

COMENTARIOS

Dos son los casos en que puede hallarse el acreedor moroso por razón de la obligación que tuviere contraída, y la Ley, más expresiva que el Código de 1829, las determina señaladamente.

El acreedor que no usa de su derecho contra el deudor moroso en los términos que expresa, no puede hacer ningún cargo á éste ni exigir ninguna indemnización por razón de su morosidad, sino desde el día en que se le interpele judicialmente ó se le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él en la forma que pide la legislación vigente.

Si el deudor es moroso y el acreedor calla, es prueba de que consiente tácitamente en dicha morosidad, y por lo mismo sería ridículo que hiciera un cargo al deudor de aquello mismo que él ha aprobado y consentido con su silencio.

Las obligaciones mercantiles se extinguen por las disposiciones especiales que se determinan en este Código, y además por las del derecho común, y son éstas:

- 1ª Por la paga ó solución.
- 2ª Por la novación.
- 3ª Por la remisión voluntaria ó condonación.
- 4ª Por la compensación.
- 5ª Por la confusión ó consolidación.
- 6ª Por la pérdida de la cosa.
- 7ª Por la nulidad y la rescisión.
- 8ª Por el juramento decisorio.
- 9ª Por el mutuo consentimiento.
10. Por la prescripción.

Artículo 86

Las obligaciones mercantiles habrán de cumplirse en el lugar determinado en el contrato, ó en caso contrario en aquel que, según la naturaleza del negocio ó la intención de las partes, deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas ó arbitrio judicial.

Artículo 87

Si en el contrato no se determinaren con toda precisión la especie y calidad de las mercancías que han de entregarse, no podrá exigirse al deudor otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad medias. (Mex., 38; alem., 278, 324 y 335.)

Cód. de Com. esp., art. 57.—*Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias al sentido recto, propio y usual de las palabras dichas ó escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.*

Artículo 88

En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato ó la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra. (Mex. 350; chil., 206; arg., 189 y 333; alem., 284.)

Cod. de Com. esp., art. 56.—*En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho, ó la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, á no mediar pacto en contrario.*

COMENTARIOS

Casi copiado á la letra, pero idéntico en el fondo, es este artículo del 245 del Código anterior; en uno y otro Código, la pena se fija como indemnización de los perjuicios que se ocasionan por la falta de cumplimiento del contrato; por ello el que usa de esta acción, (la multa ó indemnización) no puede pedir el cumplimiento de la obligación; porque satisfecha la pena convenida, no hay lugar á exigir el cumplimiento del contrato, siempre que en éste no se hubiere convenido expresamente lo contrario; en cuyo caso el perjudicado podrá exigir por los medios de Derecho una y otra cosa.

TITULO SEGUNDO

DE LAS SOCIEDADES DE COMERCIO

CAPITULO I

De las diferentes clases de sociedades mercantiles

Artículo 89

La ley reconoce cinco formas ó especies de sociedades mercantiles:

- I. La sociedad en nombre colectivo;
- II. La sociedad en comandita simple;
- III. La sociedad anónima;
- IV. La sociedad en comandita por acciones;
- V. La sociedad cooperativa. — (Mex. 352 á 355; chil., 348; arg., 282, 301, 313, 322, 392 y 395; guat., 233; Ley, fr. de 24 de Julio de 1874, 22 y 66; fr. 19, 20, 23, 29 y 30; Ley belga de 18 de Mayo de 1873, 2, 15, 18, 26, 71, 85 y 86; alem., 85, 150 y 207; ital., 76, 233 y sig.; bel., 14, 16, 19 y 36; port. 105, 207 y sig. — (Véanse las Concorancias y Comentarios del artículo que sigue.)

Cod. de Com. esp., art. 122.—*Por regla general, las compañías mercantiles se constituirán adoptando alguna de las siguientes formas:*

1ª *La regular colectiva, en que todos los socios en nombre colectivo y bajo una razón social, se comprometen á participar, en la proporción que establezcan, de los mismos derechos y obligaciones.*

2ª *La comanditaria, en que uno ó varios sujetos aportan capital determinado al fondo común, para estar á las resultas de las operaciones sociales dirigidas exclusivamente por otros con nombre colectivo.*

3ª *La anónima, en que formando el fondo común los asociados por partes ó porciones ciertas, figuradas por acciones ó de otra manera indubitada, encargan su manejo á mandatarios ó administradores amovibles que representen á la compañía bajo una denominación apropiada al objeto ó empresa á que destine sus fondos.*

COMENTARIOS

Las tres formas que, por regla general, han de afectar las Sociedades mercantiles, merecen un detenido estudio que realizaremos en las secciones correspondientes á cada una de ellas, limitándonos ahora á fijar el concepto de cada una de estas compañías, en el cual van las diferencias que las separan.

La compañía regular colectiva obliga á todos los asociados personal y solidariamente; la comanditaria lleva en sí dos clases de asociados, los comanditarios que no tienen más obligación que la de aportar el capital convenido para las operaciones mercantiles, y los colectivos con las obligaciones de su clase; y la anónima, en la cual ningún asociado contrae obligaciones solidarias ni puede ser obligado por ningún concepto, limitándose su compromiso á la parte que

tomó en la asociación por medio de acciones trasferibles á su voluntad y que puede de igual modo abandonar perdiendo todo su derecho en ellas.

En la compañía regular colectiva la acción de los acreedores puede dirigirse contra uno sólo ó contra todos los socios por la totalidad del crédito, que dando éste ó éstos obligados á la satisfacción del mismo. En la comanditaria los socios colectivos tienen y contraen la misma obligación personal solidaria, y los comanditarios, cuando no han perdido su carácter de tales, no tienen otra obligación que no sea la contraída en su forma y totalidad, y en cuanto á la parte que individualmente deban como tales comanditarios. Y en las Sociedades anónimas las obligaciones se limitan al número de acciones adquiridas para el pago de sus dividendos, sin que den en juicio derecho alguno á la Sociedad que sólo tiene el de anularlas cuando el socio deja de cumplir sus pagos, y los acreedores tienen el de dirigirse contra el haber social con independencia de las personas y bienes de los socios que nada vienen obligados.

Tal es el concepto legal y doctrinal de las compañías en conjunto.

Cód. de Com. esp., art. 123.—*Por la índole de sus operaciones podrán ser las compañías mercantiles:*
Sociedades de crédito.
Bancos de emisión y descuento.
Compañías de crédito territorial.
Compañías de minas.
Bancos agrícolas.
Concesionarias de ferrocarriles, tranvías y obras públicas.
De almacenes generales de depósito.
Y de otras especies, siempre que sus pactos sean lícitos, y su fin la industria ó el comercio.

Cod. de Com. esp., art. 124.—*Las compañías mutuas de seguros contra incendios, de combinaciones tontinas sobre la vida para auxilios á la vejez y de cualquiera otra clase, y las cooperativas de producción, de crédito ó de consumo sólo se considerarán mercantiles y quedarán sujetas á las disposiciones de este Código, cuando se dedicaren á actos de comercio extraños á la mutualidad, ó se convirtieren en sociedades á prima fija.*

COMENTARIOS

Explicado anteriormente el concepto del comercio y el de las Sociedades mercantiles, éstas podrán adoptar las formas designadas y todas las que puedan presentarse en lo sucesivo siempre que constituyan su fin la industria y el comercio.

Es evidente que aun dentro del concepto que tenemos de lo mercantil, pueden sugerir dudas sobre su amplitud, por consiguiente, sobre la justificación del art. 124.

Toda asociación, sea la índole que sea, revista el carácter que revista, lleve en sí una idea de lucro que no puede desconocerse lógicamente. Los hombres no se asocian para perder ni para no ganar, y en todas sus reuniones predomina el carácter individual de su interés, excusándose y protegiéndose con el interés de los demás.

Las compañías mútuas cooperativas, etc., no son verdaderas Sociedades mercantiles, no precisamente porque no haya idea de lucro, porque hay tal idea en todas ellas, y las asociaciones nacen ó para aminorar un daño, lo que siempre es un lucro para el que lo experimenta, ó para realizar una economía, lo que también es un lucro para el que la obtiene, si no porque no hay fondo mercantil y de empresa en esos pensamientos encerrados en un molde estrechísimo de egoísmo personal, sin las aspiraciones constantes del que no deja de caminar en busca del beneficio realizable superior al cálculo del momento.

En este sentido, pues, y dentro de la definición del ilustre catedrático italiano, se comprende que estas Sociedades no sean propiamente dichas civiles ni mercantiles, sino una especialidad social constituyendo una obligación, un contrato análogo al de la Sociedad, en el cual no se contratan beneficios probables, ni se reparten por tanto, y si sólo se prorratan beneficios y daños, sin ánimo de especulación, sin idea de empresa, de lucro ni de ganancia mercantil.

Sólo perdiendo el carácter de mutualidad, es decir, dejando de formarse para el reparto proporcional de los daños causados por siniestros ó de las ventajas concedidas en la misma forma, ó convirtiéndose en Sociedades á prima fija, es como pueden alcanzar el carácter mercantil que terminantemente se les niega con sobrado fundamento.

Hablando del carácter mercantil dice el Sr. Alonso Martínez en la exposición de motivos que precedía á su proyecto de Código de Comercio de 1882, que «no ha atribuido este carácter á las asociaciones mutuas porque falta en ellas el espíritu de especulación, que es incompatible con la naturaleza de estas Sociedades, ni á las cooperativas, porque obedecen ante todo á la tendencia manifestada en las poblaciones fabriles de nuestro país, y principalmente en las de Alemania, Inglaterra y Francia, de asociarse los obreros con el único objeto de mejorar la condición de cada uno, facilitándoles los medios de trabajar, de dar salida á sus productos ó de obtener con baratura los artículos necesarios para su subsistencia. Y como no es el afán de lucro el que impulsa lo que se ha dado en llamar *movimiento cooperativo*, no pueden tampoco reputarse como mercantiles estas Sociedades, mientras no resulte claramente de sus estatutos ó del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación.»

En todo caso si adquirieran la condición mercantil por los medios que pueden adquirirse perdiendo el carácter de mutualidad, siempre tienen estas Sociedades el amparo de la legislación general para entrar en la armonía del Código de Comercio.

Artículo 90.

Toda sociedad comercial constituye una personalidad jurídica distinta de la de los asociados.—(Mex. 358 y 359; chil., 421; Ley belga de 18 de Mayo de 1873, 1 y 2; alem., 174 y 208; ital., 76, 77 y 82; port. 108.)

Cód. de Com. esp., art. 116.—*El contrato de compañía, por la cual dos ó más personas se obligan á poner en fondo común bienes, industria ó alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo á las disposiciones de este Código.*

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.

COMENTARIOS

Aparece en este artículo la división legal de las Sociedades ó Compañías en civiles y mercantiles, regidas aquellas por la ley general y éstas por la especial, que es asunto del Código de Comercio.

Antes de analizar con el debido detenimiento el artículo anterior, debemos hacer una salvedad esencialísima, á fin de que no se nos tache de confusos y contradictorios en materias que, como la presente, constituyen una dificultad insuperable.

Desconocido el fundamento científico de los actos mercantiles, claro está que las disposiciones que de ellos arranquen, han de ser forzosamente caprichosas, bien obedezcan á la necesidad ó bien al gusto y simpatías del legislador. Enfrente de la razón científica, y en oposición con ella, se califican de mercantiles las Sociedades cuando su importancia, su movilidad y su continuo desarrollo rompen los límites trazados por la legislación común.

Los medios prácticos realizan lo que no pueden alcanzar los científicos. Medio práctico es, sin duda, la división aceptada tan caprichosamente, y por él alcanzan las Sociedades mayores espacios del que pueden tener en las Partidas y en la Novísima Recopilación.

Las Compañías son, pues, mercantiles cuando se constituyen con arreglo á las disposiciones del Código.

El Código, y solamente el Código, da el carácter y determina la condición de la Sociedad ó Compañía. ¿Cabe mayor ausencia de concepto fundamental?

La idea de lucro no es ni puede ser carácter peculiar y propio de las Sociedades mercantiles, porque toda Sociedad ó Compañía lleva en sí la idea del beneficio que la misma puede reportar, y así mismo puede observarse en el concepto de la legislación común que dejamos apuntado, y en el buen sentido y manera recta de ser de las cosas, que no pueden admitir la idea de la asociación sin que el lucro constituya su resultado en definitiva.

El carácter, pues, de las Sociedades mercantiles, se halla en la forma especial de su constitución, ajustada en un todo á las reglas y preceptos establecidos por la legislación comercial sancionada en el Código vigente.

Tres son los requisitos de Compañía mercantil, con arreglo al artículo 116: 1.º La obligación de cada uno de los asociados de aportar al fondo común sus bienes y su industria, ó alguna de estas cosas; 2.º La idea del lucro, como consecuencia de la asociación; 3.º La constitución social, con arreglo á las disposiciones del Código de Comercio.

Reuniéndose estos tres requisitos queda constituida la Sociedad mercantil con personalidad jurídica propia, como persona colectiva é independiente y ajena á la individualidad de cada uno de los asociados: así se determina y sanciona en el segundo párrafo del artículo.

Los requisitos 1.º y 2.º son generales á todas las Compañías; el 3.º, como hemos dicho, es el que tiene la fuerza modificadora, dando carácter y condición á la Sociedad que se constituya, sea de la clase que sea.

Científicamente se amolda al concepto de la ley la definición de Vidari, que, considerando como género el contrato de Sociedad común, introduce el concepto del ejercicio de una industria mercantil, especificando la naturaleza propia del objeto social, y dice que *la Sociedad comercial es un contrato por el cual dos ó más personas singulares ó colectivas, poniendo alguna cosa en común, se proponen en conjunto ejercitar el comercio, y dividir, también comunmente, las ganancias que se produzcan.*

El mismo autor dice que por naturaleza son las Sociedades comerciales contratos consensuales, bilaterales y onerosos. Consensuales, porque se perfeccionan por el consentimiento de las partes, sin que ésto quiera significar que el consentimiento no sea un requisito esencial de todos los contratos. Así como en los reales es la tradición de la cosa el signo de su perfeccionamiento, y claro está que la tradición no existe si no la realiza la voluntad libre del contratante; así, en los contratos consensuales, en que no se realizan cosas que pueden transmitirse del mismo modo, ni se trata de transacciones del momento, ni de cosas fijadas y determinadas que puedan especificarse, y ser, por consiguiente, objeto de apreciación, basta el sólo consentimiento, la voluntad manifiesta y libre de ejecutar ó de contraer una obligación lícita. Pero, aunque los contratos obligan de cualquiera manera que se contraigan las obligaciones, ateniéndose el legislador á lo que la voluntad de los contratantes quiere que sea, el consentimiento que goza de la libre manifestación en todos los actos y momentos de la vida, no es, en cuanto al contrato de Sociedad mercantil verbal ó escrito, público ó privado, sino que forzosamente ha de manifestarse con la solemnidad de una escritura pública (art. 119) sujeta á la condición precisa y obligatoria (art. 17) de la inscripción en el Registro mercantil.

Es bilateral el contrato, porque los vínculos jurídicos que unen á los socios son colectivos y recíprocos, quedando obligados los unos hacia los otros en el cumplimiento de los deberes contraídos respectivamente; y es oneroso, porque habiendo aportado los socios al fondo común bienes ó industria, se proponen realizar un beneficio proporcionado, *por lo menos*, dice Vidari, pues la medida del lucro se toma por la especulación mercantil que tanto depende de la habilidad de los administradores, de la cualidad de las operaciones, de las condiciones del mercado y de la suerte misma.

Algunos autores sostienen también que el contrato de Sociedad mercantil tiene el carácter de aleatorio.

A nuestro modo de ver no se justifica este carácter en lo que constituye las Sociedades mercantiles: el contrato de Sociedad es á título oneroso y sinalagmático, sin que ofrezca interés científico, ni mucho menos práctico, la cuestión de si estos contratos tienen carácter conmutativo ó aleatorio, en cuyo sentido se hallan conformes, entre otros, Vidari, Boistel, Lyon-Caen y Renault.

Considerándolo bajo el punto de vista de Moliner y Bravard, difícilmente se encontrará contrato que no reúna los caracteres de conmutativo y aleatorio. ¿Puede, por ventura, contratarse lícitamente sin *do ut des, do ut fatias, fatio ut fatias ó fatio ut des*? ¿Qué contrato hay que no lleve en sí alguno de estos requisitos? Todos los contratos, pues, sean sus condiciones afirmativas ó negativas, consistan en ejecutar ó en no hacer, son contratos conmutativos.

Por otra parte, en las condiciones de la vida á que está el hombre sujeto, ¿qué cosa existe que no dependa de la eventualidad? Pero prescindiendo de esta fatalidad y no encerrándonos en el sentido estrecho de las palabras, sino en su valor amplio y jurídico, no cabe dar como aleatorio el contrato de Sociedad mercantil, porque, como sostienen los autores cuya autoridad hemos citado, en los contratos aleatorios no son comunes á los contratantes ganancias y pérdidas, sino que son particulares del uno ó del otro, y en la Sociedad son siempre comunes, no pudiendo racionalmente servir los aumentos ó disminuciones de las cosas para calificar de aleatorios los contratos por los que las mismas se realizan.

Como, admirablemente, indica Vidari, si basta para hacer aleatorio un contrato la incertidumbre de su resultado, la compra-venta á crédito ó á plazo, es un contrato aleatorio, porque si el comprador no satisface el precio á su tiempo, el vendedor se verá privado del beneficio que esperaba realizar.

La Sociedad mercantil una vez constituida, tiene personalidad jurídica en todos sus actos y contratos, según se establece en el párrafo segundo del artículo.

La personalidad moral ó jurídica de las Sociedades de comercio, es uno de los puntos más controvertidos; por consecuencia de deducciones hechas ante los textos legales, se supone el origen de esa personalidad *cuanado menos* (Frémery, Lyon-Caen y Renault) en la Edad Media, haciéndose remontar como principio admitido hasta el Derecho romano.

La cuestión doctrinal se ha resuelto por el derecho positivo terminantemente: las Sociedades mercantiles constituyen una entidad jurídica, independiente de los socios para todos sus actos y contratos.

En tal concepto, la Sociedad como sociedad gestiona, realiza y litiga sus derechos; con su total personalidad contrata y se obliga por medio de sus legítimos representantes, mandatarios de todo el ser social, sin que sea admisible la reclamación individual por obligaciones y contratos de las Compañías. (Boistel, Vidari, Lyon-Caen, Renault, Martiñalá, Galluppi, etc.)

Los deberes y los derechos de las Sociedades son distintos de los deberes y los derechos de las personas que las componen: la Sociedad afecta á todo un pensamiento, á un conjunto de hechos superiores al individuo, á una realidad que representa multitud de fuerzas, de aptitudes y de elementos; así se observa que la llamada razón social en las colectivas y comanditarias, tiene por nombre el de todos ó el de varios y compañía, que es perfectamente distinto del de cada uno de los socios; y en las anónimas la denominación es apropiada á su objeto ó empresa, y estos mismos nombres determinan y singularizan la entidad jurídica compañía de comercio, diferente de la persona jurídica individual de cada uno de los socios. Asimismo la Sociedad tiene un domicilio propio y una manifestación pública peculiar suya, porque el Registro mercantil representa para las Sociedades lo que el Registro civil para los individuos.

Ultimamente, y como nota característica, tanto en el terreno doctrinal como en el positivo de la existencia de la personalidad jurídica de las Compañías, los acreedores de los socios no son ni se reputan acreedores de la Sociedad que no puede ser compelida á la satisfacción de tales deudas. Hasta tal punto es amplio este concepto, que los mismos acreedores de las Compañías, cuando tienen expedita su acción para ejercitarla contra ellas, encuentran un obstáculo insuperable, y no pueden realizar sus créditos si las cosas sobre que recaen son

de tal naturaleza que su pérdida pueda ocasionar el retardo ó la destrucción del fin objeto de la personalidad jurídica. (Artículos 190 y 192.)

Esta misma personalidad es un importantísimo elemento de crédito. El activo de las Sociedades constituye su patrimonio, que es la garantía de los acreedores sociales, con exclusión de los personales de los socios, gracias á la cual no es la insolvencia el fantasma aterrador de los capitales y la rémora del crédito. Tal vez, según gran número de autores, hayan servido estas consecuencias para admitir la personalidad jurídica de las Sociedades.

Por otra parte, el patrimonio de la Compañía no pertenece á ninguno de los socios, se considera perteneciente al ser moral; por él se contrata y para él, y los socios no se reputan copropietarios ni tienen acciones de ninguna clase hasta la disolución de la Compañía: justo es que así como lo que el individuo contrata en su propio nombre constituye una obligación personal contra él y contra su patrimonio, así lo que contrata una Sociedad constituye una obligación social contra la misma y contra su patrimonio, dándosele para ello, como le da el Código, la condición de personalidad jurídica, capaz de derechos y obligaciones sociales y con medios jurídicos para realizar en la esfera del derecho el propio desenvolvimiento con independencia de la responsabilidad de los asociados.

Decidiéndonos, pues, en el terreno doctrinal por lo adoptado por la ley, y estimando como contraria al crédito y á la vida y buena marcha del comercio la opinión sustentada por otras escuelas, y principalmente por tratadistas de Derecho civil, diremos con el sapientísimo Vidari que «el derecho del acreedor de la Sociedad de hacerse pagar con privilegio sobre los fondos sociales es perfectamente conforme á la justicia y á la doctrina que reconoce en las Sociedades de comercio una individualidad jurídica diversa y distinta de las personas de los socios singulares.»

Artículo 91

Las sociedades civiles, sin perder su carácter, pueden constituirse como sociedades de comercio, de conformidad con las disposiciones de este título.—(Chil., 2061 y sig.; arg., 282; ital., 229; port., 106.)

Artículo 92

La ley reconoce, además de las sociedades propiamente dichas, las asociaciones comerciales momentáneas y en participación, sin atribuirles no obstante personalidad jurídica distinta de la de los asociados.—(Mex., 356 y 357; chil., 348; arg., 395; guat., 233; fr., 47; ital., 233 y sig.; port., 224.—Véanse las Concordancias y Comentarios del artículo 89.)

CAPITULO II

De la forma de las sociedades

Artículo 93

Todo contrato de sociedad ha de constar en escritura pública: el que se estipule, entre los socios, bajo otra forma, no producirá ningún efecto legal.—(Mex., 367, 371 y 372; chil., 350, 351, 425, 474 y 491; arg., 289; guat., 237, 302, y 355; port., 49; 113 y 115. Véanse los Comentarios del artículo siguiente.)

Artículo 94

Cualquiera reforma ó ampliación que se haga en el contrato de sociedad, debe formalizarse con las mismas solemnidades prescritas para celebrarlo.—(Mex., 373; arg., 295; cod. civ. fr. 1834; Ley fr. de 24

de Julio de 1867, 1, 21 y 55; fr. 39; Ley belga de 18 de Mayo de 1873, 4, 29 á 32; alem., 110, 163, 175, 178, 209 d., 209 e, 210 a y 211; ital., 87, 90 á 96, 98, 100, 101, 123 y 129; hol., 22, 33 y 51; port., 49, 113 y 115.—Véanse las Concordancias del artículo anterior.)

Cód. de Com. esp., art. 119.—*Toda compañía de comercio, antes de dar principio á sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme á lo dispuesto en el art. 17.*

A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo á lo dispuesto en el art. 25, las escrituras adicionales que de cualquiera manera modifiquen ó alteren el contrato primitivo de la compañía.

Los socios no podrán hacer pactos reservados, sino que todos deberán constar en la escritura social.

Artículo 95

Las escrituras públicas de sociedad deberán contener para su validez:

- I. Los nombres, apellidos y domicilios de los otorgantes;
- II. La razon ó firma social, así como la denominación de la sociedad en su caso, expresando el domicilio de la sociedad;
- III. El objeto y duración de la sociedad y la manera de computar dicha duración;

IV. El capital social especificando la naturaleza, número y valor de las acciones en que se dividiere; valor é importe suscrito; si se tratare de sociedades anónimas ó en comandita por acciones, ó la manifestación de lo que cada socio lleve á la compañía, ya en industria, dinero efectivo, créditos ó efectos, con expresión del valor que se diere á unos y á otros, en todo género de sociedades;

V. Los nombres de los socios que han de tener á su cargo la dirección ó administración de la sociedad y el uso de la firma social, si se tratare de las sociedades en nombre colectivo ó en comandita simple; ó la manera conforme á la cual haya de administrarse y dirigirse la sociedad, especificando las facultades de que han de disfrutar los directores y administradores, si se tratare de otro cualquier género de sociedad;

VI. El importe del fondo de reserva en las sociedades por acciones, exceptuándose de esta obligación las sociedades cooperativas;

VII. La manera y forma de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas que correspondan á los miembros de la sociedad;

VIII. La participación que los fundadores de las sociedades anónimas y en comandita por acciones se reserven en las utilidades, y la forma en que hayan de percibirlas;

IX. Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente;

X. Las bases para practicar la liquidación de la sociedad, y la manera de proceder á la elección de los liquidadores, cuando no hubiesen sido designados anticipadamente.—(Mex., 368; chil., 352, 426, 474 y 491; arg., 291 y 292; guat., 237, 301, 302 y 355; fr., 18 y 20; Ley belg. de 18 de Mayo de 173, 1; ital., 88 y 89; alem., 90; port., 114.)

Cód. de Com. esp., art. 121.—*Las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos, y en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código.*

COMENTARIOS

Son, pues, la base fundamental de las compañías de comercio los tres principios que dejamos consignados anteriormente, sobresaliendo el de la publicidad que da mayores garantías, y abre al crédito amplio camino en que desarrollarse, sin temor á pactos desconocidos que burlen, ó cuando menos retarden, el cumplimiento de las obligaciones mercantiles.

Válidos y eficaces son todos los contratos que se celebren en la forma legal establecida; válidas y eficaces son todas las combinaciones que en la vida se presenten y sean susceptibles de contratación, entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse; pero si cabe en la manifestación individual el acto privado creando obligaciones de todo género, es de todo punto contrario á los buenos principios que una personalidad jurídica colectiva, comanditaria ó anónima no afecte en todas sus manifestaciones un marcado carácter público que, no sólo asegure la efectividad del derecho, sino su eficacia y rapidez, á fin de que no se retraigan las grandes fortunas ni se paralice la circulación de la riqueza.

Inspirado el legislador en estos principios hace obligatoria la inscripción de los contratos de compañía con todos sus pactos que sólo tendrán fuerza de obligar (bajo el aspecto mercantil) cuando se hallen consignados en las escrituras otorgadas é inscritos en debida forma.

En consecuencia lógica de lo legislado la responsabilidad en que incurren los encargados de la gestión social para con los terceros con quienes contraten en nombre de la compañía, cuando contravengan lo que afecta á la publicidad de la misma.

La ley de las compañías es la de su contrato, como fundamental de su existencia, y ajustándose en esto á los principios del derecho común, y en defecto de cláusulas y condiciones expresas que manifiesten la voluntad de los contratantes, el Código da la regla por los principios establecidos para la Sociedad de que se trate.

Artículo 96

La omisión de alguno de los requisitos prescritos en el artículo anterior, es causa de nulidad del pacto social, la que se declarará á pedimento de cualquiera de los socios.—(Mex., 375; chil., 357; arg., 296; guat., 238; fr., 39; ital., 93 y 99; port., 107.)

Artículo 97

La falta de la escritura pública, ó de los requisitos que debe contener para su validez, no podrá alegarse como excepción contra un tercero que hubiese contratado con la sociedad.—(Mex., 374; arg., 297; Ley fr. de 24 de Julio de 1867, 56.—Véanse las Concordancias del artículo precedente.)

Artículo 98

Las asociaciones momentáneas y en participación, así como las modificaciones que en ellas se introduzcan, no están sujetas en su constitución ó ninguna formalidad externa. En consecuencia, su existencia puede probarse por todos los medios de prueba que el derecho común establece.—(Véase las Concordancias y Comentarios del artículo que sigue.)

Artículo 99

Las asociaciones comerciales no están sujetas á la inscripción en el Registro público de Comercio.—(Mex. 356 y 357; chil., 108; arg., 397; guat., 372; fr., 47 á 50; Ley belga de 18 de Mayo de 1873, 3, 5, 14, 108, 109 y 110; alem., 250, 251, 253, 256, 257, 260, 265, 266, 269 y 270; ital., 233, 234, 235, 237 y 238; hol., 57 y 58; port., 228.)

Cód. de Com. esp., art. 239.—*Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos ó adversos en la proporción que determinen.*

COMENTARIOS

Pothier dice que la Sociedad anónima de cuentas en participación «es aquella por la cual dos ó más personas convienen en participar de ciertas negociaciones realizadas por una de ellas y en su nombre solo.»

El carácter esencial de estas Sociedades es, según Boistel, y así opinamos nosotros, *la ausencia de colaboración activa*, esto es, que los consocios no trabajan en el mismo asunto, ni lo explotan por sí, sino que entregan su capital, y no intervienen para ninguna otra clase de gestiones con sus personas.

El Sr. González Huebra lo define diciendo: «Es el contrato en que dos ó más comerciantes convienen en llevar parte en algún negocio que haga uno de ellos en su nombre y bajo su crédito particular, participando de sus resultados en la proporción que establezcan.»

Los Sres. Gómez de La Serna y Reus y García, decían: «Una Sociedad así constituida se llama *accidental* ó de *cuentas en participación*, porque solo tiene por objeto algunas operaciones determinadas, y por lo tanto su existencia es momentánea, pasajera.

«A esta clase de Sociedad se asimilan mucho las expediciones marítimas cuando los tripulantes navegan á la parte.»

La ley da vida á estas Sociedades con independencia de las colectivas, comanditarias y anónimas, de las que las separan profundas diferencias.

La Sociedad de cuentas en participación, no es una verdadera Sociedad; carece de la personalidad moral de las otras asociaciones, y por sus requisitos y formas, como veremos en los siguientes artículos, difiere notablemente de cuanto es, representa y constituye una verdadera asociación mercantil.

Si el carácter esencial de estas asociaciones excepcionales es *la ausencia de colaboración activa* de los asociados con el comerciante que ha de realizar el negocio, no es tampoco menos esencial el carácter secreto que revisten, sin forma ninguna de publicidad, bien traten de realizar una sola negociación, bien emprendan y abarquen varias, para lo cual se hallan terminantemente autorizadas por la ley.

Por regla general, estas asociaciones son concretas, determinadas y breves, porque su misma manifestación no se presta á especulaciones difíciles y complicadas, que puedan entrañar la precisión de ciertas formalidades.

Los copartícipes concurren con el comerciante, entregándole las cantidades convenidas, para que éste, bajo su sola responsabilidad, lleve á efecto la especulación convenida, dando á sus consocios, una vez realizado el negocio, la parte que corresponda al capital con que se interesaron.

No se trata, como hemos significado anteriormente, de una verdadera asociación, sino del interés que una persona toma en un negocio que otra ha de realizar, bien para que lo emprenda en mayor escala, bien para facilitar su pronta realización.

Considerando este acto como de Sociedad, sería la forma más simple y más imperfecta de las asociaciones; la ley misma, tratándola en título aparte, y no calificándola entre las Compañías, le da el solo carácter de un *pacto de interés* ó de un *contrato de parte proporcional* que, sin embargo, tiene alguna cosa de Sociedad, por el concurso de los partícipes que se interesan en las operaciones de los comerciantes.

Este contrato, ¿es civil ó mercantil?

La cuestión no es tan sencilla, como puede apreciarse por la simple lectura de este título. El Código da á las cuentas en participación carácter mercantil cuando los comerciantes se interesen los unos en las operaciones de los otros, pero nada dice cuando los que se interesen con los comerciantes no se dediquen al comercio ni lo practiquen habitual y ordinariamente.

Las cuentas en participación no tienen más razón de ser, como contrato mercantil, que la intervención de los comerciantes en ellas, siendo unos y otros tales comerciantes; pero (revistiendo el contrato todos los caracteres de un acto civil), cuando esto no ocurre, á nuestro modo de ver, este contrato será esencialmente civil y regulado por el derecho común, cuyos medios de prueba son los establecidos.

Cód. de Com. esp., art. 240.—*Las cuentas en participación no estarán sujetas en su formación á ninguna solemnidad, pudiendo contraerse privadamente de palabra ó por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de los medios reconocidos en derecho, conforme á lo dispuesto en el art. 51.*

COMENTARIOS

El texto de este artículo, en armonía con el carácter general que revisten las cuentas en participación, ha hecho decir á Lyon-Caen y Renault: «Quand on demande la nullité d'une société pour défaut de publicité, on est quelquefois tenté de dire que la société n'avait pas à être publiée parce qu'elle constituait une participation.»

En efecto, el medio de calificar de contrato de cuentas en participación á toda Sociedad que eludiese los principios de publicidad establecidos por la ley, sería una argucia ingeniosa, si el art. 51 no hubiese puesto el límite de 1,500 pesetas á los contratos que han de hacerse valer por los medios de prueba del derecho común.

Ciertamente, valiéndose de un documento privado cualquiera, podrían las Sociedades, al abrigo de las cuentas en participación, burlar el principio de publicidad; pero, ¿en perjuicio de quién redundaría? En el de los contratantes; y, por otra parte, ¿quién arriesgaría grandes capitales en una asociación de esta clase, sólo por no otorgar una escritura pública de Compañía? Es seguro que en tal locura no incurrirá el que tenga en alguna estima su fortuna y se halle en tranquila posesión de sus facultades intelectuales.

Esta forma de las cuentas en participación constituye una de sus más especiales particularidades. La publicidad no sólo no es requisito de estos contratos, sino que desvirtúa, sin duda ninguna, el carácter propio y especial de esta clase de relaciones mercantiles.

Así como en las Sociedades colectivas, comanditarias y anónimas es la publicidad el requisito indispensable, en éstas el carácter reservado, puramente personal, independiente de todos los actos exteriores, da el sello del contrato en que engendrándose una Compañía especial, no existe, sin embargo, persona moral que la represente, ni otro ser jurídico que el comerciante que ejecuta las gestiones del tráfico.

Cód. de Com. esp., art. 241.—*En las negociaciones de que tratan los dos artículos anteriores no se podrá adoptar una razón comercial común á todos los partícipes, ni usar de más crédito que el del comerciante que las hace y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual.*

Este artículo resuelve el problema de la personalidad moral de estas Sociedades; no tienen una existencia cierta para tercero, ni el crédito es su vida, ni sus relaciones abarcan el espacio de las Sociedades mercantiles que necesitan del capital y del nombre de los asociados. Tampoco existe en estas Sociedades un fondo social distinto del peculio personal de cada socio, y es esta una consecuencia de la falta de personalidad moral engendrada por el contrato.

La razón social indica toda una Compañía formada con las solemnidades y requisitos de la ley; representa un núcleo de fuerzas y una inmensidad de crédito, y por estas causas, las cuentas en participación, engendradas la mayor parte de las veces de la congruencia entre la pregunta y respuesta, no pueden tener razón social ninguna, ni más crédito ni representación que el comerciante que ejercita sus actos mercantiles, y que admite para ellos lo que otro le entrega, haciéndose copartícipe en los resultados.

Cód. de Com. esp., art. 242.—*Los que contraten con el comerciante que lleve el nombre de la negociación, sólo tendrán acción contra él y no contra los demás interesados, quienes tampoco la tendrán contra el tercero que contrató con el gestor, á no ser que éste les haga cesión formal de sus derechos.*

COMENTARIOS

Consecuencia de la falta de personalidad moral, es la no existencia de la Compañía responsable de los actos de sus gestores. De aquí que no se haga precisa la publicidad para estos actos.

El comerciante en estos contratos trabaja en su nombre y por cuenta propia, siendo suya y personalísima la responsabilidad que pueda desprenderse de sus actos, y en ningún caso de los demás interesados en la negociación, que no contrataron ni intervinieron para nada con su presencia, siendo de todo punto agenos á él.

El comerciante contrata, como hemos dicho, personalmente en su nombre, resultando él solo obligado con respecto á las terceras personas, y él solo acreedor y deudor según los casos.

La cesión formal, esto es, por medio de documento público, da derecho á los interesados á reclamar contra los terceros que contrataron con el gestor, de la misma manera que cualquier derecho de una persona se transmite á otra por las reglas del derecho común, y el acto es lícito, legal y firme.

El gestor es el único directamente responsable, porque es el único que ejecuta los actos del contrato, y el único que por ellos se obliga y queda afecto á las consecuencias de su compromiso.

Cód. de Com. esp., art. 243.—*La liquidación se hará por el gestor, el cual, terminadas que sean las operaciones, rendirá cuenta justificada de sus resultados.*

COMENTARIOS

Con arreglo á lo dispuesto para la liquidación de las Compañías.

La época de esta liquidación es la del término del negocio emprendido, y la parte en los beneficios ó en las pérdidas las que se haya estipulado, y en defecto de ésta, la que proporcionalmente corresponda á cada participación.

CAPITULO III

De la sociedad en nombre colectivo

Artículo 100

La sociedad en nombre colectivo es la que existe bajo una razón social, y en la cual todos los asociados están ilimitada y solidariamente obligados por las operaciones celebradas por la sociedad bajo dicha razón social,

La cláusula del contrato de sociedad que suprima la responsabilidad ilimitada y solidaria, no producirá efecto alguno con respecto á