

NOTAS CARACTERISTICAS

DE LA

"SOCIEDAD ANONIMA"



Agosto de 1937

ERNESTO ALAYZA G.



~~06~~



I N D I C EINTRODUCCIÓN.-

- | | |
|-------------------------------|--------|
| 1.- Las notas características | Pag.1. |
| 2.- Noticia histórica | " 2. |

CAPITULO I.- LA PERSONALIDAD JURIDICA

- | | |
|--|-------|
| 3.- La personalidad de la Sociedad Anónima | " 5. |
| 4.- Interpretaciones de las personas jurídicas | " 8. |
| 5.- La teoría institucional | " 12. |

CAPITULO II.- LA CORPORACION DE PERSONAS

- | | |
|--|-------|
| 6.- Contratos e instituciones | " 15. |
| 7.- La institucionalidad de la Sociedad Civil | " 19. |
| 8.- La institucionalidad de las Sociedades
Colectiva y Comanditaria | " 21. |
| 9.- La Corporación en la Sociedad Anónima | " 25. |
| 10.- A) Autonomía del organismo social | " 26. |
| 11.- B) Calidad de los órganos y de los miembros | " 29. |
| 12.- C) Separación de patrimonios | " 34. |

CAPITULO III.- EL FONDO SOCIAL

- | | |
|--|-------|
| 13.- El Fondo Social: | |
| A) Naturaleza del fondo social | " 36. |
| 14.- B) Formación del fondo social | " 40. |
| 15.- a) ¿Qué es el aporte? | " 40. |
| 16.- b) El acto jurídico del aporte | " 47. |
| 17.- C) Principales derechos de los socios | " 54. |
| 18.- a) A los beneficios | " 54. |
| 19.- b) Al activo social | " 58. |
| 20 D) La verdad del fondo social | " 62. |
| 21.- a) En la formación | " 62. |
| 22.- b) En los balances | " 67. |

CAPITULO IV.- EL FIN SOCIAL

- | | |
|----------------------------------|-------|
| 23.- Fin social y causa | " 69. |
| 24.- Fin social y objeto social | " 70. |
| 25.-Repercusiones del fin social | " 73. |

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

1.-Entre las múltiples formas de asociación en que vive el hombre para alcanzar sus diversos fines, hay todo un sector destinado a proveerlo de los medios económicos necesarios a su vida. Entre ellas, y con la denominación de sociedades, están las que realizan una finalidad lucrativa mediante el empleo de un fondo común formado por los socios. Son éstas una diferenciación de las asociaciones con fin económico, pero no una forma más perfecta necesariamente, ya que su bondad no depende de la complejidad de su estructura y elementos, sino de su eficiencia para alcanzar el fin requerido.

La Sociedad Anónima descuella entre las sociedades porque tiene formas jurídicas que le ponen en condiciones de realizar la concentración de capitales requerida por la economía actual, conservando al mismo tiempo la libertad de sus socios. Es verdad que por haberse modelado su organización principalmente en el siglo pasado, ella ha resultado empapada en el espíritu individualista y demo-liberal de la época, cuya quiebra general provoca hoy la revisión de las bases doctrinarias de la Sociedad Anónima. Pero ello no quiere decir que también suceda lo mismo con las notas esenciales en que siempre ha reposado y de las cuales provienen sus ventajas; por el contrario, preocupa actualmente a los maestros del Derecho el aprovecharlas, dándoles una nueva organización, inspirada en los ideales y concepciones también nuevas de estos tiempos.

Esas notas, que las doctrinas jurídicas actuales encuentran en la realidad de la Sociedad Anónima y que no siempre reconocen las legislaciones modernas, son las cuatro siguientes:

- 1) Personalidad jurídica;
- 2) Corporación de personas;
- 3) Fondo social constituído por las aportaciones de los socios;
y
- 4) Fin social.

Tomadas aisladamente estas notas no son privativas de la Sociedad Anónima; por el contrario, varias de ellas son comunes a todo tipo de sociedad, sea mercantil o civil, y aún a las asociaciones de interés general. Pero tomadas en conjunto y destinadas a una misión lucrativa solamente se presentan en ésta, caracterizándola de modo inconfundible. De ellas provienen, aunque en el primer momento no parezca, otros caracteres que figuran como principales, la negociabilidad de la acción y la limitación del riesgo, p.ejemplo, pero que son derivados de los anteriores.

2.-Desde un punto de vista histórico las notas que han venido a definir esta forma de sociedad mercantil, no aparecen sino en el siglo XVII y todavía sin los caracteres precisos con que hoy las encontramos. Las compañías con patente real, formadas en Francia y en Holanda para dedicarlas al comercio interoceánico y a la colonización de los países nuevos de las Indias, fueron las que por primera vez las presentaron. Anteriormente, (sig. XIV y XV) habían existido otros tipos de sociedades con fondos sociales autónomos y aún con personalidad jurídica, pero sólo cuando las necesidades provocadas por un sistema económico que se iniciaba reclamaron nuevas formas jurídicas, se originó la sociedad mercantil llamada anónima con los caracteres apuntados.

Los antecedentes de la Sociedad Anónima no están claramente precisados, como lo están sus etapas posteriores. La explicación que mayores pruebas tiene a su favor es la dada por Lehmann, aunque Vivante observa que aun no ha podido demostrarse la conexión efectiva entre los antecedentes propuestos y la Sociedad Anónima.

Afirmaba Lehmann en 1895 que la fusión de la "commenda" terrestre y de la "roederie" holandesa habría creado la base de la cual

se desarrolló luego la Sociedad Anónima. La "commenda" terrestre era una sociedad originariamente italiana, muy común en el medioevo y bastante extendida geográficamente. Consistía en una participación tácita, por habilitación de capitalistas a comerciantes y de la que se derivaba una vinculación exclusivamente personal. Por el contrario, la "roederie" era una sociedad de carácter real, basada en al condominio de un barco dedicado al comercio.

La fusión de estas dos sociedades hacia el siglo XVI se habría producido por la necesidad de mayores capitales, sentida por el nuevo comercio de la época, habiéndose realizado en forma paulatina. Primero habría sido un acercamiento y un entendimiento de personas, pero sin que una ni otra sociedad perdieran sus propias fisonomías; sin embargo, a la holandesa tocó el predominio, puesto que representaba el elemento activo y el derecho de propiedad del barco. Posteriormente, habría aparecido el título representativo del aporte, la forma al portador de dicho título, la fijación del capital como cifra inalterable, la intervención de los diversos socios mediante la asamblea, el pago de dividendos, etc. Pero todos estos elementos serían puramente accidentales, estando representadas las bases de la sociedad por la unidad autónoma de las dos entidades fusionadas, por la limitación del riesgo de los socios, consecuente a ella, y por la finalidad económica de la empresa.

Sea cual fuere el origen histórico de la Sociedad Anónima lo cierto es que sólo en el siglo XIX, mas particularmente en su segunda mitad, se consolidaron sus rasgos característicos en la forma que hoy conocemos.

El régimen absolutista de la Época Moderna, había monopolizado la constitución de las Compañías de navegación y colonización, de donde provienen las Sociedades Anónimas, no solo porque la vida económica estaba totalmente dirigida por el Estado, sino principalmente por considerarlas organismos públicos, en razón de los servicios que prestaban y de los derechos que se les concedía.

La Revolución Francesa trajo conjuntamente el régimen de plena libertad de comercio e industria y la concepción jacobina desconocedora

de todo organismo intermediario entre el Estado y los ciudadanos, por lo que, las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, se convirtieron en contratos de derecho privado, reglamentados por el Código de Comercio de 1807 como cualquier otro contrato. Solo por la necesidad de impedir la serie de maniobras fraudulentas realizadas a su amparo, durante el breve régimen de libertad de que gozaron, indujo a reservar al Estado la autorización necesaria para la fundación de nuevas Sociedades Anónimas.

Pocos años más tarde se producía en Inglaterra una legislación basada en los mismos principios, pero que otorgaba la libertad de fundación previa la condición de registrar los Estatutos. La Sociedad dejaba de ser una corporación creada por acto de la Autoridad Pública para convertirse en un acuerdo de voluntades individuales. En Alemania e Italia aún no unificadas, la legislación era variada, y el Código español de 1829 sólo reservaba a la aprobación del Tribunal de Comercio la existencia de las Sociedades Anónimas.

Recogiendo la experiencia de cincuenta años se produce en la segunda mitad del siglo XIX un movimiento legislativo en que cristaliza la moderna organización de las Sociedades Anónimas, tanto por afirmarse las bases puestas por la Revolución e Inglaterra, cuando por conservarse los rasgos típicos provenientes de tiempos anteriores. Tales fueron las leyes de 1862 en Inglaterra, de 1867 en Francia, de 1868 en España (incorporada luego al Código de 1885), de 1870 en Alemania que modificaba el Código General de Comercio de 1861 convertido en ley del Imperio, el Código italiano de 1882.

Ambos momentos de este proceso de formación de las Sociedades Anónimas llegaron a nuestro país, el que abandonando las fuentes tradicionales de la Ordenanza de Bilbao recogió los dos Códigos españoles en 1853 y en 1902 respectivamente. En ambos se encuentran el sistema del contrato privado, el régimen de libertad y reglamentación y los caracteres exteriores de la Sociedad Anónima: limitación del riesgo y negociabilidad de la acción. Del segundo de ellos, en cuanto se refiere a la reglamentación de las sociedades y particularmente de la anónima, dice Lyon Caen y Renault, que es, con la

inglesa, "la legislación menos restricta" (Nº 673).

Toda la multitud de leyes producidas posteriormente a las indicadas, no han representado una variación de las bases de la Sociedad Anónima sino adiciones y correcciones sobre los mismos supuestos iniciales. Tan sólo en el caso de la ley alemana de 1884 que recogió luego el Código de Comercio Alemán de 1897 se encuentra una inspiración distinta y una nueva base doctrinal. Siempre conserva la calidad privada de la Sociedad Anónima, pero no la entiende como un puro contrato entre individuos sino como la constitución de una entidad corporativa, cuya repercusión en el público exige algo más que la publicidad y amplia reglamentación hasta entonces requerida.

La legislación francesa continúa por el contrario sobre los mismos principios individualistas. Sin embargo, Emile Gaillard indica cómo la Jurisprudencia hace una interpretación institucional de la Sociedad Anónima, por lo menos en algunos problemas como son las Asambleas Extraordinarias y las relaciones de los fundadores con los socios, lo que responde a las doctrinas anti-individualistas que prevalecen en la actualidad. Y en el campo de la doctrina, proveniente del Derecho Administrativo, aparece con gran pujanza la teoría institucional del Derecho sostenida por el desaparecido profesor Hauriou y por G. Rénard, y de la cual se deriva una nueva concepción de la Sociedad Anónima. Conserva ésta sus elementos característicos, pero se pone a tono con los conceptos orgánicos y corporativos que quieren evitar el falso dilema jacobino de individuo o Estado, reconociendo la existencia y papel de organismos intermediarios: entre ellos figura la Sociedad Anónima cuyos poderes económicos y sociales le asignan una misión y una responsabilidad específicas.

C A P I T U L O I.

PERSONALIDAD JURIDICA. Hay que precisar claramente lo que queremos expresar con este término que tantas confusiones ha provocado por no establecer previamente el sentido en que se le usa.

3.-Es indispensable no confundir las nociones filosóficas y jurídica de la personalidad. De no hacerlo, nos encontraremos con la

6.

serie de teorías existentes sobre la personalidad jurídica, que ora crean los caracteres que la filosofía exige, ora niegan la personalidad al no encontrarlos en la Sociedad Anónima, ni en forma alguna de la asociación humana. Sin entrar en el campo filosófico es necesario precisar esta distinción.

Persona, dice Maritain, es "el nombre reservado a las sustancias que poseen esa cosa divina que es el espíritu". Persona, en términos de la Escuela es "el supuesto racional" o sea una sustancia de naturaleza intelectual. Basta enunciar estos conceptos para comprender que no se trata en la Sociedad Anónima de esta personalidad, ni de la psicología y moral que de ella se derivan, como conciencia de sí y como conciencia valorativa.

En las Sociedades no hay un espíritu propio, ni una naturaleza intelectual; la social es eminentemente relacional o funcional, resultante de una conexión especial de individuos que actúan por y para la Sociedad. Lo intelecto no es suyo, sino de quienes la integran; y lo mismo debe decirse de la conciencia.

Encontrar estos datos en las sociedades mas elevadas (anónimas, corporaciones públicas, Estado, Liga de Naciones) como pretende Aramburo, es atribuir como propio lo que se tiene por los miembros; y mal puede tener la alta categoría filosófica de "persona" quien recibe su definición de las partes que la forman.

Pero como decimos, se trata de campos diferentes y por tanto los datos de uno no son criterio medida del otro. Si de la sociedad y del hombre se afirma simultáneamente que son personas, es sólo desde el punto de vista jurídico, y usan lógica errada quienes niegan esa calidad porque desde otros no coinciden ni tienen iguales caracteres. Que una anónima y una cooperativa son sociedades, no quiere decir que tenga iguales elementos ni estructuras. Se podrá pedir razonablemente otra denominación, pero mientras tanto hay que usar la consagrada por la costumbre.

Precisemos también que la personalidad jurídica no es una calidad absoluta y válida en todas partes. Se afirma, y con razón, tal carácter en la personalidad jurídica del hombre, pero es considerándolo

7.

desde el punto de vista del Derecho Natural y en razón del fundamento filosófico que hemos indicado. Pero en el campo de la ley positiva y en la vida del Derecho, encontramos que existe un medio diferenciado, por razón de materia, en una serie de sectores que exigen condiciones específicas para reconocer la personalidad jurídica, inclusive en el individuo. Para la ley mercantil, para la militar o para la eclesiástica, diversos requisitos, otorgan la personalidad; ellos se añaden a las condiciones esenciales exigidas por el derecho Natural, confiriendo así la capacidad jurídica propia de uno u otro sector. En la Sociedad Anónima hay éstas, pero no siempre se pueden dar aquellos, motivo por el cual su personalidad queda limitada a campos específicos. Y como por naturaleza no tiene la vitalidad ni las posibilidades del ser humano, es aún mayor y mas notable tal limitación.

Pero, tanto en el caso del individuo como en el de la Sociedad, sirve el término "personalidad jurídica" para designar la misma aptitud de uno y otro para relacionarse jurídicamente con otros sujetos, la capacidad de ser sujeto de derecho, actuando por sí o por representante u órgano, pero en nombre propio. Y este aspecto de relación jurídica y de sujeto de derecho se da claramente en la Sociedad Anónima porque tiene individualidad, autonomía y fin propio, aunque no sea con la plenitud que en el individuo como ya hemos dicho.

La individualidad de la Sociedad Anónima es su carácter mas saltante. Basta enunciar su existencia para percibirla como una entidad que no se confunde con los miembros que la constituyen, cualquiera que sea las relaciones que con ellos mantenga. Hay en ella una proyección externa de su ser que la destaca del conjunto de individuos con quienes está conectada, especie de volumen definido por tres dimensiones que la enmarcan e independizan.

Esta individualidad de la Sociedad Anónima tiene un objetivo o finalidad para cuya realización ha nacido. Sea la empresa industrial que emplea sus fondos y reclama la preocupación de sus órganos o sea el lucro que debe producir, hay un fin que la Sociedad

8.

Como tal debe alcanzar. Esencialmente dinámica y esencialmente ordenada, la Sociedad está siempre tendida hacia adelante en busca de un objetivo único que es causa de su existencia, de su actividad y de su estructura. Por razón de ese fin y para él, hay órganos sociales que le confieren autonomía en su vida jurídica, porque ellos son su inteligencia y su voluntad en cuanto se ordenan hacia la finalidad social. Hay así una vida interna en la sociedad, al mismo tiempo que relaciones externas con otras sociedades o individuos. Precisamente es ésta la diferencia entre las dotadas y las carentes de la personalidad jurídica: éstas son los individuos que quieren en compañía por uno a uno, mientras las otras son un fin común que es querido por los socios en conjunto. En aquellas no hay un objetivo que predomine sobre el grupo ni órganos para alcanzarlo; en éstas es la finalidad quien organiza y fundamenta el grupo. La primera es una asociación, la segunda una entidad.

Además, esta individualidad de la Sociedad Anónima tiene un patrimonio particular perfectamente diferenciado, el que la hace plenamente responsable en lo civil, y la finalidad que debe cumplir justifica la adquisición de derechos patrimoniales. En nombre de la Sociedad y para ello ejercen los órganos esta actividad económica. Así es como resulta titular de derechos tanto activa cuanto pasivamente: es deudora y acreedora de obligaciones, posee y respeta derechos reales, es actor y reo en el ejercicio de unos y otros, realizando casi todo el comercio jurídico de una persona física.

No cabe pues discutir la calidad de sujeto de derecho de esta entidad individualizada, autónoma y responsable, ni puede negarse la "personalidad jurídica" a quien tiene la capacidad necesaria para ser titular de tantas y tan variados derechos y relacionarse con otras personas. Por estas razones objetivas, reales, que mas extensamente desarrollaremos en este trabajo, debe reconocerse tal personalidad en la Sociedad Anónima.

4.-En cuanto a las diversas teorías que explican el cómo de estas personalidades jurídicas, resultan totalmente alejadas de la realidad

Con ella, en unos casos por quedar encerrados en los sistemas históricos con o filosóficos que estudiaron con mérito inigualado, o, en otros, por llegar a extremos insostenible al aceptar las consecuencias lógicas de las bases teóricas de que partieron. Tanto yerran quienes niegan la personalidad jurídica de todo ser colectivo, la Sociedad Anónima en este caso, como hicieron Savigny y Windscheid con la teoría de la ficción, Brinz con la del patrimonio de fin y Planiol con la propiedad colectiva, cuanto quienes afirman su existencia plena por manifestación de una voluntad distinta de las personas que la constituyen, como lo hicieron en grados distintos Gierke, Zittelmann, Miraglia y otros.

Apartándose de ambos extremos y con un sentido mas objetivo, las teorías actuales explican esa personalidad admitiendo su existencia por los caracteres ya indicados, pero su indisoluble unidad con las personas que la forman, resultando por tanto un nuevo grado del ser jurídico con manifestaciones y caracteres particulares.

No es posible negar la personalidad de una entidad colectiva y afirmar que es una mera creación ficticia, obra del estado que no responde a ninguna realidad interior, porque ellos es negar toda vida social. Lo que se dice de la Sociedad Anónima debe aplicarse a la sociedad civil y a la política, a la sociedad familiar y a todo tipo de asociación, con lo cual todas quedan disueltas y el mundo humano reducido a puros individuos. Que la individualidad de todas estas formas de asociación no sea sensible, como lo es la del individuo o la del objeto físico, no quiere decir que no tenga existencia real: a la comunidad de fines de toda asociación, hay que añadir en algunas su autonomía y definición, que las constituye en verdaderas entidades perfectamente unificadas.

Porque el carácter primero de aquellas para quienes se reclama tal personalidad es el constituir verdaderos organismos no subordinados a los individuos, sino éstos a aquellos en calidad de miembros o integrantes. Si no existe tal entidad ni tal unidad interna, ¿qué es lo personificado? ¿Quién soporta las cargas y ejerce los derechos? Si son los individuos como pretenden algunos, ¿Con

qué objeto hacer tal distingo? ¿cómo no se identifican socios y Sociedad ni en poderes ni en responsabilidad? Si se trata de una especial delimitación por razones de orden práctico, ¿por qué se les pone un límite? ¿por qué todo negocio y toda obra no da lugar a semejante independización? Y si no son los individuos como afirman otros, ¿Quién es el titular de los derechos? ¿Quién el sujeto de las obligaciones? ¿Cuál la voluntad capaz de querer el fin? Todo esto sin tocar la vieja e insalvable objeción hecha al Estado: si todo ficción y todo obra del Estado, ¿Quién autor de la ficción- Estado? ¿Qué valor tiene ésta?.

Dice además el profesor italiano Ruggiero, que esta explicación es inepta porque "la ficción es un mero artificio y con ella no se crea un ente que sea distinto de las personas que integran la corporación o de los administradores y destinatarios de los bienes de la fundación". Y tiene razón al decirlo, porque la teoría de la ficción tiene una petición de principio: porqué crea, cómo crea. Toda presunción en derecho se basa en la naturaleza de las cosas; toda suposición en la vida real tiene en cuenta los elementos efectivos y la conducta de ellos; todo artificio en matemáticas se hace dentro de la lógica de la matemática y de acuerdo con sus principios. Pero esta ficción de la personería que carece de base natural, que no tiene en cuenta los elementos sino que es al margen y a pesar de ellos, este artificio que no responde al espíritu del derecho, ni a la naturaleza y usos de las cosas, es algo perfectamente irreal, carente de fundamento.

Interpretación que corresponde al contrato social de Rousseau y al estado primitivo de Hobbes, inaceptable hoy que todo nos dice la efectividad de tales lazos y la realidad de tales cuerpos sociales y morales.

Desde otro punto de vista parten los mantenedores de las teorías voluntaristas. Afirman ante todo la existencia real de las entidades colectivas dotadas de la personalidad jurídica y al hacerlo así se aproximan mucho más a la realidad que los romanistas partidarios de la ficción, aunque a veces sostienen despropósitos como los de Schaffle y Espinas que afirman la identidad de tales

organismos sociales con los animales y biológicos en general.

Sin llegar a tales extremos tenemos la teoría de la voluntad colectiva propuesta por Gierke. Partiendo de sus estudios de Derecho Público, constitucional especialmente, afirmó éste la existencia de una voluntad colectiva distinta de la individual y de la suma de las individuales de los miembros, con existencia en sí misma, y que se encuentra en todos los seres colectivos reales, los cuales son reconocidos y reglamentados por el Estado y la ley, pero no proceden de ellos pues tiene origen independiente.

Con mas moderación pero con mayor grado de abstracción, Zittelmann sostiene que el ente colectivo resulta de la voluntad de los individuos que lo crean, instituyente y fundadores, la cual se convierte luego en la voluntad institucional distinta de aquella. De esta manera dicho ente posee la característica típica de la personalidad jurídica que es la capacidad de querer y de decidir.

Pero tanto a una como a otra explicación, y en general a todas las voluntaristas, debe hacerse un doble género de reparos, que nacen de la teoría del Derecho y de la realidad misma de las asociaciones dotadas de la personalidad jurídica.

Ante todo no puede afirmarse que esa capacidad de querer y de decidir sea la específica en tal personalidad.

Hay una distinción que es de gran importancia en la teoría de las personas jurídicas: la capacidad en general y la capacidad de ejercicio. La primera es la aptitud para ser sujeto de derecho y la segunda la de ejercer aquellos de que se es titular en virtud de la primera. Tiene la capacidad en general el no nacido y el menor de edad, y la tiene el loco y el interdicto judicial, porque todos son sujetos de derecho y titulares de derechos, y si embargo ninguno de ellos tiene capacidad de querer ni de decidir, en unos casos porque no hay voluntad y en otros porque está viciada en forma que no puede ser tenida en consideración. Es esta inferioridad, que no las priva de la capacidad general, quien las priva de la segunda: de ejercer.

En otro orden de cosas, no puede afirmarse la existencia de

una voluntad social que sea totalmente diversa y desligada de los individuos, porque sería afirmar la existencia de una persona en el sentido filosófico que hemos indicado ser inadmisibles por todo concepto. Pensar que la voluntad de los instituyentes y fundadores es capaz de crear nuevas facultades anímicas o entidades semejantes es seguir la misma huella del panteísmo filosófico y jurídico que caracterizó a diversos pensadores del siglo pasado, y está hoy definitivamente desacreditado. Especialmente resulta inadmisibles esta afirmación de una tan completa desvinculación, cuando comprobamos que son los socios y los patronos los que continúan reglando la marcha de las entidades colectivas.

5.- No se requiere llegar a tan extremas concepciones para explicar el hecho cierto de que no son las voluntades individuales ni su suma la que gobierna las personas colectivas. El individuo no puede crear nuevas voluntades, pero puede especializar los fines de la suya propia y tener un nuevo "modo de ser" que le permita actuar como órgano social, como puede también crear entidades destinadas a perseguir fines específicos. Aquí está la verdadera esencia de la personalidad jurídica: la existencia de fines que deben ser realizados sea en forma individual (personas individuales), sea creando instituciones (personas colectivas o sociales).

El derecho y el deber, el orden jurídico y a la sociedad en sus mas amplias acepciones, no tienen otro fundamento ni explicación que la existencia de un fin que debe realizar el hombre y de una esencia humana que constitucionalmente exige tal realización. Hay un interés legítimo que proteger, en palabras de von Ihering, pero que no procede de una capacidad de querer subjetiva y arbitraria, sino de la objetividad natural del ser humano. Ese interés requiere el amparo de las facultades individuales que permiten lograrlo; y si hay taras o circunstancias que las afecten, es necesaria la provisión de los medios convenientes a la protección de dicho interés (tutela, curatela, etc).

En la realización de ese fin general y último se presentan cuestiones particulares que son erigidas en fines específicos de acciones colectivas o de dotaciones patrimoniales. Cuando aquellos no son transitorios ni posibles para un solo individuo, sino que exigen permanencia, continuidad y cooperación, se forman verdaderos organismos sociales por la agrupación estable de individuos, cuyas voluntades particularmente orientadas a esos fines son la voluntad social. No es ésta previa a los fines, sino posterior, en cuanto social, es causada por ellos, y en cuanto a su realidad, es la de los miembros.

La finalidad a la que se dedicarán es la causa por la cual se crean las sociedades, fundaciones y asociaciones. La creación se hace por acto jurídico de particulares o de otra institución y se le provee de los medios necesarios. Pero además se necesita una voluntad que guíe ese organismo hacia su meta, gobernándolo en su vida para salvar las dificultades y adaptarse a las circunstancias. Esa voluntad, que es voluntad social, no puede ser otra que la de los miembros en cuanto se ordena al fin social, actuando con derecho en nombre de la institución.

Los órganos no son mandatarios en virtud de contrato o gestión, porque son el ente mismo en cuanto quiere y actúa mediante sus miembros para su fin. Así como la voluntad de la familia es la de su jefe y el Estado la de sus órganos, sin que exista mandato alguno sino por función natural de dichos miembros, así también acontece en la Sociedad con sus órganos respectivos. Y ni en unos ni en otro caso dejan de ser individuos con fines e intereses personalísimos el jefe de la familia, los funcionarios del Estado y los miembros de la sociedad. Hay tan solo un nuevo "modo de ser".

Con individualidad y comisión específica que los pone en plano distinto de todo condominio y con órganos propios que los distinguen de otras formas de agrupaciones, éstas forman así una

entidad y adquieren una autonomía y capacidad que las faculta para ser verdaderas personas jurídicas.

Que estas personalidades estén afectas a circunstancias en forma que no están los organismos públicos ni las personas individuales, no quiere decir sino que hay una variedad en sus manifestaciones y que toda la vida jurídica no puede uniformarse respecto a uno u otro extremo. Por el contrario, entre estas mismas entidades hay grados y diferencias en cuanto a su estructura, la cual va desde la mas sólida y estable que es la Sociedad Anónima, hasta la mas débil y rudimentaria que es la civil o la colectiva, confirmando así el mismo principio de ser la realidad esencialmente concreta y variada.

El maestro Hauriou decía que "la vida social es continua" porque insensiblemente se pasa de una a otra forma y porque cada una de ellas va cambiando, sea ascendiendo o descendiendo, según las necesidades y posibilidades.

Sobre estos principios el decano de Nancy, Georges Rénard, edifica su teoría institucional del Derecho en que afirma que teniendo el hombre dos maneras de ser, individual y social, el Derecho comprende dos grandes ramas correspondientes a cada una de ellas: Individual e Institucional. Pero a su vez cada una abarca multitud de sistemas con caracteres propios, que van desde el Individuo hasta la Humanidad, pasando por la Familia, la Empresa, las Sociedades, el Organismo Público, la Administración, el Estado, la Sociedad de Naciones, la Iglesia, etc. No puede en consecuencia hablarse de Derecho Privado y Público, por cuanto multitud de organismos intermediarios caen fuera de una u otra rama, además de no haber un criterio firme, teórico ni real, capaz de fundar tal distinción.

Los sistemas e instituciones se vinculan entre sí, tanto por relaciones de obligación, cuanto por interpenetración recíproca y por ser unos miembros de otros, subordinados a otros, según la calidad e importancia de la finalidad perseguida. Así el Derecho recoge la complejidad riquísima de la realidad sin mutilarla, y la vida social se presenta tal como es: variada, jerárquica y organizada.

C A P I T U L O I I .

6.-CORPORACION DE PERSONAS. Es característico de la Sociedad Anónima, que en el acuerdo de voluntades que la origina, y que nuestra legislación considera como un contrato de tipo consensual, da nacimiento a relaciones entre los socios que no son de orden exclusivamente obligatorio, sino que mediante él se crea una entidad independiente de las personas de los socios, aunque constituida por ellos: es la "corporación" en el sentido jurídico de la palabra. Débese esta particularidad a que la vinculación de las personas que contratan tiene caracteres muy diferentes a la producida entre quienes constituyen una Sociedad, aún en los casos de ser estas simplemente civiles y mercantiles no anónimas.

Toda sociedad es resultado de la cooperación de individuos para obtener ventajas o beneficios que aisladamente podrían conseguir. Pero esa cooperación puede producirse según una serie de formas que se clasifican entre estos dos extremos: o los individuos vinculados continúan siendo lo fundamental o pasan a segundo plano porque lo principal es la vinculación misma que se manifiesta en una institución autónoma respecto a sus miembros. Este segundo extremo es típicamente la forma de la Sociedad Anónima, mientras que el primero se encuentra en las antiguas sociedades civiles, hallándose como formas intermedias las modernas sociedades civiles, y las mercantiles colectiva y comanditaria.

Esta diferencia esencial entre las sociedades ha sido proclamada en tiempos recientes, correspondiendo a la legislación alemana de 1884 el haberla recogido por primera vez del campo de la doctrina (Renaud y Gierke). La legislación francesa y sus derivadas, la italiana, la española y la nuestra, han considerado casi idénticas a todas las sociedades mercantiles, tropezando por este motivo con una serie de contradicciones entre la teoría contractual y la vida práctica, las que se han resuelto acudiendo a la calidad "sui generis" del contrato social. Algo parecido ha sucedido y sucede con otras instituciones jurídicas, como el

matrimonio y el contrato de trabajo por ejemplo, que en realidad nunca han podido ser reducidas o contratos ordinarios, ya que su propianaturaleza manifestada en las obligaciones que generan uno y otro y su importancia social, lo han hecho imposible.

El contrato de trabajo ha sido considerado como una locación de servicios, mediante la cual el trabajador alquilaba sus fuerzas a cambio de una remuneración fijada anticipadamente.

Y sin embargo la cesión del uso de una cosa que debe ser luego devuelta en condiciones análogas a las recibidas, es esencialmente diferente a la cooperación de un hombre bajo las órdenes de otro y para una finalidad señalada por el segundo. No sólo no pueden entregarse las fuerzas separadas de la persona que las genera y las gobierna, sino que en un caso es la entrega de un capital, y en el otro la vinculación de dos seres morales que tratan de alcanzar un objetivo. Uno es el uso de una cosa; el otro la integración orgánica de dos personas; la primera es un acuerdo de voluntades que da derecho a los bienes, la segunda es ese mismo acuerdo que subordina una vida humana.

Diversa es también la función objetiva de uno y otro de estos actos jurídicos por serlo el objeto de ellos. Servir es la finalidad del capital; trabajar es un medio para el hombre. De allí que no se identifiquen las contraprestaciones de estos contratos, ni puedan pactarse sobre iguales bases ni satisfacerse en igual forma. El arrendatario paga la utilidad cedida en esta especie de compraventa temporal del uso; el patrono garantiza la vida del trabajador con el salario. El alquiler agota el derecho del locador; el asalariado conserva su derecho de cooperador expedito para pedir una participación posterior. Y no es éste un sobresalario porque se percibe por título diferente y sujeto a la condición de una mayor producción: la conservación de la vida y de la especie para el primero, la parte del coproductor para el segundo.

En el caso del matrimonio la institucionalidad es aún mas clara. Aquí también el acuerdo de voluntad es de los cónyuges crea

una entidad nueva, distinta de los individuos que la constituyen, la familia. Mas que obligaciones en ella ambos cónyuges asumen los estados de marido y de mujer que individualmente no tienen, y del que se deriva no sólo los derechos personales cuya naturaleza excede a aquellos que pueden conferirse por contrato, sino que además envuelve diversas prestaciones y vínculos de las mas variadas calidades. Por el matrimonio se produce un estado de integración y cooperación en el seno de la institución familiar por él creada y de los que provienen los recíprocos deberes y derechos de asistencia y fidelidad, de autoridad y de obediencia, la de parentesco con las familias del otro cónyuge, los sistemas económicos de la sociedad conyugal, los derechos sobre los hijos, etc. etc. que superan y difieren por su sentido y función a la obligación de derechos contractual.

También en las sociedades se ha producido una consideración similar, especialmente en las anónimas, en los cuales el contrato tampoco puede explicar la vinculación personal ni patrimonial. Sólo en la institución hay adecuada explicación a estos hechos.

La causa que durante algunos siglos ha motivado la tendencia general a interpretar toda la vida jurídica como diversas clases de contratos que circulaban entre si a las personas individuales, ha sido la base individualista de que se partía. La resurrección del romanismo jurídico en tiempos del Renacimiento conjugó dos espíritus que eran ya profundamente individualistas, y llegados ambos a las cumbres políticas en la Época Moderna, inspiraron múltiples disposiciones y reglamentos que fueron disolviendo la forma corporativa medioevales, manifestada no sólo en los gremios, sino en todos los ámbitos del Derecho.

De esta manera los Códigos napoleónicos, que han tenido una influencia decisiva principalmente en los países latinos y en los de ellos provenientes, consagraron una interpretación totalmente contractual de la vida social: la base de la institución familiar, las relaciones del trabajo, la concentración de capitales,

la autoridad de cualquier género, todo era contrato. Desaparecieron en cambio las integraciones jerárquicas y orgánicas de las instituciones y a los cuerpos sociales que subsistieron se les concedió la personalidad ficticia cuya ineptitud ya hemos anotado.

No queremos decir que todas las instituciones no provengan también del acuerdo de voluntades que se presenta como el carácter dominante del contrato, sino que las relaciones y estados creados por el uno y las otras son de una índole tan diversa que no pueden ser interpretadas en igual sentido. No se ha percibido que el contrato típico, la compraventa por ejemplo, crea una situación eminentemente pasajera, destinada a resolverse en el pago o satisfacción de la obligación generada, mientras que la vida social exige además formas con continuidad, capaces de permanecer adaptándose a las exigencias y necesidades cambiantes. No se veía que el contrato tiende a la rigidez e inmovilidad porque trata de prefijar exactamente sus efectos y que en cambio la vida exige formas de cooperación en que es imposible precisar de antemano las exigencias que serán necesarias. Se identificó una vinculación de voluntades entre partes que tratan de igual a igual y cuyo ideal es conservar esa igualdad, con otra vinculación cuya existencia requiere subordinación y jerarquía unidad a una clara diferenciación de funciones.

Claro está que nunca pudo negarse estas exigencias vitales y que ellas se manifestaron a pesar de la concepción doctrinaria que les era excesivamente estrecha. Se creó la "rebus sic stantibus" y la teoría de la imprevisión para aminorar los defectos de tal concepción. Pero la realidad reclamaba que reconociendo el error se hiciese una construcción mas objetiva y por tanto, mas variada, y que al lado de las formas puramente contractuales, se incluyeran formas orgánicas o institucionales. La evolución de las sociedades muestra cómo se reconoce este carácter en los tiempos medioevales y en los actuales, encontrándose la corporación perfectamente definida en la Sociedad Anónima contemporánea.

7.-Las antiguas sociedades civiles podrían llamarse las sociedades mínimas. Porque en ellas hay un gran predominio de los socios sobre la vinculación que es secundaria frente a ellos. Los antecedentes romanos, que explican esta modalidad, no han podido evitar sin embargo que las sociedades civiles sean institucionalizadas hasta adquirir prácticamente los caracteres de las sociedades colectivas, que por nacer en la Edad Media y tener otra misión, tuvieron siempre otra índole.

En Roma la sociedad era un contrato consensual de buena fe -y por tanto relativamente moderno- que generaba un lazo de unión entre las partes; pero "las sociedades no tiene existencia distinta que la de sus miembros" decía ya Gayo, de manera que no formaban una entidad superior a las partes. La sociedad producía tan sólo una comunidad de bienes entre los socios, de donde resultaba que éstos podían disponer de su parte como puede hacerse con el patrimonio individual; además, a falta de pacto expreso, todos los socios eran administradores. La sociedad carecía naturalmente de la personalidad jurídica que Roma no concebía sino para las corporaciones públicas y por obra de la ley.

En forma casi idéntica se conservó esta sociedad hasta el Código Napoleónico, porque su uso cada vez menor no le creó nuevas formas siendo por el contrario desplazada por las sociedades mercantiles más seguras y prácticas.

El legislador de 1804 hizo una innovación importantísima al prohibir que el socio pudiera disponer de bien alguno puesto en sociedad (art. 1860) pues así está adquiría la primacía sobre los socios individualmente considerados, destruyendo en la práctica el antiguo condominio. Era el primer paso institucional.

Sin embargo, al mismo tiempo se consignaron disposiciones en el articulado de las Sociedades que se prestaban para una doble interpretación, pues el fondo común aparecía a veces como propiedad de

la sociedad y otras como comunidad entre los socios. Y en cuanto a los derechos de éstos, una veces parecían negar un extremo y otras

La interpretación doctrinal fue hecha de acuerdo con los antecedentes romanos (Baudry-Lacantinerie por ejemplo), pero la Jurisprudencia concedió la personalidad jurídica a las sociedades civiles, con lo que la entidad se consagró por encima de los individuos que de sujetos de condominio se transformaron en miembros.

Con nuestro Código de 1852 sucedió una cosa idéntica. Recogió la nueva disposición napoleónica y conservó la administración por todos los socios en ausencia del pacto, así como la responsabilidad personal no solidaria por las deudas sociales. Respecto al patrimonio, unas veces lo trató de forma que daba a entender comunidad (arts. 1659, 1677 inc. 2º, 1680, 1681 y 1682) y otras como propiedad del ente social independiente (arts. 1664 a 1668, 1684). Sin embargo, nuestro Código Civil de 1852 tiene una disposición sobre rescisión parcial de la Sociedad (art. 1686), que es la misma contenida en el Código de Comercio actual y que no tenía su inspirador napoleónico, la que contribuye grandemente a fortalecer la sociedad.

El nuevo Código Civil de 1936 recoge esta evolución y la consolida conjugándola con la doctrina germánica contenida en el título relativo a Personas Jurídicas, dando así a las sociedades civiles una base inicial esencialmente diferente de la antigua romana cuya línea hemos indicado. No sólo concede en forma expresa la personalidad jurídica a todas las sociedades que se inscriban en el correspondiente Registro público (art. 1687) sino que ellas no empiezan a correr sino desde esa inscripción (art. 1691). Y al configurar las sociedades suprime disposiciones como las contenidas en el inc. 2º del art. 1677 del antiguo Código porque "es más bien aplicable al caso de comunidad de bienes que al de la Sociedad" y última parte del art. 1682 del mismo.

Por tanto, la actual sociedad civil es una entidad diferente de los socios y con un patrimonio propio; los derechos de los socios pierden su carácter real. Sin embargo, como ya hemos dicho, esta separación es mínima, pues por la índole de la Sociedad tras la delgada capa social afloran las personas y derechos de los

socios: arts. 1704, 1705, 1709, 1710, 1714, 1720 y siguientes. Representan así el grado ínfimo de estructura interna, aunque ya con entidad social.

8.-En las sociedades mercantiles, colectiva y comanditaria, encontramos un desenvolvimiento en el mismo sentido pero con caracteres diferentes. La primera tiene sus orígenes en la Edad Media, según las opiniones más autorizadas. Si se conoció o no en Roma es materia aún no definida, aunque lo segundo parece más probable porque la inexistencia en las romanas de la solidaridad social frente a los acreedores, esencial en las colectivas, hace suponer otra fuente para éstas. En todo caso, quien dió una finalidad comercial, creó la solidaridad e hizo la entidad social distinta del condominio hereditario o de trabajo en que se originó, fue la Edad Media y particularmente Italia.

Precisamente por esto decimos que los caracteres de la evolución son diferentes, aunque el sentido es el mismo. Casi desde los primeros tipos conocidos, las sociedades colectivas aparecen con una entidad distinta de la de sus socios. La necesidad del comercio, a que estuvo dedicada desde los más remotos tiempos, la obligaron a buscar una definición de su individualidad la cual se obtuvo depositando ante el Consulado la firma del Administrador y de sus socios, con lo que se "revelaba así al público el grupo que se había formado entre todos ellos, (con) un capital separado de los bienes de cada asociado, un funcionamiento propio, (y) un régimen legal independiente" (Thaller).

Pero aquí, como en las sociedades civiles, la entidad no quería decir la existencia de un cuerpo verdaderamente autónomo de los socios y respecto al cual fueron éstos personas absolutamente separadas. Aunque la tendencia de la colectiva es, en este aspecto, "transformar la responsabilidad inmediata de los socios en una responsabilidad subsidiaria" y "preservar a la Sociedad de las crisis que hieren a los socios en la vida y en las fortunas" (Vivante) lo que caracterizó y define su figura jurídica es

precisamente ese estado de continua independencia entre las sociedad y los socios: las ocurrencias a éstos repercuten en aquellas. Tal es la tradición de la costumbre italiana, recibida por la francesa y consagrada por el Código Napoleón (arts. 1865 y 1871).

Procedente de la tradición germánica hay una regla de gran importancia práctica y teórica, porque ella consolida el organismo social acentuando el carácter de institución fundada por los miembros pero no vinculada a ellos. Dicha regla la consigna el actual Código Civil Alemán (arts.133 y 141) proveniente del prusiano, pero ha sido ya adaptada por muchos códigos latinos de comercio, entre otros, el italiano (arts. 186 y 191) y el español (arts. 218 y 219). Según ella se puede provocar la disolución parcial respecto al socio que ponga en peligro a la Sociedad. Algunas legislaciones la han aplicado para los casos de fraude o culpa de un socio para con la Sociedad; otros lo han extendido además para los de muerte, quiebra e interdicción (Italia y Argentina por ejemplo).

Es evidente el inmenso valor de este principio, que tan bien se conforme al espíritu de las sociedades mercantiles. Mediante él se acentúa el carácter eminentemente corporativo de la sociedad, dándole gran independencia respecto a sus socios y garantizando así la realización del fin social. Pudiera aún decirse que de su empleo generalizado puede venir una verdadera transformación de las sociedades, las que se diferenciarían no tanto por el predominio del elemento personal, sino de las garantías presentadas a los futuros socios y a los acreedores. Los organismos serían mas o menos flexibles a las situaciones, pero en todos desaparecería la rigidez característica del contrato que hasta ahora los hacía caracterizado. Por lo demás, esto no quería decir la eliminación de la íntima conexión del todo y sus miembros, con natural a la sociedad, por la responsabilidad subsidiaria de éstos.

En nuestro Código de Comercio de 1902 se ha aceptado sin modificación al modelo español en cuanto a la aplicación restringida de esta regla, pues sólo se le usa para los casos de culpa o

fraude del socio (arts. 211 y 212). Es verdad que consigna además la prescripción italiana y francesa que autoriza el pacto de continuar la sociedad en caso de muerte de un socio (art. 251, inc. 1º), pero sólo cuando tal pacto se haya consignado en la escritura de constitución.

Esta evolución que no elimina la responsabilidad solidaria de los socios, confirma que ella no proviene de la endeblez del ente colectivo -también debieran haberla tenido las civiles- sino de la necesidad económica de aumentar el crédito de la Sociedad, que contaba así con el propio y con el ilimitado de sus miembros.

Las sociedades en comandita han seguido una línea hasta cierto punto semejante.

Por su origen se remontan a las formas marítimas del préstamo a la gruesa conocida desde Roma, pero sólo cuando en la Edad Media se aplicó al comercio terrestre, se individualizaron los caracteres que definen a la comandita.

En los siglos que preceden al siglo XIV esta sociedad no era sino un simple contrato que no podía ser opuesto a terceros, porque se reducía a una habilitación corriendo riesgos y ventajas. Pero por esta época, lo mismo que en las colectivas, la necesidad de otorgar garantías a terceros condujo a publicar la relación social con la consiguiente separación patrimonial y definición de derechos y responsabilidades. Apareció así la entidad que no era el contrato sino fruto de él, y la personalidad jurídica le fue reconocida por distinguirse de los socios.

Después de este cambio esencial, muy poco se ha alterado en la Sociedad comanditaria en cuanto a su organización. Ante todo, su corpus no tiene una individualidad neta ni adquiere la autonomía completa. Por causa de los orígenes indicados, la comandita resultó compuesta de dos tipos de socios: los que daban el nombre respondiendo en consecuencia con la integridad de su patrimonio y los que permaneciendo en el anonimato no respondían sino con las cantidades aportadas a la sociedad; también diferían las funciones,

puesto que sólo los primeros podían administrar y disponer del patrimonio social.

Esta organización repercutió en forma muy apreciable sobre la calidad e importancia del ente colectivo que actuaba bajo la personalidad social de la comandita, así como sobre las relaciones de dicho ente con los socios que le dan origen. Desde este punto de vista la comandita no ha llegado jamás a tener la consistencia y autonomía de una corporación como la anónima, ni fué únicamente la interdependencia de la colectiva. Muchas veces se afirma que es la combinación de ambas, pero es ésta una fórmula errada, porque en verdad no hay combinación sino "coexistencia" puesto que son dos regímenes que conservan sus respectivos caracteres sin llegar a fusionarse en un tercero. Respecto a la relación del socio y la sociedad por ejemplo, las legislaciones que han aceptado la regla alemana sobre la disolución parcial en las colectivas, la aplican también a los socios de igual clase en las comanditas (caso de nuestro Código de Comercio arts. 211 212 y 215); y quienes no la han recibido para aquellas, tampoco aprovechan de ella o de otra similar para darle mayor solidez y autonomía. En cuanto a los derechos y responsabilidades personales, bien sabido es que subsisten hasta hoy las diferencias originales entre socios colectivos y comanditarios (art. 156 del Código de Comercio del Perú) y lo mismo sucede respecto a los patrimonios de los socios y la Sociedad.

De todo esto resulta que, si desde un punto de vista práctico la comandita ha sido una institución eficiente y capaz para ciertos tipos de empresas grandes que el desarrollo económico de fine de la Edad Media exigía o para circunstancias personales extraordinarias o en fin para situaciones legales como la producida en Francia después de la promulgación del Código del Comercio de 1807 que exigía autorización para fundar sociedades anónimas, desde el punto de vista en que aquí la consideramos, ella no ha representado un progreso ni una forma nueva. Su hibridismo la ha colocado en situación de dependencia respecto a las partes que la constituyen

Y como no ha sido integración de dos formas jurídicas, sino convivencia de ellas, con predominio efectivo de la colectiva, su desarrollo ha quedado prácticamente supeditado al de ésta. El grupo anónimo es un puntal, una alianza sometida a las capacidades y debilidades del núcleo colectivo, el cual carece de los elementos necesarios para tomar el vuelo que exige la vida económica de hoy.

9.-La comandita ha creado al socio anónimo, fórmula jurídica de un interés inmenso para la organización de las sociedades, pero lo relega a un plano secundario en el que no puede desenvolver todas sus ricas virtualidades. Sólo en los regímenes de gran libertad para la comandita, que han caracterizado al pasado siglo, el uso de fantoches que hacían de socios colectivos extendió tanto su empleo y le dió una misión para la que no está capacitada por su misma estructura, ya que su cuerpo social mas variado, y capaz de juntar capitales limitando en parte el riesgo, no tiene la intensidad proveniente de una unidad orgánica bien trabada que tales empresas demandan.

Se explica de esta manera porqué de la comandita no ha nacido la sociedad anónima, como algunos supusieron y los estudios históricos desmintieron. Se necesitaba que la "commenda" fuera aprovechada por otras instituciones que buscando las ventajas económicas del socio anónimo acentuaran aquellos elementos jurídicos que las proporcionaban, y que la integración fuese hecha buscando la limitación del riesgo y la cesibilidad de la parte social. Así los patrimonios se enmarcarían claramente y la vinculación se sobrepondría inapelablemente sobre las personas. Pero esto sólo era posible consolidando el organismo social y dándole la unidad y autonomía de que pudieran seguirse tales ventajas. Históricamente se produjo la unión de la "commenda" y la "roederie" que ya hemos recordado y apareció como resultado el organismo corporativo de la Sociedad Anónima.

Esta corporación es la forma más cabal de la entidad social porque tiene los elementos que le permiten vivir con sus

propias fuerzas y realizar con ellos la misión para la que ha sido creada. Íntimamente unida a las personas que la integran, se diferencia de ellas perfectamente en cuanto a su existencia y medios; además, está organizada de manera que puede adaptarse a las circunstancias cambiantes, teniendo una naturaleza especialmente dotada para durar, para permanecer. Esta unidad a base de la variedad interna es obtenida mediante una integración orgánica, es decir de especialización y de jerarquía, condiciones completamente diferentes de las obtenidas con los contratos ordinarios. De tal unidad orgánica proviene su eficiencia para asumir responsabilidades económicas que sobrepujan toda otra forma social o individual.

Las notas características de la corporación en la Sociedad Anónima, son los siguientes:

- A) Autonomía del organismo respecto a los miembros;
- B) Calidad de sus órganos y miembros; y
- C) Separación de patrimonios.

10.- A) La autonomía del organismo se revela en no estar supeditada su existencia ni su actuación a las personas que lo integran, pues no depende ni del número ni de la calidad de ellas, a pesar de que lo constituyen. Quienes otorgaron el acto de fundación pueden ser reemplazadas por otras o simplemente dejar la Sociedad transmitiendo sus acciones a otros miembros de la corporación. Y la cantidad de socios pueden variar según las circunstancias entre estos límites extremos: dos y el número de acciones.

El fundamento de esta limitación se halla en que toda Sociedad, sea o no corporativa, requiere siempre la pluralidad mínima, ya que toda reducción envolvería la negación misma de la sociedad. Estrictamente considerada, la corporación puede ser y vivir hasta con dos personas pues su carácter de tal no proviene del número, salvada la pluralidad, sino de la estructura: adhesión a un fin social, medios propios de vida. Pero, como ordinariamente la organización de la Sociedad requiere un número mínimo de personas para servir los diversos cuerpos y juntas que la ley impone, es posible

que dicho límite sea un tanto más elevado por este orden de razones. Las legislaciones vigentes no lo exigen, sin embargo. La francesa prescribe siete miembros, pero ellos es debido a la errónea apreciación de la exigencia inglesa en que se inspiró y la doctrina francesa no justifica tal limitación; la ley alemana requiere cinco "fundadores" (que a su vez deben ser accionistas) pero también por razones de responsabilidad y no de organización. Las leyes italianas, española y peruana señalan sólo dos socios. Para la marcha honesta de la Sociedad Anónima el mínimo está señalado por la proporción que asegure el fundamento independiente de los órganos vitales (dirección y control), base que no pueden adoptar las leyes contractuales por cuanto bastan dos personas para que surja la conversión. Así se evitará también las sociedades simuladas por una sola persona y las vestiduras anónimas que cubren las civiles de familia.

El límite máximo proviene del número de acciones, por cuanto cada una de ellas expresa las condiciones mínimas de ingreso a la Sociedad Anónima y no el aporte económico tan sólo. En el capítulo siguiente explicaremos este punto, pero desde ahora llamamos la atención sobre la falta de fundamento suficiente para limitar el número de socios al de acciones, si éstas son sólo derechos patrimoniales o derivados de ellos, desde que todo lo patrimonial es apreciable y partible por naturaleza. Hay en la acción elementos no patrimoniales que son los esenciales, de los cuales proviene el estado de socio y que son la causa de la limitación que anotamos.

Igual cosa sucede con la calidad de las personas una vez cristalizada la sociedad: cualquiera puede pertenecer a la Sociedad Anónima y salir de ella. En tal forma existe esa libertad que ninguna de las incapacidades de los miembros afecta a la Sociedad (los menores y los interdictos son socios por la adquisición de acciones) y en la ley alemana niquiera las de suscritores, porque en todo caso se trata de un ente nuevo respecto al cual las personas son miembros pero no partes contratantes. La corporación es un organismo diferente que tiene su propio fin y sus propios medios y por consiguiente

su propia esfera jurídica; sólo el hecho de sus órganos puede afectarla. Mientras que en otras sociedades la constitución es por razón de las personas, aquí todo gira alrededor del fin: la corporación de la Sociedad Anónima es la integración en él porque los socios se someten a él y lo reconocen como la norma social. En cambio, las voluntades individuales o personas pasan a otro plano en cuanto queda constituida, no pudiendo por ello perturbarle las ocurrencias a los socios. Ellos pueden ingresar y dejar de ser y no se produce ni disoluciones ni creaciones sucesivas, sino pura vida institucional, "actos corporativos" dice Oertmann.

Podría decirse que todo esto es debido a que la Sociedad Anónima es una asociación de capitales, una asociación de base real, en el sentido de que tratándose de aportes de bienes, cada uno puede usar y disponer de su parte, y que estando ya garantizados los terceros por la formación del patrimonio social, no hay nada que pueda retener al socio. Pero no son exactas una ni otra afirmación.

El hecho primario en la fundación de la Sociedad Anónima es la adhesión al fin social, del cual depende el acto del aporte como mas tarde lo diremos; por esta adhesión se le reconoce como objetivo y normal. Y durante la vida de la sociedad todos los hechos de los órganos y miembros deben estar inspirados por el fin social. De aquí proviene el *affectiosocietatis* de la forma personal romana y de la cual muchas veces se ha creído ser innecesaria, o por lo menos no indispensable en las modernas anónimas. Pero lo es también como causa inmediata de la solidaridad interna y control de la vida institucional. Su ausencia en grandes masas de accionistas que buscan solamente la especulación, es una de las principales razones de la crisis de organización de las anónimas hoy día y la diferenciación de los socios por razón de dicha afección una de las bases propuesta por Gaillard para su reforma. Por de pronto la no sumisión al fin objetivo es causa por la cual los Tribunales franceses han anulado "decisiones motivadas en el interés personal de la mayoría pero no conforme al interés social" (Gaillard). Todo lo cual nos dice claramente como no es el aporte ni lo real el elemento

primero y como su predominio conduce justamente a la desorganización institucional, tampoco son las personas, sino en cuanto vinculadas por el fin y el interés sociales.

Y en cuanto a la segunda afirmación, ello es alterar el orden lógico, pues se toma lo accesorio (separación patrimonial) por, lo principal (organización corporativa). Si aquel es posible, débase a que existe un sujeto de tal patrimonio social, personalidad jurídica del organismo social previa o simultáneamente constituido pues de lo contrario habría de suponerse el patrimonio sin sujeto o como propiedad de los socios, pero afecto temporalmente a un fin como propone Thaller. Mas tarde veremos como no es posible esta solución y no es necesario repetir lo dicho sobre el contrasentido de un patrimonio sin titular, de un complejo de derechos sin sujeto.

Así el fundamento de la corporación es el fin social y por su causa se crea un organismo que adquiere, respecto a las personas que lo forman, una independencia casi completa. Ello no implica sin embargo, ni puede implicarlo dada la naturaleza social del mismo, la desvinculación de esos miembros como vamos a ver en seguida.

11.- B) Siguiendo una ley natural a todo organismo, cualquiera que sea su naturaleza, en la Sociedad se produce una diferenciación de funciones y una trabazón jerárquica de ellas, de donde resulta la Autoridad Social.

No habría necesidad de llamar la atención sobre este hecho si no fuera porque las teorías que han explicado la sociedad anónima a partir del Código Napoleónico lo han entendido siempre en forma totalmente diversa.

Para la ley francesa los cuerpos directivos, cualesquiera que ellos sean, se entienden como delegaciones de un poder que reposa en el conjunto de las personas que componen la Sociedad. Como no hay organismo sino pluralidad de personas enlazadas entre sí y con una unidad que no les quita la calidad de partes contratantes, y por tanto irreductibles aún en este aspecto social, no hay otra

explicación para la autoridad que el ir depositando los derechos en cada Junta y en cada funcionario. Si alguien ordena y dispone es por tener la representación a título de mandatario. Por esta misma razón está sujeto a la revocación sin expresión de causa, ya que el mandante puede en cualquier momento reasumir la personería de que se ha despojado por acto voluntario. Más aún, en el mandato individual puede pactarse la obligatoriedad de él durante un lapso de tiempo, salvo causa justificada; pero en la Sociedad Anónima no puede hacerse lo mismo, porque con la continua variación de los socios, muchos quedarían ligados en forma duradera por acto jurídico ajeno en materia de tal naturaleza.

La ley italiana sigue idéntico camino en lo fundamental del concepto y reglamentación de la Autoridad social. Difiere en cuanto a los daños y perjuicios que concede a los Administradores revocados sin expresión de causa, medida que tiende indirectamente a favorecer la continuidad, pero cuya verdadera base es sólo la indemnización por el daño económico y moral que necesariamente causa tal clase de revocaciones. Y ni intenta otra solución porque ella no cabe en el caso de un mandatario.

Bastala exposición de estas ideas para percibir su incompatibilidad con la corporación y con todo organismo social. Sin embargo, no se reduce todo a esta incompatibilidad, sino que hay algo que no puede ser explicado por la noción contractual: la existencia misma de la Autoridad y la calidad de sus poderes.

Es sabido que las teorías liberales e individualistas en Derecho Público han sufrido una revisión total porque jamás pudieron explicar cómo la agrupación de muchos engendraba derechos que uno a uno no tenía, sino se aceptaba la creación por tal grupo de una entidad nueva cuya vida exigía una dirección. Las críticas iniciadas en los sectores tradicionalistas desde el punto de vista de la soberanía, llegaron a ser recogidas por las doctrinas positivistas, el profesor Duguit especialmente, en cuanto a su aspecto negativo. Y no aceptando la existencia del organismo social

ni su ley natural que le imponía una autoridad cuyo último origen se remontaba a Dios, el positivismo tuvo que partir de una constatación pura, sin explicación jurídica alguna: hay quienes mandan y quienes obedecen.

Con las sociedades anónimas ha sucedido algo semejante. Hemos recordado ya que por causa de la época en que organizan sus formas actuales, también recogen los mismos principios individualistas y liberales, y justifican la autoridad de la misma manera: el contrato inicial y el mandato. También aquí la voluntad general de todos los socios es el poder supremo, sin más limitación que los derechos individuales de los mismos (ya hemos recordado como la ley francesa de 1913 fijó solo dos bases esenciales: cargas pecuniarias y nacionalidad).

El positivismo no puede penetrar tan brutalmente en estos organismos privados, porque hay actos jurídicos iniciales y, sobre todo, porque se trata de intereses económicos personales y presentes, ante los cuales no es posible reducirse a una comprobación de hechos. La explicación es dada por la teoría corporativa o institucional que fundamenta la existencia de tal autoridad en la ley natural del organismo social.

Porque el ente social ha aparecido para realizar una finalidad propia, porque ella no se alcanza en forma instantánea sino que requiere la duración y la continuidad en la acción, porque ha sido dotada de medios específicos para la realización de su misión, la Sociedad requiere, haya pacto o no, la existencia de una Autoridad. Ese pacto no ha existido jamás ni para el organismo biológico ni para ninguno de los sociales (sociedad civil, Estado, familia, etc.); tampoco en la historia de la Sociedad Anónima se recuerda hecho semejante. Ya hemos indicado cómo desde el primer momento de la Sociedad Anónima un grupo tomó la dirección y el otro permaneció subordinado. La convención primera podrá crear el organismo e indicar cómo se designa la autoridad, pero de las necesidades de aquel proviene ésta.

Y si la autoridad social no es fruto de un mandato sino de

una exigencia natural del organismo, su duración no dependerá de los socios sino de tal exigencia y su límite tampoco será la voluntad de la mayoría sino la misma necesidad social. Los titulares de la autoridad social no son por tanto mandatarios sino órganos, y no debe considerárseles como representantes en el sentido ordinario, puesto que no actúa en nombre de persona extraña y distinta, sino como parte y miembros de la institución que rigen. En cuanto a los poderes que tienen, ellos son los requeridos por la vida institucional y sólo ellos, es decir los provenientes de la finalidad e interés sociales y no de la voluntad de grupos de socios por grande que sea su número. La obligación que asumen de servir a la Sociedad no puede realizarse sino en vista a los objetivos de ella y mientras así lo hagan son inamovibles. De este modo la misión de la autoridad encuentra su base, su fuente y su límite.

Emile Gaillard ha estudiado en un interesantísimo libro la aplicación de la teoría institucional al funcionamiento de la Sociedad Anónima ocupándose muy especialmente de este problema de la autoridad y de la revocabilidad sin causa de ella. El dominio teórico y práctico con que el autor trata estas materias nos obligaría a hacer una síntesis de su pensamiento, por lo que preferimos limitarnos a dejar así indicados los puntos básicos de la nueva doctrina.

Por lo que se refiere al carácter de los socios, se produce una situación nueva y especial respecto a cada uno, desde que en la corporación no pueden ser partes contratantes con intereses particulares ni individuos colocados en pie de igualdad unos respecto a otros y cada uno respecto al conjunto. Ya hemos dicho que hay una integración y el nacimiento de una nueva entidad: los individuos son los que hacen la primera generando así la segunda, en la cual adquieren el "estado" o puesto de miembros.

El contrato procura crear una situación jurídica tan precisa y neta como sea posible, definiendo perfectamente las obligaciones, derechos y responsabilidades de las partes, para que dentro de ellas el interés particular y la voluntad individual se muevan

con el menor riesgo para una parte y la mínima posibilidad de daño para la contraria. Pero el supuesto inicial es siempre esa individualidad y ese particularismo. Al celebrar el contrato, ambas partes llevan y traen las condiciones, las transforman, amoldan, etc., porque es su voluntad quien gobierna el contrato y para ella se hace. Por esto el individuo queda siempre individuo, es decir, no subordinado, aislado. Se obliga a algo pero sin perder un ápice de su independencia.

Por el contrario la corporación precisa un objetivo social que no es particular ni personal a cada uno de los socios, sino propio de la entidad, y respecto al cual estos se adhieren, aceptándolo. El interés individual queda subordinado al social y su voluntad personal sometida a la persona jurídica que contribuye a crear. Las condiciones de fundación no pueden ser discutidas ni modificadas, sino aceptadas o rechazadas porque frente a ellas el individuo no juega el papel deliberativo sino únicamente el ejecutivo. De donde resulta que lo dominante es el fin social, respecto al cual los integrantes ocupan un segundo plano. La integración ha generado un organismo que los abarca y en el cual quedan en condición de miembros. No es el individuo libre, obligado por un contrato pero siempre gobernado y regido por sí mismo, sino el subordinado a quien domina la institución creada para el fin social.

Verdad es que en las sociedades colectivas y comanditarias acontece una cosa parecida y sin embargo ellas no prueban la existencia de una corporación. Pero es que hay una diferencia del grado de estructura y del ente social, como ya hemos dicho, y por tanto es distinto el fundamento de las exigencias en uno y otro caso. En la Sociedad Anónima los derechos y obligaciones que implica el estado de socio son asumidos para la Sociedad que cubre el conjunto de individuos y los aísla de toda relación personal con el medio exterior; en las otras, los socios los asumen además para los terceros a través de la delgada capa social. Aquí se acusa la existencia de un organismo perfectamente diferenciado, mientras que allí aparece otro tenue, que continuamente requiere la presencia de sus miembros como personas individuales.

Y tampoco puede decirse que hay un contrato de adhesión, porque si bien hay lo segundo (adhesión) faltan los caracteres del primero. Mas adelante lo precisaremos a propósito de la fundación de la Sociedad.

Todo esto quiere decir que los socios pierdan su personalidad jurídica propia y se reduzcan totalmente a miembros de la Sociedad. Su calidad de personas, en el sentido filosófico, les permite, asumir mas de una situación jurídica como hemos indicado, cada una de las cuales constituye un sector de su actividad. Los individuos son miembros en cuanto que formen parte de la Sociedad Anónima y ésta los subordina en tal calidad; pero continúan con su personalidad jurídica autónoma en los demás aspectos, sujeta al ordenamiento general. Para los primeros hay, como dice Rénard, "una constitución interna" ya que ocupan un puesto y tienen un estado dentro de un todo mayor que los abarca; para los segundos hay las relaciones contractuales ordinarias, de igual a igual, por las cuales se relacionan dos personas distintas. Por esta razón la Sociedad, que no puede ser sin sus miembros, no los observe: son irreductibles a ella por la mayor calidad y riqueza de su personalidad.

12.- C) Hay finalmente la separación de los patrimonios muy conexas con la materia que acabamos de dejar, puesto que si los individuos son miembros de la Sociedad tiene necesariamente que derivarse una diferenciación para lo económico.

Históricamente la separación patrimonial es mucho mas visible que la organización corporativa de la Sociedad Anónima, ya que los caracteres definidos de ésta se manifiestan paulatinamente.

Debido al carácter marítimo de la "roederie" había ya una limitación en el riesgo del negocio, pues en ella toda la garantía para terceros quedaba reducida al barco.

Por otro lado la "commenda" tenía en sus socios anónimos un principio de limitación, que no se había explotado en forma total. Pero la conjunción de ambas fue una adición de poderes económicos con una perfecta delimitación del riesgo corrido, lo que daba las características de un verdadero patrimonio diferenciado del

de los socios. Desde los orígenes, el elemento real tan importante en estas sociedades mercantiles constituyó u todo aislado, especie de peculio romano con capacidad de acrecentar el patrimonio del sujeto principal, pero no de obligarlo ni de disminuirlo. El titular de tal patrimonio fue definiendo cada vez mas nítidamente sus rasgos hasta aparecer la corporación de socios con los caracteres que hoy conocemos.

Planiol, Thaller y otros autores que empiezan por negar la entidad distinta de la Sociedad, sostienen que se trata de casos de copropiedad o de propiedad colectiva y por tanto el elemento esencial sería el aporte económico. Como se presentan aquí diversos problemas conexos con el fondo social, reservaremos su estudio y las interpretaciones de estos autores para el capítulo siguiente.



CAPITULO III.FONDO SOCIAL CONSTITUIDO POR LAS APORTACIONES DE LOS SOCIOS.

Siendo la Sociedad Anónima de carácter comercial y teniendo como misión el producir un lucro, es necesario que tenga los suficientes medios económicos para poder cumplir su función. Como no es una sociedad al estilo romano en que había una comunicación de los bienes de los socios, sino que hay su sujeto de derechos nuevo y distinto de ellos, hay también un patrimonio nuevo y distinto. El activo de este patrimonio, su parte económicamente positiva, con la cual va a operar la Sociedad Anónima y con la cual va a responder de las acreencias sociales, es obra de los aportes de los socios, recibiendo la denominación de capital o fondo social.

Múltiples e interesantes problemas se presentan alrededor de este fondo social, en cuanto a su naturaleza, régimen, derechos y obligaciones a que da origen, etc. Por parecernos los más importantes vamos a tocar los cuatro puntos siguientes, en una forma rápida, con lo cual habrán quedado diseñados los aspectos más importantes del mismo:

- A) Naturaleza del fondo social;
- B) Formación del fondo social;
- C) Principales derechos de los socios; y
- D) La verdad del fondo social.

13.- A) Naturaleza del fondo social: la respuesta que pueda darse a este problema depende primeramente de la existencia o no de la persona jurídica en la sociedad anónima. Si lo es efectivamente, el fondo social no puede ser otra cosa que la masa de bienes de propiedad de la sociedad; si no hay tal personalidad, tampoco podrá haber propiedad, y el fondo social será siempre una forma de copropiedad.

El profesor Thaller que tiene una posición original sobre el particular negando la existencia de la personalidad pero afirmando que el contrato de sociedad es esencialmente externo y válido para todos, sostiene el segundo extremo. La copropiedad de los socios se

manifiesta en sus derechos al momento de liquidarse la sociedad, estando opacado mientras tanto por el predominio de los derechos sociales que tienen un mayor interés para los socios ya que por causa de ellos han hecho el contrato social. Al tocar el punto relativo a la formación de este fondo social indicaremos las razones por las cuales estimamos errada la opinión del profesor Thaller.

Pero, quienes consideran a la sociedad propietaria del fondo social, no hacen hincapié en un carácter esencial de su derecho; ser una propiedad institucional. Se le considera como cualquier dominio individual o se entiende a lo más que se trata de una forma especial del mismo. De allí que hayan aparecido las teorías del patrimonio de afectación de Brinz o la del patrimonio colectivo de Planiol o la indicada de Thaller, porque hay caracteres que no encuentran su justificación dentro del régimen de la propiedad individual y que reclaman una explicación. Pero en una por ausencia total de titular y en otras por negación de la persona jurídica en forma que no puede sostenerse actualmente, no hay tampoco una explicación de esa naturaleza que se ciña a la realidad. Afirmando la existencia de dicha persona pero haciendo una forma propia distinta del dominio que ejerce sobre determinados bienes, la teoría institucional explica esa realidad de la Sociedad Anónima y abre horizontes nuevos a las tendencias del derecho social en general.

El carácter que especifica esa propiedad institucional es el mismo que rige toda la vida y organización de la institución: el fin. De la propiedad puede decirse con una gran aproximación que es la objetivación del dominus, porque sobre ella se ejerce su personalidad en la plenitud de sus posibilidades: el uso que se haga, la forma de mantenerla, las desmembraciones a que se le someta, las cesiones de que puede ser objeto, etc., todo acusa la subordinación plena y total de la cosa al dueño dentro de las limitaciones de la convivencia social. Y esa subordinación es excluyente de todo otro señorío por causa de su amplitud y profundidad. De allí que la propiedad individual exprese la libertad, la autonomía y la razonabilidad del dueño, ya que le sirve para los diversos fines y planes que simultáneamente

puede proponerse y realizar.

Con este sentido integral, no aparece nunca el derecho de la sociedad anónima porque jamás llega a la plenitud que tiene sobre sus bienes una persona física capaz. Las diversas manifestaciones del dominio, que resultan del señorío completo de los bienes por el titular, se encuentran disminuídas en cuanto a su amplitud y variedad, vamos a llamar la atención sobre dos derechos únicamente: el uso y la disposición.

El uso de los bienes de la Sociedad Anónima no puede ser realizado sino para el objetivo social mediata o inmediatamente, por sí o por medio de interpuesta persona a quien puede encargar el desempeño de una función social, pero siempre y únicamente para tal finalidad. Se dirá que esa es la esencia de toda persona jurídica y que precisamente en ello se diferencia de la persona individual, la cual es fuente continua de planes y de fines a los cuales amolda los medios de que dispone, mientras que la primera está determinada por la unidad de su línea (Oertmann, Rénard). Pero esta justísima observación nos dice también la imposibilidad de entender la propiedad social idénticamente a la propiedad individual; hay una diferencia de naturaleza entre ambas, aun cuando las dos cuenten con elementos comunes que permitan unificarlas en el plano más profundo de los derechos reales en general, o sea de las formas del señorío del hombre sobre los bienes, pero no de las individuales que son las integrales.

La disposición de los bienes es otro aspecto esencial de dicho derecho de dominio: el señor puede enajenar todas sus facultades o desmembrarlas, a título oneroso o gratuito. Las limitaciones del Derecho Natural y que el positivo se esfuerza por determinar especialmente en la actualidad, sólo tratan de que no se defrauden las expectativas y los derechos de las personas que dependen del titular y las de la comunidad nacional de la que forma parte (limitación a la donación, prodigalidad, leyes de orden público sobre disposición de bienes, etc.). En la Sociedad Anónima como en toda otra institución, encontramos desde luego esta primera y general

limitación; pero además hay otra que es la primera y fundamental: las disposiciones de los bienes que forman el fondo social sólo se pueden realizar para los fines sociales: servicio de la sociedad y bien común de los asociados. Al hacerlo, la institución celebra contratos y crea vínculos semejantes a los usuales en el individuo (venta, locación, hipoteca, depósito, préstamos, etc), pero los cuales no pueden ser sino en el sentido indicado. Darles otro destino sería contradecir la naturaleza de la sociedad, abuso de poder.

No puede decirse sin embargo que se trate de una fundación. Vivante, cuya terminología jurídica se ve desbordada a cada paso por las ideas que quiere expresar, dice que sociedades mercantiles son a la vez corporaciones y fundaciones, precisando por supuesto que no son sin embargo unas y otras puramente, sino a manera de ambas. Pero la razón que expone para negar el carácter fundacional no es la primaria: "porque los socios concurren como titulares de las cuotas y de las acciones a administrar el caudal hacia el fin social". Esta es ciertamente una diferencia entre ambas instituciones, pero ella es una derivación de la manera cómo se ha formado las masas institucionales en uno u otro caso, formación que a su vez es consecuencia inmediata de esta raíz primera: la fundación está definida para siempre porque la voluntad que le dio existencia ha dejado de tener autoridad para quitársela, mientras que la sociedad, y particularmente la corporación anónima, permanece y actúa en pro de su finalidad, pudiendo dejar de ser o tomar nuevos caminos y aún, con restricciones, cambiar los fines sociales.

La fundación tiene cierta rigidez -causa de los ataques del Derecho y Economía liberales que entendían la vida como individuos conectados por procesos de cambio-, mientras que la Sociedad tiene elasticidad; la vida de la primera es restringida en relación a la vida de la segunda y los derechos suyos menores que los de ésta, en la misma forma que los sociales son inferiores a los individuales, y, entre los diversos tipos de sociedades, no

son tampoco idénticos. Son los sistemas jurídicos particulares que hemos indicado anteriormente siguiendo a Rénard.

Resulta así que si los derechos reales que el ente social tiene sobre sus fondos no son todos ni tan intensos ni de igual naturaleza a los que tiene un señor individual, es porque su dominio no es el de éste: hay un dominio social o institucional que tiene una fisonomía particular y no es individual, sui generis, sino propio, distinto.

14.- B) Formación del fondo social: todo lo hasta aquí dicho se refiere al fondo social desde el punto de vista del derecho de propiedad de la Sociedad Anónima; pero interesa también ver cómo se ha formado, tanto por el sentido que tienen para los socios los aportes prometidos, cuanto por la naturaleza del acto jurídico por el cual se verifica. Al examinar las soluciones propuestas por diversos autores, veremos cómo no es materia desligada de la anterior, sino que ambos son dos aspectos de la misma realidad objetiva del fondo social -una desde el punto de vista de la Sociedad y la otra desde el punto de vista de los socios- e íntimamente ligados con los principales derechos que éstos adquieren en la Sociedad.

15.- Generalmente quiere explicarse la formación del capital acudiendo a los principios del derecho contractual, por medio del cual los individuos se conectan entre sí asumiendo activa y pasivamente obligaciones. Tal es el punto de vista de los autores franceses (Lyon Caen y Renault, Thaller, L. Lacour), los cuales difieren sin embargo en cuanto a los efectos del contrato y por tanto en el sentido de los aportes hechos por los socios.

Para Lyon Caen y Renault, que siguen la explicación clásica de este asunto, el fondo social se forma por un contrato consensual y bilateral celebrado entre los socios y cuyos efectos principales son dos: la obligación de aportar y el derecho a beneficios y a parte del activo social al terminar la vida de la Sociedad. Se trata por tanto de un negocio oneroso en el cual las partes contratantes asumen obligaciones. Por tal concepto podría decirse que la aportación es una forma de cambio económico íntimamente unido a una

vestidura jurídica que permite el cambio de la naturaleza de los derechos recíprocamente entregados: la causa o función objetiva del negocio es un intercambio del que todos esperan ventajas de orden personal. Casi podría afirmar que hay una permuta, porque cosas son las entregadas y las recibidas y aquí también se estiman subjetivamente no pudiendo haber lesión por diferencia de valores. Los autores citados indican que las relaciones del socio y la sociedad son "análogas" a las de compra-venta y locación, según sea el tipo de aporte, aunque no hay la primera porque no hay precio en dinero (Nº14 y siguientes).

En cambio para Thaller el aporte tiene otro significado totalmente distinto, porque concibe la sociedad en otra forma. Su base de partida es que la ley no ha querido la transmisión de la propiedad de los bienes prometidos, de manera que la solución hay que buscarla por otro camino, que no puede ser sino el mandato o representación mediante la cual otra persona puede disponer de lo que no es propio.

La sociedad, dice Thaller, no es sino una ampliación del mandato hecho por los socios a un gerente, para que represente sus personas y parte de sus bienes por un tiempo determinado y para una finalidad dada. Pero, como la sociedad es un contrato esencialmente público, porque está destinado a ser opuesto a todos, pudiendo todos también reclamar la aplicación de sus disposiciones, resulta gozando de un derecho que parece real por este carácter público, pero que no lo es en verdad, como no lo es tampoco el del arrendatario que puede oponer su derecho al tercero adquirente. En esta forma la Sociedad parece tener una propiedad que en verdad toca a los socios: "propiedad en mancomún (gesamte Hand) que recibirá, respecto a quien fuere, la afectación centralizada que los socios han querido darle". (Nos.284, 287 y siguientes).

Por tanto, el sentido del aporte es para Thaller el de una puesta de bienes bajo un representante y para un fin determinado.

Esta concepción, perfectamente lógica respecto a las bases de donde proviene, no es aceptable por causa de tales premisas.

Thaller ha visto con toda claridad que se trata de una afectación o vinculación patrimonial, lo cual le da una solidez doctrinaria superior al intercambio en que se basan los clásicos, quienes no han acentuado este carácter que es ciertamente el esencial en el problema del fondo social de la Sociedad Anónima. Tan no lo hicieron que ha sido posible llegar hasta el abuso de aprobar por mayoría el cambio de objeto de la Sociedad y obligar a su aceptación a todos los socios que han suscrito con otra finalidad, ya que la voluntad social expresada por tal mayoría no podía estar limitada por un acuerdo que provenía de ella misma y que en cualquier momento podía modificar. La tesis de que los Estatutos son ley para las partes y por tanto inmodificables por éstas, que era el punto de vista contractual clásico, era por otro lado, una defensa demasiado extremada de la rigidez del contrato social, siendo por tanto nociva. Así lo reconoció la ley francesa de 1913 que señaló sólo dos bases esenciales inalterables por la mayoría: la cuota del aporte y la nacionalidad de la Sociedad, confirmando así la secundaria importancia de la afectación patrimonial.

Pero lo que Thaller no vió fue que con los elementos de que disponía no era posible hacer la afección patrimonial en la forma que aparece en la Sociedad.

Según la teoría de la representación el mandatario es el otro yo del mandante por cuya cuenta y en cuyo nombre actúa; no puede por consiguiente, ligar que éste no quiera expresamente realizar. Y sin embargo, el Directorio y la Asamblea de la Sociedad Anónima funcionan por mayoría disponiendo con derecho suficiente. De allí que la copropiedad a que se refiere el profesor francés no sea la romana de partes o cuotas del derecho o de la cosa, sino la germánica de la mancomunidad (Gessamte Hand) en la cual no los socios sino la colectividad de ellos es titular del derecho: el representante puede serlo de la voluntad colectiva, aunque ésta no sea la unánime. Pero si existe tal colectividad así independiente de los individuos y cuenta con una finalidad y una voluntad particulares, nos encontramos con un sujeto

de derechos, con una personalidad jurídica que es la verdadera titular del patrimonio.

Niega Thaller la existencia de tal personalidad; dice que es "quimera, espejismo, que al aproximarse se desvanece". Pero acepta que la Sociedad es la "exteriorización" de un lazo que vincula a personas individuales, que es "organismo abierto al público" (Nos.256 y 274 y sgtes). La realidad le enseña a evitar la propiedad personal de los miembros sobre sus aportes, pero quiere evitar también la "persona jurídica" como realidad distinta de la persona individual; busca una fórmula en que se integran los derechos del socio, que no han sido permutados, y los de la Sociedad, que en cierto modo los ha asumido, porque dispone de ellos plenamente. Habiendo avanzado tanto no llegó sin embargo a la concepción institucional, en la cual pueden conciliarse ambos porque el punto de partida no son únicamente los derechos individuales, sino también la situación social, la calidad de miembro que tiene el socio. Con contratos, con obligaciones, con derechos subjetivos, Thaller no podía hacer más que constatar la existencia de dos situaciones que teóricamente son inconciliables y que sin embargo, prácticamente, funcionan en una integración perfecta. Toda solución que ensayara había de ser a costa de la Sociedad o a costa de los socios: escogió el primer camino y la redujo a un mandato ampliado.

En los comentarios que hacen de las leyes alemana e italiana Fischer y Vicante respectivamente, se encuentran otras interpretaciones que nos parecen más cercanas a la realidad de las cosas, criterio fundamental para apreciar la bondad de una teoría jurídica.

Fischer indica que en el capital de la Sociedad Anónima hay que distinguir dos aspectos: el económico y el jurídico. Según el primero, se encuentra una verdadera copropiedad entre todos los socios ya que ellos han aportado los bienes sin recibir precio alguno por ellos y la Sociedad, que es titular de tales bienes, está formada por los mismos socios. Pero, jurídicamente la Sociedad es una corporación diferente de los socios y a quien éstos se han obligado a entregar parte de sus bienes: la Sociedad tiene un crédito a

cargo de los socios, pero no un crédito contractual sino "estatutario", "social".

Vivante, cuyo sentido de la realidad ya hemos indicado, dice que el contrato de sociedad no produce "un trueque de valores" ni "una comunicación de propiedad" entre los socios. Por él "se realiza una asignación de bienes en propiedad o usufructo a la nueva persona a la que se da vida..."; y si en la celebración del contrato los socios y la sociedad están frente a frente, en la ejecución están "el uno al lado del otro".

Tenemos así francamente expresada en el primero la significación estatutario y social del aporte, única manera de explicar la formación del fondo social. No entiende la ley alemana que los socios se conciban fuera o desligados de la Sociedad; socio es la denominación del individuo en cuanto está asociado, en cuanto vinculado a otras personas. Y si esa asociación es una corporación o sea la forma más estructurada y sólida de ellas, socio quiere decir no sólo una vinculación sino una subordinación, una dependencia de parte a todo, de miembro a organismo. En consecuencia, lo que éste entregó en carácter de tal jamás pudo ser cambio de otra cosa por causa de negocio oneroso. Como cooperación para el fin social, en que está interesado, se produce el aporte del socio y en tal carácter se forma el fondo social.

En Vivante, que trabaja siempre con elementos predominantemente individualistas, hay intuición de tal realidad, quizás podría decirse mejor visión, pero él como Thaller no tiene los instrumentos que se requieren para darle forma jurídica. Por ello consigna dos notas que lo aproximan a Thaller: la "asignación" y el interés paralelo de los miembros después de la constitución de la Sociedad.

También ve cuál es el carácter predominante en el aporte del socio: dar para algo que es directamente personal, conceder a la Sociedad sin trueque por otros bienes inmediatos. Y luego, como en el "organismo" del profesor francés, señala la meta única en la cual convergen los intereses particulares de todos. Pero en cambio acepta la personalidad jurídica de la Sociedad y la calidad de propietaria

que tiene respecto a todos los aportes de los socios, entendiendo así que hay una corporación en la cual éstos son miembros integrantes pero no individuos contratantes, ya que la virtud del contrato consiste principalmente en cambiar la dirección de los intereses particulares. La asignación, la transformación de los intereses y la personalidad jurídica de la Sociedad colocan a Vivante fuera de los límites de la teoría contractual.

Para todo el que conciba la existencia de la corporación en la Sociedad Anónima y juzgue el fondo social no desde el punto de vista de los individuos sino de los miembros que la componen, el sentido de los aportes aparece claramente como una dotación hecha en favor de la Sociedad por ser condición indispensable para su vida. No hay intercambio de derechos ni copropiedad de bienes: quienes quieren el fin social entienden que es necesario proveer de los medios económicos apropiados a la institución capaz de alcanzarlo y como tan necesario es que la Sociedad tenga miembros que la formen, cuanto capitales que le permitan actuar, condición indispensable para su constitución es el allegamiento de ambos, quienes subordinándose a la finalidad social se integran en la Sociedad: las personas como miembros, los bienes como capitales. Ni los miembros son terceros frente a la Sociedad puesto que son de ella, son ella; ni los aportes son el patrimonio individual sino el social. Las personas no pueden totalmente dejar de ser ellas mismas y conservando su propia calidad jurídica adquieren una nueva; los bienes sí, y pasan a otro patrimonio. Pero como los miembros unidos entre sí para el fin social son la corporación titular de tales aportes, los miembros adquieren un estado que les confiere derechos al patrimonio social. No hay contrato porque no hay prestaciones recíprocas ni intereses particulares predominantes ni destino pasajero: hay institucionalidad dentro de la cual las obligaciones que el contrato produce son sustituidas por un "estado" del cual derivan diversos derechos.

Los actos jurídicos, sean bi o plurilaterales, producen no solo obligaciones, que son vinculaciones esencialmente pasajeras

de la voluntad, sino también crean situaciones estables, respecto a las cuales hay "estados". El funcionario, el obrero, la esposa, etc. Son estados de las personas, las que siendo individuos, adquieren además esta particular "manera de ser" respecto a una institución determinada. De tal "estado" se derivan prestaciones y participaciones, entre las que pueden existir derechos patrimoniales con un carácter real o un carácter credencial, pero que no los caracterizan porque no son sino manifestaciones de un todo mayor, contenido de una esfera jurídica más amplia, que es el "estado". Así cabe decir que tenía razón Beudant al negar que los derechos del socio son de crédito o reales, no porque todo derecho patrimonial no sea efectivamente uno y otro, sino porque no está en ellos lo esencial, ni lo que hace la fisonomía del socio, sino en su "estado" de tal.

Hay una institución que en la familia tiene una función objetiva semejante a la del aporte en la Sociedad Anónima, guardadas las distancias provenientes de la diversa finalidad y espíritu de ambas: es la dote. La mujer que va a ser esposa, que quiere los fines sociales del matrimonio, quiere también los medios necesarios para su consecución. Y ella por sí u otros por ella o la ley, constituyen una dote, cuya carácter esencial es el aporte para soportar las cargas comunes del matrimonio. Nuevamente hay un acuerdo de voluntades, acto jurídico bilateral considerado como un contrato, pero que es mucho más que el contrato puro, pues crea una institución nueva dentro de la cual más que obligaciones y derechos hay estados de los cuales aquellas derivan. Lo permanente y lo característico es el "estado; quien ha asumido las obligaciones y los deberes sin haberlo adquirido queda fuera de la institución y carece de los derechos que él procura.

También aquí como en la sociedad hay una finalidad común, necesidades comunes y por tanto base económica común que es proporcionada por ambos. Porque, en su sentido amplio la dote existe no sólo cuando la mujer efectivamente lleva bienes al matrimonio (régimen dotal), sino también, como índice Plano 1, cuando hay

contribución al fin social. Así se encuentra en el régimen de comunidad en que todos los bienes de la mujer son dotales, en el de sin comunidad en el cual el marido tiene el goce de todos los frutos de los bienes de la mujer, en el de separación en que la ley obliga a la mujer a contribuir con una cuota de sus rentas y desde luego en el propiamente dotal (Planiol)

Hay, por supuesto, la inmensa diferencia de que no siendo el matrimonio una sociedad lucrativa, tal aporte o ayuda no constituye condición esencial para la constitución social. No todo matrimonio se constituye con dote, pero toda dote es una asignación para el fin social.

Precisado así el sentido y función del aporte social, veamos ahora quienes son las personas que intervienen en el acto jurídico por el cual se realiza, y el título con que intervienen.

16.- La ley francesa de 1867, base del régimen de las Sociedades anónimas en ese país, considera que el aporte se hace en virtud de un contrato celebrado en favor de la Sociedad por los fundadores, como sus gestores de negocios, y los suscritores. Salta a la vista un reproche a tal concepción: no es posible hacer gestión de negocios ajenos cuando no hay un señor a quien referir esta calidad de ajeno, ya que la sociedad no existe mientras no se produzca el contrato respectivo, y la suscripciones condición previa al contrato. La concepción clásica de la gestión de negocios es que el gestor mejora o defiende los derechos ya existentes, y no habiéndolos, por no haber sociedad, no puede haber gestión.

Cierto es que la interpretación francesa no es tan rígida y admite que también existe tal gestión para hacer adquirir un derecho que no se tiene aún, pero siempre es en referencia a otra persona jurídica para quien ese gestiona. Planiol indica que en este caso se encuentra la gestión en los límites de la estipulación a favor de tercero, ya que si esa persona en favor de quien se actúa no existe, el negocio de sólo puede entenderse como tal estipulación y jamás como gestión de negocios que exige la existencia previa de aquel.

Thaller que se da cuenta de que no puede haber gestión de negocios de quien no existe, pero que en la realidad los fundadores reciben las suscripciones de los futuros socios, trata de hacer aparecer un rudimento social previo a la constitución pero capaz de ser el beneficiario de la gestión. Indudablemente, dice el profesor de Paris, que la sociedad no está definitivamente constituída sino después de cumplido todo el proceso legal respectivo, pero durante él y a partir de las dos primeras suscripciones, se ha formado un grupo o núcleo interior que es la Sociedad en potencia, y respecto a la cual los fundadores pueden ser y son gestores de negocios. (Nos.499 y sgtes).

Que esta explicación se aproxima mucho a la realidad es cosa evidente, porque el nacer de una Sociedad es el manifestarse de un ente que ha estado gestándose y no la súbita creación de un vínculo como puede suceder en una compraventa; y que los fundadores pueden ser gestores de ese núcleo es una observación ajustada a la doctrina y a los hechos. Pero, la teoría contractual con que trabaja no explica la formación del núcleo primero. ¿A quién se dirigieron los primeros suscriptores si aún no hay gestor? Si se trata del núcleo formado por los iniciadores, ¿cómo pudo uno de ellos recoger la suscripción que por naturaleza se dirige al fundador que se ya representante de la Sociedad? Y si se entiende un contrato de adhesión al cual van agregándose los suscriptores, encontramos siempre el mismo problema inicial: ¿Para quién solicitaron los autores de los Estatutos? ¿en nombre de quién actuaban?

La noción ordinaria del contrato no sirve para explicar esta formación continuada de una institución u organismo, porque sólo concibe la vida jurídica de individuos que pueden actuar en nombre propio o por representación o gestión de otro. Además, que los contratos no tienen efectos sino para las partes contratantes es un axioma básico de la teoría de los mismos, entendiéndose por partes a los autores del acto jurídico, a las voluntades activas en el mismo. ¿Cómo pues crear algo que no sea de ellas y para ellas? ¿Cómo fundadores y suscriptores producen efectos a favor de

quien ni siquiera existe? La única explicación que cabe es la estipulación a favor de tercero, que acoge la ley italiana.

Para el Código de 1882 el proceso de formación del capital social consiste en el contrato que los promotores (fundadores de la ley francesa) hacen en nombre propio con los suscritores, pero a favor de la Sociedad. El tantas veces citado Thaller objeta a esta interpretación el ser inaplicable en la legislación de su país, porque en ella (art.1119 y 1121 del Código Civil) se requiere que haya un interés personal de los contratantes para que la estipulación a favor de tercero sea válida. Esta es considerada como accesoria de aquel, y no habiendo tal interés en el caso del fundador, es imposible la vigencia del efecto oblicuo.

La jurisprudencia italiana ha interpretado con gran amplitud esa exigencia. También el art.1128 de su Código Civil exige que la estipulación a favor de tercero sea condición o modo de asegurar una prestación para el contratante, siguiendo así la tradición del derecho romano justiniano, del medioeval y del napoleónico; pero los Tribunales han favorecido el desarrollo de la estipulación referida entendiendo que el interés que tiene todo fundador en la Sociedad Anónima es la prestación personal requerida por la ley. No es ciertamente muy estrecha la aplicación de la ley, pero era necesario vitalizar un negocio que tiene utilidad en diversos asuntos y muy particularmente en éste de la formación del fondo social.

Sin embargo, y es esto verdaderamente interesante, la estipulación a favor de tercero puede explicar efectos para quien no es parte en otros casos, pero no en la fundación de la Sociedad Anónima porque su base previa es la total autonomía y diferencia entre el estipulante y el beneficiario, cosa que aquí no sucede.

Ser fundador quiere decir estar especialmente dedicado a una sociedad futura procurando su existencia; ser promotor, como dice la ley italiana, es moverse por y para ella. El fundador es el que ha concebido el negocio, el que ha otorgado los Estatutos, el que ha convocado -por no usar el término solicitado- a suscripción; la sociedad es la obra que está realizando en forma paulatina, su

propia actividad que se va objetivando y desprendiendo de su persona; que adquirirá individualidad y personería propias sólo cuando todos los trámites hayan sido cumplidos; además el promotor asume una responsabilidad por causa de esta actividad y por la constitución de la futura sociedad. No puede entenderse que el fundador es un extraño, un tercero, un individuo desvinculado de ella. Hay aquí, como tan acertadamente dice Thaller, "la misma formación plástica que se continúa, la misma célula que se alimenta"; es el núcleo interior que será sociedad al exteriorizarse. Es unánime el considerar al fundador en una posición de particular intimidad con la Sociedad, casi como ella misma. Por eso precisamente se le ha podido calificar de gestor de negocios.

Pero sucede lo que ya hemos indicado: el contrato ordinario no puede explicar la formación continuada de una entidad. Puede explicar el nacimiento de obligaciones, la cristalización de una entidad nueva, la modificación de situaciones ya hechas, pero no este vivir y progresar de un núcleo que se desarrolla. La gestión de negocios tiene que inventar el núcleo para dar vida al fundador; el contrato a favor de tercero falsifica al fundador por salvar al núcleo. Se requiere una concepción que respétenla realidad según la cual se forma la Sociedad Anónima: núcleo y fundador unidos por ser función el uno del otro, por integrarse orgánicamente.

La ley alemana parte del concepto ya indicado de que la suscripción es un acto estatutario complejo por el cual se declara la adhesión personal al fin social y se proporcionan los medios necesarios para alcanzarlo. El acto jurídico es una declaración unilateral de voluntad que obliga al suscriptor. Fischer comentando la ley dice: "es una declaración de voluntad unilateral y no receptaría en el sentido de que ni puede ni tiene porqué llegar a conocimiento de otra parte". Nos encontramos así con una manifestación típica del derecho germano que entiende la capacidad de obligarse jurídicamente por el hecho de hacer una declaración de la voluntad, sin que nadie la reciba o conteste.

Sin entrar a discutir la posibilidad de la existencia de

un vínculo jurídico como fruto de tal declaración personalísima, sí debemos objetar esta explicación porque no descansa en la realidad. La suscripción está lejos de ser un acto no dirigido a otra persona y que no requiera aceptación. Ante la proposición de los fundadores que lanzan el negocio y redactan los Estatutos o las bases de ellas, según las legislaciones, los interesados suscriben los correspondientes boletines adhiriéndose a la finalidad propuesta. Simultáneamente promete la entrega de determinados bienes haciendo así el aporte. Esta suscripción es dirigida a los fundadores, quienes tienen, en el caso de la legislación alemana, la amplia facultad de rechazar las que no estimen convenientes (art.195).

Sino estuviera dirigida a los fundadores, ¿cómo podían éstos considerar la suscripción para el pago proporcional y la concurrencia a Asamblea? ¿cómo tienen el derecho de rechazo? ¿cómo en el caso de la legislación francesa, tienen el derecho a rebajar proporcionalmente cuando hay exceso en la suscripción? Si alguien goza de algún derecho respecto a tales declaraciones es porque él las ha recogido y a él tocan. Y si la tramitación de dicha declaración unilateral requiere la inscripción en el Registro respectivo previa aprobación del "jurado de admisión" (Fischer) que son los fundadores, ¿cómo puede entenderse que tal suscripción no estuviera destinada a ellos y para ser recogida por ellos?

Se podrá argumentar diciendo que la participación de los fundadores es condición, pero que la obligación ya existe y ya nació por el hecho de la suscripción, en forma plenamente unilateral; que la recepción es adjetiva y de mero trámite, pero no esencial para que nazca la obligación. No es exacta la defensa, porque lo mismo podría decirse de todo acto bilateral de adhesión, reduciéndolo a un acto unilateral. El comerciante que fija un precio al cual se adhiere un cliente, no quedó obligado con él sino al ser recogida su oferta por la aceptación; por las condiciones del comerciante, por la intención demostrada por el comercio y por la

necesidad de dar tiempo al aceptante indeterminado a quien se dirige la oferta, la ley impone al oferente el mantenimiento de su oferta en conformidad con las circunstancias, pero, obligación jurídica y exequible no ha podido nacer sino cuando otro la toma, definiéndose el aceptante y ligándose las voluntades. Por lo demás es una discusión inútil y estéril ya que sólo cuando alguien exige el cumplimiento se ve si hubo o no obligación, y al exigirse es porque alguien la recogió con una aceptación. La vida jurídica es de relación y mal puede sostenerse que tenga efectos la declaración aislada, dirigida a la atmósfera, porque no choca ni interviene en la esfera jurídica de otro; y si choca es indispensable la aceptación o el rechazo, expreso, tácito, o presunto, en razón de la naturaleza de las cosas. Pensar en otra forma es sostener que en cada individuo existe un poder tal que es capaz sólo y por sí de crear obligaciones de contenido exterior y exequible pues son jurídicas. O se refiere a sí mismo y es una mera obligación moral, o se conecta con alguien que la recibe y es jurídica.

La suscripción es pues un acto jurídico que vincula al suscriptor con el fundador a quien se dirige: esto es lo real y es lo aceptado por todos. Pero el fundador es órgano social y por tanto el vínculo se ha hecho con la Sociedad y tiene el acto un carácter estatutario. He aquí la segunda parte en que no hay acuerdo.

Ya hemos visto los esfuerzos de Thaller y explicado como son inexplicables por el contrato ordinario. Pero, si la Sociedad es la corporación de las personas formada por su adhesión y sometimiento a la finalidad social, desde que dos concibieron ese fin y los cristalizaron en los Estatutos y se sometieron a él, apareció simultáneamente el núcleo social y los fundadores: aquel porque ya había la asociación de dos vinculados por la *affectiosocietatis* nacida del objetivo común, éstos porque al querer ese fin se habían adherido a él, le habían dado forma y empezaban a trabajar por él.

Y son órganos y no gestores o representantes porque el fundador es ya de la Sociedad potencialmente formada, miembro de ella, actuando en ella; los fundadores no son terceros que hacen en nombre de

y para otro, sino son la Sociedad misma, los individuos en cuanto partícipes de ella y laborando por ella. El fundador no aparece sino con el núcleo inicial: antes hay los individuos que pueden o no querer un fin; pero, sólo cuando se han aunado para obtener la finalidad común y laboran por ella, son propiamente tales. Esa calidad de órganos sociales, fundada en la intimidad social, se manifiesta en las funciones desempeñadas, inexplicables también en otra forma, sobre todo cuando falta una convención que les otorgue esos poderes: de la naturaleza de las cosas nace la existencia de guías o directores, que no serán autoridad en sentido estricto, pero como primus inter pares, encabezan el núcleo interior. Más tarde, cuando ya la fundación quede efectuada, aparecerá la autoridad social strictu sensu.

Pero entonces, ¿hay siempre un contrato, que se celebra entre los fundadores y no entre todos los socios? Puede llamársele así o en otra forma; acuerdo de voluntades ciertamente lo hay, porque es la esencia de la vida jurídica y de la naturaleza humana.

Pero es acuerdo por aceptación de una finalidad común, objetivamente exterior y superior a los intereses particulares, acuerdo que no se modifica por entrada o salida de las partes, que es válido para ellas y para todos, que produce especialización y jerarquía, que crea una institución, que permanece y se modifica según las necesidades y los dictados de la autoridad, que produce un estado y no sólo obligaciones; hay un acuerdo, pero con caracteres radicalmente diversos, y aun opuestos, a los del contrato ordinario.

Los fundadores hacen el llamado al público, este suscribe, aquellos como órganos reciben y califican, convocan a Asambleas, etc. Es decir, se cumple toda la tramitación necesaria para la formación sólida y honesta de la Sociedad Anónima y ésta adquiere automáticamente la personalidad jurídica. Es el "velo" que se corre (Thaller) dejando al descubierto la obra ya lista.

En consecuencia, la suscripción se hace por un acto jurídico que es bilateral (de una bilateralidad disimulada pero efectiva), de adhesión y cuyo efecto es incorporar el individuo a la

Sociedad confiriéndole el estado de "socio" o "miembro" de ella.

La declaración es emitida por el individuo y recogida por el fundador, como órgano de la Sociedad en el periodo de fundación.

De aquí derivan los derechos principales de los socios que exponemos inmediatamente.

17.- C) Principales derechos de los socios. Generalmente se agrupan los derechos de los socios en los tres grupos siguientes: beneficios, activo social y gobierno. Diremos algunas palabras sobre los dos primeros, con el objeto de precisar su fundamento y límite según las bases que hemos dejado indicadas.

18.- a) De la adhesión al fin social, característica del socio, y de su calidad de tal, nace el derecho a los beneficios. No proviene del aporte, porque, como ya hemos visto, no hay una permuta de derechos ni una conversión de ellos, sino la adquisición de un "estado" dentro de la Sociedad. La función del aporte es hacer posible ese estado, pretendido y causado por la adhesión personal del socio. Pero, aporte y adhesión tienen un sólo objeto final, el percibir las utilidades creadas por la Sociedad, que es el sentido último del acto jurídico por el cual se incorpora el individuo.

El estado de socio no confiere sin embargo ni un derecho de crédito ni un derecho real, hasta tanto los beneficios no se hayan producido. Como miembro de la institución, tiene el socio una situación por la que participa de la vida social, bien sea por la notificación que se le hace de los actos y resultados sociales, bien sea por su asistencia a asambleas, bien finalmente por su directa intervención en el gobierno de la Sociedad. Pero durante la vida de ésta, tal participación no abarca una percepción de parte de las utilidades que se van creando, por cuanto ellas no pueden existir sino al ser liquidada la sociedad. Antes de liquidarse no hay efectivamente sino aparentes utilidades, saldos favorables en el presente cuya inversión exigirá las necesidades de la sociedad; sólo cuando hayan sido pagadas las deudas y constatado la existencia de un activo superior al capital se puede hablar de utilidades firmes creadas por la gestión social. Por tanto, durante la vida

Social no tiene el socio un derecho sino una expectativa; la facultad de exigir no nace hasta la extinción de la Sociedad.

Sin embargo, no es esa la práctica de las Sociedades: durante la marcha del negocio se hace el adelanto de beneficios bajo la denominación de dividendos. En verdad no es esta una política que deba condenarse en absoluto, tanto por no ser posible la espera de años, decenas a veces, sin percibir intereses ni beneficios por el capital aportado, cuanto porque haría imposible la constitución de empresas de larga duración y de fuertes capitales que es precisamente la misión de la Sociedad Anónima. Pero, como se ve inmediatamente, ese adelanto de fondos que puede ser de vital importancia, envuelve la exigencia de que su disposición esté sujeta a especiales medidas de seguridad.

Se ha omitido la opinión de que tratándose de adelantos no debidos, pueden ellos quedar sujetos a una condición que permita recuperarlos. Pero esta medida es a todas luces de imposible aplicación tanto por la hipotética posibilidad de recobrarlos en múltiples casos, cuanto porque ello equivaldría a romper el principio esencial de la separación patrimonial y de la perfecta autonomía de una y otras personas jurídicas.

En la práctica ha surgido en cambio un doble orden de medidas de control que las leyes se han apresurado a recoger. Por uno de ellos se reconoce a la Asamblea como la única autoridad capaz de decretar el reparto de dividendos, debiendo siempre sujetarse a las resultas favorables del Balance social; por el otro se impone la obligación de conservar parte de las utilidades para crear un fondo general de reserva destinado a los mismos fines que el capital.

Respeto a la primera la realidad ha demostrado ser de un valor muy relativo, tanto por ser la Asamblea un órgano poco aparente para una labor seria y de mesura por su mismo carácter colectivo y por estar en ella representados todos los intereses particulares no siempre acordes con los sociales, como además porque la taxativa del Balance previo quiere decir muy poco cuando no hay

normas que fijen las bases de la Contabilidad y de la valoración de los bienes sociales. El balance no es sino una expresión final, resultante de series variadísimas de operaciones preparatorias, en las cuales puede perfectamente orientarse el resultado último sin que aparezca exteriormente tal maniobra y aún sin que pueda ella precisarse por una investigación posterior que fundamente una acción de responsabilidad e indemnización. La mejor prueba es que con acuerdo de las Asambleas y previo el Balance respectivo, se sigue una política de dividendos altos que sólo cuida del valor cotizante de la acción, sin interesarse por el estado económico efectivo de la sociedad.

El segundo tipo de medidas es de más efectivos resultados. Sea acumulando hasta el veinte por ciento del capital como exige la ley italiana o solamente hasta el diez como pide la ley francesa, en uno y otro caso se forma un fondo que hasta cierto punto garantiza la veracidad de las utilidades repartidas como dividendos, puesto que ellos cubrirán las necesidades extraordinarias de la Sociedad sin mermar los capitales.

Originariamente las reservas tuvieron otra misión. La idea que generó esta acumulación fue la de asegurar para tiempos difíciles el reparto de utilidades, sirviendo así como un regulador en la distribución de las obtenidas en proporción irregular. Pero al recoger esta práctica, la ley la orientó hacia el fin social que hoy tiene, más en consonancia con los deberes de la sociedad y con su estructura institucional aun no reconocida: reforzar la base económica sirviendo de garantía para terceros en igual forma que el capital.

Pero esta reducción de las reservas legales, cuando las hay, a este fondo general que no puede ser repartido entre los socios, no es una garantía suficiente dada su proporción total. Debe tenerse presente que en cualquier empresa las operaciones rebasan ampliamente el capital que las garantiza y que el uso del crédito tiende a ampliarmásymás esa diferencia. Verdad es que por muchas que sean las normas legales dictadas, siempre pueden ser burladas por

ser hechos rígidos, pero precisamente por ese motivo hay que recoger de las mismas Sociedades las lecciones de la experiencia. En el caso que nos ocupa la enseñanza consiste en la creación de numerosas reservas especiales destinadas a respaldar específicamente los renglones y las coyunturas que la índole del negocio presenta.

Hace presente Vivante que en las Sociedades bien llevadas se ve crear a menudo fondos de esta naturaleza y que ello es medida de buen gobierno, pero que como son creación de un voto de la Asamblea, otro voto puede destruirlas dándoles otro destino, dividendos por ejemplo. Luego es esto lo que debe evitarse: que un voto las cree y otro las destruya. Además, no se trata de aumentar el porcentaje del fondo general, pues aun cuando se le eleve faltará siempre un criterio o base de medida de esa proporción. Finalmente, ni todas las empresas industriales a que pueden dedicarse las Sociedades Anónimas requieren igual porcentaje, ni cada renglón de cada rama exige la misma dotación. Sólo queda el camino de discriminar con detalle por Industria y por Renglón para encontrar la base objetiva suficiente para señalar en las reservas aquellas proporciones que las constituyan en auténticos fondos de emergencia y que garanticen la naturaleza de utilidades de los beneficios repartidos. Al mismo tiempo como ellas permanecen en calidad de productos creados por la Sociedad, pueden ser reclamadas en tal carácter al finalizar la vida social.

Ya se ha hecho aplicación de estos principios en aquellas industrias que trabajan con dinero del público o del que dependen múltiples personas: bancos, cooperativas, compañías de seguros, etc. ¿Cuál es el motivo para que no emplee medidas semejantes con otras Sociedades? No solamente debe considerarse en las Anónimas la responsabilidad que tienen frente a sus propios miembros y frente a acreedores y futuros socios, responsabilidad directa en cierto modo, sino que subbase capitalista permite crear las grandes empresas industriales cuya existencia y normalidad repercute sobre sectores mucho más amplio de la población, sobre zonas carentes de toda relación directa, presente o futura, con tales Sociedades.

58.

La Sociedad Anónima es para el público y sus títulos se mueven en muy diversos sectores sociales. Si entre nosotros no han llegado en general ni aún a las clases medias, ello no quiere decir que las conmociones que afecten a nuestras clases superiores no sean menos sensibles por causa de nuestra misma endeblez económica que nos debiera hacer proteger avaramente los escasos capitales con que contamos.

La Sociedad Anónima es entidad dedicada a un intenso comercio jurídico del que resulta su vinculación con numerosos deudores y acreedores y las empresas económicas que organiza le da el patronazgo sobre muchos trabajadores de muy diverso sector social y técnico. Resulta así que la vida de la Anónima normalmente no es la de un particular cualquiera, sino la de quien ocupa una situación que repercute sobre la sociedad y la economía local o nacional (no hay necesidad de acudir a las formas europeas y yanquis que interesan al mundo entero).

Por estemotivo de interés general, que se encuentra sobre todo interés particular, sea individual o corporativo, se impone la consolidación económica de toda Sociedad Anónima y es particularmente urgente para aquellas objetivamente expuestas a un mayor riesgo proveniente del género de industria a que se dedican. Al proceder en esa forma la ley no se excede de los justos límites de la intervención; al contrario, al mismo tiempo cubre las prestaciones que nacen de otras leyes y las coyunturas propias del negocio, obtiene la estabilidad de medidas entregadas hoy a la voluntad de la Asamblea y garantiza la existencia de utilidades firmes y auténticas. Además, esta conducta es conforme a la línea tradicional, pues la ley recogió anteriormente de las Sociedades Anónimas otras prácticas para convertirlas en normas legales y acentuó el carácter institucional por la afirmación de la primacía del fin social.

19.- b) El derecho a parte del activo social al disolverse la Sociedad tiene un origen semejante al de participación en las utilidades. El individuo que ha adquirido el estado de socio por su

adhesión al fin social y por su aporte económico, debe recoger como miembro de la institución una cuota o parte de ella en el momento en que desaparece. Lo que jurídicamente quiere decir que al disolverse la sociedad se produce un estado de comunidad de todos los socios respecto al haber social, perdiendo además la calidad de miembros.

Puede parecer inexacto el planteo de la situación de los socios y de los bienes que acabamos de indicar porque estamos acostumbrados a pensar en la forma contractual de la entrega de cosas a cambio del derecho a beneficios y a parte del activo social. Pero si nos ceñimos a los datos que la realidad nos ofrece convendremos en que es exacto y cierto esta manera de enfocar el problema.

La Sociedad Anónima es una corporación de personas con finalidad lucrativa, cuyo activo social ha sido formado por la dotación de sus miembros. Pero corporación, patrimonio, gobierno, etc., todo depende del fin social que es su fundamento y su causa; desaparecida ésta base primera, que es sustento y motor, desaparece toda la estructura social y jurídica de la Sociedad Anónima y quedan como únicas realidades objetivas las personas y los bienes.

La disolución de la Sociedad tiene siempre el significado, cualquiera que sea la causa que la produzca, de deshacer la vinculación social y dejar en estado de pura individualidad todos los elementos que ella agrupaba y regía. Bien sea que la finalidad ha sido alcanzada, o que los medios son ineptos para realizarla o que el término social ha sido vencido, el resultado es siempre el mismo y se dirige al mismo vínculo social que es destruido. Por haber desaparecido ese lazo y haber quedado deshecha la corporación cesan inmediatamente todas sus actividades y se abre una etapa transitoria denominada "liquidación" en la que se terminan y arreglan las operaciones deliradas por la Sociedad y cuyos efectos son posteriores a su desaparición. De resultados de la liquidación aparece una masa final que constituye el activo de la Anónima y frente al cual están los que fueron sus socios.

Estos datos objetivos son los que Thaller quería explicar

con los mismos elementos que interpretaba la vida social.

Comprobado el origen del activo social y constatado el derecho real de los socios en la partición final, no podía imaginar otra solución que la de hacer continuar ese estado de propiedad a través de la vida de la Sociedad. Pero como en verdad este desaparecía de facto, acudía a su supeditación por los derechos propiamente sociales: mandato a gerente, afección de los bienes, derecho de gobierno y control, etc. Su base individualista le impedía aceptar la corporación que es la llave del problema.

Según esta concepción, mucho más lógica y respetuosa de la realidad, la parte del activo social que toca a cada socio es la proporción en que participa de la Sociedad quien la ha constituido y hecho vida en ella. Así como el heredero presunto no tiene derecho de crédito ni real contra su causante a sus bienes, ni su título proviene de otra fuente que su "estado de familia" que la ley ampara, en forma semejante el socio deriva de su estado de tal una participación patrimonial al término de la Sociedad, como durante ella ha derivado una participación en su vida. No hay contrato sino estados, no hay créditos sino derechos directos o reales.

La liquidación que finiquita las operaciones sociales y la disolución que crea un estado de comunidad son dos procesos paralelos que tienen un sentido opuesto.

El primero se refiere a las situaciones jurídicas ya cristalizadas que no sufren ni pueden sufrir modificación alguna por causa de la disolución, pues son relaciones con terceros que fueron contraídas cuando la personalidad jurídica de la Sociedad gozaba de la plenitud de sus facultades; el régimen y tramitación a que están sujetos son los mismos de la Sociedad, no por un principio de inercia física o por una ficción de hacer continuar para los efectos de la liquidación lo que ya no existe, sino que hay una unidad jurídica indisoluble entre esas normas y sistemas y los efectos que con ellas se ha producido. Así se explica que siguen vigentes los Estatutos sociales en cuanto a la designación de liquidador y en cuanto a los principios de la liquidación, aunque tales

Estatutos

61.

son precisamente los que han perdido su valor por la disolución de la sociedad porque ellos constituyen una indisoluble unidad con las operaciones nacidas durante la vida de la Sociedad.

Se trata de un "sistema jurídico" en cuya vigencia se ha producido la adquisición de derechos, situación que se proyecta a través del tiempo y de los nuevos sistemas que puedan haber sobrevenido.

Es un caso más de las interpenetraciones de esferas jurídicas tantas veces comprobadas y que nacen del carácter social del derecho, como son las relativas al derecho intertemporal y al derecho internacional privado por ejemplo.

En el caso de un individuo que muere se produce la ficción jurídica de la directa e inmediata continuación de la persona del fallecido por su heredero, pero esta ficción no tiene otra razón de ser que la imposibilidad física de que el cadáver continúe actuando para celebrar aquellos actos que son necesarios para liquidar su patrimonio. Pero el heredero queda totalmente sometido al sistema jurídico del causante puesto que subentra en su esfera de tal manera que la propia y la recibida se confunde si mediante un negocio especial no se declara la no confusión de ambas.

Nada de esto es necesario en el caso de la Sociedad; continúa vigente su sistema jurídico y como subsisten quienes fueron sus órganos y es siempre posible la declaración de la voluntad de la disuelta entidad con el fin de liquidar sus operaciones pendientes, son ésta y aquellos quienes directamente lo hacen.

En cuanto a la comunidad, ella sigue una dirección opuesta, pues su más perfecta definición depende de la conclusión de la etapa liquidadora. A su término aparece una masa de bienes respecto a los cuales cada ex-socio es un comunero dotado de todos los derechos de estos y muy particularmente del de partición.

Es inútil indicar que la liquidación social es obligatoria al disolverse la Sociedad, puesto que no es tolerable la existencia de una forma externa que no corresponde a un fondo interior cierto. No es en cambio obligatorio sino facultativo la destrucción del estado de comunidad. Nada hay que impida ni nada que

obligue a un ex-socio a usar su derecho de partición.

20.- D) La verdad del fondo social. Hemos insistido anteriormente sobre la natural tendencia de la Sociedad Anónima a conectarse con sectores sociales más o menos amplios y compuestos por toda clase de personas. Sea por la negociabilidad de la acción, que es un carácter típico, o sea por las empresas económicas que se constituyen sobre su base capitalista, hay un mundo de terceros a quienes es necesario garantizar "la verdad del fondo social". De no hacerlo así se seguirá la misma táctica del Estado liberal que curaba al guardar el orden público físico pero no prevenía al descuidar totalmente el moral, como si fuere posible asegurar aquel sin haber cimentado éste anteriormente.

Pero ya ha sido hecha la experiencia por la Sociedad Anónima durante su etapa liberal, sin normas de contabilidad, valorización, publicidad, etc. íntegramente confiada a la sabiduría y prudencia de cada ciudadano que entraba en relación con ella. Y a la rectificación del Derecho Público corresponde también la del Derecho que se ocupa de estos problemas y que no puede llamarse Privado justamente porque sus normas son de orden público por su trascendencia, amplitud de aplicación y fundamento. Sin asumir el papel del Estado providencial ni del Estado paternal, a la Autoridad Pública toca la reglamentación de aquellos resortes sociales que producen la situación dominante de la Sociedad Anónima muy particularmente de su factor económico.

En este aspecto económico hay dos oportunidades sobre todo en que es indispensable la existencia de un control cuyo ejercicio directo o indirecto requiere siempre la fijación de los criterios y bases necesarios. La primera es cuando se forma el capital; la segunda es cuando se hace una manifestación pública del estado económico social mediante los Balances. Del primero depende la garantía firme y estable para todos los terceros; la segunda es causa de la cotización y de la circulación de las acciones, así como también de los dividendos que actúan indirectamente sobre aquellas.

21.- El control de la formación del capital tiene en nuestro

63.

país un valor fundamental como medio de extirpar radicalmente la plaga de las sedicentes Sociedades Anónimas, en las que se declara aportes falsos o inexistentes, y con los cuales se constituye una cifra vacía que permite eludir toda responsabilidad. La concentración de fuertes capitales ha sido la función histórica de la Sociedad Anónima y es actualmente su misión; la limitación del riesgo es una consecuencia de la estructura jurídica, pero la elusión total o parcial del mismo es francamente la estafa. Como a esto se une que las acciones tienen un precio inicial a base del aporte entregado, y que en la partición final se espera siempre cierta relación entre activo y capital (además de reservas o utilidades en general), es indispensable garantizar la solvencia y solidez económica de la empresa anónima. Las demás reglas sobre el particular tratarán de remediar un mal sin acudir a la fuente del mismo que es la formación del capital.

Nuestro Código de comercio, la ley más liberal del mundo juntamente con la inglesa, como ya hemos citado, nos dice una palabra sobre estas garantías ni se ocupa de la obligación de pagar parte de la suscripción como condición de fundación de las Sociedades Anónimas.

En cambio las leyes alemana y francesa exigen el pago previo de la cuarta parte del valor de cada acción y la ley italiana el de las tres décimas partes del mismo, ambas bajo pena de nulidad de la Sociedad y severa responsabilidad civil y penal de los fundadores. La constancia de haber éstos recibido tales porciones es dada por el funcionario público ante quien los fundadores hacen la respectiva declaración de recepción. No basta sin embargo con la obligación de liberar parte de la acción si esa liberación no es auténtica. Hay el problema de la entrega efectiva de dinero para cubrir los aportes en numerario, y evitar que mediante el encadenamiento de una serie de operaciones de crédito resulte la formación aparente de un capital que en verdad no es sino el traslado de firmas y de asientos de contabilidad. De otro modo resultaría que la Sociedad ha recibido una serie de créditos sin la respectiva

calificación previa y que en última instancia haya un conjunto de obligados pero no de capitales. Thaller, que se ocupa del asunto, indica cómo la apertura de un crédito en cuenta corriente permite al prestatario girar contra ella para cubrir una suscripción que si es hecha por ante el mismo Banco o institución conexas con él, se limita a transferir un asiento de contabilidad. Este abuso es aún mucho más grave cuando esas transferencias son entre particulares y llega a su colmo cuando ni siquiera hay constancia de que efectivamente se ha pagado parte o todo al capital que se declara suscrito antes de la fundación, que es lo que sucede entre nosotros.

Las razones dadas por el profesor francés para que esa entregas no sean hechas por medio de una Caja Pública que garantice plenamente la efectiva formación de un fondo social, no tienen fuerza alguna: sería inmovilizar fondos mientras la Sociedad no está constituida, habría la dificultad de su depósito a orden de los fundadores y su retiro por los primeros administradores o por los propios depositantes si no se llega a fundar, etc.

Para sanear la perniciosa costumbre cuya existencia entre nosotros hemos indicado, es necesario adoptar las dos medidas al mismo tiempo: el pago de parte de la suscripción de cada acción como condición indispensable para fundar y su consignación en la Caja de Depósitos a orden de los fundadores y con expresión de la finalidad de la entrega. Así se obviarían además algunas de las dificultades que indica Thaller. Inútil decir que este procedimiento se adoptaría tanto para el caso de fundaciones sucesivas como para el de fundaciones simultáneas, pues de lo contrario todas las disposiciones legales serían una irrisión, ya que bastaría seguir este último camino para proceder luego a la venta de las acciones.

Respecto a los aportes en especies, es unánime la exigencia de un procedimiento especial para valorizarlas y hacer que efectivamente correspondan a las sumas expresadas en las acciones y capital. Nuestra legislación es sin embargo una excepción porque sólo requiere que en la escritura de constitución conste "el valor que se haya dado a los bienes que no sean metálico o de las bases según

las cuales debe hacerse el evaluó" (art.159). si esta valoración se refiere a efectos de comercio, se hará, salvo pacto en contrario, "por peritos elegidos por las partes" y con un tercero dirimente sorteado entre dos personas visibles propuestas por los interesados (art.179). El criterio vigente considera por tanto a la Sociedad Anónima como un contrato destinado a surtir efectos solo entre las partes, no habiendo orden público ni futuros derechos de terceros indeterminados que merezcan protección.

Las leyes francesas e italiana siguen un criterio bastante semejante a pesar de que se usa un procedimiento aparentemente eficiente. La Asamblea de suscriptores nombra inspectores de los bienes aportados para que informen sobre sus condiciones y valores; una segunda Asamblea se pronuncia a mérito de tales dictámenes sobre los precios originalmente atribuidos. En el fondo el criterio es igual, pues son siempre las partes contratantes quienes regulan y controlan sus propios hechos, pero no hay nadie que represente a los diversos sectores con los cuales la Sociedad Anónima necesariamente va a entrar en relación.

La superioridad de la ley alemana sobre las anteriores es evidente. Los fundadores deben presentar una relación escrita de los fundamentos del precio de las especies (cosas o empresas), con indicación de dos años de cotizaciones en el primer caso y de utilidades en el segundo (art.191). Revisores especiales nombrados por la representación local de la clase comercial a que se dedicará la Sociedad, o por el Juez en su defecto, revisan íntegramente esos datos (arts.193 y 194) habiendo normas especiales para las valoraciones (art.192). Como se ve no sólo hay la tutela para los futuros acreedores y accionistas, sino que ella es hecha por la misma gente interesada (la clase comercial) o por quienes representan el orden jurídico en la nación. No hay necesidad de acudir al Estado ni a la Administración, con la congestión consiguiente de los deberes de ambos y el peligro de la intervención política y fiscal. No sólo hay la revisión, sino los criterios de valoración de manera que haya efectiva seguridad a base de la objetividad

del proceso, no entregándose a capricho o apreciación personal subjetiva.

66.

Quizás parezca que estas normas no son aplicables entre nosotros por nuestra deficiente organización profesional y por la rémora de las intervenciones judiciales y administrativas. Y sin embargo es indispensable buscar el camino que conduzca a recoger en nuestra legislación estos dos principios: valoración por extraños a la Sociedad y objetividad de criterio. Pero la misma pequeñez de los sectores económicos capaces de organizar efectivas Sociedades Anónimas hace que sólo se encuentren radicados en pocas ciudades del país (principales capitales de provincia) en las cuales hay organismos de las instituciones nacionales representativas de las más importantes ramas económicas (Cámaras de Comercio, Sociedad Nacional Agraria, Sociedad Nacional de Industrias, Sociedad Nacional de Ganaderos, etc.) Estas instituciones propondrían los criterios técnicos para las valoraciones, que serían aprobados por la Autoridad Pública, y designarían los peritos tasadores que obligatoriamente informasen a los suscriptores. La decisión podría quedar en manos de la Asamblea pero los dictámenes serían obligatoriamente inscritos con la escritura de constitución en el Registro correspondiente o bien su rectificación por resolución judicial a petición de parte (tal como se ha hecho hasta hace poco con las tasaciones de sucesiones).

Se conciliaría así la libertad de los socios con la protección a los terceros a base de un sistema de información pericial pública y quedarían incorporados a nuestra legislación estos dos principios indispensables: valoración por extraños a la Sociedad y objetividad de criterio. La intervención de esos organismos profesionales nos conduciría también a la paulatina afirmación de una conciencia de solidaridad industrial que cohesione nuestra Economía y la lleve a una organización corporativa indispensable para evitar el control directo e inmediato de la Autoridad Pública con sus derivaciones estatistas.

Sería también necesario un control semejante para toda adquisición de especies por un monto apreciable (en proporción al

capital) hecha dentro de los tres primeros años de la vida social, pues resultaría sumamente sencillo eludir las normas anteriores haciendo la constitución en numerario, para luego seguir la vía directa de la compra a altos precios, decretada por el mismo círculo de personas que acaba de constituir la Sociedad.

Ninguna de estas intervenciones envuelven una coacción ni entrada ilegítima en terreno privado, pues, como tantas veces hemos dicho, se refiere a la tutela de un efectivo derecho potencial de terceros que se ejerce exclusivamente por medio de la publicidad y con criterio técnico. Quizás si se tache este control de excesivamente flojo, pero no puede el Estado ni entidad alguna decir la palabra final y exclusiva sobre los fondos sociales porque sería entregarle plenamente la vida económica de las sociedades y con ellas las del país, ni puede tampoco dejarse que un dictamen indiscutible constituya una tacha permanente y grave en una Sociedad Anónima. Una enemistad, una simpatía o una falla, arruinarían o pondrían en grave peligro su solvencia económica y moral.

22.- En cuanto al criterio que debe presidir el control de los Balances es semejante al que dejamos expuestos: se trata de una supe vigilancia a base de publicidad, objetividad y técnica. La publicidad únicamente casi no tiene importancia. Basta pensar en la aplicación de nuestro art. 165 del Código de Comercio y los resultados con él obtenidos; es indispensable fijar las bases de la contabilidad social, tal como se ha hecho ya respecto a los Bancos por ejemplo. De esta manera cada socio tiene la base necesaria para acudir con éxito a los Tribunales, cosa que es imposible hoy día por la personalísima manera de organizar los inventarios y las cuentas de cada entidad, las cuales no pueden ser revisadas por los socios, tanto por falta de técnica cuanto, sobretodo, por falta de los elementos y definición de ellas.

¿Sería necesaria una entidad que vigilara el cumplimiento de estas disposiciones o bastaría entregar la vigilancia al interés de socios y acreedores?. Es este un problema verdaderamente delicado sobre el cual caben las más variadas opiniones. En estricta

68.

teoría no hay inconveniente alguno, más aún es lógico y necesario. En el terreno práctico, ¿sería posible control auténtico, tal como realiza la Superintendencia con los Bancos por ejemplo? Creemos que es imposible. La vigilancia se reduciría a verificar la corrección exterior de los Balances por la imposibilidad física de entrar al detalle íntimo y al exámen de los comprobantes respectivos y de las cosas existentes.

¿Se podría ensayar el régimen de corporaciones de contadores? ¿Se haría obligatoria la revisión de los Balances por estos cuerpos?

Por el momento parece que no hay elementos suficientes para planear esta entidad revisora. A lo más sería posible que las Sociedades Anónimas más fuertes, sobre $\frac{3}{4}$ de millón de soles de capital por ejemplo, quedaran obligadas a una vigilancia de contabilidad hecha por corporaciones específicas adscritas a las respectivas Ramas Industriales. Todo Balance se publicaría con un informe del cual provendría la responsabilidad del revisor y de la Industria respectiva y desde luego la correspondiente a la Sociedad misma, correspondiendo la acción a los socios. Todas las demás Sociedades habrían de quedar siempre en manos de los propios interesados, pero auxiliados en la forma indicada y con acción ante los Tribunales.

Nos parece inútil en estos tiempos fundamentar todos los derechos de la industria sobre las empresas que la constituyen, tanto por los intereses comunes que las ligan en el orden económico, cuanto por las responsabilidades que en el mismo orden y en el social y moral las vinculan. Si se quiere evitar los extremos de un Estado desconectado de la sociedad que rige o factotum en ella, no hay sino que partir de las bases reales de la composición social y dar a la Rama Industrial la intervención que le corresponde. Así reconocerá la ley una solidaridad y primacía que es efectiva y se descongestionará al Poder Público de asuntos que preocupándolo le impiden atender otros de carácter general que son los propios de su misión.

CAPITULO IV

EL FIN SOCIAL.-

Nos resta hacer ahora el diseño de esta nota de la Sociedad Anónima que rige y gobierna el sistema institucional, como lo hemos expuesto en las páginas precedentes.

23.- La mera proposición del tema del fin social parece llevar directamente al intrincado problema de la causa, materia de árduas y difíciles controversias y directamente conectado a la teoría del acto jurídico. Pero no es así, porque el fin tiene otro significado en la teoría institucional. Aquí se trata de lo que en términos contractuales se llama el objeto social.

El concepto de causa que se admite actualmente por napoleonistas y germanistas es el de la función objetiva del negocio jurídico, el de su significado natural, firme y permanente por encima de los motivos y fines personales de las partes (Oertmann, Ruggiero, Planiol). Por tal razón la existencia de la causa en todo negocio jurídico es indiscutida e indiscutible, ya que de otro modo sería afirmar la existencia de acciones humanas carentes de sentido. La controversia y diversidad de pareceres se refiere exclusivamente a la importancia y utilidad de la causa como requisito del acto, en cuanto que dicha función ha sido vista y querida, en cuanto que ella es conforme con la intención de las partes y en cuanto es lícita.

Sin embargo, no siempre se encuentra esta actitud precisa en los maestro de Derecho, porque siguiendo la confusión del Código Napoleónico entre causa-función y causa-requisito contractual hacen intervenir necesariamente motivaciones subjetivas que desnaturalizan nuevamente la objetividad del concepto. Nuestro Código Civil de 1936, con criterio y lógica firmes, abandona la segunda por inútil y artificial, con lo que se obtiene prácticamente una mayor afirmación de la primera.

Esta orientación es de particular interés para las Sociedades Anónimas, puesen adelantesólo el objeto social puede ser materia de discusión y oposición, sustituyéndose por un elemento

Claro y definido el vago e impreciso de la causa antigua, con lo cual se gana en objetividad, que es factor decisivo para la recta apreciación y medida de todo acto jurídico. No hay necesidad de decir que las legislaciones derivadas del Código de Napoleón, la francesa desde luego y, entre otras, la italiana, la española y la nuestra (antiguo Código Civil de 1852 y Código de Comercio de 1902) mantienen la causa-requisito, entendida para las Sociedades Anónimas, como el lucro perseguido por las partes contratantes.

En el caso de la institucionalidad, el fin que cabe discutir no puede ser jamás el sentido del negocio como productor de ese lucro, sino únicamente el del medio de obtenerlo, el de la operación económica que permitirá realizarlo. Qué es lo que une a los socios: el deseo de lucro o su integración en el negocio industrial que va a proporcionarlo? Bien hace presente Fischer que en la Sociedad Anónima hay una oposición cierta entre dicho lucro y el objeto social, porque el primero es esencialmente personalista y excluyente, causante de las divisiones internas y de la actuación individual de los miembros sociales, mientras que éste es propiamente la causa de la vinculación e integración y quien genera el ánimo social. Por esto el problema del "fin social" no es el de la "causa" contractual, sino el de aquel objeto que provoca la unión social y que por tal razón constituye el fin inmediato de la Sociedad; el lucro es el fin mediato y último de la Sociedad, "causa" en el sentido actual, porque es la función de la Sociedad Anónima, y por tanto siempre existente y con los mismos caracteres.

24.- También la ley alemana denomina fin social al lucro y objeto a la rama industrial o negocio a que se dedicará la Sociedad (art.182). La distinción que hace es verdadera por cuanto el lucro y la empresa se diferencian perfectamente, pero no lo es la denominación empleada ni la función que se le asigna a cada uno y que expresan esos nombres. Llamar "objeto" a la empresa social, que va a ser el alma y eje de la Sociedad Anónima, es descalificar su función de verdadero

fin para reducirla a mero contenido de la Sociedad y ha hecho secundario en la determinación de los socios.

71.

Objeto es la cosa incluida en la prestación, fin es la meta perseguida; aunque un papel pasivo el primero frente al activo del segundo y carece aquel de la fuerza causal y de la independencia y dominio que caracterizan a éste. Objeto y fin casi aparecen opuestos en este caso, si se considera su rol para la declaración de los socios que van a constituir la Sociedad y para la vida de ésta, porque la voluntad y el lucro ocupan sólo el primer plano, quedando el objeto en calidad de medio variable que no constituye elemento esencial de la Sociedad Anónima. Verdad es que aquellos tienen una importancia fundamental, pero también la tiene el negocio económico para el cual aparece la Sociedad Anónima cualquiera que haya sido la consideración en que se la haya tenido.

Ha sido éste, ciertamente, un defecto del voluntarismo jurídico, pues al no poner en su lugar la empresa económica acometida por la Sociedad, ha permitido que reinen casi en forma arbitraria las voluntades de las partes movidas por su interés personal, cuando aquella era la verdadera causa de la intimidad y solidaridad requeridas por el organismo social.

Ocupándose Georges Rénard de la teoría institucional y particularmente de los actos jurídicos, sin referirse a las Sociedades Anónimas hace la crítica de estas teorías jurídicas en las que predomina la voluntad en forma indiscutida y en que hay una fuerte tendencia al subjetivismo aislante, por cuanto los móviles de ella, -esencialmente íntimos y personales-, adquieren un papel preponderante. Dice así: "la voluntad no es sino uno de los elementos psicológicos del acto jurídico; la voluntad pronuncia el orden de ejecución de un juicio previamente formulado; ella coloca su orden ejecutiva al pie de la sentencia pronunciada por ese Tribunal que está en nuestro interior y que falla entre los diversos intereses que solicitan nuestra actividad: la inteligencia. La decisión ejecutiva de la voluntad sigue al juicio de la inteligencia. En resumen: el núcleo del acto jurídico

72.

no es un querer sino una idea; aquel vale lo que ésta: a ideas falsas, quererse injustos" (pag.83).

Y si esto es exacto en los actos jurídicos en general, en el caso de aquel con que se funda una institución tiene una máxima importancia. En la duración, característica de ésta, todo va cambiando excepto el elemento permanente y objetivo, aquel que caracteriza la institución: la idea. Las voluntades pasan, como pasan también los móviles personales y para que la misión de la institución sea cumplida sólo queda aquella idea en que se reproduce la integración de los elementos y que es el fin inmediato de ellos.

En el caso de las Sociedades, la empresa, que es la idea lanzada por lo fundadores, asciende al puesto que tiene en realidad y que la teoría no le había reconocido. El lucro funciona como causa interna y subjetiva, como motivo último de la acción. Pero como cosa actual, decisiva en el presente, como fin inmediato, está la idea del negocio propuesto. La adhesión, la suscripción y la Sociedad se producen alrededor de la idea; allí se integran y estructuran los elementos sociales, se reparten las funciones y se jerarquizan los puestos. La idea es mucho más que el objeto o contenido de una prestación: es una causa, un agente en la formación y vida de la Sociedad Anónima.

Como vemos, nada de esto quiere decir que el lucro y la voluntad desaparezcan o se reduzcan sino que se completan con la idea, que es tan causa como ellos. No es otro sistema parcial, sino una visión integral del acto jurídico. Más aún; la realidad nos dice que los fines no son inorgánicos e independientes entre sí cuando se refieren a una sola entidad o personalidad, porque sería distraer energías y dividir a quien los persigue simultáneamente. Esos fines se organizan según su importancia o categoría. Aquí es lo mismo; el fin último es el lucro, el fin inmediato es la empresa; aquel es el primero en la intención y el último en la ejecución y éste es al contrario. Pero la empresa no es el objeto contenido en el contrato, ni el objeto social descalificado de las teorías voluntaristas, sean contractuales o no, sino una causa inmediata, y por tanto esencial y permanente. El lucro es la "causa", la empresa es el "fin social".

73.

El profesor de Nancy, desarrollando su teoría institucional, ha dado esta precisa fórmula que tan bien cuadra a las Sociedades Anónimas: "la institución es la integración en una idea" (pag.257). Es nuevamente la visión exacta de la realidad que le indica cuáles son sus factores efectivos y con ellos los fundamentos de otra organización de la Sociedad ya que esta idea que agrupa en su derredor energías y bienes requiere un régimen distinto al de los móviles subjetivos.

25.- La importancia de este planteo es enorme porque repercute en toda la estructura y la vida de la Sociedad Anónima. Aparece de inmediato la exacta situación de los miembros en razón de su adhesión y colaboración al fin social, la formación del fondo social y los derechos de los socios, el empleo de las utilidades según las bases que hemos dejado indicadas, las reformas estatutarias se definen y justifican, la autoridad social encuentra mejor enmarcado su campo de acción, etc..

Otros caracteres ya asimilados por la Sociedad, provienen de la misma fuente, la función del capital social por ejemplo. Históricamente, el capital, como cifra intangible, no aparece en beneficio de los individuos ni para el lucro personal sino para el fin social de la empresa. De allí que cuando Beudant estudiara los derechos de los socios negara su carácter de créditos contra la Sociedad, por cuanto eran fondos destinados a "responder por las deudas sociales" y sólo en última instancia para los socios. Lyon Caen y Renault se admiraban de tal negativa y afirmaban que se trataba de una acreencia de una "naturaleza particular" (Nº141). Institucionalmente se explica el origen histórico y la función del capital: prima el fin social sobre las voluntades personales y sobre los lucros buscados por los contratantes.

Desde otro punto de vista totalmente distinto el fin social, entendido institucionalmente, tiene idéntico valor. La objetivación de los fines de la Sociedad Anónima permite darle un rumbo y corregir su marcha porque hay un criterio firme para hacerlo. Esta

definición, que se contrapone a la variabilidad dependiente de las conveniencias del grupo dirigente, da a los socios

74.

y a los Tribunales base suficiente para actuar y para fallar en los asuntos sociales. Y dentro de la unidad orgánica que es una Nación, se puede orientar los fines corporativos para su integración al servicio de los generales, sin necesidad de una forma agobiante de intervención por el Estado.

El fin debe ser, efectivamente, no sólo lícito sino también posible, entendiéndose esta última condición en cuanto a su practicabilidad en abstracto y en concreto para la Rama Industrial y para la Economía Nacional en que va a vivir la Sociedad Anónima.

La ordenación económica y política de un país puede hacerse así por la acción conjunta de la Industria y de la Autoridad Pública, quienes, repartidas sus funciones, dirigen el conjunto para el bien común nacional. Al Estado liberal -en cuanto atómico e individualista- no interesaría ese fin social por referirse a intereses particulares y el Estado socialista sólo permitiría los grupos sociales a quienes concediera especial autorización, estando continuamente fiscalizados por la autoridad suprema. En cambio, en el Estado orgánico cada grupo nace y vive por la acción de sus miembros, pero a él interesan sus fines corporativos y aun particulares, por lo que, usando el Cuerpo Profesional y al Gobierno del derecho de reglamentación, fijan las condiciones que deben satisfacer y ordenan así el mundo económico y social.

Esta misma concepción del fin social da la solución al problema del contenido del acto de adhesión de los suscritores.

Para la ley alemana anterior a 1884 la Sociedad Anónima era ante todo una integración de capitales, por lo que la condición básica para su formación era la suscripción del aporte, en forma tal que el fin social expresado por los Estatutos podía venir posteriormente y ser siempre revisado y cambiado. La ley de 1884 cambió este concepto fundamental de la Sociedad Anónima y recogió las doctrinas corporativas de Renaud y Gierke con el objeto de terminar los abusos a

que dió lugar la legislación anterior. Se entendió en consecuencia que los Estatutos una condición previa y esencial para la fundación.

75.

Pero en esa ley, que se incorporó al código de Comercio Alemán, se ha conservado algo del antiguo espíritu, pues se entiende que la declaración del socio es un hecho complejo en el que simultánea y paralelamente se hace la adhesión personal y el aporte de bienes, dando igual importancia a uno y otro aspecto. Ambos son el contenido complejo de un acto único e indivisible y no las partes, momentos o miembros de la declaración de entrada del individuo a la Sociedad.

No es posible sostener teóricamente esta tesis. Verdad es que prácticamente ambas se producen conjuntamente y que la declaración contiene la adhesión y el compromiso de entregar, pero hay una indudable prioridad de la primera sobre la segunda, no sólo lógicamente porque el aporte es consecuencia de tal adhesión. No es dar para ser socio, que sería en el fondo el contratualismo con su cambio de derechos, sino es dar porque se es socio, ya que primero ha habido la integración en el fin social aceptado y querido.

La derivación práctica que tiene esta distinción es la indicada ya respecto al estado de socio y que Gaillard aplica a la constitución de la Asamblea y derechos de gobierno. Quien más demuestra su adhesión al fin social por su asistencia a asambleas, por su permanencia en la Sociedad, por la calidad nominativa de sus acciones, etc., maneras personales de colaborar y afianzar la Sociedad, acusa una intimidad y una integración mayor, que puede servir de fundamento para la distribución de los derechos de gobierno. Por el contrario, quienes usando de la negociabilidad de la acción buscan el dividendo y la especulación únicamente, cediendo la representación del voto y poniendo la Sociedad en peligro por la fácil entrega de ella en manos que pueden ser contrarias, deben ver restringidos tales derechos o por lo menos reducidos a su mínimo, frente a una mayor acción concedida a los otros. Y no es de admirar esta manera de organizar los derechos de los socios, pues si

a quien mayor colaboración económica y mayor riesgo asume es otorgar mayor participación patrimonial, ¿porqué a quien más trabajo y preocupación dedica no va a darse igual preferencia en el aspecto personal de la Sociedad Anónima.

76.

Este contenido predominante de la declaración de suscriptor se manifiesta en que la Sociedad nace y muere tal adhesión personal. Ya hemos indicado cómo existe un núcleo social base de todo el desarrollo posterior y al cual van las adhesiones de los suscriptores, el cual aparece cuando no ha habido aporte ni aún suscripción alguna: es sólo la comunidad de los fundadores en el negocio, su integración en la idea social. Y hemos indicado también cómo se disuelve la sociedad en cuanto dicha adhesión cesa por una de las causas apuntadas, y cómo subsisten todavía el aporte, y los derechos patrimoniales. Si la base social fuere real y la sociedad anónima fuese de capitales principalmente, sería imposible explicar uno y otro caso, que estarían dominados por la ausencia y por la presencia, respectivamente, de los fondos sociales.

El peligro al cual se presta esta teoría del fin social es el de la excesiva rigidez de la Sociedad Anónima, la cual nada podría hacer si no hubiera sido inicialmente propuesto y querido. A la flojedad de la motivación subjetiva puede suceder la rigidez del objetivismo. Sin embargo, creemos que este riesgo sólo puede provenir de la aplicación mecánica del fin social y que por el contrario, sin tocar las bases, precisamente por ellas, se puede obviar tal peligro.

El fin social es el negocio, la empresa. Si no es posible o el plazo se ha vencido, se produce la disolución de la Sociedad. Pero si lo que se requiere es ampliar la actividad a campos vecinos o prorrogar el plan social para mejor llenar el fin o evitar la disolución costosísima de las empresas grandes, cabe perfectamente combinar las necesidades y la situación adquirida por los socios con su declaración inicial, mediante la disolución parcial respecto a quienes no desean la ampliación o el continuar por mayor tiempo en sociedad.

Debe respetarse y se respeta el fin social, ya que por su causa se toman tales medidas; también debe serlo la adhesión del socio y lo es, por cuanto no se obliga a nadie a continuaren operaciones

77.

por un tiempo o de una clase que no fueron las aceptadas en la fundación; y, sin embargo, al mismo tiempo se da flexibilidad a la Sociedad y defensa al socio pues aquella se adapta a sus necesidades y éste recoge todo aquello a que tiene derecho por su estado.

Sólo en el caso de cambio integral antes del plazo o en operación que envuelva distracción de las utilidades obtenidas con detrimento de las expectativas del socio y plena violación de la finalidad social, base de toda la construcción, procede la oposición del socio con la acción correspondiente ante los tribunales para hacer respetar los Estatutos.

Por último, en el fin social se halla el principal carácter de la Sociedad Anónima: su institucionalidad, porque de él proviene la existencia de un fin propio y la duración. La autonomía y flexibilidad que se siguen son los caracteres más visibles exteriormente, porque ellos la contraponen a las relaciones contractuales ordinarias que tienden al pago y a la rigidez al concretarse en una o algunas obligaciones particulares. La teoría de la imprevisión del contrato administrativo francés y la rebus sic stantibus son meros correctivos que tratan de evitar esos efectos, como ya dijimos. Pero una investigación detenida de la realidad demuestra que la existencia de un servicio o de una prestación cualquiera durante un tiempo pargo en el cual se modifican las circunstancias, requiere no la resolución del vínculo o cierto reajuste, sino la capacidad interna de amoldarse, de adaptarse. Y cuando determinados actos jurídicos tienen por efecto principal crear una entidad, servicio o norma con tal aptitud, más o menos perfecta, nos encontramos con una institución. Este es el caso de las Sociedades, las Anónimas especialmente, y de allí la necesidad de enfocar sus problemas y orientar sus soluciones en ese sentido de vitalidad y de duración.

El fin social, exterior y superior a las partes y al que éstas se adhieren, es quien causa y rige la duración: la vida social debe por tanto interpretarse y apreciarse en función de su fin, el cual aparece una vez más como razón y eje de la Sociedad Anónima.

FIN

J. Alayza S.

Arriola





Lima, 4 de Setiembre de 1937
Sirvase informar el Catedrático Dr.
Juan Mariano Velasco.

Tecano



MCMXXVII