto de vista estimativo debe concedérsela en todo caso, pues de lo contrario resultaría la mayor de las monstruosidades y la más repugnante de las injusticias; pero es que en la frase que antecede se planteaba tan sólo las posibilidades lógicas, aunque desde luego una de ellas sea la única éticamente admisible, y la otra sea condenable". (46)

A pesar de lo anterior, encontramos un poco difícil distinguir entre los conceptos reconocer y conceder, porque podría decirse por ejemplo, que la institución de la esclavitud no concedía o no reconocía personalidad a determinados sujetos; pero si nos atenemos a lo que se dijo de la creación de la personalidad jurídica en abstracto, tales dudas no tienen mucha importancia. Aquí podríamos insinuar un símil, en lo relativo a la mayoría de edad, en la cual se puede afirmar que el Derecho la crea, con el fin de que ciertos individuos al cumplir tantos o cuantos años, puedan ejercer derechos sin autorización ni por intermedación de otras personas. Podría decirse: el derecho no crea al tiempo y seguramente que eso es exacto, pero cuenta con él, y además regula ciertas relaciones en consideración al mismo. En este ejemplo vemos que si un individuo llega a la edad mínima fijada por la ley para ser mayor de edad, por ese mismo hecho se le está concediendo o reconociendo el derecho que corresponde a los mayores de edad.

Para concluir, se hace notar que nuestro Código Civil en el Título XXX del Libro Primero, regula lo relativo a las personas jurídicas. En el Art. 540 de ese Código se lee: "Las personas jurídicas son de dos especies:-- 1o. Corporaciones y fundaciones de utilidad pública; -- 2o. Asociaciones de interés particular".

En esta oportunidad cabe hacer la distinción que hace Del Vecchio "entre los dos tipos principales de personas jurídicas: corporaciones y fundaciones".

El autor mencionado da los siguientes conceptos: (47)

"La corporación ("universitas personarum") es una reunión de personas que da lugar a un ente colectivo, cuya personalidad y existencia es distinta de la de los individuos. La corporación, pues, permanece la misma, aunque algunas de las personas físicas que la componen (o incluso todas) cambie o mude por cualquier causa. El ente colectivo es una figura sui iuris, con facultades, con pretensiones propias".

"La fundación ("universitas bonorum" o "rerum") es un complejo de bienes destinados con un acto irrevocable de voluntad a un cierto fin, con carácter de perpetuidad o de duración indeterminada. El elemento de la voluntad no está dado aquí por una combinación psicológica entre la voluntad de los distintos individuos (como en el caso de la corporación), que representa un querer objetivo que adquiere una dimensión independiente de la vida misma del fundador. Junto a este elemento personal, se presenta con un carácter de predominio, el elemento real, el patrimonio destinado a la consecución del fin".

Estamos conscientes de no haber ahondado debidamente como hubiéramos querido, pues no se ha hecho un análisis profundo de la cuestión; sin embargo, tenemos una disculpa: esta materia es accesoria al punto principal de nuestro trabajo; además, un examen exhaustivo de la misma rebasaría los límites del "Somero examen de las Sociedades en General", que estamos desarrollando.

SEGUNDA PARTE

La personalidad jurídica de las sociedades ha sido un problema que ha originado polémicas sin fin; afortunadamente en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia de muchos países la reconocen casi unánimemente.

Felipe de Solá Cañizares, traductor del "Tratado del Derecho de las Sociedades", de Antonio Brunetti (48), en sus comentarios y notas que hace al final de cada capítulo de la obra citada, señala que el derecho comparado ofrece dos nociones distintas de la personalidad, correspondiendo una a la teoría de la ficción y la otra, a la teoría de la existencia real, "que se aplican, respectivamente, en el derecho inglés y en el derecho alemán, mientras que en otros sistemas jurídicos se trata de conciliar ambos sistemas".

Basados en los comentarios y notas aludidos nos referimos a ambos sistemas.

La noción de personalidad en el derecho inglés se vincula a la noción de la "corporation". Se adquiere la personalidad de la sociedad en virtud de la incorporación, que se efectúa mediante la inscripción en el Registro de Sociedades, con lo que se convierte en persona jurídica. Esta es para los ingleses una abstracción, mediante la cual se considera que existe una entidad metafísica - distinta de los miembros que la componen, y que no tiene una existencia física sino ideal, resultado de una ficción jurídica que atribuye al ente derechos y obligaciones. La capacidad de la compañía no es general como las de las personas físicas, "porque en derecho inglés, la noción de personalidad jurídica está vinculada a otra noción típicamente inglesa, la teoría de "ultra vires". (49)

Esta teoría, producto de la jurisprudencia, consiste en declarar nulo todo acto efectuado por cuenta de la sociedad si no está comprendido dentro de los objetivos indicados en los estatutos, o cuando aquél no tiene una relación directa con ellos. La nulidad no la pueden evitar ni todos los miembros aunque quieran ratificar el acto.

La asamblea puede ratificar los actos de los administradores aun cuando se hayan excedido en sus facultades, a menos que se trate de actos "ultra vires".

En el derecho alemán la personalidad de las sociedades por acciones es más amplia, pues no está restringida como en el derecho inglés, por el objeto social ni tampoco por las limitaciones estatutarias. Las limitaciones a los poderes de los administradores únicamente tienen efectos puramente internos.

La jurisprudencia alemana concuerda en que los actos de los administradores son válidos frente a terceros, aun en asuntos que excedan de los límites establecidos en los estatutos, salvo que hubiere connivencia fraudulenta entre un administrador y un tercero, o si éste sabía o había tenido oportunidad de saber, con un mínimo de diligencia, que el administrador estaba actuando con abuso de su derecho.

Adquisición de la personalidad

En la mayor parte de las legislaciones la personalidad jurídica se adquiere mediante la inscripción en el Registro de Comercio o el Registro de Sociedades, según los países. En Francia y Bélgica se adquiere antes de esa inscripción, si se han cumplido previamente determinadas condiciones especificadas en la ley.

En relación con los distintos tipos de sociedades, de Solá Cañizares (50) resume las soluciones legislativas de los distintos países, así:

a) La personalidad jurídica no se les reconoce, en ninguna legislación, a las sociedades en participación.

b) Las legislaciones de todos los países reconocen personalidad jurídica a las sociedades por acciones.

c) Los países latinos reconocen personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles.

d) "Las legislaciones de los países germánicos y de los países de "Common Law" distinguen entre las sociedades denominadas de personas y las de capitales".

El derecho germánico únicamente a la sociedad por acciones y a la sociedad de responsabilidad limitada considera como personas jurídicas, negándose a la sociedad colectiva y a la sociedad en comandita simple; sin embargo, se les permite que tengan un nombre, que es la razón social, y también un patrimonio social; asimismo pueden adquirir bienes y contraer obligaciones y comparecer en juicio como actores o como demandadas. El autor que hemos mencionado (51) afirma que realmente "se trata de una personalidad jurídica menos completa que la de la sociedad por acciones", por lo que no hay una falta absoluta de personalidad.

En las siguientes líneas, tomadas del autor alemán Karl Heinsheimer, se aprecia mejor lo relativo a la negación de personalidad jurídica a la sociedad colectiva. Esta es, dice, "genuinamente una sociedad, una reunión, una asociación individual, pero no es una persona jurídica. El patrimonio social es patrimonio de los asociados. Estos son personalmente los empresarios del negocio. Pero el patrimonio social se presenta, según el Código Civil como - una hacienda común de todos los asociados. Es una especial relación de copropiedad por virtud de la cual están excluidos o no son realizables los derechos de disponibilidad de cada miembro sobre su porción particular. La particularidad comercial y jurídica consiste esencialmente en que los asociados para la gestión de su hacienda común utilizan un nombre comercial común. Bajo su firma la sociedad colectiva puede adquirir derechos y contraer obligaciones, demandar y ser demandada. Funciona, por consiguiente, de conformidad con las necesidades del tráfico, lisa y llanamente, como un ente autónomo, portador de la razón social, compuesta de porciones particulares segregadas de los patrimonios de los socios, que se presentan como hacienda de la compañía. Por todo ello semeja prácticamente como un cuerpo moral con propia personalidad jurídica. . ." (52)

En Francia se admite por casi todos los autores que el contrato de sociedad da nacimiento a una persona jurídica, o sea que la compañía constituye un ser colectivo distinto de cada uno de sus miembros. Esta solución se ha admitido sin discusiones respecto a las sociedades mercantiles; y en una época relativamente reciente, la jurisprudencia de la Corte de Casación la ha admitido para las sociedades civiles.

En Italia, la jurisprudencia y los tratadistas distinguen entre sociedades civiles y comerciales. Por ejemplo De Gregorio mira en la sociedad civil una embrionaria unificación subjetiva, que no difiere substancialmente en cuanto a los terceros, de la situación en que se estaría cuando varias personas, para

una finalidad común, confieren a una o a varias de ellas los poderes necesarios para obrar, en representación del grupo, y de acuerdo con la finalidad acordada. El tratadista de mérito niega expresamente la personalidad jurídica a las sociedades civiles; en cambio, respecto a las mercantiles hace observar: a) Que del grupo de los socios surge una nueva individualidad, que no es equivalente a la suma de los sujetos jurídicos asociados; b) Las sociedades comerciales constituyen respecto a los terceros entes colectivos distintos de las personas de los socios; y c) Existe una disciplina que reconoce autonomía al patrimonio social, por lo cual éste no se confunde con el patrimonio particular de sus miembros.

Algunos sostienen que aunque la sociedad mercantil aparezca como sujeto autónomo frente a los terceros, no ocurre lo mismo en cuanto a los socios. Vivante refuta esa opinión afirmando que la sociedad es una persona jurídica - no sólo frente a terceros sino también frente a los socios, y es más primero respecto de éstos, porque de no ser así se estaría impidiendo a la compañía ejercitar sus propias acciones contra los socios, y no habría manera de formar el patrimonio que debe servir de garantía a los terceros.

Malagarriga acepta que las sociedades tengan personalidad jurídica, y las configura como "entes que surgen de la concordancia de varias voluntades en el propósito de conseguir un fin común mediante un aporte también común y la autorización del Estado, en los casos en los que es exigida, como ocurre entre nosotros con las sociedades anónimas, no es sino el reconocimiento de la preexistencia de la sociedad". Las palabras de Malagarriga nos hacen incluir lo entre los que consideran el "reconocimiento" como simplemente "declarativo". En páginas precedentes, se vió lo relativo a la teoría del reconocimiento.

Los tratadistas Ernesto Guelperín y Nenson Lodi advierten que se debe precisar qué es lo que se entiende por personalidad de las compañías, y en seguida aclaran que es innecesario decir que a ellas, "no se le atribuyen rasgos ni atributos idénticos a los de la persona humana; desde su existencia misma hasta su nombre son fruto de la voluntad de aquellas personas humanas que eligen el camino de la reunión de esfuerzos (materiales e intelectuales) con un fin económico". (53)

Los mismos autores justifican la personalidad de las sociedades valiéndose del siguiente argumento: a la persona por nacer, a los dementes, etc. se les acepta como sujetos de derechos, no obstante que no puede asignárseles una voluntad; "sin embargo se les considera como tales, se admite su actuación, más o menos limitada, por intermedio de sus representantes legales. Y puesto que así lo exige la justicia, las personas antes mencionadas exteriorizan su voluntad presunta por la vía de las decisiones de dichos representantes. ¿Por qué, entonces, negar esa personalidad a las sociedades?" (54)

Las legislaciones latinas emplean, por lo general, el tecnicismo "persona jurídica"; en otros países no se determina si las sociedades son o no personas jurídicas, pero sí se les asegura su desenvolvimiento y se les permite dedicar un conjunto de bienes al fin que persiguen. El objetivo principal de la doctrina es destacar que el patrimonio es autónomo y separado, por ello les basta con sentar el principio de que las sociedades son colectividades nacidas de un contrato, en las que hay individuos actuando como representantes. Con este sistema desaparece la idea de que la sociedad sea una simple comunidad de bienes, y no se roza el temido problema de la personalidad. El resultado práctico es casi el mismo, pero desaparecen las complicaciones teóricas.

Se ha criticado que los códigos hagan declaración expresa sobre la personalidad jurídica de las sociedades, por cuanto son elaboraciones que incumben a la ciencia: las leyes únicamente deben establecer normas de conducta. A esa censura se ha contestado que en aquellos códigos en donde no se ha proclamado abiertamente tal principio, ha originado entre los comentaristas violentas polémicas, en el sentido de si es o no admitido ese principio; en cambio al formularlo, se manifiesta claramente la intención del legislador; además, si las colectividades se transforman en unidades jurídicas, en virtud del reconocimiento del derecho objetivo, no es criticable que éste haga declaración expresa de ello. (55)

Directa e indirectamente se ha venido diciendo que la cuestión de la personalidad jurídica de las sociedades, difiere en las distintas legislaciones. En El Salvador todas las sociedades son personas jurídicas. Fundamentamos este aserto con el inciso 2o. del Art. 1811 C., cuyo texto es el siguiente: "La sociedad forma una persona colectiva distinta de los socios individualmente considerados". El primer inciso del mismo artículo da el concepto de lo que es la sociedad o compañía.

Al analizar el concepto de sociedad, en el apartado C) del Capítulo I del presente Título, se hizo notar que tal concepto en la legislación chilena es igual al de nuestro Código Civil, variando únicamente en que aquélla dice "persona jurídica", y en éste "persona colectiva". La diferencia es simplemente terminológica, porque según vimos, al desarrollar las diversas teorías sobre las personas jurídicas, ambas expresiones significan lo mismo.

Cómo adquieren personalidad jurídica las sociedades mercantiles, ya se dijo en el apartado A) del Capítulo anterior, cuando se trató de los "Efectos de la Inscripción de la Sociedad Mercantil en el Registro de Comercio". Las sociedades civiles son ajenas a la inscripción, salvo si se trata de compañías anónimas o si han adoptado la forma mercantil; en los demás casos son personas jurídicas sin esa exigencia.

Se mencionan (56) tres posibles soluciones al problema del nacimiento de las sociedades como personas jurídicas.

1a. Creación voluntaria y libre de personas jurídicas de interés privado. Esta solución no se acepta porque si bien las partes contratantes pueden establecer entre sí derechos y obligaciones, su voluntad, en cambio, carece de poder para crear una persona que surta efectos ante los demás, pues, como dice Ferrara, "la voluntad humana no tiene el poder de producir sujetos de derecho".

2a. La concesión estatal. Este antiguo sistema ya no se sigue, porque embaraza el desarrollo de las iniciativas privadas y de la riqueza. En nuestro medio, en casos especiales, se exige para algunas anónimas al momento de solicitar la inscripción "3o. Testimonio o certificado de la concesión, si la empresa necesitare autorización del Gobierno de la República". (Art. 234 - Com). En relación con esto último véase Art. 263 Com.

3a. La reglamentación legal. Esta solución es la preferida por la doctrina, la cual consiste en reconocer personalidad a las sociedades, inmediatamente después de haber cumplido ciertos requisitos legales. El Estado no exige un acto especial de aprobación de cada sociedad, sino que se vale de un medio general.

Con este tercer sistema, la constitución social supone dos fases: la.) La entidad se forma mediante un contrato, y 2a.) en virtud del cumplimiento de ciertos requisitos legales, la sociedad obtiene personalidad jurídica. Con la primera fase se sienta la organización que tendrá el ente colectivo y nacen obligaciones para los contratantes; con la segunda, la agrupación individual se eleva a la categoría de persona unitaria, distinta, y con efectos para terceros.

Langlé y Rubio, siguiendo el pensamiento de Ferrara, sostiene que los socios no tienen poder suficiente para crear un sujeto de derecho, sino solamente para formar una colectividad, con una comunidad de patrimonio. La persona social no nace del contrato, sino que dimana del reconocimiento "por disposición normativa", que consiste en observar determinados requisitos legales. Antes de eso o en defecto de ellos habrá una sociedad irregular o no será persona jurídica.

Algunas consecuencias derivadas de la personalidad jurídica de las sociedades son:

la.) Las sociedades son sujetos de derecho, lo cual supone que las compañías tienen: a) Un nombre con el cual actúan en el mundo de los negocios. El nombre colectivo es la expresión de su personalidad, ya sea una razón social o una denominación; b) Un domicilio, que es la base física de su residencia; - c) Una nacionalidad; d) Capacidad de goce, porque en su nombre se pueden establecer toda clase de contratos o efectuar otra serie de actos jurídicos. Assume obligaciones y derechos resultantes de esas operaciones. La capacidad de goce no supone la capacidad de ejercicio, porque las personas colectivas no actúan sino por conducto de sus representantes; e) Capacidad procesal; f) Los libros de contabilidad son de la sociedad y prueban a favor o en contra de ella y no en contra de los socios, en especial los de las compañías mercantiles, porque éstas son comerciantes;

2a.) El socio obliga a la sociedad cuando contrata a nombre de ésta, si tiene poder suficiente. (Arts. 1852 C. y 261 Com.).

3a.) Los acreedores particulares de los socios no tienen acción sobre los bienes sociales, a menos que hubiere hipoteca anterior a la constitución de la sociedad. (Art. 1854 C., inc. lo.).

4a.) En la venta o hipoteca de bienes raíces de la sociedad no es necesario cumplir con las formalidades establecidas en el Código Civil, en el caso de que haya socios incapaces. En caso de liquidación de una sociedad colectiva o en comandita, compete al liquidador "6o. A vender las mercaderías y los muebles e inmuebles de la sociedad, aun cuando haya algún menor entre los socios..." (Art. 221 Com.).

5a.) La distribución de beneficios no se entiende ni respecto de la gestión de cada socio, ni respecto de cada negocio en particular. (Art. 1828 C.).

6a.) Los aportes al fondo social pertenecen a la compañía. (Art. 1840 C.); el peligro de la cosa entregada pertenece a ella, según las reglas generales - (Art. 1842 C.); y "los productos de las diversas gestiones de los socios en el interés común pertenecen a la sociedad". (Art. 1849 C.).

7a.) Tiene un patrimonio propio. En realidad, la circunstancia de que las compañías puedan tener un patrimonio propio no es más que un aspecto de la capacidad jurídica, la cual permite ser titular de derechos reales.

Para concluir con este punto, es preciso reparar que el Art. 333 Com., interpretándolo a contrario sensu, indica cuáles son, según la ley, los atributos de las personas jurídicas. Ese artículo está redactado así: "La cuenta en participación no representa para con terceros, personalidad jurídica distinta de la de aquellos que la forman, y no tiene firma ni denominación social, patrimonio colectivo ni domicilio."

Es significativo que las cuentas en participación, como Capítulo V, forma parte del Título V, Libro Segundo, del Código de Comercio, cuya regulación corresponde a "las Compañías Mercantiles". También en el Art. 789 Com., inserto en las "Disposiciones Especiales relativas a la Quiebra de las Sociedades Mercantiles", se lee: "Los socios comanditarios, los de las sociedades anónimas y los de cuentas en participación..." De lo expresado, podría concluirse que las cuentas en participación son una especie de sociedad; sin embargo, en su oportunidad se verá que las cuentas en participación no son sociedades.

BIBLIOGRAFIA

MARCOS SATANOWSKY, Estudio de Derecho Comercial, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950:

(1) Pág. 46 - (8) Págs. 47 y 48 - (17) Pág. 52 - (31) Pág. 58 - (45) Págs. 54 y 55.

EDUARDO GARCIA MAYNEZ, ob. cit.:

(2) Pág. 271 - (6) Pág. 276 - (11) Pág. 276 - (13) Págs. 279 y 280 - (19) Pág. 282

(20) Pág. 283 - (22) Pág. 285 - (24) Pág. 287 - (33) Pág. 290 - (36) Pág. 293

(37) Pág. 294.

LUIS RECASENS SICHES, Vida Humana, Sociedad y Derecho, Fundamentación de la Filosofía del Derecho, 3a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1952:

(3) Pág. 258 - (5) Pág. 269 - (7) Pág. 262 - (39) Págs. 271 y 272 - (40) Pág. 275

(41) Pág. 277 - (46) Pág. 270.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UTHERA, (Tomo VIII), México 1953:

(4) Pág. 386 - (10) Pág. 386.

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc. (Tomo I), cit.:

(9) Pág. 103 - (27) Págs. 108 y 109 - (28) Págs. 109 y 110 - (30) Pág. 109

ALESSANDRO GROPPALI, Doctrina General del Estado, Traducción de Alberto Vásquez del Mercado, Porrúa Hnos. y Cía., Distribuidora, México, D.F., 1944.

(12) Pág. 190 - (25) Pág. 191 - (26) Pág. 192 (38) Pág. 197.

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):

(14) Pág. 217 - (21) Pág. 217 - (48) Pág. 231 - (49) Pág. 231 - (50) Pág. 232

(51) Pág. 234.

GIORGIO DEL VECCHIO, Filosofía del Derecho, 8a. Edic. Española, Bosch, Casa Editorial Urgel, Barcelona, 1963:

(15) Pág. 417 - (16) Pág. 418 - (18) Pág. 418 - (23) Pág. 419 - (29) Pág. 420 -

(42) Pág. 421 - (43) Pág. 422 - (44) Pág. 424 - (47) Pág. 423.

KARL HEINSHEIMER, ob. cit. - (52) Pág. 98.

ERNESTO GUELPERIN Y NENSON LODI, Sociedades Comerciales, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958:

(53) Pág. 28 - (54) Pág. 29

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit.: - (55) Pág. 380 - (56) Pág. 382.

ARTURO DAVIS, ob. cit.

CAPITULO VI

CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES

Las sociedades pueden ser clasificadas en diversos grupos, dependiendo del criterio o punto de vista desde el cual se aprecien. A continuación se analizan algunas de esas clasificaciones.

A) SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES

Por razón de su naturaleza y desde un punto meramente jurídico, las sociedades se dividen en civiles y mercantiles. Esta división es tradicional. Los criterios para distinguir a un tipo del otro ya se expusieron en otro lugar -Capítulo IV, punto B)-, en donde se hizo notar que el criterio más aceptado es el referente al objeto o finalidad social, o el giro o actividad a que aquéllas se dedican: si se forman para negocios que la ley califica como actos de comercio, la compañía será comercial; en otro caso, civil. También se advirtió del diverso régimen legal a que se encuentran sometidas unas y otras, y que en algunos países las sociedades civiles no tienen personalidad jurídica, ni las colectivas mercantiles, en otros.

Varias legislaciones, inspiradas en la doctrina moderna que pugna por cambiar el criterio de la finalidad social por un criterio formal, consideran mercantiles a las sociedades si adoptan cualquiera de los tipos siguientes: colectiva, comanditaria simple y por acciones, de responsabilidad limitada y anónima. La sociedad civil quedaría reservada únicamente para aquellas formas sin personalidad.

Otra doctrina moderna admite como correcto ese criterio, pero estima que no resuelve en forma absoluta la cuestión, y propone someter a la disciplina mercantil todas las sociedades, por el hecho de constituirse en tales, pues la mercantilidad no descansa ni en la finalidad social ni en la forma adoptada, sino en la circunstancia de asociarse con el propósito de crear un ente distinto de los miembros que lo integran. El Código de Comercio en proyecto sigue este criterio, con ciertas salvedades respecto a determinadas compañías a las que les releva del cumplimiento de muchas exigencias de las demás compañías.

B) SOCIEDADES COLECTIVAS, EN COMANDITA SIMPLE, EN COMANDITA POR ACCIONES, ANONIMAS, DE ECONOMIA MIXTA, DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y COOPERATIVAS

El Código Civil da conceptos de la sociedad colectiva, en comandita y de la anónima: los tres tipos clásicos de compañías.

Los Títulos II, III y IV de este trabajo, están dedicados especialmente a la sociedad colectiva, comanditaria simple y la de responsabilidad limitada, respectivamente; por tal motivo, en esta oportunidad sólo se hará un breve comentario de ellas.

SOCIEDAD COLECTIVA

Conforme al inc. 2o. del Art. 1819 C. "La sociedad colectiva es aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo". (En la edición de Códigos de la República de 1967 dice: "por su

mandatario... ", y en una nota marginal explica cuál es la razón del cambio de "su" en vez de "un").

La compañía colectiva mercantil puede conceptuarse como aquella que está formada por dos o más personas, dedicadas a ejercer el comercio, bajo una razón social, y en la cual son responsables los socios frente a terceros con todos sus bienes, personal y solidariamente.

El concepto legal nuestro, por ser puramente civil, no alude a un elemento básico: la responsabilidad de los socios por las deudas contraídas por la sociedad, la cual, en la colectiva mercantil, es personal, solidaria e ilimitada (Arts. 181 y 785 Com.). En la colectiva civil la responsabilidad de los socios se regula por el Art. 1853 C., si sus actos se ajustan a lo dispuesto en el Art. 1837 C.

SOCIEDAD EN COMANDITA

A tenor del inciso 3o. del Art. 1819 C., "Es sociedad en comandita aquella en que uno o más de los socios se obligan solamente hasta concurrencia de sus aportes".

El Código de Comercio, Art. 302, divide la sociedad comanditaria en dos especies: simple y por acciones.

Sociedad en comandita simple. "La comandita simple se forma por la reunión de un fondo suministrado en su totalidad por uno o más socios comanditarios, o por éstos y los socios gestores a la vez" (Art. 303 Com.).

La sociedad en comandita simple se asemeja a la sociedad en nombre colectivo o compañía colectiva, pero muestra la peculiaridad de que reúne dos clases distintas de socios: los llamados colectivos, comanditados o gestores, cuya responsabilidad es igual, en cuanto al grado y extensión, a los de la colectiva; y los socios comanditarios, quienes responden únicamente por el valor de los aportes que se han obligado a poner en común (Art. 310 Com.). La dirección y gestión únicamente está encomendada a los socios gestores y sólo ellos deben aparecer en la razón social. El Art. 305 Com. corrobora esto último: "En la sociedad en comandita los que administran se llaman socios gestores y los que ponen el capital socios comanditarios".

Sociedad en Comandita por Acciones. "La comandita por acciones se constituye por la reunión de un capital dividido en acciones o cupones de acción y suministrado por socios cuyo nombre no figura en la escritura social" (Art. 304 Com.).

En esta clase de compañía se hallan las dos categorías de asociados de la precedente, con la modalidad de que los comanditarios constituyen una colectividad de personas denominadas accionistas, el capital social está dividido en títulos negociables o acciones, y en ella hay Junta General de socios que funciona en forma semejante a la correspondiente a la sociedad anónima.

En la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio, los redactores explican que no obstante ser la sociedad comanditaria por acciones una supervivencia de sistemas antiguos y de poco uso, no la han suprimido, con el objeto de no romper la tradición, pero la han reglamentado tomando de modelo la legislación extranjera, e imponiendo a los socios gestores la

obligación de suscribir una acción por lo menos, prohibiéndoles transferirla mientras sean miembros de la misma.

SOCIEDAD ANONIMA

El inciso 4o. del Art. 1819 C. da el siguiente concepto: "Sociedad anónima es aquella en que el fondo social es suministrado por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones, y no es conocida por la designación de individuo alguno, sino por el objeto a que la sociedad se destina".

Del concepto legal copiado y de otras disposiciones del Código de Comercio, se advierte que los componentes de la anónima contraen una obligación ante la propia sociedad, pero limitada al valor de sus acciones, y no directamente frente a terceros. Gira bajo una denominación, ordinal lo. del Art. 231 Com., y no bajo una firma o razón social, y esa denominación debe hacer referencia al "objeto a que la sociedad se destina". El capital debe estar "siempre representado y dividido en acciones de igual valor, pudiendo, no obstante, un mismo título representar más de una acción" (Art. 244 Com., ler. inc.).

En la actualidad existen muchas sociedades anónimas cuya denominación no se ajusta al concepto legal, porque o bien en ella se hace mención a personas físicas, v. gr., "Armando Araujo, S. A.", etc., o en aquélla no se descubre la finalidad u objeto social, v. gr., "La Constancia, S. A.", "Delicia", etc. La práctica es indebida porque cuando la ley define una palabra o palabras, según las reglas de interpretación consignadas en el Título Preliminar del Código Civil, en especial las de los Arts. 20 al 22, inclusive, deben entenderse tal como en esos artículos se indica.

Comparando el ordenamiento positivo vigente con el proyecto de Código de Comercio, en relación con las sociedades anónimas se encuentran, entre otras, las innovaciones siguientes:

a) La constitución sucesiva o por suscripción pública, incorporada con el objeto de que participe un número mayor de socios, con el consiguiente incremento del capital social; actualmente sólo existe la constitución simultánea, con un capital suscrito en su totalidad por los socios fundadores cuyos nombres aparecen en la escritura social. Los trámites para constituir una sociedad anónima, si el capital se forma por suscripción sucesiva o pública, se encuentran en los Arts. 197 al 206 del proyecto.

b) Se suprime la exigencia de que la escritura de constitución de la sociedad se otorgue por cinco personas, por lo menos. La ley actual, inc. lo. del Art. 231 Com., no dispensa ese requisito, y en el Art. 282 Com., a manera de sanción, estatuye: "Las sociedades anónimas se disolverán cuando por más de seis meses hubieren existido con un número de accionistas inferior a cinco y cualquier interesado exija la disolución".

c) Se permite pactar la existencia de títulos de participación, mediante certificados que no atribuyenderechos en el capital de la compañía ni en la administración: la participación se limita a las utilidades.

Según el proyecto, y a él corresponden los artículos citados en este párrafo, los títulos de participación, son los siguientes:

1o.) Bonos de fundador. Se conceden a los fundadores de la sociedad anónima.

Estos, conforme al Art. 207, son: los firmantes del programa y los otorgantes de la escritura de constitución. Esos bonos deben contener determinados requisitos y son de dos clases: nominativos y al portador (Art. 212); el Art. 210 señala los límites en la participación; 2o.) Bonos de trabajador, regulados en el Art. 216; y, 3o.) Certificados de goce. El Art. 217 dice en qué casos se tiene derecho a ellos; el Art. 218 establece cuál es la participación de los tenedores de esos certificados; y, el último inciso del Art. 218, fija las condiciones para transferirlos.

d) En cuanto a la celebración de juntas generales de accionistas se observa: lo.) La distinción entre juntas ordinarias y extraordinarias no depende de la época predeterminada para celebrarlas, sino de la importancia y naturaleza de la materia a tratarse en la sesión; 2o.) Las resoluciones se adoptan con base en la proporción de capital presente o representado, y se desestima el elemento personal. En el Código de Comercio todavía subsiste ese anacronismo en los Arts. 243, inc. 4o. y Art. 285, inc. 2o.; 3o.) Cuando se requiere una mayoría calificada para resolver y no hubiere quórum en segunda convocatoria, se permite integrar una asamblea extraordinaria con cualquiera que sea el número de acciones poseídas por los concurrentes. El Código de Comercio, en el 2o. inc. del Art. 268, establece: "Si no pudiere constituirse la Junta General por falta de número de acciones representadas, se hará segunda convocatoria con tres días de anticipación, por lo menos, y se verificará cualquiera que sea el número de accionistas que concurran". Esta especie de sanción para los inasistentes no tiene lugar, en la legislación actual, cuando se trata de tomar resoluciones en las cuales se exige un número determinado de votos, - v. gr., modificación del contrato social (Art. 242 Com.), aumento de capital (inc. 4o. del Art. 243), fusión de sociedades (Art. 275 Com.), prórroga del plazo, si éste se ha vencido y no hay otro motivo para la disolución, (Art. 280 Com.), nombramiento de liquidadores (Art. 285, inc. 2o. Com.). La razón para afirmar lo anterior se deduce de la parte final del inc. 1o. del Art. 268 Com., que dice: "La Junta no podrá constituirse si no estuvieren representados más de la mitad de las acciones", y del Art. 269 Com., en donde prescribe que "La resolución de la junta general se formará con más de la mitad de los votos..." y que "Lo dispuesto en este artículo, se entiende sin perjuicio de los casos en que la ley, el contrato social o los estatutos exijan un número determinado de votos para los acuerdos de la junta". En otras palabras, el inc. 2o. del Art. 268 Com. únicamente tiene efecto cuando se frustra la asamblea de primera convocatoria, y los puntos por discutirse y resolverse en ella hubieran podido tomarse con simple mayoría.

e) Se concede acción para impugnar los acuerdos tomados por la junta general; se establecen los trámites para hacerla efectiva; y se determinan los casos en que procede.

f) Se permite la administración de la sociedad por una sola persona. En el Código de Comercio la administración social sólo puede confiarse a una junta directiva nombrada por la junta general. (Art. 259 Com.).

g) Los administradores pueden ser o no accionistas. El Código de Comercio exige que lo sean. (Art. 260 Com.).

h) El Art. 264 Com. impone a las sociedades anónimas la obligación de publicar cada seis meses, en el Diario Oficial, el balance general de sus operaciones; el proyecto, Art. 282, expresa: "Las sociedades anónimas practicarán por lo menos un balance anualmente, al fin del ejercicio social..."

i) La vigilancia de las anónimas no se encomienda a un consejo de vigi-

lancia, a menos de pacto en contrario, sino a un auditor. El Art. 262 Com. exige la creación de ese consejo, aunque en la práctica casi nunca se hace.

j) Hoy todas las convocatorias para juntas generales, deben hacerse por medio del Diario Oficial (Art. 268 Com.): aún no se permiten las llamadas asambleas universales o totalitarias, casos en los que puede prescindirse de ese requisito, si concurre todo el capital social y las resoluciones se adoptan por unanimidad; en cambio, en el Art. 233 del proyecto se consigna la disposición siguiente: "No obstante lo dispuesto en el Art. 228, no será necesaria la convocatoria a junta general ordinaria o extraordinaria, si hallándose reunidos los representantes de todas las acciones en que está dividido el capital social, acordaren instalar la junta y aprobaren por unanimidad la agenda".

k) La denominación puede formarse libremente, y debe ir seguida de las palabras "Sociedad Anónima", o de la abreviatura: "S. A.". De lo último nada dice el Código de Comercio, por eso existen varias sociedades anónimas en el país, que no llevan las palabras "Sociedad Anónima", v. gr., "Delicia"; respecto a la denominación ya se explicó que el Código Civil no permite la formación libre, pues aquélla debe hacer referencia "al objeto a que la sociedad se destina".

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA

Intrínsecamente no difiere en su organización y funcionamiento de la sociedad anónima; es más, es un tipo de ella. La razón de su existencia tiene su justificación.

En efecto, los Estados se han encontrado colocados en diversas posiciones en relación con la actividad privada. Después de la Revolución Francesa, época del individualismo y del liberalismo económico, aquéllos tuvieron como misión la de vigilar el respeto del libre juego de las fuerzas económicas; por lo demás, eran simples espectadores: la producción y distribución de las riquezas debían quedar enteramente a disposición de los particulares. Ese estado de cosas se condensaba en la famosa fórmula: "laissez-faire, laissez-passer" (dejar hacer y dejar pasar). En una posición antagónica se sitúan algunos Estados al asumir directamente, en su nombre, todas las funciones relativas a la economía, aboliendo la propiedad privada: los medios de producción y de uso les son negados a los particulares. Esta es la situación típica del socialismo de Estado, implantado en las Repúblicas del Soviet Supremo. En un término medio están los Estados que dejan a la actividad privada desenvolverse en el campo económico, pero sometiéndola a controles de regulación, procurando establecer un equilibrio favorable que no entorpezca la iniciativa del lucro individual, ni perjudique los intereses de la colectividad.

Dentro de esta última solución, cabe que la prestación de los servicios públicos esenciales a la comunidad, en principio, a cargo del Estado, no le competan a él exclusivamente, mediante una fórmula transaccional: atenderlos no sólo aquél, sino en colaboración con los particulares, con lo cual cumple con sus propios fines y a su vez estimula la iniciativa de los particulares, quienes consienten en compartir y aun subordinarse a los poderes públicos, con tal de participar en actividades puramente lucrativas. Este es el soporte principal en que descansa y justifica el funcionamiento de las sociedades de economía mixta.

La introducción de este tipo de sociedades en El Salvador es relativamente reciente. Por Decreto No. 2336, de fecha 6 de febrero de 1957, que en-

tró en vigencia en el mes siguiente, se emitió la Ley Sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta. En los considerandos de ésta se dan las razones que motivaron su regulación; en términos generales se dice que el Código de Comercio no contempla "las situaciones especiales de aquel tipo de sociedades por acciones en las que alguno o varios de los socios, sean personas jurídicas de derecho público como el Estado, el Municipio o las entidades oficiales que gozan de autonomía", y que para evitar tropiezos "con problemas de orden jurídico, en especial, en lo que se refiere a las bases de integración de los consejos de administradores o Junta Directiva", se decreta la Ley mencionada.

Antes de la fecha indicada, la figura ya era conocida en el país, ya que en virtud de leyes especiales funcionaron y aun operan algunas instituciones de esa clase.

La referida Ley dice en el Art. 1o.: "Se denominan Sociedades por Acciones de Economía Mixta las anónimas en que participan el Estado, el Municipio o las Instituciones Oficiales Autónomas en concurrencia con los particulares, cuyo objeto sea la explotación o la prestación de un servicio público. Tales empresas se regirán de conformidad con esta ley, cuando a su formación haya concurrido alguna de las corporaciones indicadas".

En conformidad a la misma Ley, Art. 3, las acciones representativas del capital se distribuyen en grupos; las Juntas Directivas, Art. 4, se organizan con un director por cada serie de acciones; el régimen especial, Art. 6, continúa "vigente para las sociedades de que se trate mientras exista alguna acción en poder del Estado o de otra de las personas jurídicas de derecho público participantes", la Corte de Cuentas de la República, Art. 7, puede ejercer a posteriori, cierta fiscalización, "limitada a inspeccionar mediante delegados autorizados los libros y registros de las Compañías".

En forma semejante el Art. 43 del Código de Comercio en proyecto, estructura las sociedades de economía mixta en cuanto al concepto de éstas, con la variante de que en él no se especifica cuál es el objeto o finalidad que deben tener esas compañías, y, además, no sólo las corporaciones de derecho público mencionadas por la ley vigente pueden constituir sociedades de economía mixta, sino también éstas y las instituciones de interés público, en concurrencia con los particulares. El inc. 2o. del mismo Art. 43 considera como instituciones de interés público "aquellas sociedades, asociaciones, corporaciones o fundaciones creadas por iniciativa privada a las que, por ejercer funciones de interés general, se les reconoce aquella calidad por una ley especial".

La Ley sobre Constitución de Sociedades por Acciones de Economía Mixta no ha pasado inadvertida, pues al amparo de ella se han constituido tres compañías.

La Inspección de Sociedades Mercantiles y Sindicatos, publica periódicamente la nómina de las sociedades que están sometidas a su vigilancia y fiscalización. De la correspondiente al 30 de abril de 1967, tomamos los nombres de las compañías de economía mixta existentes en el país. Ellas son: - la. - Distribuidora Eléctrica de Sensuntepeque, S. E. M. (D. E. S. S. E. M.); 2a. Distribuidora Eléctrica de Usulután, S. E. M. (D. E. U. S. E. M.); y 3a. Estaciones Terminales de Autobuses de Sonsonate, S. A. (E. T. A. S. S. A.).

La D. E. S. S. E. M. se constituyó el 21 de octubre de 1957 e inscribió el 22 de noviembre de ese año. Participan: Municipalidad de Sensuntepeque y par

ticulares. La D. E. U. S. E. M. fue constituida el 26 de julio de 1957 y se inscribió el 23 de septiembre del mismo año. Participan: Municipalidad de Usulután, Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (C. E. L.) y particulares. La E. T. A. S. S. A. se constituyó el 12 de mayo de 1960, fue inscrita el 3 de octubre de dicho año. Participan: Municipalidad de Sonsonate y particulares.

En resumen, las sociedades de economía mixta son sencillamente compañías anónimas, cuyo régimen legal es especial debido a la peculiar participación de ciertos accionistas que concurren con los particulares en la explotación o prestación de determinados servicios.

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

En estas compañías los socios, al igual que los accionistas de las anónimas y los comanditarios, sólo responden hasta la concurrencia de su aportación; y difieren en que las participaciones sociales no pueden ser representadas por títulos negociables; pueden adoptar una razón social o una denominación; el número de socios no puede exceder de cierto límite, y deben cubrir, al constituirse la sociedad una cantidad mínima a cuenta de sus aportes; etc.

Este tipo de compañía es relativamente nuevo en las legislaciones. La nuestra no lo contempla. El Código de Comercio en proyecto lo incluye entre las sociedades de personas (Art. 18), pero a pesar de eso adopta, en su regulación, algunas modalidades propias de las sociedades de capitales. El límite de responsabilidad de los socios se circunscribe al valor de su participación social; excepcionalmente pueden ser obligados a aportaciones suplementarias o accesorias, señaladas en el Art. 110, en el cual se lee: "Cuando así lo establezca la escritura social, los socios, además de sus obligaciones generales, tienen la de hacer aportaciones suplementarias en proporción a las primitivas. - Las aportaciones suplementarias no forman parte del capital social, y en consecuencia, no responden de obligaciones sociales ante terceros; constituyen un capital de reserva que se maneja libremente por la sociedad. -- También puede pactarse que los socios están obligados a efectuar prestaciones accesorias. En tal caso debe indicarse el contenido, la duración y la modalidad de estas prestaciones, la compensación que les corresponde y las sanciones contra los socios que no las cumplan". El artículo no precisa de ninguna explicación.

Algunos autores (1) encuentran equivocada la denominación de sociedades de responsabilidad limitada, porque esa limitación existe en la comanditaria y en la anónima, aunque admiten que con ese nombre se conoce en el mundo entero.

SOCIEDADES COOPERATIVAS

La legislación patria no da un concepto de ellas. El Código de Comercio, Art. 313, inc. lo., se limita a exponer: "Las sociedades cooperativas se caracterizan por la variabilidad del capital social e ilimitación del número de socios".

La tendencia legislativa de muchos países es la de sustraer a las cooperativas de la regulación mercantil y civil, y las trata en leyes especiales, ya como asociaciones o bien como sociedades especiales, porque se consideran ajenas al lucro. En El Salvador ha habido varios intentos de modificar el Capítulo pertinente del Código de Comercio, con el objeto de someter a esas sociedades a una disciplina más acorde a sus propias peculiaridades; y en épocas

más recientes, se ha pretendido desligarlas del Código de Comercio, por medio de una ley especial. En este sentido se lee en uno de los volúmenes (segunda parte, pág. 283), publicados por el Consejo Nacional de Planificación y Coordinación Económica, diciembre de 1964, correspondiente al "Plan de la Nación para el Desarrollo Económico y Social 1965-1969", lo siguiente: "El Código de Comercio en proyecto, excluirá las asociaciones sin finalidad de lucro, entre las que se incluyen las de tipo cooperativista. La regulación de este tipo de asociaciones por medio de una ley especial, se funda en los fines específicos que éstas persiguen, tales como el desarrollo de comunidades pequeñas de producción, consumo, alimentación y vivienda... Se institucionalizará la asistencia del Estado hacia la formación y desarrollo del sistema cooperativo, y se permitirán además las uniones de cooperativas en federaciones y confederaciones, para lo cual, se desarrollará el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo, a relacionarse con el Gobierno mediante el Ministerio de Economía".

El movimiento cooperativista tiene orígenes remotos, pero se reconoce que el éxito de tal movimiento arranca de la Cooperativa fundada en Rochdale, un suburbio de la ciudad de Manchester, Inglaterra, el 24 de diciembre de 1844, formada por 28 tejedores pobres, con sus ahorros. Se denominó "Rochdale Society of Equitable Pioneer (Sociedad de Rochdale de Iniciadores Equitativos)".

Los principios sentados por los fundadores de la citada Cooperativa, y que desde entonces han servido de guía para la organización de esas sociedades, incluso se citan en algunas legislaciones y se insertan como cláusulas de los pactos sociales, son los siguientes: (2)

- a) Neutralidad religiosa y política.
- b) Devolución de los excedentes a los asociados en proporción determinada a cada especie de cooperativa (Principio de Howart).
- c) Educación y fomento de la cultura de los asociados.
- d) Igualdad democrática de los asociados en las votaciones, independientemente del capital aportado.
- e) Ilimitación del capital y del número de socios.
- f) Beneficios iguales a todos los socios, sin privilegios para los directores o fundadores.
- g) Acciones nominativas transferibles en determinadas condiciones y con la aprobación de las autoridades cooperativas.
- h) Libertad en el ingreso, permanencia y egreso de los asociados.
- i) Uso de los servicios de la sociedad únicamente por los socios.

El Código de Comercio ha incorporado en algunos de sus artículos varios de los "Principios de Rochdale", y en un proyecto de ley de cooperativas, elaborado en 1961, se citan muchos de esos principios en el Art. 12.

Entre otros antecedentes de las cooperativas, se mencionan las "Fruttiere" de Italia, y las "Fruttières", de Francia, como gérmenes de las cooperativas agrícolas de producción; la sociedad de operarios de la industria

textil de Birmingham, Inglaterra, 1777, etc. (3)

Las cooperativas pueden ser de varias clases, según sea el objeto para el cual sean creadas. El proyecto de ley de 1961 antes mencionado, declara en el Art. 3: "Las cooperativas pueden ser de producción, agropecuarias, de consumo, de vivienda, de transporte, de mercadeo, de crédito y ahorro, escolares, y, en general, las que revistan cualquier otra forma lícita y compatible con el espíritu y requisitos del cooperativismo. -- Las cooperativas..."

En Estados Unidos de América son los agricultores los que mayor uso hacen de las asociaciones cooperativas. En ese país el movimiento cooperativo es grandísimo; sin embargo, es mayor en muchos países europeos, por ejemplo en Inglaterra, se afirma, más de ocho millones de personas pertenecen a sociedades de consumidores, y el monto anual de sus operaciones al menudeo se aproximan al 30 por ciento del total de todas las operaciones de la nación. Dinamarca, se dice, ocupa el primer lugar por el número de cooperativas agrícolas, pues más de la mitad de las operaciones comerciales de la nación se canalizan a través de las sociedades cooperativas, y el 20 por ciento de los artículos consumidos se vende en tiendas de cooperativas. También Finlandia, Suiza y Suecia tienen poderosas agrupaciones de esa clase. Las cooperativas del país últimamente mencionado atrajeron la atención mundial, al deshacer los monopolios de la molienda del trigo, los artículos de caucho y la fabricación de bombillas eléctricas, mediante la adquisición de fábricas con las cuales se produjeron esos artículos. (4)

Lamentablemente en nuestro país el cooperativismo está en pañales, y está desarticulado, en parte, por la deficiente regulación, y además, por la carencia de un organismo estatal específico que lo oriente y fiscalice. En la época presente también contribuye al desorden existente, el que se encomienda a distintas dependencias estatales lo relacionado con las cooperativas. Nuestro aserto lo fundamos en lo siguiente: conforme al Reglamento Interior del Poder Ejecutivo, corresponde a los Ministerios de: a) Economía: "Fomentar y promover la creación de sociedades cooperativas de toda clase como medios de defensa económica de los asociados" (numeral 26 del Art. 30); b) Trabajo y Previsión Social: "Fomentar el establecimiento de asociaciones de tipo cooperativo, como medio de mejorar las condiciones económicas de los trabajadores" (numeral 8 del Art. 33); y c) Agricultura y Ganadería: "Promover de acuerdo con el Ministerio de Economía, el establecimiento de asociaciones de agricultores y de ganaderos, especialmente cooperativas y vigilar porque su funcionamiento se acomode al estricto cumplimiento de sus estatutos" (numeral 11 del Art. 34). También la Inspección de Sociedades Mercantiles y Sindicatos, de dependencia del Ministerio de Economía, por interpretación extensiva de la Ley de la Junta de Vigilancia de Bancos y Sociedades Anónimas, se encarga de vigilar y fiscalizar a las sociedades cooperativas.

La cuestión referente a las cooperativas ha sido y es preocupación constante de los gobiernos de los distintos países, incluso en diversos organismos internacionales se da amplia divulgación y colaboración técnica en ese sentido. En el campo laboral, nos interesa destacar que en la reunión de Ministros de Trabajo de los Estados miembros de la OEA, celebrada en mayo de 1963, acordaron, en las "Recomendaciones": "Se fomenten cooperativas, entre otras, transportes, consumo, de vivienda, distribución, crédito, etc., que podrían contribuir grandemente al desarrollo acelerado y al robustecimiento de las masas populares como productoras y consumidoras. Los Ministerios del Trabajo deberán considerar como una parte básica de sus labores el estimular, en colaboración con otras entidades nacionales e internacionales, las activida

des cooperativas de los trabajadores. Parte fundamental de esta labor es la ayuda a las actividades de adiestramiento destinadas a la formación de un cuerpo de administradores calificados de cooperativas y la realización de otras medidas de asistencia técnica" (Declaración de Cundinamarca). La Segunda Conferencia Interamericana de Ministros del Trabajo sobre la Alianza para el Progreso, ratificó los principios y recomendaciones de la Declaración de Cundinamarca, e hizo entre sus recomendaciones, las siguientes: "Que las instituciones de formación profesional y otros organismos de educación vocacional y técnica de los Estados miembros de la OEA, inicien a más tardar en 1967, programas de adiestramiento de dirigentes y administradores de cooperativas, patrocinados por las organizaciones sindicales, y provean de asistencia técnica a estas entidades"; "Que el Programa de Cooperativas de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos sea dotado de los elementos técnicos y presupuestarios que le permitan atender a la demanda creciente de asistencia técnica que exige el desarrollo del movimiento cooperativo de América"; "Que los diversos organismos de asistencia técnica y financiera otorguen prelación a los programas nacionales de fomento del cooperativismo..." (Plan de Acción de Caraballeda). (Divulgación de la Sección de Asuntos Internacionales del Ministerio de Trabajo y Previsión Social de El Salvador).

Finalmente, señalamos algunas de las características de las cooperativas, de acuerdo con el Código de Comercio. Son: el capital es variable, y el número de socios, ilimitado (Art. 313), pero no se puede constituir una sociedad con un número menor de diez miembros (Art. 314); debe consignarse en el pacto social un capital fundacional mínimo (Art. 315, ord. 2o.); el interés de los socios no puede ser superior a dos mil colones, salvo si se trata "de cooperativas de empleados públicos formadas con los ahorros de su sueldo, bajo la supervigilancia del Gobierno de la República" (Art. 318); las acciones siempre son nominativas (Art. 319); "Cada socio tendrá un solo voto, cualquiera que sea el número de sus acciones" (Art. 320); la exigencia para retirarse voluntariamente de la sociedad es menor que en las demás compañías (Art. 327); etc.

Rodríguez Rodríguez, en el tomo I de su Tratado de Derecho Mercantil, pág. 191, en el concepto y características de las sociedades cooperativas, dice: "La sociedad cooperativa es una sociedad mercantil, con denominación, de capital variable, fundacional, dividido en participaciones iguales, cuya actividad social se presta exclusivamente en favor de sus socios que sólo responden limitadamente por las operaciones sociales". El concepto anterior lo funda el tratadista aludido en las características de la legislación mejicana.

C) SOCIEDADES DE PERSONAS Y DE CAPITALES

Las sociedades mencionadas anteriormente, se clasifican, especialmente en los países latinos, en sociedades de personas y de capitales. La terminología germánica llama a las primeras individualistas o por interés, y a las segundas, colectivistas o por acciones.

Diversas consideraciones influyen en la calificación: el desempeño de la gestión y la representación, el grado de responsabilidad de los socios y la posibilidad del cambio de éstos. En las personalistas la gestión y la representación corresponden a todos o algunos de los socios. La cualidad de miembro de la compañía es intransmisible, en principio, pues se supone mutua confianza de los miembros entre sí; el ingreso de un socio requiere el consentimiento de todos los demás, pues no puede haber traspaso de las participaciones sociales en contra o sin la voluntad de los otros coasociados. La especial res-

ponsabilidad que cabe a todos y cada uno de sus miembros, es el motivo fundamental para no desestimar la moralidad, pericia, diligencia, solvencia económica, etc., de los copartícipes.

La doctrina describe gráficamente con la frase "el socio de mi socio no es mi socio", el principio de que nadie puede hacer entrar en sociedad a una persona sin el consentimiento de los otros miembros. A este respecto encontramos en la legislación salvadoreña las prescripciones siguientes: "Ningún socio, aun ejerciendo las más amplias facultades, puede incorporar a un tercero en la sociedad, sin el consentimiento de sus consocios; pero puede sin este consentimiento asociarle a sí mismo, y se formará entonces entre él y el tercero una sociedad particular, que sólo será relativa a la parte del socio antiguo en la primera sociedad" (Art. 1846 C.); en las prohibiciones contenidas en el Art. 212 Com., aplicables a los socios colectivos, se encuentra en el ordinal 3o., la siguiente: "Ceder a cualquier título su interés en la sociedad y hacerse... " "La cesión... sin previa autorización de todos los consocios, es nula".

En las sociedades de capitales las funciones administrativas y de gestión, por lo general, no van unidas a la calidad de socio, y, por lo tanto, pueden confiarse a personas extrañas. El Código de Comercio no admite esa modalidad, pues en los Arts. 259 y 260, prescribe que la administración debe ser ejercida por una junta directiva de gobierno, integrada por socios, nombrados o electos por la junta general de accionistas. La representación la tiene forzosamente uno o más de los miembros de esa junta directiva o consejo de administración según se desprende del ordinal 4o. del Art. 231 Com.

La condición de socio en las anónimas es esencialmente transmisible, por que en ellas interesa más el elemento objetivo, es decir, el patrimonial. Es factible, no obstante, establecer en el pacto social algunas limitaciones para la transferencia de acciones, por ejemplo, exigir el acuerdo previo de la junta directiva, o de que las acciones no puedan transferirse a otras personas no socias. En el Art. 251 Com. existe una limitación: "Mientras el contrato social no disponga otra cosa, las acciones nominativas no podrán enajenarse sin consentimiento de la sociedad, salvo que se rematen judicialmente en venta forzada..." Se halla otra limitación en los incs. 2o. y 3o. del Art. 244 Com., en donde se estatuye que mientras las acciones no estén completamente pagadas tendrán el carácter de nominativas, pero si su valor se ha cubierto en su totalidad, se convierten al portador, si el interesado lo exigiere y el contrato social no dispone lo contrario. Aquí la limitación no es directa, pero al relacionarla con el Art. 251 Com. mencionado, se ve que la transferencia puede ser restringida.

* Se puede afirmar que la división de las sociedades en personales y de capitales se basa primordialmente en la mutua confianza y en las cualidades personales predominantes en la primera; en las segundas, no se toman en cuenta esos requisitos, sino los capitales.

El Código de Comercio en proyecto ha recogido esas ideas en los Arts. 44 y 126. Estos, por su orden, dicen: "En las sociedades de personas, la calidad personal de los socios es la condición esencial determinante de la voluntad de asociarse." -- Su capital se integra por cuotas o participaciones de capital, que pueden ser desiguales"; y "En las sociedades de capitales, la calidad personal de los socios o accionistas no influye de modo alguno en la voluntad de asociarse. -- Su capital se divide en partes alícuotas, representadas por títulos valores llamados acciones". El citado proyecto en el Art. 18 agrupa entre las sociedades de personas a las sociedades en nombre colectivo, en comandita simple y de responsabilidad limitada. Esta última propiamente es una forma intermedia entre las -

sociedades de personas y de capitales. Como sociedades de capitales incluye a las sociedades en comandita por acciones y a las anónimas. Las primeras tienen un carácter mixto. ✓

Se sostiene que realmente el elemento subjetivo de las sociedades de personas no es exclusivo de éstas, pues también existe en las de capitales.

Aunque la clasificación ha sido censurada, se halla bastante extendida en la doctrina y su uso es frecuente. Mucha razón hay en esas críticas, pues es inexacto afirmar que en la sociedad anónima se trata de una simple reunión de capitales. Certeramente dice Manara, que habiendo capitales se presupone a los capitalistas: son éstos los asociados no los capitales (5). Tampoco es indiferente en esa clase de compañías el carácter personal de los socios, puesto que entre más complicada y grande es una empresa, mayores cualidades han de poseer sus fundadores y administradores. Mas no debe desconocerse el predominio del *intuitu personae* en las compañías personalistas, y el *intuitu rei*, en las de capitales. Allí donde la sociedad ofrece a sus acreedores el patrimonio particular de los socios, juntamente con el de la sociedad, como garantía de las deudas sociales, se manifiesta un mayor personalismo; y cuando las deudas de la compañía no se comunican a los asociados, entonces es más patente el carácter capitalista de aquélla.

Esa clasificación no convence a Felipe de Solá Cañizares (6), para quien todas las sociedades, son verdaderamente, de capitales, puesto que el capital es un elemento imprescindible de toda sociedad; y también son de personas porque no hay compañías sin individuos que las constituyan. Con ejemplos demuestra la inexactitud de la clasificación: una sociedad colectiva o en comandita simple con un capital cuantioso, sería más una compañía de capital que una anónima con un fondo social exiguo. El mencionado autor se refiere también a la sociedad de responsabilidad limitada, respecto a la cual los autores no están muy seguros en su clasificación, e incluso no le encuentran ubicación en ninguno de los grupos aludidos.

Ciertamente la clasificación en estudio es discutible, pero habremos de servirnos de ella forzosamente, para el desarrollo de las "Sociedades de Personas en el Derecho Salvadoreño".

D) SOCIEDADES DE CAPITAL FIJO Y DE CAPITAL VARIABLE

I) SOCIEDADES DE CAPITAL FIJO

El capital de las sociedades es, por regla general, fijo. En la legislación patria es de esa clase, por eso el capital de las compañías figura en el pacto social, y cualquier aumento o disminución del mismo, significa la modificación de la escritura pública respectiva. Si la compañía es civil la escritura puede no ser pública, en las condiciones explicadas en otro capítulo; pero si es una compañía mercantil, además del otorgamiento de la escritura pública de modificación, debe inscribirse en el Juzgado de Comercio; y si es una sociedad anónima debe cumplirse previamente con el procedimiento establecido en el Art. 243 Com., y con las exigencias de los Arts. 241, 242, 252, 268 y 271, todos del Código de Comercio. Si es una sociedad en comandita por acciones y hubiere reembolso del capital, en el caso previsto en el Art. 311 Com., y ello significare reducción de aquél, sólo puede hacerse siguiendo los trámites del precitado Art. 243 Com. Las cooperativas en virtud de la variabilidad del capital, únicamente modifican su pacto social si acuerdan reducir o aumentar el capital fundacio-

nal mínimo, en particular si dichas sociedades han adoptado la forma anónima. En otro caso no es necesario, porque la reducción puede ser temporal, debido a circunstancias imprevistas, que pueden ser superadas, con la consiguiente recuperación del capital.

II) SOCIEDADES DE CAPITAL VARIABLE

Verdaderamente la variabilidad del capital no configura un tipo especial de sociedad, sino más bien es una modalidad cuya característica es la de permitir el aumento o disminución del fondo social, sin recurrir a trámites lentos y embarazosos; pero mediante el cumplimiento de requisitos y formalidades tendientes a garantizar los derechos de terceros y de los socios.

La rigidez del principio de estabilidad del capital de las sociedades mercantiles desempeña una función esencial, pero embaraza la actividad de aquellas empresas que en determinados momentos desean realizar operaciones en las cuales necesitan de cantidades desiguales de capital.

La necesidad de la variabilidad del capital se manifiesta en dos momentos: 1o.) Cuando se desea movilizar grandes cantidades de dinero a otras actividades más lucrativas, ajenas a la sociedad, si el capital de ésta es demasiado para atender sus necesidades operacionales. La fijeza del capital no permite utilizar esas sumas ociosas, mientras no se hayan efectuado los trámites legales de reducción; y, 2o.) Para obtener capital nuevo, si se presentan oportunidades favorables de inversión, sin tropezar con los trámites dispendiosos y dilatados impuestos por la ley, en el caso de aumentos de capital.

Los redactores del proyecto de Código de Comercio contemplaron en éste esa modalidad, fundándose, probablemente, en las consideraciones anteriores. Enseguida se alude a algunos artículos de ese proyecto. El Art. 306 dispone: "Cuando en la constitución de una sociedad se adopte la modalidad de ser de capital variable, el capital social será susceptible, tanto de aumento por aportaciones posteriores o por la admisión de nuevos socios, como de disminución por retiro parcial o total de algunas aportaciones, sin más formalidades que las establecidas en este capítulo". Algunas de esas formalidades son: a) Las sociedades de capital variable se rigen, Art. 307, por las disposiciones referentes a la especie de sociedad de que se trate, y por las de las anónimas, en lo relativo a balances, responsabilidad de los administradores y vigilancia del auditor, salvo las modificaciones señaladas en el proyecto; b) debe añadirse siempre a la razón social o a la denominación de la sociedad las palabras "de Capital Variable", o la sigla "de C.V." (Art. 308); c) las anónimas, en comandita por acciones y las de responsabilidad limitada, deben indicar en la escritura de constitución el capital mínimo determinado en el proyecto para cada sociedad; y en las de nombre colectivo y en comandita simple, ese capital mínimo no puede ser inferior a la quinta parte del fondo social con que se constituyó la sociedad; d) El anuncio al público del capital autorizado se hace juntamente con el del capital mínimo; e) Los aumentos o disminuciones del capital se inscriben en un libro de registro especial. Ese libro puede ser consultado por cualquier interesado. Los capitales mínimos son los siguientes: para fundar una anónima no puede ser inferior a \$10.000 (Art. 192); el de la comandita por acciones es igual al de la anónima, según se desprende del Art. 297; el de la sociedad de responsabilidad limitada no puede ser menor de \$5.000 (Art. 105).

Por hoy nuestra ley únicamente reconoce la variabilidad del capital res

pecto a las cooperativas. Del capítulo correspondiente copiamos el Art. 239 Com cuyo texto es como sigue: "La exoneración y la exclusión de un socio se harán por registro del acuerdo en el respectivo libro y será firmado por él, o por notificación judicial, hecha en el primer caso a la sociedad, y en el segundo al socio. -- El socio exonerado o excluido sin perjuicio de la responsabilidad que le alcance, tiene derecho a retirar la parte que le corresponde según el último balance y con arreglo a su cuenta corriente, no incluyéndose en ese capital el fondo de reserva". En la nueva edición de Códigos de la República, 1967, se lee: "no excluyéndose en ese capital el fondo de reserva". Ignoramos a que se debe el cambio, pues no hay ninguna llamada ni nota marginal alusiva al mismo, ni en las erratas advertidas se consigna. Probablemente la edición mencionada está en un error, porque el socio al retirarse con o sin su voluntad no tiene ningún derecho proporcional sobre el fondo de reserva.

E) SOCIEDADES SIMPLES Y COMPUESTAS

A estas sociedades también se les denomina sociedades de primer grado y de segundo grado. Las primeras se constituyen por personas naturales o por éstas y personas jurídicas; las segundas, por personas jurídicas exclusivamente.

La primera especie es la corriente. La segunda, se refiere a la sociedad de sociedades, o sea la compañía mercantil formada por socios que a su vez son personas jurídicas.

Para que una sociedad sea compuesta es necesario:

1o.) Las compañías participantes en la sociedad de sociedades no deben perder su individualidad, porque si desaparece su personalidad jurídica en la nueva, se estaría frente a una fusión de compañías, sea por la reunión de varias en una nueva (fusión en sentido estricto), o las sociedades fusionantes son absorbidas por una sola que subsiste, disolviéndose las demás por esa absorción o incorporación. En las hipótesis mencionadas, o se extinguen todas las sociedades fusionadas, o todas menos una.

2o.) Es preciso el surgimiento de un ente jurídico nuevo, y no una simple reunión o concentración de empresas, v. gr., el cartel, como le denomina el Diccionario de la Lengua Española, o cártel o sindicato como le llaman los tratadistas; el consorcio (concerno, grupo, comunidad de intereses); sociedad madre o matriz y sociedad filial; sociedad en cartera (holding company); trust, etc.

Uno de los problemas jurídicos planteados por la doctrina es si una sociedad colectiva puede formar parte de una sociedad anónima, y viceversa. La participación de una compañía personalista en una de capitales, les parece legalmente imposible a muchos autores; otros, no ven nada anómalo en ello. Nosotros estamos con estos últimos, porque si una colectiva es accionista de una anónima y ha pagado todas las acciones suscritas, no existe ningún problema, y si no las ha pagado tampoco lo habría, pues estaría en igual condición a la del accionista individual deudor de sus acciones suscritas, y en mejor condición para la anónima, porque cuenta no sólo con el patrimonio de la colectiva sino también con el de sus socios. La anónima a su vez puede ser socia de la colectiva, aunque sería un caso raro, ya que la primera tiene un patrimonio autónomo con el cual está en posibilidad de responder personal y solidariamente, juntamente con los demás socios colectivos. La anónima no

está pues, incapacitada legalmente para responder ilimitada y solidariamente con su propio patrimonio, a la par de las personas físicas. Si la colectiva quebrara, teniendo como miembro a una anónima, ésta también quebraría, y respondería con todo su patrimonio. Desde luego, la quiebra de la anónima en las condiciones dichas no lleva consigo la de sus accionistas, pues la responsabilidad de éstos es limitada al valor de sus acciones; estaría obligada solidaria e ilimitadamente la compañía, no ellos. En la práctica, es poco probable la creación de estas compañías por los problemas que originaría, si verbigracia, se produjera la quiebra de la anónima en el supuesto mencionado, porque la anónima seguramente tendría además de sus obligaciones con la colectiva, las derivadas de su propia actividad. Además podría haber abusos si, por ejemplo, uno o más de los socios colectivos lo son también de la anónima, y la colectiva está mal económicamente.

F) SOCIEDADES DE CUOTAS Y DE ACCIONES

Esta división se relaciona íntimamente con la de sociedades de personas y de capitales. Se basa en la forma de estar representado el capital social, e influye en lo referente a la transmisibilidad o intransmisibilidad de la calidad de socio. La cesibilidad de las acciones, es, por regla general, libre; por excepción puede haber ciertas restricciones. Para ceder las cuotas de interés debe preceder el consentimiento de los demás asociados. La sociedad colectiva y la de responsabilidad limitada son sociedades de cuotas; la anónima es por acciones; la sociedad en comandita por acciones puede tener de una y otra clase.

La característica principal de las sociedades de cuotas es que el capital se distribuye en participaciones, no necesariamente iguales, y nunca documentables mediante títulos valores; la cuota es, pues, propia de las sociedades de personas, en donde su traspaso significa una modificación del pacto social. Lo contrario ocurre con las sociedades de acciones, porque su capital se divide en partes alícuotas, representadas por títulos valores. Por consiguiente, todas las acciones son del mismo valor, aun cuando puedan representarse por títulos que incorporen varias acciones, no perdiendo con ello esa particularidad de ser partes alícuotas del capital. Esos títulos valores circulan libremente, y su transmisibilidad no afecta en nada a la escritura social. La acción de acuerdo con esos caracteres, se adapta perfectamente a la estructura de las sociedades de capitales.

Realmente esta clasificación no es completamente independiente de la división de las sociedades en personales y de capitales.

G) SOCIEDADES UNIVERSALES Y PARTICULARES

En los "Antecedentes Históricos" de las sociedades se hizo amplia referencia a las sociedades universales y particulares del Derecho Romano.

En nuestros días pocos países, como España, permiten la creación de sociedades universales. En el Capítulo III, al estudiar los requisitos de los aportes, se dijo que en El Salvador, eran a título singular, porque conforme al Art. 1814 C., transcrito en esa ocasión, no podían ser a título universal. El artículo en mención, textualmente, dispone: "Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes o venideros, o de unos u otros. -- Se prohíbe asimismo toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges. --

Podrán con todo ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos".

El Código Civil de España (7) precisa claramente las distintas modalidades de la sociedad universal, modalidades que están en consonancia con las doctrinas vertidas al efecto; por tal motivo, transcribimos a continuación los artículos pertinentes: "Art. 1673. La sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes ponen en común todos los que actualmente les pertenecen, con ánimo de partírselos entre sí, como igualmente todas las ganancias que adquieran con ellos".-- "Art. 1674.- En la sociedad universal de todos los bienes presentes, pasan a ser propiedad común de los socios los bienes que pertenecían a cada uno, así como todas las ganancias que adquieran con ellos.-- Puede también pactarse en ella la comunación recíproca de cualesquiera otras ganancias; pero no pueden comprenderse los bienes que los socios adquieran posteriormente por herencia, legado o donación aunque sí sus frutos".--- "Art. 1675. La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad.-- Los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de su dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo".

Antiguamente las sociedades se dividían en universales, generales y particulares. En las primeras, los socios aportaban en propiedad todos sus bienes presentes y futuros, aun cuando no se mentionaran expresamente: era suficiente que los contratantes manifestaran su deseo de entrar en sociedad con todos sus bienes. Las segundas, tenían por objeto hacer comunes todas las ganancias de los socios, adquiridas con el producto de todos sus bienes o de su industria; pero se reservaban la propiedad de los bienes y los administraban personalmente. Las terceras, se limitaban a bienes o negocios particulares.

En las legislaciones modernas la sociedad general es una especie de la sociedad universal.

Ricci diferencia la sociedad particular de la universal basándose en el objeto o fin de cada una. Si el objeto es particular o determinado, v.gr., el ejercicio de una profesión o industria, la construcción de una obra, la sociedad es particular; si el objeto no se limita a un fin particular y hay multiplicidad de actividades comprendidas en la finalidad social, la sociedad es universal. Esta distinción no es convincente.

Los tratadistas, en su mayoría, no justifican la existencia de las sociedades universales, por ser sumamente raras y anticuadas y por los peligros e inconvenientes que origina, y consideran desahogado mantener una institución caída en desuso. Otros, las admiten con ciertas limitaciones.

H) LAS LLAMADAS SOCIEDADES DE CUENTAS EN PARTICIPACION Y DE APARCERIA

I) DE LAS CUENTAS EN PARTICIPACION

El Código de Comercio ubica a las cuentas en participación dentro del Título denominado "De las Compañías Mercantiles" (Capítulo V, Título V, del Libro Segundo), dando una idea equívoca de su naturaleza, y el Art. 788 del mismo Código hace suponer que las personas participantes en esas cuentas son socios.

Un análisis de los artículos pertinentes demuestran lo contrario.

El Art. 331 Com. expresa: "Llámase cuenta en participación aquella en que el comerciante interesa a una o más personas o sociedades en sus beneficios y pérdidas, trabajando uno, varios o todos, en su nombre individual solamente. La cuenta en participación puede ser momentánea, relativa y determinada a uno o más actos de comercio, y sucesiva, comprendiendo por completo el comercio que ejerce el que da la participación".

Destacan en la definición dos notas: a) el que da la participación es un comerciante; b) si trabajan "uno, varios o todos", lo hacen "en su nombre individual solamente".

En El Salvador, según se vio en el Capítulo V, todas las sociedades regulares tienen personalidad jurídica, y que por este motivo las cuentas en participación no era un tipo de sociedad, pues por expresa disposición de la ley, Art. 333 Com., tales cuentas no representan respecto de terceros un ente con personalidad jurídica distinta de las personas participantes, ni tienen razón social, patrimonio autónomo ni domicilio.

Varios autores y legislaciones de ciertos países las denominan sociedades accidentales o en participación e incluso sociedades ocultas; no obstante las caracterizan en forma semejante a nuestro Código de Comercio, en especial les atribuyen las mismas notas negativas del Art. 333 Com., excepto lo relativo al patrimonio ya que en algunos casos pueden tenerlo.

En opinión de Guelperín y Lodi, en las cuentas en participación "El rasgo más destacado resultaría de esa especie de anonimato u ocultamiento en que permanece a lo largo de las operaciones el vínculo social, la existencia misma de la sociedad". Más adelante agregan: "La constitución de las sociedades accidentales no requiere el cumplimiento de formalidades específicas, tal como ocurre en las demás especies. Ni inscripción ni publicación, por supuesto, pudiéndose realizar en documento público o privado. Su prueba admite cualquiera de los medios señalados por el ordenamiento jurídico para los contratos en general..." (8)

Los referidos autores apoyan sus ideas en la legislación argentina, en donde "La sociedad en participación es la reunión acci-

dental de dos o más personas para una o más operaciones..."

Nosotros, en diversas oportunidades, hemos sostenido que las cuentas en participación no son sociedades: la puesta en común de al go y la participación en las utilidades y en las pérdidas no nos pa recen suficientes, si no surge una persona jurídica, distinta de sus miembros, y actuando por medio de representantes.

Con mejor criterio el proyecto de Código de Comercio reglamen ta las cuentas en participación como contrato, denominándole contra to de participación. Conforme a la concepción que de las sociedades tiene el ordenamiento positivo salvadoreño, nos parece acertado el tratamiento adoptado por el proyecto. En éste se da la siguiente de finición: "Art. 1527. Por el contrato de participación un comerciante se obliga a compartir con una o varias personas, que le aporte bienes o servicios, las utilidades o pérdidas que resulten de una o varias operaciones de su empresa o del giro total de la misma". En otro artículo 1529, dice: "El uso de un nombre comercial común hará responder a los participantes que lo hubieren consentido como si fuese n socios colectivos". En tal caso les alcanza la responsabilidad del socio colectivo, pero eso no convierte a los partícipes en socios, pues no han formado ninguna sociedad.

II) CONTRATO DE APARCERIA

La peculiaridad de este contrato ha sido la causa de que no haya acuerdo en cuanto a si es una sociedad civil, un arrendamiento, o un contrato de trabajo.

Es una sociedad, se dice, por medio de la cual uno de los socios, en carácter de capitalista, aporta, de manera temporal, tierra de labor o ganados, y el otro, su industria o trabajo, para poner aquélllos en producción, con el propósito de repartir los beneficios resultantes.

Una opinión diversa afirma que es un arrendamiento, porque el dueño o poseedor de la tierra o de los ganados, los entrega a otro para que los disfrute y aproveche, durante el término estipulado, por un precio periódico, consistiendo éste en una parte de los productos obtenidos del negocio.

Una tercera tesis ve en la aparcería una modalidad del contra to de trabajo.

El Código Civil se refiere brevemente a la aparcería y de manera incidental, en el Capítulo dedicado a las "Reglas Particulares relativas al Arrendamiento de Predios Rústicos". El Art. 1771 C. dice: "El colono no tendrá derecho para pedir rebaja del precio o ren ta, alegando casos fortuitos o extraordinarios, que han deteriorado o destruido la cosecha. Exceptúase el colono aparcerero, pues en virtud de la especie de sociedad que media entre el arrendador y él, to ca al primero una parte proporcional de las pérdidas que por caso fortuito sobrevenga al segundo antes o después de percibirse los fru

tos; salvo que el accidente acaezca durante la mora del colono apar cero en contribuir con su cuota de frutos".

El Diccionario de la Lengua Española da el siguiente concepto de "colono" en su segunda acepción: "Labrador que cultiva y labra una heredad por arrendamiento y suele vivir en ella". Por esto es que el arrendatario de un predio rústico toma el nombre especial de colono.

Colono aparcero proviene del latín "colonus partiaris".

El deslinde de la cuestión no importa tanto al campo teórico como al práctico; las reglas de la sociedad civil y las del arrendamiento difieren notablemente, y unas y otras descansan en un fundamento completamente distinto si las contraponemos a las leyes laborales.

Ante todo, opinamos que el contrato de aparcería es sencillamente una modalidad del arrendamiento, no solamente por el lugar en donde está ubicado, sino por las razones que exponemos; con los contratos de sociedad y de trabajo tiene aquél cierta semejanza, pero nada más. No es un contrato mixto: la presencia de cualquiera de ellos, excluye a los demás.

No debe engañarnos la frase "en virtud de la especie de sociedad que media entre el arrendador" y el aparcero, empleada por el Código Civil, porque en ningún momento compagina la calidad de arrendador y de arrendatario con la condición de socio. Más bien es una manera de hacer soportar al dueño de las tierras o de los ganados, por razones de equidad, la parte de las pérdidas sufridas por el colono, como consecuencia de casos fortuitos o extraordinarios. El legislador incurre, en no pocas veces, en errores de técnica, por eso no es raro que el Art. 491 Com. diga en el inc. lo. "Si dos o más personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante, se presumirá constituida una compañía por los copropietarios", cuando esto no es más que una comunidad de bienes y no una sociedad mercantil presunta. No debe olvidarse tampoco que el Art. 1771 C. es copia textual del Art. 1983 del Código Civil de Chile.

En atención a lo dicho, la aparcería en la legislación salvadoreña se rige por las reglas del arrendamiento mencionadas, y por igual razón, si no se ha fijado plazo para su terminación, se puede hacer cesar por medio del desahucio.

Si el dueño o tenedor de las tierras o animales los entrega en usufructo, pero con el propósito manifiesto de entrar en sociedad, siendo ese su aporte, y el que lo recibe se propone ingresar sólo con su industria o trabajo, o con éste y con otras cosas para hacerlas producir, entonces sí sería una sociedad civil. La muerte de uno de los socios sería causal de disolución. En este supuesto, desaparece la aparcería y no tiene lugar ninguna de las reglas del arrendamiento.

En cambio, si el propietario o tenedor de las tierras, etc., paga un salario a quien las explota, y éste le está subordinado en cuanto a jornadas de trabajo, instrucciones, y si el producto del trabajo pertenece a aquél, etc., esas características modifican la condición de ambos: el primero es patrono; el segundo, trabajador. En-

tonces la relación laboral se rige exclusivamente por el Derecho del Trabajo.

Mario de la Cueva (9) expresa: "El Derecho del Trabajo es un derecho de clase y, en los casos de frontera, cuando es difícil determinar si una relación jurídica pertenece al derecho civil o al de trabajo, debe preferirse el estatuto laboral, porque es el derecho directamente destinado a la protección del hombre, pero el contrato de aparcería es un contrato de sociedad, nítidamente separado del derecho del trabajo: En el contrato de aparcería -como en los de sociedad- el aparcerero adquiere el carácter de empresario, pues no está sometido al poder jurídico de mando del empresario y, en consecuencia, está ausente la nota de subordinación de la relación de trabajo". "El contrato de aparcería excluye la aplicación de la gran mayoría de las normas protectoras de los trabajadores: No puede imponerse obligación de pagar un salario; tampoco es posible fijar una jornada de trabajo; no se puede imponer al propietario del predio la obligación de otorgar al aparcerero días de descanso y vacaciones pagadas".

A nuestro entender, son aceptadas las palabras de Mario de la Cueva, aunque no aceptamos su tesis de que la aparcería sea una sociedad civil.

En Chile, las leyes de trabajo al aparcerero le llaman mediero y lo consideran un obrero agrícola. En otros países la aparcería se regula ampliamente; en el nuestro, fuera de la disposición mencionada, no se alude a ella. El contrato de aparcería, pues, no es equiparable a las labores que desarrollan los trabajadores agrícolas, reglamentadas en el Código de Trabajo, porque en éste se dan los conceptos respectivos de quiénes son para la ley trabajador y patrono (Arts. 4 y 5), y la definición de contrato de trabajo (Art. 17), y en ellos no se advierte nada parecido al contrato que estamos estudiando.

BIBLIOGRAFIA

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit.:

(1) Pág. 629 -- (5) Pág. 457

ERNESTO GUELPERIN Y NENSON LODI, ob. cit.:

(2) Págs. 202 y 203 -- (3) Pág. 201

ENCICLOPEDIA CULTURAL UTEHA, (Tomo 5), México, 1957:

(4) Pág. 92 y sigs.

ANTONIO BRUNETTI, ob.cit. (Tomo I):

(6) Pág. 187

JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO, ob. cit. (Tomo XI):

(7) Pág. 319

MARIO DE LA CUEVA, ob. cit. (Tomo I):

(9) Págs. 863 y 864

MANUEL MARTINEZ ESCOBAR, Sociedades Civiles y Mercantiles, Cultural, S. A. La Habana, 1949. -- ROBERTO LARA VELADO, Trab.cit. -- LEON BATARDON, ob. cit.-- JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit. --- ALFREDO BARROS ERRAZURIZ, ob. cit.-- PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO, cit.-- REGLAMENTO INTERIOR DEL PODER EJECUTIVO.

LA SOCIEDAD COLECTIVA MERCANTIL, CON
REFERENCIAS A SU CORRELATIVA CIVIL,
EN EL DERECHO SALVADOREÑO

TITULO II
CAPITULO I

A) INTRODUCCION

El capital de una persona y su habilidad en los negocios le permite dedicarse a una infinidad de operaciones de carácter lucrativo; sin embargo, por lo general, tropieza con obstáculos insuperables para emprender negociaciones de gran magnitud, porque no está en condiciones de competir con las cuantiosas concentraciones de capital, conseguidas mediante la agrupación de individuos que se encargan de atender la creciente demanda de bienes y servicios de la colectividad. La lucha del individuo aislado en la época contemporánea resulta inútil ante una diversidad de actividades que sólo es posible realizar a través de grandes núcleos humanos.

La complicada red empresarial del mundo de los negocios requiere, pues, de elementos técnicos suficientes y de recursos financieros considerables. Esas fabulosas sumas y la creación de una adecuada organización para operar en el campo económico, no están al alcance del empresario individual; las limitaciones de su economía singular y la carencia de todos los elementos técnicos que proporcionan la división del trabajo, se lo impiden.

Desde épocas pretéritas ha tenido significación práctica el conocido refrán "la unión hace la fuerza". Los hombres se han percatado que cuando hay comunidad de intereses, la mejor manera de atenderlos es aunando esfuerzos y capitales, de cuyo resultado se obtiene el lucro individual en una proporción mayor a la lograda si se obra separadamente. Aquí es donde las sociedades mercantiles sirven de vehículo para alcanzar esa finalidad.

El capitalismo, a medida que ha tomado auge, obligadamente ha penetrado en todos los campos de la economía, con ello los hombres de empresa han contado con recursos financieros suficientes y se han proveído de lo necesario para explotar diversas actividades por medio de organizaciones adecuadas. Esos recursos, personal y esa organización, se encontrarían embarazados si no hubiera formas jurídicas que recogieran esos elementos dispersos y les dieran cohesión, mediante la formación de entes cuyo comportamiento jurídico en sus relaciones mercantiles se manifiesta de igual manera al de las personas físicas.

En cuanto el Derecho estructura esos elementos, merced a una especial figura denominada sociedad, la condición jurídica de esas agrupaciones cambia. Entonces los interesados en constituir una compañía saben qué clase de responsabilidad les alcanza, el riesgo por correr, etc. Las causas que los impulsan pueden ser: buscar el complemento de la capacidad de trabajo individual, el deseo de incrementar o de obtener un capital, disminuir el riesgo mediante la división, etc.

Colocados en esa perspectiva, cada quien escogerá la clase de compañía que más le convenga. Si se piensa constituir una gran empresa, v.gr., construir viviendas, puentes o caminos, explotar muelles, minas, etc. es casi seguro que los interesados procurarán invertir en una sociedad formada por muchos capitalistas; en este caso, probablemente se decidirán por ingresar a una sociedad por acciones, por ser el tipo más adecuado para ello, y sabiendas de que si las operaciones realizadas son desafortunadas, no se les compelerá más allá del límite del valor de sus acciones: el impacto de las pérdidas lo soportan todos los accionistas, porque el riesgo está repartido. Si hubiere utilidades, el fenómeno se invierte, pues aquéllas se reparten, usualmente, a prorrata de las cantidades aportadas.

O puede suceder que un industrial desee obtener un nuevo capital sin recurrir al préstamo por los graves inconvenientes de éste: pago de intereses altos; devolución de la cantidad mutuada en un plazo dado, aun cuando el deudor atravesase en ese momento por una situación económica aflictiva, o cuando podría ser más ventajoso reinvertir para aprovechar una coyuntura favorable, etc.; entonces ese industrial tratará de asociarse con un capitalista, dándole participación en las ganancias o en las pérdidas eventuales, pero sin permitirle mezclarse en la administración. El capitalista si las oportunidades de beneficiarse son seguras correrá el riesgo, sabedor de que su responsabilidad no excederá de la cantidad por la cual se ha obligado. Esta finalidad económica se obtiene de dos maneras, o bien por medio de la sociedad comanditaria, o con las cuentas en participación.

Otra manera de estimular el interés en la empresa es la de asociarse con otro u otros empresarios, respondiendo todos ilimitada y solidariamente con sus bienes por las deudas de la compañía, pero interviniendo casi invariablemente en la gestión social. Esta forma de operar es el sustentáculo de la sociedad colectiva.

En las sociedades mercantiles el campo económico y el jurídico tienen cierta correspondencia, pero no se confunden. Económicamente los socios son propietarios; jurídicamente no, pues entre los socios y el tráfico mercantil se interpone la personalidad de la sociedad. La economía separa la propiedad de la dirección de la empresa cuando el número de participantes es muy elevado, porque el buen manejo no depende del mayor o menor número de socios, sino de la capacidad de administrar de sus dirigentes; el derecho, si el número de personas que interviene en un negocio es crecido, dispondrá una organización de tipo social, etc.

Más, es innegable que la forma jurídica influirá en el ánimo de los inversionistas, pues algunos se arriesgarán a quedar en la ruina, a consecuencia de su responsabilidad, porque confían en que eso no sucederá al intervenir ellos en la administración; otros, más cautelosos, tal vez se decidan por una responsabilidad menor, aunque no participen directamente en la gestión social.

La causa económica que impulsa a la formación de una sociedad de un tipo cualquiera, no es ajena a lo expresado al comentar

las sociedades de capitales y de personas, pues mientras en las primeras el socio vale más por su caudal; en las segundas, por lo que es en sí mismo. En las compañías de personas no es indiferente la capacidad patrimonial de los socios, pero destaca más en ellas la confianza recíproca de sus componentes, en cuanto a sus cualidades y aptitudes personales, en especial de los que intervienen en la gestión administrativa.

El tipo principal de las sociedades de personas es la colectiva, la cual tanto por su origen como por su desarrollo ulterior, ha sido la forma más espontánea de creación entre las compañías mercantiles. Normalmente se integran por personas ligadas por vínculos de parentesco o de amistad, cuando entre ellas existe una absoluta confianza. (1)

La proliferación de las colectivas se debe en gran parte a los pocos trámites y formalidades requeridos para su formación, y a la simplicidad de su estructura interna, en lo tocante a la dirección y fiscalización directa de todos sus miembros.

A las ventajas dichas se aparejan los inconvenientes siguientes: a) su estructura no le permite contar con un número crecido de socios, y consiguientemente su capital tendrá que ser modesto; b) si se escoge un mal compañero de trabajo y éste se alza con los bienes, o por reveses de fortuna quiebra, se rompe el vínculo social con perjuicio del socio o socios solventes; c) la responsabilidad solidaria e ilimitada ahuyenta a quienes no quieran comprometer toda su fortuna en una empresa (2); d) la muerte de un socio o su separación de la compañía lleva consigo la disolución de ésta o la modificación del pacto social.

Esos inconvenientes han sido el motivo de que haya una tendencia hacia la creación de sociedades en las cuales la responsabilidad de sus miembros sea limitada.

BIBLIOGRAFIA

JOAQUIN RODRIGUEZ R., Curso de Derecho Merc., cit. (Tomo I):
(1) y (2) Pág. 61.

B) REGULACION DUAL: CIVIL Y MERCANTIL,
OPINIONES EN FAVOR Y EN CONTRA

La coexistencia de dos derechos con muchas semejanzas por haberse desprendido, llamémosle así, uno del otro, y la similitud de campos de acción y los constantes puntos de contacto, han sido el motivo principal de que las sociedades, en los países con legislación civil y mercantil, estén reguladas por ambos derechos.

En el Derecho romano únicamente el civil fue suficiente para atender las necesidades relacionadas con las actividades civiles y las del comercio incipiente de aquellas épocas. Ello se debió a que, como dice Langlé y Rubio, "su Derecho Civil, flexible y universal, proveía a todas las exigencias". (1)

La separación de una infinidad de actos del ámbito civil y su sometimiento a una disciplina que responda a especiales necesidades no atendidas debidamente por el Derecho común, ha originado innumerables controversias entre los autores, sosteniendo algunos que el Derecho mercantil funciona más bien como un apéndice del Derecho Civil, sin una autonomía verdadera, por cuanto se sirve de muchas instituciones de éste; otros, sustentan la posición contraria.

En la primera postura los tratadistas pugnan por la unificación del Derecho privado, porque estiman anacrónica la separación, pues además de artificiosa es perjudicial. Se pronuncian por la refundición de todo el derecho de las obligaciones civiles y mercantiles. Los seguidores de esta corriente no encuentran justificada esa división tan sólo por la existencia de algunas instituciones especiales del comercio, tales como las bolsas, almacenes generales de depósito, etc., o de algunas reglas aplicables a los comerciantes y sus actos.

Dichos autores en apoyo de su tesis, dicen, según Langlé y Rubio, "que ni la ciencia ni las leyes han conseguido distinguir con un corte neto las relaciones jurídicas que deben regularse por el Código Civil o por el Código de Comercio y que, dada la profunda homogeneidad de nuestra constitución social, las reglas que nacieron para tutelar el crédito comercial se han extendido en gran parte a todo el consorcio civil". (2)

En el lado opuesto, sostienen los autores la sustantividad del derecho mercantil y su completa independencia del derecho civil. El estar dotado aquél de un contenido propio y sin vínculos de dependencia de éste, fue sostenido principalmente por Goldschmidt y por Vidari, y ha sido apoyada por numerosos jurisconsultos. Dice Langlé y Rubio que "La autonomía del Derecho mercantil es, según esta escuela, un producto de numerosas causas (históricas, económicas, jurídicas, políticas, etc.) y constituye un fenómeno permanente e inevitable". (3)

Entre las causas de carácter económico se citan: 1o.) la actividad civil afecta a la producción y al consumo de los bienes, mientras la comercial se reduce a la circulación de los mismos; 2o.)

la esfera mercantil se caracteriza por el elemento económico que, mediante la especulación, persigue una finalidad lucrativa. En las causas de índole jurídica se mencionan: a) las relaciones especiales creadas por el comercio, deben ser regidas también por normas especiales; b) En el derecho civil se desconocen muchas instituciones, tales como las operaciones bursátiles, bancarias, etc., las cuales sin el derecho mercantil quedarían sin reglamentar; c) el derecho civil no se presta a la rapidez de las operaciones comerciales por ser demasiado formalista, no da facilidades para probar, ni puede servir para atender la realización de operaciones en masa, ni es un medio para tutelar debidamente el crédito, ya que no garantiza con la eficacia necesaria la ejecución de las obligaciones, por la lentitud de sus trámites. Vivante dice "Sería una imprudencia aprisionar la actividad mercantil en el sistema estático del derecho civil, y tampoco se puede imponer en el tratamiento jurídico del comercio que anime al especulador y el hombre de la economía rural y doméstica". (4)

Las tesis estudiadas han sido fundamentadas con poderosas razones y puede decirse que ninguna ha obtenido un triunfo absoluto sobre la otra, como lo demuestra el derecho comparado.

Esa dualidad de derechos, civil y comercial, está, pues, vinculada a la distinción entre sociedades civiles y mercantiles.

Los países latinos que siguen el modelo francés, tienen Código Civil y Código de Comercio, excepto Italia. Inglaterra y los países del "Common Law" no conocen el sistema de Códigos, no hay en ellos dualidad de legislación. En otros países se unifican las obligaciones civiles y mercantiles; así, Suiza publicó en 1881 un Código Federal de las Obligaciones, el cual pasó después a formar parte del Código Civil. Han seguido este sistema Siam y China. En Italia el Código Civil abarca las obligaciones civiles y comerciales sin distinguir unas de otras. Las naciones escandinavas carecen también de Códigos de Comercio. Igualmente en Rusia en el Código Civil se encuentran reguladas las obligaciones civiles y comerciales. En Holanda tampoco se presenta ninguna dificultad ya que se ha suprimido la distinción entre actos mercantiles y actos civiles, y entre comerciantes y no comerciantes (5) "reemplazándose estas nociones por el concepto de empresa o actividad que se emplea a quien actúa, regular y públicamente, con la finalidad de obtener un beneficio" (Felipe de Solá Cañizares).

En las naciones en donde hay Código de Comercio y Código Civil la distinción entre las sociedades de un tipo y del otro, es bastante marcada, según pudo apreciarse en páginas anteriores.

BIBLIOGRAFIA

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob.cit.:

(1) Pág. 63 -- (2) Pág. 64 -- (3) Pág. 62 -- (4) Pág. 62

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):

(5) Págs. 61 y 62

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat.Soc.Merc.(Tomo I), cit. -- JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit. -- EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit. -- KARL HEINSHEIMER, ob. cit. -- ERNESTO GUELPERIN Y NENSON LODI, ob. cit.

CAPITULO II

REQUISITOS LEGALES PARA LA CONSTITUCION DE LA
SOCIEDAD COLECTIVA

A) ESCRITURA PUBLICA. CONTENIDO.

La existencia de muchos actos quedaría ignorada si no se hicieran constar en cierto modo, e incluso muchos de ellos no tendrían ningún valor si no se manifestaran mediante determinada forma, cuando ésta es exigida por la ley como una formalidad para que esos actos puedan generar efectos jurídicos.

En tal situación se halla el otorgamiento del contrato de sociedad mercantil, porque es imprescindible hacerlo siempre por escritura pública: un acto de tanta trascendencia no lo abandonó el legislador al arbitrio de los contratantes. La presencia de un fedatario infunde confianza en el tráfico mercantil cuando interviene en la autorización de una escritura pública. La falta de ésta produce importantes consecuencias, pues si el contrato de sociedad mercantil se consigna en escritura privada, no surge en el mundo de los negocios un nuevo ente jurídico, aunque esa escritura se autentique y aun en el remoto caso de ser reconocida judicialmente.

El Código Civil en el Libro IV, Título XXI, trata "De la Prueba de las Obligaciones". De éstas merece mención especial para nuestro estudio el "instrumento público o auténtico", que según el Art. 1570 C., "es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. --Otorgado ante Abogado o Juez Cartulario e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública". (La edición de Códigos de la República de 1967, dice "Notario", en vez de "Abogado", y en una llamada se advierte que en las ediciones anteriores a 1947 aparecía el término "Escribano").

Se critica la ubicación de la "prueba" en la parte referente a las obligaciones, porque realmente las reglas contenidas en el Título XXI citado, corresponden a la prueba en general, aplicable a todas las relaciones de derecho, y en esa virtud debería figurar en el Título Preliminar del Código Civil. Algunos autores también califican de absurdo que en materia legislativa se regule en el Código Civil una materia propia del Código de Procedimientos Civiles. Esto no es exacto, pues las leyes sustantivas estudian las pruebas desde un punto diverso al de las leyes adjetivas, y su enfoque obedece, por tanto, a criterios diversos.

Los instrumentos, públicos o privados, en Derecho se exigen como una solemnidad o como un medio de prueba; es decir, "ad solemnitatem" o "ad probationem". Tomada en el primer sentido, leemos en el inc. lo. del Art. 1572 C. lo siguiente: "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados y celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta

cláusula no tendrá efecto alguno".

¿Será requisito de prueba o una solemnidad la escritura pública en las sociedades mercantiles?

Sin duda alguna es una solemnidad, tanto porque el Código de Comercio la exige expresamente, como por ser el antecedente obligado para la inscripción de las sociedades mercantiles en el Registro de Comercio, sin cuyo requisito aquéllas no obtienen personalidad jurídica.

El requisito de que el contrato de las compañías mercantiles se otorgue en escritura pública e inscriba en el Registro de Comercio, lo convierte en un contrato solemne. Este tiene ese carácter "cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil" (Art.-1314 C.).

No se discutirá si el instrumento público es sinónimo de instrumento auténtico, tal como parece indicarlo el Art. 1570 C. al decir "instrumento público o auténtico". Tampoco nos detendremos en la división bipartita de los instrumentos hecha por el Art. 1569 C. en públicos y privados, ni en la tripartita del Art. 264 Pr. en instrumentos públicos, auténticos y privados.

Pero sí conviene saber qué es escritura pública. El inc. 2o. del Art. 1570 C. no da un verdadero concepto de ella. El Art. 257 Pr. expresa: "Escritura original y pública es la primera copia que se saca del protocolo o libro de transcripciones y que ha sido hecha con todas las solemnidades necesarias por un funcionario público autorizado para otorgarla". Hace mucho tiempo la Ley de Notariado relevó a los notarios de llevar libro de transcripciones. Por su parte, la Ley de Notariado, en vigencia desde el 16 de diciembre de 1962, en el Art. 2, establece: "Los instrumentos notariales o instrumentos públicos son: escritura matriz, que es la que se asienta en el protocolo; escritura pública o testimonio, que es aquella en que se reproduce la escritura matriz..."

Las escrituras públicas sólo pueden ser autorizadas por quienes ejercen el notariado.

La Corte Suprema de Justicia autoriza a las personas que pueden ejercer el notariado. Esas personas se denominan notarios. También están facultados para ejercer esas funciones los Jefes de Misión Diplomática permanente y Cónsules de Carrera de la República y los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, en los casos específicamente señalados en la Ley de Notariado.

Si un abogado ejerce el notariado sin estar autorizado, o si está excluido, inhabilitado o suspendido, se le sanciona criminalmente, conforme al Art. 261 Pn. (Art. 64 Ley Not.). Si fuere un particular el que autoriza un documento haciéndolo aparecer como escritura pública, se le aplica el Art. 230 Pn., en relación con el ordinal 9o. del Art. 229 Pn.

CONTENIDO DE LA ESCRITURA PUBLICA

Como toda escritura pública, la de constitución de una socie

dad colectiva mercantil ha de reunir todos los requisitos exigidos por la Ley de Notariado, y además los específicos del Art. 169 Com. En su oportunidad se hará mención de otros requisitos cuyo cumplimiento no es de obligatoria observancia, pero al no insertarse en el pacto social hacen necesario recurrir a las normas supletorias dictadas en el Código de Comercio. A éstas nos referiremos más adelante.

El Art. 32 Ley Not. enumera en 13 ordinales los requisitos de toda escritura matriz. Como, de acuerdo con la Ley de Notariado, la "escritura pública o testimonio es aquella en que se reproduce la escritura matriz", debemos saber cuáles son esos requisitos y su importancia en las escrituras públicas de constitución de una sociedad colectiva mercantil.

No todas las exigencias del Art. 32 Ley Not. constan en la escritura pública, según se verá al analizar uno a uno los ordinales mencionados. Estos, para evitar cualquier confusión, además de ir entrecomados se transcribirán un poco al centro de estas páginas.

La escritura matriz debe reunir, pues, los siguientes requisitos:

"1o. Que se otorgue ante persona autorizada para ejercer el notariado".

El cumplimiento de este requisito se advierte en la escritura pública donde dice: Ante mí, X, Y, Z, "Notario", o la razón de que se trata de un Jefe de Misión Diplomática permanente o de un Cónsul de Carrera de nuestro país en el extranjero.

Aunque se explicó quiénes están legalmente facultados para ejercer funciones de notariado, es preciso hacer notar que los Jefes de Misión Diplomática permanente y los Cónsules de Carrera de la República, aun pudiendo cartular en los países en donde estén acreditados (Arts. 5, 68 y 69 Ley Not.), no es muy probable que les sean solicitados sus oficios para constituir una sociedad colectiva cuyas operaciones deba efectuarlas en El Salvador, máxime tratándose de una compañía en que se supone un interés manifiesto de los socios de estar al frente de ella. Estamos casi seguros que ningún funcionario de los citados ha recibido jamás una solicitud semejante. En cuanto a los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo Civil, sólo ejercen el notariado en materia de testamentos en los pocos casos taxativamente enumerados en la Ley de Notariado.

"2o. Que se asiente en el protocolo, en idioma castellano, indicándose su número de orden y con expresión del lugar, día y hora en que se otorguen. Cuando alguno de los otorgantes no hable el idioma castellano, se asistirá de un intérprete mayor de edad. Si fueren dos o más los otorgantes que estuvieren en ese caso, podrán nombrar un solo intérprete de común acuerdo, y el Notario cumple consignando en el instrumento lo que expresen en castellano el intérprete o los intérpretes. En estos últimos casos el otorgante u otorgantes formularán en su propio idioma una minuta de lo que expresen al Notario, la traducirá el intérprete y la agregará aquél junto con la traducción al legajo de que trata el artículo 24 de esta ley. La mi

nuta y su traducción serán firmadas por el otorgante si supiere u otro a su ruego y el intérprete".

El asiento de la escritura matriz en un libro especial tiene su razón de ser: la ley ha tenido suma precaución de rodear el protocolo de una serie de exigencias que garanticen fehacientemente los actos, contratos y declaraciones asentados en él. La Ley de Notariado le dedica a lo relacionado con el protocolo todo el Capítulo II, del Art. 16 al 31, inclusive. Se pretende desarraigar, en lo posible, la mala fe.

La importancia de hacer constar en castellano los actos y contratos es más patente en los contratos sujetos a inscripción en un registro público, cuando los que consultan éste sólo hablan y entienden la lengua vernácula, pues si se permitiera un idioma distinto, sería ineludible servirse de intérpretes para conocer el contenido de las inscripciones.

"30. Que concurren a su otorgamiento, en su caso, dos testigos instrumentales hábiles conforme al Art. 34".

Según el Art. 34 Ley Not. sólo para los testamentos y las donaciones, es obligatoria la concurrencia de testigos de asistencia; en los demás casos únicamente "cuando uno de los otorgantes lo pida expresamente o cuando sea ciego, mudo, o no supiere expresarse en el idioma castellano". En las condiciones expresadas, si hubiere testigos de asistencia en el otorgamiento de una escritura pública de constitución de sociedad colectiva, aquéllos deberán ser dos y satisfacer todos los requisitos indicados en los incisos 2o. y 3o. del precitado Art. 34 Ley Not.

No hay, pues, omisión si no comparecen testigos de asistencia al otorgamiento de una escritura de constitución de sociedad colectiva, excepto si se presentan las condiciones mencionadas.

"40. Que se exprese en el instrumento el nombre, apellido, edad, profesión u oficio y domicilio de los otorgantes y de los testigos e intérpretes, en su caso. Si alguno de los otorgantes fuere extranjero, se expresará también su nacionalidad.- Si alguno de los otorgantes fuere mujer casada o viuda, se expresará su apellido de soltera y el que conste en el antecedente, si lo hubiere".

El nombre, apellido, etc. son las generales de los otorgantes. En los contratos de sociedad colectiva la individualización de sus miembros genera, entre otras, las siguientes consecuencias: atribuye a los otorgantes la calidad de socios, lo que significa poder usar de la razón social si en el contrato no se dispone lo contrario, y a los terceros se les da conocimiento de quiénes responden ilimitada y solidariamente.

El ordinal transcrito absorbe el contenido del ordinal 1o. del Art. 169 Com. En éste se requiere: "El nombre, apellido y domicilio de los socios". La Ley de Notariado es más completa al exigir, además, la profesión u oficio y la edad y la nacionalidad de los otorgantes. Estos dos últimos requisitos tienen una importancia su-

perlativa.

La manifestación de la edad en el instrumento refleja en éste si las partes son menores o no; en caso de serlo, en el documento ha de constar si la prevención del Art. 35 Ley Not. ha sido satisfecha.

La nacionalidad de los socios, en nuestro país, no influye en la nacionalidad de la sociedad; pero sí produce otras consecuencias. Conforme al inc. 2o. del Art. 17 de la Constitución Política: "Las regulaciones que las leyes establezcan en beneficio de los salvadoreños, no podrán vulnerarse por medio de personas jurídicas salvadoreñas cuyos socios o capitales sean en su mayoría extranjeros". Similar prohibición aparece en el Art. 141 de la misma Constitución: "La propiedad de los bienes raíces rústicos no podrá ser adquirida por extranjeros, en cuyos países de origen no tengan iguales derechos los salvadoreños, excepto cuando se trate de tierras para establecimientos industriales.-- Las compañías extranjeras y las salvadoreñas a que alude el inciso segundo del Art. 17 de esta Constitución, estarán sujetas a esta regla".

En diversas leyes secundarias se regula la participación de capital extranjero en las sociedades mercantiles, tales como la Ley de Pesca y Caza Marítima, Ley de Protección del Comercio y la Industria en Pequeño, y en las distintas leyes de fomento, en especial la de Fomento Industrial.

Atentos a lo dicho, si se constituyera una sociedad colectiva salvadoreña con un capital extranjero menor de \$ 100.000, para explotar una actividad comprendida en el campo de aplicación de la Ley de Protección del Comercio y la Industria en Pequeño, no podría operar en el país. El Notario debe advertir a sus clientes esa circunstancia.

"5o. Que el Notario dé fe del conocimiento personal que tenga de los comparecientes; y en caso de que no los conozca, que haga constar en el instrumento que se cercioró de la identidad personal de aquéllos por medio de su respectiva Cédula de Identidad Personal, pasaporte o tarjeta de residente, o cualquier otro documento de identidad, o por medio de dos testigos idóneos conocidos del Notario. En todo caso se consignará en el instrumento el número de la cédula de identidad, pasaporte, tarjeta o documento y los nombres y generales de los testigos de conocimiento, según el caso".

Con la identificación de los comparecientes se pretende evitar los fraudes, pues se podrían presentar personas suplantando a otras. En el caso de las compañías colectivas podría quedar obligada una persona sin su conocimiento. El fraude no se evita totalmente con la identificación, pero indudablemente será menor.

Los testigos del ordinal comentado se llaman de conocimiento, porque identifican a los comparecientes; los del ordinal 3o. se llaman instrumentales o de asistencia.

"6o. Que se haga relación exacta, clara y concisa de lo que digan los otorgantes y que pidan se consigne en el ins-

trumento; por consiguiente, el Notario no podrá poner cosa alguna atribuida a los comparecientes en que éstos no hubieren convenido expresamente".

Si el Notario, abusando de su oficio, atribuye a las personas que han intervenido en un acto o contrato "declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho", creemos que comete falsedad, según el ord. 3o. del Art. 229 Pn., en relación con los Arts. 353 Pn. y 1 de la Ley de Notariado.

Si no hubiere abuso de su oficio y la infracción no produce nulidad del instrumento, se le sanciona con una multa de 5 a 25 colones (Inc. 1o., Art. 63 Ley Not.); si produjeren la nulidad de aquél, entonces se le sanciona de acuerdo con el inc. 2o. de ese mismo artículo.

Lo expresado en el ordinal en comento es la parte medular de todo contrato, y el de sociedad no es ninguna excepción.

Por ser la sociedad un contrato cuya estructura está delineada por la ley en sus cláusulas fundamentales, ha de tenerse presente que dentro de la libertad contractual no cabe salirse del siguiente marco:

I.- Los socios deben especificar la clase de actividad a que la compañía se va a dedicar, o como dice el texto legal "Los negocios sobre que deba versar el giro de la sociedad" (Ord. 2o., Art. 169 Com.).

Algunos de los motivos por los que la finalidad social debe figurar en el pacto social, son los siguientes: 1o.) "La sociedad no es responsable de los documentos suscritos con la razón social, cuando las obligaciones que los hubiesen causado no le conciernan, y el tercero los aceptare con conocimiento de esta circunstancia" (Art. 185 Com.); no se sabría si los negocios le conciernen o no a la sociedad, si el fin social fuere indeterminado; 2o.) "En virtud del mandato legal cada uno de los socios puede hacer válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines que ésta se hubiese propuesto" (Art. 195 Com.); si se desconociera el giro ordinario no se sabría cuáles actos y contratos estarían comprendidos dentro y fuera de él; 3o.) Se prohíbe a los socios "Exploitar por cuenta propia el ramo de la industria en que gire la sociedad..." (Ord. 4o., Art. 212 Com.); 4o.) También sirve insertar en el instrumento respectivo el giro de la sociedad para los efectos del caso contemplado en el Art. 205 Com.; etc.

II.- La inscripción de la sociedad colectiva mercantil la convierte en una persona jurídica. En tal carácter necesita de un nombre para operar en los negocios, por eso el Ord. 3o. del Art. 169 Com. estatuye que en el contrato de sociedad se exprese "La razón social". Esta se forma de acuerdo a lo indicado en el Art. 177 Com.

III.- Siendo la aportación uno de los elementos principales del contrato de sociedad, la exigencia de hacer constar en el instru-

mento respectivo "El capital que cada socio aporte en dinero, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos o de las bases sobre que haya de hacerse el avalúo", no podía faltar (Ord. 4o., Art. 169 Com.). El requisito en cuestión sirve para múltiples fines: saber si las cosas aportadas lo son en propiedad o en usufructo; la participación en las utilidades y las pérdidas se miden, generalmente, en proporción a los aportes; sirve también en caso de disolución de la compañía para saber a cuánto asciende lo que haya de devolverse a los socios; etc.

IV.- Se consigna el domicilio de la sociedad (Ord. 5o., Art. 169 Com.). El domicilio habrá de entenderse tal como lo define el Código Civil, o sea "la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella" (Art. 57 C.), y no en la acepción vulgar de dirección del lugar o casa en donde operará la compañía. El domicilio se divide en político y civil. El político "es el relativo al territorio del Estado en general" (Art. 58 C.); "El domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado" (Art. 59 C.).

Con lo dicho podemos afirmar que en el pacto social se inserta el domicilio civil. En el derecho salvadoreño hay libertad para escoger el domicilio, aunque la residencia efectiva de la administración de la empresa esté ubicada en un lugar distinto de aquél.- En efecto, el Art. 64 C. dice: "Los empleados públicos tienen su domicio en el lugar donde desempeñan sus funciones; las personas jurídicas y asociaciones reconocidas por la ley, en el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que dispongan sus estatutos o leyes especiales".

El domicilio influye, por lo general, en: 1o.) Cuestiones relativas a la competencia en caso de litigio; 2o.) La entrega de los aportes, pues "A falta de estipulación, la entrega se hará en el domicio social luego que la escritura de sociedad esté firmada" (inc. 2o., Art. 186 Com.); 3o.) Inscribir la sociedad. Aunque la ley no exija registrar las sociedades en su domicilio social, es aconsejable que así se haga por una razón poderosa: los interesados en conocer los pactos consignados en la escritura de constitución pueden enterarse con facilidad en el domicilio de la empresa. Con los arbitrios municipales el problema es diferente, pues se pagan en el lugar donde esté situado el establecimiento que los causa; por ejemplo, si una sociedad domiciliada en San Salvador, explota una fábrica situada en jurisdicción de Soyapango, es la municipalidad de esta última población quien cobra los arbitrios respectivos.

Respecto al domicilio político interesa desde el punto de vista fiscal, pues las personas jurídicas domiciliadas en el país causan un impuesto distinto al de las domiciliadas en el extranjero (Arts. 40 y 41 Ley de Impuesto sobre la Renta).

En otros campos vemos que el Art. 247 de la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), en el inciso primero, establece el siguiente principio: "El carácter mercantil

de una sociedad colectiva o comanditaria se determina por la ley a que esté sometido el contrato social, y en su defecto por la del lugar en que tenga su domicilio comercial".

La omisión de ciertas estipulaciones facultativas, hacen necesario recurrir en subsidio al Código de Comercio. Algunas de esas estipulaciones son: 1o.- La indicación del socio o socios que usarán la razón social; si se silencia eso, todos la pueden usar (Art. 132 Com.); 2o.- Señalamiento de la época y forma de hacer los aportes; si no se estipula, se verifica en el domicilio de la compañía tan pronto se haya firmado la escritura social (Art. 186 Com.); 3o.- Consignar la forma de dividir las ganancias y las pérdidas; si no se expresa, es a prorrata de sus respectivos capitales (Art. 190 Com.); 4o.- Estipular si el socio industrial recibirá una cuota fija o no, y si ha de responder de las pérdidas (Art. 191 Com.); 5o.- Fijar la duración de la sociedad: principio y fin; cuando nada se dice, se siguen las reglas del Art. 1823 C.); 6o.- Hacer el nombramiento de liquidadores (Art. 216 Com.); si no se nombran, se procede de acuerdo a lo prescrito en el Art. 217 Com.; 7o.- Establecer la forma de resolver las controversias suscitadas entre los socios; caso de no regularse, se soluciona la cuestión conforme al Art. 223 Com.; 8o.- En general se dispone en el pacto social el régimen de administración de la sociedad colectiva (Art. 192 Com.); si nada se acuerda al respecto, el Código de Comercio regula la situación en los Arts. 193 al 211, inclusive.

"7o. Que se escriban con letras las cantidades y las fechas".

Se evita con ello alterar el monto de los aportes, las fechas de entrega de éstos, las cuestiones relativas al plazo de la sociedad, y en fin, cualquier maniobra fraudulenta.

"8o. Que no se escriba cosa alguna en el texto del documento con iniciales o abreviaturas, salvo las frases conocidas comúnmente para tratamientos, títulos de honor o expresiones de cortesía y respeto".

Las abreviaturas pueden originar confusiones, con lo cual no habría una clara inteligencia tratándose de escrituras de compañías. En éstas, no obstante, se insertan frecuentemente las siglas de los nombres sociales.

"9o. Que los borrones, enmendaduras, entrerrenglonaduras, testaduras y cualesquiera otras correcciones se anoten y salven íntegramente al final del instrumento, a presencia de los comparecientes antes de las firmas. Se prohíbe usar el paréntesis para sustituir testaduras".

Con esta medida se obtiene claridad en el contenido de las declaraciones de los interesados, e impide al Notario intercalar o modificar palabras en la escritura matriz, después de haber firmado ésta las partes. De permitirse la práctica contraria, por ser la escritura pública "una copia fiel del original" (Art. 44 Ley Not.), forzosamente se reflejarían esas alteraciones en el instrumento pú-

blico o testimonio, con perjuicio de una o de ambas partes: la veracidad de esos documentos, difícilmente podría sostenerse.

"10o. Que el Notario explique a los otorgantes los efectos legales del acto o contrato y haga constar esta circunstancia en el instrumento".

Una disposición semejante se halla en el Art. 45 del Arancel Judicial: "Todo cartulario está en la obligación, bajo su más estricta responsabilidad, de instruir a los otorgantes sobre los efectos de los contratos que van a celebrar, y de hacer notar..."

En particular debe el Notario instruir a los otorgantes de la compañía colectiva mercantil sobre la responsabilidad ilimitada y solidaria de sus miembros, y recalcarles que "En ningún caso podrán los socios derogar por pacto la solidaridad en las sociedades colectivas" (Inc. 2o., Art. 181 Com.); también deberá advertirles que para inscribir el instrumento en el Registro Mercantil han de estar solventes de los respectivos impuestos, haciendo constar esta advertencia en el instrumento respectivo (Art. 39 Ley Not.).

El inc. 3o. del Art. 353 del Código de Comercio en proyecto dice: "Todo notario ante quien se otorgue una escritura de constitución social o de reformas, deberá advertir a los otorgantes la obligación en que están de registrarla, los efectos del registro y las sanciones impuestas por la falta del mismo. Asimismo..."

"11o. Que escrito el instrumento se lea íntegramente por el Notario a los otorgantes, en un solo acto a presencia de los testigos si los hubiere; si en el acto o contrato hubieren intervenido intérpretes, la lectura se hará a presencia de éstos y si alguno de los otorgantes fuere sordo, el instrumento será leído además, por él personalmente si supiere. En el instrumento se harán constar estas circunstancias. Los otorgantes podrán cerciorarse del tenor literal del instrumento y repetir su lectura por sí mismos o por la persona que designen".

Si alguno de los socios, al momento de la lectura, o los intérpretes, si los hay, no estuvieren conformes con la redacción de una o más cláusulas del contrato, podrían hacer las observaciones respectivas para que se consignen en el instrumento.

"12o. Que leído el instrumento, sea firmado por los otorgantes, por los testigos e intérpretes si los hubiere y por el Notario. Si alguno de los otorgantes no supiere o no pudiere firmar se expresará la causa de esto último y dejará la impresión digital del pulgar de la mano derecha o, en su defecto, de cualquier otro dedo que especificará el Notario o si esto no fuere posible se hará constar así y en todo caso, firmará además a su ruego, otra persona mayor de dieciocho años o uno de los testigos; pudiendo una sola persona o testigo firmar por varios otorgantes que se encontraren en alguno de dichos casos".

Esta es la fase final en que los comparecientes muestran su asentimiento con el contenido del instrumento, firmando éste o cumpliéndose con lo prevenido en el ordinal transcrito, si aquéllos no pudieren firmar.

La escritura pública sólo la firma el Notario, las demás firmas e impresión digital que se han mencionado, únicamente se consig~~n~~an en el protocolo.

"13o. Que se observen los demás requisitos que las leyes exijan en determinados casos".

Este ordinal lo tratamos indirectamente al comentar el Ord. 6o. del Art. 32 Ley Not. Allí nos referimos a las exigencias del Art. 169 Com., las cuales, exceptuando las del Ord. 1o. de este último artículo, son especiales del contrato de sociedad colectiva mercantil.

Finalmente, el proyecto de Código de Comercio señala en el Art. 22 los requisitos que deben contener las escrituras de constitución de sociedades, en términos generales, y en el último inciso de ese mismo artículo dice "Además de los requisitos aquí señalados la escritura deberá contener los especiales que para cada clase de sociedad establece este Código".

El citado proyecto, en el Art. 27, expresa: "La omisión de los requisitos señalados en el Art. 22 produce nulidad de la escritura a excepción de los contenidos en los ordinales X, XI y XII, cuya omisión dará lugar a que se apliquen las disposiciones pertinentes de este Código".

B) INSCRIPCION EN EL REGISTRCO DE COMERCIO

Inscribir en el Registro de Comercio el contrato en que se constituye sociedad colectiva mercantil, así como las reformas al mismo, es un requisito esencial en nuestra legislación. En efecto, el Art. 167 Com. dice: "La sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública que será registrada conforme al artículo 12, y su extracto se pondrá en conocimiento del público por medio de circulares.-- La disolución de la sociedad que se efectuare antes de ven-~~cer~~ el término estipulado, la prórroga de éste, el cambio de socios por retiro o muerte de alguno de ellos, la alteración de la razón social, y en general toda reforma, ampliación o modificación del contrato, se harán constar en escritura pública con las solemnidades indicadas en el inciso anterior".

Al estudiar los "Efectos de la Inscripción de la Sociedad Mercantil en el Registro de Comercio", en el apartado A) del Capítulo IV, del título anterior, se analizó, en términos generales, lo concerniente a la inscripción de la sociedad colectiva mercantil, razón por la cual nos remitimos a lo dicho allí; sin embargo, se omitieron algunos efectos específicos de la inscripción de la misma y los derivados de su omisión: a ellos nos referiremos enseguida.

I) Conforme al Art. 170 Com. "No se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor expreso de las escrituras otorgadas en cumplimiento del Art. 167, para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas".

Las escrituras públicas gozan de una presunción de veracidad en ciertos respectos y si son de constitución de sociedades mercantiles inscritas en el Registro de Comercio, esa presunción es mayor, y no admite pruebas en que se aleguen pactos distintos de los contenidos en el texto expreso de la escritura social, ni por terceros ni por los mismos socios.

Cuando las escrituras públicas no son de constitución de sociedades mercantiles, vale el siguiente principio: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto alguno contra terceros.-- Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del testimonio en cuya virtud ha obrado el tercero.-- Si no..." (Art. 1578 C.).

Según ese principio, las escrituras privadas, y aplicando la teoría de la inoponibilidad, no modifican respecto a terceros el texto del pacto consignado en escritura pública; les es inoponible la escritura privada; pero para los contratantes sí surte efectos.

Ahora bien, si no existiera la disposición contenida en el Art. 170 Com. ¿Valdría para los socios de una colectiva mercantil el instrumento privado si altera el pacto social? La respuesta es negativa, porque conforme al Art. 15 Com., las escrituras sociales indicadas en el número 3o. del Art. 12 Com., o sea escrituras de constitución y de modificación de sociedades mercantiles, no producen "efecto alguno entre los socios", mientras no hayan sido inscritas en el Registro de Comercio, de donde se concluye que no siendo inscribibles las escrituras privadas, en ningún caso se produciría la modificación. (Art. 167 Com., inc. 2o.).

Por idénticas razones, las escrituras públicas de modificación del pacto social no son prueba admisible, mientras no hayan sido registradas debidamente, ni surten efectos entre los socios. Cuando el Art. 170 Com. habla de "escrituras otorgadas en cumplimiento del Art. 167", debe interpretarse que se trata de "escritura pública que será registrada conforme al Artículo 12", tal como lo dice el citado Art. 167 Com. Si se omite la inscripción de la escritura pública de modificación, se estaría en el caso del inc. 1o. del Art. 171 Com., el cual estudiaremos más adelante.

Nos hemos referido únicamente a la prueba instrumental inadmisibile en los términos explicados, pero como el Art. 170 Com. alude a toda clase de prueba, debe mencionarse, pues, la confesión, el juramento, la prueba testimonial, etc. (Art. 415 Pr.).

Los términos imperativos del tantas veces mencionado Art. 170 Com., no descartan la idea de que éste se refiere a escrituras

públicas inscritas y otorgadas en debida forma, pues no toda escritura pública merece plena fe; en esta hipótesis pueden atacarse o impugnarse por las causas siguientes: a) Nulidad; por ejemplo, una escritura otorgada ante un abogado no autorizado para ejercer el notariado, o no se le permite por estar excluido, inhabilitado o suspendido (Art. 64 Ley Not.); b) Falta de autenticidad del documento; v. gr., un instrumento público falsificado; y c) Destruyendo las declaraciones de las partes, contenidas en el instrumento; v. gr., una escritura pública otorgada en debida forma, pero se comprueba que sus declaraciones son simuladas.

II) "La omisión de la escritura social y la de cualquiera de las solemnidades prescritas, produce nulidad respecto a los socios" (inc. 1o., Art. 171 Com.).

De ese inciso nos interesa la frase "y la de cualquiera de las solemnidades prescritas", porque entre ellas está la inscripción en el Registro de Comercio de la escritura social y de sus modificaciones (Art. 167 Com.). De aquí se colige que la falta de inscripción "produce nulidad respecto a los socios".

A tenor del inc. 2o. del Art. 171 Com., los socios de la colectiva no inscrita responden "solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho". Igual responsabilidad les alcanza si falta la escritura pública o cualquier otra solemnidad.

III) El Art. 176 Com. preceptúa: "El que contratase con una sociedad que no ha sido legalmente constituida, no puede sustraerse por esta razón del cumplimiento de sus obligaciones". Esta disposición se basa en razones de equidad, con el objeto de que los terceros no puedan prevalerse de la situación irregular de la compañía para eludir sus compromisos; pero adviértase, serían los socios, como cualquier particular, quienes tendrían acción para constreñir a los terceros para hacerlos cumplir con sus obligaciones, porque si la sociedad no ha sido inscrita por deficiencias en su escritura de constitución, o por carecer de ésta o por cualquier otro motivo, no podría ser representada en juicio por no ser persona jurídica.

La jurisprudencia cubana resolvió un caso de posible ocurrencia en nuestro país, en relación con el Art. 176 Com. citado. Es el siguiente: "El que compró mercancías a una sociedad, por conducto de su representante, no puede negar la existencia de aquélla y el carácter del vendedor, por el fundamento de no hallarse inscrita en el Registro Mercantil, al reclamársele el precio pactado y no pagado, porque la acción ejercitada dimana de la voluntad libre y espontánea del demandado, creadora de vínculos jurídicos con el otorgante del poder, que le vendió mercancías en nombre y representación de la entidad actora, lo cual excluye toda posibilidad de que pueda ser considerado como tercero a quién no afectan esas cuestiones.-- La falta de inscripción en el Registro de la sociedad y de su factor gerente no fue obstáculo ni tenida en cuenta para contratar y recibir las mercancías, y no puede, por tanto, invocar esos vicios, con eficacia legal, para no pagar lo adquirido, porque ese modo de proceder

le impide negar en juicio ese carácter para eludir el pago. Sentencia núm. 8, de 29 de abril de 1933". (Tratado de "Sociedades Civiles y Mercantiles", cit., págs. 85 y 86, de Manuel Martínez Escobar).

El proyecto de Código de Comercio, cambia de criterio pues en ciertos casos, y con el propósito de proteger a terceros, confiere personalidad jurídica a determinadas sociedades sólo en lo que les perjudica. En el proyecto, inc. lo. del Art. 346, ubicado en el Capítulo referente a las "Sociedades Nulas e Irregulares", se lee: "La sociedad que careciere absolutamente de formalidades para su otorgamiento, no tiene existencia legal, pero la adquirirá al contratar con terceros, en los términos que se indican en el Art. 348". Este artículo en su primer inciso dice: "Las sociedades a que se refieren los artículos anteriores, que se hubieren exteriorizado como tales frente a terceros, tienen personalidad jurídica únicamente en cuanto les perjudique, pero no en lo que pudiere beneficiarlos. Los socios, administradores y cualesquiera otras personas que intervengan en su funcionamiento, responderán por las obligaciones de dichas sociedades frente a terceros, personal, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que hubieren incurrido".

Conforme al proyecto, pues, los socios no podrían exceptuarse alegando la falta de inscripción de la sociedad: al ser ésta demandada judicialmente, tendría personalidad jurídica para el solo cumplimiento de sus obligaciones, e independientemente de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, y de la penal si la hubiere.

BIBLIOGRAFIA

(Puntos A y B). Leyes y Códigos citados en el desarrollo de ambos puntos.

CAPITULO III

A) SOCIEDADES NULAS

El problema de las nulidades es bastante complejo en cualquier sector del Derecho en que se le estudie. Trasladado a las sociedades cabe enfocarlo desde dos ángulos: 1o. Nulidad del contrato social; y, 2o. Nulidad de la compañía considerada como persona jurídica. Esta última nulidad se presenta con frecuencia, porque con las sociedades se llega, como dice Felipe de Solá Cañizares, basado en ideas de J. Escarra, "a una situación en la que ya no hay ni contrato ni contratantes, sino la persona moral, subsistiendo sola y de una manera en cierto modo abstracta".(1)

Cuestión debatidísima por la doctrina es la llamada inexistencia jurídica, en la cual sus efectos, sin confundirse, son similares a los de la nulidad. La inexistencia, a la que nos referiremos brevemente, en determinados casos y aplicada a las sociedades, coloca a éstas en una condición especial: como sociedades irregulares, que serán vistas en el siguiente apartado. Algunas nulidades también sitúan en esa condición a las compañías.

Los Códigos Civil y de Comercio no reglamentan especialmente la nulidad de las sociedades, únicamente se limitan a mencionarla en algunos artículos. El Código Civil no lo hizo porque siendo la sociedad un contrato en la legislación patria, bastaba el título consagrado a la nulidad y rescisión de los actos y contratos; el Código de Comercio tampoco consideró la cuestión, porque para resolver lo relativo a las nulidades son suficientes las reglas del Código Civil.

Al recorrer la legislación civil y mercantil en el campo de las sociedades, se encuentran algunos casos de nulidad. Así, el Art. 1814 C. prohíbe ciertas compañías, las cuales en virtud de esa prohibición serían nulas, porque "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención" (Art. 10 C.). El inc. 2o. del Art. 1815 C., y el Art. 1816 C. también aluden a la nulidad de las sociedades. El Código de Comercio, en el Capítulo de las sociedades colectivas, habla de ciertas nulidades en los Arts. 171, 172 y 173 y finalmente, el Ord. 7o. del Art. 12 dice que "La sentencia que declare la nulidad de un contrato social", se debe inscribir en el Registro de Comercio.

El inc. 1o. del Art. 1815 C. no se refiere a nulidad de las sociedades sino a inexistencia, en opinión de don Luis Claro Solar, según se tendrá oportunidad de ver más adelante.

De la inexistencia jurídica no hacen mención, ni el Código Civil ni el de Comercio.

En el Código de Comercio en proyecto hay un Capítulo denominado "Sociedades Nulas e Irregulares" (Art. 343 al 357). En ese pro

yecto sí se alude a la inexistencia en los Arts. 25 y 26. En el inc. 3o. del Art. 25 se lee: "Las sociedades no pueden ser declaradas nulas o inexistentes con efectos retroactivos", y el siguiente artículo comienza con las siguientes palabras: "Declarada la inexistencia o la nulidad del acto constitutivo..."

Nótese esta última construcción "la inexistencia o la nulidad"; si dijera "la inexistencia o nulidad" podría haber duda en cuanto a si se quiso establecer una sinonimia entre ambos términos o no.

El mismo proyecto estipula: "Art. 346. La sociedad que careciere absolutamente de formalidades para su otorgamiento, no tiene existencia legal, pero la adquirirá al contratar con terceros, en los términos que se indican en el Art. 348". La frase "formalidades para su otorgamiento", da a entender que es el otorgamiento del pacto social, o sea la escritura de constitución; y donde dice "no tiene existencia legal", interpretando a contrario sensu, significa que una sociedad en esas condiciones es inexistente ante la ley.

En igual situación estarían las sociedades anónimas en la actualidad, porque "Ninguna compañía anónima tendrá existencia legal, si no es desde la correspondiente inscripción" (inc. lo., Art. 236 Com.).

En relación con esas mismas sociedades se lee en el inc. 3o. del Art. 285 Com.: "Cuando la sociedad sea declarada judicialmente como no existente por nulidad esencial de su constitución..." ¿Hay aquí inexistencia o nulidad absoluta?

Procuraremos limitarnos en la exposición de la inexistencia y la nulidad, a lo necesario para explicar la nulidad de las sociedades.

INEXISTENCIA JURIDICA

La inexistencia jurídica no ha sido aceptada unánimemente por la doctrina, y aun entre quienes la defienden no concuerdan siempre en sus conclusiones.

Se atribuye al tratadista alemán Zachariac la formulación de la teoría. El origen de la inexistencia lo vinculan al matrimonio. En materia de nulidad los autores aceptaban en que no la había si no estaba establecida expresamente en la ley; entonces se preguntaban sobre la validez de un matrimonio contraído por dos hombres o por dos mujeres. Si el legislador no había hecho una declaración al respecto, era lógico concluir que tenía validez, pero eso era contrario al sentido común y a la conciencia moral de los individuos. De aquí dedujeron que para la existencia del matrimonio se requería el acuerdo de dos personas de distinto sexo; de no ser así, no existiría tal matrimonio, razón por la que ley ni siquiera se preocupó en declarar su ineficacia. En seguida, la inexistencia la extendieron a los actos patrimoniales.

Los defensores de la teoría parten del siguiente principio:

en todo acto o contrato, en toda declaración de voluntad, son necesarios para su existencia o perfeccionamiento la concurrencia de determinados requisitos, y aun concurriendo éstos no siempre bastan para la validez. Por eso deben distinguirse entre requisitos de existencia y requisitos de validez. La falta de los primeros produce la inexistencia; la de los segundos, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la oponibilidad.

Se mencionan como requisitos de existencia: a) Consentimiento; b) Objeto; c) Causa; y, d) Solemnidades. Este último es requisito de existencia únicamente cuando es una verdadera solemnidad, o sea tal como la entiende el Art. 1314 C., al decir "El contrato... es solemne, cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil...", por ejemplo, cuando la ley ordena la formalidad del instrumento público, pues en los actos y contratos en que no se cumple con ese requisito, se miran como no ejecutados o celebrados. (Art. 1572 C., inc. 1o.).

Ha de notarse, sin embargo, que el Art. 1552 C. incluye entre la nulidad absoluta "la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos", con lo que, quíerese o no, para el Código Civil las solemnidades constituyen un requisito de validez, aunque los tratadistas con abundancia de razones lo consideren como un requisito de existencia.

Los requisitos de validez los enuncia el Art. 1316 C. así: "Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1o. Que sea legalmente capaz;-- 2o. Que consenta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio;-- 3o. Que recaiga sobre un objeto lícito;-- 4o. Que tenga una causa lícita.-- La capacidad..."

Establecidos así los requisitos de existencia y de validez, se concluye que si falta cualquiera de los primeros, no habrá ningún acto o contrato; y lo habría si concurren todos los segundos, que implícitamente suponen a los primeros; pero no basta esa simple concurrencia para perfeccionar el acto o contrato, porque puede suceder que el consentimiento adolezca de vicios, o el objeto o la causa sean ilícitos, o las personas que intervienen en aquéllos sean incapaces, entonces el acto o contrato será nulo, y mientras la nulidad no se declare judicialmente tal acto o contrato, aunque viciado, existe.

La oponibilidad se hace consistir en que algunos actos o contratos, no producen efectos respecto de determinados terceros, cuando no se ha dado cumplimiento a requisitos o formalidades exigidos por la ley. Como ejemplos se citan: falta de inscripción de documentos en el Registro de la Propiedad Raíz; las contraescrituras cuando se han omitido las exigencias del Art. 1578 C.; la cesión de créditos cuando no ha sido aceptada por el deudor, o éste no ha sido notificado de ella; etc. No se verá la teoría de la inoponibilidad

porque ésta no afecta al contrato en sí mismo sino a sus efectos. No es por tanto, un caso de nulidad, porque, como afirma Alessandri, "El contrato que va a ser inoponible es perfectamente válido, no le falta ninguna condición esencial para que tenga valor".(2)

Los sostenedores de la teoría de la inexistencia, en especial don Luis Claro Solar (3), señalan que en todo acto o contrato, en toda declaración de voluntad, "deben distinguirse las cosas que le son esenciales, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o de genera en otro diferente; las que son de su naturaleza y se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial que las indique o enumere; y las puramente accidentales, que no perteneciéndole esencial ni naturalmente, se le agregan por medio de cláusulas especiales". El autor se sirve de las palabras de un artículo del Código Civil chileno, cuyo artículo concordante en nuestro país es el 1315 C.

El tratadista indicado explica que "Si falta una de las cosas esenciales a su existencia el acto no puede jurídicamente existir, no puede producir efecto alguno: es la nada. Si sólo falta un requi sito necesario para la validez del acto, éste existe con el vicio; es un acto nulo, pero no un acto inexistente". Enseguida el mismo expositor hace notar que la ley al expresar que si faltan cosas esenciales al perfeccionamiento del contrato, éste no produce ningún efecto o degenera en otro contrato; con ello no indica que el contrato sea nulo. En cambio, el Código al hablar de los actos y contratos nulos dice que son tales los que les "falta alguno de los requi sitos... para el valor del mismo acto o contrato".(4)

Carlos García Oviedo (5) al desarrollar la teoría de los actos administrativos, considera que es "Acto inexistente aquel absolutamente no producido por carecer de un elemento esencial de su existencia. El acto inexistente es el acto no nacido, no venido a la vida por faltarle un elemento sustancial para ello. No puede hablar se de acto viciado en un acto que no existe". El autor da conceptos también de acto nulo y de acto anulable, y los distingue con precisión del acto inexistente; sin embargo, en sus conclusiones expresa que esa división tripartita de los actos "parece que opera sobre un simple quid terminológico", pues en los actos jurídicos válidos hay una materialidad trascendente para el Derecho, mientras tanto en la inexistencia y en la nulidad, "no se produce en ninguna medida tal trascendencia jurídica".

Los autores Aubry y Rau, según cita de Claro Solar enseñan que "No hay que confundir, con los actos nulos, los actos inexistentes o no realizados. El acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto en ausencia de los cuales lógicamente es imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente nulo, sino como no realizado".(6)

Los tratadistas citados, a pesar de su advertencia de que no se confunden el acto nulo con el acto inexistente, en realidad, no hacen una clara distinción entre ambos, porque al afirmar que el último "debe ser considerado no solamente nulo, sino como no realizado", parecen indicar que la inexistencia es una nulidad más grave. Ello

no compagina con la tesis de que el acto nulo excluye al acto inexistente y viceversa.

Laurent, mencionado también por Claro Solar, dice: "Un acto es inexistente, cuando no reúne las condiciones sin las cuales no es concebido, de suerte que el acto tiene sólo una existencia aparente; en realidad nada se ha hecho, puesto que lo que se ha hecho no existe a los ojos de la ley: es la nada. La nada no puede producir efecto alguno; el acto es nulo de pleno derecho en virtud de la ley, sin que haya necesidad de pedir la nulidad; no da lugar a acción alguna". (7).

Laurent no ofrece una neta diferencia entre nulidad e inexistencia, porque si ésta es la nada, como él manifiesta entre otras cosas, y si "la nada no puede producir efecto alguno", siendo entonces el "acto nulo de pleno derecho en virtud de la ley, sin que haya necesidad de pedir la nulidad", habría de concluirse que la nulidad derivada de la inexistencia y la nulidad producida por falta de requisitos de validez, diferirían únicamente en que la nulidad en un caso operaría de pleno derecho, y en el otro, mediante declaración judicial.

Francamente esas diferencias no son muy convincentes. Nos parecen más certeras las puntualizadas por algunos autores. Esas diferencias entre inexistencia y nulidad son:

a) La nulidad se declara judicialmente; la inexistencia no.

Declarada la nulidad vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de la celebración del acto o contrato. "La inexistencia, en cambio, autoriza de inmediato para exigir la vuelta al estado anterior a la celebración del acto que a los ojos de la ley no existe" (Alessandri y Somarriva). (8)

b) El acto nulo produce todos sus efectos, mientras la nulidad no se declara judicialmente; el acto inexistente no produce ningún efecto jurídico.

c) El acto nulo puede sanearse por la prescripción; el acto inexistente, no.

d) El acto inexistente es irratificable, pues la nada al confirmarse continúa siendo la nada. La nulidad relativa puede sanearse mediante la ratificación o confirmación, expresa o tácitamente. La nulidad absoluta no se sana por la ratificación, y en esto se parece a la inexistencia.

e) La nulidad se puede alegar como acción y como excepción; la inexistencia, únicamente como excepción.

Un interesado puede pedir la nulidad del acto o contrato y el juez, una vez comprobada, la declara. O una de las partes pide el cumplimiento de un contrato, entonces la otra parte puede oponer como excepción la nulidad. Pero si por ejemplo, un ministro de un culto religioso autoriza un matrimonio, el cual no ha sido contraído previamente ante las autoridades civiles, alcalde municipal o gober

nador departamental, en tales condiciones los contrayentes no necesitan declaración judicial para que lo declare inexistente; mas si alguno de los esposos quisiera hacer valer algún derecho de los conferidos por las leyes a los cónyuges, el otro puede oponerle como excepción la inexistencia del matrimonio.

f) En relación con las personas que pueden alegar la nulidad y la inexistencia, unas y otras son distintas. Respecto a la primera ha de distinguirse: 1o. La nulidad relativa puede ser alegada por todos "aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios". No se puede declarar de oficio, ni a pedimento del ministerio público por el solo interés de la ley (Art. 1554 C.); 2o. La nulidad absoluta puede ser alegada "por todo el que tenga interés en ello, excepto por el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley", y el Juez está facultado para declararla de oficio (Art. 1553 C.).

La inexistencia puede ser alegada por todos.

g) La inexistencia "comprobada" judicialmente aprovecha a todo el mundo; la nulidad declarada judicialmente produce efectos relativos, porque "Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras" (Art. 1561 C.).

Claro Solar (9) sostiene que el Código Civil chileno, pone de manifiesto la distinción entre inexistencia y nulidad, y transcribe los artículos pertinentes, destacando en ellos las frases en que apoya su afirmación. Las frases que cita, y trasladando tales artículos a los concordantes del Código Civil salvadoreño, son: "se mirarán como no ejecutados o celebrados" (1572); "no se reputan perfectas ante la ley" (1605, inc. 2o.); "no habrá venta" (1613, inc. 1o.); "no produce efecto alguno" (1618, inc. 1o.); y "sociedad que no puede subsistir legalmente" (1815, inc. 1o.). Enseguida dice: "En todos estos casos la ley se refiere a la existencia del acto o contrato y establece que ese acto o contrato no ha llegado a perfeccionarse; no es tal acto o contrato; y no lo califica de nulo, porque lo que no existe no es válido o nulo, sino que es la nada".

La inexistencia jurídica, dijimos atrás, no es aceptada por muchos comentaristas, e incluso quienes la defienden discrepan en sus conclusiones. Por eso no es rara la discusión sobre si los Códigos Civiles la admiten aunque no la consagren expresamente, o si ella queda absorbida por la nulidad absoluta, y por ende, no tiene cabida en esos Códigos ni explícita ni implícitamente.

Con esas ideas entramos a conocer otras opiniones.

Según palabras de Claro Solar, Demolombe, tratadista francés, sostiene que una convención, teóricamente considerada puede ser nula o anulable. Es nula, si carece absolutamente de una de las condiciones esenciales a su formación o a su existencia; y es anulable, si

ninguna de esas condiciones falta, pero una de ellas es irregular o imperfecta. El autor galo ampliando sus ideas dice: "La convención que llamamos nula, no es en realidad una convención. En ausencia to tal de una de las condiciones, sin las cuales ella no podría formar se, no se ha en efecto formado; ella no existe legalmente, no es más que un hecho" (10). No es preciso ser muy sagaz para reparar en que Demolombe, tal vez sin desearlo, equipara la convención nula con la inexistencia; y la convención anulable, con la nulidad, absoluta y relativa.

Fabres, comentado por Claro Solar, opina que una obligación sin objeto y sin causa, "es capítulo de nulidad absoluta, porque ca balmente la naturaleza de esta especie de nulidad consiste en impedir la existencia y el valor de la obligación" (11). Conforme a esa tesis, el objeto y la causa serían requisitos de existencia y de va lidez. Para complementar su pensamiento, Fabres prosigue: "Lo nulo es la nada, es lo que no existe; lo que no ha nacido. Es idéntico por consiguiente, contrato nulo y contrato que no se ha celebrado y acto nulo y acto que no se ha ejecutado".

¿Cómo puede decirse que lo nulo no existe?, exclama sorprendido Claro Solar, y a continuación manifiesta "si es nulo es porque ha nacido con vicio; y si existe con vicio, no puede decirse que es la nada", cuando el acto o contrato no se ha perfeccionado no hay tal acto o contrato y entonces no es un acto o contrato nulo.

La jurisprudencia de muchos países ha acogido en sus resoluciones la inexistencia jurídica; otras veces, la ha rechazado.

¿Y nuestros Tribunales de Justicia qué actitud han adoptado a ese respecto?

De la Revista del Ministerio de Justicia, Año II, No. 4 ene-ro-diciembre de 1953, hemos tomado la siguiente doctrina:

a) "Debe tenerse como inexistente un contrato de arrendamiento de un predio rústico, si de la prueba establecida en juicio se de duce la imposibilidad de celebrarlo; y en caso de que realmente se hubiese celebrado, es absolutamente nulo si se ha estipulado el pre cio del arrendamiento en una clase de moneda que no existía a la fe cha del contrato, aunque mucho tiempo después se haya decretado su existencia por una ley especial". (Revista Judicial, junio 15 de 1943, pág. 538). (12)

b) "No es atendible la petición del actor para que se de clare la inexistencia de la referida sociedad, como más eficaz que la declaratoria de su nulidad, porque la ley civil no ha reconocido la distinción de esos términos, y sólo se refiere al de nulidad, absoluta o relativa". (Revista Judicial, julio 12 de 1941, pág. 366). (13)

Creemos que de aceptarse abiertamente la inexistencia en nuestras leyes, si un contrato de sociedad careciere de causa, objeto, consentimiento o solemnidades especiales, se ría inexistente y no nula. Así, una compañía colectiva constituida por dos personas e ins

crita en el Registro Mercantil, pero que en la escritura de constitución uno de los que aparece como socio intervino por medio de un representante, y a éste realmente le fue conferido poder para celebrar un contrato de compraventa de ciertos bienes que juntamente con el otro que figura como socio explotarían en común, pero no para formar una sociedad, ésta, entonces, sería inexistente por falta de consentimiento.

Verdaderamente, la inexistencia trasladada al campo de las sociedades es una cuestión que no se adapta por completo a las teorías civilistas, ya que no puede dejarse en abandono o desamparo a los terceros que han contratado en la creencia de encontrarse frente a un ente social, por eso el legislador no priva de algunos efectos a ciertos actos efectuados a nombre de una sociedad inexistente, a la cual la ley llama en muchos casos "sociedad de hecho".

NULIDAD ABSOLUTA

Para comprender un poco la mecánica de la nulidad de las sociedades, es menester remitirnos a la doctrina y a la legislación civiles. A ese efecto, y siendo la sociedad un contrato, habrá de saberse, entre otras cosas, cuáles son las condiciones de validez de los actos y contratos, y en qué casos éstos son nulos relativa o absolutamente, etc.

El Código Civil dedica todo el Título XX del Libro Cuarto a "La nulidad y la rescisión" de los actos y contratos. (Arts. 1551 al 1568).

Para el Art. 1551 C. "Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.-- La nulidad puede ser absoluta o relativa". Y según el Art. 1552 C. "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.-- Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

Tanto el derecho positivo como los expositores diferencian la nulidad absoluta de la relativa. A esta última la doctrina le denomina rescisión. El Código Civil también emplea este vocablo no siempre en su verdadero sentido, pues en ciertas situaciones lo equi para a la resolución, que jurídicamente tiene una significación diversa, e incluso el término nulidad le sirve para referirse indistintamente a la nulidad relativa y a la absoluta.

Del texto legal se desprende que hay nulidad absoluta cuando en el acto o contrato hay:

- 1o. Objeto ilícito;
- 2o. Causa ilícita;
- 3o. Omisión de un requisito o formalidad prescrito por la ley para el valor del mismo acto o contrato, en consideración a su naturaleza, y no a la calidad o estado de las partes que los ejecutan o acuerdan; y,
- 4o. Incapacidad absoluta de las personas que en esos actos o contratos intervienen.

Enseguida se bosquejarán los elementos citados, pero antes conviene advertir que algunos de ellos son mencionados expresamente por la ley, en relación a las sociedades: el inc. 2o. del Art. 1815 C. habla de sociedades nulas "por lo ilícito de la causa y objeto", el inc. 1o. del Art. 171 Com. alude a "La omisión de la escritura social y la de cualquiera de las solemnidades prescritas"; y finalmente en el Código de Comercio en proyecto, en los Arts. 343 y 344, por su orden, consideran nula a la sociedad que tenga objeto y causa ilícitos.

Para una mejor comprensión de la nulidad, es indispensable dar algunas ideas, por separado, sobre el objeto, causa, requisitos o formalidades de los actos o contratos y capacidad; a la vez ir señalando cuáles son las condiciones que producen aquélla.

I- EL OBJETO

El objeto del contrato ha originado muchas confusiones, y tanto las legislaciones como los tratadistas, frecuentemente no discriminan entre el objeto del contrato y el objeto de las obligaciones. En nuestra opinión es una diferencia un poco sutil que no ocasiona dificultades prácticas.

El objeto de los actos y contratos es fundamental, tanto es así que el Art. 1331 C. dispone: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración". El ordinal 3o. del Art. 1316 C. exige que sea lícito el objeto sobre el que recae el acto o declaración de voluntad. El Dr. Adolfo Oscar Miranda, en sus "Apuntes sobre la Teoría de las Obligaciones", Pág. 80, expresa que en las disposiciones legales citadas se confunde el objeto del acto o declaración de voluntad con el objeto de la obligación y demuestra con argumentos propios y de diversos autores la exactitud de sus afirmaciones.

Dicho profesional pone el ejemplo de la compraventa en la que el objeto del contrato, por una parte, es la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, a esto corresponde el derecho del comprador de exigir su entrega; y por otra, está la obligación del comprador de pagar el precio, correspondiendo al vendedor el derecho correlativo de exigirlo. Mientras que el objeto de la obligación respecto del vendedor es la entrega de la cosa vendida en los términos y condiciones acordadas; y en cuanto al comprador, el objeto de

la obligación será el pago del precio en el término y condiciones pactadas.

Para aclarar un poco más se transcriben las palabras del mismo profesional, quien inspirándose en Giorgio, dice: "En efecto, los derechos y obligaciones son el objeto inmediato de los contratos y las cosas o los hechos son el objeto inmediato de las obligaciones contraídas a su respecto y de los derechos creados por medio de ellas. En esa virtud, las cosas o los hechos son el objeto mediato de los contratos y declaraciones de voluntad. Por lo expuesto, Claro Solar expresa, que aunque sea impropio, al hablar del objeto de las obligaciones se habla del objeto de los contratos". (14)

Sobre la misma cuestión Alessandri y Somarriva opinan: "Pero la verdad es que el objeto del contrato no es sino la obligación misma, y como la obligación recae siempre sobre una materialidad, sobre un hecho, como tiene un objeto, en definitiva el objeto del contrato viene a estar constituido por el objeto de la obligación. En esto están de acuerdo los autores". De ello deducen que "en un contrato va a haber tantos objetos como obligaciones haya; si el contrato es unilateral sólo existirá un objeto; si es bilateral, como engendra obligaciones recíprocas tendrá dos objetos". (15)

Esa opinión confirma lo que dijimos anteriormente, de que la confusión del objeto del contrato con el objeto de la obligación, en cierta manera es irrelevante, aunque sí estamos de acuerdo con el Dr. Miranda en que jurídicamente son distintos ambos objetos.

Probablemente el Art. 1316 C. se refiere al objeto de la obligación y no al objeto del contrato, al mencionar los requisitos de validez de los actos y declaraciones de voluntad, debido a que, como expresa Rojina Villegas, "la terminología, por razones prácticas y de economía en el lenguaje, ha confundido, principalmente en los Códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato" (16). O quizás en ese sentido, sean más certeras las conclusiones de Barros Errázuriz: "como no es posible atribuir al contrato un objeto diverso del que tiene la obligación que él produce, la ley emplea indistintamente las mismas palabras cuando trata del objeto del contrato, y cuando trata del objeto de la obligación". (17)

Indudablemente, el objeto de la obligación es el que cobra mayor importancia para las partes, pues en los contratos a ellas más les interesan las "cosas" objeto de la obligación y no las simples obligaciones en abstracto, sin un contenido específico.

REQUISITOS DEL OBJETO

El objeto debe reunir determinadas condiciones para que sea válido. Esas condiciones no coinciden totalmente en las obligaciones de dar y en las de hacer o no hacer.

Los requisitos del objeto en las obligaciones de dar, son los siguientes:

a) La cosa objeto de la obligación debe ser real: esto es, que exista realmente, o cuya existencia se espera. (Art. 1332 C., inc. 1o.).

Si la cosa no existe, la obligación carecería de objeto y el contrato sería inexistente, si se admite la teoría de la inexistencia, o nulo de no ser así. El Código Civil, en el Art. 1618, inc. 1o., expresa: "La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no produce efecto alguno".

b) La cosa debe ser comerciable (inc. 1o., Art. 1332 C.). No están en el comercio las cosas comunes a todos los hombres, como el alta mar, aire, etc., los bienes nacionales de uso público "como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas" (Art. 571 C.). Hay cosas que siendo por su naturaleza comerciables no lo son para determinadas personas, o cuando la enajenación está prohibida por leyes especiales, por razones de conveniencia pública.

c) La cosa debe ser determinada o determinable.

Las cosas han de estar "determinadas, a lo menos en cuanto a su género", e incluso "la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". (Art. 1332 C.). No es preciso, pues, que sean obligaciones en especie o cuerpo cierto.

En la indeterminación absoluta del objeto no hay propiamente acuerdo de voluntades, y por ende, falta el consentimiento. Así, en una compañía en que los socios se comprometan a aportar bienes muebles e inmuebles, sin más especificación, habría indeterminación del objeto.

d) Que el objeto sea lícito.

En los actos y declaraciones de voluntad la licitud del objeto es la regla general; la excepción, es su ilicitud; por ese motivo debe estar expresamente establecida por la ley. El objeto lícito, como no lo define el Código Civil, creemos que es el protegido por ella por estar conforme a sus preceptos; el ilícito, es el que dicho Código califica de tal.

El legislador enumera diversos casos en que hay objeto ilícito en el Art. 1335 C. El Art. 1337 C. da una regla amplia al expresar que hay objeto ilícito "generalmente en todo contrato prohibido por las leyes".

Otros casos especiales en que hay objeto ilícito son: 1o. En todo lo que contraviene al orden público salvadoreño (Art. 1335 C.); 2o. En los contratos sobre sucesión futura (Art. 1334 C.); 3o. La condonación del dolo futuro (Art. 1336 C.); 4o. En las deudas contraídas en juego de azar y otros contratos prohibidos (Art. 1337 C.); etc.

Si en una sociedad colectiva con dos socios uno o los dos aportan en propiedad bienes embargados judicialmente, o cuya propie

dad se litiga, y no precediere autorización judicial o consentimiento del ejecutante, habría objeto ilícito y, por ende, nulidad absoluta (Art. 1335 C., Ord. 3o.).

El objeto ilícito consistiría en que en esos aportes hubo enajenación de bienes, pues el ordinal 3o. del Art. 1335 C. califica de ilícito al objeto cuando se enajena en las condiciones dichas. La palabra enajenación tomada en sentido restringido, en opinión de Alessandri y Somarriva (18), "supone que la cosa se haga ajena, que salga de un patrimonio para incorporarse a otro; sólo se hará ajena una cosa mediante una tradición". Demás está decir que en las sociedades, por ser personas jurídicas, los aportes hechos en propiedad pasan a formar parte de su patrimonio, o sea que hay tradición de bienes y, por consiguiente, enajenación.

Cuando la obligación es de hacer o no hacer, el objeto ha de reunir las condiciones siguientes:

a) Que la cosa objeto de la obligación sea determinada. Brevemente se explicó esto al comentar el objeto en las obligaciones de dar. Falta agregar que la palabra "cosas" aquí debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo tanto las cosas materiales como los hechos positivos y negativos.

b) El hecho debe ser físicamente posible.

El requisito lo establece el inc. 3o. del Art. 1332 C.: "Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible". El último inciso de ese artículo aclara: "Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza".

La imposibilidad ha de ser absoluta. La mayor o menor dificultad en que pueda hallarse la persona obligada, no vicia el objeto. Debe ser perpetua, porque si la imposibilidad es temporal, tampoco habría vicio del objeto. Un hecho irrealizable en la actualidad, puede/^{no}serlo a corto o largo plazo, merced a los adelantos de la ciencia.

c) El hecho debe ser moralmente posible.

Es objeto "moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público" (Art. 1332 C., inc. 4o.).

El Código Civil describe en los Arts. 1333, 1334, 1335, 1336 y 1337 los casos en que hay objeto ilícito.

Tal vez llamaré la atención que algunos de esos artículos se mencionaron cuando se habló del objeto en las obligaciones de dar; pero ello se debe a que también allá se presentó la nulidad del objeto, en relación con esos artículos. Podría ser un ejemplo de sociedad con objeto ilícito, y en relación con un hecho moralmente imposible, si en una colectiva los socios industriales convienen en aportar su actividad como banqueros de casas de juegos de suerte ("croupier"), envite o azar, ya que esas actividades están sancionadas penalmente: Art. 274 Pn.

Ha llegado el momento de ver cuál es el objeto del contrato de sociedad para algunos autores, y expresar nuestra particular opinión.

La doctrina y las legislaciones vacilan y ofrecen concepciones distintas respecto al objeto de la sociedad.

Para Langlé y Rubio (19) "El objeto cierto, materia del contrato de compañía mercantil consiste en el dinero, los bienes y la industria que se aportan al fondo común.-- Además de dicho objeto inmediato, existe en la sociedad el mediato que es la explotación, el negocio, las operaciones de comercio que ejecutará. Su licitud es requisito indispensable".

Otros estiman, Guelperín y Lodi, que "Objeto, en este caso, es el "ramo", o actividad básica, a que se dedicará la sociedad. No debe confundirse con el fin perseguido individualmente por los socios". (20)

Esos autores equiparan el objeto del contrato de compañía, con la finalidad social, o sea el género de comercio estipulado en el contrato.

Hablando del objeto Rojina Villegas, como preámbulo manifiesta que las compañías se caracterizan por uno de sus elementos fundamentales: la aportación de bienes o industria. Luego manifiesta: "El objeto de la sociedad es integrar un patrimonio que quedará formado por el capital y trabajo, o por uno u otro respectivamente. En consecuencia el objeto social quedará constituido por el conjunto de prestaciones que como formas de conducta positiva (dar o hacer) o negativa (no hacer) impone el contrato de sociedad a cada uno de los distintos socios y en favor del ente creado. En relación con el objeto, los socios, por consiguiente, están obligados a la aportación del dominio, uso, goce, trabajo o servicio que estipulan al constituir la sociedad". (21)

Después de señalar el objeto del contrato de sociedad, Rojina Villegas indica cuál es el objeto de la obligación de los socios, que es para él "la serie de prestaciones o abstenciones que se referirán a las cosas o a los hechos positivos o negativos". (22)

En la obra de Rodríguez Rodríguez citada anteriormente, leemos: "para Vivante el objeto de la sociedad, según el lenguaje del Código, está constituido por las operaciones mercantiles que se propone realizar", y que "Para otros autores, "objeto" indica las prestaciones recíprocamente prometidas por los socios contratantes en el contrato sinélagmático. En tal sentido se identifica con el concepto clásico de causa como contraprestación que induce al contratante a la prestación" (23). Ninguna de esas opiniones nos convence, y menos la última, por las razones que expusimos en el Capítulo II, del Título I.

Nos adherimos a la opinión de Rojina Villegas y a la de Rodríguez Rodríguez que se pronuncia en igual sentido, con estas palabras: "En resumen, podemos decir que el objeto del contrato de socie

dad son las obligaciones que están a cargo de los socios; a su vez, el objeto de las obligaciones de los socios consisten en las aportaciones que los mismos han de realizar, por lo que, por extensión se habla del objeto del contrato de sociedad para referirlo al objeto de las obligaciones de sus socios, es decir, a las aportaciones".(24)

Esos autores no discuerdan sobre el punto, y tanto es así que Kojina Villegas probablemente para reforzar su teoría, transcribe de Rodríguez Rodríguez lo siguiente: "La inexistencia del objeto equivale a inexistencia de la aportación y es también motivo de inexistencia del acto jurídico".

Somos de parecer que esas ideas se conforman más con lo expuesto al desarrollar el objeto de los actos y contratos en general, y del objeto de las obligaciones de los mismos.

Trasladadas esas ideas a la legislación vigente, vemos que "No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común...", (Art. 1813 C., inc. lo.), donde, seguramente, se tomó en consideración la falta de objeto. Un caso semejante contempla el Art. 1859 C.: "Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner algo en común las cosas o la industria a que se han obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta". Este artículo regula exactamente un caso de falta de objeto de la obligación, como si la cosa prometida es un cuerpo cierto y éste perece.

II. LA CAUSA

La teoría de la causa ha sido y es motivo de controversias interminables al referirla a los actos y contratos. Varios autores la defienden ardientemente (causalistas); otros, la atacan con dureza (anticausalistas). Existe, además, una tercera doctrina.

El problema de la causa es sumamente intrincado, y eso ya ha sido advertido por diversos tratadistas, como Alessandri y Somarriiva, quienes expresan: "Hoy día, los autores más prestigiosos están en franco antagonismo respecto de su concepto. Consecuencia de todo es que la teoría de la causa es útil, metafísica y difícil de comprender". (25)

El meollo de la causa resulta, en verdad, difícil determinar lo. A esto ha de agregarse la divergencia entre los autores respecto a si aquélla es un requisito de existencia o de validez de los actos y declaraciones de voluntad, o si es un concepto superfluo e inútil, tal como lo sostienen los anticausalistas.

También se discute si la causa es un requisito del contrato o si lo es de la obligación. Esta cuestión, a nuestro modo de ver, la resuelve acertadamente Alessandri, quien sostiene que aun cuando al hablar de los requisitos del contrato se menciona la causa, realmente ésta no es requisito de aquél, sino de la obligación. Funda su opinión en el texto de un artículo del Código Civil chileno. El ar-

título que cita equivale al 1338 de nuestro Código Civil, en donde se lee: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita..."

En El Salvador la causa es un requisito de validez de los actos y declaraciones de voluntad (Art. 1316 C., Ord. 4o.), y es tan esencial que, según se vió, no puede haber obligación sin una causa real y lícita; si es ilícita o si es falsa produce nulidad absoluta (Art. 1552 C.), y si no existe, el acto o contrato no nace, para quienes admiten la inexistencia jurídica. En cuanto a la causa falsa han de hacerse algunos distingos, los cuales se verán más adelante.

De las distintas tesis sustentadas sobre la causa, únicamente se ofrecerá un pequeño esquema, con el fin de aplicarlo al contrato de sociedad.

Los orígenes de la causa, sostienen la mayoría de los autores, se remontan al Derecho Romano, donde nació como una solemnidad de los contratos innominados, debido a que éstos en un principio no autorizaban al contratante cumplido para compeler a la otra parte al cumplimiento de su respectiva obligación; únicamente les asistía el derecho de solicitar la restitución de lo pagado, mediante la "condictio sine causa", o sea la acción con la cual podían repetir lo pagado, si había enriquecimiento injusto. Con el fin de solucionar esas situaciones, se dice, y más por necesidades prácticas, se ideó el sistema en virtud del que si un contratante estaba pronto a satisfacer su obligación, ello era la causa que le permitía exigirle a la otra parte el cumplimiento de la suya.

DOCTRINA CLASICA DE LA CAUSA

Se atribuye a Domat ser el creador de la teoría clásica de la causa, y en el sentir de Alessandri y Somarriva, aquél interpretó erróneamente los textos del Derecho Romano, que le sirvieron de fuente, porque al hablar de la causa en los contratos innominados, equiparó a éstos con los contratos bilaterales, "y por eso su doctrina nació precisamente en los contratos sinalagmáticos, diciendo que en ellos la causa de la obligación de una de las partes estaba en la obligación del otro contratante". (26)

En el análisis de la teoría clásica de la causa, ha de hacerse, en opinión de Rojina Villegas, la distinción entre: a) Causa final, o causa propiamente dicha; b) Causa impulsiva o motivo determinante de la voluntad; y, c) Causa eficiente.

Siguiendo el pensamiento del citado expositor, la causa final es para la doctrina clásica esencial en la validez de los contratos. "La causa final es el fin abstracto, rigurosamente idéntico en cada categoría de contratos, que en forma necesaria se proponen las partes al contratar. Es, por lo tanto, la causa final un elemento intrínseco al contrato, igual en cada categoría". (27)

La causa impulsiva o motivo determinante es, por el contrario, un elemento extrínseco al contrato, y está constituida por el

fin personal que mueve a cada parte a contratar, siendo, por tanto, variable en cada contrato y en cada persona. Los móviles que inducen, por ejemplo, al comprador pueden ser diversos: satisfacer una necesidad, revender la cosa comprada, por mero gusto, etc.

La causa eficiente, dice Rojina Villegas, "es la fuente de obligaciones que nada tiene que ver con la causa final ni con la impulsiva". (28)

Domat y los defensores de su doctrina, agrupan en tres categorías los contratos para establecer cuál es la causa en cada uno de ellos. Esos contratos son: a) Bilaterales; b) Reales; y c) A título gratuito. No contemplan la causa en los demás contratos porque en esas tres categorías estiman incluidos a los demás, por ejemplo en los a título gratuito a los unilaterales, e incluso en algunos contratos reales también incluyen a los unilaterales.

La tesis clásica la desarrollan más o menos así:

1o. Contratos bilaterales. En éstos la causa de una obligación se halla en la obligación contraída por la otra parte. Si una persona se obliga es porque la otra a su vez contrae una obligación recíproca. Si el vendedor se compromete a entregar es debido a que el comprador se obliga a pagarle el precio. Como la causa final, esencial en la validez de los actos y contratos, es rigurosamente idéntica en cada categoría de contratos, necesariamente, en los bilaterales, será la misma en todos ellos.

2o. Contratos reales. La causa de la obligación en estos contratos debe buscarse en el hecho de haber recibido la cosa: la obligación de entregar una cosa, tiene por causa única y exclusiva el hecho de haberla recibido. De donde, la previa entrega hecha por el depositante, comodante, mutuante, etc. viene a ser la causa de la obligación de entregar del depositario, comodatario, mutuario, etc., y en tal sentido es un elemento en la formación de los contratos reales.

3o. Contratos a título gratuito. Dice Domat que la causa en estos contratos es el animus donandi, o intención de hacer una liberalidad.

DOCTRINA ANTICAUSALISTA

Los argumentos en contra de la teoría clásica pueden reducirse a los siguientes:

1o. Contratos bilaterales. La doctrina clásica, arguyen sus impugnadores, confunde en los contratos bilaterales la causa con el objeto, porque si una obligación tiene como causa la contraprestación, en realidad es el mismo objeto contemplado desde un punto de vista especial; el mismo requisito desempeña una doble función: es objeto para una de las partes y causa para la otra. Rojina Villegas comenta a Laurent así: "Según la doctrina causalista, la obligación

del vendedor tiene como causa el precio y éste a su vez es objeto del contrato por lo que toca al comprador; asimismo, la obligación del comprador tiene como causa la cosa y ésta es objeto del contrato por que se refiere a la obligación del vendedor". (29)

La causa es, según Planiol (30), falsa, porque en las obligaciones bilaterales es impropio decir que la obligación de una parte sea la causa de la otra, por ser una imposibilidad lógica, ya que son obligaciones cuyo nacimiento es simultáneo, no habiendo, por tanto, relación de causalidad. Planiol reafirma lo dicho en el párrafo precedente, y habla de la confusión de la causa con el objeto en que incurre la teoría clásica, mediante el siguiente razonamiento: en los contratos bilaterales al faltar la causa faltaría el objeto, por que si la causa de una obligación es la contraprestación de la otra parte, al faltar esa contraprestación, faltaría también el objeto en una de las obligaciones. De ahí que se puede solucionar el problema en esos casos por medio del objeto, sin recurrir a la causa.

2o. Contratos reales. Es falsa la doctrina de la causa en los contratos reales, se argumenta, porque la entrega de la cosa en ellos es un requisito de existencia del contrato; una formalidad no dispensada; un presupuesto necesario sin el cual el contrato no nace. Conforme al Art. 1314 C. "El contrato es real cuando para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere". De paso se dirá que el legislador empleó indebidamente el término "tradición", pues en algunos contratos reales como el depósito, comodato, etc., no hay tradición, sino una simple entrega.

En conclusión, quienes atacan a la teoría clásica hacen notar que ésta confunde la causa con un hecho generador del contrato mismo, pues éste, por disposición expresa de la ley, no se perfecciona si falta la entrega de la cosa.

3o. Contratos a título gratuito. En estos contratos las críticas a la doctrina tradicional han sido abrumadoras, en el sentido de que en ellos no se pueden separar la manifestación de voluntad de los motivos psicológicos de quien contrae la obligación; es decir, que el animus donandi es el mismo consentimiento manifestado en forma consciente de hacer una liberalidad sin esperar a cambio una contraprestación. El proceso volitivo no se divide entre la manifestación de voluntad y el fin que con esa manifestación se propone el obligado.

Con el objeto de demostrar la inutilidad de la causa (31) "se dice que la teoría del objeto, la teoría del consentimiento, la teoría de la interdependencia de las prestaciones del contrato sinalagmático, permiten proveer a todos los resultados prácticos deseables, sin que sea menester remontarse a la teoría de la causa" (Alessandri y Somarriva).

A las anteriores críticas los causalistas han respondido:

1o. A la objeción de que una obligación no puede ser causa de la otra por nacer ambas simultáneamente, han replicado los causalistas que la expresión causa no está tomado en el sentido de causa

a efecto: no es una cuestión de orden cronológico, por esa razón y entendida en ese sentido la causa existe.

2o. Contratos reales. La entrega de la cosa, es reconocida por los causalistas como un requisito de existencia; pero eso no se opone a que la entrega desempeñe un doble papel: el de solemnidad del contrato y de causa de la otra obligación.

3o. Contratos gratuitos. Esta posición no la han podido defender los causalistas, e incluso han terminado por reconocer que la causa se confunde con los motivos psicológicos.

Finalmente, a los argumentos referentes a la inutilidad de la causa, porque los mismos efectos derivados de la causa ilícita se obtienen aplicando las reglas del objeto ilícito, han contestado los causalistas que hay obligaciones con objeto lícito, pero con una causa ilícita, y si sólo se atendiera al objeto no podrían invalidarse. Se valen para reforzar sus afirmaciones de los siguientes ejemplos: a) Obligación de pagar a un Juez para que dicte una sentencia justa; b) Obligación de pagar cierta cantidad de dinero a un individuo si se abstiene de robar o matar; c) El arrendamiento de una casa cuyo destino es el juego de azar, etc. El objeto es lícito en esas obligaciones, pues pagar una suma de dinero no tiene carácter delictuoso; lo mismo que dictar una sentencia justa, dar en arrendamiento una cosa, etc., que es objeto de la obligación correlativa, también es lícito. Si se analizaran separadamente esos elementos y no el contrato en su totalidad, éste sería válido; sin embargo, las cosas suceden de diferente manera, porque el fin del contrato, o sea su causa, carece de licitud. Sólo apreciado el contrato en su totalidad se descubre, a través de la causa, que el fin perseguido por las partes es ilícito.

Esta tesis de la causa ilícita y de la causa falsa y sus dos especies causa errónea y causa simulada, ha sido rebatida con sólidas razones, porque si para la escuela clásica el elemento esencial en los actos y contratos es la causa final, o sea el fin abstracto derivado de la naturaleza jurídica de cada categoría de contratos, al dar los ejemplos de causa ilícita precisamente se vale de la causa impulsiva o motivo determinante de esos contratos, con lo que su tesis original se viene al suelo.

La causa errónea la considera la doctrina clásica como distinta del error por vicios del consentimiento; consiguientemente, puede anularse un contrato en virtud de la "causa errónea" o "causa falsa", con independencia del consentimiento. El Dr. Miranda dice que los ejemplos mencionados por la escuela clásica respecto a la "causa falsa", se refieren a la causa impulsiva y no a la causa final, "pues en cuanto a la causa final no cabe error jamás en la naturaleza del contrato. Es decir, en un contrato bilateral, si la causa de una obligación es la obligación de la otra parte, no podríamos encontrar error respecto a esa causa final". (32)

TEORIA PSICOLOGICA DE LA CAUSA

La causa como móvil o motivo psicológico es una tercera posición que ha encontrado eco en muchos tratadistas, contándose entre los principales a Josserand y Bonnacase. Esta teoría aplicada a la causa ilícita ha alcanzado mucho éxito.

Alessandri y Somarriva (33) estudian la "concepción que la doctrina de la causa ha hecho invariablemente la jurisprudencia francesa y que es seguida por prestigiosos autores franceses (Demogue, Josserand)". Hablando de esa concepción, señalan que el motivo psicológico en ella adquiere enorme importancia, ya que la teoría del motivo impulsivo y determinante tiende a velar por la moralidad de las relaciones jurídicas.

"En resumen -dicen los autores chilenos citados- paralelamente a la doctrina de la causa se ha robustecido esta teoría del motivo impulsivo y determinante, en la cual se considera principalmente el móvil que ha tenido el contratante, porque la jurisprudencia ha visto con toda lógica que le permite controlar la moralidad de las transacciones jurídicas". (34)

Josserand distingue entre el móvil abstracto y permanente que concurre en todo contrato, y el móvil concreto, individual y variable que en cada caso específico induce a las partes a contratar. "El acto se aprecia en función de los móviles que lo han inspirado y del fin al cual tiende. El móvil fin influye sobre él y fija su valor jurídico con la moralidad; el derecho contractual no puede ponerse al servicio de la inmoralidad; a cada uno según sus intenciones". (Josserand, citado por Rodríguez Rodríguez). (35)

Un criterio diverso se observa en Rojina Villegas, para quien "la escuela clásica francesa dice que la causa impulsiva no es un elemento en la formación del contrato, porque es algo intrínseco al mismo acto jurídico, variable hasta el infinito, que el derecho no puede tomar en cuenta porque permanece en el fuero interno de cada contratante, de tal manera que en un contrato no se va a revelar el fin personalísimo que cada parte persigue, ni tampoco dependerá la validez del contrato de que el fin muy especial reservado y oculto que cada parte persigue, se realice o no se realice". (36)

Lo único que podría justificar esa disparidad de criterios, es que Rojina Villegas se refiere a "la escuela clásica francesa" y Alessandri y Somarriva, a la doctrina de la jurisprudencia francesa, a secas.

Sobre la causa ¿cuál criterio adopta el sistema salvadoreño?

El Código Civil sigue la corriente clásica, en opinión del Dr. Miranda. Estamos de acuerdo con él.

En apoyo a su afirmación el Dr. Miranda transcribe un artículo del Código Civil, con las diversas reformas que ha sufrido en su redacción y en la numeración, hasta llegar al actual Art. 1338 C.-

De esas reformas nos interesa la de 1902 en que se agregó la palabra "inmediato", después del vocablo "motivo", porque esa adición fue razonada, conforme a la transcripción hecha por el profesional mencionado, así: "La Comisión ha puesto en la reforma de este artículo las expresiones "motivo inmediato", en lugar de "motivo" simplemente, para distinguir la significación legal de la causa de la obligación en el lenguaje jurídico, a diferencia de la causa del contrato y aun de la misma causa de la obligación en el lenguaje ordinario. Los motivos que inducen a celebrar un contrato, deben estar fuera del alcance de la ley y el único que puede constituir una causa jurídica es solamente el inmediato de la obligación, en el cual la ley exige que no haya nada de ilícito. En un contrato de venta, por ejemplo, la obligación de entregar la cosa vendida, es la causa de la obligación que contrae el comprador de pagar el precio y viceversa; en un contrato unilateral, la obligación que se contrae tiene su causa en las ventajas que se obtienen de la otra parte, o si fuere gratuito, en la satisfacción que procura al que la contrae". (37)

En el razonamiento precedente se advierte que respecto al contrato unilateral y al gratuito, se aparta de la teoría clásica, porque en ésta es desconocida la idea de que "la obligación que se contrae tiene su causa en las ventajas que se obtienen de la otra parte" y en "la satisfacción que procura al que la contrae".

A nuestro criterio, la causa ilícita y la causa falsa, tal como la entiende el Código Civil en los incs. 2o. y 3o. del Art. 1338, coinciden con la teoría clásica.

Requisitos de la Causa

La causa ha de reunir dos condiciones: ser real y lícita. (Inc. 1o., Art. 1338 C.).

Causa Real

La causa es real cuando existe verdadera y efectivamente; y viceversa, no es real la causa cuando "el motivo inmediato que induce a contraer la obligación" no existe, como si se compra la cosa propia (Art. 1619 C.). Aquí faltaría la causa y podría pedirse la restitución del precio, porque la obligación del vendedor de hacer "la entrega o tradición", empleando las palabras del Art. 1627 C., presuponen que el vendedor es el dueño.

También "la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa" (inc. 2o., Art. 1338 C.). En este caso es preciso que el deudor ignore la falta de causa, porque "Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho" (Art. 2050 C.).

En la causa simulada las partes atribuyen a la obligación una causa distinta de la verdadera; v.gr., hacer aparecer como un mutuo o préstamo de consumo una deuda de juego.

La causa falsa no produce ningún efecto; la causa simulada, puede producirlo si la causa verdadera es lícita.

La Revista del Ministerio de Justicia, que se ha mencionado, registra, en relación con la causa real, la siguiente doctrina:

a) "La renuncia que una persona hace expresamente de su derecho de herencia abintestato en una sucesión, no afecta en absoluto el derecho que la misma persona tiene en la referida sucesión como heredera testamentaria, en virtud de testamento aparecido con posterioridad a dicha renuncia, la cual por otra parte es nula por falta de una causa real". (Rev. Judicial, febrero 22/1935, págs. 139 a 140). (38)

b) "Es nula la cesión de un derecho hereditario, por falta de causa real en el contrato, si cuando se celebró éste carecía en absoluto el cedente de tal derecho hereditario". (Rev. Jud., Sep. 5 de 1936, Pág. 406). (39)

c) "Es nulo absolutamente un contrato si le falta causa real y lícita. Aunque la pura liberalidad constituye causa legal de una obligación, es forzoso que ésta sea una donación que reúna los requisitos legales para su existencia jurídica. La pretensión de pagar una obligación extraña con un pagaré otorgado a favor de una persona a quien nada se debe, revela falta de una causa real" (Rev. Jud. mayo-12-1943, pág. 507). (40)

Adviértase que se alude a contrato absolutamente nulo, y a "existencia jurídica", lo cual presupone la "inexistencia jurídica", antes considerada.

Causa lícita

Como el Código Civil entiende "por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público" (inc. 2o., Art. 1338), entonces la causa lícita sería la que no está prohibida por las leyes, ni es contraria a las buenas costumbres ni al orden público.

En la causa ilícita el legislador salvadoreño entra a conocer los motivos psicológicos de las partes, ya que en el ejemplo que da de ella: "la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral" (inc. 3o., Art. 1338 C.), pueden adivinarse esos motivos psicológicos, como si se ofrece una cantidad a un varón para que seduzca a una mujer, con el fin de que ésta no contraiga matrimonio con su novio: sería un hecho inmoral.

El Art. 1339 C., como disposición común, prescribe: "No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a menos que haya buena fe por parte del que hace la donación o pago. Si hubiere mala fe por ambas partes lo donado o pagado se perderá a beneficio de la instrucción pública".

En la antigüedad tampoco se concedía acción de repetición a quien donaba o pagaba algo de mala fe, porque, se decía, pagaba por

causa torpe.

A estas alturas nos preguntamos: ¿Cuál es la causa en los contratos de sociedad?

Langlé y Rubio dice: "La causa, por ser este contrato oneroso, es para cada parte la prestación o promesa de la otra o las otras. La causa mediata (última) es para todos los socios el ánimo de lucro comercial".(41)

Algunos comentaristas consideran la "affectio societatis" como causa del contrato social. Por las mismas razones que adujimos en contra de aquélla al tratar sobre los elementos del contrato de sociedad, objetamos la tesis expresada. No negamos que la "affectio societatis", podría servir para aclarar dudas en los casos de las sociedades irregulares, a falta de otros elementos de juicio.

El comentarista mejicano Rodríguez Rodríguez (42) encuentra inadmisibles tanto la concepción clásica de la causa, como la teoría anticausalista, en relación a los contratos de sociedad. Aduce que la actividad social se dirige hacia el lucro, o sea que persigue la obtención de beneficios, de ello colige que "Esa participación es, en consecuencia, el motivo o fin de la sociedad, en la terminología del Código Civil, o la causa, según las antiguas denominaciones". Confirma aquél su punto de vista así: "De donde se deduce que el motivo o fin del contrato de sociedad no es otro que la participación en los beneficios y en las pérdidas". (En la legislación de México se habla de "el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan", y se prescinde del vocablo "causa").

Nos adherimos a la opinión de Rodríguez Rodríguez, porque pensamos que la causa en los contratos de sociedad debe buscarse en el motivo inmediato que induce a los socios a procurarse una ganancia, mediante el reparto de beneficios. Los socios no se obligan a hacer sus aportes únicamente en razón de que los demás socios contraen una obligación semejante, ni impulsados por la realización en común de una actividad lucrativa, sino porque a través de ésta esperan obtener una ganancia. Consecuencia de ello sería que faltaría la causa de la obligación si a uno o más socios se les excluyera de los beneficios o de las pérdidas. Esa probablemente sea la razón por la cual el inc. 2o. del Art. 1813 C. expresa: "Tampoco hay sociedad sin participación en los beneficios".

III. REQUISITOS O FORMALIDADES DE LOS ACTOS O CONTRATOS

Ya se dijo que la omisión de un requisito o formalidad prescrita por la ley para el valor del mismo acto o contrato, en consideración a su naturaleza, y no a la calidad o estado de las partes que los ejecutan o acuerdan, producen nulidad absoluta. Asimismo vimos a cuáles solemnidades se refería la ley, cuando estudiamos la inexistencia jurídica.

Por las razones dichas, omitimos comentar la falta de esos requisitos o formalidades como causal de nulidad absoluta.

IV. CAPACIDAD

La última causal de nulidad es la incapacidad absoluta de las personas que intervienen en los actos o contratos.

"La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra" (Art. 1316 C., último inciso).

Hay dos especies de capacidad; la capacidad adquisitiva o de goce y la capacidad de ejercicio.

El Código Civil da el concepto de la capacidad de ejercicio en el inciso transcrito.

La capacidad adquisitiva o de goce es inherente a todas las personas. Puede haber limitaciones en cuanto a la aptitud de poder adquirir o ser titular de un derecho; pero nunca una limitación absoluta, pues ello significaría la pérdida de la personalidad.

A las personas naturales la ley les veda la capacidad de ejercicio en atención a diversos motivos: su minoridad, demencia u otras circunstancias, y las coloca bajo la protección de un representante legal. Las personas jurídicas, por su misma condición, necesariamente actúan por medio de representantes.

La regla general es la capacidad; la incapacidad, es la excepción conforme a los términos de la ley: "Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces" (Art. 1317 C.).

Las incapacidades se han clasificado en: a) absolutas o naturales: Art. 1318 C., inc. 1o.; b) relativas o legales: Art. 1318 C., inc. 3o.; y, c) particulares: Art. 1318 C., inc. 4o.).

La incapacidad, por lo tanto, únicamente se presenta en las condiciones específicamente determinadas por la ley; en vista de ello, debemos saber cuáles son aquéllas, con el fin de aplicarlas al contrato de sociedad.

El Art. 1318 C. prescribe: "Son absolutamente incapaces los dementes, los ~~impúberes~~ y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos...-- Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y las personas jurídicas; pero la incapacidad de los primeros no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en los casos determinados por la ley. En cuanto a las segundas, se consideran absolutamente incapaces en el sentido de que sus actos no tendrán valor alguno si fueren ejecutados en contravención a las reglas adoptadas para el gobierno de las mismas.-- Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

El término "dementes" ha de entenderse en su acepción amplia, o sea como loco o falto de juicio, siendo indiferente que esté o no

en interdicción, porque la ley no distingue. Si el loco no ha sido declarado interdicto, puede probarse que el acto o contrato ejecutado lo celebró en un intervalo lúcido; de no ser así, no se admite la prueba en contrario. (Art. 465 C.). "Impúberes" son los varones que no han cumplido 14 años y las mujeres que no han cumplido 12 (Art. 26 C.).

Si aplicamos las incapacidades absolutas al contrato de sociedad, tendríamos que si al celebrarse el contrato de compañía comparecen uno o más socios menores de edad, o dementes, o sordomudos que no puedan darse a entender por escrito, y no intervienen sus representantes legales, habría nulidad absoluta. Debe aclararse que en cuanto a sociedades no siempre la nulidad absoluta se extiende a todo el contrato, sino sólo a la declaración de voluntad viciada. Esto lo veremos mejor en el próximo apartado, cuando se analicen las sociedades irregulares.

La incapacidad sobreviniente es causal de expiración de la sociedad. (Art. 1864 C.).

Los privilegios que el Código de Comercio concede a ciertos menores, en los Arts. 6o. y 7o., no se aplican cuando se trata de la constitución de sociedades. Tampoco las prohibiciones contenidas en el Art. 9o. del mismo Código.

NULIDAD RELATIVA

La nulidad relativa no tiene ante la ley la misma gravedad que la nulidad absoluta; pero una vez declarada, produce iguales efectos que ésta. Con las sociedades, lo hemos venido repitiendo, las consecuencias jurídicas de la nulidad no son idénticas a las de los demás contratos.

La nulidad relativa o rescisión puede decirse que es la producida por la falta de algún requisito exigido por la ley para el valor de un acto o contrato, no en consideración a la naturaleza de los mismos, sino a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o celebran.

Al acto relativamente nulo también se le llama acto anulable. De éste dice García Oviedo: "En el acto anulable o acto inválido, grado inferior de la nulidad, un elemento esencial de fondo o de forma aparece viciado, pero con vicio no fundamental. Tiene vida, produce en principio, efecto jurídico, salvo que por quien proceda pueda ser anulado. El acto anulable produce toda clase de efectos jurídicos mientras no sea anulado por autoridad competente".(43)

Causas de Nulidad relativa

Se mencionan las siguientes:

- 1a.) Vicios del consentimiento: a) Error; b) Fuerza; c) Dolo.
- 2a.) Actos de los relativamente incapaces.

3a.) Incumplimiento de formalidades habilitantes.

En el mismo orden estudiaremos las causales anteriores.

El consentimiento es el concurso de voluntades de las partes que intervienen en el contrato: éste no existe jurídicamente sin consentimiento. La ley exige en algunos contratos algunas solemnidades (contrato solemne), o la entrega de una cosa (contrato real); pero el consentimiento no puede faltar en ninguno de ellos.

Si el consentimiento es viciado, el contrato es anulable. A continuación se verá en qué consisten esos vicios.

a) El Error

El error es de dos especies: de hecho y de derecho. El de hecho vicia el consentimiento; el de derecho, no.

Los incisos 3o. y 4o. del Art. 750 C., por su orden dicen: "Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe".-- "Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario". La razón es que nadie puede alegar ignorancia de la ley después de haber entrado en vigencia. (Art. 8o. C.).

Algunos autores basados, en los Arts. 2048 C. y 2050 C., arguyen que las reglas copiadas, únicamente se aplican a la posesión.

El error consiste en la disconformidad de nuestras ideas con la realidad de las cosas; o sea, tener un concepto inexacto de la ley, de una persona o de una cosa: se conceptúa como verdadero a lo falso, o viceversa. (44) "El error no es lo mismo que la ignorancia, la cual consiste en no saber una cosa. Sin embargo, algunas veces se confunde estos conceptos, pues la ignorancia de una cosa o de un hecho puede dar lugar a suponer la existencia de otra cosa e inducir a error". (Barros Errázuriz).

En los contratos no todo error vicia el consentimiento: las relaciones jurídicas no serían estables si se permitiera la anulación de los contratos, a pretexto de supuestos errores.

El error de hecho se clasifica en tres categorías: 1a.) Error esencial, error obstativo o error obstáculo; 2a.) Error substancial o determinante; y, 3a.) Error accidental, llamado también error indiferente.

Al error obstáculo o esencial, se refiere el Art. 1324 C. Dice así: "El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra".

En el error obstáculo coinciden los tratadistas en que en

realidad hay ausencia de consentimiento, y por lo tanto inexistencia para unos, y nulidad absoluta para otros. El Art. 1324 C. considera ese error como un vicio del consentimiento.

Habría un error de esa especie si un empresario de buses aporta, con la intención de constituir una sociedad colectiva, una cantidad de vehículos, y el otro contratante pensase que se le entregaban en arrendamiento con promesa de venta. Esta hipótesis podría presentarse entre personas sumamente negligentes o individuos rústicos.

Los tratadistas se han enfrascado en largas discusiones sobre si esa clase de error produce nulidad absoluta o relativa. Como vicio del consentimiento tendría este último carácter; la mayoría, no obstante, se pronuncia por la nulidad absoluta, sin contar con quienes colocan ese error como un caso de inexistencia.

El inc. 1o. del Art. 345 del Código de Comercio en proyecto, estatuye: "La falta de consentimiento de la mayoría de los socios produce nulidad de la sociedad". El tercer inciso de ese mismo artículo, a fin de no incurrir en repeticiones, regula la falta de consentimiento de un socio o de la minoría de ellos, remitiéndose al Art. 26 del proyecto. Este artículo, en el inc. 2o., dice: "La ineficacia de la declaración de voluntad de un socio se considera como causa de separación a favor del mismo... sin perjuicio de que tal separación pueda originar la disolución de la sociedad."

El error substancial se presenta en tres casos: 1o.- Cuando recae sobre "la substancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato", "como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante" (Art. 1325 C., inc. 1o.); 2o.- Cuando el error recae sobre la calidad de una cosa y "esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte" (Art. 1325 C., inc. 2o.); y, 3o.- Si el error incide en la personas, cuando "la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato" (Art. 1326 C.).

En el contrato de sociedad colectiva el error en la persona sería substancial. Podría ocurrir, v.gr., si una persona actúa por medio de representante, y éste contrata con un individuo cuyo nombre es idéntico al de quien el representado quería tener como socio.

Arturo Davis propone el caso de una sociedad en que "un socio capitalista formare una empresa con un técnico en televisión llamado Juan Pérez González, y su socio resultare tener el mismo nombre paterno y materno, pero no fuere tal técnico en televisión".(45)

El error accidental no vicia el consentimiento. Esta especie de error no lo define la ley, sino que lo deduce por exclusión, ya que en el segundo inciso del Art. 1325 C., en su primera parte dice: "El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento..."

b) Fuerza

La fuerza, dice Alessandri, "Puede definirse diciendo que es la presión que se ejerce sobre una persona por actos materiales o amenazas para inducirla a consentir".(46)

A la fuerza se refieren los Arts. 1327 y 1328 del Código Civil. Esos artículos, por su orden, dicen: "La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su con^usorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.-- El temor reverencial, esto es, el solo temor de de^ssagr^adar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no ^{bas}ta para viciar el consentimiento".-- "Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficia^do por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento".

De la letra de la ley se concluye que los requisitos de la fuerza para viciar el consentimiento son: a) Que sea grave; b) Que sea injusta; y, c) Que sea determinante.

En el contrato de sociedad difícilmente podría presentarse la fuerza como vicio del consentimiento.

c) Dolo

El dolo puede definirse como la intención de engañar o de mantener a otra u otras personas en el error con el propósito de in^uducirla a consentir. El dolo ha de ser anterior o coetáneo al con^utrato, pues solamente en esos momentos podría tener influencia en el ánimo de los contratantes.

El dolo se clasifica en principal o determinante y en accidental o incidental. El primero vicia el consentimiento, y a él se refiere el primer inciso del Art. 1329 C.; es decir, "cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado"; el segundo, no vicia el consentimiento, y según el inc. 2o. del citado artículo, "da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo".

El error y el dolo tienen puntos de contacto, porque en uno y otro la persona consiente, basada en un concepto equivocado de la realidad; difieren en que el segundo, el vicio lo motivan las manio^ubras fraudulentas de una de las partes o de un tercero.

Debido a la malicia de los individuos, ningún contrato esca

pa a las maquinaciones dolosas de aquéllos, incluso en los contratos de sociedad.

Los casos pueden ser frecuentes en las sociedades anónimas, en especial las constituidas mediante suscripción pública. Por eso las legislaciones donde funcionan estas últimas, se han adoptado medidas rigurosas para proteger a los inversionistas de las maniobras de sus organizadores, tales como: ofrecer jugosos dividendos en negocios improductivos o imaginarios, etc. En las anónimas de constitución simultánea, en las colectivas y en las comanditarias, también puede haber dolo, por ejemplo si uno de los socios aporta un bien que no le pertenece, o cosas muebles con vicios ocultos conocidos únicamente por él.

Finalmente, el Art. 1330 C. da la regla siguiente: "El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse".

2o.) Relativamente Incapaces

El inc. 3o. del Art. 1318 C. se refiere a la incapacidad relativa.

La incapacidad relativa o legal, también llamada incapacidad civil, dimana de la ley, en atención a la edad, al estado civil, a la manera de administrar los bienes, etc. Esta incapacidad produce la nulidad del acto o contrato, cuando en éstos no interviene el representante legal.

Son relativamente incapaces los púberes no emancipados y los sometidos a tutoría y, en general, los menores adultos no habilitados de edad.

Los actos de los relativamente incapaces pueden novarse, ratificarse, admiten caución y en ciertos casos producen obligaciones naturales.

3o.) Formalidades Habilitantes

La última causal de nulidad relativa es el incumplimiento de las formalidades habilitantes; esto es, dejar de cumplir, en la celebración de un contrato, con los requisitos o formalidades prescritas por la ley, en consideración al estado o calidad de las personas. Es una incapacidad particular o especial. A ellas alude el último inciso del Art. 1318 C., y aunque aquí se usa la palabra "prohibición", no se trata de un acto prohibido en sí mismo por la ley, pues de ser así produciría la nulidad absoluta. "El acto en sí no tiene nada de ilícito; la ley no lo prohíbe, sino que declara que no puede ser ejecutado por ciertas personas; así el habilitado de edad es capaz de ejecutar los actos de que son capaces los mayores, pero no puede enajenar o hipotecar sus bienes raíces, y de aprobar las cuentas de su tutor o curador sin autorización judicial y con conoci-

miento de causa". (Dr. Adolfo Oscar Miranda).(47)

Decíamos que la nulidad de las sociedades podía contemplarse desde dos puntos de vista: la nulidad del contrato, a la cual le hemos dedicado las páginas precedentes, y la nulidad de la sociedad por dedicarse a actividades no permitidas por la ley, o por infracciones a su normal funcionamiento.

La legislación vigente no contempla explícitamente esos casos, pero creemos que, sin perjuicio de la pena que les correspondiera a sus ejecutores, la sociedad podría declararse nula si se constituye para ejercer una actividad lícita, y bajo ésta ejecuta actos ilícitos, o se dedica a ellos esporádicamente, como si se creara para explotar el comercio en general, y con este pretexto elabora, introduce, comercia, etc. con drogas, sustancias, etc. que estuvieran prohibidas o sujetas a requisitos previos y éstos no se cumplieren. (Art. 269 Pn.).

El Art. 349, inc. lo. del Código de Comercio en proyecto, expresa: "La sociedad que estando legalmente organizada ejecute actos ilícitos será declarada disuelta y se liquidará inmediatamente". No dice que la sociedad sea nula; sin embargo, creemos que lo sería por estar en el Capítulo referente a "Sociedades Nulas e Irregulares".

El Art. 350 de ese proyecto estatuye: "Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable a la sociedad que, sin la debida autorización, se dedique o realice actividades que la requieran, tales como operaciones bancarias, de almacenes generales de depósito, de ahorro y otras similares". En nuestra opinión en este artículo se contempla un caso de formalidad habilitante, y sería como tal una nulidad relativa y, por consiguiente, subsanable si posteriormente se obtiene la autorización correspondiente.

Las irregularidades sobrevenidas las estimamos también como causas de nulidad de la sociedad como persona jurídica, tales serían, por ejemplo, las relativas a la disminución del número de miembros exigidos para cada tipo de compañía, cuando no se normalice dentro de determinado tiempo.

La doctrina discute la situación de la compañía reducida a un socio. Respecto a ello, transcribimos el inc. lo. del Art. 357 Com., en proyecto: "La sociedad reducida a un solo socio, dejará de existir como tal, si transcurrieren tres meses sin que se haya tras pasado alguna participación social a otra persona; pero la empresa mercantil subsistirá como empresa individual perteneciente al único socio". (La empresa individual es desconocida en la legislación actual).

En nuestra opinión, la sociedad reducida a un solo socio sería nula porque la compañía presupone dos o más personas, según la definición legal. También sería impropio hablar de reparto de beneficio y pérdidas, pues repartir significa distribuir entre varios una cosa, dividiéndola en partes. Igual idea sugieren los términos

"división" y "distribución" de beneficios o de utilidades empleados por la ley. Tampoco tendría sentido el inc. 2o. del Art. 1811 C., y que si la sociedad constituye una persona colectiva distinta de los socios individualmente considerados, ello nos indica que las distintas individualidades desaparecen y surge una nueva distinta; en cambio la persona física del socio único vendría a confundirse con la personalidad social.

Como punto final de la nulidad de las sociedades, es conveniente señalar que "La nulidad del contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiera de hecho" (Art. 1816 C.), y que "La sentencia que declare la nulidad de un contrato social", cuando es una compañía mercantil, se inscribe en el Registro de Comercio. (Art. 12 Com., Ord. 7o.).

BIBLIOGRAFIA

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):

(1) Pág. 147

ARTURO ALESSANDRI R. y MANUEL SOMARRIVA U., ob. cit. (Tomo IV):

(2) Pág. 81 -- (8) Pág. 313 -- (15) Pág. 236 -- (18) Pág. 242 --
 (25) Pág. 246 -- (26) Pág. 247 -- (31) Pág. 250 -- (33) Pág. 254
 (34) Pág. 254 -- (46) Pág. 135.

LUIS CLARO SOLAR, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, (Tomo Duodécimo), "De las obligaciones III", Santiago -Chile- 1939:

(3) Pág. 581 -- (4) Pág. 582 -- (6) Pág. 583 -- (7) Pág. 583 --
 (9) Págs. 588 y 589 -- (10) Pág. 584 -- (11) Pág. 600.

CARLOS GARCIA OVIEDO, Derecho Administrativo (Sexta Edición), E.I.S.A. Pizarro, Madrid, 1957:

(5) Pág. 251 -- (43) Pág. 251.

REVISTA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, Año II -- No. 4, Enero-Diciembre de 1953, San Salvador:

(12) Pág. 532 -- (13) Pág. 511 -- (38) Pág. 424 -- (39) Pág. 447
 (40) Pág. 531.

ADOLFO OSCAR MIRANDA, Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho, San Salvador, 1962:

(14) Pág. 81 -- (16) Pág. 82 -- (32) Pág. 123 -- (37) Pág. 112 --
 (47) Pág. 51.

ALFREDO BARROS ERRAZURIZ, ob. cit. (Volumen III):

(17) Pág. 54 -- (44) Pág. 22.

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit.:

(19) Págs. 401 y 402 -- (41) Pág. 402

ERNESTO GUELPERIN Y NENSON LODI, ob. cit.:

(20) Págs. 41 y 42.

RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano (Tomo Sexto, Contratos, Volumen II), 1956:

(21) Pág. 339 -- (22) Pág. 340.

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Tratado Sociedades Mercantiles cit. (Tomo I):

(23) Pág. 31 -- (24) Págs. 31 y 32 -- (35) Págs. 45 y 46 -- (42) Págs. 46 y 47.

RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Derecho Civil Mexicano (Tomo Quinto-Obligaciones-Volumen I), Segunda Edición, Antigua Librería Robredo, México 1, D.F., 1960.

(27) Pág. 384 -- (28) Pág. 387 -- (29) Pág. 394 -- (30) Pág. 395
 (36) Pág. 386.

ARTURO DAVIS, ob. cit.:

(45) Pág. 69.

B) SOCIEDADES IRREGULARES

Analizadas las sociedades nulas, y junto a éstas las inexistentes, se llega a las compañías irregulares, cuyo estudio no se puede soslayar porque tanto aquéllas como éstas, derivan su origen del incumplimiento o inobservancia de los requisitos legales, y tienen de común denominador, además de otras notas, el de ser causas de disolución de las sociedades.

La dificultad de reunir coherentemente el cúmulo de doctrinas heterogéneas vertidas en relación a la figura jurídica en estudio, nos inducen a remitirnos al derecho positivo y al proyecto de Código de Comercio; pero antes es necesario determinar los alcances de la terminología empleada por la doctrina y las legislaciones, en vista de que en ninguna hay precisión ni uniformidad en las apreciaciones ni en la denominación. Debido a ello, es frecuente encontrar cuando se trata esta materia los tipos de sociedades siguientes: a) Inexistentes; b) Nulas; c) Imperfectas; d) Irregulares; y, f) De hecho. De estas últimas su concepto es ineludible precisamente por ser el tipo reconocido expresamente por el legislador, por esa razón con ellas comenzaremos.

También interesa destacar: a) si las sociedades imperfectas, irregulares y de hecho, son jurídicamente distintas en su estructura o si son la misma cosa; y, b) si todas ellas no son más que la multitud expresada en términos diferentes, o si difieren sustancialmente.

SOCIEDADES DE HECHO

En los textos consultados se advierte una rara unanimidad en cuanto a que la expresión "sociedad de hecho" deriva de la doctrina francesa. Esta estima como tal aquéllas que no han cumplido con los requisitos legales de cualquier clase, sean de fondo o de forma, las cuales a causa de ese incumplimiento, son nulas.

Rodríguez Rodríguez habla de sociedad de hecho en sentido amplio y de sociedad de hecho en sentido estricto. La primera es "la que se exterioriza o funciona como tal aunque el contrato sea nulo o inexistente"; y la segunda, a la que también llama sociedad irregular de hecho, es "la que descansa en una situación según la voluntad expresa o tácita de los socios, pero sin que conste su existencia por escrito".(1)

Arturo Davis (2) esboza la teoría de las sociedades de hecho en la legislación chilena, y señala que con ese objeto es necesario dividir las en: a) Sociedades nulas; b) Sociedades imperfectas; y c) Sociedades de hecho propiamente tales. El autor explica, cuando se refiere a las sociedades imperfectas que a éstas los tratadistas italianos las califican como irregulares. A pesar de esa advertencia,

en otras páginas Davis emplea la frase sociedades irregulares para significar indistintamente a sociedades nulas, imperfectas y de hecho propiamente dichas, correspondientes a la división citada.

El precitado autor conceptúa como sociedades nulas a las celebradas con prescindencia de los requisitos esenciales a todo contrato: consentimiento, objeto, etc., o en las cuales se ha omitido algún elemento fundamental del contrato de sociedad: aportes, participación en los beneficios, etc. En las sociedades imperfectas, dice, ha habido intención de los socios de formar una sociedad y se ha otorgado el respectivo contrato; "pero voluntaria o involuntariamente se han omitido una o más de las formalidades externas exigidas por la ley para el perfeccionamiento de dicho contrato" (3). Finalmente, las sociedades de hecho propiamente dichas serían, siguiendo a Davis, las constituidas de "facto", sin convención escrita, por lo general, y que se han formado mediante la colaboración de dos o más personas dedicadas a una misma actividad, cuya finalidad tácita común es la consecución de un lucro. Hay un consentimiento tácito en la explotación manifestado a través de una serie de operaciones coordinadas a ese fin, aunque inicialmente esa conciencia societaria se haya ido creando lentamente, al correr de los años.

La concepción española difiere de la francesa, según Langlé y Rubio, pues mientras en ésta las sociedades de hecho son nulas, cualquiera que sea su vicio o defecto; en aquéllas los vicios o la ausencia de las condiciones de fondo de la sociedad la sitúan en el campo de la nulidad; en cambio la omisión de los requisitos y formalidades constitutivas las convierten en sociedades irregulares. Más adelante agrega: "Sociedad de hecho es, pues, una sociedad que, adolciendo de un vicio de nulidad, ha funcionado a pesar de él durante un período de tiempo y reclama una especial disciplina. Esta sociedad no es nula más que para el porvenir. No ha alcanzado el grado de perfección suficiente para permitirle que continúe su existencia; más como ha vivido, deben mantenerse su pasado. En suma como no es una sociedad de derecho, lo es de hecho" (4). Para Langlé y Rubio los términos sociedad de hecho y sociedad irregular no son frases sinónimas; la primera es el género, la segunda una de sus especies.

En consecuencia, quienes se apartan de la doctrina francesa y de las leyes que siguen esa corriente, caracterizan a las sociedades de hecho como aquéllas que se han formado entre dos o más personas sin pacto expreso, pero con la intención de explotar en común una cosa o un negocio, merced a una colaboración manifestada mediante una serie de hechos o circunstancias, sólo explicables por la existencia de una sociedad.

Esa concepción de la sociedad de hecho difiere de la expuesta por quienes no distinguen ésta de la sociedad irregular, y de la que informa a nuestro Derecho positivo. Tomando en consideración esto último, el Dr. Lara Velado dice que el Derecho Mercantil al crear la teoría de la sociedad de hecho, ha venido a excluir, "en cuanto

a sus efectos, la inexistencia de las sociedades".

La locución "sociedad de hecho" ha sido adversada, entre otros motivos, por los siguientes: a) Es poco significativa; es preferible emplear la frase sociedad irregular, "porque hace comprender que la ley las reconoce como tales, y las somete a una disciplina a decuada" (Brunetti); b) "sociedad de hecho es una frase de que se debe prescindir porque parece significar que constituye un error" (Vivante); c) otros escritores, especialmente italianos, a pesar de repudiar la expresión "sociedad de hecho", reconocen que es bastante gráfica, por eso Soprano, según cita de Rodríguez Rodríguez, dice: "La tan censurada denominación de sociedad de hecho, es también de aquellas denominaciones que aunque científicamente son imprecisas, expresan eficazmente la concepción de la conciencia vulgar".(5)

SOCIEDADES IMPERFECTAS

Estas sociedades las incluye Davis entre las sociedades de hecho, según se expuso anteriormente.

SOCIEDADES IRREGULARES

Existe cierta confusión en lo tocante a las sociedades irregulares, por cuanto algunos las consideran como locución sinónima de sociedades de hecho; otros, encuentran diferencia de grado entre unas y otras, o bien prescinden totalmente de una y adoptan la otra. Así Guelperín y Lodi (6), manifiestan que las sociedades irregulares constituidas también se les llama de hecho, y citan a Malagarriga, para quien sociedad irregular es aquélla en que existe contrato, es tipulaciones precisas y un tipo definido de sociedad, pero en donde se han omitido formalidades esenciales, en cambio en las sociedades de hecho únicamente se presentan desde un principio sólo las características de una empresa en común. En vista de que Malagarriga termina por negar importancia práctica a esa distinción ante el texto de la ley, los autores mencionados concluyen diciendo que por esa razón se valdrán indistintamente de las expresiones sociedades de hecho y sociedades irregulares.

Una opinión diversa sostiene Rodríguez Rodríguez, pues llama "sociedad irregular a la que no se ha inscrito en el Registro Público de Comercio, ya conste su existencia o no conste en escritura pública o privada" (7). Por lo tanto, la irregularidad la hace consistir en no habersele dado cumplimiento a un requisito formal exigido por la ley: la inscripción en el Registro Mercantil; por ello dice que, en ese sentido, las sociedades irregulares son en realidad sociedades informales. Es lógico concluir que si no hay escritura pública tampoco habrá inscripción; por consiguiente, una sociedad constituida por instrumento privado también será irregular. Igual tesis sustentan Langlé y Rubio y Joaquín Garrigues. Del primero son las siguientes palabras: "En cambio, cuando los españoles hablamos de so-

ciudad irregular, nos referimos a la que omite las formalidades constitutivas (escritura pública y registro)" (8); el segundo, refiriéndose a las sociedades irregulares, dice que son "las sociedades que no se constituyen por escritura pública o no fueron después inscritas en el Registro Mercantil".(9)

Siguiendo los lineamientos del Código de Comercio en proyecto, el Dr. Lara Velado manifiesta: "Son sociedades irregulares aquellas cuyo contrato es válido, pero cuyo funcionamiento, contrario a las normas legales, las convierte en un peligro para el público contratante. En virtud de la protección que el Estado debe al público, cuando se produce esta situación, la sociedad queda sujeta a una regulación especial que comprende la liquidación forzosa de la misma". (10)

Si se analizan las opiniones que anteceden nos hallaríamos ante estas tres posiciones: a) Usar indistintamente los términos sociedades de hecho y sociedades irregulares; b) Si no se cumple con cualquiera de los requisitos legales de forma: escritura pública e inscripción en el Registro de Comercio, la sociedad es irregular; pero si no hay pacto expreso y sí la intención de explotar en común una actividad y el de repartirse las utilidades resultantes, la sociedad es de hecho; y c) Las sociedades constituidas válidamente, pero que en su funcionamiento cometen infracciones legales que constituyen un peligro para el público contratante, ello las convierte en sociedades irregulares.

En presencia de criterios tan disímiles se podría proponer una fórmula transaccional, en el sentido de entender como sociedades de hecho las no constituidas por escritura pública, o que teniendo dola funcionan sin haberse inscrito, ya sea por no haberse presentado al Registro de Comercio, o por haber denegado éste el asiento respectivo. O dicho con palabras de la ley "La omisión de la escritura social y la de cualquiera de las solemnidades prescritas, produce nulidad respecto de los socios" (inc. lo., Art. 171 Com.). Mientras que las sociedades irregulares serían las que habiendo obtenido personalidad jurídica, la pierden por infringir, en su funcionamiento, algún precepto legal específico con el cual se trata de precaver fraudes, etc., o cuando con posterioridad se declara la nulidad por un vicio o defecto descubierto después de la inscripción.

Esa diferenciación, justo es reconocerlo, no descansa en una base científica y si se ha propuesto es por razones meramente prácticas, con el objeto de que las obligaciones a favor o a cargo de las sociedades irregulares, nacidas a consecuencia de operaciones realizadas por ellas, dentro de los linderos de lo lícito y antes de que la irregularidad se haya puesto de manifiesto mediante la declaratoria de nulidad, puedan ser exigidas judicialmente en el período de liquidación, originada por dicha declaratoria. Esto último no tendría nada de anómalo, porque las sociedades disueltas y que están en período de liquidación, están, -permítasenos la expresión- en los estertores que acompañan normalmente a la agonía, y en ese período de vida tienen representación activa y pasiva, no por los órganos normales sino por los liquidadores: Art. 224 y 288, ord. lo., ambos del Código de Comercio. Inversamente, las sociedades de hecho, al carecer de personalidad jurídica, no pueden ser demandantes ni deman-

dadas. Conforme a los Arts. 346 y 348 del proyecto de Código de Comercio sí podrían ser demandadas, porque a las sociedades nulas e inexistentes se les confiere personalidad jurídica "únicamente en cuanto les perjudique, pero no en lo que pudiere beneficiarles".

Ha de convenirse en que esas figuras jurídicas vienen a modificar las consecuencias normales de la inexistencia y de la nulidad de los contratos en general, en obsequio de los terceros contratantes que ninguna culpa tienen de haberse relacionado con una sociedad ineficaz. Evidentemente la nulidad no podía producir los mismos efectos en los contratos de tracto sucesivo, ni en los de organización como le llaman algunos autores al contrato de sociedad, porque muchos efectos no pueden ser borrados de la realidad. Por eso, "La ley ha reglamentado las sociedades nulas, o sociedades irregulares, como le denominan los autores italianos", dice Davis, quien utilizando palabras de Vivante, continúa, "porque habría resultado impotente para destruir la tupida red de negocios que se desenvuelven cotidianamente por obra de las mismas... El legislador las ha tomado en consideración para regularlas y lo ha efectuado con tal disciplina y tales sanciones que ha hecho comprender a sus socios administradores la conveniencia de ponerse en regla con la ley".(11)

La modificación de esas consecuencias la explica Langlé y Rubio, sintetizando el pensamiento de Hémard, diciendo que los efectos normales de la declaración de nulidad: retroactividad, etc., traería consigo injusticias si se aplicaran sin ninguna reserva a las sociedades, por eso "La severidad de este rigor lógico, y de esta retroacción, se modera mediante la doctrina que no representa sino el modo de dar solución práctica y equitativa a un episodio comprometido".(12)

Naturaleza jurídica de las sociedades irregulares

En las siguientes líneas se estudiará la naturaleza jurídica de las sociedades irregulares, pero sólo de aquéllas cuya estructuración doctrinal, coincide con las sociedades de hecho reguladas por la legislación mercantil salvadoreña; o sea la omisión de la escritura pública o de la inscripción en el Registro correspondiente.

Se descarta el caso del contrato social consignado en documento privado, y cuando la compañía aún no ha iniciado sus operaciones, debido a que el Art. 168 Com. en vez de hablar de nulidad, sanciona con un efecto especialísimo a los socios: el de obligarlos a otorgar la escritura pública antes que la sociedad dé principio a sus operaciones.

En este punto es preciso referirse sucintamente, a las acaloradas polémicas suscitadas respecto a si la sociedad irregular tiene o no personalidad jurídica. Abundantes razones se han externado en uno y otro sentido.

Algunos autores franceses niegan a esas sociedades la perso-

nalidad jurídica, porque si ésta es una consecuencia de la observancia de las solemnidades establecidas por la ley, al omitirse esas solemnidades faltaría tal personalidad. Otros, en cambio, estiman que los vicios de las sociedades irregulares no les afectan, mientras no sean invocados. Davis, con sus palabras, desarrolla la opinión de Hémard, así: "Las sociedades irregulares valen como contratos porque éstos tienen un alcance que no se limita únicamente a los socios, sino que alcanza también a los terceros y que las hace adquirir autonomía patrimonial o personalidad moral. Las sociedades irregulares valen a la vez como contratos y como personas morales" (13). Davis se solidariza con Olavarría, quien dice: "Creemos que no hay razón para privar a las sociedades de hecho de una de las tantas manifestaciones derivadas del contrato de sociedad, como es su personalidad jurídica. La mantención de esta ficción es útil para los terceros a quienes ciertamente la ley no ha querido sancionar por hechos en que no les cabe responsabilidad alguna".(14)

Diversamente Garrigues (15) sostiene que las sociedades irregulares carecen de personalidad jurídica; de modo que los contratos celebrados con terceros no serán válidos ni eficaces; sin embargo, siendo eso inícuo porque se dejaría desamparado al tercero que contrató con alguien a quien creyó gestor de una sociedad legalmente constituida, la ley le concede a ese tercero acción contra los encargados de la gestión social que indebidamente contrataron a nombre de una sociedad irregular, y no contra la sociedad que jurídicamente no existe.

Estamos de acuerdo con Garrigues, pues como lo hemos venido sosteniendo, en nuestro país las sociedades de hecho están privadas de personalidad jurídica; excepcionalmente en el Art. 16 Com. se establece: "las sucursales o agencias de compañías anónimas extranjeras, no tendrán personalidad jurídica en El Salvador, para comparecer en juicio como demandantes, mientras no se verifique la inscripción", con lo que se da a entender de que como demandadas sí se les reconoce esa personalidad. Esto, desde luego, es inaplicable a las sociedades mercantiles salvadoreñas.

Otra cuestión que ha motivado amplias discusiones en lo referente a la validez entre las partes del pacto social de la compañía irregular, es decir entre los socios.

La mayoría de los expositores consideran que el contrato social vale entre los socios, de manera semejante al contrato de las sociedades regularmente constituidas. Esa opinión predominante obedece a que muchas legislaciones expresamente le dan valor al contrato entre los socios. En nuestro país, de plano se descarta ese criterio, ya que la omisión de las formalidades tantas veces mencionadas "produce nulidad respecto de los socios" (inc. lo., Art. 171 Com.), y las escrituras sociales no inscritas no producen efecto alguno entre los mismos. (Art. 15 Com.).

De todo lo que se ha venido diciendo, podemos concluir que

las sociedades irregulares, de hecho, o como quiera llamárseles, son sociedades nulas, de nulidad absoluta o relativa, o inexistentes, según los casos, con algunas variantes especiales en atención a la peculiar naturaleza del contrato de sociedad y de la compañía como persona jurídica, cuyos cauces naturalmente no pueden ser los mismos que los de la nulidad y de la inexistencia jurídica referidas a los demás contratos; es, pues, una nulidad o una inexistencia sui generis.

Las razones mencionadas parece confirmarlas, el capítulo del proyecto de Código de Comercio cuyo epígrafe es "Las Sociedades Nulas e Irregulares".

BIBLIOGRAFIA

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc. cit. (Tomo I):
(1) Pág. 132 -- (5) Pág. 132 -- (7) Pág. 132

ARTURO DAVIS, ob. cit.:
(2) Pág. 214 -- (3) Pág. 215 -- (11) Pág. 203 -- (13) Pág. 217 --
(14) Págs. 218 y 219.

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit.:
(4) Pág. 423 -- (8) Pág. 422 -- (12) Pág. 423.

ERNESTO GUELPERIN Y NENSON LODI, ob. cit.:
(6) Págs. 497 y 498.

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.:
(9) Pág. 280 -- (15) Pág. 281.

ROBERTO LARA VELADO, Trab. cit.:
(10) Pág. 111

C) SANCIONES

Las normas jurídicas serían ineficaces si su incumplimiento no fuera, por lo general, sancionado. Las sanciones pueden tener naturaleza civil, penal, administrativa, etc., dependiendo de la materia en que procedan. Hay algunas de carácter general, como la nulidad y la multa.

La sanción la define García Máñez "como la consecuencia que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.- Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrase condicionada por la realización de un supuesto" (1). En las sociedades, la realización de ese supuesto sería la omisión de las solemnidades prescritas por la ley: escritura pública e inscripción, en el campo puramente privado; y en el penal, la existencia de un objeto o de una causa ilícitos, etc.

De la variedad de sanciones resultantes de la infracción de las distintas normas jurídicas, únicamente nos concretaremos a las que tienen relación con las sociedades nulas y con las de hecho.

Entre esas sanciones se pueden mencionar:

I) Es nulo el pacto social entre los socios de la compañía colectiva, si se omite la escritura pública o la inscripción en el Registro Mercantil, o si se prescinde de cualquier otra solemnidad.

A los socios de la comanditaria también se les aplica la misma regla. (Art. 307 Com.). En efecto, la sociedad en comandita, simple o por acciones, se constituye siempre con dos clases de socios: comanditados y comanditarios, y siendo nulo para los primeros el contrato por ser propiamente socios colectivos, forzosamente lo será para los segundos, ya que la esencia de esa compañía reside precisamente en esa especial forma de integrarse, de donde si falta una clase de socios, la compañía queda destruida como contrato.

La anónima, mientras no se inscribe en el Registro de Comercio, no tiene existencia legal aun teniendo escritura pública. (Art. 236 Com.). La legislación mercantil no califica a esa Sociedad de nula ni de hecho; pero al negarle expresamente existencia legal, prácticamente la considera inexistente, y, como tal, está colocada en una posición más precaria que la sociedad colectiva y la comanditaria. Existe otra razón para suponer la nulidad del contrato entre los socios de la anónima: la ley reconoce existencia de hecho a la colectiva que no ha llenado las exigencias legales, y aunque no valga como contrato entre sus miembros, produce algunas consecuencias con relación a los mismos; mientras en la sociedad anónima en esas mismas condiciones, el Código de Comercio sencillamente le niega toda existencia.

Consecuentes con lo que antecede, la sociedad mercantil no vale como contrato entre los socios; no obstante, de éste derivan algunos efectos: el de proceder a la liquidación de las operaciones

realizadas en algunos casos, y el de alegar la nulidad del contrato en otros, etc.

II) Si se omite en la constitución de una colectiva mercantil cualquiera de las solemnidades prescritas en el Art. 167 Com., además de la nulidad citada en el apartado anterior, hace responder a los socios "solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho" (inc. 2o., Art. 171 Com.). Por lo tanto, si un individuo contrata a nombre y en interés de una sociedad y los terceros comprueban que es de hecho, eso comunica a los otros socios la responsabilidad de esas operaciones, y les alcanza en forma solidaria.

En la legislación salvadoreña la solidaridad impuesta por la ley, es excepcional; por eso, son pocos los casos de solidaridad legal: el presente es uno de ellos. Hay otros, tratándose de: a) Socios de la regular colectiva; b) Socios gestores de la comanditaria; y, c) Socios comanditarios, en las hipótesis contempladas en los Arts. 308 y 309 del Código de Comercio.

Un ejemplo. Un individuo explota un negocio con otra persona y contrata a un trabajador para prestar servicios en dicho negocio. Se despide al trabajador. Este demanda y comprueba que: a) fue despedido injustamente; y, b) la existencia de una sociedad de hecho. La indemnización es procedente incluso si demanda a los dos, o a cualquiera de ellos. Un caso semejante fue decidido así por los Delegados Inspectores del Trabajo en 1954. La resolución fue confirmada en 3a. Instancia. (Gaceta de Jurisprudencia de Trabajo, pág. 18 a 24, Segundo Semestre-1954).

Eso nos permite concluir, que la responsabilidad solidaria derivada de la sociedad de hecho, supone dos condiciones que deben ocurrir copulativamente: contratar a nombre de dicha sociedad y en interés de la misma; pero no necesariamente han de constar esas condiciones al momento de celebrarse el contrato, pues basta probar en juicio la celebración del contrato a nombre y en interés de la compaña demandada.

Esa misma responsabilidad les cabe a los gestores de la sociedad en comandita de hecho (Art. 307 Com.); también a los comanditarios si concurren las condiciones establecidas en los Arts. 308 y 309 del Código de Comercio.

En las sociedades anónimas no inscritas la sanción es distinta, porque en ellas la responsabilidad recae únicamente en quien negocia a nombre de la compañía, y entonces "el gestor responderá personalmente, y si son dos o más mancomunada y solidariamente" (inc. 2o., Art. 236 Com.).

III) En la colectiva mercantil "Si la nulidad se declarase estando aún subsistente la sociedad de hecho, los socios procederán a la liquidación de las operaciones anteriores, sujetándose a las reglas del cuasicontrato de comunidad" (Art. 172 Com.).

La primera consecuencia de la declaratoria de nulidad es la de que la compañía queda disuelta y debe procederse a la liquidación. En especial, gravita sobre todos los socios la obligación de liquidar las operaciones anteriores a dicha declaratoria, sujetándose a las reglas del cuasicontrato de comunidad. (El Código Civil regula el cuasicontrato de comunidad en los Arts. 2055 al 2064).

Davis comenta un artículo del Código de Comercio chileno, y dice: "Como agudamente observa Gabriel Palma, la disposición del artículo transcrito es perfectamente lógico: Porque si no hay sociedad, habrá existido una situación de hecho (sociedad de hecho); y si no hay sociedad, ha habido una reunión de bienes que se pusieron en común entre los socios (cuasicontrato de comunidad)".(2)

La observación nos parece atinada porque la carencia de personalidad jurídica de la sociedad de hecho, no le permite ser dueña de un patrimonio. Propiamente hay una masa de bienes pertenecientes a la colectividad de individuos que, persiguiendo un fin de lucro, aportaron en común bienes e industria; por esa razón se siguen las reglas del cuasicontrato de comunidad.

Significativamente el Código de Comercio, a partir de la declaratoria de nulidad, somete a los miembros de la sociedad colectiva de hecho a las reglas de la comunidad, con ello implícitamente les reconoce desde ese momento el carácter de comuneros, y esto es interesante porque conforme al Art. 2055 C. "La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato". Sin embargo, ha de tenerse presente que "El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social" (Art. 2056 C.).

¿Son aplicables todas las reglas del cuasicontrato de comunidad a la sociedad de hecho declarada nula? Opinamos que no; por ejemplo, las reglas del Art. 2058 C. serían inaplicables, pues conforme a ese artículo los comuneros no responden solidariamente si no hay pacto expreso; en tanto, la responsabilidad solidaria de los miembros de la sociedad disuelta en las condiciones dichas no se altera, como no se modifica la de los socios de una colectiva legalmente constituida y cuya disolución y liquidación se verifique normalmente.

IV) "Los socios no podrán alegar la nulidad del contrato, ni por vía de acción ni de excepción, después de disuelta la sociedad de hecho, pero antes podrán alegarla entre sí" (Art. 173 Com.).

Las sociedades colectivas se disuelven no sólo por la declaratoria de nulidad, sino también por: la voluntad de las partes, la finalización de las operaciones sociales, la muerte o renuncia de un socio, la incapacidad sobreviniente o la insolvencia de uno de los socios, etc. A estos casos se refiere, seguramente, el legislador.

Interpretando este artículo vemos que: lo.) Los socios no pueden alegar la nulidad contra terceros ni antes ni después de la

disolución de la sociedad; 2o.) A los socios sólo les está permitido alegar entre sí la nulidad antes de que la sociedad esté disuelta; después, no.

Nos atrevemos a afirmar que el legislador prohíbe alegar la nulidad cuando la sociedad de hecho está disuelta y liquidada, y no simplemente disuelta, pues la disolución no supone la cesación inmediata de una serie de operaciones relativas a la liquidación y la partición, si hubiere bienes por distribuir. La drasticidad de la ley seguramente no sea tanta como para privar a los socios de alegar entre sí la nulidad antes de la partición, evitando así un reparto no equitativo. La sociedad de hecho no goza del favor de la ley, pero eso no autoriza para catalogarla como clandestina, ilícita o al margen completamente de la ley, y en esa virtud no se justifica tanta severidad.

Después de liquidada la sociedad de hecho, no merecen los socios ninguna consideración. Ellos colocaron a la compañía en aquel estado, entonces, es justo que carguen con su propia culpa.

Los terceros sí pueden alegar la nulidad, tanto si la sociedad está disuelta como si no lo está. Aquí deben distinguirse los terceros acreedores de la sociedad de hecho y los terceros acreedores de los socios, así:

1o.) En la sociedad aún no disuelta pueden ser terceros interesados los acreedores particulares de los socios; porque con la declaratoria de nulidad, vuelven al patrimonio de su deudor los bienes aportados por éste al fondo común. Los acreedores de la sociedad de hecho no siempre estarán deseosos de pedir la declaratoria de nulidad, a ellos les basta justificar que la sociedad es de hecho y con eso pueden demandar solidariamente a cualquiera de los socios sin necesidad de pedir la nulidad, aunque también pueden alegarla.

En cualquier caso, los acreedores de la sociedad de hecho pueden solicitar como medida precautoria, el embargo de los bienes con los cuales gira aquélla; desde luego esos acreedores no excluyen a los acreedores particulares de los socios en esos bienes.

2o.) Si la sociedad está disuelta y en período de liquidación, podrían los acreedores de la sociedad alegar que ésta es de hecho, o la nulidad por igual motivo, y probados esos extremos cuentan a su favor con la responsabilidad solidaria de quienes la constituyeron.

3o.) Si la sociedad de hecho ya está liquidada los acreedores tienen derecho a probar que las deudas fueron contraídas, por quienes la integraron, a nombre y en interés de la misma. Obtienen igual resultado que en el caso anterior.

V) Conforme al Art. 174 Com., los socios "Tampoco podrán alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad, y éstos podrán acreditarla por cualquiera de los medios probatorios que reconoce este Código.-- Ni podrán los socios alegar contra los terce-

ros el conocimiento privado que éstos hayan tenido de las condiciones de la sociedad de hecho".

Con algunas reservas, opinamos que el Art. 174 Com., inc. lo., quiere favorecer a los terceros interesados en comprobar la existencia de la sociedad de hecho, y puso a su disposición para acreditar esa existencia los medios probatorios reconocidos en el Código de Comercio, o sean prueba testimonial, correspondencia, telegramas reconocidos, etc. (Art. 73 Com.).

El segundo inc. del Art. 174 Com., copiado, protege a los terceros, en el sentido de que, incluso conociendo privadamente los terceros la condición de hecho de la compañía, eso no favorece a los socios: su responsabilidad es igual tanto si esa circunstancia es conocida como si es ignorada.

El comentario al primer inciso del Art. 174 Com. lo hicimos con algunas reservas, debido a que el Código habla de acreditar la existencia de una sociedad, lo cual da margen para pensar en que puede tratarse de una sociedad regular o una de hecho. Ambos supuestos tienen sentido. Veamos. Si los terceros interesados acreditan la existencia de una sociedad legalmente constituida tienen a su favor para hacer valer sus derechos el patrimonio de la compañía y la responsabilidad solidaria de los socios; pero si sólo justifican la existencia de una sociedad de hecho, pierden la exclusividad sobre el patrimonio y sólo cuentan con la responsabilidad mencionada. Esto último es importante, pues si uno de los socios se hace ejecutar por un acreedor ficticio, con ello podría salir perjudicado el acreedor de la sociedad de hecho.

En otras palabras, los socios, en algunos casos, tendrían interés en demostrar que no estando la sociedad legalmente constituida es por ello una compañía de hecho, con el propósito de disponer libremente de los fondos aportados en común o de dejarse ejecutar, como antes se dijo; mientras que si la compañía está legalmente constituida esos fondos pertenecen al ente social.

Obsérvese la redacción del inciso en comento: "alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas". Si se permitiera a los socios alegar, digamos, la falta de inscripción, o la omisión de la escritura pública, con eso estarían aceptando ellos mismos la existencia de una sociedad de hecho, pues precisamente la omisión de esas solemnidades les da ese carácter a las compañías mercantiles. A los presuntos socios no se les prohíbe alegar que ellos no han constituido una sociedad, porque en este caso no estarán aduciendo falta de solemnidades, sino la ausencia total de un contrato de sociedad; v.gr., probar que un individuo actuó en calidad de mandatario de otro, y no como su socio.

En la fracción siguiente se verá una situación distinta: la pugna de terceros entre sí, y no de los socios contra terceros.

VI) "Los terceros podrán oponer a terceros la inobservancia

de las solemnidades estatuidas, y el que fundase su intención en la existencia de la sociedad, deberá probar que ha sido constituida en conformidad con las prescripciones de este título" (Art. 175 Com.).

Este artículo contempla la oposición de terceros acreedores particulares de los socios, interesados en demostrar la existencia de la sociedad de hecho para accionar contra los bienes del socio deudor, tanto los introducidos al haber social como los que tiene en su poder; en tanto, los acreedores sociales pretenden demostrar que la sociedad ha sido legalmente constituida, con el objeto de proceder contra el patrimonio social o contra el patrimonio particular de todos o de cualquiera de los socios.

La oposición es, pues, de terceros contra terceros.

BIBLIOGRAFIA

EDUARDO GARCIA MAYNEZ, ob. cit.:
(1) Pág. 295

ARTURO DAVIS, ob. cit.:
(2) Págs. 214 y sigs.

CAPITULO IV

DE LA RAZON O FIRMA SOCIAL

A) CONCEPTO LEGAL

El nombre, sirve para individualizar e identificar a las personas naturales; de igual manera y con el mismo fin a los entes sociales debe dárseles un nombre, el cual suele llamársele nombre comercial; éste (1) "puede ser de carácter personal o impersonal y objetivo. En el primer caso, hablamos de razón social; en el segundo, de denominación social". (Rodríguez Rodríguez).

Quizá sería preferible usar la expresión "nombre social", con el fin de que en él quede comprendido el nombre de todas las sociedades, incluso el de las civiles.

Así como en la legislación existen muchos vacíos en lo referente al nombre de las personas físicas, por falta de una legislación especial; también se observa esa misma deficiencia respecto a las personas jurídicas.

La denominación es el nombre objetivo adoptado para un determinado tipo de sociedades, se forma, generalmente, haciendo relación a la actividad principal de la empresa, y prescindiendo de cualquier alusión a nombres de personas físicas. La anónima es el caso típico de sociedad con denominación, tanto es así que según el ord. lo. del Art. 231 Com., ese requisito debe constar en la escritura de constitución, y no puede adoptarse "una denominación idéntica a la de otra compañía que existe en el Estado o que con ella pueda confundirse". El proyecto de Código de Comercio, varía de criterio al suprimir la exigencia de referirse a la actividad principal: "La sociedad anónima se constituirá siempre bajo denominación, la cual se formará libremente sin más limitación que la de ser distinta de la de cualquier otra sociedad existente e irá..." (Art. 191).

La razón social se forma necesariamente con el nombre de uno, de algunos o de todos los socios, cuando es una sociedad colectiva, y se le agregan palabras indicativas de que bajo ella gira una sociedad. Varias legislaciones establecen que si en la razón o firma social figuran los nombres de todos los socios, no es necesario adicionarle ninguna otra palabra. El proyecto citado, en el Art. 73, se ajusta a ese criterio: "La sociedad colectiva se constituirá siempre bajo razón social, la cual se formará con el nombre de uno o más socios, y cuando en ella no figuren los de todos, se le añadirán las palabras "y Compañía" u otras equivalentes, por ejemplo: "y hermanos".

La importancia práctica de la firma social se manifiesta más en las sociedades mercantiles (2) "por el hecho de que sólo mediante ellas adquieren un nombre propio para el mundo de los negocios" (Heinsheimer).

Varios Códigos, incluyendo el nuestro, determinan separadamente los caracteres de la razón social; otros, hacen lo propio cuando definen la sociedad colectiva, o en ella sólo mencionan la firma social entre los elementos de ese tipo de compañía, o no dicen nada, pero por aparte dan su concepto.

Muchos países no definen la sociedad colectiva, y otros al hacerlo no siempre ofrecen una visión completa de la misma. En el ordenamiento positivo salvadoreño únicamente el Código Civil, en el inc. 2o. del Art. 1819, la define de la siguiente manera: "La sociedad colectiva es aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo".

Ese concepto, y el resto de los artículos del Código Civil referentes a la regulación de la sociedad colectiva, no mencionan la razón social, eso sugiere una pregunta: ¿Tiene o no firma social la colectiva civil? Después se dilucidará esto.

En el Tomo I de la obra de Brunetti que hemos citado antes, pág. 545 y siguientes, se observa, en los comentarios y notas de Felipe de Solá Cañizares, la insistencia del derecho comparado, de incluir, en los conceptos o definiciones de sociedad colectiva, la expresión "bajo una razón social".

En seguida, y tomados de la obra citada, se transcriben parcialmente las disposiciones legales de algunos países en donde al definir la sociedad colectiva se hace referencia a la razón o firma social.

Esas disposiciones dicen:

a) "La sociedad colectiva es la que.... el comercio bajo una razón social..." (Cód. de Com. de Francia). Los Códigos de Comercio de Haití y de la Rep. Dominicana, tienen igual redacción.

b) "La sociedad que se propone ejercer una actividad comercial bajo una razón social común, es una sociedad colectiva..." (Cód. de Com. de Alemania).

c) En España se enumeran las sociedades colectivas y se menciona entre ellas la "regular colectiva en que todos los socios, en nombre colectivo y bajo una razón social, se..." (Código de Com.). En Perú y Cuba sus Códigos de Comercio expresan lo mismo.

d) "La sociedad colectiva es la que... bajo una razón social..." (Cód. de las obligaciones de Suiza).

e) "Se llama Sociedad colectiva la que... bajo una firma social..." (Cód. de Com. de Argentina). El Cód. de Com. Paraguayo reproduce el mismo texto.

f) Existe sociedad en nombre colectivo o con firma, cuando... bajo una firma social..." (Cód. Comercial de Brasil).

g) En México se define la sociedad colectiva como "aquella

que existe bajo una razón social..." (Ley Gral. de Soc. Merc.).

h) "La compañía en nombre colectivo se contrae entre dos o más personas que hacen el comercio bajo una razón social..." (Cód. Com. de Ecuador).

i) "Se llama sociedad colectiva la que... bajo una firma social..." (Cód. de Comercio de Uruguay).

j) "Sociedad colectiva es la que gira a nombre de todos los asociados... sin que en su firma comercial pueda... (Cód. Mercantil de Bolivia).

k) "La sociedad es en nombre colectivo cuando... bajo una razón social común..." (Ley de Soc. Comerciales de Costa Rica).

En varios países se exige en la razón social, que por lo menos conste "el nombre o firma" de uno de los socios, (Portugal y Brasil); en otros, basta la mención del "apellido de uno de ellos" (Suiza); e incluso "los nombres de pila de uno o más socios" (Colombia); o "el nombre y apellido de uno de los socios o de los apellidos de dos o más" (Guatemala).

El Código de Comercio salvadoreño no define la sociedad colectiva, pero sí dice qué es la razón social. Toda la Sección 2a. del Capítulo I, Título V, del Libro Segundo del Código mencionado (Art. 177 al Art. 185), está dedicada a "la Razón o Firma Social en la Compañía Colectiva".

El concepto legal está concebido en los siguientes términos: "La razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios o de alguno de ellos, con agregación de estas palabras: y compañía" (Art. 177 Com.).

Una pregunta, aparentemente pueril, surge de la lectura del artículo transcrito, y es: ¿cómo se constituye el nombre de una persona?

Diversos autores han estudiado ampliamente lo relativo al nombre, precisamente por ser uno de los atributos de la personalidad. Para nosotros son suficientes las explicaciones de Victorio Pescio V., quien dice: "El "NOMBRE" está constituido por elementos o términos que desempeñan, dentro de su finalidad, una función diversa aunque coincidente: el nombre individual o nombre propiamente tal o "prenomen" que en el lenguaje corriente se denomina "nombre propio" o de pila; v.gr. Pedro, Juan, Diego, etc., y que sirve para distinguir al individuo de los demás miembros de la familia dotados del mismo nombre patronímico, y el APELLIDO o "cognomen", nombre patronímico o nombre de familia, v.gr. González, Pérez, Marín, etc. La combinación de esos dos términos: el nombre individual y el nombre patronímico, es lo que constituye el "NOMBRE". (3)

Concordamos con Pescio V. en el sentido de que el nombre de una persona lo integran el nombre individual, nombre propio o de pila, y el apellido o nombre de familia; por tal motivo, cuando la ley

emplea el vocablo "nombre", en relación a una persona, han de entenderse comprendidos ambos elementos, a menos que de su texto se deduzca lo contrario, como en el Ord. lo. del Art. 311 C.

Las leyes indiscriminadamente utilizan la expresión "nombre y apellido" o simplemente el vocablo "nombre". El legislador prefiere la primera, aunque también usa el segundo. Inseguida se citan algunos ejemplos en donde simplemente se emplea "nombre". Código Civil: Arts. 733 ord. 3o., 734 Ord. 3o., 1011 inc. 2o., 1040, 1820.--- Código de Procedimientos Civiles: Arts. 193, 606 inc. lo., 660 ord. 2o. Código de Instrucción Criminal: Arts. 154 y 573. Código de Comercio: Arts. 44, 178, 179, 180, 246 ord. 2o., 304, 308, 322, 331, 339, 446, ords. 2o., 4o. y 5o., 640 ord. 5o.--- Código Penal: Arts. 231, 237, 240, 262, 490 No. lo., 462 No. 4o., 533 inc. lo.--- Ley de Notariado: Arts. 10 inc. 2o., 15, 17 inc. 2o., 47 inc. 3o., 72 inc. 3o., 74 inc. lo., etc. etc.

Los nombres de las personas físicas se llevan en los registros civiles. Debido a la falta de una regulación adecuada, existe bastante anarquía en lo referente a ese atributo de la personalidad. Es frecuente en nuestro medio el que una persona use un nombre distinto del asentado en el Registro Civil, y cuando les corresponde identificarse fehacientemente en alguna actuación, se hace constar además del nombre legal, el nombre con que se les conoce socialmente.

Con el objeto de subsanar esas anomalías se siguen, a menudo, juicios de identidad en los Juzgados de lo Civil. Esas diligencias judiciales terminan, generalmente, con el cambio de nombre del interesado. Conforme a la Ley de Adopción, Art. 15, también puede ser modificado el nombre del adoptado, ya que puede tomar éste "el o los apellidos del o de los adoptantes, según el caso, manifestándolo así en la escritura pública de adopción o de aceptación". Indudablemente esas alteraciones del nombre repercuten en la razón o firma social. En las escrituras públicas en general, y en las de constitución de sociedades, se inserta casi siempre, el nombre legal de los comparecientes y a la vez se indica el nombre con el cual son conocidos socialmente.

¿Cuál nombre debe aparecer en la razón social? En rigor, habría de figurar el legal; pero como éste muchas veces es desconocido para el público, no vemos inconveniente en usar el nombre con el que se conoce socialmente a los individuos. En realidad no hay engaño, pues en la escritura social se consignan ambos nombres: el legal y el convencional.

Si el nombre se integra con el nombre propio y con el apellido, ¿será lícito usar este último en la razón social y prescindir del primero? Estimamos que no; sin embargo, en El Salvador operan muchas compañías colectivas con el apellido de uno o más de los socios, v. gr. "Nasser y Co.", "Nuñez Baeza y Cía.", "Palomo Deneke y Cía."

Esa práctica encajaría en lo que la doctrina denomina costum

bre derogatoria. García Máñez (4) dice: "La costumbre desenvuélvese a veces en sentido opuesto al de la ley. Es el caso de la costumbre derogatoria. Heinrich admite la posibilidad de que ésta se forme aun cuando el legislador le niegue expresamente validez, como ocurre, verbigracia, entre nosotros".

Punto discutido por la doctrina es si la razón social es de la esencia o de la naturaleza de la sociedad, o manifestado de distinta manera: ¿puede existir una sociedad colectiva mercantil sin razón social? Algunos autores se inclinan por la afirmativa; otros, por la negativa. Davis (5) afirma que "Los comentadores chilenos están de acuerdo en que la firma social no es de la esencia de la sociedad". El mismo autor (6) en su obra citada, consigna lo siguiente: "Escarra, Escarra y Rault dicen que la mayor parte de las sociedades de personas están dotadas de razón social, y agregan: "Pero la razón social no constituye un elemento de validez del contrato de sociedad. Una sociedad colectiva o en comandita desprovista de razón social, no es por eso menos válida".

Nosotros, basándonos en quienes opinan que la razón social es el signo exterior o distintivo externo de la existencia de una persona jurídica, o el "exponente de su personalidad (signum societatis)", como dice Garrigues (7), por medio de la cual las sociedades entran en relaciones de derecho o de negocios con terceras personas, opinamos que la firma social sin ser un requisito exclusivo de las colectivas, les es imprescindible; además si la escritura de sociedad no la consignara entre sus cláusulas, no sería inscribible, por faltar a la exigencia del ord. 3o. del Art. 169 Com. Caso de ser inscrita, pensamos que al no constar en el Registro de Comercio la firma social, sería inexistente en el mundo de lo jurídico y por lo tanto, los socios se verían obligados a mencionar uno tras otro los nombres de todos ellos cuando hubiere de otorgarse cualquier documento concerniente a la sociedad.

Se dejó planteada la duda respecto a si la sociedad colectiva civil tenía o no razón social. Estimamos que sí, aunque el Código Civil al definir y reglamentar la sociedad colectiva no la mencione en ninguna parte. Nuestra opinión la fundamos en el Art. 1820 C., inc. lo., que dice: "Se prohíbe a los socios comenditarios incluir sus nombres en la firma o razón social, y tomar parte en la administración", porque ello nos indica que si la comanditaria tiene razón social, a fortiori también la colectiva habrá de tenerla, por ser ésta la base fundamental de aquélla en muchos respectos. Además ha de tomarse en consideración que tanto en la legislación civil como en la mercantil, la comanditaria está sometida esencialmente a las reglas de la colectiva en su funcionamiento interno y externo: las variantes son pocas, en atención a los socios comanditarios. A mayor abundamiento, se debe recordar que los socios colectivos civiles sólo obligan a la sociedad cuando contratan a nombre de ésta, lo cual sería imposible si careciere de nombre; es decir, de razón social. Hay una diferencia notable: las obligaciones contraídas bajo la razón social de una colectiva mercantil, hacen responder solida-

riamente a sus socios (Art. 181 Com.); mientras que los de la colectiva civil, responden a prorrata de su interés social (Art. 1853 C.).

Barros Errázuriz, (8) al comentar las colectivas civiles afirma que ellas obran bajo un nombre común, lo cual "constituye lo que se llama razón social"; además hace notar que en Chile una ley especial autorizó la creación de sociedades colectivas civiles y comerciales, con responsabilidad limitada de los socios. El referido tratadista, comenta brevemente esas sociedades en relación con las colectivas ordinarias, y concluye: "Por lo demás, estas sociedades se rigen por las reglas de la sociedad colectiva; pero la razón o firma social deberá terminar con la palabra "limitada".

Alessandri y Somarriva citan como uno de los caracteres esenciales de la colectiva civil el que "es conocida por su razón social o nombre común".(9)

Las palabras de los autores en mención nos demuestran que ellos aceptan la razón social en las sociedades colectivas civiles.

Implícitamente Brunetti da a entender que las sociedades colectivas civiles no tienen razón social. Dice así: "La fraterna compañía, llamada posteriormente sociedad en nombre colectivo (en Francia también sociedad general o libre), se ha distinguido siempre de la sociedad civil por la característica de la "razón social". Puede decirse que el principio de la solidaridad por las obligaciones sociales está íntimamente ligado con ella".(10)

B) IMPORTANCIA DE LA RAZON SOCIAL

En una compañía colectiva mercantil los socios mencionados en la escritura social responden solidariamente de las obligaciones contraídas legalmente bajo la razón social (Art. 181 Com. inc. 1o.).

Dos son, pues, las condiciones para responsabilizar solidariamente a los socios:

1a. Las obligaciones deben haberse contraído legalmente; esto es, por quiénes están autorizados para usar la firma social. Esta atribución corresponde, según el Art. 182 Com., al socio o socios facultados por la escritura social, y si en ésta se omitiere ese detalle, pueden usarla todos los socios. Estos pueden confiar esta función a personas ajenas a la sociedad; pero en este caso los delegatarios, deben indicar, en los documentos públicos o privados, que firman por poder.

2a. Las obligaciones deben haberse contraído bajo la razón social. El Art. 1837 C., refiriéndose al socio administrador, dice: "En todo lo que obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la sociedad; obrando de otra manera, él solo será responsable"; a su vez, el Art. 1852 C. prescribe: "El socio que contrató a su propio nombre y no en el de la sociedad, no la obliga respecto de terceros, ni aun en razón del beneficio que

ella reporte del contrato; el acreedor podrá sólo intentar contra la sociedad las acciones del socio deudor.-- No se entenderá..."

En consecuencia, el uso de la firma social corresponde únicamente a quienes el pacto social, o la ley en subsidio, autorizan para ello, y sólo en esas circunstancias obligan a la sociedad y a los demás socios. El Art. 184 Com. estipula: "Si un socio no autorizado usare la firma social, la sociedad no será responsable del cumplimiento de las obligaciones que aquél hubiese suscrito, salvo si la obligación se hubiere convertido en provecho de la sociedad. La responsabilidad, en este caso, se limitará a la cantidad concurrente con el beneficio que hubiere reportado la sociedad".

De ese precepto se colige que la responsabilidad recae exclusivamente sobre el socio no autorizado; los demás socios quedan exentos de las obligaciones contraídas indebidamente con la razón social.

Para obligar a la sociedad no basta el uso de la razón social por quien esté facultado para ello: es necesario que tales obligaciones se hayan generado como consecuencia del giro ordinario de la compañía. Claramente lo estipula el Art. 185 Com.: "La sociedad no es responsable de los documentos suscritos con la razón social, cuando las obligaciones que los hubiesen causado no le conciernan, y el tercero los aceptare con conocimiento de esta circunstancia". Ese conocimiento se presume si en el pacto social están determinados "Los negocios sobre que deba versar el giro de la sociedad". (Ord. 2o., Art. 169 Com.).

Asimismo, no es lícito seguir usando la firma social después de disuelta la sociedad; si se contraviene esa prohibición se comete delito de falsedad (Art. 179 Com., inc. lo.). Posiblemente el legislador se refiere a la sociedad disuelta y liquidada, porque si se halla únicamente disuelta y en período de liquidación, aún existe la necesidad de que la firma social sea utilizada por los liquidadores para concluir las operaciones o negocios pendientes. Desviarla de estos fines, sí sería ilícito.

Finalmente, es conveniente advertir que el uso de la firma social es inherente a la facultad de administrar. (Art. 201 Com.).

C) CONSECUENCIAS DE LA INCLUSION DE PERSONAS EXTRAÑAS EN LA RAZON SOCIAL

Rige en la formación de la firma social un principio fundamental: el principio de veracidad de la razón social, consistente en que ésta se integre exclusivamente con el nombre o nombres de socios, pues ella anuncia al público, parcial o totalmente quiénes responden ilimitada y solidariamente; por ende, habría engaño si se incluyere a un extraño.

Ese principio está contemplado en el inc. lo. del Art. 178

Com., así: "Sólo los nombres de los socios colectivos pueden entrar en la razón social".

Con el fin de mantener ese principio el Código de Comercio fija las siguientes reglas:

1o.) "El nombre del socio que ha muerto o se ha separado de la sociedad, será suprimido de la firma social" (inc. 2o. Art. 178).

No solamente se suprime el nombre del socio, sino que debe reformarse el pacto social e inscribirse en el Registro de Comercio la escritura pública respectiva (inc. 2o., Art. 167); si es por muerte del socio, incluso puede disolverse la sociedad, "menos cuando por disposición de la ley o por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto o sin ellos" (inc. 1o., Art. 1861 C.); y si el retiro del socio se debe a renuncia, también es causal de disolución de la sociedad, en la hipótesis prevista en el Art. 1866 C.; o si la separación se debe a que ha sido removido de la administración, en el caso señalado en el inc. 2o. del Art. 1831 C., porque entonces la "remoción pone fin a la sociedad" (último inc. de dicho artículo); o si el socio viola la prohibición contenida en el ord. 2o. del Art. 212 Com., se le puede excluir de la sociedad. Asimismo puede ser separado un socio cuando retarda la entrega de los aportes. (187 Com.).

2o.) El inc. 1o. del Art. 179 Com. califica de estafa la inclusión del nombre de una persona extraña en la razón social. No importa que el nombre corresponda a una persona real o imaginaria.

Si en el pacto social figura entre los socios el nombre de una persona real, y ese mismo nombre forma parte de la firma social, aun cuando sea una simulación, le alcanzaría la responsabilidad solidaria, y la figura delictual citada desaparece. (Art. 181 Com., inc. 1o.).

3o.) El Art. 180 Com. dice: "El que tolere la inserción de su nombre en la razón de comercio de una sociedad extraña, queda responsable a favor de las personas que hubieren contratado con ella".

La sanción procede, si esa persona consiente en que se use su nombre, o si llega a su conocimiento el uso del mismo y no trata de evitarlo, porque estaría "tolerando". Si esa persona ignora ese hecho, no le alcanza ninguna responsabilidad.

El Art. 180 Com. no aclara la clase de responsabilidad del no socio. El Código de Comercio en proyecto, dice: "Cualquier persona extraña a la sociedad que haga figurar o permita que figure su nombre en la razón social, quedará sujeto a responsabilidad ilimitada y solidaria" (Art. 75).

Si los socios usan públicamente un nombre supuesto en la firma social, podría caberles la sanción indicada en el Art. 262 Pn., comprendida entre las falsedades; y si defraudaren a terceros "usando nombre fingido", sería una estafa, conforme el ord. 1o. del Art. 490 Pn.

En algunas legislaciones se admiten como excepciones al principio de veracidad, las siguientes:

1a. A pesar de la muerte o el retiro de un socio, puede continuar figurando su nombre en la razón social, a condición de que se agregue la palabra "sucesores"; con eso el público no sufre ningún engaño.

2a. Si una empresa adquiere todos los derechos y obligaciones de una compañía, y se le permite seguir usando la firma social, debe agregarle también la palabra "sucesores".

El proyecto de Código de Comercio, se refiere a esta segunda excepción, así: "Cuando la razón social sea la que hubiere servido a otra sociedad cuyos derechos y obligaciones han sido transferidos a la nueva, se agregará a dicha razón social la palabra "sucesores". (Art. 77.).

BIBLIOGRAFIA

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc. cit. (Tomo I):
(1) Pág. 56

KARL HEINSHEIMER, ob. cit.:
(2) Pág. 33.

VICTORIO PESCIO V., De las personas, de Los Bienes y de la Propiedad, (Tomo III)-Santiago, Chile, 1950, Editorial Jurídica de Chile. (Manuales Jurídicos No. 22).
(3) Pág. 83.

EDUARDO GARCIA MAYNEZ, ob. cit.:
(4) Pág. 65

ARTURO DAVIS, ob. cit.:
(5) Pág. 228 --- (6) Pág. 227.

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.:
(7) Pág. 290

ALFREDO BARROS ERRAZURIZ, ob. cit.:
(8) Págs. 297 y 298

ARTURO ALESSANDRI R. y MANUEL SOMARRIVA U., ob. cit. (Tomo III):
(9) Pág. 512

ANTONIO BRUNETTI, (Tomo I) ob. cit.:
(10) Pág. 532

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit. --- ERNESTO GUELPERIN y NENSON LODI, ob. cit. --- ROBERTO LARA VELADO, Trab. cit. --- CODIGOS CIVIL Y DE COMERCIO, --- PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO, --- LEY DE ADOPCION.

CAPITULO V

RELACIONES JURIDICAS INTERNAS

Decíamos en otro lugar, que la personalidad jurídica de la sociedad no absorbe sino en ciertos aspectos la individual de sus componentes, pues entre éstos, en su calidad de socios, y la compañía hay indefectiblemente, relaciones recíprocas, las cuales se traducen en un conjunto de derechos y deberes y de funciones y facultades. En este conjunto se condensan precisamente las relaciones jurídicas internas en la sociedad, porque las relaciones de los socios entre sí, han perdido relevancia jurídica al atribuirse personalidad a esos entes sociales.

Por esta razón Brunetti advierte: "Las relaciones internas entre los socios, son, por lo regular, las de la sociedad con los socios, y las recíprocas de los socios con la sociedad. Por vía de excepción, se dibujan relaciones directas de socio a socio, derivadas de las cláusulas accesorias del contrato, o indirectamente, de la ejecución de obligaciones sociales que se reparten pro quota entre los socios, dando lugar a reclamaciones de compensación o de igualación".(1)

La antigua "actio pro socio", dice Langlé y Rubio, "se ha dado al olvido". Esa acción se concedía a los socios con el objeto de que se les reconocieran ciertos derechos y para exigir a los otros el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el pacto social. La acción era directa de socio a socio y en esa virtud se podían exigir los aportes, el reparto de beneficios, etc.

Joaquín Garrigues (2) clasifica las relaciones jurídicas internas de las sociedades colectivas, así: a) Aportación de los Socios; b) Distribución de Ganancias y Pérdidas; c) Resarcimiento de Gastos e Indemnización de Perjuicios; d) Prohibición de concurrencia; e) Derecho de Información; y, f) Gestión de la Sociedad. Adoptamos esta clasificación, en el mismo orden, por creer que es la más completa; en ella, sin variar los enunciados, se pueden incluir otras relaciones jurídicas internas mencionadas por algunos autores, y que se deducen de los textos legales.

A) APORTACION DE LOS SOCIOS

Sobre la principal obligación de los socios, o sea la de aportar lo estipulado, poco queda por decir, después de haberse analizado la misma cuestión al tratar, en términos generales, los elementos del contrato de sociedad en el apartado a) del Capítulo II del Título I. En esa oportunidad se vio que a pesar de la diversidad

de criterios de los autores respecto a cuáles elementos eran imprescindibles a ese contrato, había unanimidad en cuanto a considerar esenciales la aportación de los socios y la participación en los beneficios.

La condición de socio, sea originaria o derivada, necesariamente está subordinada a la aportación, tanto si ésta se verifica de una sola vez o por partes a solicitud de los administradores, como si es continuada, cuando la prestación consiste en servicios o industria. La calidad del socio es originaria si figura como miembro en el acto constitutivo de la sociedad; es derivada, si tal calidad la adquiere posteriormente, a cualquier título. No siempre la condición de socio derivada lo sitúa en un plano de igualdad con los demás socios, tal como sucede con la colectiva mercantil, en el caso contemplado en el Art. 208 Com. Es el siguiente: "La facultad de administrar es intransmisible a los herederos del gestor, aun cuando se ha ya estipulado que la sociedad deba continuar entre los socios sobrevivientes y los herederos del difunto".

En el apartado B) del Capítulo III del Título I, se examinó lo relativo a los aportes, en especial: sus clases, qué podía aportarse el título a que se hacía, los efectos de la falta de aportación, etc.

En las sociedades, pues, es un requisito esencial la aportación, porque "no hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común" (Art. 1813 C., inc. 1o.). El estado de socio está supeditado forzosamente a los aportes.

A la obligación de los socios de efectuar los aportes, corresponde a la sociedad, en su carácter de persona jurídica, el derecho correlativo de exigirlos.

El Código Civil, en el Capítulo intitulado "De las Obligaciones de los Socios entre sí", engloba, desde el Art. 1840 al 1851, una serie de derechos y obligaciones relativos a los aportes, a reembolso de sumas adelantadas, a saneamiento de los aportes, a riesgos de la cosa aportada, etc.; sin embargo, en ninguno de los artículos de ese Capítulo, hay obligaciones y derechos recíprocos entre los socios, a pesar del encabezamiento y de algunas disposiciones que parecen indicar lo contrario.

El mismo Código Civil, en el Capítulo "De la Administración de la Sociedad Colectiva", sí tiene un artículo, el 1839, cuyas reglas 1.ª y 3.ª podrían ser una excepción a lo dicho en el párrafo anterior. Dichas reglas son: "1.ª. Cualquiera socio tendrá el derecho de oponerse a los actos administrativos de otro, mientras esté pendiente su ejecución o no hayan producido efectos legales", "3.ª. Cada socio tendrá el derecho de obligar a los otros a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales", porque en ellas el derecho de oposición y el derecho de obligar a los otros socios para hacer las expensas necesarias, en las condiciones previstas en las reglas copiadas, lo tiene cada socio contra los otros.

En el Código de Comercio se consigna también el derecho de oposición así: "Art. 196.- Cada uno de los socios tiene derecho a oponerse a la consumación de los actos y contratos proyectados por otro, a no ser que se refieran a la mera conservación de las cosas comunes".

Alessandri Rodríguez y Somarriva U., al comentar las obligaciones de los socios entre sí, dicen: "Siendo como es la sociedad un contrato bilateral, impone obligaciones recíprocas a los consocios. Estas obligaciones que en general tienen los socios entre sí, son: hacer el aporte..." (3). En el Capítulo II del Título I advertimos la bilateralidad del contrato de sociedad, razón por la cual no entramos a comentar el parecer de los autores aludidos.

La aportación, confiere la calidad de socio a quienes la han estipulado, y además sirve de medio para conseguir el fin social. De ahí que la falta o retardo en aportar lo prometido, repercuten por lo general, en la permanencia del estado de socio. En las compañías en donde hay socios industriales, se presenta una causal para excluir al socio, desconocida en las otras sociedades: la falta de la indus

tria prometida o la imposibilidad de continuarla cuando ya ha sido iniciada.

El Código de Comercio regula los aportes en la Sección "De las Obligaciones y Derechos de los Socios" (Art. 186 a 191). El Art. 187 Com. prescribe: "El retardo en la entrega, sea cual fuere la causa que lo produzca, autoriza a los asociados para excluir de la sociedad al socio moroso o a proceder ejecutivamente contra su persona o bienes para compelerle al cumplimiento de su obligación. En uno y otro caso el socio moroso responderá de los daños y perjuicios que la tardanza ocasionare a la sociedad". Seguramente ese retardo en la entrega también comprende al socio industrial, si no pone su fuerza de trabajo en el tiempo estipulado, lo cual armoniza con el inciso 2o. del Art. 1841 C., cuyo texto se cita en el párrafo siguiente.

En la legislación civil, en idénticas condiciones, no se habla de excluir al socio moroso, sino que únicamente se establece la responsabilidad por el incumplimiento: "El socio que aun por culpa leve ha retardado la entrega de lo que le toca poner en común, resarcirá a la sociedad todos los perjuicios que le haya ocasionado el retardo. Comprende esta disposición al socio que retarda el servicio en que consiste su aporte" (Art. 1841 C.).

Opinamos que al socio moroso de la compañía colectiva civil sólo podría excluirse si así se conviene en el pacto social.

El precepto civil no responsabiliza al socio moroso a resarcir a la sociedad los perjuicios, cuando el retardo se debe a culpa levísima o a fuerza mayor o caso fortuito. Esto no es extraño, sino la confirmación de las reglas generales del Art. 1418 C. según las cuales "El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficios.-- El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiere sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La..."

Siendo la sociedad una persona jurídica es a ella a quien se le indemnizan los perjuicios causados por el retardo, pero un análisis más detenido de la cuestión demuestra que los beneficios derivados de la aportación oportuna son de los socios, porque con ella las operaciones sociales no se verán entorpecidas, y así habrá mayor posibilidad de incrementar las utilidades. Las ganancias netas obtenidas por la compañía nominalmente le pertenecen, pero en realidad son de los socios. Esto se patentiza mejor cuando se acuerda su distribución pues entonces los asociados se convierten en acreedores de la sociedad. La personalidad jurídica de ésta propiamente sirve de intermediaria para realizar el fin propuesto por los socios.

Así se explica el beneficio recíproco de los socios, y el porqué responden de la culpa leve. Esta especie de culpa la define

el inc. 3o. del Art. 42 C., así: "Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o medio". El siguiente inciso agrega "El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa". Algunos tratadistas proponen sustituir la frase "buen padre de familia" por "buen comerciante".

De las causales de disolución contempladas en el Código Civil, aplicables igualmente a las sociedades colectivas mercantiles, según disposición expresa del Art. 215 Com. nos parece interesante la siguiente:

"Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta" (Art. 1859 C.), porque si los socios solventes no hacen uso del derecho de disolver la sociedad, creemos que podrían acordar la exclusión del socio incumplido, cuando por su hecho o culpa se ha puesto en la imposibilidad de satisfacer la obligación prometida.

B) DISTRIBUCION DE GANANCIAS Y PERDIDAS

A la distribución de ganancias y pérdidas nos referimos específicamente en todo el apartado C) del Capítulo I, Título I, bajo el encabezado "Participación en los Beneficios", y brevemente se trató lo mismo cuando se analizaron los elementos del contrato de sociedad, en el apartado B) del Capítulo II del Título I. Por ese motivo no nos extenderemos mucho aquí.

Los individuos se acogen a cualquiera de las formas sociales reconocidas por el Derecho y unen sus capitales o éstos y su trabajo, con la esperanza de obtener utilidades mediante una colaboración común. Si su propósito es distinto de la consecución de un lucro, no hay sociedad o compañía, y entonces entra en escena otra figura jurídica.

En el mismo concepto de sociedad destaca como elemento esencial el de que la mira de quienes la integran, sea la de "repartir entre sí los beneficios" provenientes de la compañía, y remacha la misma idea el inc. 2o. del Art. 1813 C., con las siguientes palabras: "Tampoco hay sociedad sin participación en los beneficios".

Si es substancial a la sociedad el reparto de beneficios ¿no será un contrasentido hablar de distribuir las pérdidas? De ninguna manera, porque cuando por quebrantos económicos o financieros las compañías tienen pérdidas, la obligación de soportarlas no podría recaer en personas distintas a las de los socios. A éstos les anima el deseo de procurarse ganancias, pero no por ello descartan el even

to de obtener resultados adversos. Si uno o más individuos aventuran todo su capital o parte de él en un negocio tienen ante sí las siguientes alternativas:

a) Obtener ganancias; b) Tener pérdidas; c) No perder ni ganar.

Pero ¿qué significa distribuirse las pérdidas?

La pregunta, y suponiendo que las pérdidas se registran al finalizar el ejercicio económico anual, y no se ha establecido una forma especial de distribuirlas, ofrece algunas dificultades, tales como:

a) Para cubrir las pérdidas ¿deben los socios hacer nuevos desembolsos a prorrata de lo que efectivamente han pagado a cuenta de sus aportes, o a prorrata de lo que se han obligado a aportar?

b) O por el contrario, ¿disminuye, a consecuencia de las pérdidas, la cuota del socio a prorrata de lo realmente pagado a cuenta de sus aportes, o a prorrata de lo que se ha obligado a aportar?

Opinamos que los socios no tienen la obligación de hacer nuevos desembolsos para cubrir pérdidas, sino que éstas disminuyen la cuota de los socios a prorrata de su participación social, pero ha de distinguirse si todos o algunos de los socios han pagado total o parcialmente sus aportes. Si han satisfecho totalmente su aportación, algunos o todos, se aplica el Art. 1845 C.: "A ningún socio podrá exigirse aporte más considerable que aquel a que se haya obligado..." Es decir que quienes ya completaron sus aportes no pueden ser obligados a nuevos desembolsos, y únicamente estarían obligados a pagar íntegramente o a completar su aportación, quienes no han cubierto sus aportes o sólo lo han hecho parcialmente, y siempre que esas sumas fueren necesarias para la prosecución normal de los negocios. Eso naturalmente, no sería un desembolso para cubrir pérdidas.

En las colectivas, en rigor, sólo se hace patente la participación en las pérdidas al momento de liquidarse la compañía, porque como dice Brunetti: "La participación en las pérdidas hace sentir sus efectos, sobre todo, después de la disolución de la sociedad. Las sociedades de personas, durante su vida capean la situación pasiva con las aportaciones inicialmente realizadas o mediante convenios posteriores entre socios y sociedad. Pero, a falta de acuerdos, una vez realizada la aportación, mientras dura la sociedad, el socio no puede ser obligado a aportaciones suplementarias".(4)

Si hubiere pérdidas de capital y se liquida la compañía caben tres hipótesis: a) El capital se pierde parcialmente; b) El capital se pierde totalmente; y, c) Las pérdidas sobrepasan al capital social.

En el caso a) tendríamos que si un socio aportó los $\frac{3}{4}$ del capital social y el otro, $\frac{1}{4}$, entonces el primero soportaría en las pérdidas los $\frac{3}{4}$ del total, y el segundo, $\frac{1}{4}$. La parte de capital que no se perdió se repartiría en esa misma proporción. Por ejemplo

Pedro aportó 75 y Juan 25. Las pérdidas fueron 50. Pedro pierde 37.50 y Juan 12.50. En esta misma proporción se les reintegraría el remanente.

En el caso b), al perderse totalmente el capital social, no se restituye nada a ninguno. Todos pierden su aportación.

En el caso c), o sea cuando las pérdidas fueron superiores al capital social, los socios colectivos, en virtud de su responsabilidad ilimitada tendrían que hacer nuevos desembolsos para cubrir, a prorrata de su aportación social, la parte de las pérdidas en cuanto excedieron al capital de la compañía, siempre que los acreedores hicieran caso omiso de la solidaridad establecida a su favor. Por ejemplo: Pedro aportó 75 y Juan 25: total 100. Las pérdidas fueron de 150. Pedro desembolsaría 37.50 y Juan 12.50.

Las soluciones anteriores son en la hipótesis de que los socios hayan satisfecho íntegramente sus aportes; de no ser así, tendrían que completarlos si fuere necesario para verificar los cálculos respectivos.

Los socios, en cualquier tipo de compañía, pueden pactar libremente la forma de repartir las utilidades y las pérdidas, siempre que bajo esa libertad no se encubran pactos leoninos, ni se burle la buena fe de los socios ni de los terceros.

En las compañías civiles cuando nada se ha estipulado en el contrato "se entenderá que la división de los beneficios o de las pérdidas, debe ser a prorrata de los valores que cada socio haya puesto en el fondo social" (Art. 1826 C.). Si es un socio industrial y "no hubiere estipulación que determine su cuota en los beneficios sociales, se fijará esta cuota en caso necesario por el Juez; y si ninguna estipulación determinare la cuota que le quepa en las pérdidas, se entenderá que no le cabe otra que la de dicha industria, trabajo o servicio" (Art. 1827 C.).

Complementando las reglas citadas, el Art. 1828 C. dispone: "La distribución de beneficios y pérdidas no se entenderá ni respecto de la gestión de cada socio, ni respecto de cada negocio en particular.-- Los negocios en que la sociedad sufre pérdida deberán compensarse con aquellos en que reporta beneficio, y las cuotas estipuladas recaerán sobre el resultado definitivo de las operaciones sociales. Sin embargo..."

Ese resultado definitivo ha de entenderse limitado a los ejercicios económicos anuales, porque de lo contrario habría de esperarse la liquidación final de la sociedad para saber si ha habido utilidades. No sucede lo mismo respecto de las pérdidas, pues éstas según se dijo, se establecen propiamente hasta la finalización de las operaciones sociales al liquidarse la compañía.

En cuanto a las colectivas mercantiles se siguen las siguientes reglas: a) "Los socios capitalistas dividirán entre sí las ganancias y pérdidas en la forma que se hubiese estipulado. A falta de estipulación las dividirán a prorrata de sus respectivos capita-

les" (Art. 190 Com.); b) "Si alguno de los socios entrase sólo con su industria, sin valor estimado previamente, o sin previa designación de la cuota que debe percibir, y no viniese a un acuerdo con los otros socios, tendrá en tal caso la parte que por árbitros le sea asignada.-- El socio industrial no responde de las pérdidas sociales, salvo pacto en contrario" (Art. 191 Com.).

Ante el silencio de los Códigos Civil y de Comercio de cómo han de distribuirse las ganancias y las pérdidas del socio colectivo cuando aporta a la vez bienes e industria, creemos que se aplican conjuntamente las reglas establecidas para el socio capitalista y para el socio industrial.

Normalmente los socios tienen derecho a las utilidades provenientes de las operaciones de la compañía; excepcionalmente pueden participar en las correspondientes al socio que renuncia de mala fe, o renuncia intempestivamente, o se retira de hecho de la sociedad sin renunciar, de acuerdo con los Arts. 1869, 1870 y 1871 del Código Civil. Dice el Art. 1869: "Renuncia de mala fe el socio que lo hace por apropiarse una ganancia que debía pertenecer a la sociedad; en este caso podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar exclusivamente las pérdidas si el negocio tuviere mal éxito.-- Podrán asimismo excluirle de toda participación en los beneficios sociales y obligarle a soportar su cuota en las pérdidas". El último inc. del Art. 1870 prescribe: "Los efectos de la renuncia de mala fe indicados en el inciso final del artículo precedente, se aplican a la renuncia intempestiva". Finalmente, el Art. 1871 estatuye: "Las disposiciones de los artículos precedentes comprenden al socio que de hecho se retira de la sociedad sin renunciar". También se aprovechan los socios de las ganancias del socio industrial en el caso del Art. 214 Com.

C) RESARCIMIENTO DE GASTOS E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Si los socios ya han satisfecho los aportes, cualquier otro desembolso de su parte a favor de la compañía les es reintegrado, en determinados casos, e igualmente se les resarcen los perjuicios de carácter patrimonial si han tenido su origen en la gestión de los negocios de aquélla, en los supuestos señalados por la ley. En esto juega un primordial papel la diferencia entre patrimonio de la sociedad y patrimonio particular de los socios, pues perteneciendo a sujetos distintos han de mantenerse separados.

Hay, sin embargo, algunos desembolsos no reintegrables, como lo son los contemplados en la regla 3a. del Art. 1839 C., o sea cuando un socio obliga a los otros a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales.

El derecho del socio al reembolso y resarcimiento de perjuicios, lo contempla el Art. 1847 C. de la siguiente manera: "Cada socio tendrá derecho a que la sociedad le reembolse las sumas que él hubiere adelantado con conocimiento de ella, por las obligaciones que para los negocios sociales hubiere contraído legítimamente y de

buena fe; y a que le resarza los perjuicios que los peligros inseparables de su gestión le hayan ocasionado. Cada uno de los socios será obligado a esta indemnización a prorrata de su interés social, y la parte de los insolventes se partirá de la misma manera entre todos".

Adviértase que tanto el reembolso como el resarcimiento de perjuicios corre a cargo de la sociedad; o sea que el socio interesado no puede accionar directamente contra los otros socios para obligarlos a la indemnización, como pudiera creerse del texto del segundo inciso del Art. 1847 C.

El precepto transcrito es aplicable a la compañía colectiva mercantil, con base en el Art. 1874 C., ya que no hay ninguna disposición semejante ni opuesta en el Código de Comercio.

Para tener derecho al reembolso, es necesario que:

a) El socio adelante sumas sin estar obligado a ello por ningún concepto. Si el socio adeuda a la compañía y paga antes del vencimiento, o se le ha concedido plazo para cancelar sus aportes y se anticipa al pago, eso no sería reembolsable.

b) La sociedad ha de tener conocimiento de esos adelantos. Propiamente el socio actúa como un mandatario y es él quien adelanta esas sumas de su propio peculio. En el fondo, es un préstamo sin intereses, porque es en beneficio de la sociedad y en tal carácter indirectamente le favorece a él al igual que a los demás socios; pero no se opone al abono de intereses, ya que si un extraño diera prestado el dinero, seguramente los pactaría y quizás en una tasa más alta.

c) Las obligaciones en las cuales se hubieren adelantado las sumas deben derivar de negocios de la sociedad. No lo serían, v.gr., si los adelantos fueran para cancelar los aportes de otro socio.

d) Las obligaciones cubiertas con los fondos del socio han de ser legítimas, esto es, que él tenga facultades para contraerlas a nombre de la compañía.

e) La actuación del socio ha de ser de buena fe; es decir, que los adelantos no hayan tendido a beneficiarle directa o indirectamente a él o a terceros. No habría buena fe si el socio para vender favorablemente una cosa de su propiedad lo hace por interpósita persona y adelanta el precio a nombre de la compañía.

En las condiciones dichas, si un socio, siendo gestor de una compañía cuyos fondos no son suficientes para cancelar una deuda vencida y aquél los adelanta de su propio caudal y la redime, o adquiere bienes para el mejor funcionamiento de la compañía, entonces ésta queda obligada al reembolso.

Para el resarcimiento de perjuicios al socio es indispensable:

a) Que al socio se le hayan ocasionado efectivamente perjuicios de carácter patrimonial. El perjuicio moral, mientras no tenga repercusión en el patrimonio, no es resarcible.

b) Que los perjuicios provengan directa y necesariamente de su gestión social; es decir, que haya una relación de causa a efecto.

c) Que el socio esté facultado legal o contractualmente para gestionar a nombre de la sociedad; de lo contrario, sería un agente oficioso. No lo dice la ley, pero así debe entenderse.

d) Que los daños no los haya sufrido por su culpa ni provengan de fuerza mayor o caso fortuito. De no ser así, el socio soportaría las consecuencias. Tampoco expresa esto el Código Civil, por lo que, en el silencio de la ley, se aplican las reglas generales.

Téngase en cuenta, además, que tanto el Código Civil como el de Comercio, equiparan a los administradores de las compañías con los mandatarios, de donde se puede aplicar por analogía la obligación del mandante respecto del mandatario de "indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato". (Art. 1918 C., ord. 5o.).

A tenor del Art. 1847 C. si un socio a causa directa e inseparable de su gestión sufre perjuicios, es indemnizado, y tal indemnización es a cargo de todos los socios "a prorrata de su interés social, y la parte de los insolventes se partirá de la misma manera entre todos". En otras palabras, incluso el socio a quien se indemniza sufre su parte en los perjuicios; de otra manera no podría justificarse un privilegio de esa naturaleza, si sólo los demás cargarán con esa obligación.

Las leyes emplean con mucha frecuencia las frases resarcimiento de perjuicios e indemnización de perjuicios como sinónimas. ¿Se entenderá del mismo modo el resarcimiento de perjuicios a que alude el Art. 1847 C.?

Antes de todo, veamos qué comprende la indemnización de perjuicios según el Código Civil.

"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente" (Art. 1427 C).

Conforme a la disposición anterior, la indemnización procede cuando: a) La obligación no se ha cumplido; b) El cumplimiento de la obligación ha sido imperfecto; y, c) El cumplimiento de la obligación es tardío.

Daño emergente es el realmente sufrido: doy a mutuo una cantidad de dinero y el deudor no cancela su deuda o sólo paga parcialmente. Lucro cesante es lo que el acreedor deja de ganar por no cumplírsele la obligación en las condiciones pactadas.

De Alessandri y Somarriva tomamos lo siguiente: "Para ilustrar esta idea hay un ejemplo clásico entre los autores: Se contrata a un actor para que trabaje en un teatro. El empresario hace los gastos de propaganda. Después el actor se niega a trabajar: entonces el empresario tiene derecho a pedir indemnización de perjuicios, en la cual el daño emergente lo constituyen los gastos de propaganda que ha hecho y el lucro cesante la utilidad que habría obtenido si el actor hubiera trabajado en su teatro".(5)

No continuamos con el estudio de la indemnización de perjuicios, porque estimamos que no es equiparable al resarcimiento de perjuicios, previsto en el Art. 1847 C.

Apoyamos nuestra opinión en lo siguiente:

a) Antes de que se causen los perjuicios por indemnizar, hay entre las partes una relación de acreedor y deudor; mientras que entre los socios y la compañía el resarcimiento se genera a consecuencia de los perjuicios, y no existe antes la relación mencionada.

b) Al acreedor se le indemnizan los perjuicios cuando no se le ha cumplido una obligación preexistente, o se le cumple imperfectamente, o se le retarda el cumplimiento; en tanto en la compañía no se está en ninguno de esos casos, precisamente porque su obligación no tiene su origen en otra anterior: la causa de su obligación se encuentra en el hecho de que el socio sufra perjuicios debidos a su gestión.

c) La indemnización de perjuicios se origina en un hecho o culpa del deudor, en cuanto al cumplimiento de su obligación; en la sociedad no ocurre lo mismo, pues ésta antes de los perjuicios sufridos por el socio no tenía para con él una obligación parecida.

d) El acreedor, en muchos casos, puede exigir el cumplimiento de la obligación primitiva juntamente con la indemnización de perjuicios; en cambio, el socio sólo tiene derecho al resarcimiento de los perjuicios, pues no preexiste otra obligación a su favor. Confirma nuestra opinión el concepto de indemnización de perjuicios propuesto por Alessandri y Somarriva: "Puede decirse que consiste en el derecho que tiene el acreedor con respecto al deudor para que éste le pague una cantidad de dinero equivalente a lo que habría valido el cumplimiento íntegro de la obligación".(6)

e) Al acreedor corriente se le indemnizan íntegramente los perjuicios; en las compañías, como antes se expresó, el resarcimiento de perjuicios no es total al socio que los sufre, porque también él soporta, como todos los socios, su propia cuota.

D) PROHIBICION DE CONCURRENCIA

La actividad mercantil se estancaría y no buscaría nuevos derroteros si no interviniera un acicate poderoso: la competencia. Gracias a ella las compañías mercantiles y demás comerciantes se esmeran por ofrecer al público servicios, mercancías, etc. de la mejor

calidad, a fin de excluir a sus competidores, actitud no criticable si emplean medios lícitos, si se ciñen a principios no reñidos con la lealtad. Las leyes de los países se encargan de evitar la concurrencia o competencia desleal, con el propósito de marginar los efectos perjudiciales que ella produce.

La libre competencia es provechosa mientras esté encauzada dentro de los límites de la fidelidad, por cuanto permite el libre juego de la oferta y la demanda en la fijación de precios. Si se varía ese orden los actos se tornan censurables moralmente en unos casos, o ilícitos penal o civilmente, en otros, según las legislaciones.

Si la competencia desleal repugna en términos generales, en el caso de los socios colectivos alcanza una gravedad mayor, atendiendo a que en las sociedades colectivas la confianza mutua de sus miembros no puede faltar en ningún momento, por ser ese elemento el principal puntal de aquéllas desde su formación hasta que se liquidan. Por tal motivo, los socios no se ocultan los pormenores y secretos de la empresa, y en esas condiciones, si uno de ellos se aprovecha en su interés particular, es preciso que sea sancionado. Esa es la razón que justifica la previsión de las legislaciones al proteger a los que de buena fe se ven perjudicados económicamente por quienes, en vez de velar por el fortalecimiento económico de la compañía, se valen de su posición para realizar en su beneficio, operaciones iguales o similares a los negocios cuya gestión se les ha confiado.

La ley prohíbe esa conducta de los socios, precisamente por vulnerarse una obligación de fidelidad, contraída por el mismo hecho de asociarse, ya que la colaboración común esperada, se ve frustrada por la acción traicionera del socio, quien prefiere atraerse a sí los negocios que debieran haber sido de la sociedad. En esta ocasión son certeras las palabras de Brunetti: "La competencia afecta a los fines de la sociedad, comprometiendo su éxito económico; pasa a ser la antítesis de la colaboración" (7), porque en la colectiva la mutua confianza de los socios desaparece si falta la lealtad, y trae, normalmente, como consecuencia, desequilibrios económicos que inciden en la economía particular de los socios, pues éstos pierden lo que la compañía deja de ganar por la actitud desleal del socio.

La prohibición comentada está regulada por el Art. 212 Com. de la siguiente manera:

"Se prohíbe a los socios en particular: --4o. Explotar por cuenta propia el ramo de la industria en que gire la sociedad, y hacer sin consentimiento de todos los consocios, operaciones particulares de cualquier especie, cuando la sociedad no tuviere un género determinado de comercio.-- Los socios que contravengan a estas disposiciones, serán obligados a llevar al acervo común las ganancias, y a soportar individualmente las pérdidas que resultaren".

La legislación de México y de otros países prohíben, además,

a los socios realizar operaciones por cuenta ajena, si son concurrentes con las efectuadas por la compañía, e incluso se prohíbe al socio formar parte de otra sociedad si en ella debe responder ilimitadamente. La sanción a los infractores es más severa, incluso puede separárseles de la compañía.

El tratadista mexicano Rodríguez Rodríguez, comentando la ley de su país expresa: "Sin duda la ley ha incurrido en una omisión al no extender la prohibición de concurrencia a los administradores" (8). Lo mismo agregaríamos nosotros, en vista de que en las colectivas no necesariamente la administración está encomendada a los socios.

Previendo todas esas situaciones el proyecto de Código de Comercio, en el inc. lo. del Art. 48 declara: "Se prohíbe a los socios y a los administradores de las sociedades de personas: ---III.- Explotar por cuenta propia o ajena el mismo negocio o negocios de la sociedad, formar parte de sociedades que los exploten o realizar operaciones particulares de cualquier especie cuando la sociedad no tuviere género determinado de comercio, salvo disposición expresa de la escritura constitutiva o autorización de todos los socios. Los socios que contravengan..."

Un ligero análisis del ordinal 4o. del Art. 212 Com. permite observar que a los socios, administren o no, se les prohíbe:

a) "Explotar por cuenta propia el ramo de la industria en que gire la sociedad". Si actúan por cuenta ajena, v.gr., comisionistas, agentes o corredores, o como socios de otras compañías, la prohibición no les alcanza.

Es oportuno recordar la exigencia del Art. 169 Com., ord. 3o., de insertar en el pacto social "los negocios sobre que deba versar el giro de la sociedad".

b) Si la sociedad no tiene un género de comercio determinado, v.gr., el comercio en general, para realizar operaciones particulares de cualquier especie, es necesario el consentimiento de todos los socios.

Adviértase en este segundo caso lo siguiente: no se exige a los socios el requisito de explotar por cuenta propia las operaciones particulares, lo cual significa que la prohibición comprende al socio tanto si realiza operaciones particulares por cuenta propia como ajena.

Siendo la prohibición contenida en el ord. 4o. del Art. 212 Com. de carácter privado, pueden los socios autorizar a uno de ellos, de una manera general o especial, ya en el pacto social o por separado, para efectuar operaciones paralelas a las de la sociedad. La autorización puede ser amplia o circunscrita a operaciones particulares, y en este último caso "Los socios no podrán negar la autorización que solicite alguno de ellos para realizar una operación mercantil, sin acreditar que las operaciones proyectadas les deparan un

perjuicio cierto y manifiesto" (Art. 213 Com.). Este precepto es harto justificado: evita el abuso del derecho de los demás socios. Ellos están facultados para negar la autorización si los negocios en proyecto les causan perjuicios; de no ser así, simplemente la estarían negando por puro capricho.

Normalmente, en las sociedades colectivas los socios son los encargados de la administración social; y aun cuando no lo sean, los socios, en virtud de los derechos de control y de información, siempre están en posibilidad de conocer el estado de la administración de la compañía. Probablemente por ese motivo el Código de Comercio no distingue entre socios administradores y no administradores, por que unos y otros podrían, en su provecho, prevalerse del conocimiento del estado de los negocios de la compañía.

La sanción impuesta a los socios contraventores, o sea la de llevar a la masa común las ganancias obtenidas por ellos en la explotación de negocios que debieron haber sido de la compañía, nos parece correcta; sin embargo, estimamos superfluo decir que si hubiere pérdidas el socio infractor las soportará individualmente, pues si las operaciones las realizó él con sus propios fondos y en nada le concernían a la sociedad, no tiene ésta ninguna obligación de resarcirlo, aunque la ley no lo dijera. En cambio si el socio utilizó indebidamente los fondos sociales, entonces la situación es distinta, y estaría contemplada en el ordinal 2o. del tantas veces citado Art. 212 Com.

La analogía mostrada por Brunetti entre el prestador de trabajo y el socio es interesante. El primero traiciona la obligación de fidelidad, al ocuparse de negocios propios o ajenos, iguales o similares a los desarrollados por su patrono, ya sea divulgando los secretos del empresario, referentes a la organización y métodos de producción o si hace uso de ellos y perjudica a aquél; pero, dice Brunetti, en comparación del prestador de trabajo "la posición del socio es más grave, porque utiliza en su favor el patrimonio de conocimientos y relaciones que posee como administrador de la sociedad. El daño que ocasiona a ésta puede ser, por consiguiente, más grave".
(9)

Las leyes sancionan con mayor severidad al prestador de trabajo en determinadas circunstancias, tratándose de la revelación de los secretos de empresa. En el Art. 455 Pn. se lee: "El encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que con perjuicio del dueño revelare los secretos de su industria, será castigado con seis meses de prisión mayor."

Algunas legislaciones mencionan expresamente la indemnización de perjuicios a favor de las sociedades, cuando los socios violan la prohibición de concurrencia; en nuestro país únicamente se habla de llevar a la masa común las ganancias percibidas por el socio desleal. ¿Podrían en El Salvador exigirse los daños y perjuicios? Creemos que sí, con base en el Art. 1851 C., siempre que se comprueben los perjuicios sufridos. El artículo en mención dice: "Todo so-

cioes responsable de los perjuicios que aun por culpa leve haya causado a la sociedad, y no podrá oponer en compensación los emolumentos que su industria haya procurado a la sociedad en otros negocios, sino cuando esta industria no pertenciere al fondo social". Manifestado de distinta manera, si las ganancias del socio desleal llevadas al fondo de la compañía no cubrieren los perjuicios irrogados a ésta, o si no se llevaren tales ganancias por no haberlas tenido el socio, se aplicaría la disposición citada.

Si las sociedades están en período de liquidación no opera la prohibición de concurrencia, en opinión de numerosos autores.

Respecto a las sociedades anónimas, la prohibición examinada, está concebida así: "Los directores de cualquier sociedad anónima no podrán ejercer personalmente comercio o industria iguales a los de la sociedad, a no ser en los casos en que medie autorización especial expresamente concedida en Junta General" (Art. 261 Com., último inciso). Por lo regular, es en la escritura social donde se indica que los directores de esas sociedades pueden ejercer personalmente el comercio o la industria iguales a los de la compañía.

E) DERECHO DE INFORMACION

Jurídicamente las compañías, por estar dotadas de personalidad, poseen un patrimonio propio, el cual se acrecienta con las operaciones lucrativas que realizan; si jurídicamente eso es así, en la realidad las cosas se muestran de diversa manera, porque en definitiva las utilidades obtenidas por aquéllas van a engrosar el patrimonio particular de los socios, así como las pérdidas sufridas por las mismas también les afectan a éstos. Por esa razón, los socios, administran o no, son los principales interesados en la buena marcha de los negocios sociales, y eso es, además, el fundamento por el cual la ley les concede una serie de derechos encaminados a tutelar sus intereses. Algunos de los derechos de los socios en relación a la administración social, son: de control y vigilancia, de denuncia y de reclamación, de nombrar interventores, de aprobar cuentas, de pedir la separación de los administradores, etc. Todo eso es posible mediante el derecho de información concedido a los socios, en virtud del cual los administradores están obligados a darles noticias o a permitirles enterarse del estado económico y financiero de la compañía.

La administración social supone una serie de actos materiales y jurídicos, realizados por quienes han sido designados por el pacto constitutivo o en subsidio por la ley. La regla general en las colectivas es que los socios sean los administradores natos, y en ese carácter están en posibilidad de conocer el estado de los negocios en un momento dado. Ese es el orden normal, pero puede suceder que por cualquier motivo uno o más socios no tengan encomendada la gestión social, o aun estando al frente de ella actúen separadamente, en determinados casos, lo cual no les permite enterarse plena y debidamente cómo se lleva aquélla: es aquí donde cumple su fundamen

tal cometido el derecho de información.

El Código Civil, en el Art. 1838, inserto en el Capítulo "De la Administración de la Sociedad Colectiva", estatuye: "El socio administrador es obligado a dar cuenta de su gestión en los períodos designados al efecto por el acto que le ha conferido la administración, y a falta de esta designación anualmente". Este artículo se a aplica igualmente a las sociedades mercantiles, ateniéndose al Art. 1874 C.

Los administradores dan cuenta de su gestión a la compañía, porque actúan a nombre de ella, pero siendo una persona jurídica en rigor son los socios quienes reciben la cuenta de esa gestión. Por otra parte, los administradores de las sociedades colectivas aunque no se asimilan totalmente a los mandatarios, el Código de Comercio los conceptúa como tales, y en ese carácter deben dar cuenta a su mandante, o sea la sociedad, pero también la dan a los socios, pues "Cuando el contrato social no designa la persona del administrador, se entiende que los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar..." (Art. 194 Com.).

Desde luego la sola obligación de los administradores de dar cuenta de su gestión en la época establecida no garantiza suficiente mente a quienes no intervienen en ella, y a pesar de eso responden so lidaria e ilimitadamente; por ese motivo, el Art. 210 Com. consagra la siguiente facultad: "En las compañías colectivas, todos los socios, administren o no, tendrán derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad, y a hacer, con arreglo a los pactos consignados en la escritura de la sociedad o las disposiciones generales del derecho, las reclamaciones que creyeren convenientes al interés común".

De ese modo los socios colectivos están en aptitud de conocer el estado de los negocios, y de adoptar las medidas conducentes a re mediar las anomalías observadas. Hemos advertido que algunos actos realizados por los socios, pueden ser ignorados por los otros, incluso teniendo todos la administración; además, la contabilidad, normalmente, es llevada por personas particulares contratadas al efecto; por esa razón el Código de Comercio concede el derecho a examinar el estado de la administración y de la contabilidad a todos los socios, administren o no.

En el Código de Comercio en proyecto se regula el derecho de información, en el Art. 83, así: "Los administradores están obli gados a dar a conocer a los socios, por lo menos anualmente, la situación financiera y contable de la sociedad, incluyendo el balance general correspondiente y el estado de pérdidas y ganancias".

Esto lo complementa el proyecto del siguiente modo: "Los so cios que no son administradores podrán nombrar un interventor que vigile los actos de administración y tendrán el derecho de examinar por sí o por expertos debidamente autorizados, el estado de aquélla

y la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen convenientes".

F) GESTION DE LA SOCIEDAD

Poner algo en común y pretender realizar ciertos fines con el propósito de repartirse los beneficios provenientes de aquéllos, son la mira de quienes le dan vida a la sociedad o compañía. Como en la realización de cualquier fin siempre intervienen la actividad humana, necesariamente en el desarrollo de los objetivos sociales, habrá de requerirse la presencia de personas físicas actuando en calidad de administradores o de representantes de las compañías.

En el funcionamiento de las sociedades concurren dos actividades fundamentales: una de carácter interno, que es la administración o gestión social; y otra, que se vierte al exterior, y es la representación de la sociedad, por medio de la cual se establecen las relaciones de ésta con los terceros. Son, pues, la administración y la representación de las compañías, cosas distintas. Esa separación, no obstante, resulta un tanto difícil hacerla en determinados momentos ya que, como explica Garrigues, "La dificultad práctica de distinguir entre sí ambos conceptos se debe a que, en la casi totalidad de los casos, la facultad de gestión y de representación concurren en la misma persona (el gestor es al mismo tiempo representante")(10).

En lo tocante a la sociedad colectiva, priva el criterio doctrinal y legislativo de conferir la administración y la representación a todos y cada uno de los socios, salvo pacto en contrario, fundándose, principalmente, en el principio de que a mayor responsabilidad debe haber mayor participación en el funcionamiento y vida de esas sociedades.

Sumamente discutida es la posición jurídica de los administradores y de los representantes de las sociedades colectivas. Sobre ello, las opiniones de los autores han sido variadas. Algunos los consideran mandatarios en su verdadero sentido; mientras otros, les niegan de plano ese carácter, o bien admiten la aplicación de ciertas reglas del mandato, a pesar de reconocer la falta de identidad de este contrato con la situación jurídica de aquéllos. La legislación positiva de muchos países, incluso la nuestra, contribuyen a aumentar esas dudas.

Algunas opiniones vertidas a ese respecto las condensa Rodríguez Rodríguez, así: "En general, los autores franceses e italianos coinciden en apreciar la existencia de un mandato en las relaciones que ligan a los administradores de la colectiva con ésta; pero, en la doctrina alemana, desde hace tiempo y en la doctrina italiana más moderna se considera que no puede hablarse de una verdadera relación de mandato, teniendo en cuenta, especialmente, que el mandato supone una relación de índole fundamentalmente voluntaria, en tanto que la sociedad utiliza administradores y representantes en virtud de una necesidad insuperable". Más adelante continúa: "En resumen, po-

demos decir que ni los administradores ni los representantes de la colectiva son mandatarios, aunque las reglas del mandato pueden aplicarse supletoriamente para cubrir las omisiones de la ley" (11).

Para citar a uno siquiera de los que consideran mandatarios a los administradores de las sociedades, transcribimos las palabras de Manresa y Navarro, quien, comentando un artículo atinente a la administración de la colectiva civil, dice: "Pero haciendo aplicación de los principios generales acerca del contrato de mandato, que tanta relación tiene con la materia de que nos ocupamos, pues los socios administradores de la sociedad son unos verdaderos mandatarios..." (12).

Sumariamente se verán algunas opiniones que niegan a los administradores de la sociedad colectiva la calidad de mandatarios.

Rodríguez Rodríguez, a quien ya nos referimos, sostiene que los administradores de las colectivas no son mandatarios, porque:

a) El mandato es un contrato y, por ende, presupone al menos dos partes; en cambio en el nombramiento de administradores "debe verse un acto unilateral". Refuerza su tesis mencionando a los tratadistas siguientes: Vivante, Brunetti, Ascarelli, Rocco.

También hace notar que incluso quienes admiten la exteriorización de la voluntad social mediante asambleas, no aceptan que los administradores sean mandatarios.

b) El contrato de mandato supone un acto de voluntad, pues el mandante puede conferir un mandato si lo desea, pero no está obligado a hacerlo. La sociedad no tiene la alternativa de nombrar o no a sus administradores, y sólo tiene un camino: designarles por imperativo legal. Consecuentemente, la falta de posibilidad contractual, debido a la imperatividad del nombramiento, no permite afirmar que los administradores sean mandatarios.

El autor comentado concluye que no es contractual el nombramiento de los administradores; que se trata propiamente de un caso de representación necesaria, derivado de un acto unilateral de la asamblea, por lo cual la estructuración jurídica de los administradores se asemeja a la de los tutores o de los albaceas, que representan necesariamente a los incapacitados o a las herencias. El tratadista mexicano niega, pues, la condición de mandatarios a los administradores, incluso en la legislación de su país, aun admitiendo que en ella se les conceptúa como tales y además les alcanza una responsabilidad igual a la de los mandatarios; sin embargo, expresa que a su juicio esos preceptos legales si bien no pueden desconocerse, sólo "tienen la eficacia de indicarnos que a falta de disposiciones especiales, la estructura jurídica de los administradores se regirá por las reglas del mandato" (13).

Joaquín Garrigues, después de indicar que los gestores adoptan respecto de la sociedad una posición semejante a la de los mandatarios, si se concibe el mandato en su puro contenido obligacional,

termina por afirmar: "Los gestores son, más que mandatarios, órganos de la administración social y tienen este carácter por el hecho de ser socios, si la administración de la compañía no se hubiese limitado por un acto especial a alguno de los socios" (14). Señala el mismo autor que la doctrina atribuye a los administradores el carácter de mandatarios, porque confunde, generalmente, los conceptos de mandato y poder.

Por un rumbo distinto llega Brunetti a la conclusión de que los administradores no son en realidad mandatarios. Parte del estudio de la administración desde dos aspectos: como un derecho y como una obligación. Es un derecho por cuanto corresponde a los socios participar en la administración de las compañías; pero también es una obligación, porque las sociedades personales deben ser administradas por los socios, o sea que han de colaborar en la realización de los fines comunes, y correlativamente están facultados para pretender de los demás una prestación análoga. En corroboración a su tesis dice: "El socio es administrador porque es socio y no porque sea mandatario de los demás socios; es responsable ilimitadamente porque es administrador; si fuese un simple mandatario no se concebiría tal responsabilidad"(15).

Desarrollando el pensamiento de Soprano, Brunetti explica que si los administradores son nombrados en el contrato social, entonces se presume que el nombramiento representa para el designado un derecho y un deber, quedando investido de esa gestión mientras dure su condición de socio. Por esas razones, la sociedad no puede revocar arbitrariamente el cargo, ni el socio actuaría legítimamente renunciándolo sin motivos justificados; los demás socios tampoco pueden embarazar las operaciones realizadas por el socio dentro de los límites de sus atribuciones, ni revocarle el nombramiento si no media causa legítima. La situación del administrador no socio es diferente, pues éste actúa como encargado dependiente, y en esa virtud no le es permitido sobrepasar los límites impuestos por los socios.

Las ideas de Vivante, recogidas por Brunetti, son bastante elocuentes. Son las siguientes: "También Vivante, aun admitiendo que los administradores son, en su esencia, mandatarios de la sociedad porque deciden sobre sus asuntos, se apresura a añadir que tienen caracteres propios. Sus poderes y su compensación están regulados en consideración a su condición de socios; no tratan solamente en interés de la sociedad, sino también en el propio, que no es ajeno a aquél, por lo que les está concedido sobrepasar los límites que son insuperables para el mandatario; concurren con su propio voto a crear la propia representación y cuando la han obtenido con el contrato social la ejercen irrevocablemente, incluso contra la voluntad y sin la confianza de los demás socios" (16).

Cuestión interesante considerada por Brunetti es la de que no debe confundirse la obligación de administrar con la obligación de aportar, cuando ésta consiste en la aportación del propio trabajo, tratándose del socio industrial. Si bien el deber de administrar es

de la esencia de la sociedad, porque sin ella no podría realizarse el fin común perseguido por los socios, también lo es que ese deber únicamente es a cargo de aquéllos cuando en el contrato se les confía la gestión y se prescinde de personas extrañas. "Si administrar -dice Brunetti- tuviese el mismo significado que aportar servicios, existiría eventualmente una categoría de socios que no aporte nada" (17). Esa opinión nos parece acertada.

También es interesante la posición de Rodríguez R., al descartar la posibilidad de que se considere a los administradores de las sociedades, ligados por una relación de trabajo. Aduce varias razones para robustecer su tesis, entre ellas, la de que el concepto de trabajador presupone una prestación de servicios en interés ajeno, subordinado y remunerado, etc., por lo que "los administradores de las sociedades no puede decirse que actúan en interés ajeno, ni en cualquier caso, aunque sean extraños a la sociedad, puede decirse que actúan en una situación de subordinación, puesto que son ellos lo que forman auténticamente la voluntad social" (18).

De todo lo dicho se ve que existen muchas razones para negar a los administradores el carácter de mandatarios, pero debe advertirse que aún no se ha logrado doctrinalmente una explicación certera, sobre cuál es la exacta condición de aquéllos. La duda se acentúa en presencia de muchos casos en que la posición de los administradores no difiere de la de los mandatarios, e incluso la ley expresamente les da ese carácter, v.g., Art. 209 Com., o la misma enmarca la actuación de los administradores dentro del mandato, y a cada momento alude a "respectivo mandato", "ceñirse a los términos del mandato", "simple mandatario", "mandato ordinario", etc.

I.- Designación de los Administradores

La regla general es que el nombramiento de los administradores de las sociedades colectivas recaiga en los socios; pero eso no es forzoso: también se permite nombrar a personas extrañas. "especto a las colectivas mercantiles, lo consigna expresamente el Art. 193 Com.: ~~La~~ administración corresponde de derecho a todos y a cada uno de los socios, y éstos pueden desempeñarla por sí mismos o por delegados, sean socios o extraños". En el Código Civil, en el Capítulo "De la administración de la Sociedad Colectiva", no aparece una disposición equivalente, pero la definición dada por el inciso 2o. del Art. 1819 C. de que "La sociedad colectiva es aquella en que todos los socios administran por sí o por su mandatario elegido de común acuerdo", se colige que en la administración social se permite la intervención de personas extrañas.

Conforme al Art. 78 del proyecto de Código de Comercio, el administrador o administradores de la colectiva, pueden ser socios o extraños; y si contra el voto de un socio se nombra administrador a un extraño, se concede a ese socio el derecho a separarse de la sociedad.

Los administradores pueden ser nombrados: a) En el pacto social, tanto si el nombramiento se verifica al momento de constituirse la compañía, como si es posterior, por modificación de la escritura pública de constitución; y, b) Por un acto ulterior acordado unánimemente por los socios.

En ambos supuestos el nombramiento corresponde hacerlo a los socios. En la primera hipótesis las facultades del socio administrador constituyen una condición esencial del contrato de sociedad, se considera como un presupuesto de la voluntad de asociarse, salvo pacto en contrario (Art. 1829 C., inc. 2o.), y no puede renunciarse el cargo a menos de justificar una causa prevista en el pacto social, o que los socios unánimemente lo acepten; tampoco pueden ser removidos del mismo, salvo "en los casos previstos en la escritura social o por causa grave; y se tendrá por tal la que le haga indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente". La renuncia o remoción acordadas sin llenarse los requisitos citados, es causal para dar fin a la sociedad. (Art. 1830 C.).

La compañía puede continuar si la renuncia del socio administrador designado en la escritura social o la remoción de aquél, son justas y si todos los socios lo acuerdan y designan un nuevo administrador, o convienen en administrar todos los socios. Asimismo puede continuar la sociedad, a pesar de la renuncia o remoción, siendo justas, si en el pacto constitutivo aparecen nombrados otros administradores y se acuerda "unánimemente que ejerzan la administración los que restan" (Art. 1831 C.).

En el proyecto de Código de Comercio, Art. 79, se concede mayor libertad para nombrar y remover a los administradores de la colectiva, y aun cuando el administrador sea socio y se pacte su inmovilidad en la escritura social, siempre puede ser removido del cargo, en el caso previsto en el Art. 80 del citado proyecto.

En relación a la segunda hipótesis la respuesta la da el Art. 1832 C., así: "La administración conferida por acto posterior al contrato de sociedad, puede renunciarse por el socio administrador y revocarse por la mayoría de los consocios, según las reglas del mandato ordinario".

La designación del administrador en el contrato de sociedad o en acto separado, además de las señaladas también produce otras consecuencias, porque "El administrador nombrado por una cláusula especial de la escritura de la sociedad puede ejecutar, a pesar de la oposición de sus consocios excluidos de la administración, todos los actos y contratos a que se extienda su mandato, con tal que lo verifique sin fraude.--- Pero si sus gestiones produjesen perjuicios manifiestos a la masa común, la mayoría de los socios podrá nombrar le coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad". (Art.-207 Com.).

En las condiciones expuestas, si la actuación del socio administrador es de buena fe y no causa perjuicios manifiestos a la so

ciudad, los demás socios no tienen ninguna acción ni para revocarle el nombramiento ni para solicitar la disolución de la compañía.

En materia civil se observa algo parecido, pues el Art. 1833 C. establece: "El socio a quien se ha conferido la administración por el contrato de sociedad o por convención posterior, podrá obrar contra el parecer de los otros; conformándose empero, a las restricciones legales, y a las que se le hayan impuesto en el respectivo mandato. Podrá, con todo, la mayoría de los consocios oponerse a todo acto que no haya producido efectos legales".

Nótese que el Código Civil no sólo comprende al socio designado en el contrato de sociedad sino también al nombrado por convención posterior, y que en todo caso puede la mayoría de los socios oponerse a los actos del socio administrador mientras esos actos no hayan producido efectos legales.

A los administradores de las compañías colectivas se les permite renunciar a sus cargos y se les puede separar de los mismos.

Ya vimos cómo opera la renuncia y la revocación del nombramiento de los administradores designados en la escritura social; nos resta analizar eso mismo cuando el nombramiento ha sido acordado por convención posterior. A esto se refiere el Art. 211 Com., en los siguientes términos: "Si la facultad de administrar hubiere sido concedida por acto posterior al contrato de sociedad colectiva, será revocable como simple mandato por voluntad de los socios.-- Esta revocación habrá de acordarse por mayoría de los socios no administradores". En forma semejante se pronuncia el Art. 1832 del Código Civil: "La administración conferida por acto posterior al contrato de sociedad, puede renunciarse por el socio administrador y revocarse por la mayoría de los consocios, según las reglas del mandato ordinario".

Un ligero examen comparativo de esas disposiciones permiten apreciar:

a) El Código de Comercio comprende únicamente la revocación del nombramiento del socio administrador; el Código Civil incluye, además, la renuncia del mismo. Seguramente hay una omisión en el Código de Comercio, la cual no ha de entenderse como una prohibición al socio de que pueda renunciar.

b) En la colectiva mercantil la revocación la acuerdan los socios no administradores; en la civil los consocios, sean o no administradores. Esto es importante porque es posible que hayan varios administradores y sólo se quiera revocar el nombramiento de uno. En este caso los coadministradores y los demás socios podrían concurrir a tomar ese acuerdo.

c) En ambas sociedades, colectivas civiles y mercantiles, se precisa de simple mayoría para la revocación del nombramiento, siguiendo las reglas del mandato ordinario, o sean las contenidas en los Arts. 1924, 1925 y 1926 del Código Civil.

II. Silencio en el nombramiento de los administradores

En materia de administración de las compañías en nombre colectivo, la ley deja en amplia libertad a los socios en lo relativo a la designación de las personas que deban desempeñarla y a las facultades y deberes que les corresponden; pero la legislación, previendo algunas omisiones de los socios, se encarga de suplirlas. A esto va encaminado el Art. 192 Com., donde se deja sometido el régimen de la colectiva mercantil a los pactos contenidos en la escritura de sociedad, y en el silencio de ésta establece en los artículos siguientes las reglas aplicables. A algunas de éstas ya nos referimos.

En atención a lo expuesto, es posible que ni en la escritura de sociedad ni por acto posterior, se haya hecho la designación de los administradores. A estas hipótesis aluden los Arts. 194 Com. y 1839 C.

El texto del Art. 194 Com. es como sigue: "Cuando el contrato social no designa la persona del administrador, se entiende que los socios se confieren recíprocamente la facultad de administrar y la de obligar solidariamente la responsabilidad de todos sin su noticia y consentimiento". Esta es verdaderamente una autorización presunta o tácita.

A su vez el Art. 1839 C. estipula: "No habiéndose conferido la administración a uno o más de los socios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades expresadas en los Artículos precedentes y sin perjuicio de las reglas que siguen: la. Cualquier socio..."

De los preceptos anteriores y del Art. 193 Com., el cual claramente determina que la administración corresponde de derecho a todos y a cada uno de los socios, se colige que esa es la regla general en materia de administración de las colectivas: confiarla a los socios.

Atribuciones de los administradores

Las atribuciones de los administradores por lo general se consignan en el contrato de sociedad, sin perjuicio de las impuestas por la ley; en caso de que nada se disponga en el mencionado contrato, viene en auxilio el Art. 209 Com., así: "Si al hacer el nombramiento de administrador los socios no hubiesen determinado la extensión de los poderes que le confieren, el delegado será considerado como simple mandatario y no tendrá otras facultades que las necesarias para los actos y contratos enunciados en el Art. 195". Este Art. 195 Com. dispone que los socios administradores están facultados para realizar todos los actos y contratos que constituyen el giro ordinario de la compañía, o que fueren indispensables o conduzcan a realizar el fin social.

Con la colectiva civil ocurre otro tanto, pues el Art. 1835 C. estatuye: "El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato, y en lo que éste callare, se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella".

Si se repara en los artículos precedentes, se observará que es difícil hacer un corte neto entre la administración y la representación sociales, porque en la administración se presentan muchos casos de disposición y la adquisición de obligaciones que rebasan los bordes de la simple administración para situarse dentro de los linderos de la representación. Esa dificultad se debe a que, como expresamos antes, la facultad de administrar va unida, generalmente, a la representación; además, como expresa Rodríguez Rodríguez, "el concepto de administración no capta la esencia de los límites de actuación de los administradores. Corresponde a éstos más que un poder de administración, porque en las operaciones inherentes al objeto social, quedan comprendidos también los actos de disposición, en la medida en que no son contradictorios con la consecución del objeto social" (19). En esta misma dirección Manresa y Navarro, refiriéndose a los actos de administración del mandato civil, indica que no se puede dudar "que en los actos de buena administración implicarán alguna vez el ejercicio de un acto de dominio", y pone el ejemplo del administrador de un predio rústico que al vender los frutos, realiza, a la par que un acto de buena gestión, un acto de dominio, (20).

La dificultad de hacer la separación aludida se agranda y se hace más patente, si se considera la equiparación que se hace constantemente entre la administración y el mandato, pues son muchas las opiniones autorizadas que miran la representación como el fondo esencial del mandato; por ejemplo, Manresa y Navarro, estima que la esencia del contrato de mandato no debe buscarse en que sea gratuito o no, "lo principal consiste en obrar por cuenta ajena, en realizar actos jurídicos en nombre de otro, por lo que, la idea de la representación aparece como la substancia misma del pacto".(21)

Límites impuestos a los administradores

Cuando administran todos los socios tienen amplia libertad de disposición, salvo las limitaciones insertas en el pacto social y las de carácter legal. Si la administración no corresponde a todos los socios, debe estarse a una serie de restricciones de variada naturaleza, determinadas por el contrato de sociedad o bien por los socios a ciertos administradores.

En el Art. 200 Com. vemos que al delegarse la facultad de administrar en uno o más de los socios, los demás quedan inhibidos de intervenir, y según el Art. 203 Com. "Los administradores represen-

tan a la sociedad judicial y extrajudicialmente, pero si no estuviesen investidos de un poder especial, no podrán vender ni hipotecar los bienes inmuebles, ni alterar su forma, ni transigir, ni comprometer los negocios sociales de cualquier naturaleza que fueren".

La representación judicial y extrajudicial a que alude ese artículo, también la reproduce de distinta manera el Art. 201 Com.: "La facultad de administrar trae consigo el derecho de usar de la firma social". Esto último no necesariamente corresponde al socio administrador, porque según el Art. 183 Com., inc. lo., se puede conferir el uso de la razón social a una persona extraña a la sociedad.

Esas limitaciones son justificadas, por cuanto la venta e hipoteca de los inmuebles de la sociedad, normalmente, no quedan comprendidas dentro de las atribuciones de los administradores, lo mismo que la alteración de la forma de los mismos ni la facultad de transigir sobre ellos; tampoco podía dejarse a voluntad de los administradores someter a compromiso los negocios sociales de cualquier naturaleza, ya que ello implicaría dejar la decisión final del litigio en manos de terceros.

Naturalmente, si la venta de los inmuebles es parte de las operaciones que constituyen el giro ordinario de la sociedad, los administradores no necesitan de poder especial: la traba legal y contractual, desaparece; tampoco necesitan de ese poder para reparar los inmuebles de la compañía, cancelar hipotecas constituidas sobre ellos, ni para cubrir otras necesidades urgentes. (Art. 205 Com.).

La prohibición de alterar la forma de los inmuebles no se infringe, si los administradores lo hacen a ciencia y paciencia de los socios, pues entonces la ley presume que éstos han dado su autorización y aprobación. (Art. 204 Com.).

En las colectivas civiles las limitaciones las determina el inc. lo. del Art. 1836 C., donde se especifica que al socio administrador le corresponde "cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad", y que dicho administrador, respecto a esos objetos, "no podrá empeñarlos, ni hipotecarlos, ni alterar su forma, aunque las reformas le parezcan convenientes". Adviértase que aquí se habla de "empeñarse", con lo cual se comprende a los bienes muebles, pues el contrato de empeño o prenda nunca recae en inmuebles. (Art. 2134 C.).

Derecho de Oposición

Al autorizar la ley que los socios puedan administrar separadamente, cabe esperar que no todos los socios se conformen con las operaciones proyectadas por uno o más de ellos. Este es el fundamento del derecho, de oposición, llamado también "ius prohibendi".

El Código de Comercio se ocupa de la cuestión en el Art. 196,

del siguiente modo: "Cada uno de los socios tiene derecho a oponerse a la consumación de los actos y contratos proyectados por otro, a no ser que se refieran a la mera conservación de las cosas comunes". Este precepto únicamente tiene sentido cuando los actos y contratos aún están pendientes de ejecución, o sea, no consumados todavía; de no ser así, el socio obliga "solidariamente la responsabilidad de to dos sin su noticia y consentimiento", según vimos anteriormente.

Si hay oposición, le toca decidir a la mayoría numérica de los socios, mientras tanto queda suspendida provisionalmente la ejecución del acto o contrato proyectado. (Art. 197 Com.).

Cómo decidir en caso de oposición, además de la mayoría numérica de los socios, lo dice el Art. 198 Com.:

a) Para que un acuerdo de la mayoría obligue a la minoría es preciso que se trate de actos de mera administración, o de disposición si en este último evento las operaciones sobre que recae el acuerdo quedan comprendidas en el giro ordinario de la compañía.

b) Si hubieren dos o más pareceres de los socios sobre la operación proyectada, para obligar a la minoría es necesario que el acuerdo lo adopte la mayoría absoluta: no basta la simple mayoría numérica de los socios.

Sin embargo, la oposición de los socios no tiene la virtud de liberarles del cumplimiento solidario de las obligaciones que el socio administrador ha contraído con terceros de buena fe, en razón de los actos y contratos verificados con éstos; pero sí les queda a salvo su derecho para exigir indemnización de perjuicios al socio administrador. Consecuentemente, a los terceros de buena fe el derecho de oposición les es indiferente. (Art. 199 Com.).

En el Código Civil también se contempla el derecho de oposición en el inc. 2o. del Art. 1833, al cual nos referimos más adelante, y en la regla la. del Art. 1839, donde declara: "Cualquier socio tendrá el derecho de oponerse a los actos administrativos de otro, mientras esté pendiente su ejecución o no hayan producido efectos legales".

El derecho de oposición es ineficaz en el supuesto previsto en el Art. 207 Com.: "El administrador nombrado por una cláusula especial de la escritura de la sociedad puede ejecutar, a pesar de la oposición de sus consocios excluidos de la administración, todos los actos y contratos a que se extienda su mandato, con tal que lo verifique sin fraude. Pero si sus gestiones produjesen perjuicios manifiestos a la masa común, la mayoría de los socios podrá nombrarle coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad".

La oposición tiene, no obstante, el efecto de que la mayoría pueda nombrar un coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad, si se comprueba que las gestiones del administrador objeta-

das por los socios, hubieren causado perjuicios manifiestos a la compañía.

Un poco distinta es la solución que ofrece el Código Civil, pues según el Art. 1833 C., si el socio administrador ha sido nombrado en el contrato social o por convención posterior, puede obrar a pesar de la oposición de los otros, siempre que ajuste su actuación a las disposiciones legales y a las impuestas en su mandato; sin embargo, el inc. 2o. de ese mismo artículo declara: "Podrá, con todo, la mayoría de los consocios oponerse a todo acto que no haya producido efectos legales". En otras palabras, en la colectiva civil el derecho de oposición lo tiene la mayoría de los socios, mientras el acto no haya producido efectos legales, aunque el socio administrador haya sido nombrado en la escritura social.

Otro caso especial de oposición se presenta cuando hay dos o más administradores y se les ha prohibido obrar separadamente. A este respecto el Art. 206 Com. prevé dos hipótesis:

a) Hay dos administradores. Si uno se opone, el otro no puede llevar adelante la consumación de los actos o contratos proyectados.

b) Los administradores conjuntos son tres o más. Si es así, se requiere el voto de la mayoría; de no obtenerse ésta el acto o contrato queda en suspenso.

El último inciso del referido Art. 206 Com. prescribe: "Si no obstante la oposición o la falta de mayoría, se ejecutare el acto o contrato, surtirá todos sus efectos respecto de terceros de buena fe, y el administrador que lo hubiese celebrado responderá a la sociedad de los perjuicios que a ésta se siguieren". Aquí el administrador o administradores que obraron no obstante la oposición de los administradores, indemnizan a la sociedad, porque ellos actúan como órganos de la gestión social; en cambio en el Art. 199 Com. la indemnización es a favor de los socios, porque éstos se opusieron en ese carácter a la ejecución del acto o contrato.

La administración conjunta es excepcional, por ello debe pactarse expresamente. En el Art. 1834 C., inc. 1o., se indica que si en el contrato de sociedad o por convención posterior se confiere la administración a dos o más de los socios, pueden ejecutar separadamente cualquier acto administrativo, salvo disposición expresa en contrario; y en el inc. 2o. se estipula: "Si se les prohíbe obrar separadamente, no podrán hacerlo ni aun a pretexto de urgencia".

Remuneración de los administradores

Los miembros de una compañía son libres para acordar la remuneración de los socios administradores; si no se pactare nada al efecto, únicamente tendrían el derecho que a todos los socios corresponde.

ponde, normalmente, de que se les asigne una determinada cantidad para sus gastos particulares. (Art. 212 Com., ord. lo.). Los administradores no podrían invocar la retribución presunta del Art. 123 Com., porque los administradores no son efectivamente mandatarios, aunque en ciertos respectos se les asemejen; pero si se les considera en ese carácter sí podrían ampararse en ese artículo. Tampoco pueden alegar el Art. 155 de la Constitución Política, pues, como dice Rodríguez Rodríguez, "la prestación de trabajo que los socios realizan al desempeñar el cargo de administradores es el resultado de su carácter de socios, asumido voluntariamente".(22)

Las cantidades recibidas por el socio industrial y las percibidas por el socio administrador, nos hacen pensar en un distinguo, por tener un origen diverso. La actividad desarrollada por el primero se diluye en el aporte: precisamente está cumpliendo una obligación que le mantiene en su condición de socio; en cambio, la actividad del segundo, se agota en el cumplimiento de la obligación que el cargo de la administración le impone: puede renunciar su cargo o ser separado del mismo, pero ello no altera su condición de socio.

La remuneración a los administradores la regula el Código de Comercio en proyecto, en el Art. 87, de la siguiente manera: "Los socios capitalistas que administren, podrán percibir periódicamente, por acuerdo de la mayoría de los socios, remuneración con cargo a gastos generales. En cuanto a los socios industriales, se estará a lo dispuesto en los incisos finales del artículo 38".

Obligación de Rendir Cuentas

En cualquier actividad en que se realicen actos de administración existe la obligación de rendir cuentas; en la sociedad colectiva no es una excepción, por eso el Art. 1838 C., aplicable a las colectivas civiles y a las mercantiles, dispone: "El socio administrador es obligado a dar cuenta de su gestión en los períodos designados al efecto por el acto que le ha conferido la administración, y a falta de designación, anualmente".

Intransmisibilidad de la facultad de administrar

El carácter "intuitu personae" que caracteriza a las sociedades colectivas, juega un papel importante en lo relativo a la muerte de uno o más de los socios, porque ello es causal de disolución de la compañía, "menos cuando por disposición de la ley o por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto o sin ellos" (Art. 1861 C., inc. lo.). También se subentiende continuar la sociedad con los herederos del difunto en las sociedades formadas para el arrendamiento de un inmueble, laboreo de minas, y en las anónimas, según el Art. 1862 C.

Hasta aquí no se advierte nada anómalo: los herederos del difunto pueden adquirir la condición de socios en ciertos casos; pero si el de cujus era administrador de una sociedad colectiva mercantil entonces la cosa cambia, porque "La facultad de administrar es intrasmisible a los herederos del gestor, aun cuando se haya estipulado que la sociedad debe continuar entre los socios sobrevivientes y los herederos del difunto" (Art. 210 Com.). Sostenemos que la ley, en rigor sólo prohíbe que la facultad de administrar derive de un acto mortis causa, y no que el heredero pueda ser designado, ulteriormente, administrador por los demás socios.

Prohibición de Hacerse Sustituir en la Administración

Entre las prohibiciones a los socios el Art. 212 Com. contempla, en el ord. 3o., la de "hacerse sustituir en el desempeño de las funciones que les correspondan en la administración", salvo que medie autorización previa de todos los socios. Sin esa autorización la sustitución es nula.

En el Código de Comercio en proyecto, Art. 82, se estatuye: "Salvo pacto en contrario, el administrador sólo podrá, bajo su responsabilidad, dar poderes especiales, pero no podrá delegar su cargo".

BIBLIOGRAFIA

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):

(1) Pág. 287 --- (4) Pág. 309 -- (7) Pág. 584 -- (15) Pág. 322
(16) Pág. 323 -- (17) Pág. 323.

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.:

(2) Pág. 292 -- (10) Pág. 299 -- (14) Pág. 301

ARTURO ALESSANDRI R. Y MANUEL SOMARRIVA U. ob. cit. (Tomo III):

(3) Pág. 522 -- (5) Pág. 216 (6) Pág. 177

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc., cit. (Tomo I):

(8) Pág. 198 -- (11) Pág. 203 -- (22) Pág. 207

JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO, ob. cit. (Tomo XI):

(12) Pág. 391 -- (20) Pág. 470 -- (21) Pág. 440

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc., cit. (Tomo II):

(13) Pág. 117 -- (18) Pág. 118 -- (19) Pág. 99

Otros autores: Emilio Langlé y Rubio, ob. cit.; Dr. Roberto Lara Velado, Trab. cit.; Ernesto Guelperín y Nenson Lodi, ob. cit.

NOTA: Los números entre paréntesis son las llamadas insertas en el texto del punto desarrollado, y los números que aparecen a la par, corresponden a las páginas de las obras consultadas.

CAPITULO VI

RELACIONES JURIDICAS EXTERNAS

Las actividades de las compañías serían económicamente desastrosas y, es más, serían inútiles si se realizaran prescindiendo de los terceros, porque precisamente el lucro esperado por quienes se asocian se obtiene merced a una serie de operaciones efectuadas con personas ajenas al vínculo social. Estas relaciones son de carácter externo y se manifiestan a través de la representación y de la responsabilidad.

El presente Capítulo será desarrollado, siguiendo a Garrigues en cuanto a la denominación de los puntos por tratar, de la siguiente manera: A) Representación de la Sociedad; B) Responsabilidad de la Sociedad y de los Socios por las Deudas Sociales. El punto A), se subdividirá en: 1o.) Extensión de la Representación; 2o.) Abuso de la Firma Social; y, 3o.) Responsabilidad de la Sociedad por Actos dañosos del Socio.

A) REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD

Los actos de las personas trascienden a la esfera jurídica cuando se vierten al exterior mediante una voluntad que actúe. En relación con las personas físicas eso no suscita ninguna dificultad, ya que la declaración de voluntad puede emanar directamente del interesado en el negocio, reuniéndose así en el mismo individuo el titular y el portador de la voluntad que ejercita el derecho, o bien la declaración se hace por medio de otras personas; otras, veces, por imperio de la ley la relación de derecho no se forma, mientras otra persona no interviene como representante legal de una de las partes, cuando es incapaz; de otra manera a ésta no puede imputársele jurídicamente el acto celebrado.

La estructura de las personas jurídicas, en cambio, no permite imaginar que puedan actuar en el campo del derecho por sí mismas, sino sirviéndose de personas naturales, por cuyo conducto verifican una infinidad de actos jurídicos que se adscriben a esas personas colectivas, como si éstas efectivamente los hubiesen realizado mediante una manifestación de voluntad propia.

En la definición que da el inciso 2o. del Art. 52 C. de las personas jurídicas precisa destacar que allí se indica que aquéllas "son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente".

La causa directa de los efectos vinculatorios de las personas jurídicas con los terceros debe buscarse, pues, en la representación: especial figura en la cual encarna el contenido de una infinidad de

actos realizados por personas naturales por cuenta y en nombre de otra, y cuyas consecuencias de derecho se le atribuyen a esta última.

En materia de representación, la doctrina ha hecho laboriosos estudios desde diversos puntos de vista. Nosotros la analizaremos su cintamente, evitando rozar las cuestiones polémicas, hasta donde sea posible.

Ya se ha visto que en relación con las personas jurídicas las controversias son inagotables respecto a su contenido y esencia. Tam bién abundan las opiniones dispares en lo concerniente a cómo la voluntad de las personas naturales, o más bien cómo las consecuencias jurídicas derivadas de esa voluntad, se atribuye a esos entes colec tivos y no a quienes realmente han dado origen a esas consecuencias.

Sayagués Laso expone, brevemente, tres teorías de varios autores que tratan de explicar cuál es el fundamento en cuya virtud se hace recaer sobre las personas colectivas, los efectos jurídicos de los actos de voluntad emanados de personas físicas. Las teorías, en síntesis, son las siguientes:

a) Las personas naturales actúan en concepto de mandatarios de las personas jurídicas. De aquí que los actos ejecutados por las primeras valen como si procedieran de las segundas.

La crítica hecha a esa doctrina es de que no aclara cómo actúa la persona jurídica para otorgar ese mandato, pues para hacerlo habría de presuponerse en ella una aptitud para manifestar por sí mis ma su voluntad, independientemente de cualquier elemento humano a efecto de conceder el mandato, y esto es precisamente el quid de la cuestión: ¿cómo exterioriza la persona jurídica su voluntad?

b) Doctrina que desecha el mandato y acude a la representación. Se imputan a la persona jurídica los actos de las personas fí sicas porque intervienen como sus representantes. Se trata de una representación legal, semejante a la del tutor, curador, etc.

Esta tesis se considera más acertada que la del mandato, pero se adversa porque no podría aplicarse al Estado, pues no se concibe quién o quiénes darían a éste tal o cual representante. Además, en opinión de Sayagués Laso, aunque la doctrina explique satisfactoriamente la situación de las personas jurídicas cuando la ley expre samente establece cómo han de actuar, no sucede lo mismo tratándose de las que se forman por un acuerdo de voluntades particulares, sin la intervención del poder público. Aquí, dice el referido autor, "es taríamos en presencia de un mandato y no de una representación legal".(1)

30.) El tratadista comentado se adhiere a la teoría denominada del órgano que es, a su juicio, la predominante. La desarrolla en los términos siguientes: "Las personas jurídicas expresan su voluntad por intermedio de sus órganos. Estos integran la entidad colec-

tiva, son parte de la misma, sin la cual aquélla no podría accionar y aun mismo no se concebiría. No cabe hablar de mandato ni de representación, lo cual supone dos sujetos de derecho frente a frente: mandante y mandatario, o representante y representado, siendo que en realidad existe una sola persona y la cuestión es puramente de organización interna de ésta".(2)

En esta misma dirección leemos en el Diccionario de Derecho Privado, al cual aludiremos en la Bibliografía de este Capítulo, lo siguiente: "un sector de la doctrina (Gierke, De Diego, etc.) cree que en estos casos no existe representación; no hay un representante que obre por y en nombre de la persona jurídica, sino que es ésta la que obra por medio de su órgano (Administrador, gerente o director). Lo que ocurre es que el órgano de que se trata ha de tener siempre poderes suficientes conferidos por la ley, el estatuto o el acto fundacional".(3)

Para refutar la última teoría tendríamos que ahondar más en la cuestión, lo cual no lo estimamos necesario; sin embargo, un análisis superficial de aquélla y en especial en donde se dice que la voluntad de las personas jurídicas se manifiesta a través de sus órganos, los cuales a su vez forman parte e integran a las mismas, no es muy convincente, porque nos coloca en la siguiente encrucijada: si los órganos necesariamente están constituidos por personas físicas, entonces ¿en qué carácter actúan éstas, en relación con las personas jurídicas? Al contestar que como órganos de ellas, se cae en un círculo vicioso.

Nosotros nos inclinamos por la teoría de la representación, al menos aplicada a las sociedades en su calidad de personas jurídicas, por ser, a nuestro criterio, la que mejor cuadra para explicar la forma en que aquéllas se relacionan con terceros.

La Representación en General. Clases.

La teoría de la representación en su concepción tradicional, encuentra su reconocimiento en el Art. 1319 C.: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo".

En sentido técnico se distinguen dos clases de representación:

1a. Representación indirecta. En ésta el representante se relaciona con terceros en su propio nombre, pero en realidad obra por cuenta y en interés de otro. Para que los efectos del acto realizado recaigan en el representado, se necesita la celebración de un nuevo acto: cesión de derecho o deuda, etc. Esta representación se relaciona con el mandato sin representación y también con la intervención del testafierro o interpósita persona en el contrato simulado.

2a. Representación directa. El acto se realiza a nombre del

representado. Los efectos del acto no recaen en este caso en el representado. Esta es la verdadera y propia representación.

La representación directa la define J. Castán como el "medio por el cual una persona realiza un acto jurídico a nombre de otro y para que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente en la persona del representado".(4)

El Dr. Adolfo Oscar Miranda dice, que la representación "Según don Luis Claro Solar es la relación jurídica en virtud de la cual una persona se encuentra ligada respecto de un tercero, sea como acreedor, sea como deudor, a consecuencia del acto realizado por su cuenta, por su representante". (5)

La representación también puede ser:

1o.- Necesaria o legal, o sea la conferida por la ley a ciertas personas; y,

2o.- Voluntaria, o declaración unilateral de voluntad. Mediante esta última una persona autoriza a otra con el fin de que concluya en su nombre uno o más negocios, cuyos efectos han de producirse como si quien dio la autorización los hubiere realizado por sí mismo.

En la representación legal los actos no pueden ser concluidos por el representado; en la voluntaria, el representado no está impedido jurídicamente para actuar, pero por cualquier razón prefiere hacerlo valiéndose del representante.

Requisitos de la representación

1o.) Se requiere que el representante declare su voluntad, y en esa virtud, los vicios del consentimiento se miran en relación a él y no del representado.

2o.) La intención del representante ha de ser la de ligar a su representado y no la de obligarse por sí mismo. El tercero debe conocer ese detalle aunque no es necesario expresarlo si "las circunstancias lo manifiestan de un modo inequívoco", empleando los términos del inc. 2o. del Art. 1852 C.

3o.) El representante debe tener facultad o poder para actuar a nombre de otro, sea en virtud de la ley o por la voluntad del representado, y siempre que no traspase los límites fijados en la ley o por el título que le autoriza para comparecer por otro.

4o.) Capacidad del representante. En la representación voluntaria también ha de ser capaz el representado, o sea que tenga la facultad de disponer libremente de los derechos objeto de la representación. En la representación legal, el representante debe tener la capacidad legal para el acto de que se trate, el representado no, pues precisamente por la falta de capacidad la ley no le permite in

tervenir directamente.

Representación y Mandato

No toda la doctrina ni las legislaciones precisan la diferencia entre la representación y el mandato. La confusión estriba en que al mandatario se le considera como representante del mandante, y, consecuentemente, los efectos del contrato recaen en este último y no en el mandatario; las consecuencias producidas son, por tanto, similares a las del representado en relación con su representante.

Y es que, como generalmente se afirma, el mandato lleva, por lo general, envuelta la idea de la representación; esto, sin embargo, no es forzoso: puede haber mandato sin representación. Esto último se ve en el Art. 1911 C.: "El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante; si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante"; también en lo mercantil es conocida esa figura. El Art. 155 Com., dice: "Hay contrato de comisión cuando el mandatario ejecuta el mandato mercantil sin mención o alusión alguna del mandante, contratando en su nombre propio como principal y único contratante".

Vemos por lo anterior que la representación no es de la esencia del mandato, sino de su naturaleza, porque de lo contrario no podría haber mandato sin representación.

Finalmente, ha de tenerse presente que tanto el mandato como la representación versan sobre actos jurídicos y no sobre actos materiales.

El Diccionario de Derecho Privado, mencionado antes, trata de distinguir el mandato de la representación con las razones siguientes: "Tradicionalmente se ha identificado el poder con el contrato de mandato y nuestro CC. refleja en su articulado esta confusión. Sin embargo, la doctrina moderna y la jurisprudencia reciente han señalado de un modo tajante la diferencia entre ambas instituciones. Mientras el mandato estriba en una relación interna y material de gestión constituida contractualmente, el poder de representación es un acto o negocio jurídico unilateral y meramente formal que trasciende a la esfera exterior, pues tiene como efecto propio ligar al representado con los terceros, mediante la estimación de que los actos jurídicos que el representante concluye a nombre del representado deben ser considerados, en cuanto a sus efectos, como si este último los hubiese por sí realizado". (6)

La misma distinción ofrece Manresa y Navarro fundándola en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España; y reforzando esa tesis reproduce de una sentencia, lo siguiente: "Que la moderna doctrina científica recogida ya en múltiples resoluciones, separa como entidades jurídicas netamente diferenciables, el poder de representación (o facultad de actuar un sujeto a nombre de otro) y el mandato

(relación contractual de gestión); si bien nuestro Código Civil no siempre deslinda con la debida claridad ambos conceptos, como lo muestran los preceptos relativos a la extensión del mandato, que han de ser aplicados, ciertamente tanto a la relación básica interna del contrato de su nombre como a la relación formal y externa del apoderamiento..." (7)

Indudablemente los puntos de contacto entre el mandato y la representación son muy estrechos, lo cual origina las confusiones aludidas, y nuestra legislación participa de ellas, por eso en los Códigos Civil y de Comercio se encuentra empleado, frecuentemente, el vocablo "mandato" como equivalente a "representación"; aun más, en el Art. 195 Com. se habla de un "mandato legal", cuyo alcance lo explica el mismo artículo, y en verdad que su contenido no hubiera variado si se hubiera dicho "representación legal". En otra parte veremos que el Código de Comercio utiliza a menudo las expresiones "usar de la razón social", "uso de la razón social", con el significado de facultad de representar a la sociedad colectiva; no obstante, hay un artículo que claramente habla de representar "a la sociedad judicial y extrajudicialmente"; ese artículo es el 204 Com., donde se concede esa facultad a los socios delegados para administrar. En el caso de la liquidación de las colectivas mercantiles se ve en el Art. 218 Com. que "El liquidador es un verdadero mandatario..." y por el Art. 224 Com., que "Los liquidadores representan en juicio activa y pasivamente a la sociedad en liquidación".

En cuanto a las sociedades anónimas, expresamente debe señalarse en el pacto social cuál persona de las que integran el consejo o junta directiva de gobierno de la sociedad, "representará a la sociedad judicial y extrajudicialmente". (Art. 231 Com., ordinal 4o.).

Otras diferencias importantes entre la representación y otras figuras parecidas, las puntualiza Manresa y Navarro, así: "Por tanto, hay que distinguirla, de aquellas situaciones como la del nuncio o mensajero que sólo practica una misión puramente material desprovista de contenido jurídico y del consejero, mediador o auxiliar, que asesora como el abogado, o que como el corredor o cualquier otro auxiliar, ayuda o colabora en la terminación del acto, pero sin integrar parte esencial en él". (8)

Ahora podemos considerar concretamente el tema de la representación de las sociedades.

Se ha estado insistiendo en que las sociedades, en su condición de personas jurídicas, actúan por medio de representantes. Ahora bien, ¿esos representantes son legales o voluntarios?

Para ir preparando la respuesta debemos recurrir al Art. 41 C., según el cual son representantes legales de las personas físicas el padre o madre bajo cuya potestad vive el representado, o su tutor o curador general; y de las personas jurídicas, los designados en el

Art. 546 del Código Civil. Conforme a esta disposición: "Las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, han conferido este carácter, o por aquellas a quienes la corporación confiere poder legal por falta o impedimento de dichas personas, o porque lo juzgare conveniente, según los casos y circunstancias". Se complementa lo precedente con el Art. 558 C. al declarar: "Lo que en los artículos 543 hasta 556 se dispone acerca de las corporaciones, de sus estatutos y de los miembros que las componen, se aplicará a las fundaciones de utilidad pública y a los individuos que las administran".

La referencia expresa de esos artículos a las corporaciones y fundaciones, y la ubicación de los mismos en el Título final del Libro I, del Código Civil, nos demuestran que son inaplicables a los representantes de las sociedades. ¿Puede inferirse de ello que la representación de las compañías es voluntaria?

Estimamos que no, a pesar de las palabras aparentemente taxativas del Art. 41 C., pues no sólo los casos en él enunciados son de representación legal, a menos que no fuere legal la representación a que alude el Art. 370 C., o sea cuando el marido representa a su mujer si ésta es menor de 18 años; o tratándose de los síndicos de la quiebra (Art. 775 Com.), que son "representantes de los acreedores"; etc. Lo que sí podemos considerar taxativo del Art. 41 C. es que las personas jurídicas, sin discriminación alguna, obran por medio de sus representantes legales.

Somos de parecer que la representación de las sociedades es legal, porque ellas, para adquirir derechos o contraer obligaciones, necesitan valerse siempre de representantes, independientemente de que los socios designen, con libertad, a las personas a quienes se la confían. Las personas jurídicas (corporaciones, fundaciones, asociaciones, sociedades), son incapaces, en el sentido de que no pueden ejecutar ningún acto jurídico sin la intervención de sus representantes. El legislador patrio confirma nuestro criterio, pues en el Art. 16 del Código de Trabajo claramente lo manifiesta: "Las personas jurídicas están obligadas a fijar en lugar visible del local de la empresa, establecimiento o entidad, un cartel contentivo de los nombres de los directivos de la misma, con indicación de quién o quiénes tienen la representación legal". De igual manera, el inc. 2o. del Art. 48 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, hace mención al "nombre del representante legal de la sociedad propietaria cuando proceda".

En conclusión afirmamos que la representación de las sociedades es legal, porque la ley sólo estima legítimos los actos de aquéllas cuando son realizados por sus representantes; no podría ser de otro modo, por la especial naturaleza de las compañías, en que su personalidad jurídica no se confunde con las de los miembros que la forman. La persona natural, con capacidad, puede utilizar la representación si lo desea; pero las personas incapaces, entre ellas los

entes colectivos, no pueden prescindir de los representantes.

Varios autores explícitamente se refieren a los representantes legales de las sociedades, v.gr., Brunetti, expresa "Los socios son, efectivamente, los representantes legales de la sociedad", y repite: "Los socios investidos de la representación son representantes legales de la sociedad". Aunque ese autor se refiere únicamente a los socios, pensamos que también es legal la representación aunque ésta se confíe a un extraño, por las razones precedentemente expuestas.

También el Dr. Lara Velado habla de representación legal: "El administrador de una sociedad colectiva es, en cuanto a sus relaciones con la sociedad, un representante legal de la misma y no un mandatario".(9)

Nos referimos a los representantes de las compañías en términos generales, y no al caso en que la ley considera representantes a todos y a cada uno de los socios, cuando el pacto constitutivo omite hacer la designación, porque aquí no hay duda de que se trata de una representación legal, pues la ley suple el silencio del contrato social. (Art. 182 Com. inc. 2o.).

Quiénes Representan a las Sociedades Colectivas

Usualmente la representación de las colectivas corre a cargo de las personas investidas de la facultad de administrar, por lo que la ley, en defecto de una disposición expresa del pacto constitutivo, presume que todo administrador también es representante de la sociedad. Esto lo corrobora el Art. 201 Com., donde se lee: "La facultad de administrar trae consigo el derecho de usar de la firma social".

Ya insinuamos que el derecho de representación y el derecho de usar la firma social significan lo mismo. Esto no está expresamente dicho en el Código de Comercio, pero al relacionar el Art. 200 Com., conforme al cual si se delega "la facultad de administrar en uno o más de los socios...", con el Art. 203 Com., se ve que "Los administradores delegados representan a la sociedad judicial y extrajudicialmente..."

También no debe olvidarse que siendo la razón social el nombre con el cual las colectivas operan en el campo de los negocios, su uso significa actuar a nombre de ellas, o lo que es igual, en representación suya.

El Código de Comercio regula, pues, la representación desde el punto de vista del uso de la razón o firma social, e indica que sólo están facultados para hacer uso de ella el socio o socios a quienes la escritura social haya conferido esa facultad; pero si no se delega expresamente en ninguno de ellos, entonces todos los socios pueden usarla. (Art. 182 Com.).

Si el uso de la razón social se confía a una persona extraña, ésta debe indicar, al suscribir los documentos públicos o privados pertinentes, que lo hace por poder; si lo calla, responderá personalmente de todas las consecuencias originadas por el negocio que celebre. (Art. 183 Com.).

En el Código Civil, según apuntábamos en el Capítulo IV del presente Título, no se menciona la firma o razón social al reglamentar la administración de la sociedad colectiva; pero declaramos allí, que esa omisión no significaba la ausencia de aquélla en las colectivas civiles. Traemos esto a cuento debido a que respecto a las colectivas no se ve muy claro en el Código Civil, lo referente a la representación pues no se habla de ella ni de usar de la firma social; sin embargo de eso no podemos concluir que las colectivas civiles carezcan de representación; lo que pasa es que en éstas, de acuerdo a lo que dijimos al tratar la "gestión de la sociedad", y más específicamente las "atribuciones de los administradores", la representación se confunde en muchos puntos con la administración, y citamos el Art. 1835 C. para demostrarlo. Consecuentemente, en el Código Civil la administración de la colectiva se equipara constantemente con el mandato y éste equidista e incluso se confunde en la mayoría de los casos con la representación.

En el proyecto de Código de Comercio, Art. 84, se especifica que el uso de la firma social corresponde a todos los administradores, a menos que en la escritura de constitución se reserve a uno o a varios de ellos.

El proyecto de Código mencionado, en el Art. 41, exige que las sociedades cuyas operaciones se realicen en el país, deben rendir a la Inspección de Sociedades Mercantiles y Sindicatos un informe que contenga "II.- La nómina de los representantes y administradores de la sociedad, incluidos los gerentes, agentes y empleados con facultades de representación".

Necesario es detenerse a observar que la disposición menciona separadamente a los representantes y a los administradores de las sociedades, y a otras personas que, por razón de su cargo, tengan facultades de representación en su respectiva esfera.

1o.) EXTENSION DE LA REPRESENTACION

Obrar a nombre y por cuenta ajena implica la sujeción a determinados límites señalados por la ley o por la voluntad de la persona por quien se actúa. Con los representantes de las compañías colectivas sucede lo mismo, pues deben acomodar sus actos a los límites impuestos por la ley y por el pacto social; de otra manera las operaciones realizadas no obligan a aquéllas ni a los socios que no han intervenido. Estos son los lineamientos generales en que se contiene el campo de la representación.

Si bien los administradores de las colectivas llevan, comúnmente, la representación de las mismas, eso no es óbice para que la administración se encomiende a unos y la representación a otros, lo cual puede conducir a la confusión examinada en páginas anteriores, entre administración, mandato y representación. No volveremos a insistir sobre esto, aunque sí recurriremos a varios preceptos legales, insertos en la parte concerniente a "la Administración de la Sociedad Colectiva", porque allí se hallan mezclados los elementos que le dan vida a la representación social.

Garrigues, comentando la legislación española, explica que en ésta no hay ninguna disposición concreta sobre el contenido de la representación. En vista de ese silencio ofrece dos sistemas como posibles soluciones:

1o.) Coincidencia del ámbito del poder de representación con la facultad de gestión.

En esa hipótesis las facultades del socio representante están circunscritas por las que corresponden a los gestores, conforme al contrato de sociedad y a los acuerdos posteriores relativos a la gesestión. Los terceros para conocer hasta dónde se extienden las facultades del representante, han de consultar el Registro de Comercio.

Bajo ese sistema se recurre con frecuencia, dice Garrigues, "a las reglas legales sobre extensión del mandato concebido en términos generales, para atribuir al socio la facultad de hacer todo cuanto esté comprendido en los actos de pura administración" (10). El tratadista aclara que el término "administrar" se entiende en sentido mercantil, pues en la administración de un negocio comercial se realizan, de ordinario, compras y ventas que son inherentes a la explotación; en cambio, en sentido civilista esos actos de enajenación quedan fuera.

2o.) Separar completamente las facultades de gestión de la del poder de representación. En este sistema el poder del socio representante tiene un contenido rígido, inderogable. Cualquiera limitación acordada por los socios, carece de eficacia frente a tercero, aunque conste en el Registro Mercantil, pues el tercero sabe que los representantes obligan con sus actos a las sociedades.

Planteadas así las cosas, Garrigues se interroga a cuál de esos dos sistemas pertenece el Código de Comercio de España, y después de varias consideraciones termina por afirmar que los preceptos del mandato mercantil dan margen para situar dentro del segundo sistema a la legislación española, y que el socio representante reviste el carácter legal de factor, por lo cual se le aplican las reglas que a éste corresponden, según el Código de Comercio. Enseguida, con sus palabras, el autor desarrolla brevemente el contenido de dos artículos del Código mencionado, que parecen corresponder a los artículos 138 y 139 del Código de Comercio nuestro. Finalmente, el tratadista de mérito finaliza así: "De la combinación de estos

preceptos legales, resulta que los socios que llevan la firma social gozan legalmente de un poder amplísimo y, prácticamente, ilimitable: pueden contratar sobre todos los objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, aunque sus facultades -fijadas en las relaciones sociales internas- no lleguen a tanto (v.gr.: estén limitadas a determinados asuntos o a determinado tiempo").(11)

Por su parte Brunetti sostiene que los poderes del socio representante son más amplios que los del factor, por cuanto aquél incluso está facultado para enajenar e hipotecar los bienes inmuebles, salvo que esas operaciones se le hayan prohibido o limitado por acuerdos debidamente publicados.

La legislación salvadoreña no especifica el alcance de la representación; pero se deduce del contexto de varias disposiciones.

Los poderes de los representantes están implícitamente delimitados por el objeto social. La pauta nos la da el Art. 195 Com. cuya redacción es como sigue: "En virtud del mandato legal cada uno de los socios puede hacer válidamente todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad o que sean necesarios o conducentes a la consecución de los fines que ésta se hubiese propuesto".

Conforme al Art. 203 Com. los administradores delegados tienen la representación judicial y extrajudicial de las compañías colectivas; pero necesitan poder especial para vender o hipotecar los inmuebles o para alterar su forma. Asimismo no pueden transigir, ni comprometer los negocios sociales sin dicho poder.

Cuando en el pacto social no se determina la extensión de los poderes del representante, o por acuerdo posterior no se hiciera, viene a suplir esa omisión el Art. 209 Com., así: "Si al hacer el nombramiento de administrador los socios no hubiesen determinado la extensión de los poderes que le confieren, el delegado será considerado como simple mandatario y no tendrá otras facultades que las necesarias para los actos y contratos enunciados en el Art. 195". Aquí se observa como se entrecruzan la administración el mandato y la representación, porque el administrador, en el cumplimiento de sus atribuciones, dispone de ciertos poderes y si éstos no han sido determinados por los socios, la ley califica de simple mandatario al delegado, y si se examina el Art. 195 Com. al cual se remite el artículo reproducido antes, se verá que la realización de los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la compañía, no son otra cosa que relaciones de ésta con terceros, o sea la ejecución de actos por medio de representantes.

Heinsheimer destaca la diferencia entre la administración y la representación, indicando que el socio administrador puede emprender todos los negocios comprendidos en el tráfico normal de la compañía si los demás miembros no se oponen a ello, pero si aquél se relaciona con terceros entonces "dicho socio representante contrata vá

lidamente a favor y en contra de la sociedad, firmando en nombre de ésta, en todo caso".(12)

Naturalmente, los socios pueden señalar los límites de los poderes que confieren al representante, haciéndolo constar en el Registro de Comercio. Si se ha delegado la facultad de administrar en uno o más de los socios, conviene precisar esos límites, por eso en el Art. 202 Com. leemos: "El delegado tendrá únicamente las facultades que designe su título, y cualquier exceso que cometa en el ejercicio de ellas, lo hará responsable a la sociedad de todos los daños y perjuicios que le sobrevengan".

En la colectiva civil "El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato, y en lo que éste callare, se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella" (Art. 1835 C.). Completando esto, el Art. 1837 C. prescribe: "En todo lo que obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la sociedad; obrando de otra manera, él sólo será responsable".

Con referencia a la amplitud de la representación y a fin de no incurrir en repeticiones, dado los estrechos vínculos existentes entre la administración y la representación, debemos tener presente lo expresado en las "Atribuciones de los Administradores" y en los "Límites impuestos a los Administradores", que estudiamos en el Capítulo anterior, en el punto "GESTION DE LA SOCIEDAD".

20.) ABUSO DE LA FIRMA SOCIAL

Indirectamente analizamos este tema cuando hicimos consideraciones sobre la importancia de la razón social. Mas ahora queremos hacer resaltar que el abuso de ésta, no siempre exime a la sociedad de responsabilidad, según veremos.

Particularmente se manifiesta el abuso de la razón social en los siguientes casos:

10.) Cuando la persona autorizada utiliza la razón social para efectuar actos extraños al fin social. El Art. 185 Com. prescribe al respecto: "La sociedad no es responsable de los documentos suscritos con la razón social, cuando las obligaciones que los hubiesen causado no le conciernan, y el tercero los aceptare con conocimiento de esta circunstancia". Si el tercero niega en juicio no haber tenido conocimiento de que las obligaciones no le concernían a la sociedad, recae sobre ésta la carga de la prueba pues si un socio autorizado para usar la firma social contrata, es de suponer que lo hace en representación de aquélla, a menos que sea completamente extraña la obligación al objeto social determinado en el contrato de compañía.

Si no consta claramente el objeto social en la escritura de constitución, resultará difícil comprobar cuándo los actos ejecuta-

dos por el representante exceden o no a dicho objeto: determinarlo será materia de hecho que deberá justificarse en cada caso.

2o.) Si se está autorizado y se utiliza la firma social en actos comprendidos en el objeto social, pero en interés propio de quien la usa y no en el de la sociedad. El Art. 212 Com. prohíbe a los socios, en el ord. 2o. usar la firma social en sus negocios particulares.

En este supuesto, el socio simula un negocio a favor de la compañía, pero en realidad él es el único que se beneficia. Los terceros no sufren ningún perjuicio, ya que pueden accionar contra la sociedad como si efectivamente fuera una operación realizada por ésta. Desde luego, los demás socios pueden ejercitar sus derechos contra el socio culpable.

3o.) Usando la razón social en actos que si bien están comprendidos en el objeto de la compañía, a quien se sirve de aquélla, se le han prohibido por una cláusula del contrato de sociedad.

El abuso se patentiza más al actuar el representante excediéndose de las facultades contractualmente convenidas en la escritura de sociedad. Los socios pueden haber facultado a sus representantes sólo para determinadas operaciones, o a que las realicen mediante autorización especial o con el concurso de dos o más personas autorizadas, etc. o prohibirles que ejecuten algunas operaciones que expresamente se señalan.

Por el inc. 3o. del Art. 1852 C. vemos que: "Si el socio contrata a nombre de la sociedad, pero sin poder suficiente, no la obliga a terceros sino en subsidio, y hasta concurrencia del beneficio que ella hubiere reportado del negocio". Los acreedores tienen en este caso, pues, una acción subsidiaria.

Los terceros tienen a su disposición el Registro de Comercio para cerciorarse si con quienes contratan están legalmente autorizados, a fin de no salir defraudados. Esa es la fuente segura, pues únicamente pueden usar la razón social el socio o socios a quienes se les hubiere conferido esa facultad en la escritura social, salvo que no existiere delegación expresa, pues entonces a todos los socios les asiste ese derecho. (Art. 182 Com.).

Si se confiere el uso de la razón social a uno o más de los socios, por ese hecho quedan los demás inhibidos, y si se infringe esto ha de estarse a lo preceptuado por el Art. 184 Com.: "Si un socio no autorizado usare la firma social, la sociedad no será responsable del cumplimiento de las obligaciones que aquél hubiese suscrito, salvo si la obligación se hubiere convertido en provecho de la sociedad. La responsabilidad, en este caso, se limitará a la cantidad concurrente con el beneficio que hubiere reportado la sociedad". Esto no es más que la acción conocida desde tiempos antiguos como "actio in rem verso", cuyo fin es evitar el enriquecimiento injusto.

Si el abuso no proviene de los socios sino de un extraño, se podría tipificar una estafa.

Diferente a las hipótesis vistas es la del socio que contrata a su propio nombre, o sea prescindiendo de la razón social. El caso está contemplado en los incisos 1o. y 2o. del Art. 1852 C., que por su orden dicen: "El socio que contrató a su propio nombre y no en el de la sociedad, no la obliga respecto de terceros, ni aun en razón del beneficio que ella reporta del contrato; el acreedor podrá sólo intentar contra la sociedad las acciones del socio deudor.-- No se entenderá que el socio contrata a nombre de la sociedad, sino cuando lo exprese en el contrato, o las circunstancias lo manifiesten de un modo inequívoco. En caso de duda se entenderá que contrata en su nombre privado".

3o.) RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD POR LOS ACTOS DAÑOSOS DEL SOCIO

Al celebrar el contrato de compañía sus partícipes van animados por la esperanza de conseguir utilidades, mediante la realización del fin social; pero también se juegan el albur de que en vez de ganancias puedan tener pérdidas, ya sea por operaciones desafortunadas o por los actos dañosos de un socio cuando de ellos tenga que responder la compañía.

Esto último es la responsabilidad extracontractual de la compañía, o sea la derivada de los actos ilícitos cometidos por el representante o por el administrador, en el ejercicio de sus atribuciones correspondientes al objeto social. Justificando esta obligación Brunetti dice: "No sería posible que se exculpase, pues responde a un precepto de justicia distributiva que el patrimonio de la sociedad está afectado, como el del empresario individual, por delitos cometidos utilizando los medios que se encuentran a su disposición para obtener ventajas económicas". (13)

Las consecuencias dañosas aludidas derivan por lo general de actos ilícitos o de culpa o negligencia del administrador o del representante, v.gr.: usurpación de patentes, estafas, transgresiones relativas a competencia ilícita, etc.

De todo lo dicho se colige que las sociedades colectivas no solamente quedan obligadas frente a terceros por el empleo de la firma o razón social, sino también por los actos dolosos o culposos del socio.

B) RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS POR LAS DEUDAS SOCIALES

Cuando se contrata a nombre y en interés de otro lo natural es que quien no actúa por sí, quede relevado de toda obligación, por

ser ajeno a los efectos del negocio celebrado; con las colectivas la cuestión cambia, porque la ley hace responder por las deudas sociales no sólo a las compañías sino también a los socios. La garantía está constituida, pues, por dos patrimonios distintos: el de la sociedad y el particular de los socios.

En las colectivas mercantiles prevalece el principio fundamental de que la responsabilidad de los socios es personal, solidaria e ilimitada, respecto a las deudas sociales. Es una solidaridad pasiva que, por imperio de la ley, los deudores no pueden derogar por ningún pacto. En la colectiva civil únicamente se responde solidariamente cuando en el título de la obligación así lo acuerdan todos los socios o con poder especial de ellos, pues la regla general es que los socios sólo respondan a prorrata de su interés social, y la cuota del insolvente grava a los restantes.

La responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios de las colectivas por las deudas sociales, es un principio universalmente admitido, de acuerdo con el Derecho comparado, dice Felipe de Solá Cañizares (14), en sus notas de traductor de la obra de Brunetti, mencionada anteriormente.

La responsabilidad ilimitada comprende a los socios de la colectiva civil y de la mercantil. En otras palabras, los socios no pueden limitar su responsabilidad hasta determinada suma, incluso en las compañías civiles donde sus miembros responden a prorrata de su interés social. En efecto, si el interés de un socio asciende a 1/5, queda obligado a pagar la quinta parte de la deuda, cualquiera que sea su cuantía.

En nuestra opinión se podría pactar lícitamente, en la actualidad, la limitación de responsabilidad, en las condiciones expresadas en el Art. 74 del proyecto de Código de Comercio: "Las cláusulas de la escritura social que eximan a los socios de la responsabilidad ilimitada y solidaria no producirán efecto legal alguno con relación a terceros; pero los socios entre sí pueden estipular que la responsabilidad de alguno o algunos de ellos se limite a una porción o cuota determinada, caso en el cual la limitación de responsabilidad a favor de uno o varios socios implicará únicamente el derecho de repetir contra los consocios lo que se haya pagado en exceso".

En cuanto a la solidaridad es preciso dar algunas ideas generales, a fin de acomodarla a la responsabilidad por las deudas sociales en las compañías colectivas mercantiles.

En las obligaciones con pluralidad de sujetos, se distinguen tres clases: simplemente conjuntas, indivisibles y solidarias.

En las obligaciones simplemente conjuntas (15), hay "varios deudores o acreedores y un solo objeto debido, cada deudor está obligado al pago de su cuota, y cada acreedor no puede exigir sino la suya" (Alessandri y Somarriva).

De la obligación indivisible el Art. 1395 C. da este concepto: "La obligación es divisible o indivisible según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota. Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible". El siguiente artículo, a manera de aclaración dice: "Art. 1396.- El ser solidaria una obligación no le da el carácter de indivisible".

La mayoría de los autores consideran la indivisibilidad como una materia oscura y difícil.

Las obligaciones solidarias están reguladas en el Título IX del Libro Cuarto del Código Civil, del Art. 1382 al Art. 1394.

El concepto de solidaridad lo encontramos en el inc. 2o. del Art. 1382 C., pero para tener una idea cabal de la misma, se transcribe todo el artículo: "En general, cuando se ha contraído por muchas ^{personas} / ó para con muchas, la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.-- Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in sólidum.--- La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley".

De esa disposición se colige que:

- 1o.) La solidaridad puede derivar de la ley, del testamento o de la convención;
- 2o.) La solidaridad no se presume;
- 3o.) Deben haber varios deudores o varios acreedores;
- 4o.) Es lícito al acreedor exigir el total de la deuda a cualquiera de los deudores; y si son varios acreedores cualquiera de ellos está facultado para exigir el total de la obligación.

Lo precedente se completa con el Art. 1383 C., según el cual "La cosa que se debe solidariamente por muchos o a muchos, ha de ser una misma, aunque se deba de diversos modos..."; es decir, que debe haber unidad en la cosa debida.

Además debe anotarse que en la obligación solidaria aun siendo una, hay pluralidad de vínculos.

La solidaridad se clasifica en activa, pasiva y mixta. Es activa cuando hay pluralidad de acreedores y un solo deudor; es pasiva si hay pluralidad de deudores y un solo acreedor; y es mixta, si hay pluralidad de acreedores y de deudores.

La solidaridad pasiva, dicen Alessandri y Somarriva (16), es

propriadamente una caución, que debería figurar juntamente con la fianza, la hipoteca y la prenda. (Art. 44 C.). En opinión de aquéllos, la cual compartimos, la solidaridad es una caución más eficaz que la fianza porque: 1o.) El fiador goza del beneficio de excusión: se supone la existencia de un deudor principal, por ser la fianza accesoria, Art. 2107 C.; en cambio el deudor solidario no puede exigir que se proceda primero contra los otros codeudores y después contra él; 2o.) Si hay varios fiadores, les asiste el beneficio de división: Art. 2117 C.; los deudores solidarios, por el contrario, carecen del derecho de pedir que se divida la deuda entre ellos.

Las ideas anteriores son suficientes para pasar al estudio enunciado en el presente punto, sin perjuicio de volver en el desarrollo del mismo a varios artículos del Código Civil, relacionados con la solidaridad.

En las colectivas mercantiles la solidaridad es pasiva y está impuesta por la ley. La obligación está contenida específicamente en el Art. 181 Com., así: "Los socios colectivos indicados en la escritura social, son responsables solidariamente de todas las obligaciones contraídas bajo la razón social. En ningún caso podrán los socios derogar por pacto la solidaridad en las sociedades colectivas". También el Art. 194 Com., sobre administración de los socios colectivos, habla de "obligar solidariamente la responsabilidad de todos sin su noticia y consentimiento".

En las obligaciones mercantiles es normal la solidaridad, y así lo declara el inc. 1o. del Art. 79 Com.: "En las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios"; la excepción se halla en el inciso 3o. del mismo precepto legal: "Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de estipulación en contrario". Desde luego, los socios colectivos, según se vio, no pueden ampararse en tal excepción.

En consecuencia, los socios de la colectiva mercantil quedan obligados por las deudas sociales, cuando concurren los siguientes requisitos:

1o.) Que su nombre aparezca en la escritura social. (Escritura de constitución y sus reformas, si las hubiere).

2o.) Que las obligaciones se hayan contraído legalmente; y

3o.) Que bajo la razón social se hayan asumido tales obligaciones.

Sobre los requisitos 2o. y 3o. se dieron ya algunas explicaciones al tratar la "Importancia de la Razón Social".

Ahora nos corresponde compaginar la responsabilidad de la colectiva mercantil con la de sus socios, y buscar el eslabón que nos permita afirmar si es solidaria también para aquélla o si la solidaridad únicamente se da entre los segundos.

Con el proyecto de Código de Comercio no hay problema, pues el inciso lo. del Art. 45, expresamente dilucida ese asunto. La disposición está concebida en los siguientes términos: "Los miembros que integran las sociedades de personas responden de las obligaciones sociales: ilimitada y solidariamente entre ellos y la sociedad si ésta es en nombre colectivo..."

En la legislación civil se ve que cuando el socio administrador obra "dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la sociedad" (Art. 1837 C.); en materia mercantil no hay una disposición igual, pero sí existen razones poderosas para concluir que la colectiva mercantil queda obligada, porque: a) La sociedad colectiva es una persona jurídica y las obligaciones se contraen a su nombre, y consecuentemente, es parte pasiva de las deudas sociales; 2o.) El Art. 184 del Código de Comercio determina en forma negativa los casos en que la sociedad no queda obligada; pero precisamente de ahí podemos deducir la posición contraria, y afirmar que un socio autorizado para usar la firma social hace responder a la compañía "del cumplimiento de las obligaciones que aquél hubiese suscrito".

Hasta aquí todavía no hemos descubierto la clase de responsabilidad que le alcanza a la colectiva mercantil. La cuestión no es fácil, según se verá enseguida, pues en los autores no hay uniformidad de criterios en cuanto a las legislaciones que, como la nuestra, no especifican cómo debe entenderse esa responsabilidad. En algunos países, v.gr. España, la responsabilidad por las deudas sociales legalmente recae en forma directa sobre el patrimonio social y subsidiariamente en el de los socios.

El problema ha sido planteado de la siguiente manera: ¿Quiénes son las personas unidas por el vínculo de la solidaridad?

Algunos opinan que la solidaridad comprende únicamente a los socios: éstos son solidarios entre sí. A esta tesis se le objeta que de ser así, los socios serían fiadores de la sociedad, y, por lo tanto, habría de demandarse primero a ésta y después a cualquiera de los coasociados. Otros piensan que los socios y la compañía se hallan situados jurídicamente como codeudores solidarios.

Varios autores sostienen parcialmente la primera tesis, pues opinan que no es necesario perseguir judicialmente el pago en los bienes de la sociedad para dirigirse contra el patrimonio de todos o de alguno de los socios: basta requerir el pago a la sociedad y si se niega a ello, entonces queda libre el camino a los acreedores para dirigirse a los otros obligados.

Arturo Davis (17), considera que la solidaridad alcanza a la compañía y a los socios, porque:

1o.) Los socios no revisten la condición de fiadores, ni de fiadores solidarios, son simplemente responsables solidariamente, o

sea codeudores solidarios.

2o.) Si responden solidariamente por expresa disposición legal, puede exigirse a cada uno de ellos el total de la deuda.

3o.) "El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división" (Art. 1385 C.).

4o.) En ninguna parte la ley indica que los socios responden solidariamente "entre sí".

5o.) La ley no declara "que la sociedad debe ser constituida previamente en mora. ¿Por qué habría de serlo?"(18)

6o.) El Código de Comercio, inc. 2o. del Art. 181, prescribe que los socios no pueden pactar en contra de la solidaridad. Si ésta comprendiera únicamente a los socios entre sí, la disposición legal mencionada sería redundante.

Joaquín Garrigues al comentar el doble sistema de responsabilidad que afecta el patrimonio de la compañía y el particular de los socios, se pregunta: ¿cómo ordenar estas responsabilidades?; enseguida vuelve a interrogarse ¿pueden ser actuadas simultáneamente o se establece entre ellas una gradación?

El autor de mérito, con dos sistemas contesta sus interrogantes. Esos sistemas son:

1o.) Sistema de igualdad de grado. La responsabilidad de la sociedad y de los socios está en igual línea. Los socios responden con carácter primario, porque no son fiadores en la deuda, sino deudores de la misma. "La facultad de los acreedores de exigir sus créditos individualmente de los socios no está subordinada ni a una precedente ejecución de los bienes sociales, ni a un juicio preventivo contra la sociedad para el reconocimiento del crédito, ni a una previa constitución en mora de la sociedad" (19)

2o.) Sistema de diversidad de grado. En las legislaciones que reconocen personalidad jurídica a la sociedad colectiva y, como consecuencia, la titularidad sobre un patrimonio autónomo y distinto del de los socios, los acreedores deben dirigirse primero contra el patrimonio social, y si éste no es suficiente para satisfacer las deudas, entonces tienen acceso al patrimonio de los socios. Garrigues cita al Derecho español como un ejemplo de desigualdad de grado, porque los acreedores no pueden ejecutar los bienes particulares de los socios colectivos, mientras no haya habido excusión del haber social. De todo esto aquél deduce:

a) Que los socios quedan responsables si las operaciones se han realizado a nombre y por cuenta de la sociedad, por medio de la persona autorizada legalmente para usar la firma social;

b) La responsabilidad es personal; razón por la cual no se circunscribe a una cosa o a un patrimonio determinados. Aquí vale el principio de que el deudor responde con todos los bienes susceptibles de ejecución. (Art. 2212 C.);

c) La solidaridad es de los socios entre sí y no de los socios con la sociedad; y

d) Es una responsabilidad de segundo grado o subsidiaria, pues primero responde el patrimonio social. Aunque el socio sea demandado conjuntamente con la sociedad, sus bienes no pueden ser ejecutados entre tanto no haya habido excusión del patrimonio de la compañía. Por ello no puede ser considerado el socio como fiador solidario de la sociedad.

El traductor de la obra de Brunetti, Felipe de Solá Cañizares (20), en sus comentarios y notas a la obra mencionada en páginas anteriores, sobre el problema en estudio presenta varios sistemas legislativos, de los cuales sólo nos ocuparemos de los tres siguientes:

1o.) Sistema alemán. Niega a la colectiva personalidad jurídica, de ahí que los socios y la compañía sean codeudores solidarios; la ley no reconoce diferencia de grado ni en la reclamación ni en la ejecución de la deuda. Por consiguiente, los acreedores sociales pueden demandar indistintamente a la sociedad o a los socios o a unos y a otros simultáneamente.

2o.) Sistema español. Los bienes de los socios no aportados al fondo social, no pueden ser ejecutados por los acreedores, si no precede la excusión de los bienes de la compañía. En opinión del tratadista en comento, es el mismo sistema seguido por las legislaciones latinas, receptoras del Derecho español.

3o.) Sistema francés. Legislativamente no está consagrado a favor de los socios el derecho de excusión, como en el Derecho español, por lo que debería aplicarse el Derecho Alemán; "Sin embargo -dice de Solá Cañizares- la Jurisprudencia ha atenuado el rigor del sistema creando un sistema que, sin ser español, se aparta del germánico, porque, aunque no es necesario haber hecho excusión de los bienes personales, exige que después de haberse afirmado el carácter social de la deuda por el tribunal se haya requerido de cualquier modo a la sociedad para el pago de la deuda". (21)

¿A cuál sistema se asimila la legislación salvadoreña?

Nos parece que a ninguno, porque teniendo personalidad jurídica la colectiva, se le debería ubicar dentro del sistema español; no obstante, como afirma Davis, la ley no dice que la solidaridad de los colectivos sea entre sí, ni de que deba requerirse previamente a la sociedad y después a los socios. De aquí que el acreedor social no esté impedido jurídicamente para demandar, si lo desea, a cualquiera de los socios antes que a la sociedad, o viceversa, pues

el grado de responsabilidad es el mismo para la compañía y sus socios.

Para reforzar se podría agregar, aun cuando se está estudiando la colectiva mercantil, que en las comanditarias con un solo socio colectivo, sería absurdo imaginar la solidaridad si se deja desligada de ésta a la sociedad, porque al no alcanzarles esa responsabilidad a los comanditarios surgiría esta pregunta: puede una sola persona, el socio colectivo, ser sujeto pasivo de la solidaridad?

Con mayor claridad el inc. 2o. del Art. 309 Com., al sancionar al comanditario por ciertas infracciones, dice que "...asumirá aquél personal y solidariamente con la compañía las obligaciones que deriven de dicho asunto". (Véase en relación con esto el Art. 785 Com.).

En este estado, nos queda todavía por dilucidar lo siguiente:

a) ¿Hasta cuándo responden los socios por las deudas de la sociedad?; o mejor dicho: si un socio se separa de la sociedad o es excluido de ella ¿termina o no su responsabilidad al ocurrir esos hechos?

Para contestar, ha de hacerse un distingo: lo.) Obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social cuando el socio aún no se ha separado de la compañía ni ha sido excluido de la misma; y, 2o.) Obligaciones contraídas con posterioridad a esos hechos.

En el primer caso, consideramos que los acreedores sociales pueden demandar válidamente al ex socio, pues la separación o exclusión no lo libera, en perjuicio de terceros, de la responsabilidad asumida mientras estuvo ligado por el vínculo social. Una solución distinta se prestaría a injusticias, ya que la malicia de aquél o la colusión con los otros socios, echaría por tierra la garantía otorgada por la ley a los acreedores. Desde luego, esa responsabilidad estaría limitada, al menos, por el término de la prescripción, o si los acreedores sociales lo dejan libre de toda responsabilidad al momento de separarse o de ser excluido de la compañía.

El proyecto de Código de Comercio, en el Art. 55, expresamente contempla el caso, así: "El socio que se separe o fuere excluido responde a favor de terceros de todas las operaciones pendientes en el momento de la separación o exclusión. El pacto en contrario no producirá efecto en perjuicio de terceros".

b) Si un socio de una colectiva mercantil muere y sus herederos no continúan en la sociedad y son demandados, ¿les afecta o no la solidaridad?

La solución nos la proporciona el Art. 1394 C.: "Los herederos de cada uno de los deudores solidarios son, entre todos, obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponde a su porción heredita-

ria". Si la obligación consta en título ejecutivo, ha de estarse a lo dispuesto en el Art. 1257 C.

c) En nuestra legislación mercantil no está prevista la responsabilidad del nuevo socio. Langlé y Kubio explica que en Alemania e Italia el nuevo socio de una compañía ya constituida queda responsable juntamente con los otros socios de todas las obligaciones adquiridas antes de su ingreso. El tratadista en mención, agrega: "El Código de Comercio español no contiene un precepto similar, pero la doctrina es tan justa y tutelar de los intereses de quienes contratan con las entidades mercantiles que opinamos debe seguirse en nuestra vida jurídica" (22). Lo mismo pensamos nosotros respecto a la legislación salvadoreña.

d) Si un acreedor ejercita la acción ejecutiva o la ordinaria, según la naturaleza del título, contra uno de los socios de una colectiva mercantil y él satisface totalmente la deuda, ¿qué acción tiene éste a su favor para reembolsarse de los demás socios lo que ha pagado en exceso de su cuota?

El Art. 1393 C. nos lo dice claramente: "El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda. Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores. La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad".

La claridad del precepto hace innecesario cualquier comentario; pero tratándose de una colectiva ¿podrá el socio que ha pagado, enfilarse su acción contra la sociedad, por la parte en que en la deuda excedía a su interés social?

Finalmente, resta considerar una responsabilidad diferente a la estudiada, y es la del socio por sus deudas particulares.

En el Código Civil, esa situación está prevista en el Art. 1854: "Los acreedores de un socio no tienen acción contra los bienes sociales sino por hipoteca, anterior a la sociedad. Podrán sin embargo, intentar contra la sociedad las acciones indirecta y subsidiaria que se le conceden por el Art. 1852. Podrán también pedir que se embarguen a su favor las asignaciones que se hagan a su deudor por cuenta de los beneficios sociales o de sus aportes o acciones".

Las susodichas acciones, indirecta y subsidiaria, están contempladas, por su orden, en los incisos 1.º y 3.º del Art. 1852 C.

Por la primera, únicamente el socio responde de las obligaciones contraídas a su nombre; el acreedor sólo puede accionar contra la sociedad valiéndose de las acciones del socio deudor si aquélla se hubiere beneficiado del contrato. Por la segunda, el socio contrata a nombre de la sociedad, pero sin poder suficiente. En este caso, la compañía queda obligada subsidiariamente, y únicamente hasta concurrencia del beneficio que ella reportare del negocio celebrado a su nombre.

En el Código de Comercio el supuesto mencionado, está regulado así: "Art. 188. Los acreedores personales de un socio por deudas contraídas después de celebrada la sociedad, no podrán embargar, mientras ésta subsista, el capital que dicho socio hubiera introducido; pero les será permitido solicitar la retención de la parte de interés que en ella tuviere para percibirla al tiempo de la división social. Tampoco podrán concurrir en la quiebra de la sociedad con los acreedores sociales; pero tendrán derecho a perseguir la parte que corresponde a su deuda en el residuo de la masa concursada".

Lo anterior no significa que los acreedores particulares del socio carezcan de acción contra los bienes propios de éste, sino que, como muy bien indica Barros Errázuriz, "La ley de garantías a los acreedores de un socio; pero no destruye la esencia de la sociedad".(23)

Entre las "Disposiciones Especiales relativas a la Quiebra de las Sociedades Mercantiles", el Código de Comercio se refiere a otras deudas particulares de los socios de la colectiva mercantil. En el Art. 789 de ese Código se lee: "En las sociedades colectivas, los acreedores particulares de los socios cuyos créditos fueren anteriores a la constitución de la sociedad, concurrirán con los acreedores de ésta, colocándose en el lugar y grado que les corresponda, según la naturaleza de sus respectivos créditos conforme a lo dispuesto en este Código. Los acreedores posteriores sólo tendrán derecho a cobrar sus créditos del remanente, si lo hubiere, después de satisfechas las deudas sociales, salvo siempre la preferencia otorgada por las leyes a los créditos privilegiados y a los hipotecarios". Respecto a las causas de preferencia, que son el privilegio y la hipoteca, véase el Art. 2217 C. y siguientes.

BIBLIOGRAFIA

ENRIQUE SAYAGUES LASO, ob. cit.:

(1) Pág. 180 -- (2) pág. 180

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, (Tomo II -C -Z), Editorial Labor, S.A. Talleres Gráficos Ibero-Americanos, S.A. 1954:

(3) pág. 3381 -- (4) pág. 3379 -- (6) pág. 3381

ADOLFO OSCAR MIRANDA, publ. cit.:
(5) pág. 52

JOSE MARIA MANRESA Y NAVARRO, ob. cit. (Tomo VIII, Volumen II), Quinta Edición, 1950:
(7) pág. 342 -- (8) pág. 339

ROBERTO LARA VELADO, Traba. cit.
(9) pág. 50

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.:
(10) pág. 305 -- (11) pág. 307 -- (19) pág. 309

KARL HEINSHEIMER, ob. cit.:
(12) pág. 105

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):
(13) pág. 330 -- (14) pág. 659 -- (20) págs. 660 y 661 -- (21) pág. 661

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ Y MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, Curso de Derecho Civil, (Tomo III) - De las obligaciones, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1941:
(15) pág. 133 -- (16) pág. 141

ARTURO DAVIS, ob. cit.:
(17) pág. 235 -- (18) pág. 235

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit.:
(22) pág. 472

ALFREDO BARROS ERRAZURIZ, ob. cit. (Volumen III):
(23) pág. 312

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, ob. cit. (Tomo I); -- ERNESTO GUELPERIN Y NENSON LODI, ob. cit.; -- CODIGOS CIVIL Y DE COMERCIO; -- PROYECTO DE CODIGO DE COMERCIO.

CAPITULO VII

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LAS SOCIEDADES COLECTIVAS

Se examinará la disolución y liquidación de las sociedades en general, antes de referirnos a las causales de disolución, nombramiento de liquidadores y partición del haber social de las colectivas mercantiles, porque en todas las compañías la disolución no produce por sí sola la extinción inmediata y definitiva de las mismas, sino que es el inicio de un proceso, al cual sigue otra fase mediante la cual se liquida la masa social. Varios autores distinguen una tercera etapa autónoma: la partición entre los socios del saldo resultante de la liquidación; otros, la consideran como parte final de esta última.

Disolución

El fenómeno de la disolución de las compañías es sumamente complejo: en esto están de acuerdo la mayoría de los autores; por tal motivo, no puede quedar encerrado en el concepto de disolución, que en sentido lato, ofrece el Diccionario de la Lengua Española, Decimoctava Edición, 1956, donde en la cuarta acepción, se lee: "fig. Relajación y rompimiento de los lazos o vínculos existentes entre varias personas. Disolución de la sociedad, de la familia".

No habrían complicaciones con la disolución de las compañías si únicamente hubiera de desatarse un simple vínculo contractual, o aquélla representara la extinción o fin inmediato de esos entes sociales. Las dificultades surgen precisamente de la circunstancia especial de que las sociedades actúan en el campo del Derecho como personas jurídicas, y, consiguientemente, adquieren derechos y contraen obligaciones con terceros, y, tanto los primeros como las segundas subsisten hasta que las compañías han cesado como tales, o sea cuando su personalidad ha desaparecido.

En puridad, el vocablo disolución debería reservarse exclusivamente para cuando la sociedad terminara definitivamente con su vida jurídica; o mejor dicho, la presencia de ciertas causas calificadas por la ley, darían lugar a que las sociedades cayeran en un estado de disolución, el cual se prolongaría en el tiempo mientras dura la liquidación y la consiguiente partición del haber social entre los socios, si lo hubiere, y una vez practicadas esas operaciones y cumplidos los demás requisitos, v.gr., la inscripción de la escritura pública respectiva en el Registro de Comercio, si es una compañía mercantil: hasta entonces quedaría disuelta ésta. En un sentido parecido, Rodríguez Rodríguez se refiere a "un estado jurídico" que se crea cuando concurren determinadas causas que lo producen que se llama estado de disolución".

Quizás sea más afortunada la frase "Cesación de la Sociedad",

con que encabeza Brunetti la Sección en donde examina lo relativo a disolución, liquidación y partición.

El mismo autor declara que "la disolución crea una fase particular de la existencia de la sociedad, que no consta de uno sino de una serie de actos coordinados al fin de la cesación".(1)

Todo lo anterior nos lleva a considerar una cuestión muy discutida e intrincada, cual es la de saber si la disolución trae consigo la pérdida inmediata de la personalidad jurídica de la sociedad, o si subsiste hasta un determinado momento. El asunto ha sido debatido por diversos tratadistas llegándose, sin embargo, a la conclusión unánime de que la disolución es simplemente una etapa a la cual sucede otra llamada liquidación. Dentro de esta última, según dijimos, incluyen algunos la división o partición de los bienes sociales entre los socios: con esto termina en realidad, la existencia legal de las compañías.

Arturo Davis afirma que, en estricta lógica, al disolverse la sociedad debería desaparecer también su personalidad jurídica; sin embargo, reconoce que no sucede así. En su oportunidad se analizará más detenidamente la opinión de dicho tratadista y de otros, respecto a ese problema.

En el sentir de Garrigues, al producirse una causa de disolución, se abre el proceso de disolución, empezando por la liquidación de los negocios sociales pendientes y termina al dividirse el haber social entre los asociados. Después indica: "Cabe, por tanto, distinguir en ese fenómeno duradero tres estadios diversos: la realización de una causa de disolución, la liquidación y la división del patrimonio social".(2)

En ese orden seguimos a Garrigues, en cuanto a tratar primero las causales de disolución, enseguida el nombramiento de liquidadores, que presupone la liquidación, y, finalmente, la partición del haber social entre los socios. Estamos en un todo de acuerdo con quienes consideran la división o partición como la fase final de la liquidación, aunque hemos adoptado la separación precedente por estimar que con ello no estamos variando de criterio sino señalando un orden lógico en que se desarrolla el proceso de disolución.

Disolución Total y Parcial

Muchos autores al clasificar las causas de disolución, en especial de las sociedades personalistas, dividen la disolución en total y parcial. De aquí deducen que si concurre una causa de disolución parcial, únicamente queda afectado el vínculo que enlaza a uno o más de los socios con los demás y con la compañía, pero el ente social no desaparece; mientras que si es una causal de disolución total, se extingue completamente la sociedad y no queda, por tanto,

ningún lazo uniendo a socios entre sí ni con aquélla.

A Langlé y Rubio le parece inadecuado hablar de disolución parcial, pues propiamente hablando sólo existe la disolución total, por la cual se "rompe el nexo social, extinguiendo la vida del comerciante colectivo" (3); en el primer caso se trata de una mera separación de uno o más socios, si es voluntaria, o exclusión si no lo es. Aludiendo aquél al Código de Comercio de España indica que en él se regula lo referente a la "rescisión parcial del contrato", pero critica esa expresión manifestando que es una incorrección de lenguaje.

También Guelperín y Lodi están en contra del empleo del tér-
mino "disolución" aplicado a la llamada "rescisión parcial" de la sociedad, aunque se alegue que ella se disuelve para uno o más de los socios. Admiten no obstante que en un solo caso concurre la "resci-
sión parcial" con la verdadera disolución, y es cuando la compañía está integrada por dos socios, porque en esas condiciones se disuelve por no poder subsistir con uno de sus componentes. Por ende, con la llamada disolución parcial la sociedad sigue siendo la misma, no se crea una nueva para liquidar a la antigua, ni se está ante una sociedad parcial.

Los redactores del proyecto de Código de Comercio no participan del criterio de la disolución parcial, pues, en la Exposición de Motivos, al comentar la exclusión y separación de socios, explican que en esa sección se "contempla los casos en que deba liquidar se parcialmente la sociedad, por la expulsión o retiro voluntario de alguno de sus miembros. Se ha buscado la manera de hacer más flexibles las normas que rigen la sociedad de personas permitiendo que puedan salir de ella los que resulten indeseables o los que no tengan voluntad de continuar, sin que esto implique necesariamente, su disolución, al mismo tiempo que conciliar el interés social con el interés particular del socio saliente".

Y no participan de la disolución parcial, porque dichos redactores hablan de liquidar parcialmente la sociedad, que es una cuesción distinta, pues la liquidación se verificaría respecto al socio excluido o retirado, pero con ello la compañía no sufriría ninguna variación en su estructura jurídica; sin embargo, quizás por un lapsus cálamí, aquéllos expresan: "Con ese objeto se han reducido las causales de disolución, se ha permitido que subsista la sociedad aun después de una disolución parcial, a menos que los socios pacten lo contrario..."

En el Código de Comercio hondureño se encuentra una Sección intitulada "Disolución parcial" - "De la exclusión y separación de socios", y en el Art. 311 de ese cuerpo de leyes, se lee: "La exclusión o el retiro de uno o más socios puede lograrse mediante la disolución parcial del contrato de sociedad".

El autor Rodríguez Rodríguez opina que un detenido estudio de la cuestión, permite afirmar que no es incorrecto hablar de diso

lución parcial, pues "Parece que, en efecto, se trata de una auténtica disolución parcial porque supone conclusión del vínculo social entre el titular afectado y todos los demás; la ruptura de relaciones entre el mismo y los terceros, como consecuencia de su carácter de socio; y, pone punto final a las relaciones del mismo con todos los demás miembros de la entidad". (4)

Es un poco vacilante la afirmación del tratadista últimamente citado, pero aunque fuera más categórico no nos convencería, pues pensamos que la compañía se disuelve totalmente o no: no hay disolución a medias. Es decir, que mientras el ente social siga con todos los atributos que le son propios, no puede hablarse de disolución, entendida ésta en el sentido explicado más atrás.

Liquidación

Como nuestro propósito es seguir el proceso mediante el cual se extinguen las sociedades, nos corresponde ahora determinar en qué consiste la liquidación.

Sobre la liquidación algunos autores no dan ningún concepto; otros, señalan cuál es su objeto, o bien especifican sus características; pero todos ellos desembocan en una idea común: que es un proceso o una serie de operaciones tendientes a determinar la masa común que ha de dividirse entre los socios, después de haberse cancelado las deudas y cobrado los créditos sociales. Todo esto implica que los encargados de la liquidación deben también concluir las operaciones pendientes. Algunos a su vez consideran que en la liquidación va comprendido el reparto de lo que corresponde a cada socio en el haber social.

La liquidación, opinan Guelperín y Lodi, tiene por objeto concluir con los negocios iniciados antes de la disolución, pagar las deudas y cobrar los créditos y, finalmente, dividir entre los socios el saldo restante que resultare.(5)

Para el doctor Lara Velado la liquidación constituye el proceso en virtud del cual al disolverse la sociedad, termina totalmente su vida jurídica; "en consecuencia, el proceso tiene por objeto terminar las operaciones pendientes, cancelar las deudas a cargo de la sociedad y cobrar los créditos a favor de ésta, convertir todo el haber social en una masa partible fácilmente entre los socios y efectuar entre ellos la división del remanente que quedare después de cancelar las obligaciones de la sociedad".(6)

Garrigues conceptúa la liquidación como el conjunto de operaciones que tienden a fijar el haber social divisible entre los socios.

En la obra Sociedades Civiles y Mercantiles, de Arturo Davis, (7), se citan los siguientes conceptos: "Para Thaller y Percerou, la

liquidación es el período de duración variable, por que atraviesa la sociedad, desde la disolución hasta la distribución entre los asociados del saldo disponible y el pago definitivo de las cuentas. De Gregorio entiende que es la actuación de todas las operaciones necesarias para extinguir el Pasivo y para transformar en metálico el patrimonio neto, a fin de repartirlo entre los socios. Ponsá Gil opina que la liquidación consiste en extinguir el Pasivo de la sociedad, cobrar los créditos y distribuir los bienes que restan después de aquella extinción entre los asociados. Con mayor precisión y concisión que los anteriores, se expresa Pic, quien define la liquidación como sigue: "Es un conjunto de operaciones que tienden a establecer las cuentas de los socios, terminar los negocios pendientes, saldar el Pasivo y realizar el Activo". Además de los anteriores, Davis da los conceptos de liquidación de otros autores.

Para Rodríguez Rodríguez por liquidación de las sociedades mercantiles, conforme a la legislación mexicana, debe entenderse que son las operaciones necesarias a fin de concluir los negocios pendientes a cargo de la sociedad, cobrar lo que se adeude a la misma y pagar lo que ella deba, vender todo el activo y convertirlo en dinero contante para dividir entre los socios el patrimonio resultante. Enseguida agrega "Pasando de esta descripción externa de la liquidación a su caracterización sustancial, podemos decir que es el sistema técnico jurídico, adecuado para extinguir la sociedad, por la desaparición de su personalidad jurídica y la conclusión de las relaciones jurídicas relativas a su patrimonio que se disgrega".(8)

Para Alessandri y Somarriva, "Disolución es la causa o hechos que pone fin a la sociedad; liquidación es la repartición de los bienes de una sociedad disuelta entre los socios". (9)

Este último concepto de liquidación, a nuestro modo de ver, es inexacto, ya que se hace consistir en un simple reparto de bienes entre los socios. Alessandri y Somarriva transcriben un artículo del Código Civil chileno, el cual corresponde al Art. 1873 de nuestro Código Civil, en donde, en el primer inciso, se establece: "Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber", por tal motivo, creemos que ellos tomaron la palabra "división" como sinónima de "liquidación".

Personalidad Jurídica de las Sociedades Durante la Liquidación

Doctrinariamente se discute si las sociedades conservan su personalidad durante el período de liquidación o si la pierden por el simple hecho de la disolución. En la actualidad pocos tratadistas sostienen lo último, en vista de que la doctrina, la jurisprudencia y buen número de legislaciones admiten ya que las compañías subsisten mientras la liquidación no ha concluido, o sea que al disolverse

aquellas, no por eso, como declara Langlé y Rubio, se "produce su extinción inmediata, sino que es un primer paso en el camino que conduce a ella. A la disolución sucede, como segunda fase, la liquidación; su objeto es terminar los negocios pendientes, cobrar los créditos, pagar las deudas y fijar cuál es el sobrante patrimonial, a repartir entre los socios". (10)

Una sentencia del Tribunal Supremo de España, a la cual hace breve referencia el autor recién mencionado, expresa que al declarar se la existencia de una causa de disolución, la sociedad pasa antes de extinguirse, por la fase de liquidación y división del haber partible, lo cual significa la subsistencia de la sociedad entre tanto esa fase no haya concluido, pero se opera una mutación de fin: cambia el que tenía como actividad social.

Las explicaciones de Planiol y Ripert, reproducidas por Arturo Davis, sobre la misma materia, son interesantes: "aun cuando a las sociedades civiles y comerciales se les pone fin jurídicamente por el hecho de la disolución, tanto las unas como las otras, en el sistema que en definitiva ha predominado, conservan su personalidad total mientras dura la liquidación y en la medida en que lo exigen las necesidades de la misma. Como consecuencia de esta ficción de supervivencia, la personalidad de la sociedad continúa produciendo sus efectos, pero sólo en la medida de las necesidades de la liquidación".(11)

Esas ideas, aunque sólo se limitan a registrar el hecho de cómo se comportan las compañías en un cierto período, de acuerdo con el sistema predominante, son, a nuestro criterio, las que mejor enfocan la cuestión, porque en ellas hallamos los caracteres siguientes: 1o.) La disolución extingue jurídicamente al ente social; pero ello no obsta para que conserve incólume su personalidad durante la liquidación, o sea que ese atributo no queda menguado ni queda con una capacidad limitada, como lo sostiene alguna doctrina, ni se crea una sociedad nueva por el hecho de disolverse la antigua, con el único objeto de disolver esta última, según piensa otra doctrina; se descarta también la opinión de quienes consideran extinguida la personalidad de las compañías cuando se disuelven, para transformarse en una comunidad de bienes cuyos titulares son los socios; 2o.) La persistencia de la personalidad jurídica únicamente tiene por fin lograr el desanudamiento de los vínculos formados por la sociedad con terceros en sus relaciones contractuales o de otra índole, y después romper el lazo que une a aquella con sus socios, mediante la partición del saldo resultante que hubiere a su favor; es decir, la compañía continúa funcionando como persona, pero sólo para el efecto de la liquidación y no para seguir desarrollando el objeto social, porque, como afirma Garrigues, ha cambiado únicamente "el fin de la sociedad: ya no es la explotación del negocio mercantil, sino la liquidación de las operaciones pendientes, para poder llegar a la división

del resto patrimonial entre los socios"; asimismo y en forma paralela, agrega, "se opera un cambio en la finalidad del patrimonio social: ya no es fuente de producción de beneficios, sino objeto de responsabilidad para los acreedores". (12)

Sraffa y Rocco, citados por Langlé y Kubio, aducen como razón fundamental para que persista la compañía durante la liquidación (teoría de la identidad), la autonomía del patrimonio social, pues la liquidación no operaría sin esa persistencia, ya que se trata de liquidar obligaciones de la sociedad y no obligaciones de los socios; además, la falta de personalidad haría perder a los acreedores de aquélla toda preferencia sobre los haberes sociales.

Los problemas apuntados no se presentan en el Derecho inglés, ya que allí, dice Felipe de Solá Cañizares, la liquidación es anterior a la disolución: primero se liquida la compañía y enseguida se disuelve. El autor referido manifiesta que esa práctica puede sorprender a un jurista latino, aun cuando en realidad es más lógica, ya que el problema de la subsistencia de la personalidad jurídica de la compañía durante la liquidación en ningún momento se cuestiona.

En algunas legislaciones específicamente se consigna que las sociedades conservan su personalidad en el período de la liquidación. En nuestro país no hay disposición expresa, pero se deduce de algunos preceptos del Código de Comercio. El proyecto de dicho Código, estatuye: "Disuelta la sociedad, se pondrá en liquidación; pero conservará su personalidad jurídica para los efectos de ésta. A su razón social o denominación, se agregará la frase: "en liquidación" (Art. 326).

En relación a las anónimas encontramos varios preceptos que presuponen lo dicho; v.gr., el inc. lo. del Art. 298 Com. establece: "A las sociedades en liquidación son aplicables todas las disposiciones que no sean incompatibles con la liquidación"; el Art. 288 Com., en defecto de declaraciones en contrario, especifica cuáles son las atribuciones de los liquidadores, entre los cuales figuran la de "Representar a la sociedad en juicio y fuera de él", la de cobrar deudas a favor de la compañía y la de vender bienes de la misma y de "Dividir los haberes líquidos de la sociedad", etc.; el Art. 289 Com. también da a entender que los liquidadores actúan en nombre de la compañía, no en nombre propio ni de los socios.

Respecto a las colectivas mercantiles, el Art. 218 Com. declara que: "El liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad...", y en el Art. 221 Com. dice que además de los deberes que su título le imponga, el liquidador está obligado: "4o. A liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios", "6o. A vender las mercaderías y los muebles e inmuebles de la sociedad...", etc., por su parte el Art. 224 Com. prescribe: "Los liquidadores representan en juicio activa y pasivamente

a la sociedad en liquidación". Nótese que respecto a las anónimas habla de representación en "juicio y fuera de él".

Especialmente de las disposiciones aludidas y de otras más, se colige que el liquidador no podría cumplir con su encargo, si las sociedades carecieran de personalidad en el período en que le toca actuar.

Liquidación extrajudicial y judicial

La liquidación extrajudicial, como su nombre lo indica, es la realizada sin intervención de ninguna autoridad judicial, y tiene su origen en la ley, en el pacto social o en los acuerdos de los socios.

La judicial, es decretada por el juez en los casos en que la ley indica. Así, en la sección en que se regla la disolución y liquidación de las sociedades anónimas, vemos en el inc. 3o. del Art. 285 Com., que: "Cuando la sociedad sea declarada judicialmente como no existente por nulidad esencial de su constitución, o en caso de no reunirse el número de votos prescritos en el inciso anterior, se procederá por el juez al nombramiento de liquidadores", y el Art. 296 Com. señala que: "El acta de aprobación final de las cuentas de liquidación y partición o la sentencia judicial dictada sobre ellas..."

En el Capítulo de las colectivas mercantiles no se encuentra una regulación semejante, sólo se registra el caso en que en la escritura social o en la de disolución se acuerde nombrar liquidador, pero no se determina la forma de hacer la designación y hubiere desacuerdo entre los socios al efectuar el nombramiento, entonces le corresponde hacerlo al Juez competente. "Lo mismo se hará si no se hubiese acordado el nombramiento de liquidador" (Art. 217 Com.). Por supuesto que este es un caso distinto, pues no se trata de liquidación judicial, por el hecho de ser nombrado el liquidador por el Juez.

Estimamos que también las colectivas mercantiles podrían liquidarse judicialmente en los mismos casos en que procede para las anónimas.

El proyecto de Código de Comercio, en el Capítulo "Sociedades Nulas e Irregulares", se refiere a la liquidación judicial del siguiente modo: "El juez que decreta la nulidad podrá practicar por sí mismo la liquidación o designar un liquidador, en este caso deberá oír previamente a la Inspección de Bancos y Sociedades Mercantiles y la designación recaerá, si ello fuere posible, en una institución bancaria" (Art. 343, inc. 3o.).

A) CAUSALES DE DISOLUCION DE LA COLECTIVA MERCANTIL

Existen causas comunes de disolución de las sociedades en general, tales como: la terminación del plazo de duración, el logro del objeto social o la imposibilidad de obtenerlo, la voluntad de los socios, causas previstas en el pacto social, la fusión cuando una o más quedan absorbidas por otra, etc.

En las compañías de personas, en razón de estar constituidas en consideración al intuito persona, también tienen causas comunes de disolución: muerte, incapacidad, interdicción, quiebra de uno de los socios, etc.; sin embargo, en los tiempos modernos se pretende evitar que esas causas conduzcan necesariamente a la disolución, mediante pactos de continuar la sociedad con los herederos del socio. El Código de Comercio en proyecto ha seguido esa corriente, por eso los redactores del mismo consignan en la exposición de Motivos que en relación a las causales de disolución, se ha tratado de "conciiliar los intereses prácticos que exigen la máxima estabilidad en las sociedades, con la naturaleza de la sociedad de personas. Con ese objeto se han reducido las causales de disolución, se ha permitido que subsista la sociedad aun después de una disolución parcial, y a menos que los socios pacten lo contrario, y se ha eliminado la disolución automática". El susodicho proyecto confirma lo anterior, en los Arts. 60 al 63.

En el Tratado del Derecho de las Sociedades (Tomo I), de Brunetti, el traductor, Felipe de Solá Cañizares, expone, respecto a la compañía colectiva: "Las causas de disolución son esencialmente las mismas que en la sociedad civil, en ciertos países, con algunas modificaciones o con una reglamentación especial. Pero en algunos, la disolución de la sociedad colectiva no está reglamentada y se aplican las reglas de la sociedad civil" (13). En este último caso estamos nosotros, ya que conforme al Art. 215 Com.: "La sociedad colectiva se disuelve por los modos que determina el Derecho Civil". La palabra "modos" ha de interpretarse como equivalente a causas o causales.

El proyecto de Código de Comercio, en cambio, regula por una parte las causales por las cuales se disuelven las sociedades de personas (Art. 59 y sigs.), y por otro, las de capitales (Art. 187 y sigs.). No hay ninguna remisión a la legislación civil.

En el Código Civil hay un Capítulo completo, denominado "De la Disolución de la Sociedad", que aun cuando parezca aplicarse a todas las sociedades, no comprende a las anónimas, pues éstas se rigen por lo dispuesto en el Código de Comercio (Art. 181 y sigs.). La breve alusión a las anónimas hecha por el Código Civil en el Art. 1862 no modifica lo dicho.

Como las causales de disolución de la colectiva civil se apli

can igualmente a la correlativa mercantil, nuestra exposición se limitará a examinar, especialmente, las que aparecen diseminadas en el Capítulo VII del Título XXVII, del Libro Cuarto del Código Civil, y se dejará para el final tres causales más que no figuran en tal Capítulo, o sea las comprendidas en los Arts. 1825 C., inc. 3o.; 1830 C., inc. 3o.; y, 207 Com. Esta última, como se comprenderá, es exclusiva de la colectiva mercantil.

Las causales de disolución de las colectivas mercantiles, son, por lo tanto, las siguientes:

1o.) La expiración del plazo señalado en el contrato, si no media prórroga.

2o.) Por el advenimiento de la condición especificada en el contrato, no mediando prórroga. (Sobre el significado de "condición", consúltense las obligaciones condicionales, Art. 1344 C. y siguientes).

Esas dos causas de disolución están englobadas en el inc. 1o. del Art. 1856 C., así: "La sociedad se disuelve por la expiración del plazo o por el evento de la condición que se ha prefijado para que tenga fin".

La disolución no tiene efecto si se prorroga el plazo "por unánime consentimiento de los socios, y con las mismas formalidades que para la constitución primitiva" (inc. 2o., Art. 1856 C.). Lo concerniente a las formalidades de la prórroga lo confirma el Art. 167 Com. inc. 2o.

También las anónimas no se disuelven si se prorrogan. El Art. 281 Com., inc. 1o., prevé esa situación, así: "Transcurrido el término marcado en el contrato para la duración de la sociedad, y no mediando ningún otro motivo de disolución podrá prorrogarse este plazo si los socios convinieren en ello por unanimidad, o si los que se retiran no representan más de un tercio del capital social y los socios restantes les liquidasen su parte en los términos legales".

La corriente doctrinal predominante, considera automática la disolución de la sociedad cuando se produce por haber transcurrido el término señalado en el contrato. Por ejemplo, Rodríguez Rodríguez después de sostener abiertamente esa tesis, concluye: "Así ocurre en todas las legislaciones, y así lo afirma la ley mexicana, en cuanto que las sociedades se disuelven por la expiración del término fijado en el contrato social..." (14). Langlé y Rubio se pronuncia en igual sentido: "Nuestros mercantilistas coinciden en que la primera (cumplimiento del término fijado) opera ipso jure: no precisa un acuerdo de los socios. Las restantes, exigen que alguien las ponga en acción" (15). También Davis participa del criterio de que en "esta causal, la disolución opera de pleno derecho".

Los dos tratadistas primeramente mencionados convienen en que

una vez vencido el plazo fijado en el pacto social, es innecesario cualquier acuerdo de los socios, tendiente a confirmar la disolución; el acuerdo se adoptó anticipadamente, al momento de celebrarse el contrato; por igual motivo, no se precisa de inscripción en el Registro Mercantil, para que la disolución surta todos sus efectos.

Concordamos con la posición asumida por esa doctrina, sin desconocer, por supuesto, que nuestra legislación implícitamente conduce a esa misma solución respecto a la colectiva mercantil, pues en el inc. 2o. del Art. 167 Com., en lo conducente, estatuye: "La disolución de la sociedad que se efectuare antes de vencer el término estipulado, la prórroga de éste... y en general toda reforma, ampliación o modificación del contrato, se harán constar en escritura pública con las solemnidades indicadas en el inciso anterior". Esas "solemnidades" son, además de la escritura pública, la inscripción de ésta en el Registro de Comercio y darla a conocer al público, en extracto, por medio de circulares.

Un análisis de la disposición copiada demuestra que en ella no está comprendida la disolución si la causa proviene de haberse vencido el término preestablecido en el contrato social, porque:

a) No se equipara el caso en que la disolución acaece "antes de vencer el término estipulado": aquí el plazo aún no se ha vencido; allá sí:

b) Tampoco se está en la hipótesis de la prórroga del plazo: no tendría sentido ocuparse de la disolución de una compañía que continúa subsistiendo merced a la prórroga; y

c) Asimismo, no puede haber "reforma, ampliación o modificación del contrato", si se parte del supuesto de que en la escritura social se ha determinado la fecha de extinción de la sociedad, y precisamente ese efecto lo produce la llegada del plazo, sin necesidad de variar tal escritura.

Consecuentemente, al configurarse la causal en estudio sale sobrando la escritura pública de disolución y el consiguiente registro; tampoco se requiere de ningún acuerdo de los socios para validar la disolución, porque ese acuerdo está plasmado de antemano en la escritura social inscrita. Por un camino distinto se llega a una conclusión parecida en la legislación civil, en vista del Art. 1872 C., según el cual, puede alegarse contra terceros la disolución del contrato social "lo. Cuando la sociedad ha expirado por la llegada del día cierto prefijado para su terminación en el contrato".

El caso, hasta cierto punto opuesto, lo prevé el Art. 1823 C., o sea cuando los socios no han estipulado en el contrato social el plazo o condición para que la sociedad tenga fin, pues entonces se entiende "contraída por toda la vida de los asociados, salvo el derecho de renuncia".

Si dentro de la libertad contractual de fijar plazos de duración de las compañías, los socios estipularan, v.gr., un período de 150 años eso sería, propiamente, una sociedad "contraída por toda la vida de los asociados". Aquí, aun cuando se haya señalado el plazo, en nuestra opinión, también asistiría a los socios el derecho de renuncia, a pesar de que en el contrato no se hubiere concedido ese derecho. (Art. 1866 C., inc. 2o.).

El derecho de renuncia se basa en la circunstancia de que nadie puede permanecer ligado contractualmente toda su vida, sin su consentimiento.

3o.) La finalización del negocio para el cual fue constituida la sociedad.

A esta causal se refiere el inciso lo. del Art. 1857 C., en los siguientes términos: "La sociedad se disuelve por la finalización del negocio para que fue contraída".

Si se constituye una sociedad para construir una carretera, la compañía se disuelve al finalizarse las obras, porque ya ha logrado su propósito.

Intimamente relacionado con esta causal está el inc. 2o. del Art. 1823 C.

4o.) La fijación de un día cierto para la terminación de la sociedad, si llega ese día y no se prorroga el plazo, aunque el negocio para el cual se constituyó aquélla no haya concluido.

En el inc. 2o. del Art. 1857 C. se halla esa causal: "Pero si se ha prefijado un día cierto para que termine la sociedad, y llegado ese día antes de finalizarse el negocio no se prorroga, se disuelve la sociedad".

En ese motivo de disolución se advierte que es una mezcla de las causales primera y tercera, en el orden en que las hemos enumerado, y donde predomina el vencimiento del plazo pues origina la disolución aunque el negocio, objeto de la sociedad, no esté concluido.

¿Qué es día cierto? A falta de otros conceptos, se puede recurrir a los Arts. 1062 C. y ^{1066 C.} insertos en el Capítulo correspondiente a "las asignaciones testamentarias a día", y como tales formando parte del Libro Tercero del Código Civil, donde se regla la sucesión por causa de muerte. El Art. 1062 C., en sus dos primeros incisos prescribe: "El día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador.--- Es cierto, pero indeterminado, si puede llegar o no, pero suponiendo que haya de llegar, se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veintiún años". El inc. lo. del Art. 1066 C., dice: "La asignación desde día cierto pero indeterminado, es condicional y envuelve la condición de existir el asig

natario en ese día".

5º) Por la insolvencia de la sociedad o la de cualquiera de los socios. (Art. 1858 C., inc. 1º., y Art. 1864 C., inc. 1º.).

Estimamos que también sería causal de disolución la quiebra de la colectiva mercantil o la de alguno de los socios, si éstos ejercen independientemente el comercio. En ambos casos existe la misma razón, pues tanto la insolvencia como la quiebra suponen el incumplimiento de obligaciones contraídas, aunque una y otra no se identifiquen, por ser la segunda una situación de derecho: la quiebra no produce los efectos determinados en el Código de Comercio "sino en virtud del auto que declara su existencia, ni sus efectos se retrotraen más allá de la fecha que en él se señala" (Art. 773 Com.); en tanto la insolvencia es una situación de hecho, consistente en la simple imposibilidad de pagar las deudas.

La quiebra de las anónimas es causal de disolución, (Art. 181 Com. ord. 4º.).

Un concepto bastante exacto de la insolvencia, lo proporciona el Art. 499 del Código Penal: "Es insolvente el deudor que, no teniendo bienes raíces o muebles conocidos, libres de gravamen y suficientes para cubrir sus deudas, no cumple una obligación en el plazo estipulado, o con la condición que se haya convenido".

Es lógico y natural, declara Davis, que la simple insolvencia de la compañía, sea motivo para disolverla, porque si no puede pagar sus deudas, se encuentra en la imposibilidad de continuar desarrollando la actividad económica que le dio origen; y si es así, la sociedad ya no tiene razón de ser, porque su objeto ha desaparecido.

En la obra de Davis, citada con anterioridad, se lee: "Par-dessus observa elocuentemente que no puede haber incertidumbre alguna sobre la cuestión de saber si los socios no fallidos tienen el derecho de provocar y hacer declarar la disolución de la sociedad, y dice: "Si se les obligara a seguir asociados con una persona que por su falencia no les ofrece ya garantías, y que ha sido privada de la administración de sus bienes, se les inferiría un daño y se cometería con ellos una injusticia intolerable; ya no existiría entre los socios la igualdad de posiciones y de garantías recíprocas que es la base de toda sociedad. Los socios no fallidos se verían obligados a cumplir todas las obligaciones sociales y a efectuar todos los anticipos-sin esperanza de recuperarlos- con respecto a un deudor cuya insolvencia es notoria..." (16).


El inc. 2º. del Art. 1864 C. determina que no obstante la insolvencia del socio la compañía puede continuar con el fallido, en cuyo caso "los acreedores ejercerán sus derechos en las operaciones sociales".

Esa disposición es facultativa para los socios solventes, porque no puede obligárseles a continuar en sociedad con los acreedo-

res del fallido, especialmente si éste es el único administrador nombrado en el contrato social o es administrador conjunto designado de la misma manera, porque en esas circunstancias la sociedad se disolvería, pues faltando el socio administrador a su vez faltaría una de las condiciones esenciales del pacto social, "a menos de expresarse otra cosa en el mismo contrato" (Art. 1829 C., inc. 2o.).

Finalmente, ha de advertirse que la insolvencia de la sociedad colectiva o la de uno de sus socios, no produce indefectiblemente su disolución, porque aquélla puede ser insolvente y no serlo sus miembros, o uno de éstos puede encontrarse en esa situación, mientras la sociedad y los demás socios están disfrutando de una condición económica holgada, etc.

6a.) "La sociedad se disuelve... por la extinción de la cosa o cosas que forman su objeto total" (Art. 1858 C., inc. 1o.).

Si una sociedad explota un almacén y se incendia, y el fuego consume todas las mercaderías, aquélla se disuelve. 

Es natural que si las compañías pierden las cosas que constituyen su haber social, no podrían realizar ya las operaciones lucrativas para las cuales se crearon y, desde luego, la continuación del fin propuesto tropezaría con un escollo insuperable.

Nótese que el inc. 1o. del Art. 1858 C. alude a la disolución de la compañía, cuando se extingue "la cosa o cosas que forman su objeto total", de donde podría inferirse que no se refiere a los bienes materiales con los cuales opera aquélla, sino a los objetivos perseguidos por la misma; sin embargo, el inc. 2o. del mismo Art. hace pensar lo contrario, pues en él se aclara que "Si la extinción es parcial, continuará la sociedad, salvo el derecho de los socios para exigir su disolución, si con la parte que resta no pudiese continuar útilmente".

A pesar de todo, creemos que la causal en comento podría servir, interpretando extensivamente el inc. 1o. del Art. 1858 C. citado, para aplicarla en forma semejante a la prevista para disolver a la anónima, o sea cuando hay "extinción o cesación de su objeto" (Art. 281 Com., ord. 2o.).

7a.) Por la extinción parcial de la cosa o cosas que forman el objeto de la sociedad, si con la parte que resta no puede continuar útilmente. (Art. 1858 C., inc. 2o.).

En este caso, cualquiera de los socios puede solicitar la disolución.

8a.) Por faltar al compromiso de aportar lo prometido.

El Art. 1859 C. dispone: "Si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta".

Los individuos se asocian confiados en que todos cumplirán con los aportes pactados; de no ser así carecería de significado la previsión legal de que poner algo en común, es un requisito insuprmible si se quiere adquirir la condición de socio.

La compañía puede continuar si los socios no desean hacer valer el derecho de darla por disuelta.

Si se trata de un simple retardo en la entrega de los aportes, debe estarse a lo dispuesto en el Art. 187 Com.

9a.) Si perece una cosa que se ha aportado en propiedad, cuando sin ella no puede continuar la sociedad útilmente. (Art. 1860 C., inc. lo.).

Siendo los aportes la base fundamental para el funcionamiento de las sociedades, es obvio que se disuelvan si se pierde una aportación cuando ésta consiste en una cosa cuya falta representa la imposibilidad de continuar eficazmente con los objetivos propuestos.

10a.) Cuando la cosa se ha aportado en usufructo y se pierde, y el aportante no se aviene a reponerla a satisfacción de sus consocios. (Art. 1860 C., inc. 2o.).

La ley distingue si la pérdida es de una cosa aportada en propiedad o si lo es en usufructo, porque en el primer caso el riesgo recae en la sociedad, y en el segundo, lo soporta el socio, siempre que la pérdida no sea imputable a la compañía. (Art. 1842 C., incs. lo. y 2o.).

La razón de esto último la ofrece Davis, transcribiendo a Gabriel Palma R., así: "se trata aquí de un aporte de tracto sucesivo, que no se entiende cumplido sino una vez que la sociedad ha podido gozar de la cosa durante el tiempo conveniente; y si la cosa perece antes de la fecha fijada, es lo mismo que si el socio no hubiere hecho el aporte". (17)

11a.) Por la muerte de cualquiera de los socios, Art. 1861 C., inc. lo.).

En las sociedades de personas es natural que la muerte de uno de sus miembros traiga consigo su disolución: seguramente quienes le sobreviven tomaron en consideración algunas cualidades del fallecido, y si falta éste es motivo suficiente para extinguir la sociedad. No obstante, y según se explicó antes, las legislaciones modernas se inclinan porque continúe la compañía, excepto si se estipula otra cosa. El Art. 60 del Código de Comercio en proyecto se adhiere a esa doctrina: "Las sociedades de personas no se disuelven por la muerte de uno de los socios, salvo pacto en contrario".

La regla general, inc. lo., Art. 1861 C., es que la muerte del socio conduzca a la disolución de la sociedad; excepcionalmente puede continuar, de acuerdo con la misma disposición, "cuando por

disposición de la ley o por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto o sin ellos".

También se entiende continuar la sociedad aun después de la muerte del socio, "mientras los socios administradores no reciban no ticia de su muerte" (inc. 2o., Art. 1861 C.); e incluso después de haberse recibido esa noticia, cuando se trata de llevar a cabo "las operaciones iniciadas por el difunto que no suponga una aptitud peculiar en éste" (inc. 3o., Art. 1861 C.).

12a.) Por la incapacidad que sobrevenga a uno de los socios, (Art. 1864 C., inc. 1o.).

El inciso 2o. del Art. 1864 induce a pensar que la ley se re fiere únicamente a la incapacidad civil: interdicción por locura, sordomudez, etc., pues se habla en él de la continuación de la sociedad con el curador del incapaz, quien ejerce los derechos de éste en las operaciones sociales; sin embargo, opinamos que se aplica también a la incapacidad física, por ejemplo, si un socio administra dor le sobreviene la ceguera, etc.

✓ 13a.) Por el consentimiento unánime de todos los socios. (Art. 1865 C.).

El mismo consentimiento que le da vida a una compañía, es igualmente idóneo para disolverla.

Opinamos que si son varios los socios o sólo dos, y únicamen te uno no está de acuerdo con la disolución, procedería aplicar la causal aunque no habría unanimidad en ese caso, porque en tales circun stancias la sociedad no podría continuar sólo con uno de sus com ponentes.

14a.) "La sociedad puede expirar también por la renuncia de uno de los socios (inc. 1o., Art. 1866 C.).

La renuncia no tiene efecto cuando:

a) "La sociedad se ha contratado por tiempo fijo, o para un negocio de duración limitada... si por el contrato de sociedad no se hubiere dado la facultad de hacerla". (inc. 2o., Art. 1866 C.); y

b) No hubiere grave motivo para renunciar, "como la inexecución de las obligaciones de otro socio, la pérdida de un administra dor inteligente que no puede reemplazarse entre los socios, enferme dad habitual del renunciante que le inhabilite para las funciones so ciales, mal estado de sus negocios por circunstancias imprevistas, u otros de igual importancia" (inc. 2o., Art. 1866 C.).

La renuncia de un socio está condicionada, además a los siguientes requisitos:

a) Que se notifique a todos los asociados, o al socio o socios administradores. "Aquellos de los socios a quienes no se hubie

re notificado la renuncia, podrán aceptarla después, si vieren convenirles, o dar por subsistente la sociedad en el tiempo intermedio" (Art. 1867 C.); y

b) Que la renuncia sea hecha de buena fe y oportunamente. "No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente" (Art. 1868 C.).

Los Arts. 1869 y 1870 del Código Civil, por su orden, determinan qué se entiende por renuncia de mala fe y por renuncia intempestiva, y establecen la sanción aplicable a los infractores.

Por su parte el Art. 1871 C., dice: "Las disposiciones de los artículos precedentes comprenden al socio que de hecho se retira de la sociedad, sin renuncia".

15a.) Si se encomienda "la división de los beneficios y pérdidas a ajeno arbitrio" (inc. 1o., Art. 1825 C.), y "la persona a quien se ha cometido fallece antes de cumplir su encargo, o por otra causa cualquiera no lo cumple, la sociedad queda disuelta..." (inc. 3o., Art. 1825 C.).

16a.) Cuando el socio administrador renuncia o es removido de su cargo, en los casos contemplados en los incisos 1o. y 2o. del Art. 1830 C., y no se justifican las causas que en los mismos se previenen, "la renuncia o remoción pone fin a la sociedad" (inc. 3o., Art. 1830 C.).

17a.) Si el socio administrador, nombrado por una cláusula especial de la escritura social, ejecuta actos y contratos en oposición de sus consocios excluidos de la administración, y "sus gestiones produjesen perjuicios manifiestos a la masa común, la mayoría de los socios podrá... solicitar la disolución de la sociedad".

B) NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADORES

La disolución, insistimos, no extingue de inmediato la vida de las sociedades, pero sí pone fin a las funciones de los administradores y a las de quienes las representaban en el desarrollo normal de sus actividades: es aquí donde entran a ocupar los liquidadores el puesto dejado por unos y otros. Generalmente esa sustitución ocurre después de haber transcurrido cierto tiempo, pues depende del momento en que los últimos se encargan de tales funciones; en el interin, algunas legislaciones, expresa o tácitamente, y parte de la doctrina, admiten que los administradores continúan actuando legítimamente.

Sin los liquidadores, en el lapso comprendido entre la disolución y la liquidación, las sociedades no podrían actuar, a pesar de conservar su personalidad, y, por lo tanto, los actos y contratos conducentes para dar ^{por} terminada, jurídica y materialmente, la existencia de esos entes, no sería posible.

El nombramiento de liquidadores normalmente se hace en la escritura social o en la de disolución.

Cuando en tales escrituras únicamente se hubiere acordado nombrar liquidadores, sean socios o extraños, pero sin especificar cómo se llevará a cabo la designación, entonces corresponde hacerla a los socios por unanimidad. Si no llegaren a un acuerdo o en dichas escrituras no se previere el nombramiento de liquidadores, deberá efectuarlo el Juez competente. (Art. 217 Com.).

"Sólo en el caso de hallarse todos conformes, podrán encargar se los socios de hacer la liquidación colectivamente" (Art. 217 Com., inc. 2o.).

El Código de Comercio en proyecto contempla en el Art. 328 el nombramiento de liquidadores, la época en que debe hacerse, y se faculta a cualquier socio o al Ministerio Público para pedir a la autoridad judicial que haga la designación si ésta deja de verificarse en los plazos allí fijados.

La liquidación puede encomendarse a uno o más liquidadores. Si se nombraren dos o más y se les ordenare obrar conjuntamente, se aplica lo prescrito en el Art. 206 Com. (inc. 1o., Art. 220 Com.).

"Las discordias que ocurrieren entre ellos, serán sometidas a la resolución de los socios, y por ausencia u otro impedimento de la mayoría de éstos, a la del tribunal competente" (inc. 2o., Art. 220 Com.).

En lo relativo a la forma y causas de renuncia o remoción de los liquidadores designados en el contrato social, la legislación mercantil se remite al derecho común; por consiguiente, ambas se reglan por lo dispuesto en el Art. 1830 C. Pero si se les ha designado de distinta manera, la renuncia o remoción se rige por las reglas generales del mandato, (Art. 225 Com.), tomando en consideración, desde luego, lo prescrito en el Art. 1832 del Código Civil.

¿Qué carácter inviste el liquidador?

Se explicó ya que, de conformidad con nuestra legislación positiva, las sociedades conservan su personalidad en el período de la liquidación, y se puntualizó que, respecto a la colectiva mercantil, "El liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad" (Art. 218 Com.), y que "Los liquidadores representan en juicio activa y pasivamente a la sociedad en liquidación" (Art. 224 Com.).

De ahí se concluye que, por expresa disposición de la ley, los liquidadores son mandatarios y representantes legales de la sociedad en liquidación. El mandato, a su vez, supone la realización de actos de administración. (Art. 1892 C., inc. 1o.).

En el Capítulo "Liquidación de Sociedades", el precitado proyecto en un mismo artículo indica: "La liquidación estará a cargo de uno o más liquidadores, quienes serán administradores y representan

tes de la sociedad, y responderán por los actos que ejecuten cuando se excedan de los límites de su cargo" (Art. 327).

¿En qué momento empiezan, legalmente, las funciones de los liquidadores?

La ley no lo dice expresamente, pero se colige que los liquidadores únicamente están legitimados para actuar en nombre y representación de la compañía, a partir de la inscripción de su nombramiento en el Registro de Comercio, pues el ord. 5o. del Art. 12 Com., ordena la inscripción de "Los nombramientos de gerentes y liquidadores de las compañías comerciales", y el Art. 15 Com., sanciona la falta de registro de "Las escrituras sociales y los poderes mencionados en los números 3o., 4o. y 5o. del Art. 12", con no producir "efecto alguno entre los socios ni entre el mandante y mandatario; pero los actos ejecutados o contratos celebrados por los socios o mandatarios, surtirán pleno efecto respecto de terceros".

El Art. 216 Com. se limita a declarar que disuelta la compañía, se procede a la liquidación por la persona nombrada al efecto en el pacto social o en la escritura de disolución; pero en realidad, el inicio de las funciones propiamente tales, de los liquidadores, no se opera ipso facto por el simple nombramiento, sino después de algunas operaciones previas.

En lo que respecta a la colectiva mercantil el Código de Comercio sigue, a nuestro criterio, un procedimiento inadecuado, porque a tenor de los ordinales 1o. y 3o. del Art. 221 Com., el liquidador está obligado:

"A formar inventario al tomar posesión de su cargo, de todas las existencias y deudas de cualquier naturaleza que sean, de los libros, correspondencia y papeles de la sociedad"; y,

"A exigir la cuenta de su administración a los gerentes o a cualquier otro que haya manejado intereses de la sociedad;" , etc.

El procedimiento aconsejable quizá sería el que los administradores rindieran, previamente, cuentas a los socios, elaborando para el caso un detalle contentivo, mutatis mutandis, de lo exigido en el Art. 23 Com. Una vez aprobadas las cuentas, los administradores harían entrega a los liquidadores de todo lo expresado en dicho detalle, juntamente con los libros, documentos y papeles de la sociedad. Aquellos recibirían bajo riguroso inventario, cerciorándose de su exactitud, para evitar responsabilidades ulteriores, y dando constancia de su recibo.

Al rendir cuentas los administradores, los socios sabrían cuál es el verdadero patrimonio de la sociedad que se entrega a los liquidadores, quienes con esa base, rendirían a su vez, al concluir su cometido, la cuenta correspondiente.

O tal vez es más atinada la disposición propuesta por el Art.

133 del Código de Comercio en proyecto: "Nombrados los liquidadores, los administradores les entregarán todos los bienes, libros y documentos de la sociedad. Dicha entrega se hará constar en inventario detallado que será suscrito por ambas partes", ya que el trámite sería menos embarazoso y se evitarían pérdidas de tiempo.

En las anónimas, actualmente se procede de la siguiente manera: "Disuelta la sociedad, los administradores someterán a la aprobación de la Junta General, el inventario, balance y cuentas de su gestión final, con los trámites y en la forma que lo deberían hacer si se tratase de inventarios, balance y cuentas anuales" (Art. 286 Com.). Una vez "Aprobadas las cuentas de la gestión, así como el inventario y balance, los administradores harán entrega a los liquidadores de todos los documentos, libros, papeles, fondos y haberes de la sociedad, a fin de dar comienzo a la liquidación". (Art. 287 Com.).

Expresamente debería regularse en el Código de Comercio la situación de la compañía en el período anterior al inicio de las funciones de los liquidadores y posterior a su nombramiento. El Código de Comercio de Honduras, sobre ello, en el Art. 333, dice: "Mientras no haya sido inscrito en el Registro Público de Comercio el nombramiento de los liquidadores y éstos no hayan entrado en funciones, los administradores continuarán en el desempeño de su encargo, sin perjuicio de la responsabilidad de unos y otros, si la inscripción no se practicare por dolo o negligencia". Este artículo lo reproduce exactamente el Código de Comercio en proyecto en el Art. 329, excepto por la omisión en éste de la palabra "Público", y la sustitución del vocablo "encargo" por "cargo".

Somos de opinión que después de disuelta la sociedad, los administradores continúan ejerciendo sus funciones, entre tanto los liquidadores no fueren nombrados o si no han tomado posesión de su cargo, para que no haya solución de continuidad, y porque como manifiesta Davis, el mandato de los administradores de sociedades es de tipo sui géneris, razón por la cual no pueden renunciarlo a voluntad ni ser removidos "ad líbitum" por los socios, como ocurre con el mandato ordinario. Y puesto que en el Código Civil, en la parte pertinente "De la Administración del Mandato", no se contempla la disolución de la sociedad, es razonable pensar que los administradores no pierden su carácter de tales mientras no se produzca el nombramiento de liquidadores". (18)

Nuestra afirmación la fundamos en los artículos 216 y 217 del Código de Comercio, y en el hecho de que en ningún artículo del citado Código se establece la cesación automática de los administradores al ocurrir la disolución; no obstante continúan al frente de la sociedad no como liquidadores, a menos que así se pacte en la escritura social o en la de disolución o posteriormente se les nombre por unánime consentimiento de los socios; desde luego, en este último supuesto su condición jurídica cambia: dejan de ser administradores pa

ra convertirse en liquidadores.

C) PARTICION DEL HABER SOCIAL

Esta es la última fase de la liquidación; consiste en dividir entre los socios el haber líquido que resultare después de finalizar se las operaciones pendientes, de realizar los bienes muebles o inmuebles, cobrar créditos y pagar deudas, etc.

Como los socios colectivos responden ilimitadamente en lo relativo a los compromisos sociales, habrá ocasiones en las que en vez de recibir algo de esa masa líquida, habrán de desembolsar algunas cantidades de dinero para cubrir los déficit de la compañía en liquidación.

En vista de lo expuesto y para seguir un orden lógico, conviene ocuparse brevemente de la liquidación en general y después, como parte final de la misma, tratar la división del haber social. Ese estudio se posibilita si se parte de las atribuciones que el Código de Comercio señala a los liquidadores.

Siendo el liquidador un mandatario, debe ceñirse escrupulosamente a los términos de su mandato, y es responsable a los socios de los perjuicios resultantes de sus operaciones dolosas o culpables. (Art. 218 Com.). Adviértase, la ley responsabiliza al liquidador ante los socios.

Si no se determinan al liquidador sus facultades el Código de Comercio, Art. 219, previene que únicamente puede ejecutar los actos y contratos dirigidos directamente al cumplimiento de su encargo; y le prohíbe constituir hipotecas, prendas o anticresis, tomar dinero prestado, comprar mercaderías para revender, endosar efectos de comercio, transar sobre los derechos sociales o sujetarlos a compromiso.

El liquidador, sin perjuicio de los deberes impuestos en el título de su mandato, ha de darle cumplimiento a las obligaciones contenidas en los ocho ordinales del Art. 221 Com. A dos de ellos, ords. 1o. y 3o., ya se aludió.

Las obligaciones de referencia son:

1a.) "A continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución" (ord. 2o., Art. 221 Com.).

A los liquidadores les está vedado, por consiguiente, iniciar nuevos negocios, porque la ley limita sus facultades a "continuar y concluir las operaciones pendientes", y sólo se continúa o concluye algo que está empezado. Habría, por ejemplo, continuación de operaciones pendientes si la sociedad adquirió mercaderías para venderlas y aún le quedaron en existencia al momento de la liquidación. No importa si el liquidador vende globalmente o al detalle, incluyendo la materia prima, si la hubiere, o transformar ésta y enajenar los artícu

los elaborados con ella, si la compañía comprendía esta actividad en su giro social.

La compra de nuevas mercaderías para revender o iniciar nuevos negocios, son incompatibles con la liquidación, e incluso dejaría de ser tal para convertirse en la reanudación de las actividades sociales.

2o.) "A liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios" (ord. 4o., Art. 221 Com.).

El pasivo de las sociedades está constituido por las obligaciones contraídas con terceros, en particular, por compras al crédito, servicios recibidos, cantidades obtenidas en préstamo, etc. Los socios también pueden ser acreedores por esos mismos conceptos, pero con ellos las compañías tienen otra obligación, cual es la de restituir, al concluirse la liquidación, los capitales aportados, (Art. 189 Com.), y dividir las ganancias, si las hubiere; excepto si el patrimonio social queda extinguido total o parcialmente a consecuencia de pérdidas sufridas.

Al final de la liquidación se determina si habrá o no restitución de capitales aportados y si se distribuirán utilidades. Mientras no se hayan cancelado las deudas sociales no puede hablarse de remanente líquido distribuable entre los socios. Como este es el tema central del presente punto, más adelante nos ocuparemos de él.

Aunque los miembros de una compañía pueden ser sus acreedores, en condiciones semejantes a las de los particulares, creemos que los créditos de los terceros tienen prioridad sobre los créditos de los primeros. Con ello desaparece el peligro de que aquéllos, en connivencia con los liquidadores, si no fueren ellos mismos, perjudiquen a terceros con créditos simulados o declarados en cuantía mayor a la verdadera. Pero al ser pagados los terceros, se cubren enseguida a los socios las cantidades adeudadas y finalmente se procede a la división del haber líquido de la sociedad.

3o.) "A exigir el pago de los créditos, percibir su importe, y a otorgar los correspondientes finiquitos" (Ord. 5o., Art. 221 Com.).

A los liquidadores, representantes de la sociedad disuelta, corresponde exigir, judicial o extrajudicialmente, las cantidades adeudadas a la misma, sean socios o extraños los deudores, y a percibir su monto.

El pago hecho al liquidador se reputa legítimo y libera, en consecuencia, a los deudores (Art. 1446 C.); pero ha de tenerse en cuenta que la liquidación de las sociedades no tiene la virtud de hacer exigibles los créditos, si éstos están sujetos a una condición o a plazo y no se ha cumplido la primera o vencido el segundo.

Tratándose de los socios, el origen de las deudas es indiferente: aportes prometidos y no satisfechos íntegramente, o por prés

tamos concedidos por la compañía, etc.

La obligación solidaria de los socios de la colectiva mercantil, suscita la duda de si podrían los liquidadores hacer efectiva esa responsabilidad, cuando el patrimonio de la compañía en liquidación es insuficiente para solventar sus deudas.

"La negativa se impone -dice Arturo Davis-, porque "cobrar los créditos activos" no significa que los liquidadores hayan de proceder contra los socios, en su calidad de codeudores solidarios de la sociedad. Es verdad que la solidaridad la impone la ley; pero incumbe a los acreedores sociales, y no al liquidador, invocar dicha responsabilidad". Inmediatamente después el autor citado refuerza su opinión con la de Vivante: "Los socios son garantes solidarios de la sociedad, y ninguna ley ha concedido nunca al deudor garantizado una acción para obligar al garante a pagar por él al tercero garantizado. Cuando..." (19).

Esa solución nos parece correcta, porque la solidaridad pasiva presupone a dos o más deudores y a un acreedor, y siendo la sociedad uno de los sujetos pasivos de esa relación jurídica, no podría invocar por medio de los liquidadores, representantes suyos, una solidaridad legal no establecida a su favor, sino precisamente en su contra.

Es más, como es normal que algunos socios ejerzan funciones de liquidadores, se prestaría eso a que ellos se desembarazaran de sus compromisos, ejercitando la acción solidaria contra sus coasociados no liquidadores.

Pero, ¿podrían los liquidadores exigir a los socios una cantidad superior a los aportes prometidos en algunos casos específicos?

Creemos que sí, cuando se han desembolsado totalmente los aportes y aun así no se alcance a satisfacer las deudas sociales, siempre que las sumas exigidas correspondan a la cuota que a cada socio le quepa en las pérdidas, de acuerdo con la forma de dividirse los beneficios y las pérdidas estipuladas en el contrato de compañía, o si nada se ha previsto en él, de acuerdo a la presunción legal de "que la división de los beneficios o de las pérdidas, debe ser a prorrata de los valores que cada socio haya puesto en el fondo social" (Art. 1826 C.).

Los socios saben, al momento de asociarse, que si hubieren pérdidas y sus aportes prometidos no fueren suficientes para cubrir las, la obligación se proyecta a su patrimonio particular, en la proporción antes expresada. El total de las pérdidas y la forma establecida para dividir las, dan la pauta en cuanto a la determinación de la cuota que a cada uno le corresponde. Esto por supuesto no atañe a los acreedores sociales: ellos pueden ejercer la solidaridad contra cualquiera de los socios o demandarlos conjuntamente, por partes iguales o no, sin importarles esa distribución.

La jurisprudencia argentina sustenta ese mismo criterio, según se deduce de los fragmentos de varias resoluciones que de ella citan Guelperín y Lodi: "que si no alcanzan los fondos sociales y el liquidador reclama de los socios las sumas necesarias para pagar las deudas, debe sujetarse al principio de que las deudas se dividen en proporción al interés de cada socio; que uno de los gastos comunes a dividir proporcionalmente es el pago de honorarios al administrador judicial. Naturalmente, en todos los casos, las exigencias deben reducirse a los capitales estrictamente necesarios".(20)

4o.) "A vender las mercaderías y los muebles e inmuebles de la sociedad, aun cuando haya algún menor entre los socios, con tal que no sean destinados por éstos a ser divididos en especie" (ord. 6o., Art. 221 Com.).

El aforismo jurídico "quien puede lo más, puede lo menos", no se aplica a los liquidadores en lo relativo a los inmuebles, pues si están autorizados para venderlos aun habiendo menores entre los socios, no se les debería prohibir hipotecarlos. Esto se justifica: la liquidación persigue convertir los inmuebles en dinero, no sujetarlos a un gravamen.

La venta de los inmuebles cuando hay un menor entre los socios, se verifica sin necesidad de seguir los trámites impuestos por la ley para la venta de inmuebles de los menores, en razón de que siendo la sociedad la única propietaria, ninguno de sus miembros tiene un derecho proindiviso en esos bienes.

Los liquidadores deben abstenerse de vender si los socios han acordado dividir en especie las mercaderías, muebles e inmuebles. Realmente, se está ante una adjudicación. En este caso no ha de olvidarse que conforme a la parte final del Art. 1o. de la Ley de Alcabala: "También causará alcabala la adjudicación de bienes raíces en la disolución de sociedades, si el adjudicatario no fuere el mismo que los aportó a la sociedad".

La obligación del liquidador impuesta en el ordinal en examen, está en armonía con la de "continuar y concluir las operaciones pendientes al tiempo de la disolución", con la diferencia que aquí procede la venta aunque las mercaderías, muebles, o inmuebles, no hayan estado destinados a ese fin.

5o.) "A presentar estados de liquidación cuando los socios lo exijan" (ord. 7o., Art. 221 Com.).

Es una obligación equiparable al derecho de información analizado anteriormente, cuyo fin es mantener a los socios al tanto de la liquidación, a efecto de comprobar el estado en que se encuentra, y permitirles tomar las medidas pertinentes, si fuere necesario.

6o.) "A rendir, al fin de la liquidación, una cuenta general de su administración. Si el liquidador fuere el mismo gerente de la

sociedad extinguida, deberá presentar en esa época la cuenta de su gestión" (ord. 8o., Art. 221 Com.).

Existen algunas dudas en relación a cuándo debe considerarse finalizada la liquidación. Algunos piensan que eso ocurre cuando los liquidadores han realizado totalmente el activo, extinguido el pasivo y entregado la cuenta a los socios de su gestión; otros estiman finalizada la liquidación hasta que se ha efectuado la partición. Da vis opina que la liquidación termina hasta que los socios retiran los aportes y la participación que respectivamente les correspondió en las utilidades.

Con la división del haber social se llega a la fase final de existencia de la compañía; como consecuencia, el último nexo social se destruye, pero antes de entrar a esa fase han de haberse satisfecho totalmente las deudas de la sociedad o consignado o asegurado convenientemente su pago.

Las operaciones de liquidación y las relativas a la manera de distribuir el activo excedente, generalmente son complejas, ya que se mezclan cuestiones de carácter legal con otras de índole contable. Las regulaciones previstas en la escritura social con ese objeto o en la de disolución ayudan algo, y si la clase de actividad y la red de negocios no es muy complicada, esas operaciones resultan menos difíciles.

Prescribe el Art. 1873 C., en el inc. 1o., que al disolverse la sociedad se procede "A la división de los objetos que componen su haber", y en el inc. 2o. dispone: "Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este título".

El Código de Comercio no contiene reglas para la partición de los haberes líquidos de la sociedad; por esa razón, incluso la anónima, inc. 2o., Art. 292 Com., se rigen por el Código Civil, Título IX del Libro Tercero, donde está especialmente regulada la partición de los bienes indivisos de la herencia. El Código Civil también sujeta a ese mismo tratamiento las cuestiones derivadas del cuasicontrato de comunidad: Art. 2064 C.

Por cierto, ese régimen debe amoldarse a la especial naturaleza de los bienes sociales que sólo al repartirse pertenecen en propiedad a los socios, antes lo son de la compañía; pero es innegable que esa situación guarda cierta similitud con la masa herencial, en la cual los herederos sí son dueños en proindivisión de la misma, aun cuando antes de partirse no tenga ninguno de ellos un derecho exclusivo sobre determinada parte de los bienes de esa masa. De ahí que la división de los haberes sociales no se someta íntegramente a las normas y procedimientos de la partición de los bienes heredita-

rios. Esto lo entendió así el legislador en el Art. 1873 C., e hizo la salvedad de que tal regulación es inaplicable si está en oposición al título relativo a las sociedades.

De igual modo, los autores han advertido esa circunstancia, v.gr., Guelperín y Lodi declaran: "La razón por la cual se han asimilado estas situaciones, deriva de la analogía entre la herencia in divisa y el patrimonio aún no dividido de la sociedad y así lo indica la mayoría de los tratadistas. Como es lógico suponer, dicha analogía, si bien permite una general adaptación, no es absoluta, desde la diferente índole de los supuestos en cuestión". (21)

El proyecto de Código de Comercio, con buen tino, determina las facultades de los liquidadores en general en el Art. 332, y en el Art. 335 ~~de~~ las reglas en particular a las que se somete la distribución entre los socios de las compañías de personas, del remanente resultante después de haberse pagado las deudas sociales. Este criterio es más técnico, porque no es aconsejable asirse a una institución jurídica que en su verdadero campo de aplicación seguramente funciona a la marávilla, pero al trasladarla a otro sector, por mera analogía, ocasiona serias dificultades.

Ignoramos qué resultado habrán tenido en Honduras los Arts. 336 y 339 de su Código de Comercio, que son concordantes, por su orden y con una redacción casi idéntica, a las de los mencionados Arts. 332 y 335 del precitado proyecto.

En la distribución del activo líquido entre los socios, es preciso distinguir dos situaciones:

la.) Que en la escritura de sociedad o en la de disolución se fijen las reglas para hacerla; y

2a.) Que se haya omitido estipularla.

En el primer supuesto, puede ocurrir que:

a) Se acuerde distribuir las pérdidas y las ganancias en proporción a los aportes prometidos o los efectivamente realizados. También se llega a este último resultado si nada han previsto los socios en las escrituras mencionadas, según se verá adelante;

b) Se dividen los beneficios y las pérdidas por partes iguales, aunque sean desiguales las aportaciones; y

c) Los beneficios y las pérdidas se distribuyen desigualmente, no obstante ser iguales los aportes.

En el segundo supuesto, o sea si nada han acordado los socios sobre la distribución, se tiene:

a) En materia civil, "la división de los beneficios o de las pérdidas, debe ser a prorrata de los valores que cada socio haya puesto en el fondo social" (Art. 1826 C.); en lo mercantil, los socios capitalistas dividen entre sí las ganancias y las pérdidas, "a pro-

rrata de sus respectivos capitales" (Art. 190 Com.).

b) Si hay socios industriales y socios capitalistas, los primeros no responden de las pérdividas. Para responder de ellas se requiere estipulación expresa. (inc. 2o., Art. 191 Com.).

En materia de división de beneficios y pérdividas la voluntad de los socios es soberana, pueden acordarla a su arbitrio, en forma diversa a los supuestos indicados anteriormente, (Art. 190 Com. y 1824 C.), a condición de que no se abuse de la buena fe, ni se vaya en perjuicio de terceros. Por eso es factible una distribución de utilidades y pérdividas en los ejercicios económicos anuales distinta a la acordada en caso de liquidación de la sociedad.

Desde los aspectos contable y legal, León Batardón analiza la distribución de los beneficios y las pérdividas, y al referirse al caso en que en el contrato social se haya prescindido de su regulación, alude a tres teorías elaboradas al efecto: "según una de ellas, la distribución del activo líquido debe hacerse proporcionalmente a las aportaciones; otra sostiene que el activo debe repartirse en la misma proporción que los beneficios y las pérdividas; y la tercera, por último única conforme con los principios jurídicos y de contabilidad, decide que cada socio tiene derecho a reintegrarse de la aportación aumentada por la prorrata de beneficios que le corresponde, o disminuida por la parte de pérdivida que debe soportar. En esta última posición, la parte de beneficio o de pérdivida se calcula con arreglo a la cláusula de los estatutos que fija la forma de distribución de los resultados anuales, a menos que el contrato constitutivo haya dispuesto una forma especial de reparto de beneficios o pérdividas resultantes en la liquidación".(22)

En páginas posteriores, y después de examinar distintas hipótesis sobre el asunto, el aludido autor señala que hay un medio lógico de solucionar el problema, y es el de verificar el cálculo del beneficio correspondiente a cada socio, o la pérdivida que debe soportar, de conformidad con las cláusulas del contrato social, y enseguida determinar con vista en esos cálculos, la influencia que los mismos ejercen sobre la respectiva aportación. A continuación agrega: "Lo que equivale a decir que cada socio debe ser: por una parte acreditado de su aportación de capital, y, por otra, acreditado de los beneficios que le corresponden o adeudado de la pérdivida de que debe responder, con arreglo a los estatutos. La fracción de activo neto perteneciente a cada uno de ellos se obtendrá por simple diferencia entre el debe y el haber de su cuenta".(23)

El enfoque jurídico-contable reproducido textualmente, en parte, en líneas anteriores, es muy ilustrativo. Con esas ideas y sin pretender adentrarnos en asuntos contables, veremos con unos ejemplos, cómo en una compañía con un capital social de ₡ 120.000, se distribuiría, en nuestra opinión, su haber líquido si éste después de haber se liquidado las deudas sociales, asciende a ₡ 90.000. Los socios, "A" y "B", aportaron al constituirse aquella ₡ 80.000 y ₡ 40.000,

respectivamente. Como se ve, las pérdidas arrojan un total de ₡30.000.

Se han escogido todas esas cantidades con el fin de valernos de un ejemplo de balance de liquidación, propuesto por Batardón, aun que se considerará desde diversos puntos de vista a los analizados por él. Dicho balance, en el que aparecen cubiertos totalmente los aportes, es el siguiente:

ACTIVO			
Metálico en Caja.....	₡ 90.000	A, cuenta Capital...	₡ 80.000
Pérdidas.....	₡ 30.000	B, cuenta Capital...	₡ 40.000
	₡ 120.000		₡ 120.000

Con esas cifras se verán dos hipótesis de distribución:

1a.) Las pérdidas y ganancias se acuerda distribuir las a prorrata de los aportes.

Como el aporte de "A" es de ₡ 80.000, y el de "B", de ₡40.000, con una simple operación aritmética se determina que el aporte de "A" representa los $\frac{2}{3}$ de ₡ 120.000, que era el capital social; el de "B", $\frac{1}{3}$, de donde, el reparto de las ganancias y las pérdidas, se distribuirán en esa misma proporción.

Siendo que las pérdidas ascienden a ₡ 30.000, al socio "A" le corresponden en ellas los $\frac{2}{3}$, o sean ₡ 20.000; y a "B", $\frac{1}{3}$, es decir ₡ 10.000.

Consecuentemente, si acreditamos a los socios sus respectivas aportaciones y le restamos la pérdida que a cada uno corresponde, tendremos:

Socio "A"			
Aporte.....	₡ 80.000	Aporte.....	₡ 40.000
Pérdida.....	₡ 20.000	Pérdida.....	₡ 10.000
	₡ 60.000		₡ 30.000

Conforme a esos resultados, el liquidador entregará al socio "A" ₡ 60.000, y al socio "B", ₡ 30.000.

2a.) Se decide dividir las pérdidas y las ganancias por partes iguales, aunque sean diferentes los aportes.

Según esto, si las pérdidas ascienden a ₡ 30.000, al dividir las entre los socios "A" y "B", a cada uno le cabrían ₡ 15.000, y el liquidador haría la operación siguiente:

Socio "A"			
Aporte.....	₡ 80.000	Aporte.....	₡ 40.000
Pérdida.....	₡ 15.000	Pérdida.....	₡ 15.000
	₡ 65.000		₡ 25.000

En el reparto del haber líquido el socio "A" recibiría la cantidad de ₡ 65.000; y el socio "B", ₡ 25.000.

Si en el ejemplo citado, se establece porcentualmente el impacto producido por las pérdidas en el aporte de "A", se ve que es el 18.75%; en cambio en el aporte de "B", alcanza el 37.50%. Por lo tanto, el aporte de este último resulta castigado más fuertemente. Esa desproporción queda compensada en el caso inverso, o sea si hubiere ganancias, porque entonces se beneficia quien ha aportado menos.

3a.) Se estipula dividir las pérdidas y las ganancias desigualmente, no obstante ser iguales los aportes.

Las cifras correspondientes a los aportes de los dos ejemplos que anteceden, no nos sirven aquí. Pongamos otras.

Supóngase que el capital social es de ₡ 120.000, y los socios "A" y "B" aportan por partes iguales, o sean ₡ 60.000 cada uno. Acuerdan dividir las ganancias y las pérdidas en la siguiente proporción: socio "A" los $\frac{2}{3}$ y el socio "B", $\frac{1}{3}$. Se liquida la sociedad y el haber líquido queda reducido a ₡ 90.000. Las pérdidas son, pues, ₡ 30.000.

El liquidador tendría que hacer los siguientes cálculos:

Como las pérdidas ascienden a ₡ 30.000, los $\frac{2}{3}$ de éstas son ₡ 20.000, y $\frac{1}{3}$ de las mismas, ₡ 10.000.

Entonces se tiene:

Socio "A"		Socio "B"	
Aporte.....	₡ 60.000	Aporte.....	₡ 60.000
Pérdida.....	₡ 20.000	Pérdida.....	₡ 10.000
	<u>₡ 40.000</u>		<u>₡ 50.000</u>

En la división de la masa líquida le tocarían ₡ 40.000 al socio "A"; al socio "B", ₡ 50.000.

En los casos estudiados las pérdidas no absorbieron totalmente el capital social, ni fueron superiores a éste. Pero si hubiere sucedido así, se tendría que tomar en consideración siempre la forma acordada para dividir las ganancias y las pérdidas, y no estando limitada la responsabilidad de los socios colectivos al valor de sus aportes, en muchos casos les correspondería hacer nuevos desembolsos.

Si en lugar de pérdidas hubieren utilidades, los cálculos anteriores no diferirán mucho, sólo que no habría disminución en los aportes de cada socio, sino al contrario, se les sumarían las ganancias.

En la práctica las cosas no resultan tan fáciles, puesto que al elaborarse el balance de liquidación los valores del activo, exceptuando el dinero, se calculan estimativamente, v.gr., inmuebles, maquinaria, mobiliario, mercancías, etc., y aun los efectos por cobrar y las cuentas de los clientes no son un fiel reflejo de la rea

lidad, si los deudores de la sociedad son insolventes. En cambio, los valores del pasivo se acercan más a la verdad en aquel momento, por que la mayor parte de esos valores constituyen deudas en contra de la compañía.

De ello puede resultar que el balance inicial de liquidación, arroje en el activo realizable, más el dinero efectivo, un total de \$ 100.000; pero al convertir todo a dinero quede disminuido a \$75.000. Esto sin tomar en cuenta los gastos ocasionados por la liquidación: honorarios del liquidador, pago del contador, gastos de escritura-ción, derechos de registro, y otros.

Por eso, en los ejemplos de distribución propuestos, se ha da do por descontado que todas esas operaciones ya se han realizado, de lo contrario no podría hablarse de haberes líquidos de la sociedad.

Tampoco se ha entrado a considerar la situación en que los so cios celebren convenios con los deudores sociales; tales como, que algunos créditos les sean satisfechos a unos socios, y otros a los demás, o se concedan prórrogas, etc.; o viceversa, que los acreedo res de la compañía consientan en que uno o más socios en su carác ter particular, asuman la obligación correlativa y liberen a los res tantes y a la compañía, etc., etc.

Finalmente, debe hacerse notar que el Código de Comercio en ninguna parte exige escrituras de liquidación de sociedades, única mente se refiere a las de disolución; sin embargo, en el Art. 3 de la Ley de Vialidad determina una serie de contratos que causen ese impuesto, mencionando entre ellos los de "constitución, disolución y liquidación de sociedades"; de igual modo, el Art. 111 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en relación con ese impuesto señala la "constitución, modificación, disolución y liquidación de sociedades".

Por las disposiciones mencionadas, creemos que debe otorgar se siempre escrituras de liquidación, a menos que la compañía no ten ga deudas con terceros o los socios hagan arreglos con ellos, y se acuerde disolverla y liquidarla en un mismo instrumento. Sustenta mos esa opinión en vista del inc. lo. del Art. 1578 C.: "Las escri turas privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto alguno contra terceros", de donde se deduce que, salvo el caso de disolución por la llegada del término, la escritura de constitución solamente queda anulada en sus efectos con la escritura de liquidación; la de disolución es una prevención de que la compañía está llegando a su fenecimiento.

Sostenemos esa posición no obstante que para las sociedades anónimas, el Art. 296 Com. dispone: "El acta de aprobación final de las cuentas de liquidación y partición o la sentencia judicial dic tada sobre ellas se publicará en el periódico oficial del Gobierno y se inscribirá en el respectivo Registro". Se observa que no orde na ese artículo que esa acta de aprobación final se haga en escri tu ra pública.

El proyecto de Código de Comercio, Art. 342, específicamente establece que al inscribirse en el Registro de Comercio la escritura de liquidación de una compañía, se procede a cancelar las inscripciones de las escrituras de constitución y las modificaciones a la misma y de los estatutos en caso los tuviere.

El proyecto en mención contempla en el Art. 341 el caso en que se disuelve una sociedad de personas y los socios están de acuerdo en la forma de liquidarse el haber social, y permite entonces el otorgamiento de la escritura de liquidación, si concurren todos, y siempre que previamente hayan cancelado las deudas sociales.

BIBLIOGRAFIA

ANTONIO BRUNETTI, ob. cit. (Tomo I):

(1) Pág. 362 --- (13) Pág. 675

JOAQUIN GARRIGUES, ob. cit.:

(2) Pág. 489 --- (12) Pág. 505

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob. cit.:

(3) Pág. 682 --- (10) Pág. 699 --- (15) Pág. 688

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc., cit. (Tomo II):

(4) Pág. 422 --- (8) Pág. 451 --- (14) Pág. 436

ERNESTO GUELPERIN Y RENSON LODI, ob. cit.:

(5) Pág. 123 --- (20) Pág. 130 --- (21) Pág. 134

ROBERTO LARA VELADO, Trab. cit.:

(6) Pág. 104

ARTURO DAVIS, ob. cit.:

(7) Págs. 281 y 282 --- (11) Pág. 284 --- (16) Pág. 271

(17) Pág. 274 --- (18) Pág. 293 --- (19) Pág. 298

ARTURO ALESSANDRI R. y MANUEL SOMARRIVA U. ob. cit. (Tomo IV):

(9) Pág. 536

LEON BATAARDON, ob. cit.:

(22) Págs. 93 y 94 --- (23) Pág. 98.

Códigos Civil y de Comercio de El Salvador --- Código de Comercio de ~~Honduras~~ Honduras --- Proyecto de Código de Comercio, cit.

LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE MERCANTIL, CON
REFERENCIAS A SU CORRELATIVA CIVIL,
EN EL DERECHO SALVADOREÑO

T I T U L O IIILA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE MERCANTIL, CON BREVESREFERENCIAS A SU CORRELATIVA CIVILINTRODUCCION

La contigüidad de la colectiva con la comandita ha hecho decir a Heinsheimer que esta última "constituye por su ordenación jurídica una verdadera variedad de la sociedad colectiva" (1); a Brunetti, que "por su desarrollo histórico se trata de una desviación de una sociedad en nombre colectivo"(2); a Garrigues, que "la ley considera la sociedad comanditaria como una subespecie de la sociedad colectiva" (3); y a Barros Errázuriz, que "la sociedad en comandita, que es una mezcla de la colectiva y de la anónima" (4). Esta última opinión se conforma con la actual estructura de nuestra comanditaria, ya que el Art.307 Com.estatuye: "En todo aquello que no se halle especialmente preceptuado en este capítulo, las sociedades en comandita se regirán por las disposiciones aplicables de los capítulos 1º y 2º de este título", y precisamente esos capítulos 1º y 2º regulan, respectivamente, las sociedades colectiva y anónima.

Y en verdad, aunque las sociedades en comandita, simple o por acciones, constituyen un tipo especial inconfundible con las demás compañías, no puede negarse que aquéllas, sin los elementos de la colectiva, no subsistirían. Hasta podría decirse metafóricamente y empleando cantidades, que en la comanditaria simple intervienen las tres cuartas partes de la colectiva, y una cuarta parte de la sociedad anónima, aun cuando esa pequeña participación de esta última consista nada más en la limitación de responsabilidad de ciertos socios hasta una cuantía determinada; y que en la comanditaria por acciones participan por partes iguales la colectiva y la anónima.

Por eso quizás, en Chile, según palabras de Arturo Davis, las compañías en comandita se han "definido como sociedades de transición entre las de personas y las de capitales, que participan de los caracteres de ambas"(5).

Algunos autores parangonan la comanditaria con las cuentas en participación para destacar que la semejanza aparente entre ellas es únicamente superficial.

La división doctrinaria adoptada por algunas legislaciones de las compañías en personales y de capitales, al encontrarse con la comanditaria, simple y por acciones, muestra la particularidad de que la comandita simple se corresponde con las sociedades de personas, y la por acciones, con las de capitales, y en esos grupos están ubicados. Las características de las sociedades de personas y de capitales se vieron en el apartado C) del Capítulo VI, Título I. No obstante, es necesario recordar, ya que nuestro estudio trata de las sociedades de personas, que en éstas predomina el elemento personal, "intuitu personae", sobre el elemento real, "intuitu rei".

Esa apreciación indujo seguramente a los redactores del proyecto de Código de Comercio para proponer, en el inc.1º del Art.44, lo siguiente: "En las sociedades de personas, la calidad de los socios es la condición esencial determinante de la voluntad de asociarse". Y acordes con ese cri-

terio, en el Art.18 de ese proyecto, se incluyeron en el grupo de las compañías de personas las siguientes: a) en nombre colectivo o simplemente colectivas; b) en comandita simple; y c) de responsabilidad limitada.

La primera se desarrolló ampliamente en el Título anterior, tócanos ahora analizar la segunda, y se dejan para el próximo Título las de responsabilidad limitada.

Las leyes y los autores han elaborado diversas definiciones de la sociedad en comandita, e incluso de sus dos especies: la comanditaria simple y la comandita por acciones. Algunas de ellas han sido formuladas con bastante acierto.

Conforme al Código Civil salvadoreño, inc.3º del Art.1819, "Es sociedad en comandita aquella en que uno o más de los socios se obligan hasta concurrencia de sus aportes". Una disposición del Código Civil de Chile, redactada en iguales términos, la califica Davis como una "definición tan breve como precisa".

El Código de Comercio propiamente no da una definición de comandita simple ni de comandita por acciones, pero ofrece una idea aproximada de ambas, así:

"La comandita simple se forma por la reunión de un fondo suministrado en su totalidad por uno o más socios comanditarios, o por éstos y los socios gestores a la vez" (Art.303).

La comandita por acciones se constituye por la reunión de un capital dividido en acciones o cupones de acción y suministrado por socios cuyo nombre no figura en la escritura pública" (Art.304).

Rodríguez Rodríguez examina la definición de comandita simple de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México, y la completa manifestando: "podemos decir que sociedad en comandita simple es una sociedad mercantil, personalista, que existe bajo una razón social y se compone de uno o varios comanditados que responden de manera subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales y de uno o varios comanditarios, que únicamente están obligados al pago de sus aportaciones" (6).

De Solá Cañizares comenta varios conceptos legales de sociedad en comandita simple de ciertos países, y afirma que "la mejor definición es probablemente la de la ley mejicana".

También a nosotros nos parece correcta con el agregado de Rodríguez Rodríguez, excepto que en nuestra legislación los comanditarios no responden subsidiariamente sino en forma directa, según demostramos más atrás; además, prescindiríamos del adjetivo "mercantil", empleado en la definición, mientras en nuestra leyes no desaparezcan las sociedades civiles.

No recurrimos a otras definiciones porque, según afirma de Solá Cañizares, "En todos los países, la sociedad en comandita reviste los mismos caracteres, incluso en Inglaterra y en los Estados Unidos...(7).

Como manifestábamos, la comandita simple participa tanto de la colectiva que una y otra se constituyen y prueban de la misma manera; asimismo, la forma de integrarse la razón social, la administración y representación, las causas de disolución, etc. no difieren. Naturalmente no hay una coincidencia absoluta, porque de ser así la existencia de la comanditaria carecería de objeto.

Por los motivos expresados y a fin de no repetir innecesariamente lo dicho en el Título precedente, únicamente habremos de insistir en apuntar los elementos configurativos de la comanditaria simple, y referirnos a la colectiva sólo para destacar algunas diferencias entre ambas sociedades.

Los orígenes de la comanditaria, de acuerdo con la opinión de varios autores, quedaron expuestos en los "Antecedentes Históricos" (Título I, Capítulo I, Apartado A).

Con esa aclaración, se examinará la comanditaria simple siguiendo el orden siguiente: A) Requisitos Legales para su Constitución; B) De la razón o firma social; C) De las Clases de Socios; D) Relaciones Jurídicas Internas; y E) Relaciones Jurídicas Externas.

A) REQUISITOS LEGALES PARA SU CONSTITUCION

Se constituye por escritura pública e inscribe en el Registro Mercantil. Se insertan en ella todos los requisitos exigidos para la colectiva mercantil (Art.307 Com.), y como es natural, se incluyen los propios que le dan fisonomía a la comanditaria. Con ese objeto no podemos menos que volver, al menos escuetamente, sobre lo dicho antes respecto al pacto constitutivo de la colectiva mercantil con las salvedades expresadas.

Esos requisitos son:

1º) El nombre, apellido, edad, oficio y domicilio de los socios, si alguno o algunos son extranjeros se expresa su nacionalidad, o si fuere mujer casada o viuda, también se hace ~~constar~~ su apellido de soltera. (Art. 307 Com. en relación con los Arts. 169 Com., ord. 1º y Art.32 Ley Not.ord.4º).

2º) "Los negocios sobre que deba versar el giro de la sociedad" (Ord. 2º, Art.169 Com.).

3º) La razón social (Ord. 3º, Art.169 Com.).

Ni el Código de Comercio ni el Civil exigen que la razón social lleve el aditivo "sociedad en comandita", o su abreviatura "S.en C.". En la práctica se cumple voluntariamente con ese requisito. El proyecto precitado, expresamente ordena, en el Art.94, la agregación de esas palabras o su abreviatura, y sanciona su omisión considerando la sociedad como colectiva.

Esa irregularidad es frecuente en muchas legislaciones, y así lo manifiesta de Solá Cañizares, quien advierte que en el sistema francés, seguido por otros países, no es obligatorio agregar a la razón social de la comanditaria ningún dato indicador de que se trata de una sociedad de esa clase, por lo que los terceros no distinguen si están ante una colectiva o una comanditaria.

En algunos sistemas legales se exige expresamente que a la razón social se adicionen las palabras "sociedad en comandita".

4º) Se especifica claramente quiénes ostentan la calidad de socios gestores y cuáles la de socios comanditarios. La legislación vigente silencia esto, quizás por considerarlo innecesario. El Código de Comercio en proyecto, en el Art.93, ordena hacer esa aclaración.

Huelga explicar que en el pacto social de una colectiva es absurdo pensar en la inclusión de socios comanditarios, porque ello haría cambiar el tipo de sociedad; por este motivo nos parece rara la redacción del Art. 1821 C.: "Las sociedades colectivas pueden tener uno o más socios comanditarios, respecto..." Oportunamente se volverá sobre esta disposición legal.

La condición jurídica de los comanditados, gestores o colectivos, es completamente distinta de la de los comanditarios. En virtud de ese diverso tratamiento, ha de quedar claramente establecido en cuál grupo están comprendidos los diversos socios, para saber quiénes responden únicamente hasta el "valor de los fondos por que se hayan obligado" (Art.210 Com.), o dicho de otro modo, quiénes son los socios que se obligan solamente hasta concurrencia de sus aportes (inc.3º, Art.1819 C.), y a cuáles les alcanza la responsabilidad ilimitada y solidaria (Art.1821 C. y 306 Com. en relación con el Art.181 Com.), o la responsabilidad indicada en el Art. 1853 C., si se trata de una comanditaria Civil.

5º) "El capital social que cada socio aporte en dinero, créditos o efectos, con expresión del valor que se dé a éstos, o de las bases sobre que haya de hacerse el avalúo (Ord.4º, Art.169 Com.).

Forzosamente al individualizar a cada socio y expresar el valor de su respectivo aporte y habiéndose establecido previamente la condición de las dos clases de socios, se llega a conocer si el fondo o capital social ha sido suministrado totalmente por los comanditarios, "o por éstos y los socios gestores a la vez" (Art.303 Com.). Asimismo se consigna si los desembolsos se han efectuado íntegramente o sólo en forma parcial.

En cuanto al capital de la comandita simple, por ser una sociedad de personas, podemos decir con el inc.2º del Art.44 del proyecto antes citado, que "se integra por cuotas o participaciones de capital, que pueden ser desiguales."

Los comanditarios pueden aportar dinero efectivo o cualquier otra clase de valores, pero nunca su industria. Realmente la actividad en que consiste el aporte del socio industrial es distinta de la administración; por consiguiente, no son equiparables. Ya se hizo notar, que "si administrar tuviese el mismo significado que aportar servicios, existiría eventualmente una categoría de socios que no aporta nada" (Brunetti). Debemos convenir, a nuestro pesar, que un corte preciso entre administrar y aportar industria es sumamente difícil.

No es pues, de ahí de donde colegimos que la industria de una persona no es susceptible de ser aportada por el comanditario, sino de la circunstancia de que el Código denomina comanditarios a "los que ponen el capital", y el aporte de trabajo no se aviene a la idea de poner capital.

Sobre esa cuestión Rodríguez Rodríguez y Langlé y Rubio son categóricos. El primero escribe: "Los socios comanditados pueden ser socios industriales; los comanditarios, por definición son socios capitalistas" (8); el segundo declara: "Los socios comanditarios pueden conferir a la compañía dinero o bienes, pero no industria, porque su papel es el de capitalistas y si trabajasen para la sociedad (nunca podrían ejercer su dirección ni administración), no sería en concepto de socios" (9).

Algunos comentaristas llaman a los comanditarios socios capitalistas, v.gr., Guelperín y Lodi. No suscribimos esa equiparación porque a los socios gestores no se les prohíbe participar en la integración del capital, y si eso ocurre son, hasta cierto punto, capitalistas. En las colectivas mercantiles el Código de Comercio, sin embargo, les da ese calificativo a quienes llevan capital a la sociedad y en contraposición a los socios que entran únicamente con su industria. Por eso entre las obligaciones y derechos de los socios colectivos, encontramos que "Los socios capitalistas dividirán entre sí las ganancias..." (Art.190 Com.). Indudablemente la participación de los comanditarios es exclusivamente capitalista, pero ello no autoriza para usar como sinónimos esos términos.

Con referencia a la formación del capital de la comanditaria, Guelperín y Lodi hallan "un tercer elemento que configura una característica original de ese tipo de sociedades, que es la división del capital social, en cuanto a los miembros aportantes" (10). En otra parte de su obra reconocen la unidad del capital social, pero insisten en afirmar: "Fundamentalmente dos tipos de aportes constituyen la más importante división del capital social: el de los socios colectivos y el de los comanditarios" (11).

Al admitirse la unidad del capital social, por ese mismo motivo se excluye su fraccionamiento, ya que, según se ha visto, el Art.303 Com. considera como capital o fondo social el suministrado totalmente por los comanditarios, o por éstos y los colectivos a la vez.

La idea del fraccionamiento del capital la origina quizás la defectuosa redacción de los preceptos pertinentes de muchas legislaciones. En nuestro país el Art.306 Com. refleja una imagen borrosa de dos sociedades diferentes fundidas: "En la asociación comanditaria son elementos distintos la sociedad en nombre colectivo y la comandita de fondos (Art.306 Com.).

El Art.1821 C. nos deja más perplejos: "Las sociedades colectivas pueden tener uno o más socios comanditarios, respecto a los cuales regirán las disposiciones relativas a la sociedad en comandita, quedando sujetos los otros entre sí y respecto de terceros a las reglas de la sociedad colectiva". Pero los autores de mérito nos hacen dudar que su opinión se

deba al contenido de esos preceptos, pues claramente explican que en la comanditaria simple no hay en "ningún caso dos sociedades superpuestas", y hacen eco de las críticas de otros tratadistas en el sentido de que no hay yuxtaposición de sociedad colectiva y comanditaria, como parece insinuarlo la deficiente redacción legal.

La perplejidad nuestra que manifestamos por el texto del Art.1821 C. es justificable: si una compañía tiene socios comanditarios es absurdo denominarla colectiva. Pensamos que el Código Civil sería más claro si hubiera integrado el concepto de sociedad comanditaria dado por el inc.3º del Art. 1819 C. con la disposición que estamos criticando. Tentativamente podría darse el siguiente concepto: "Es sociedad en comandita aquella en que uno o más de los socios, llamados comanditarios, se obligan solamente hasta concurrencia de sus aportes, y el otro u otros socios, denominados gestores, colectivos o comanditados, quedan sujetos entre sí y respecto de terceros a las reglas de la sociedad colectiva".

B) DE LA RAZON SOCIAL

La razón social de la comanditaria no difiere de la firma de la colectiva, en cuanto a su formación, elementos, caracteres, importancia, función, etc.; por tanto, los principios precedentemente explicados en relación a la firma social de la colectiva tienen plena vigencia aquí.

Es obvio que en lo referente a la firma existan algunas variantes, pues la compañía comanditaria es un tipo híbrido de sociedad, donde se reúnen dos especies de socios cuyo trato jurídico es desigual. Tales variantes pueden condensarse así:

1º) En el apartado que antecede se hizo notar la exigencia de algunas legislaciones, en el sentido de que a la razón social se le agregara la expresión "Sociedad en Comandita" o su abreviatura; mientras en otros países se deja al arbitrio de los interesados la adición de esas palabras.

2º) Los textos legales de todos los países concuerdan en que el nombre de ningún socio comanditario debe formar parte de la razón social.

El Código Civil, Art.1820, prohíbe a los comanditarios incluir sus nombres en la razón de comercio, y sanciona la contravención imponiéndoles igual responsabilidad que a los miembros de las colectivas.

El Código de Comercio, por un rumbo diferente, impone una sanción parecida: "El socio comanditario que consienta en que su nombre figure en la firma social y aquellos que hagan uso de la misma, serán responsables personal, ilimitada y solidariamente por los actos en que haya intervenido la firma" (Art.308).

En el proyecto de Código de Comercio ese supuesto está contemplado en el Art.95, así: "El socio comanditario o cualquier extraño a la sociedad que haga figurar o que permita expresa o tácitamente que figure su nombre en la razón social, quedará sujeto a la responsabilidad de los comanditados". El Art.60 del Código de Comercio hondureño tiene una redacción igual, pero le añade otro caso que es ajeno a la cuestión en estudio.

La ley no aclara si los comanditarios incluidos en la razón de comer-

cio, pueden pedir el reembolso a los gestores por la cantidad excedente a la de sus aportes, cuando los acreedores, en virtud de la solidaridad establecida a su favor, hubieren sido pagados por aquéllos.

En Chile, sí está prevista esa situación en el sentido indicado, según lo explica Davis, o sea que los comanditarios tienen derecho a repetir contra los gestores por las sumas pagadas a los acreedores sociales, si son superiores al aporte hasta el cual limitaron su responsabilidad.

Las ideas de Vivante, desarrolladas por Brunetti, fundamentan lo precedente. Ese autor parte de la equiparación legal del comanditario con los socios responsables ilimitadamente, cuando aquél como sanción, pierde el beneficio de la responsabilidad limitada, pero esa ilimitabilidad sólo funciona a favor de terceros, con el fin de tutelar su buena fe. En tanto, en las relaciones internas la calidad del comanditario no se modifica; por eso los colectivos únicamente pueden pedir el cumplimiento de la cuota por que se ha obligado el comanditario, y han de reembolsarle lo satisfecho por él a los acreedores en la parte excedente a su cuota de comanditario.

Consideramos equitativa esa solución, porque los socios gestores saben perfectamente quiénes tienen la condición de comanditarios, independientemente de que sus nombres aparezcan o no en la firma social. Y si a sabidas de esa circunstancia incorporan o permiten la inclusión del nombre de esas personas a las cuales la ley les niega ese derecho, no hay fundamento valedero para otorgar a los gestores, en sus relaciones internas, un beneficio: negarse al reembolso de las sumas pagadas en exceso al aporte del socio limitadamente responsable.

Langlé y Rubio comenta la prohibición legal e indica que se pretende con eso evitar el error en que pudieran incurrir los terceros al suponer erróneamente, una garantía ilimitada y solidaria a su favor. La previsión del legislador, piensa el autor citado, está en armonía con la antigua doctrina que veía en la razón social un reflejo de la imagen del crédito personal de los socios. "Pero esta concepción -dice el tratadista en mención- está en decadencia: 1º porque, salvo el caso en que el nombre colectivo recoja el de todos los asociados (que si son numerosos resulta imposible), ese fin no se alcanza; 2º, y principalmente porque desde que existe el Reg. Merc., con su publicidad formal, los acreedores disponen de un medio más completo y seguro de conocer quiénes son los socios y cuál es su responsabilidad respectiva" (12).

Nos inclinamos por el mantenimiento de la prohibición porque, aun cuando se reconoce el valor de los argumentos de Langlé y Rubio, pensamos que no todos los terceros tienen la precaución de consultar el Registro Mercantil, porque confían mucho en la apariencia externa de la firma comercial, y si la ley no castigara a los comanditarios infractores, el comercio sufriría graves tropiezos por las continuas consultas a las oficinas del referido Registro.

En relación a lo expresado, se nos ocurre lo siguiente: ¿Qué pasaría si en la razón social inserta en el pacto social inscrito no se vulnerara la prohibición legal, pero en el giro ordinario y público, se incluye

el nombre de un comanditario? Esta pregunta sugiere otra: ¿queda responsable el comanditario en los términos fijados en el Art.308 Com., o los gestores y él caen bajo el ámbito del Código Penal?

De aceptarse lo primero, la previsión del legislador tendría un alcance mayor al advertido: a primera vista; si se admite lo segundo, habría que remitirse al título de las falsedades del Código Penal, o al de las defraudaciones, en la sección correspondiente a las estafas y otros engaños, del mismo Código.

C) DE LAS CLASES DE SOCIOS

El tipo base de las compañías personalistas es la colectiva, y de las de capitales, la anónima. La responsabilidad de los socios de las primeras por las deudas sociales, es diametralmente opuesta a la de los integrantes de la segunda. Si no se permitiera moverse fuera de esas dos figuras sociales las dificultades teóricas y legales serían menores.

Sin embargo, la actividad humana no siempre escoge los términos extremos y busca formas intermedias. Esta posiblemente sea la causa de la existencia de las sociedades en comandita, ya que en éstas, escribe Brunetti, "se adivina casi un puente de paso entre el tipo de la sociedad personal y el de la sociedad de capitales; el riesgo de empresa del socio capitalista no excede de su aportación, mientras es mayor e indeterminable el del socio colectivo" (13).

Todos esos hechos son los que motivan la división de los miembros de la comanditaria en dos clases de socios: a) Comanditados, que la ley en forma expresa llama gestores (Art.305 Com.), e implícitamente denomina socios colectivos (Art.306 Com.); y, b) Comanditarios.

A manera de aclaración el Art.305 Com. prescribe: "En la asociación en Comandita los que administran se llaman socios gestores, y los que ponen el capital socios comanditarios".

La responsabilidad, obligaciones, prohibiciones, etc., de los primeros se rige por lo dispuesto en el Código de Comercio para los socios de la colectiva; respecto a los segundos, "La responsabilidad de los socios comanditarios se limita al valor de los fondos por que se hayan obligado..." (Art.310 Com.).

Esa regulación jurídica dual de los socios, pone de manifiesto la importancia de separar debidamente la condición de unos y de otros.

En la época presente, las sociedades comanditarias tienden a desaparecer. Las trabas de carácter legal ahuyentan a quienes pretenden aportar sin correr el riesgo de la responsabilidad ilimitada y solidaria, y no quieren tampoco ser excluidos de la administración de los negocios de las compañías. Esto tal vez ha motivado la aparición de la sociedad de responsabilidad limitada, en vista de que con ella se concilian esas pretensiones. En esa alternativa, los intereses se deciden por esta última.

No ha de olvidarse, además que las grandes empresas han absorbido casi todas las actividades lucrativas, por lo que las comanditarias, creadas para empresas medianas, poca cabida encuentran en el mundo contemporáneo.

Mucha razón tienen, pues, Rodríguez Rodríguez y Langlé y Rubio, al ase

gurar que la sociedad en comandita se halla en la actualidad en franca decadencia, y que hoy está sustituida con ventaja por la sociedad de responsabilidad limitada, en la cual todos disfrutan de esa limitación de responsabilidad y no se les prohíbe administrar. Brunetti señala que las comanditarias son empresas modestas motivo por el cual no necesitan de grandes capitales como las compañías por acciones; pero su función sigue una tendencia a aproximarse a la sociedad de responsabilidad limitada. "Efectivamente -dice- en esta última se observa una infiltración del elemento personal en el capitalista; en la comandita simple hay también infiltración, pero con un proceso que se puede decir inverso..." (14).

D) RELACIONES JURIDICAS INTERNAS

En las comanditarias encuentra Langlé y Rubio más difícil seguir el plan de separación entre las relaciones jurídicas internas y las externas; aunque presta una gran ayuda para realizarla, dice, el tener en consideración lo referente a si los terceros están excluidos de la relación o si intervienen en ella.

La posición jurídica ocupada por los socios en la colectiva, es idéntica a la de los gestores respecto a la comanditaria; de consiguiente, se dejará de lado su análisis para centrarlo en el estudio de los derechos y obligaciones de los comanditarios en sus relaciones internas.

a) Aportación

En cualquier clase de sociedad todos y cada uno de los socios están obligados a poner algo en común, o lo que es lo mismo, la aportación es esencial para adquirir la condición de socio.

A la comanditaria se aplica lo expuesto en el Título anterior, en el apartado denominado "Aportación de los Socios", con las salvedades que más adelante se indicarán.

En este punto, Davis confunde la obligación de aportar industria con la de administrar la sociedad. Su opinión es que aun cuando los gestores "no están obligados a efectuar aportes en dinero o en especie... no quiere decir que estén exonerados de la obligación de aportar. El aporte de los gestores consiste en la obligación de administrar la sociedad" (15). Ya se ha expresado en diversas ocasiones que una y otra obligación son diferentes, pero no incompatibles; es posible aportar industria y administrar o sólo contribuir con la aportación industrial y confiar la administración a los otros socios o a un extraño. En este último caso se demuestra la inconsistencia de la tesis de Davis, pues el extraño, sin ser socio, administra.

El comanditario puede aportar cualquier cosa, menos su industria, por los motivos reseñados anteriormente. Debido a que en lo concerniente a la aportación, ese socio está colocado en una situación parecida, no igual, a la del socio de una compañía de capitales, podría valer aquí, como argumento por supuesto, lo establecido en el Art. 31, inc. 2º del Código de Comercio en proyecto: "No es lícita la aportación de trabajo en las sociedades de capital. La simple..."

El aporte del comanditario asume una doble función: 1º) Forma el capital de operación de la compañía; y, 2º) Integra una masa de bienes en carácter de garantía para los terceros (suma de garantía), independientemente de la que está representada por los bienes propios de los socios gestores o los introducidos por ellos al capital social.

Si el comanditado, además de su industria se ha comprometido a aportar dinero u otras cosas y cumple totalmente su obligación, no por ello cesa su responsabilidad ilimitada; mientras que el comanditario al satisfacer íntegramente su aporte, ya no está obligado a pagar más, pues el monto de aquél delimita el alcance de la suma de aportación.

El diverso tratamiento a que está sometida la aportación del comanditario lo delinea Garrigues, tomando en consideración el aporte bajo dos aspectos, o como cuota social o como suma de responsabilidad. En términos generales el pensamiento de ese autor es el siguiente:

1º) La aportación, por la naturaleza de las normas que la regulan, se sujeta a preceptos de derecho dispositivo. En tal virtud, los socios disponen de amplia libertad de pactar sobre ese punto: renunciar al aporte, disminuirlo, aplazar el pago, etc. Pero ninguno de esos pactos vale contra terceros, por "Cuanto la aportación es, al mismo tiempo, suma de responsabilidad". A los acreedores sociales les asiste el derecho de "que el comanditario contribuya a la responsabilidad de la sociedad con la suma ofrecida en el contrato. Razón: esos pactos invaden la esfera de las relaciones externas de la sociedad (responsabilidad) dominada por normas de derecho coactivo" (16).

2º) Por el significado de la inscripción en el Registro. El monto de la aportación consta en el pacto social inscrito. "Pero esta inscripción se opera en cuanto la aportación es al propio tiempo suma de responsabilidad. Si fuera distinta se inscribiría ésta, que es la que interesa a terceros, y no aquélla que sólo interesa a los socios " (17).

Lo normal es que la cifra de aportación y la suma de responsabilidad sean iguales, pero eso no es forzoso. Por ejemplo el comanditario puede haberse obligado con los socios a enterar al patrimonio social una cantidad mayor o menor a la suma de responsabilidad. Si ocurre lo primero, la hacienda social se acrecienta en una cuantía superior a la que correspondería si el comanditario sólo cubriera la cuota cuyo monto consta en la escritura social. No obstante los socios tienen facultad, en todo tiempo, para reducir la cuota hasta el límite de la suma de responsabilidad. Esto es posible hacerlo de dos maneras, o dispensando al comanditario de pagar el exceso, o restituírselo si ya lo hubiere pagado.

En la segunda hipótesis, el pacto es válido entre los socios únicamen

te: a los terceros no les afectan esos acuerdos. La responsabilidad del comanditario no se detiene, pues, en la cuantía de la aportación convenida con los demás socios, sino que se extiende hasta completar la suma de responsabilidad.

También Langlé y Rubio advierte que la doctrina científica y la legislación alemana distinguen explícitamente entre cuota social y suma de responsabilidad; y que el Código de Comercio español no repara en la distinción debido a que las pérdidas de la sociedad afectan a ésta en el aspecto interno; en tanto las obligaciones de ella interesan directamente a los acreedores (aspecto externo). En las relaciones internas la aportación se ve desde el punto de vista de las pérdidas y ganancias; en las externas, como la cantidad que sirve de garantía a los terceros. Por tal razón, la suma de responsabilidad se rige por preceptos legales inderogables, su inscripción en el Registro Mercantil, es indispensable puesto que es un asunto que afecta a los terceros.

Los pactos internos de los socios, escribe Brunetti, no hacen desaparecer el límite de garantía que representa la cuota de aportación. De ello concluye que la obligación de verificar la prestación existe frente a los acreedores y no frente a la sociedad; por esa razón, ningún acuerdo relativo al pago, su aplazamiento, remisión, compensación, etc., puede ser opuesto a los acreedores de la compañía.

Heinsheimer, siguiendo la misma corriente, admite que en las relaciones internas los socios no están embarazados para permitir el aumento o disminución del aporte del comanditario; pero ello no tiene ninguna relevancia en relación a terceros, quienes cuentan con la suma ofrecida que consta en el Registro Mercantil. La aportación patrimonial a que alude la ley es, en opinión, de dicho autor, un límite de responsabilidad en cuanto a las relaciones externas, el cual va disminuyendo a medida que el socio va cumpliendo su obligación de pagar la suma prometida al fondo común; de manera que si al comanditario se le reintegra parte o todo lo aportado, renace la responsabilidad por el monto de lo reintegrado.

b) Distribución de Ganancias y Pérdidas

Bajo un epígrafe igual al del presente apartado, se trató, en el Título II, el reparto de las ganancias y pérdidas entre los socios de la colectiva. Lo expuesto allí se aplica a la comanditaria; sin embargo, en lo relativo a las pérdidas, se hacen las salvedades siguientes:

a) Por definición, los comanditarios "se obligan solamente hasta concurrencia de sus aportes" (Art.1819 C., inc.3º). De ahí que están en una situación semejante a la del socio de la anónima: aunque las pérdidas sociales sean cuantiosas, si el comanditario ya satisfizo totalmente la prestación prometida, no puede exigírsele ninguna cantidad adicional; si nada

ha pagado o ha cubierto parcialmente su cuota, entonces sólo estará obligado a integrar plenamente su aporte.

b) Si el comanditario infringe las prohibiciones contenidas en los Arts. 308 y 309 Com., es decir, consiente en que su nombre figure en la razón social, o hace uso de la misma o realiza algún acto de administración, etc., y los acreedores sociales dirigen contra él su acción, exigiendo sus créditos en virtud de la responsabilidad ilimitada y solidaria, con que la ley sanciona esas infracciones, entonces el límite de responsabilidad mencionado no tiene lugar; mas en este caso, le queda a salvo su derecho al comanditario para exigir a los gestores el reembolso de lo pagado en exceso al aporte por el cual se obligó, salvo si el comanditario actuó por su propia iniciativa.

Sobre la distribución de ganancias, Garrigues considera que no están dilucidadas las cuestiones siguientes:

1ª) Si es procedente repartir utilidades al comanditario que no está al corriente en el pago de su aportación, o si se contabilizan como prestaciones abonándoselas a su cuota social. El tratadista citado acepta lo último, siguiendo, según sus palabras, la tendencia adoptada por algunas legislaciones.

En nuestra opinión cabría distinguir: 1ª) Si el comanditario adeuda totalmente su prestación. De ser así, sería injusto abonarle utilidades o distribuirlas, sencillamente porque él en nada ha colaborado para obtenerlas; y 2ª) Si su aporte es parcial. Aquí pueden presentarse dos hipótesis: que el socio esté en mora de completar su cuota o no lo está, por habersele concedido plazo para cancelarla y éste aún está pendiente. En el primer caso, en nuestra opinión, se podrían abonar las utilidades al aporte del socio hasta completarlo y entregarle la diferencia resultante; en el segundo, no se ve ningún impedimento en distribuirlas proporcionalmente a lo efectivamente desembolsado, puesto que su obligación de completar su aporte todavía no está vencida, y goza, por tanto, del beneficio del plazo; excepto si se pacte que la obligación se vuelva exigible en una cuantía igual a las utilidades que le correspondan al socio, con el fin de cancelar más pronto el aporte.

2ª) Si tendrá derecho el comanditario al reparto de utilidades cuando su aporte se ha reducido por pérdidas. El comentarista referido cree que la ganancia debe servir para reintegrar la aportación. Estimamos exacta esta tesis, porque se habla de "reintegrar" con lo cual se significa que si las ganancias correspondientes al comanditario son superiores a las pérdidas imputadas a su aporte, tendría derecho dicho socio al remanente que resultare.

Por distinto camino llega Heinsheimer a la misma conclusión, respecto al presente caso y al anterior: "La parte de ganancia que le corresponda no se imputará a su capital más que en tanto no se haya cubierto el importe total de su aportación; a la inversa, su participación en las pérdidas

se rebajará del capital por él aportado, destinándose, en primer término, las posibles ganancias posteriores a compensar esa rebaja; al comanditario no se le puede exigir que cubra pérdidas fuera del límite de su aportación" (18).

3º) Si las ganancias no retiradas por el comanditario se imputan ilimitadamente a su participación en el capital social o únicamente hasta alcanzar la cifra hasta donde llega la suma de responsabilidad y se le distribuye el exceso o se le abona en su cuenta particular como crédito contra la sociedad.

Consideramos indebido lo primero, si no se cuenta con el consentimiento del comanditario; pero si él y los demás socios han acordado que el aporte de aquél sea superior a la suma de responsabilidad, entonces las ganancias no retiradas sí podrían pasar a formar parte del aporte hasta alcanzar la cifra pactada, aunque exceda a la suma de responsabilidad. Al completarse el aporte en los términos dichos, si hubiere diferencia, se paga al socio o se lleva a una cuenta especial en carácter de crédito a su favor.

4º) Si el comanditario estará obligado al reintegro cuando recibe de buena fe dividendos ficticios. Garrigues contesta afirmativamente, aduciendo que de otra manera la aportación del comanditario se reduciría en una cantidad igual a la del dividendo ficticio distribuido, práctica que estima inadmisibles en tanto reduzca la suma de responsabilidad.

Estamos completamente de acuerdo con ese razonamiento. En realidad, al calificar de ficticios los dividendos, sencillamente se está reconociendo que no se han producido. De tal suerte que lo dispuesto en los Arts. 1828 C., inc. 3º, y 310 Com. no es una excepción a lo dicho ya que en esos preceptos legales claramente se advierte un pago indebido de utilidades; pero son ganancias verdaderas, no hay en ellas nada de ficticio. Las disposiciones citadas, por su orden, expresan: "Sin embargo, los socios comanditarios o anónimos no son obligados a colacionar los dividendos que hayan recibido de buena fe".--- "... sólo en el caso de dolo o fraude pueden ser compelidos a devolver los dividendos que hayan recibido".

5º) Si es permitido estipular un interés fijo al capital puesto por el comanditario. La doctrina, sostiene Garrigues, afirma que sí, siempre que esos intereses se carguen a la cuenta de gastos generales, y conste esa estipulación en la escritura social inscrita.

Sobre este punto Langlé y Rubio encuentra admisible el pacto de abonar intereses fijos, cuando efectivamente haya utilidades con qué abonarlos; pero no considera aceptable el caso inverso, porque entonces el capital social sufriría el impacto, con el consiguiente perjuicio de los acreedores de la compañía. "Además -dice- el socio no es presta-

mista y su aportación debe producirlo ganancias cuando se obtengan. Este rigor lógico sólo cabría quizás atenuarlo, obligando a que, en tal caso, los intereses se considerasen como gastos, a enjugar en ejercicios posteriores" (19).

Nos adherimos a la opinión del tratadista citado.

c) Prohibición de Concurrencia

A los comanditarios se les excluye de la administración y de la representación sociales. No están, pues, en condiciones favorables ni desfavorables de hacerle competencia a la sociedad de que forman parte; por tal motivo, la prohibición de concurrencia únicamente afecta a los socios gestores. Esta es la tesis sustentada por los autores, entre ellos Joaquín Garrigues, pero éste insinúa la posibilidad de que en algunos supuestos de competencia ilícita no quedarían libres de responsabilidad los comanditarios.

Es correcto ese criterio, a nuestro modo de ver, porque incluso si el comanditario interviene en la administración, contraviniendo con ello las prohibiciones impuestas por el legislador, tendrá a lo sumo, como castigo, la agravación de su responsabilidad con relación a terceros si éstos enfilan su acción contra él, pues esos son los únicos efectos señalados por la ley. Es decir, que no sería correcto atribuirle otros distintos, o sea hacer extensivas a los comanditarios las sanciones establecidas para los socios colectivos en caso de infringir la prohibición de concurrencia. Esto queda reforzado si se piensa que al prohibir el ordenamiento jurídico esa conducta desleal del socio, tiende a tutelar los intereses de la compañía y de sus miembros inocentes; en cambio si el comanditario administra, en contravención a las disposiciones legales, su actividad la realiza con el conocimiento y el seguro consentimiento de los demás, por lo que si hace competencia ilícita a la sociedad la culpa recae en todos, al permitir la ejecución de actos prohibidos.

En el siguiente punto, se verán unos casos donde sí creemos habría competencia ilícita de parte del comanditario.

d) Derecho de Información

Nada nuevo queda por agregar sobre el derecho de información de los socios gestores, pues es el mismo, en lo concerniente a su contenido y extensión, que el de los socios de la colectiva. A los comanditarios se les restringe ese derecho, pues se circunscribe, por lo general, a conocer anualmente la gestión social a través de la cuenta presentada por los administradores de la Compañía. (Art.1838 C.). Razones de mucho peso han motivado la limitación de ese derecho.

Es lícito conferir en el pacto social la facultad del comanditario de ser informado de la administración en diversas épocas o autorizársele para que se entere directamente del estado de los negocios, sin intervenir en ellos, porque el comanditario no está privado de ejercer "actos de inspección y vigilancia" (Art.309 Com.,inc.3º), dentro de los cuales

cabe examinar los libros y documentos de la sociedad, con las restricciones y reservas del caso, ya que, v.gr., si el comanditario opera por su cuenta un establecimiento mercantil de igual naturaleza al de la compañía, o es socio colectivo o comanditario de otra sociedad cuyas actividades son similares a las de aquélla, estaría en posibilidad de ocasionarle perjuicio si se prevale de ese examen para hacerle competencia ilícita. Con esas limitaciones, el comanditario tiene el derecho concedido por el Art. 210 Com.

La ley restringe al comanditario el derecho de información, expresa Garrigues, porque no quiere que el socio estorbe constantemente la marcha normal de la compañía con frecuentes interpelaciones relativas a la administración.

En relación con esta cuestión, el proyecto de Código de Comercio dice: "Los socios comanditarios no podrán examinar el estado y situación de la administración social, sino en las épocas y en la forma prescrita en la escritura constitutiva. Si la escritura nada dispusiera sobre estos puntos, se comunicará a los socios comanditarios el balance y el estado de pérdidas y ganancias al ~~final~~ del ejercicio social, poniéndoles de manifiesto, durante un plazo que no podrá bajar de quince días, los antecedentes y documentos precisos para comprobarlos y discutir las operaciones. Este examen podrán hacerlo por sí o por expertos debidamente autorizados. Los socios comanditarios..." (Art.98).

Es una medida atinada que permite al comanditario indagar, dentro de un plazo prudencial, sobre la veracidad de las cifras del balance y de los estados de pérdidas y ganancias, y discutir las operaciones cuando le parecieren dudosas, oscuras o no justificadas suficientemente. Como la técnica contable resulta incomprensible o difícil de entender a quienes no poseen los conocimientos especiales respectivos o el socio no desea preocuparse de esos menesteres, por eso se le concede la facultad de auxiliarse de peritos en la materia, debidamente autorizados.

e) Gestión de la Sociedad

Las reglas y principios desarrollados anteriormente en relación a la gestión social de la colectiva, son idénticos a los de la comanditaria, principalmente en lo tocante al nombramiento, atribuciones, etc., de los administradores. No tendría que añadirse nada más si no fuera porque la ley no permite a los comanditarios inmiscuirse en la administración social, y ello trae consigo importantes consecuencias que es preciso destacar. Surgen algunas dificultades para determinar hasta dónde llega la prohibición, debido a la vaguedad e imprecisión de los términos "gestión", "administración", "representación" y otros actos muy semejantes, según se hizo notar en su oportunidad.

Antiguamente se dice, a fin de alejar al comanditario de las incomodidades de la gestión social, se le dispensaba de intervenir en ella; pero lo que antes era un derecho en el particular interés de aquél, se

transformó en los tiempos modernos en una prohibición. Vivante afirma que esa prohibición nació con el Código francés.

Para fundamentar la prohibición se aducen como razones las siguientes:

1ª) Evitar perjuicios a los terceros al creer que el socio no es comanditario sino colectivo, y responde, por ende, ilimitadamente al actuar como administrador. Parte considerable de la doctrina rebate esa opinión manifestando que no puede haber engaño si se inscribe en el Registro Mercantil la gerencia del comanditario; además, por el mismo Registro los terceros se enteran de la condición del socio comanditario y del monto de su cuota. Guelperín y Lodi encuentran difícil imaginar el otorgamiento de créditos importantes a la compañía, sin que los interesados averigüen previamente la situación del socio en la compañía, independientemente de la fortuna del administrador.

A Langlé y Rubio le parece excesivo prohibir al comanditario participar aun como apoderado de los administradores, mientras cualquier extraño a la sociedad puede serlo, como si se viese a un enemigo natural de los intereses de la compañía en la que tiene su participación económica.

Francamente, en la actualidad no hay argumentos sólidos para mantener la prohibición, pues si es posible confiar la administración a un extraño, en las condiciones expuestas en otro lugar, y sin embargo con ello no se causan perjuicios a terceros, porque éstos se relacionan con la sociedad por medio de la razón social, y en ésta es ajeno el nombre del administrador no socio. De igual manera no se causarían si en idénticas circunstancias administrara el comanditario, si la prohibición no existiera.

Quizás por eso en Alemania, ateniéndonos a las palabras de Brunetti, modernamente hay una corriente que tiende a consentir a los comanditarios mezclarse en la administración de las sociedades cuando el capital tenga más importancia que la industria o trabajo.

2ª) Es una protección, se afirma, contra los comanditarios audaces o inexpertos, quienes, confiados en que su responsabilidad es limitada, podrían comprometer los intereses de la compañía. Esta razón la halla Garrigues inconsistente, debido a que, usualmente, únicamente el comanditario aporta todo el capital, y ese será un motivo poderoso que lo inducirá a obrar con más prudencia; en tanto los colectivos, probablemente ateniéndose a que, por lo general, sólo pierden su industria, procederán con menos cautela.

La legislación mercantil salvadoreña consigna la prohibición en el Art. 309 Com. Este artículo debido a su amplitud, lo comentaremos inciso por inciso.

"El socio comanditario no podrá realizar ningún acto de administración que produzca derechos u obligaciones para la compañía ni aun por procuración general o especial para una serie o clase de negocios. Cualquier acto contrario a esta prohibición lo hace ilimitada y solidariamente responsable de todas las obligaciones de la sociedad respecto de

terceros" (inc.3º, Art.309 Com.).

Un detenido análisis de ese inciso lleva a la conclusión que los actos considerados en él como de administración, se aproximan más a la representación. Sólo así tiene sentido la expresión "que produzca derechos y obligaciones para la compañía", y la sanción impuesta al infractor de responder, por las obligaciones contraídas, ilimitada y solidariamente respecto de terceros.

De Solá Cañizares repara en esa confusión de conceptos, diciendo que en Francia y otros países se habla de gestión o de administración, significando con esos vocablos la gestión interna y la externa, o sean las relaciones con terceros, que es lo mismo que decir representación, aunque la jurisprudencia francesa distingue la gestión interna de la externa, entendiéndose que es a la última a la cual se refiere la prohibición, porque los terceros ven en ella al comanditario actuando por la sociedad. Racionalmente, prosigue de Solá Cañizares, la prohibición sólo debe abarcar aquellos actos en los que los terceros puedan creer al comanditario responsable ilimitadamente, por ser actos de la vida externa de la sociedad, y no los de naturaleza puramente consultiva o de control.

"Si la procuración fuere especial para un negocio determinado, asumirá aquél personal y solidariamente con la compañía las obligaciones que deriven de dicho asunto" (inc.2º, Art.309 Com.).

Al usar la ley la palabra "procuración", implícitamente se está asimilando al mandato la función del comanditario (Art.1876 C.), aunque más se acerca el espíritu de ese inciso, a la representación. Además, ese socio no queda responsable por todas las obligaciones sociales, sino por las derivadas del negocio en que intervino.

Pareciera que el inciso reproducido vedara a los acreedores de la compañía el derecho de ejercitar la acción solidaria contra los gestores, ya que en él únicamente se menciona la solidaridad del comanditario con la de la sociedad; sin embargo, ha de interpretarse que los gestores no quedan liberados de esa responsabilidad, pues los efectos normales de "las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social" (Art.181 Com.), son precisamente los de obligar solidariamente a los socios colectivos. Los comanditarios en ese caso, no han respetado la prohibición de administrar, pero eso no significa que las obligaciones no se hayan contraído legalmente y que a los gestores no les quepa ninguna responsabilidad.

"Los dictámenes y consejos, los actos de inspección y vigilancia, el nombramiento y separación de los administradores en los casos previstos por la ley, y las autorizaciones concedidas al administrador dentro de los límites del contrato social para los actos que excedieran de sus facultades, no obligarán al socio comanditario" (inc.3º, Art.309 Com.).

Los dictámenes y consejos, como es natural, no son órdenes, carecen de imperatividad para los gestores, quienes pueden ceñirse a ellos si les parecieren convenientes o prescindir de los mismos. No se considera eso,

pues, como una intromisión del comanditario en la gestión social. Los actos de inspección y vigilancia son facultades de todos los socios en cualquier especie de sociedad, con el objeto de defender sus intereses, por tal motivo se les excluye de la prohibición.

También ha de advertirse que esa disposición legal se refiere tanto a la comandita simple como a la comandita por acciones, por lo que en cuanto al nombramiento y separación de los administradores y las autorizaciones concedidas a éstos, no se aplican a la primera de las compañías citadas. (Arts.311 y 312 Com.).

En términos un poco parecidos el Código de Comercio en proyecto, en el Art.96, contiene la prohibición en estudio. En seguida nos ocupamos de ese artículo a fin de hacer hincapié en algunas diferencias notables con relación a la legislación actual.

El Art.96 citado, dice así: "Los socios comanditarios no pueden ejercer acto alguno de administración, ni aun con carácter de apoderados de los administradores o representantes; pero no se reputarán actos de administración las autorizaciones dadas ni la vigilancia ejercida por los comanditarios, de acuerdo con la escritura social o con la ley, ni el trabajo subordinado que presten a la empresa. Los comanditarios podrán asistir a las juntas de los socios sin voto en los acuerdos que signifiquen una intervención en la vida de la sociedad". Este artículo es una reproducción fiel del Art.61 del Código de Comercio hondureño, excepto por una pequeña variante del inciso segundo.

Complementando esa prohibición el Art.97 del mismo proyecto expresa: "El socio comanditario quedará obligado solidariamente para con terceros, por todas las obligaciones sociales en que haya tomado parte en contravención a lo dispuesto en el artículo anterior. También será responsable solidariamente para con terceros, aun por operaciones en que no haya tomado parte, si habitualmente ha administrado los negocios de la sociedad".

Adviértase que el susodicho proyecto prohíbe incluso la intervención del comanditario en carácter de apoderado de los administradores o representantes.

Entre los actos considerados fuera de la representación, merece señalarse el trabajo subordinado, o sea el prestado por el comanditario a la empresa. Es interesante ese supuesto porque se ve que aquél actúa en ese caso como un trabajador o empleado. Se forma, en consecuencia, una relación de trabajo que se rige por las leyes laborales.

Los comentaristas se inclinan por esa solución. Así, Davis no encuentra ningún impedimento en que el comanditario sea empleado de la sociedad, atendiendo a que en ese carácter, por regla general, no ejerce funciones administrativas, sino que se limita a cumplir las órdenes impartidas por su empleador, con quien lo une un vínculo de subordinación o dependencia.

Se observa también en el proyecto que la responsabilidad ilimitada y solidaria del comanditario, surge tanto si interviene en actos de admi-

nistración aislados como si habitualmente se mezcla en ellos. En el primer caso responde por las obligaciones sociales en que ha tomado parte; en el segundo, aunque en algunas no haya participado, es responsable por todos.

Brunetti, al amparo de la legislación italiana, enumera los actos permitidos al comanditario, así:

- 1º) Prestación de trabajo, si se ejecuta bajo la dirección de los administradores.
- 2º) A conceder ciertas autorizaciones y opiniones para algunos actos, si la escritura social lo ha previsto.
- 3º) Efectuar actos de inspección y vigilancia.
- 4º) Controlar la exactitud del balance y de las pérdidas y ganancias que se les comunican anualmente.
- 5º) Consultar los libros y documentos de la compañía, con el objeto de comprobar las cifras del balance.

Nos adherimos al parecer de Brunetti de que dentro del concepto de administración, no caben los actos que afectan al organismo constitucional de la sociedad, tales como modificar el pacto constitutivo, en lo atinente a la forma de calcular y distribuir las ganancias y pérdidas, nombramiento de liquidadores, etc., porque para esos actos es imprescindible el consentimiento de todos los coasociados, a menos que el pacto social haya dispuesto otra cosa.

Varias legislaciones, en circunstancias calificadas, permiten a los comanditarios ocuparse interinamente de la administración. El Art.99 del Código de Comercio en proyecto ha adoptado ese criterio: "Si para los casos de muerte o incapacidad del socio administrador no se hubiere determinado en la escritura social la manera de sustituirlo, y la sociedad hubiere de continuar, podrá un socio comanditario, a falta de comanditados, desempeñar interinamente los actos urgentes o de mera administración durante el término de un mes, contado desde el día en que la muerte o incapacidad hubiere ocurrido. En estos casos el socio comanditario no es responsable más que de la ejecución adecuada de su gestión. Vencido el plazo de que habla el inciso primero, si no se reorganizare la sociedad con la inclusión de nuevos socios comanditados, se procederá a su liquidación".

El artículo transcrito, salvo por unas pequeñas modificaciones, tiene una redacción igual a la de los artículos 56 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México y 64 del Código de Comercio de Honduras.

E) RELACIONES JURIDICAS EXTERNAS

En el Título II, Capítulo VI se examinaron las relaciones jurídicas externas de la colectiva, las cuales damos por reproducidas aquí en cuanto a los socios gestores; por tal motivo, nuestra atención la fijaremos en las relaciones que afectan a los comanditarios. En el Capítulo mencionado se vieron las relaciones jurídicas siguientes: A) Representación de la Sociedad; y B) Responsabilidad de la Sociedad y de los Socios por

las Deudas Sociales. El punto A) fue subdividido en: 1º) Extensión de la Representación; 2º) Abuso de la Firma Social; y 3º) Responsabilidad de la Sociedad por Actos Dañosos del Socio.

Representación de la Sociedad

Principio reconocido por la doctrina y las legislaciones es el de encomendar exclusivamente a los gestores la administración y la representación, y las leyes sancionan severamente, en lo económico, a los comanditarios cuando se entremeten en una u otra. Ya se expresó la opinión de quienes adversan la traba legal de impedir al comanditario toda ingerencia en la administración, y la política seguida por algunas legislaciones en el sentido de suavizar la prohibición.

Ese principio ha servido a Guelperín y Lodi para escribir: "el comanditario no es parte visible de la sociedad, en la que juega un papel pasivo, sin participación en la administración y dirección de los negocios sociales" (20).

Es lícito confiar a extraños la representación de la comanditaria en las condiciones previstas en el Art.183 Com. La ley prefiere permitir la representación a personas ajenas a la compañía y no a los comanditarios, por los mismos motivos tenidos en cuenta para prohibirles la administración.

El Código Civil, Art.1820, se limita a vedar a los comanditarios la inclusión de sus nombres en la firma social, pero omitió prohibirles el uso de aquélla. Esto no significa que en lo civil tal práctica se permita, sino que el Código citado no regula el funcionamiento de la sociedad en comandita.

En el Código de Comercio sí se prevén ambas hipótesis: "El socio comanditario que consienta en que su nombre figure en la firma social y aquellos que hagan uso de la misma, serán responsables personal, ilimitada y solidariamente por los actos en que haya intervenido la firma" (Art.308 Com.).

Ya dijimos que usar la firma social y ejecutar actos de representación tenía igual significado. También se advirtió la dificultad de distinguir en forma precisa muchos actos de gestión de los puramente administrativos.

Una marcada diferencia hace la ley entre la prohibición de administrar y la de representar. En la primera, normalmente el comanditario responde personal, ilimitada y en forma solidaria de todas las obligaciones sociales, haya o no intervenido en los actos que las han motivado; en tanto en la segunda, la responsabilidad dicha, nace solamente de los actos ejecutados con la firma. El inc.2º del Art.309 Com. regula actos aislados, que, según la ley, pertenecen a la administración, pero son más bien, por su contenido, de representación, de conformidad a lo expresado más atrás, por lo que en vez de ser una excepción a lo expuesto,

lo confirman.

Si el comanditario se comporta como administrador o como representante, su situación se torna más precaria si la compañía quiebra, ya que de acuerdo con el Art.785 Com.: "La quiebra de una sociedad en nombre colectivo o en comandita lleva consigo la de los socios que tengan en ella responsabilidad solidaria, conforme a los artículos 181,307,308 y 309 de este Código, y producirá respecto de todos los dichos socios, los efectos inherentes a la declaración de quiebra, pero manteniéndose siempre separadas las liquidaciones respectivas".

Del abuso de la razón social nos ocupamos en el Título anterior. Lo explicado sobre cómo se incurre en él y las sanciones pertinentes, lo trasladamos a los gestores de la sociedad en comandita. Los comanditarios también estarían comprendidos en ese supuesto, si indebidamente se les autoriza para usar la firma y abusan de ella, sin perjuicio de responder a terceros ilimitada y solidariamente, en los casos establecidos en la ley, por participar en actos reservados a otra clase de socios.

Todo lo relativo a la responsabilidad de la sociedad por actos dañinos del socio ya quedó dicho en otro lugar. Con la sociedad en comandita es indiferente si los actos dañinos provienen de los gestores o de los comanditarios.

F) RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS POR LAS DEUDAS SOCIALES

La responsabilidad de las sociedades en comandita y de los gestores por las deudas sociales, en cuanto a su extensión y grado, es idéntica a la de las compañías colectivas y sus socios. Esto ya fue analizado, razón por la que únicamente se tratará de determinar cuál es la responsabilidad del comanditario por tales deudas, y cómo pueden accionar los terceros para hacerlas efectivas.

En relación a la responsabilidad del comanditario por las deudas sociales, existen muchos puntos un poco dudosos, quizás de ellos el más importante sea el referente a si los comanditarios que han satisfecho en parte su cuota social o la adeudan en su totalidad, responden directamente a los acreedores por las sumas en descubierto, en virtud de un derecho propio, o compete a la sociedad la facultad exclusiva de lograr su pago, o aquélla debe ceder su derecho a los acreedores.

Tal vez la mejor manera de plantear el problema y de buscarle una solución adecuada, sea la de volver al distingo de la aportación considerándola en su doble función: cuota social y suma de responsabilidad o garantía.

Si se le considera como cuota social, corresponde a la compañía el derecho de exigir al socio el aporte no desembolsado. Si se le privara de esa facultad, carecería de medios para integrar su capital cuando los socios adeudaran su aportación y se mostraran renuentes a cancelarla. Es, pues, una relación jurídica interna de la sociedad en que, naturalmente,

ninguna participación cabe a los terceros. En su oportunidad se vio que el Art.187 del Código de Comercio, confiere a los "coasociados" el derecho de proceder ejecutivamente contra la "persona" y bienes del socio moroso por el retardo en el pago de las deudas cuyo origen sea el incumplimiento de la obligación de aportar. En rigor, es la compañía, en su condición de persona jurídica, la acreedora de esas cantidades; en ese concepto es la única titular del capital social, formado o por integrarse mediante los aportes de quienes contrajeron el compromiso respectivo.

Al estar en juego relaciones de orden interno de la compañía, ésta puede condonar parcialmente el pago de la cuota del comanditario, aplazar indefinidamente su cobro, etc., ya que tales relaciones se rigen por normas de carácter dispositivo, por no afectar los intereses de terceros.

En el segundo caso, o sea la aportación vista como suma de responsabilidad, afecta a los acreedores sociales porque para ellos no es indiferente si los comanditarios ya satisficieron totalmente sus aportes o no lo han hecho. Si esos socios ya cumplieron a cabalidad su obligación, ni la sociedad ni los acreedores de ésta podrían pretender exigirles una suma mayor a la de su aportación, en el entendido de que la cuota social y la suma de responsabilidad coinciden.

Por consiguiente, la cuota del comanditario adquiere relevancia cuando está en descubierto, en parte o totalmente, al vincular este hecho a las deudas sociales, e inquirir si a los acreedores de la compañía les es lícito demandar directamente al socio hasta por el monto a que asciende la suma de responsabilidad, o deben dirigirse primero a la sociedad exigiéndole el pago de las deudas y después al comanditario, si executados los bienes sociales no produjeren un pago total, o bien, si los acreedores tienen una acción subrogatoria, mediante la cual se sustituyen en los derechos de la compañía para demandar la participación de capitales no satisfecha por el socio.

En este punto nos referimos a la responsabilidad normal del comanditario, y no a la que como sanción le impone el Código de Comercio por infringir sus preceptos.

El favor de los expositores parece inclinarse más por la tesis de conceder una acción directa a favor de los acreedores en contra del comanditario. Langlé y Rubio manifiesta que las doctrinas alemana, francesa e italiana, siguen en la actualidad esa orientación. Pocas legislaciones confieren esa acción en forma expresa. El Código de Comercio alemán, dice de Solá Cañizares, estatuye que la responsabilidad del comanditario es directa frente a los acreedores de la compañía, teniendo por límite las aportaciones no realizadas. Reforzando esa idea el citado comentarista declara que los acreedores tienen a su disposición una acción directa para obligar al comanditario "a realizar efectivamente y en su totalidad, la aportación prometida. Esta acción directa de los acreedores la confieren expresamente los textos legales de algunas legislaciones" (21). Asimismo

afirma aquél, que en Francia la ley no otorga explícitamente esa acción a los acreedores, pero la jurisprudencia, no obstante, se las reconoce. En otros países también se sigue esa política en ausencia de disposiciones legales al respecto.

Refiriéndose al problema en estudio, Garrigues se remonta a épocas pasadas, y lo comenta manifestando que durante la primera mitad del si glo pasado, la obligación del comanditario de aportar su cuota se conside ró que era una consecuencia del contrato de sociedad, y frente a los demás socios (prestación netamente contractual). Los acreedores de la compañía no contaban con una acción directa. Pero a mediados del siglo las sentencias de casación francesa empiezan a otorgar a los acreedores una acción propia, a fin de lograr la realización de los aportes adeudados por los comanditarios.

El tratadista aludido, mira en los Códigos alemanes de 1861 y 1897 la consagración del principio últimamente enunciado, ya que en ellos se distingue entre aportación y suma de garantía, aclarando que ésta consti tuye una responsabilidad directa del comanditario frente a los acreedores hasta por el monto de esa suma. Por ende, se desliga completamente del contrato de sociedad la responsabilidad del comanditario en razón de las deudas sociales. Al concederse esa acción, los comanditarios no pueden ex cepcionarse alegando la condonación de la cuota social, compensación de la misma, etc., con lo que los acreedores quedan a cubierto de cualquier perjuicio resultante de las estipulaciones contractuales, acordadas por los socios con el propósito de causarlo.

El Código de Comercio español, manifiesta Garrigues, no hace la dis tinción del aporte del comanditario desde los aspectos cuota social y suma de responsabilidad, por lo que aquél tiene un carácter eminentemente contractual, y si aquél consta en el Registro Mercantil se debe que figura en el pacto social como una cláusula del mismo; sin embargo, ese comentarista creo que de ese cuerpo legal se puede deducir la existencia de una acción directa en el sentido indicado antes, lo cual "quiere decir que la obligación que el comanditario asume de realizar su prestación a la socie dad, la asume no sólo frente a los socios, sino frente a los acreedores de la sociedad, los cuales gozan, por esta razón, de una acción directa contra el comanditario, quien no podrá oponer las excepciones que le correspondían contra la sociedad".(22)

La legislación salvadoreña no aclara si los acreedores sociales están facultados o no para exigir directamente a los comanditarios el pago de las deudas de la compañía, cuando esos socios no han completado su aporte o lo adeudan en su totalidad; entendiéndose, desde luego, que su responsabilidad no puede ser superior "al valor de los fondos por que se hayan obligado".

Se descarta, por consiguiente, la responsabilidad del comanditario derivada de no acatar las prohibiciones contenidas en los Arts. 1820 C.,

308 y 309 Com., porque ahí sí tienen acción directa los susodichos acreedores, por expresa disposición de la ley.

Somos de opinión que nuestra legislación positiva implícitamente reconoce al aporte del comanditario, además de su función de cuota social, la de suma de responsabilidad o garantía, según se verá oportunamente, y concede a los acreedores de la sociedad acción directa en contra de los comanditarios por los aportes en descubierto, pero con la previa excusión del patrimonio de la compañía o de los bienes pertenecientes a los socios gestores.

En apoyo de la precedente afirmación, reproducimos el Art.1855 del Código Civil, inserto en el Capítulo "De las Obligaciones de los Socios respecto de Terceros". Dice así: "La responsabilidad de los socios comanditarios o accionistas se regula por lo prevenido en el capítulo II de este título". Seguramente esa "responsabilidad", en cuanto a la comandita, es la de que en ella "uno o más se obligan hasta concurrencia de sus aportes" (Art.1819 C., inc.3º); y la de equiparar la responsabilidad del comanditario con la del socio colectivo, cuando el primero, indebidamente, figura en la razón social o toma parte en la administración (Art.1820 C.).

La ubicación del Art.1855 C. en el mencionado Capítulo, nos induce a pensar que la intención del legislador no ha sido la de sustraer completamente a los comanditarios "De las Obligaciones de los Socios respecto de Terceros", o sea la de excluirlos, en todo caso, de responsabilidad en cuanto a las deudas sociales, sino reafirmar el principio de que ellos sólo responden "hasta concurrencia de sus aportes"; en tanto los colectivos se sujetan a lo dispuesto en el Art.1853 C., si la comanditaria es civil, y al Art.181 Com., si es mercantil. (Art.1874 C.). Interpretar que única y exclusivamente la compañía puede accionar contra el comanditario cuando éste no ha solventado su obligación de aportar, sería lesivo a los intereses de los acreedores, pues las deudas sociales quedarían insolutas si aquéllos no lograran ser pagados por la sociedad ni por los gestores. Seguramente no ha sido ese el propósito de la ley.

El alcance de la responsabilidad del comanditario en una compañía mercantil, lo determina el Art.310 Com., así: "La responsabilidad de los socios comanditarios se limita al valor de los fondos por que se hayan obligados, y sólo en el caso de dolo o fraude pueden ser compelidos a devolver los dividendos que hayan recibido".

Expresábamos que en la comanditaria la ley reconoce implícitamente al aporte la función de suma de responsabilidad o garantía. Esto lo deducimos de algunas disposiciones aplicables a las sociedades anónimas, que en seguida se citan.

El Código de Comercio, en la Sección "Derechos y Obligaciones de la Sociedad y de los Socios en las Compañías Anónimas", Art.253 Com., dice: "La masa social compuesta del capital, de los beneficios acumulados y de los dividendos no repartidos, responde de las obligaciones de la compañía". Prescindiendo de los beneficios y dividendos mencionados en ese precepto

legal, se advierte que el capital constituye una suma de garantía o responsabilidad a favor de los terceros; es decir, que si uno o más de los socios son deudores en razón de los aportes prometidos, pueden los acreedores sociales, por derecho propio, si la compañía no les paga, exigir a esos socios, sin sobrepasar el monto del aporte por el cual se obligaron, la cancelación de los respectivos créditos.

Al relacionar el Art.254 Com. con el Art.255 Com. se llega a una conclusión parecida. El Art.254 Com. expresa: "Los accionistas no pueden exigir que la compañía les devuelva el valor de sus aportes...", y el Art. 255 Com.: "Los accionistas que en contravención a lo dispuesto por la ley, hubiesen recibido cantidades o valores, responderán de las obligaciones sociales hasta concurrencia de dichos valores o cantidades..."

Si al accionista se le devuelve su aportación, estaría en una situación parecida a la del que no la hubiere realizado, y si en el primer concepto responde por las obligaciones sociales hasta concurrencia de lo devuelto, lo mismo podría decirse del socio que aún no ha cumplido su compromiso de aportar, total o parcialmente.

El Art.256 Com. de distinto modo confirma lo que se viene exponiendo: "Ni los accionistas ni sus predecesores podrán compensar con otros derechos, acciones o créditos que tengan contra la sociedad, las prestaciones a que están obligados conforme a los artículos 249 y 250". Estos dos artículos se refieren a la mora en el pago de los aportes. Es natural que si los aportes asumen la función de suma de responsabilidad o garantía, la ley no autoriza a los socios para que puedan eludir su compromiso de enterarlos por medio de acuerdos internos, porque esa responsabilidad está vinculada con las relaciones jurídicas externas de la compañía en donde la voluntad de los asociados no opera en perjuicio de terceros.

Donde mejor se aprecia el papel que desempeña el capital social respecto a los acreedores, es en el caso de que se pretenda reducirlo. La ley adopta una serie de precauciones a fin de velar porque la garantía de aquéllos no resulte mermada a sus espaldas, o se les deje sin recursos para velar por sus derechos oportunamente. Así, en las sociedades anónimas, si el activo excede en una tercera parte, por lo menos, al pasivo, el acuerdo legalmente tomado por la asamblea general de reducir el capital, puede ser ejecutado por los administradores, pero se faculta a los acreedores para reclamar sus créditos aun cuando no estén vencidos (Art.243 Com. inc.5º). "En otro caso -dice el Art.243 Com.inc.6º- la reducción no podrá llevarse a efecto hasta que se liquiden y paguen todas las deudas y obligaciones pendientes a la fecha del acuerdo, a no ser que la compañía obtuviera el consentimiento previo de sus acreedores".

¿Por qué en este último caso se requiere el consentimiento de los acreedores? La respuesta nos conduce inevitablemente a lo que se ha venido sosteniendo: el capital, integrado por los aportes, es una suma de garantía o responsabilidad. La reducción del mismo supone devolver algo de lo aportado, en algunos casos, y en otros, la condonación del aporte, en la parte

que aún esté pendiente. En ambos supuestos, la reducción del capital disminuye las garantías establecidas a favor de los acreedores sociales.

Nada de raro tiene el que nos hayamos remontado a la regulación de las sociedades anónimas para tratar de demostrar nuestra tesis en relación con la comanditaria, si reparamos en el texto del Art.307 Com.

Trataremos de demostrar que mientras no haya precedido la excusión de bienes de la compañía ni del patrimonio de los gestores, no pueden los acreedores proceder contra el comanditario insolvente de su cuota social para reclamarle, sin exceder al monto de ésta, el pago de las deudas sociales.

En la obra de Brunetti, tantas veces citada, se lee: "Por ello los acreedores de la sociedad tendrán acción directa (no subrogatoria) respecto del socio comanditario (siempre con previa excusión del patrimonio social) cuando no haya conferido todavía lo que está obligado a aportar y hasta el total de la cuota establecida" (23).

En las palabras de Brunetti se observa que él admite la previa excusión de los bienes de la Compañía, aunque no alude al patrimonio particular de los socios gestores.

Nosotros incluimos la excusión de bienes de los gestores, porque tanto la compañía como esos socios están en un mismo grado de responsabilidad respecto a las deudas sociales.

Ese grado de responsabilidad, distinto al correspondiente a los comanditarios, nos sirve para fundamentar la tesis que venimos sosteniendo. De manera que si un comanditario no ha completado su aportación y adeuda, v.gr., \$10.000, y la sociedad debe a un tercero \$5.000, el acreedor no podría reclamar el pago total de la deuda a ese socio, sino después de requerir el pago a la compañía o a los gestores y a condición de que su crédito no fuera satisfecho por ellos, total o parcialmente; de lo contrario se estaría dando al comanditario el carácter de deudor solidario, lo cual sería indebido porque ninguna disposición legal le atribuye esa calidad, y en la legislación salvadoreña la solidaridad no se presume: Art.1382 C., inc.3º.

Estimamos que respecto a los comanditarios no tendría cabida lo dispuesto en el Art.79 Com., cuyo texto es el siguiente:

"En las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios.-- Todo fiador de obligación mercantil, aunque no sea comerciante será solidario con el deudor principal y con los otros fiadores.-- Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de estipulación en contrario". No se aplicaría este artículo porque en materia mercantil las obligaciones, inclusive civiles, contraídas legalmente por las sociedades colectivas y en comandita siempre son solidarias a favor de los acreedores sociales, pero esa solidaridad únicamente comprende a tales compañías y a los socios gestores, y es en virtud del Art.181 Com. y no por el Art.79 Com. Además la solidaridad de las sociedades y socios mencionados, es inderogable;

mientras que en las obligaciones indicadas en el Art.79 Com. puede pactarse una responsabilidad distinta.

Para que los acreedores sociales tuvieran acceso directo e inmediato al patrimonio del comanditario deudor de su aporte, por un concepto distinto al de la solidaridad, sería preciso de una declaración legal expresa en ese sentido, y ya se explicó que la ley no aclaraba nada al respecto, por ello tuvimos dificultad para demostrar que el aporte del comanditario era, además de cuota social, suma de responsabilidad o garantía.

BIBLIOGRAFIA

KARL HEINSHEIMER, ob.cit.:

(1) Pág.117 --- (18) Pág.118

ANTONIO BRUNETTI, ob.cit.(Tomo I):

(2) Pág.713 --- (7) Pág.721 --- (13) Pág.717 ---(14) Pág.717 ---(21) Pág.770 --- (23) Pág.714

JOAQUIN GARRIGUES, ob.cit.:

(3) Pág.318 ---(16) y (17) Pág.320 ---(22) Pág.327

ALFREDO BARROS ERRAZURIZ, ob.cit. (Volumen III):

(4) Pág.299

ARTURO DAVIS, ob.cit.:

(4) Pág.308 --- (15) Pág.309

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat.Soc.Merc.cit. (Tomo II):

(6) Pág.213 ---(8) Pág.215

EMILIO LANGLE Y RUBIO, ob.cit.

(9) Pág.479 ---(12) Pág.478 ---(19) Pág.481

ERNESTO GUELPERIN Y NENSON LODI, ob.cit.:

(10) Pág.167 --- (11) Pág.170 --- (20) Pág.169

TITULO LV

DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

CAPITULO UNICO

En rigor, con el Título precedente - "La sociedad en Comandita Simple Mercantil, con breves referencias a su Correlativa Civil"-, nuestra misión está concluida, ya que la sociedad de responsabilidad limitada no queda comprendida en el desarrollo de "Las Sociedades de Personas en el Derecho Salvadoreño", pues aun cuando a esta fecha, diciembre de 1968, dentro de la parte del proyecto de Código de Comercio aprobada por la Asamblea Legislativa, se encuentra todo lo concerniente a la referida sociedad, esa regulación todavía no puede considerarse ley de la República.

Sin embargo, por el hecho de esa aprobación y el de estar contemplada la sociedad de responsabilidad limitada, en la clasificación general, Art. 18 del precitado proyecto, dentro de las sociedades de personas, no se puede menos que dedicársele unas cuantas páginas siquiera, aunque limitándolas a los lineamientos generales.

Reunir en un cuerpo de doctrina uniforme a las sociedades de responsabilidad limitada es una tarea sumamente difícil, en cuanto a la denominación, estructura jurídica, ubicación de las mismas dentro de las sociedades de personas o de capitales, su definición, etc., por la diversidad de criterios legislativos y doctrinarios propuestos al respecto. Aun más, según palabras de Arturo Davis, muchos autores no se han tomado la molestia de analizarlas, entre ellos Vivante, Lacour y Bouteron y Thaller y Percerou. Para complicar la cuestión, la mayor parte de tratadistas al ocuparse de esas sociedades han circunscrito el análisis a la legislación de sus respectivos países.

En vista de las razones expresadas, el presente estudio lo haremos, principalmente, a base del Código de Comercio en proyecto, pero siguiendo el texto y orden de la numeración de los artículos aprobados por la Asamblea. También y sin perjuicio de aludir a la opinión de otros autores, nos valdremos de las explicaciones de Felipe de Solá Cañizares que, como traductor del "Tratado del Derecho de las Sociedades", de Brunetti, da al final de cada capítulo de esa obra.

Se atribuye a la legislación alemana ser la creadora de la sociedad de responsabilidad limitada. Su nacimiento tuvo su origen en la necesidad de limitar el riesgo de todos los asociados a una suma determinada y de antemano fijada, y que, a diferencia de la sociedad anónima, se le diera a su constitución y funcionamiento una mayor flexibilidad y simplicidad, con lo cual estuviera en aptitud de atraer a su seno a las pequeñas empresas, en particular, las de tipo familiar. En las anónimas si bien el riesgo de los socios también es limitado, se presta más para aquellas empresas creadas con grandes capitales, que están en capacidad de soportar lo costoso de su constitución y pueden, por la misma razón, cumplir con las complicadas formalidades exigidas por la ley.

NOMBRE. Duras críticas ha recibido el nombre con que se ha bautizado a esas sociedades. Rodríguez Rodríguez arguye que realmente la anónima y la limitada son sociedades de responsabilidad limitada, pero "en el sentido de que junto a la responsabilidad ilimitada del patrimonio social por las obligaciones sociales no responde el patrimonio de ningún socio, si no es en el límite de la aportación que haya prometido" (1). De esas consideraciones concluye que la responsabilidad limitada no es una característica exclusiva de la sociedad en estudio, y ese detalle es, además, un poco dudoso, por cuanto da lugar a pen

sar, erradamente, en una responsabilidad de la sociedad hasta una cierta cuantía, lo cual es inexacto porque el patrimonio de la compañía responde ilimitadamente como el de cualquier persona física o jurídica.

No obstante las críticas, se ha generalizado la locución "sociedad de responsabilidad limitada". A este tipo de compañía según manifiesta de Solá Cañizares, también se la ha llamado "sociedades por cuotas" (Portugal y Brasil); "sociedad ilimitada" (Cuba, Turquía y Japón); "sociedades especiales de responsabilidad limitada" (Guatemala); "sociedades de personas de responsabilidad limitada" (Bélgica); "sociedades colectivas con responsabilidad limitada" (Panamá y Nicaragua").

En El Salvador se ha aceptado la expresión "Sociedad de Responsabilidad Limitada". (Capítulo V, Título II, del Libro Primero del Proyecto del Código de Comercio).

Muchos países todavía no han incorporado en sus leyes a las sociedades de responsabilidad limitada, y en Latinoamérica, dice de Solá Cañizares, "no existe este tipo de sociedad en el Ecuador, Haití, El Salvador, aunque hay un proyecto en la República Dominicana" (2)

Como se ve, el autor mencionado incluye a nuestro país entre los que se encuentran a la zaga en relación con esa clase de sociedad, de ahí el acierto de la Asamblea Legislativa al haber aprobado el capítulo que la regula.

DEFINICION. El mismo tratadista, encuentra imposible dar una definición universal de las sociedades de responsabilidad limitada que comprenda a todas las legislaciones, excepto si se prescinde en cada país de algunas características importantes de esas compañías. Ante esa imposibilidad, declara - que se puede dar una definición de las sociedades de responsabilidad limitada, pero circunscribiéndola a una determinada legislación. Acorde con ese criterio, agrega: "En el texto de la obra -de Brunetti- se da la siguiente definición, basada en el Derecho italiano: la sociedad de responsabilidad limitada es sociedad comercial del grupo capitalista dotada de la personalidad jurídica con organización análoga a la de las sociedades por acciones, con capital social dividido en cuotas, que pueden ser desiguales, formado con las aportaciones de los socios y respondiendo de las obligaciones sociales únicamente el patrimonio de la sociedad" (2)

El comentarista a quien nos venimos refiriendo, sostiene que únicamente pueden señalarse como notas comunes de la sociedad de responsabilidad límitada en todas las legislaciones, las siguientes: a) Es una persona jurídica; b) La responsabilidad de los socios es limitada; c) No pueden efectuarse emisiones públicas, o sea que se prohíbe la constitución sucesiva; y, d) En casi todos los países la cesión de las cuotas queda sometida imperativamente a - restricciones.

El proyecto de Código de Comercio se abstiene de dar una definición de la sociedad en estudio. El Código de Comercio hondureño, en el Art. 66, ofrece el siguiente concepto: "Sociedad de responsabilidad limitada es la que existe bajo una razón social o bajo una denominación y cuyos socios sólo están - obligados al pago de sus aportaciones, sin que las partes sociales, que nunca estarán representadas por títulosvalores, puedan cederse sino en los casos y con los requisitos que establece el presente Código".

Arturo Davis recoge los conceptos de sociedad de responsabilidad limitada de Lyon-Caen y Renault; Escarra, Escarra y Rault; y de Drouets, de - quien transcribe: "Es una sociedad formada exclusivamente por socios obliga

dos hasta concurrencia de sus aportes, en la cual las partes o cuotas sociales no pueden ser representadas por títulos negociables y no son transferibles sino bajo ciertas condiciones imperativas determinadas por la ley, y que pueden existir bajo una razón social" (4).

UBICACION. La mayor parte de las legislaciones sitúan a la sociedad de responsabilidad limitada dentro de las sociedades de personas; en cambio en Italia se considera como una sociedad de capitales. Ello se debe a que, como dice el traductor de Brunetti, "en el Derecho comparado no se concibe ni reglamenta de tipo uniforme este tipo de sociedad, de modo que su concepción y su naturaleza varían según las legislaciones" (5).

La dificultad de ubicarla definitivamente en un solo grupo, surge de la idea que de esa sociedad se tiene, pues mientras unos autores, según afirma Bunetti, la consideran como una variedad de la anónima: una sociedad anónima sin acciones (v. gr. Laband y Cosak); otros, como Goldschmidt, creen que es una forma nueva de compañía sin equivalentes en las leyes de los diversos países. Sobre esa misma cuestión, Heinsheimer escribe: "Se ha querido considerar la sociedad de responsabilidad limitada como una forma intermedia entre la sociedad colectiva y la sociedad anónima. Y, en efecto, la sociedad de responsabilidad limitada puede ser acertadamente comprendida desde ese punto de vista; su naturaleza jurídica la aproxima a la sociedad por acciones, pero por su esencia económica corresponde al grupo de las asociaciones personales" (6). Rodríguez Rodríguez, al analizar el capital fundacional de esa sociedad, expresa que de ese elemento, el capital, "se advierte que la sociedad de responsabilidad limitada es una auténtica anónima modificada", y unas líneas más abajo expresa: "La sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada son de capital. . . ." (7); pero en seguida el referido autor advierte que las participaciones sociales de esa compañía no pueden incorporarse a ningún título de crédito y agrega: "es lógica consecuencia de una de las bases históricas de la sociedad de responsabilidad limitada, crear una sociedad personalista sobre bases capitalistas" (8).

Esas consideraciones han sido la causa de que la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada en las leyes positivas no responda a principios universales definidos, por lo general, en cada país se tiene una concepción particular de ellas, la cual se ha proyectado en los textos legales.

De Solá Cañizares, después de referirse a la dificultad de elaborar, con base en las legislaciones, una clasificación de las sociedades de responsabilidad limitada, señala que de manera general el Derecho comparado presenta tres sistemas:

- a) Sistema de la compañía colectiva con responsabilidad limitada;
- b) Sistema alemán; y
- c) Sistema inglés.

Bajo el primer sistema, el nuevo tipo de sociedad se encausa siguiendo las directrices de la sociedad colectiva, con la modalidad de que los socios responden únicamente por sus respectivas aportaciones. Lo han adoptado Panamá y Nicaragua. A esas compañías se les conoce en esos dos países como "sociedades colectivas con responsabilidad limitada". Su régimen legal se reduce a un solo artículo del Código de Comercio, donde se dispone que en los pactos sociales de la colectiva se puede acordar la limitación de responsabilidad de los socios. En otras naciones se han elaborado proyectos inspirados en el sistema en mención.

En Chile se sigue ese mismo sistema. Barros Errázuriz se refiere brevemente a las "sociedades colectivas con responsabilidad limitada", cuya aceptación legislativa data del 7 de marzo de 1923. En la escritura de constitución ha de constar que los socios responden hasta el valor de sus aportes o por la suma que además de los mismos se indique. "Por lo demás -dice ese autor- estas sociedades se rigen por las reglas de la sociedad colectiva; pero la razón o firma social deberá terminar con la palabra "limitada" (9).

El sistema alemán crea un tipo de sociedad, intermedio entre la colectiva y la anónima. Ha sido seguido por muchas naciones; no obstante, las regulaciones de un país a otro difieren: en algunos se acercan mucho a las sociedades de personas, como Brasil; o a las de capitales, v. gr. Italia; o bien se adopta una reglamentación flexible, que permita estatutariamente a las compañías asemejarse a la anónima o a la colectiva, por ejemplo Suiza. (10)

El sistema inglés (11) "en el cual la private company es una variedad de la company. No se trata en realidad, de un tipo distinto de sociedad, sino de una company con determinadas restricciones legales y estatutarias, a la que no se aplican ciertos preceptos de la ley general de companies" (Felipe de Solá Cañizares).

En el proyecto de Código de Comercio, aunque se ha querido imprimir a la sociedad de responsabilidad limitada una caracterización especial, no se ha independizado totalmente de la influencia de las sociedades colectivas y de las anónimas. Esto lo corroboran muchos de los artículos que reglamentan a la limitada, particularmente el Art. 125, el cual se remite a muchos preceptos relativos a las compañías mencionadas. La razón de ello la encontramos en la Exposición de Motivos del aludido proyecto, donde, al comentar la sociedad de responsabilidad limitada, dice: "Es fundamentalmente una sociedad de personas con ciertas modalidades que la aproximan a las sociedades de capitales. La reglamentación se aproxima a la sociedad colectiva en cuanto a la estructuración del mismo ente social, pero admite todas aquellas disposiciones aplicables a la sociedad anónima que son una consecuencia de la responsabilidad limitada de los miembros".

CONSTITUCION. La sociedad de responsabilidad limitada se constituye por escritura pública (Art. 21), se inscribe ésta en el Registro de Comercio y se publica en extracto (Art. 111). El contenido de las escrituras de constitución de sociedades, en términos generales, lo establece el Art. 22, por lo que el pacto social de la limitada deberá contener otros requisitos propios de ésta, además de los exigidos por la Ley de Notariado. Los artículos aquí citados y los que en seguida se mencionan, sin ninguna otra aclaración, del Art. 101 al 125, inclusive, corresponden al proyecto de Código de Comercio, ya aprobados por la Asamblea Legislativa.

Al entrar en vigencia el nuevo Código de Comercio, la publicación del extracto de la escritura pública se haría en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional. (Art. 111 en relación con el Art. 486).

En todos los países en que se permiten las sociedades de responsabilidad limitada, se exige la inscripción del pacto social en un registro. Este, suele ser el Registro de Comercio o Mercantil, y la inscripción les confiere personalidad jurídica. Algunos cuerpos legales establecen la obligación de que la escritura de constitución se publique en extracto en periódicos o en un órgano oficial.

Las legislaciones, en su mayoría, regulan el contenido de la escritura de constitución, no siendo idénticas las exigencias en los diversos países. En

general se reglamente lo relativo al nombre, si se usará razón social o denominación, el objeto social, cuantía mínima de capital, número máximo de socios, régimen de administración, forma de adoptar resoluciones, la división en cuotas, el valor y características de las mismas, etc.

Conforme al proyecto, la sociedad de responsabilidad limitada puede adoptar razón social o denominación. Si los interesados se deciden por la razón social, en ella debe figurar el nombre de uno o más socios; en cambio la denominación se forma libremente, a condición de que sea distinta a la de cualquier compañía existente. En uno u otro caso, debe agregarse al final la palabra "Limitada" o su abreviatura "Ltda." La omisión de ese agregado hace responsables solidaria e ilimitadamente a los socios (Art. 101).

En relación a lo anterior, a Rodríguez Rodríguez le parece lógico que se utilice razón social "cuando la estructura de la sociedad de responsabilidad limitada, en el margen que la ley permita, se acerque a las formas personales de organización y en cambio se empleará la denominación cuando en aquella prevalezca una organización capitalista" (12).

El requisito de adicionar a la razón social o a la denominación ciertas palabras indicativas de que la sociedad es de responsabilidad limitada, es universal. En las legislaciones no hay uniformidad en lo referente a si la sociedad debe constituirse con razón social o bajo denominación; unas exigen la primera; otras, la segunda; o permiten escoger una u otra; (13) "pero la tendencia que más se acusa en el Derecho comparado es la de adoptar un criterio de libertad, permitiendo no solamente la razón social o la designación del objeto de la empresa sino incluso una denominación de fantasía" (Felipe de Solá Cañizares).

Finalmente, es preciso señalar que en ningún país se admite la constitución sucesiva de la sociedad de responsabilidad limitada. En el proyecto, Art. 107, expresamente se prohíbe: "La constitución de las sociedades de responsabilidad limitada y el aumento de su capital social, no podrán llevarse a cabo mediante suscripción pública". Esto lo justificaron los redactores de aquél, en la Exposición de Motivos, de la manera siguiente: "La constitución de una sociedad de esta clase exige la forma simultánea y excluye la sucesiva, porque la apelación al público es contraria a su base personalista".

CAPITAL SOCIAL. El capital social debe expresarse en moneda nacional (Art. 31), no puede ser inferior a diez mil colones (Art. 103), y ha de suscribirse en su totalidad al constituirse la sociedad, y exhibirse en ese momento, por lo menos, "el cincuenta por ciento de cada participación social, pero nunca la suma de los aportes hechos podrá ser inferior a diez mil colones". Al Notario autorizante se le presenta el resguardo de depósito extendido por una institución bancaria, cuando el pago es en dinero efectivo, y aquél está obligado a relacionar en la escritura pública respectiva los datos necesarios para identificar el resguardo (Art. 106, incs. 1o. y 2o.). Los redactores del proyecto de Código de Comercio, bajo el Art. 105, propusieron un capital mínimo de cinco mil colones.

Nótese que no es el cincuenta por ciento del capital, sino de cada participación social. Es una previsión acertada para evitar que algunos socios únicamente sean suscriptores y no paguen nada a cuenta de su participación.

La obligación de establecer una cantidad mínima para constituir el capital, no es una característica especial de la sociedad de responsabilidad limitada, pues el proyecto de Código de Comercio, a diferencia de la legislación actual, fija un mínimo de capital a todas las compañías, en las cuantías que indicamos en el apartado C), del Capítulo VI, del Título I.

El capital de la limitada, se divide en participaciones sociales (Art. 103), y no se permite que éstas se representen por títulos valores, y la cesión de las mismas se restringe a ciertos casos específicamente señalados (Arts. 50 y 109). "Puede estipularse que haya una o varias categorías de participaciones sociales, determinando en qué consisten las modalidades respectivas" (Art. 102).

Parece ser un principio invariable en todos los países el someter a restricciones la transferencia de las participaciones sociales, y el que éstas no pueden ser incorporadas a títulos valores o títulos de crédito, ya que si se permitiera la libre negociación de las mismas, se confundirían con las acciones de la sociedad anónima.

Las participaciones sociales pueden ser de valor y categorías diferentes, pero siempre deben tener un valor de cien colones o representar un múltiplo de cien. (Art. 103).

En opinión de Rodríguez Rodríguez, la razón de fijar legalmente a las participaciones sociales una suma determinada, se halla en la necesidad de disponer de un denominador común, que facilite precisar, sin muchas dificultades, la influencia del socio en las asambleas o saber cuál es la participación que en los acuerdos sociales o en la distribución de ganancias o pérdidas corresponda a cada socio.

Explica de Solá Cañizares que "Es general el principio de que las cuotas sean indivisibles, pero en cuanto a su valor puede ser desigual en diversas legislaciones" (14). La Asamblea Legislativa salvadoreña se apartó de ese principio, ya que en el Art. 109 del proyecto se lee: "Las participaciones sociales son divisibles, siempre que se cumpla con lo dispuesto en los artículos 50 y 103 y que, por efecto de la división, el número de los socios no llegue a ser superior a veinticinco".

LCS SOCIOS. El número de socios de la sociedad de responsabilidad limitada no puede ser superior a veinticinco, pena de nulidad (Art. 105). Este principio lo confirma indirectamente el Art. 109, pues en éste se prevé la divisibilidad de las participaciones sociales, siempre que, "por efecto de la división, el número de los socios no llegue a ser superior a veinticinco".

La Comisión Redactora del proyecto de Código de Comercio, adujo que veinticinco socios es una "cifra que representa el límite más allá del cual se ha estimado que se excede la base de organización personalista de la sociedad".

Las sociedades de responsabilidad limitada se integran, generalmente, con pocos miembros, por ese motivo no se exige en las leyes un número mínimo de personas, pudiendo, por tanto, constituirse con dos socios. En cambio, la cifra máxima de socios sí se limita, v. gr., Inglaterra y Francia se permiten hasta 50 socios (Davis), en México y Honduras, 25.

Los legisladores se han visto precisados a fijar un número de socios del cual no se puede pasar, debido a que, como expresa Rodríguez Rodríguez, es de suponer que un número excesivo "derribaría uno de los pilares básicos sobre los que se construye la sociedad de responsabilidad limitada", y "Por otro lado, el legislador quiso impedir que la sociedad limitada pudiese invadir el campo que en la mente del legislador se acotó para las sociedades anónimas" (15).

La calidad de socio se adquiere mediante la aportación respectiva, pero no se permite el aporte industrial (Art. 103). El capital, según se expresó, se divide en participaciones sociales. Cada socio no puede tener más de una par-

ticipación, y cuando haga una nueva aportación o adquiriera total o parcialmente la de un consocio, se aumentará en la cantidad respectiva el valor de su participación social, a no ser que se trate de participaciones que tengan derechos diversos" (Art. 108).

La obligación principal del socio se contrae a verificar su aporte, el cual se traduce en su participación social. Pero, de conformidad con el Art. 110, es lícito establecer en la escritura social otras obligaciones a cargo de los socios, de contenido patrimonial o de distinta naturaleza, tales son: a) Aportaciones suplementarias; y b) Prestaciones accesorias.

"Las aportaciones suplementarias no forman parte del capital social, y en consecuencia, no responden de obligaciones sociales ante terceros; constituyen un capital de reserva que se maneja libremente por la sociedad" (Art. 110, inc. 2o.). Estas aportaciones, de carácter patrimonial, son semejantes a las efectuadas para constituir el capital de la compañía, pero difieren, además de lo estipulado en el inciso transcrito, en que no se transforman en participaciones sociales mientras, legalmente, no se aumente el capital social y se acuerde darles ese destino.

La proporción en que deben hacerse las aportaciones suplementarias, se mide tomando en cuenta las participaciones sociales. (Art. 110, inc. 1o.).

Si se trata de prestaciones accesorias, en el pacto social se especifica su contenido, duración y modalidades, la compensación correspondiente y las sanciones si los obligados no las cumplen (Art. 110, inc. 3o.). Estas prestaciones son personales, y sean periódicas o no, su contenido puede ser de la más variada naturaleza.

En los aumentos de capital de la limitada, los socios tienen preferencia para suscribirlo, en proporción a sus participaciones sociales. Este derecho no lo pierden los asociados aunque la escritura social o las asambleas generales dispongan lo contrario (Art. 112). También se concede a los socios el derecho de tanteo, en caso de que se autorice la cesión de las participaciones de otro u otros socios, en la situación prevista en el Art. 50 del proyecto.

LIBRO DE REGISTRO DE SOCIOS. En el Art. 113 se exige que la sociedad de responsabilidad limitada lleve un libro de registro de socios, e imperativamente señala las anotaciones que debe contener. En ese registro también se anotan "los demás datos que conforme a la ley o a juicio del administrador o de la asamblea, hayan de incluirse".

La superlativa importancia de ese libro se comprueba con el último inciso del susodicho Art. 113: "La falta de Registro de socios hará que se considere la Sociedad como irregular y se le imponga la sanción que establece el Art. 354". Esa sanción consiste en que la sociedad se pone en liquidación.

Quizás se da tanto valor al libro de registro de socios, debido a que muchos de los asientos ordenados en el referido artículo, necesariamente aparecen en la escritura de constitución y reformas, si las hubiere, y otros dicen relación a los acuerdos importantes de las asambleas, o alteran sensiblemente la composición de los miembros de la sociedad por muerte, retiro o por exclusión de socios o por la transferencia de participaciones sociales, etc.

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. Los miembros de la sociedad de responsabilidad limitada, responden de las obligaciones sociales hasta "por el monto de sus respectivos aportes" (Art. 45, inc. 1o.); pero "Los que suscriben el contrato social responden solidariamente respecto de terceros por la parte del capital que no se pague íntegramente en dinero efectivo y por el valor atri-

buido a los bienes aportados en especie" (Art. 106, inc. 3o.).

La posición del socio de la limitada es igual a la del comanditario y del anónimo, si todos ya han desembolsado totalmente los aportes prometidos. En este caso cesa toda responsabilidad para con la sociedad y por las deudas sociales, porque su obligación no se extiende a más; pero si esas tres especies de socios están en descubierto, entonces la cosa cambia: a) Respecto al comanditario específicamente nos ocupamos de esa cuestión, e indirectamente también del socio de la anónima, en el Título III del punto "Responsabilidad de la Sociedad y de los socios por las Deudas Sociales", del apartado "RELACIONES JURIDICAS EXTERNAS"; b) El riesgo del socio de la limitada es, en cambio, mayor, cuando su aporte consiste en dinero efectivo y no lo ha pagado íntegramente o a los bienes aportados se los ha dado un valor excesivo, pues no solamente responde por la parte no cubierta de su participación social, sino solidariamente frente a terceros por la fracción total del capital que esté pendiente de pago, por no haberla cubierto los demás socios.

En lo referente a las acciones de la compañía contra los socios para que completen los aportes prometidos, debe estarse a lo dispuesto en el Art. 135 del proyecto, según se prescribe en el Art. 125.

Si por falta de quórum no se constituye la junta general, el referido Art. 119 autoriza para una segunda convocatoria, con un intervalo de dos días, "y la asamblea funcionará válidamente cualquiera que sea el número de los concurrentes".

Para adoptar una resolución válida es necesaria la mayoría de votos de la asamblea legalmente instalada, salvo si se trata de modificar la escritura social, en que se requiere, por lo menos, el voto de las tres cuartas partes del capital social. Si la modificación afecta los fines de la compañía o aumenta las obligaciones de los socios, se precisa de la votación unánime de todos los miembros de la sociedad (Art. 121).

De los acuerdos de las juntas generales de socios se levantan actas que se asientan en un libro destinado al efecto (Art. 40 del proyecto).

ADMINISTRACION. La gestión de la sociedad de responsabilidad limitada se confía a uno o más gerentes, designados temporalmente o por tiempo indefinido. Los gerentes pueden ser socios o extraños. La separación de los mismos se sujeta a las reglas que el proyecto de Código de Comercio, señala para la separación de los administradores de la sociedad colectiva. (Art. 114, incs. 1o. y 2o.).

Si no se designan gerentes, la administración corresponde a todos los socios (Art. 114, inc. 3o.).

La forma en que los gerentes toman sus resoluciones, si son varios, la regula el Art. 115.

Todos los administradores tienen el uso de la firma social, a menos que en la escritura social se reserve a uno o a varios de ellos (Art. 84 en relación con el Art. 125). Consecuentemente, los gerentes tienen la representación de la sociedad de responsabilidad limitada.

En vista de ello, a los administradores les cabe responsabilidad por los actos o contratos ejecutados con motivo de su gestión, a menos que no hayan intervenido en ellos o hayan votado en contra.

Respecto a esa responsabilidad, los incisos 2o. y 3o. del Art. 116, dicen:

333

"La acción de responsabilidad contra los gerentes en interés de la sociedad, para el reintegro del patrimonio social, pertenece a la junta general y a los socios individualmente considerados. La acción de responsabilidad contra los administradores pertenece también a los acreedores sociales. En caso de quiebra de la sociedad, la ejercerá además el síndico".

CONSEJO DE VIGILANCIA. La creación del consejo de vigilancia no es obligatoria. Si la escritura dispone la creación de ese consejo, corresponde a la asamblea general elegir a los miembros que lo integran, pudiendo recaer la elección en socios o extraños. (Art. 122, inc. lo.).

El nombramiento de un auditor que fiscalice las operaciones de la compañía y certifique los estados contables de la misma, sí es obligatorio (Art. 122, inc. 2o.). Los requisitos para ser auditor y sus atribuciones, se especifican, respectivamente, en los Arts. 290 y 292 del proyecto de Código de Comercio.

RESERVA LEGAL. El proyecto de Código de Comercio exige a todas las sociedades la formación de la reserva legal (Art. 39, inc. lo.). Para la sociedad de responsabilidad limitada fija, como límite mínimo, la quinta parte de su capital social, y se constituye con el siete por ciento de las utilidades netas anuales (Art. 123). "Las dos terceras partes de las cantidades que aparezcan en la reserva legal deberán tenerse disponibles o invertirse en valores mercantiles salvadoreños de fácil realización; la otra parte podrá invertirse de acuerdo con la finalidad de la sociedad" (Art. 124).

Si por cualquier motivo la reserva legal se disminuye, deberá ser reintegrada (Art. 39, inc. 2o.).

Recae sobre los administradores la obligación de mantener la integridad de la reserva legal, y se les hace responder solidariamente por su incumplimiento. Se concede acción a los socios, a los acreedores sociales y al Ministerio público para exigir a los administradores el exacto cumplimiento de su obligación (Art. 39, inc. 3o.).

No nos queda más por agregar que el Art. 125 declara aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada, algunas disposiciones relativas a las sociedades de personas y de capitales en general, y a las sociedades colectiva y anónima, en particular.

BIBLIOGRAFIA

JOAQUIN RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Trat. Soc. Merc., cit (Tomo II):

(1) Pág. 342 -- (7) Pág. 339 -- (8) Pág. 340 -- (12) Pág. 337

ANTONIO BRUNETTI, ob cit. (Tomo III):

(2) Pág. 35 -- (3) Pág. 58 -- (5) Pág. 57 -- (10) Pág. 57

ARTURO DAVIS, ob. cit.:

(4) Pág. 323

KARL HEINSHEIMER, ob. cit.:

(6) Pág. 178

ALFREDO BARROS ERRAZURIZ, ob. cit. (Volumen III):

(9) Pág. 299

CODIGO DE COMERCIO EN PROYECTO

BIBLIOGRAFIA GENERALINDICE DE AUTORES, POR ORDEN ALFABETICO

ALESSANDRI R. y MANUEL SOMARRIVA U., ARTURO

a) Curso de Derecho Civil (TOMO III), De las Obligaciones, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1941

b) Derecho Civil -Fuentes de las Obligaciones (TOMO IV), Editorial Nascimento, Chile, 1942

BARCIA, ROQUE

Sinónimos Castellanos, Editorial Sopena, Argentina, S. R. L., 1948

BARROS ERRAZURIZ, ALFREDO

Curso de Derecho Civil - De los Contratos y demás Fuentes de las Oblig. (VOLUMEN III), Editorial Nascimento, Chile, 1932

BATARDON, LEON

Tratado Práctico de Sociedades Mercantiles, Editorial Labor, S. A., 1951

BRUNETTI, ANTONIO

Tratado del Derecho de las Sociedades, (TOMO I y II -1960- y III -1961-), UTEHA, Buenos Aires.

CLARO SOLAR, LUIS

Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado (TOMO XII) "De las Obligaciones III", Santiago, Chile, 1939

DAVIS, ARTURO

Sociedades Civiles y Comerciales, Carlos E. Gibbs, A. -Editor, Santiago, Chile, 1963

DE LA CUEVA, MARIO

Derecho Mexicano del Trabajo (TOMOS I y II), Editorial Porrúa, S. A. México, 1954

DEL VECCHIO, GIORGIO

Filosofía del Derecho, 8a. Edic. Española, Bosch, Casa Editorial Urgel, Barcelona, 1963

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO

Introducción al Estudio del Derecho, 4a. Edic., Editorial Porrúa, S. A., México, 1951

GARCIA OVIEDO, CARLOS

Derecho Administrativo (Sexta Edición), E. I. S. A. Pizarro, Madrid, 1957

GARO, FRANCISCO J.

Derecho Comercial, Parte General, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1955

GARRIGUES, JOAQUIN

Curso de Derecho Mercantil (TOMO I), Madrid, 1955

GELLA, AGUSTIN VICENTE Y

Introducción al Derecho Mercantil Comparado, 2a. Edición, Editora Nacional, S. A. México, D. F., 1951

GROPALI, ALESSANDRO

Doctrina General del Estado, Traducción de Alberto Vásquez del Mercado, Porrúa Hnos. y Cía., Distribuidora, México, D. F., 1944

GUELPERIN Y NENSON LODI, ERNESTO

Sociedades Comerciales, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958

HEINSHEIMER, KARL

Derecho Mercantil, 3a. Edic. Editorial Labor, S. A. Barcelona, España 1933

LANGLE Y RUBIO, EMILIO

Manual de Derecho Mercantil Español (TOMO I), Bosch -Casa Editorial, Barcelona, 1950

LARA VELADO, ROBERTO

Introducción al Est. del Derecho Mercantil, Rev. de Derecho, semestre julio-diciembre de 1955, San Salvador

MALAGARRIGA, CARLOS C.

Tratado Elemental de Derecho Comercial (TOMO I), Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1951

MANCERA HERMANOS

Terminología del Contador, Sexta Edición, Editorial Cultura, T. G. S. A., México, D. F. 1955.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA

^{Civil}
Comentarios al Código/Español (TOMOS VII -Volumen II-, y XI), Quinta Edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950

MARTINEZ ESCOBAR, MANUEL

Sociedades Civiles y Mercantiles, Cultural S. A., La Habana, 1949

MIRANDA, ADOLFO OSCAR

Publicaciones de la Asociación de Estudiantes de Derecho, San Salvador, 1962

PESCIO V., VICTORIO

De las Personas, de los Bienes y de la Propiedad (TOMO III), Santiago, Chile, 1950, Editorial Jurídica de Chile (Manuales Jurídicos No. 22)

PETIT, EUGENE

Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, S. A. México, D. F. 1952

RECASENS SICHES, LUIS

Vida Humana, Sociedad y Derecho, Fundamentación de la Filosofía del Derecho, 3a. Edic., Editorial Porrúa, S. A., México, 1952

ROCCO, ALFREDO

Principios de Derecho Mercantil, Parte General, Editora Nacional, S.A. México, D.F., 1947

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN

- a) Tratado de Sociedades Mercantiles (TOMOS I y II), Editorial Porrúa, S.A. México, 1959
- b) Curso de Derecho Mercantil, (TOMO I), 4a. Edic., Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1960

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL

- a) Derecho Civil Mexicano (TOMO IV), Contratos, Volumen II, 1956
- b) Derecho Civil Mexicano (Tomo Quinto -Obligaciones- Volumen I), Segunda Edición, Antigua Librería Robredo, México 1, D.F. 1960

SATANOWSKY, MARCOS

Estudio de Derecho Comercial, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1950

SAYAGUES LASO, ENRIQUE

Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Bianchi Altuna, Montevideo, 1953

OTRAS OBRAS, PUBLICACIONES, LEYES, ETC.

Enciclopedia Cultural UTHEA, (TOMO 5, México 1957; TOMO 14, México 1958)

Diccionario Enciclopédico UTHEA, (TOMOS I y VIII), México, 1953

Diccionario de Derecho Privado (TOMO II -G-Z-), Editorial Labor, S.A. Talleres Gráficos Ibero-Americanos, S.A., 1954

Diccionario de la Lengua Española, Decimoctava Edición, 1956

Revista del Ministerio de Justicia, Año II, No. 4, enero-Dic., 1953

Gaceta de Jurisprudencia de Trabajo, Segundo Semestre, 1954

Plan de la Nación para el desarrollo Económico y Social (1965-1969), El Salvador

CODIGOS: Civil, de Comercio, Penal, de Trabajo, de Procedimientos Civiles y de Instrucción Criminal de El Salvador; Código de Comercio de Honduras; Código Bustamante (Convención sobre Derecho Internacional Privado), Publ. del Ministerio de RR. EE.

Proyecto de Código de Comercio, Publ. del Ministerio de Justicia, San Salvador, 1959.

LEYES: de Notariado, de Papel Sellado y Timbres, de Impuesto sobre la Renta, de Vialidad, de Impuesto sobre Donaciones, de Adopción, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva de El Salvador.

Reglamento Interior del Poder Ejecutivo.

INDICE

TITULO I

ANALISIS SOMERO DE LAS SOCIEDADES EN GENERAL

CAPITULO I

	Pág.
A) ANTECEDENTES HISTORICCS.....	1
B) DISTINCION ENTRE ASOCIACION Y SOCIEDAD	11
C) CCNCEPTC DE SOCIEDAD	14

CAPITULO II

A) CRIGEN CONTRACTUAL DE LA SOCIEDAD EN SU FASE CONSULTIVA. OPINIONES EN CONTRA.....	17
B) ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD	24

CAPITULO III

A) DE LOS SOCIOS. SU CONDICION JURIDICA.....	29
B) DE LOS APORTES. CLASES.....	32
I. - Qué puede aportarse	33
II. - A qué titulo se aporta	37
III. - Efectos de la falta de aportación.....	42
C) PARTICIPACION EN LOS BENEFICKS.....	45

CAPITULO IV

A) EFECTOS DE LA INSCRIPCION DE LA SOCIEDAD MERCANTIL EN EL REGISTRO DE COMERCIO.....	53
Concepto y contenido de la institución.....	54
Fines de la publicidad.....	55
Documentos que deben inscribirse.....	56
Publicidad formal y publicidad material.....	57
Eficacia declarativa, constitutiva y sanatoria de la Inscripción.....	58
Organización y funcionamiento del Reg. Merc.....	59
Requisitos previos a la inscripción.....	60
La fe pública y la inscripción	63
Efectos de la inscripción de las sociedades mercantiles.....	63
B) CALIDAD DE COMERCIANTE DE LA COMPAÑIA MERCANTIL	68

C) SON COMERCIANTES LOS SOCIOS	76
Socios de la Compañía colectiva.....	76
Socios de la comanditaria.....	81
Socios de la anónima.....	81

CAPITULO V

DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS SOCIEDADES, CONTRVERSAS

PRIMERA PARTE.....	84
PERSONAS FISICAS O NATURALES.....	85
PERSONAS COLECTIVAS O JURIDICAS.....	86
Teoría de la Ficción.....	87
Teoría de la Equiparación.....	90
Teoría del Patrimonio de Afectación.....	90
Teoría Orgánica o Realista.....	92
Teoría del Reconocimiento.....	95
Tesis de Luis Recaséns Siches.....	98
Tesis de Giorgio del Vecchio.....	99
SEGUNDA PARTE.....	104
Adquisición de la Personalidad.....	104

CAPITULO VI

CLASIFICACION DE LAS SOCIEDADES

A) CIVILES Y MERCANTILES.....	110
B) COLECTIVAS, EN COMANDITA SIMPLE, EN COMANDITA POR ACCIONES, ANONIMAS, DE ECONOMIA MIXTA, DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y COOPERATIVAS.....	110
C) DE PERSONAS Y DE CAPITALES.....	119
D) DE CAPITAL FIJO Y DE CAPITAL VARIABLE.....	121
E) SIMPLES Y COMPUESTAS.....	123
F) POR CUOTAS Y POR ACCIONES.....	124
G) UNIVERSALES Y PARTICULARES.....	124
H) LAS LLAMADAS SOCIEDADES DE CUENTAS EN PARTICIPACION Y DE APARCERIA.....	126

TITULO II

LA SOCIEDAD COLECTIVA MERCANTIL, CON REFERENCIAS A SU CORRELATIVA CIVIL EN EL DERECHO SALVADOREÑO

CAPITULO I

A) INTRODUCCION.....	131
B) REGULACION DUAL: CIVIL Y MERCANTIL, OPINIONES EN FAVOR Y EN CONTRA.....	134

CAPITULO II

REQUISITOS LEGALES PARA LA CONSTITUCION
DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

A) ESCRITURA PUBLICA. CONTENIDO.....	136
B) INSCRIPCION EN EL REGISTRO DE COMERCIO.....	145

CAPITULO III

A) SOCIEDADES NULAS.....	149
<u>Inexistencia Juridica</u>	150
<u>Nulidad Absoluta</u>	156
El Objeto.....	157
La Causa.....	162
Requisitos o formalidades de los Actos o Contratos.....	176
Capacidad.....	171
<u>Nulidad Relativa</u>	172
El error.....	173
La Fuerza.....	175
El Dolo.....	175
Actos de los Relativamente Incapaces.....	176
Formalidades Habilitantes.....	176
B) SOCIEDADES IRREGULARES.....	180
Sociedades de Hecho.....	180
Sociedades Imperfectas.....	182
Sociedades Irregulares.....	182
Naturaleza Jurídica de las Sociedades Irregulares.....	184
C) SANCIONES.....	187

CAPITULO IV

DE LA RAZON O FIRMA SOCIAL ✓

A) CONCEPTO LEGAL.....	193
B) IMPORTANCIA DE LA RAZON SOCIAL.....	198
C) CONSECUENCIAS DE LA INCLUSION DE PERSONAS EXTRAÑAS EN LA RAZON SOCIAL.....	199

CAPITULO V

RELACIONES JURIDICAS INTERNAS

A) APORTACION DE LOS SOCIOS.....	202
B) DISTRIBUCION DE GANANCIAS Y PERDIDAS.....	206
C) RESARCIMIENTO DE GASTOS E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS..	209

D) PROHIBICION DE CONCURRENCIA.....	212
E) DERECHO DE INFORMACION.....	216
F) GESTION DE LA SOCIEDAD.....	218
Designación de los Administradores.....	221
Silencio en el Nombramiento de los Administradores.....	224
Atribuciones de los Administradores.....	224
Límites Impuestos a los Administradores.....	225
Derecho de Oposición.....	226
Remuneración de los Administradores.....	228
Obligación de Rendir Cuentas.....	229
Intransmisibilidad de la Facultad de Administrar.....	229
Prohibición de Hacerse Sustituir en la Administración.....	230

CAPITULO VI

RELACIONES JURIDICAS EXTERNAS

A) REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD.....	231
La Representación en General. Clases.....	233
Requisitos de la Representación.....	234
Representación y Mandato.....	235
Quiénes Representan a las Sociedades Colectivas.....	238
1o.) Extensión de la Representación.....	239
2o.) Abuso de la Firma Social.....	242
3o.) Responsabilidad de la Sociedad por los Actos Dañosos del Socio.....	244
B) RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS POR LAS DEUDAS SOCIALES.....	244

CAPITULO VII

DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LAS SOCIEDADES COLECTIVAS

A) CAUSALES DE DISOLUCION DE LA SOCIEDAD COLECTIVA.....	263
B) NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADORES.....	271
C) PARTICION DEL HABER SOCIAL.....	275

TITULO III

LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE MERCANTIL, CON BREVES REFERENCIAS A SU CORRELATIVA CIVIL, EN EL DERECHO SALVADOREÑO

INTRODUCCION.....	287
-------------------	-----

	Pág.
A) REQUISITOS LEGALES PARA SU CCNSTITUCION.....	289
B) DE LA RAZON SCIAL.....	292
C) DE LAS CLASES DE SOCIOS.....	294
D) RELACIONES JURIDICAS INTERNAS.....	295
a) Aportación.....	295
b) Distribución de Ganancias y Pérdidas.....	297
c) Prohibición de Concurrencia.....	300
d) Derecho de Información.....	300
e) Gestión de la Sociedad.....	301
E) RELACIONES JURIDICAS EXTERNAS.....	305
F) RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD Y DE LOS SOCIOS POR LAS DEUDAS SOCIALES.....	307

TITULO IV

DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Sociedad de Responsabilidad Limitada.....	315
NOMBRE.....	315
DEFINICION.....	316
UBICACION.....	317
CCNSTITUCION.....	318
CAPITAL SOCIAL.....	319
LOS SOCIOS.....	320
LIBRO DE REGISTRC DE SOCIOS.....	321
RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS.....	321
ADMINISTRACION.....	322
CONSEJO DE VIGILANCIA.....	323
RESERVA LEGAL.....	323