

Por:  
José Luis  
García-Pita y  
Lastres\*

*EL CONTRATO COMO ORIGEN DE LAS SOCIEDADES  
MERCANTILES, EN EL DERECHO ESPAÑOL -  
COMPARACIÓN CON EL DERECHO PERUANO*

*“Sociedad, Sociedad; contrato que arde brillante en los bosques nocturnos del Derecho,  
¿qué inmortal conflicto de intereses osó dibujar tu radial geometría?”*

José Luis García-Pita... y William Blake

### Resumen

Las evidentes e innegables peculiaridades del acto fundacional de una sociedad respecto del contrato sinalagmático tradicional han llevado a que en diversos momentos y lugares se postulen distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de dicho acto. Muchas de ellas tienen en común el negar su carácter contractual. Sin embargo, un análisis más cuidadoso permite afirmar sin ambages dicho carácter, y por lo tanto la plena validez del concepto tradicional de “contrato de sociedad”, de su calificación como plurilateral (“dos o más personas”) y su estructura radial (“se obligan a poner en común”). Sí puede hallarse un caso excepcional —y, sin embargo, de índole igualmente contractual— en el supuesto especialísimo de la llamada fundación sucesiva de las sociedades anónimas.

**Palabras clave:** teoría institucional de las sociedades, acto organizatorio, acto complejo, contrato de sociedad, fundación sucesiva de la sociedad anónima

### Abstract

The obvious and undeniable peculiarities that distinguish a company’s foundation act from the traditional bilateral contract have led to the apparition of different theories about the legal nature of such act at various times and places. Many of them have in common the denial of its contractual character. However, a more careful analysis allows to unequivocally assert that character, and thus the full validity of the traditional concept of “company contract”, its plurilateral nature (“two or more people”) and its radial structure (“who bind themselves to put jointly”). An indeed exceptional case —and yet, equally contractual in nature— may be found in the very special instance of the so-called successive foundation of companies.

---

\* Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de La Coruña, España. Socio del Estudio Jurídico Dictum Abogados, Madrid. Correo electrónico: jlgarciapita@dictumabogados.com

**Keywords:** institutional theory of companies, organizatory act, complex act, company contract, successive foundation of companies.

## Sumario

**I. CARACTERIZACIÓN DEL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE UNA SOCIEDAD: DIVERSAS CONSTRUCCIONES ANTICONTRACTUALISTAS.** 1. CONSTRUCCIONES NO NEGOCIABLES (TEORÍAS INSTITUCIONALES). A. *Teoría alemana de la institución.* B. *Teoría francesa de la institución.* 2. PLANTEAMIENTOS NEGOCIALES NO CONTRACTUALISTAS. A. *La peculiar estructura subjetiva como presupuesto.* B. *El acto fundacional societario frente al contrato sinalagmático.* C. *Posturas sobre el pretendido negocio fundacional no contractual.* a. *La teoría del acto organizatorio.* b. *La teoría del acto complejo.* D. *Aproximación de posiciones.* **II. LA SOCIEDAD NACE DE UN "CONTRATO".** 3. REFUTACIÓN DE LAS TEORÍAS ANTICONTRACTUALISTAS. A. *Amplitud y versatilidad de la idea de contrato.* B. *Contractualidad de los negocios asociativos.* C. *Las peculiaridades del contrato de sociedad no lo descontractualizan.* 4. PROYECCIÓN SOBRE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE FUNDACIONES SUCESIVAS. A. *Planteamiento.* B. *El contrato de suscripción.* C. *Suscripción de las acciones y Junta constituyente.* D. *La relación societaria y el empresario social.* **III. CONCLUSIONES.** **IV. BIBLIOGRAFÍA.**

### **I. CARACTERIZACIÓN DEL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE UNA SOCIEDAD: DIVERSAS CONSTRUCCIONES ANTICONTRACTUALISTAS**

La identificación de la naturaleza jurídica del acto de creación de las sociedades constituye una cuestión enormemente debatida y problemática<sup>1</sup>, pues –en apariencia– *la doctrina de los contratos sinalagmáticos parece no ajustarse adecuadamente al negocio jurídico de constitución de las sociedades.* Además, en las sociedades existen una serie de relaciones *personales* y de *organización*, que revisten una enorme complejidad; complejidad de relaciones diversas; una complejidad que no suele darse –al menos, con frecuencia– en los demás contratos, y cuya presencia en las sociedades influye sobre la propia estructura del acto de autonomía privada en el que se fundan las mismas<sup>2</sup>. Por estas razones, la

---

<sup>1</sup> FERRARA Jr., F. y CORSL.: "Gli Imprenditori e le Società", edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, 9ª ed., Milán, p. 236. FERRI,G. ANGELICI,C. y FERRI,G.B.: "Manuale di Diritto commerciale", edit. UTET., reimpresión de la 10ª ed., Turín, 1996/1998, p. 246. GARRIGUES DÍAZ-Cañabate,J.: "Tratado de Derecho mercantil", t. I, vol. 1º, Madrid, 1947, p. 407. LANGLE RUBIO,E.: "Manual de Derecho mercantil español", t. Iº, edit. BOSCH, CASA EDITORIAL, Barcelona, 1950, ps. 395 y s., quien señala el extremo interés que revierte la cuestión de si la sociedad es, o no es, un contrato; tanto, que aunque debiera ser solventado por el Derecho común, se ocupa de él.

<sup>2</sup> FERRI,G.: "Le Società", en VV.AA.: "Trattato di Diritto civile italiano", dir. por F.Vassalli, t. Xº, vol. 3º, edit. UTET., 2ª ed. ampliada, Turín, 1985, p. 4. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA,L.: "La Atipicidad en el Derecho de Sociedades", edit. LIBROS PÓRTICO, Zaragoza, 1977, ps. 268 y ss., quien señalaba que "la inserción de la

caracterización contractual de las sociedades ha experimentado los embates de construcciones *anti-contractualistas*, en varios frentes o desde varios puntos de vista<sup>3</sup>.

## 1. CONSTRUCCIONES NO NEGOCIABLES (TEORÍAS INSTITUCIONALES)

En primer término, se han defendido construcciones anti-contractuales debido a la drástica reducción del nivel de autonomía negocial que tiene lugar, en el ámbito del Derecho de Sociedades, así en materia de constitución y organización<sup>4</sup>, como de funcionamiento y extinción. Esta reducción de la autonomía privada llevó a parte de la Doctrina francesa, a sostener que la Sociedad *-personificada-* no constituye un contrato, sino una institución ["*institution*"]. El problema es que *-incluso en el ámbito estrictamente jurídico-* el término "*Institución*" es una noción *polisémica*<sup>5</sup>, toda vez que el término "institución" se aplica: tanto las particulares organizaciones formales de gobierno y servicio público<sup>6</sup> o *-sin más-* a cualquier organismo o grupo social que, con unos de-

---

Sociedad dentro de la categoría general de los negocios jurídicos ha suscitado tradicionalmente en la doctrina privatista serias dudas. La dificultad de aplicar a los fenómenos societarios principios y conceptos propios de la teoría general del contrato ha determinado una tendencia cada vez más acusada a desplazar la problemática característica del acto constitutivo de la Sociedad fuera de la esfera estrictamente contractual".

<sup>3</sup> LANGLE RUBIO, E.: "Manual...", cit., t. Iº, ps. 395. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.J.: "La Sociedad en general: elementos del Contrato de Sociedad", en VV.AA.: "Curso de Derecho mercantil", t. I, "Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de Sociedades", dir. por R. Uría González y A. Menéndez Menéndez, edit. CIVITAS, S.A, Madrid, 1999, p. 440. HAMEL, J., LAGARDE, G. y JAUFFRET, A.: "Traité de Droit commercial", t. I, vol. 1º, edit. DALLOZ, Paris, 1980, p. 19.

<sup>4</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: "Tratado...", cit., t. I, vol. 1º, p. 408. ESCARRA, J.: "Cours de Droit commercial", t. II, vol. 2º, nueva ed., Paris, 1952, p. 275, quien ya advertía que, pese a la concepción tradicional contractualista, seguida por el Derecho francés, anterior a la Ley de 1966, en las sociedades de capitales la noción de "contrato" tiende a debilitarse, acentuándose la de "Persona moral". Así, "en razón del enorme poder que representa la Sociedad Anónima, frente al Estado, éste, tanto por un reflejo de autodefensa, como para proteger a los particulares, ha sentido en buena hora la necesidad de intervenir. De suerte que la Sociedad ha dejado de ser un simple contrato de Derecho privado, derivado de la autonomía de la voluntad, para adoptar una fisonomía nueva". RIPERT, G., ROBLOT, R., GERMAIN, M. y VOGEL, L.: "Traité de Droit commercial", t. I, "Actes de commerce - Baux commerciaux. Propriété industrielle. Concurrence. Sociétés commerciales", edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 17ª ed., Paris, 1998, ps. 790 y s., quienes hacen notar que la concepción "contractualista" de la "Sociedad" resultaba adecuada e indiscutible en una etapa histórica de reconocimiento de la Autonomía de la Voluntad, lo cual supuso el triunfo del liberalismo político, jurídico y económico, que hubo de beneficiarse del régimen de amplia libertad en la creación de sociedades anónimas. Pero este estado de cosas no duró: pronto el Ordenamiento comenzó a regular mediante normas imperativas el proceso de creación de estas sociedades.

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: "Curso de Derecho administrativo", t. II, edit. CIVITAS EDICIONES, S.L., 11ª ed., Madrid, 2002, p. 385, advierten que la terminología es equívoca.

<sup>6</sup> Desde este punto de vista, las Instituciones aparecen comprendidas como una variedad más, en el conjunto de las personas jurídicas de Derecho público, ya que *-al parecer-* GIERKE, en Alemania, habría hablado de este

terminados medios, persigue la realización de unos fines o propósitos -existirían, asimismo, instituciones privadas<sup>7</sup>-, como a las normas de conducta y costumbres consideradas importantes para una sociedad.

En materia de sociedades -y, en general, en materia de personas jurídicas- el concepto Institución se ha utilizado en el sentido de un organismo que tiene fines de vida y medios superiores en poder y en duración a los individuos que la componen. Comprende a la persona jurídica bajo la idea de "empresa" en cuanto lo que importa no son en sí sus órganos, sino si se cumple la finalidad planteada o no. La persona jurídica encuentra su justificación en el cumplimiento de ese fin planteado<sup>8</sup>.

### A. Teoría alemana de la institución

La Teoría de la Institución parece tener un origen nacional y teórico distinto: hay quien afirma que nació en Alemania<sup>9</sup>: ya RATHENAU habría defendido la teoría de la "Empresa en sí" ["*Unternehmen an sich*"], que habría de influir notablemente en la primera AktG./1937, y de acuerdo con la cual se afirma la supremacía o el predominio del interés de la Empresa en sí mismo sobre cualquier otro interés, incluido el mismísimo interés de los socios, habiendo constituido la base y fundamento de la Ley alemana sobre la Cogestión ["*Mitbestimmungsgesetz*"]. Pues bien; hay razones para situar en RATHENAU el origen de la teoría institucional del interés social, en el Derecho de sociedades, como posición enfrentada con la teoría meramente contractual, sobre la base de que esta última gira, exclusivamente, en torno al interés de los socios, dado que este autor alemán publicó, en 1917, su trabajo "*Vom Aktienwesen - Eine geschäftliche Betrachtung*", que fue luego traducido al italiano como "*La realtà della società per azioni*" y publicado, en 1960, en la "*Rivista delle società*", con una amplia presentazione de Luigi Mengoni y Ariberto Mignoli<sup>10</sup>. En dicho trabajo RATHENAU exponía

---

"genus" de personas jurídico-públicas, para formular -remozada- la tradicional dicotomía entre "corporaciones" y "fundaciones" [GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.: "Curso...", cit., t. I, 11ª ed., p. 382].

<sup>7</sup> Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.: "Curso...", cit., t. I, 11ª ed., p. 382, siguiendo a GIERKE.

<sup>8</sup> BOETTICHER, K.W.: "Was ist die Aktiengesellschaft?", en "Die Zeit", 12.04.1963 Nr. 15 [<http://www.zeit.de/1963/15/Was-ist-die-Aktiengesellschaft>]. LAUX, F.: "Die Aktiengesellschaft als Objekt staatlicher Interessen. W. Rathenau und die Aktienrechtsdiskussion in der Weimarer Republik", en "Mitteilungen der Walther Rathenau Gesellschaft", Nr. 13, September 2003 [[http://www.walther-rathenau.de/pdf/mitteilungen\\_2003/mitteilungen\\_2003.pdf](http://www.walther-rathenau.de/pdf/mitteilungen_2003/mitteilungen_2003.pdf)].

<sup>9</sup> ALBORCH BATALLER, C.: "El derecho de Voto del Accionista (supuestos especiales)", edit. TECNOS, S.A., Madrid, 1977, ps. 81 y ss.

<sup>10</sup> ROSSI, G.: "Lo ripeto, Rathenau era un grande giurista [Da lui viene l'idea della cogestione. E la tesi dell'interesse sociale]", en "Corriere della Sera", de 11.02.2006, p. 41. KUHNER, Ch.: "Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften", en ZGR, 2004, p. 247.

<[http://www.econbiz.de/archiv/k/uk/swpruefung/unternehmensinteresse\\_shareholder\\_value.pdf](http://www.econbiz.de/archiv/k/uk/swpruefung/unternehmensinteresse_shareholder_value.pdf)>.

su opinión -basada en la observación de la realidad- de que las grandes sociedades anónimas evolucionaban hasta convertirse en empresas autónomas; una especie de “*tertium genus*” que se situaría a medio camino entre la Administración del Estado - como ente y como actividad [la actividad de administrar], y la gestión de los negocios privados<sup>11</sup>. Como consecuencia de lo expuesto, de acuerdo con esta teoría -entre otras cosas- se observa un ascenso y un final predominio del Órgano de administración social, sobre el Órgano asambleario de participación de los socios, y -correlativamente- una aproximación a la figura de la Fundación: los administradores se convierten así, no en gestores del interés del conjunto de los socios, sino en portadores y garantes de un interés superior, que es el de la propia Empresa, “en sí”<sup>12</sup>; interés que -a su vez- se resume en preservar los puestos de trabajo y servir a las necesidades del Estado<sup>13</sup>. Por este motivo fue por lo que esta teoría de la “Empresa en sí” [*Unternehmen an sich*] vino a ser adoptada por el régimen nacionalsocialista, que le dió forma jurídica en el llamado “*Führerprinzip*” [§ 70, AktG./1937: “*El Consejo de administración es responsable de dirigir la compañía a su bienestar y de acuerdo con lo que el Estado y la nación demanden*”].

Sin embargo, esta construcción fue objeto de crítica, pero no por ello dio en el abandono de las tesis institucionalistas, que la Doctrina alemana favorable trasladaría, de la Empresa, a la Persona jurídica<sup>14</sup>.

En mi opinión, se podría afirmar que la Teoría alemana de la Institución -manifestada originalmente bajo la forma de la Teoría de la “*Unternehmen an sich*”, es de raíz económica. Es una teoría de índole socioeconómica que terminó convirtiéndose en jurídica; una teoría que partió de la observación de la realidad económica y que -tras exponerla- propició que el Ordenamiento le diese respuesta, convirtiendo en Derecho los resultados valorativos derivados de la observación y el razonamiento propios de un economista.

## B. Teoría francesa de la institución

---

<sup>11</sup> LAUX,F.: “Die Aktiengesellschaft als...”, cit. p. 11 <[http://www.waltherrathenau.de/pdf/mitteilungen\\_2003/mitteilungen\\_2003.pdf](http://www.waltherrathenau.de/pdf/mitteilungen_2003/mitteilungen_2003.pdf)>

<sup>12</sup> BOETTICHER,K.W.: “Was ist die Aktiengesellschaft?”, cit., p. 2, <<http://www.zeit.de/1963/15/Was-ist-die-Aktiengesellschaft>>. LAUX,F.: “Die Aktiengesellschaft als...”, cit. p. 8 [[http://www.waltherrathenau.de/pdf/mitteilungen\\_2003/mitteilungen\\_2003.pdf](http://www.waltherrathenau.de/pdf/mitteilungen_2003/mitteilungen_2003.pdf)], hace notar que como consecuencia de la primera crisis económica societario-bursátil de 1872/1873, la Comisión de la Cámara de Comercio e Industria [“Commission der Handels- und Gewerbekammer”] de Chemnitz llegó a proponer la derogación de las leyes sobre sociedades anónimas y el sometimiento de éstas al Derecho regulador de las sociedades cooperativas [“das Recht der Genossenschaften”].

<sup>13</sup> FRANKS,J., MAYER,C., MOORES,P. y WAGNER,H.F.: “The Origins of the German Corporation - Finance, Ownership and Control”, Discussion Paper No. 65, p. 9, en <<http://www.sfbtr15.de/dipa/65.pdf>>

<sup>14</sup> ALBORCH BATALLER,C.: “El derecho de Voto...”, cit., p. 85 y ss.

Frente a esta construcción, otros autores -en cambio- sitúan el origen de esta teoría en Francia. Se habla de una Teoría francesa de la Institución, que -a diferencia de la alemana- no proviene directamente de la Economía, sino del Derecho público. Así, parte de la Doctrina franco-belga habría manifestado la opinión de que en la organización y ordenación negocial de la Sociedad, la voluntad privada juega un papel muy reducido, limitado por las exigencias legales que restringen la libertad de redacción de los estatutos, los cuales suelen mostrarse como modelos fijados imperativamente por la Ley. Y habida cuenta, igualmente, de que el funcionamiento de las sociedades no puede quedar en manos de la voluntad unánime de todos los socios, sino que debe dejar paso a un sistema de acuerdos por mayoría<sup>15</sup>, la conclusión sería que la Sociedad personificada es -más que un contrato- una institución: un ente; una realidad instrumental dotada de “*un carácter duradero y un carácter orgánico, que se debe ejercer en función de un fin a alcanzar, que le es propio*”<sup>16</sup>.

Esta teoría francesa de la Institución nació inspirada -como dije- en principios de técnica jurídica propios del Derecho público, desarrollados por la Escuela de Burdeos, capitaneada por Leon DUGUIT, aunque el sesgo publicista se detecta -también- en la formulación alemana<sup>17</sup>. En el seno de estas corrientes de pensamiento se elaboró la figura de la Institución, enfatizando la idea de que los derechos e intereses privados quedan subordinados a los fines de los que es portadora la persona

---

<sup>15</sup> GUYON, Y.: “Les sociétés. Amenagements statutaires et conventions entre associés”, en VV.AA.: “Traité des Contrats”, dir. por J.Ghestin, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, Paris, 1993, ps. 19 y s., quien señala que durante mucho tiempo se discutió, en Francia, si las sociedades -especialmente, las sociedades anónimas- debían ser consideradas como contratos o como instituciones, dado que mientras que los contratos constituyen el reino de la autonomía negocial privada, las instituciones se caracterizan por regirse por un estatuto que debe ser aceptado globalmente, y que no puede ser modificado. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: “Traité...”, cit., t. I, vol. 1º, p. 19. LE GALL, J.-P.: “Droit commercial. Les groupements commerciaux. Sociétés commerciales, G.I.E. et G.E.I.E. Marchés d'instruments financiers (Bourses de valeurs)”, edit. DALLOZ, 14ª ed., Paris, 1998, ps. 1 y 5 y s., quien señala que para los administrativistas, la Sociedad es una Institución, en la medida en que constituye un organismo creado y que funciona de acuerdo con un sistema legal, basado en normas imperativas, independizada de sus creadores, así en cuanto a los medios aportados a ella, como en cuanto a los fines perseguidos, y gestionada por unos «funcionarios» elegidos, en lugar de por mandatarios de sus miembros. FREDERICQ, L.: “Traité de Droit commercial belge”, t. IV, “Les sociétés commerciales en Droit belge. La constitution des sociétés congolaises. Les sociétés commerciales aux Pays-Bas et au Luxembourg. Guide fiscale et formules d'actes”, 1ª Parte, edit. EDITIONS FECHEYR, Gante, 1950, ps. 60 y ss., donde contraponen la original visión liberal de las sociedades, donde primaba el aspecto contractual, frente a una fase histórica de limitación de la autonomía privada y reconocimiento de la trascendencia de intereses generales, sobre el egoísmo de los socios, en las sociedades: “bajo la presión de la evolución de los hechos y de las ideas, la Sociedad mercantil adopta una fisonomía nueva: la personalidad jurídica que nace de la sociedad tiene cada vez una mayor tendencia a pasar a un primer plano, dejando en un segundo la personalidad individual de los socios. En una fase más avanzada, esta concepción dió lugar a la teoría de la Sociedad-institución”. Aparentemente, esta concepción institucional de las sociedades se habría implantado en el ámbito jurídico-positivo o legislativo, con la L. fr. de 11 .7. 1985.

<sup>16</sup> FREDERICQ, L.: “Traité ...”, cit., t. IV, p. 62.

<sup>17</sup> ALBORCH BATALLER, C.: “El derecho de Voto...”, cit., p. 83.

jurídica<sup>18</sup> [en principio, pública]. Sin embargo, el desarrollo pleno de la teoría llegaría con la obra de Maurice HAURIUO, quien considera que «una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le da una serie de órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de tal idea, se producen manifestaciones de comunión, dirigidas por los órganos del poder y reglamentadas por procedimientos». Así, HAURIUO señaló -en relación con la Administración pública- que el elemento fundamental del Estado, que no es otro que el que crea y garantiza los bienes, no se encuentra ni en el elemento del poder o de la soberanía, ni siquiera en la Ley, sino en las instituciones -como es el propio Estado; dotado de personalidad jurídica real y no ficticia-, que son portadoras de funciones trascendentes<sup>19</sup>. Posteriormente HAURIUO lograría trasladar la figura de la Institución, al ámbito del Derecho privado, lo mismo que hicieron RATHENAU, GEILER, NETTER y -con importantes diferencias- HAUSMANN, en Alemania<sup>20</sup>, y en este ámbito no cabe sino reconocer que, ciertamente, la Sociedad dotada de personalidad jurídica posee dos rasgos propios de la Institución: la duración y la organización finalista; notas que propician y exigen un funcionamiento basado en voluntades mayoritarias, y no en consensos unánimes de los socios, lo cual justificaría el que -para construir el régimen jurídico de la Sociedad- los autores hubieran tenido que buscar en el mundo de las colectividades de Derecho público<sup>21</sup>.

Como consecuencia de la organización finalista, al contrario de lo que acontece en el ámbito de los contratos propiamente dichos, donde rige el principio de autonomía negocial, que permite a las partes determinar libremente las obligaciones que los vinculan, siempre y cuando se respeten las exigencias impuestas por el orden público [arts. 1255, CC.ESP. ó 6º y 1134, Code.civ.fr.], en el ámbito de la Sociedad/Institución, las partes fundadoras se limitan a asumir o rechazar globalmente un esquema predispuesto por la ley, con el fin de proteger los intereses de los terceros -acreedores, trabajadores, clientes...-, y los de los propios socios: existe -por tanto- una reducción de la libertad negocial privada, justificado por la existencia de intereses legítimos superiores; transpersonales, como es propio de toda Institución<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> FREDERICQ,L.: "Traité ...", cit., t. IV, p. 62. ALBORCH BATALLER,C.: "El derecho de Voto...", cit., p. 83.

<sup>19</sup> HAURIUO,M.: "Obra escogida", trad. esp. por A.Santamaría Pastor y S.Muñoz Machado, Madrid, 1976, ps. 84 y ss. ALLÍ ARANGUREN,J.C.: "Derecho administrativo y globalización", edit. THOMSON - CIVITAS,S.L.,Madrid, 2004, ps. 48 y ss.

<sup>20</sup> DUCOULOUX-FAVARD,C.: "Nature juridique du Contrat de Société. Un exemple d'écueil pour le comparatiste", en Rev.Soc., 1966, nº 84, enero/marzo, p. 3. ESCARRÁ,J.: "Cours...", cit., 2ª ed., ps. 275 y s. ALBORCH BATALLER,C.: "El derecho de Voto...", cit., ps. 82 y 87.

<sup>21</sup> HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: "Traité...", cit., t. I, vol. 1º, p. 1 RIPERT/ROBLOT/GERMAIN/VOGEL: "Traité...", cit., t. I, 17ª ed., p. 791.

<sup>22</sup> MONSALLIER,Me.Ch.: "L'aménagement contractuel du fonctionnement de la Société Anonyme", edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, Paris, 1998, ps. 2 y ss. RIPERT/ROBLOT/GER-

La Sociedad, entendida como institución, se caracterizaría por el hecho de que, aun estando presente -con ocasión de su nacimiento- la voluntad negocial, ésta pronto se desvanecería o se debilitaría, ya que los socios únicamente podrían elegir entre los tipos y formas legalmente previstos. Así, los derechos e intereses privados, pertenecientes a las personas que decidieron ingresar en la Sociedad, como socios; que decidieron asociarse, quedarían -de acuerdo con la construcción institucional- sometidos a una subordinación duradera, respecto de los fines comunes a realizar<sup>23</sup>.

## 2. PLANTEAMIENTOS NEGOCIALES NO CONTRACTUALISTAS

A decir verdad, la cuestión es, ya, poco académica: ante todo, hay que señalar que un enfoque correcto de la naturaleza de las sociedades exige distinguir los dos -si no tres- aspectos que hay en todas ellas: acto fundacional, relación jurídica y organización. Y de lo que se trata, aquí, es sólo de uno o dos de esos tres aspectos: desde luego, el primero, y acaso también el segundo, pero no el tercero. Por tanto no se trata de saber ahora si la Sociedad es, o no es -toda ella- un contrato, sino de algo más modesto: si las sociedades nacen de actos de voluntad privada constitutivos de contratos. A este respecto -y por otra parte- hay que señalar que existen tipos diversos de sociedades, y dependiendo de cuál sea el que se contemple, predominará el aspecto contractual, o bien el aspecto institucional u organizativo, sin que ni uno, ni el otro, resulten recíprocamente excluyentes, sino -bien por el contrario- perfectamente compatibles, ya que no cabe asumir una visión radicalmente monista de la Sociedad<sup>24</sup>.

---

MAIN/VOGEL.: "Traité...", cit., t. I, 17ª ed., ps. 790 y s. COZIAN, M. y VIANDIER, A.: "Droit des Sociétés", edit. LITEC., 9ª ed., Paris, 1996, p. 54. GUYON, Y.: "Droit des affaires", cit., t. I, 8ª ed., p. 91. Idem.: "Les Sociétés...", en GHESTIN y otros, cit., ps. 19 y ss., quien señala que, durante cierto tiempo, se planteó entre la Doctrina, la cuestión de saber si las sociedades -en especial o en particular, las sociedades anónimas- debían ser consideradas como "contratos" o como "instituciones"; criterio que -en su opinión- habría venido a quedar reformado por las Directivas comunitarias, que establecen regímenes intensamente prohibitivos y coactivos, en materias como la nulidad, las facultades de los administradores, el capital mínimo. FREDERICQ, L.: "Traité ...", cit., t. IV, ps. 62 y s.

En España, ya GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: "Tratado...", cit., t. I, vol. 1º, p. 408, señaló que "el acto fundacional de una sociedad anónima y la entrada a salida de un socio en ella resultan de difícil adaptación al Derecho de Obligaciones y, en cambio, encajan sin esfuerzo en el Derecho propio de las corporaciones. Más que como contratantes, los socios se manifiestan como miembros de una corporación. Quien entra en una sociedad anónima no puede, como podría en una sociedad civil, configurar especialmente sus obligaciones y adaptar su posición jurídica dentro de la sociedad a sus exigencias funcionales".

<sup>23</sup> GUYON, Y.: "Droit des affaires", cit., t. I, 8ª ed., p. 92. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: "Traité...", cit., t. I, vol. 1º, p. 19. RIPERT/ROBLOT/GERMAIN/VOGEL.: "Traité...", cit., t. I, 17ª ed., p. 791.

<sup>24</sup> FREDERICQ, L.: "Traité ...", cit., t. IV, p. 63. COZIAN/VIANDIER.: cit., 9ª ed., p. 54. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: "Traité...", cit., t. I, vol. 1º, p. 19. JUGGLART, M. de, IPPOLITO, B. y DUPICHOT, J.: «Les sociétés commerciales», en «Cours de Droit commercial», t. II, edit. MONTCHRESTIEN, 10ª ed., Paris, 1999, p. 45. LE GALL, J.-P.: "Droit commercial. Les groupements commerciaux...", cit. 14ª ed., p. 7, quien concluye defendiendo que la Sociedad es una «institución», lo cual no obsta para que el autor reconozca que hay

Por consiguiente -y salvo en el supuesto marginal de las sociedades unipersonales- cualquier sociedad nace de un contrato y es, por tanto, obra de la autonomía negocial privada; rasgo que se da incluso en las SAs. y SRLs., donde las posibilidades de conformación voluntaria del contrato y los estatutos, siguen existiendo<sup>25</sup>.

#### A. *La peculiar estructura subjetiva como presupuesto*

Por fin, el último factor que se tuvo en cuenta, a la hora de poner en cuestión la Teoría Contractualista fue -precisamente- la especial estructura plurilateral; plurisubjetiva y de colaboración, propia de las sociedades, que ha llevado a algunos a tratar de sustituir la figura del Contrato, por la del "Acuerdo", como fuente original de la relación jurídica societaria y como presupuesto de la organización social. A este respecto, creo llegado, ya, el momento de hacer referencia a las diferencias de terminología, existentes entre el texto del art. 116, CCo.esp. y el texto del art. 1665, CC.esp.; unas diferencias, sin duda, que -en su día- se consideraron irrelevantes, pero que - hoy en día- podrían cobrar un sentido mucho más profundo. En efecto: mientras que el art. 116, CCo.esp. dice literalmente que "[e]l contrato de compañía... será mercantil", cuando concurren una serie de condiciones, en cambio el art. 1665, CC.esp. dice, sin más, que la Sociedad es un "contrato", aunque -por lo demás- entre los rasgos que definen a la sociedad del art. 116, CCo.esp. y a la del art. 1665, CC.esp. exista una identidad prácticamente total. Pues bien, a nuestro modo de ver, esta diferencia apoyaría la tesis de que el Contrato de Sociedad ha dejado de ser la única forma de Sociedad conocida. Y esto, no sólo en el sentido de que unas sociedades tengan una estructura más corporativa que contractual, sino en el sentido de que la Sociedad puede tener un origen, o un destino no contractuales.

El estudio de las sociedades obliga a diferenciar dos aspectos; a saber: el aspecto negocial y el aspecto organizativo; o -como diría GARRIGUES- entre el contrato y el comerciante social<sup>26</sup>. Y esto, en la medida en que el referido Contrato de Sociedad va dirigido a crear una entidad, cuya organización será más o menos compleja, y que habrá de variar según sea el tipo social escogido. En efecto; por lo que se refiere al aspecto negocial, las sociedades tienen su origen en la voluntad, nunca en la Ley; una

---

sociedades que son puramente contractuales y que incluso aquellas sociedades que se inmatriculan en el Registro de Comercio conservan siempre un aspecto contractual. En este sentido, GIRÓN TENA,J.: "Derecho de sociedades", t. I, "Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias", impr. ARTES GRAFICAS BENZAL, Madrid, 1976, p. 128, nota <1>, critica que esta construcción francesa solamente podría aplicarse, todo lo más, a la Sociedad Anónima.

<sup>25</sup> COZIAN/VIANDIER.: cit., 9ª ed., p. 54. KLAUSS,H. KLAUSS,H.J. y BIRLE,J.: "Die GmbH. Gesellschaftsrecht. Steuerrecht", edit. KIEHL, 5ª ed. reelaborada y ampliada, Ludwigshafen, 1992, p. 41.

<sup>26</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J.: "Tratado...", cit., t. I, vol. 3º, p. 379.

voluntad negocial, que -dependiendo de las circunstancias- habrá de ser calificada -alternativamente- como contractual o unilateral<sup>27</sup>. Y, desde la perspectiva institucional, la voluntad creadora o constituyente de los fundadores de una sociedad crea una organización de personas [y, en cierto modo, de elementos patrimoniales aportados]; crea un ente, al que -en determinadas circunstancias- puede reconocérsele personalidad jurídica propia<sup>28</sup>. A decir verdad; el moderno Derecho de Sociedades propende a prestar mayor atención a la dimensión institucional de las Sociedades, habida cuenta de que se ha reconocido por los diversos legisladores la concurrencia -junto con el interés de los socios- de otros intereses relevantes [P.e.: el interés de los trabajadores, o el de los terceros acreedores], que merecen la protección del Ordenamiento<sup>29</sup>.

Ahora bien, hay que señalar -sin embargo- que -en el Derecho español, no así en el Derecho peruano- el Contrato de Sociedad no siempre acaba por dar nacimiento a una persona jurídica<sup>30</sup>. Y, así, pese a la creciente relevancia del aspecto institucional, nunca hay que olvidar el origen voluntario/negocial de toda sociedad; origen que, por regla general, debe venir referido a la figura del "Contrato". En principio, la regla general es que la Sociedad sea, o -mejor- que la Sociedad nazca de un contrato: el Contrato de Sociedad<sup>31</sup>. Pues bien; a este respecto resulta conveniente señalar cómo en Italia se ha producido una evolución que -por decirlo de algún modo- ha recuperado el contractualismo de la fundación de las sociedades, bien que sobre la base del Contrato plurilateral ["*contratto plurilaterale*"]; teoría

<sup>27</sup> LE GALL, J.-P.: "Droit commercial. Les groupements commerciaux...", cit. 14ª ed., ps. 6 y s.

<sup>28</sup> LOJENDIO OSBORNE, I.: "Las Sociedades mercantiles", en VV.AA.: "Derecho mercantil", dir. por G.J. Jiménez Sánchez, t. I, edit. ARIEL, S.A., 4ª ed., Barcelona, 1997, p. 160. DE PABLO CONTRERAS, P.: "Capítulo 20. El Contrato de Sociedad y la Sociedad Civil", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A.: "Curso de Derecho Civil", t. II, "Derecho de Obligaciones", "Tercera Parte: Contratos y cuasicontratos", coord. por C. Martínez de Aguirre y Aldaz, edit. COLEX, S.A., Madrid, 2000, p. 264. ESCARRÁ, J.: "Cours...", cit., 2ª ed., p. 275. COZIAN/VIANDIER.: cit., 9ª ed., p. Para GRAZIANI, A.: "Diritto delle Società", edit. MORANO EDITORE, 5ª ed. revisada y ampliada, Nápoles, 1963, p. 23, este es un argumento que contribuiría a poner en tela de juicio la caracterización contractual de las sociedades; circunstancia que explicaría que el legislador -italiano- evitase hablar de contrato, prefiriendo referirse al "atto costitutivo", respecto de todas aquellas sociedades que no fuesen la "Società Semplice".

<sup>29</sup> LOJENDIO OSBORNE, I.: "Las Sociedades mercantiles", cit., t. II, 4ª ed., p. 160. GIRÓN TENA, J.: "Derecho de Sociedades...", cit., t. I, p. 131, señala que en Italia todavía siguen las disputas entre "contractualistas" y "anticcontractualistas".

<sup>30</sup> HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: «Traité...», cit., t. I, vol. 1º, p. 20.

<sup>31</sup> LANGLE RUBIO, E.: "Manual...", cit., t. I, p. 396. LOJENDIO OSBORNE, I.: "Las Sociedades mercantiles", cit., t. II, 4ª ed., p. 160. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.J.: "La Sociedad en general...", cit., p. 440. GIRÓN TENA, J.: "Derecho de Sociedades...", cit., t. I, p. 132. ESCARRÁ, J.: "Cours...", cit., 2ª ed., p. 275. RIPERT/ROBLLOT/GERMAIN/VOGEL.: "Traité...", cit., t. I, 17ª ed., p. 791, quienes señalan que en las sociedades personalistas existen ciertas especialidades de régimen que -sin embargo- pueden hallar perfecta explicación en el Derecho de Contratos, al tiempo que señalan que en los últimos tiempos se ha producido una revivencia de la teoría contractualista.

que ha encontrado sus principales valedores en autores como Tullio ASCARELLI, Antonio BRUNETTI e incluso hay quien afirma que también Francesco MESSINEO, habiendo llegado a imponerse en la codificación mussoliniana, de 1942, donde aparecería reflejado en los arts. 1420, 1446, 1459 y 1466, Cod.civ.it.<sup>32</sup>. Lo que sucede -sin perjuicio de lo anterior- es que hay que hacer una doble advertencia, en punto a la afirmación del origen contractual de las sociedades, tanto mercantiles, como civiles; a saber: En primer término, que el Contrato de Sociedad presenta tales especialidades, si se lo compara con los demás contratos -llamados sinalagmáticos o "de intercambio"-, que incluso muchos autores trataron de poner en duda que, verdaderamente, mereciese la calificación jurídica de "contrato", en sentido propio; llegándose a defender las tesis de que se trataba, bien fuera de un acto complejo, o bien de un acuerdo colectivo<sup>33</sup>.

En segundo lugar, sucede que existen sociedades constituidas originariamente por un sólo socio; razón por la cual debe excluirse, "a radice", que se esté en presencia de un contrato, tratándose -más bien- de un negocio jurídico unilateral.<sup>34</sup>

### *B. El acto fundacional societario frente al contrato sinalagmático*

Sin entrar por ahora en el tema de las sociedades unipersonales, baste señalar que los argumentos aducidos por la tesis -mantenida por MESSINEO, y que parece bastante extendida entre la Doctrina alemana- de las llamadas especialidades del Acto de constitución de la Sociedad, son los siguientes, que resumió con precisión el Prof. BROSETA:

---

<sup>32</sup> ASCARELLI, T.: "La liceità dei sindacati azionari", en RDC., 1931, t. II, p. 253. BRUNETTI, A.: "Trattato di Diritto delle Società", t. II, 1948, p. 160 (Vid. refs. en GIRÓN TENA, J.: "Derecho de Sociedades...", cit., t. I, p. 132.). DI SABATO, F.: "Manuale delle Società", edit. UTET., 6ª ed., Turín, 1999, p. 30 o GRAZIANI, A.: cit., ps. 28 y ss., quienes señalan que el hecho de que las declaraciones de los contratantes vayan dirigidas a lograr un efecto común, solamente pone de manifiesto que se trata de un tipo muy especial de contrato, que el legislador italiano define como plurilateral. DUCOULOUX-FAVARD, C.: "La Nature...", cit., ps. 8 y ss. EMMERICH, V.: "Zweites Buch. Handelsgesellschaften und Srilie Gesellschaften" en HEYMANN, B., EMMERICH, V. y otros.: "Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). Kommentar", t. II, edit. WALTER DE GRUYTER, Berlín/N.York, 1989, p. 3.

<sup>33</sup> La naturaleza y estructura del "contrato" de constitución de las sociedades constituyen objeto de discusión, hasta el punto de que se llega a poner en cuestión el propio aserto de si, en realidad, nos hallamos en presencia de un verdadero contrato, habida cuenta de la pluralidad de personas que intervienen en él, y habida cuenta del hecho de que, entre las mismas, no cabe apreciar que exista una estructura relacional, comparable con las de los simples contratos sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas [LOJENDIO OSBORNE, I.: "Las Sociedades mercantiles", cit., t. II, 4ª ed., p. 162. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "La Atripicidad...", cit., ps. 270 y s. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Instituciones de Derecho mercantil", t. I, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 20ª ed., Madrid, 1997, p. 209. PAZARES RODRÍGUEZ, C.J.: Comentario al Artículo 1665, cit., p. 1317. PINTO FURTADO, J.H.: "Curso de Direito das Sociedades", edit. ALMEDINA, 3ª ed., Coimbra, 2000, ps. 68 y s.).

<sup>34</sup> Por todos, vid. LOJENDIO OSBORNE, I.: "Las Sociedades mercantiles", cit., t. II, 4ª ed., p. 160.

1) A diferencia de los contratos sinalagmáticos o de intercambio, en la Sociedad no existen dos partes con dos intereses contrapuestos, que intentan armonizarse a través del consentimiento mutuo, como sucede en el "Contrato", sino una sola; una "pars unica", pero colectiva, ya que estaría integrada por todos y cada uno de los socios, caracterizada por la comunidad -y unidad- de interés<sup>35</sup>. No me atrevo a afirmar que exista -cual sostenía BROSETA- una parte única colectiva; bien por el contrario: con excepción de las sociedades unipersonales, subsiste la pluralidad de partes. Aunque, en este sentido, hay que recordar que el Contrato de Sociedad es un contrato de colaboración, y esta circunstancia es la que hace más complejo admitir la presencia del conflicto de intereses enfrentados, que es propio de los demás contratos sinalagmáticos<sup>36</sup>.

2) A diferencia de lo que ocurre en los contratos conmutativos, en el acto constitutivo de la Sociedad no existen contraprestaciones recíprocas de las partes; no hay prestaciones que cada socio haga, a favor de cada otro socio, sino que lo que hay son prestaciones que salen de la esfera patrimonial de cada socio, y que no van a parar al patrimonio de los otros, sino que: o bien pasan al patrimonio de la sociedad, si ésta adquiere personalidad, o bien conforman una comunidad en mano común, si se tratase, por el contrario, de un ente social despersonalizado<sup>37</sup>.

3) En consecuencia de lo anterior, resulta prácticamente nula la posibilidad de aplicar al contrato de Sociedad las mayor parte de normas referentes a los contratos bilaterales [P.e., la condición resolutoria clásica del art. 1124, CC. esp. o la anulabilidad por vicios del consentimiento, o la "*exceptio inadimpleti contractus*"]. Ya que -en efecto- la Condición Resolutoria tácita, del referido art. 1124, CC. esp. se transforma en, o deja paso al régimen de instituciones como la separación y la exclusión de socios, que permiten llevar a cabo una "resolución parcial" de la relación asociativa, con la baja o salida de algunos de los socios -p.e.- los incumplidores de los deberes de aportación, en tanto que subsiste, entre los restantes, la relación de sociedad<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> El interés de crear la Sociedad, con ánimo lucrativo, dice BROSETA PONT, M.: "Manual de Derecho Mercantil", edit. TECNOS, S.A., 9ª ed., Madrid, 1991, p. 179. Sobre la cuestión, vid. DE PABLO CONTRERAS, P.: Capítulo 20.: "El Contrato de Sociedad y la Sociedad civil", cit., p. 635. HAMEL/LAGARDE/JAUFFRET.: «*Traité...*», cit., t. I, vol. 1º, p. 20.

<sup>36</sup> FERRARA Jr., F. y CORSI, F.: "Gli imprenditori e le società", edit. DOTT. A. GIUFFRÈ, 9ª ed., Milán, 1994, ps. 250 y s. RIPERT/ROBLLOT/GERMAIN/VOGEL.. "*Traité...*", cit., t. I, 17ª ed., p. 804. LOJENDIO OSBORNE, I.: "Las Sociedades mercantiles", cit., t. II, 4ª ed., p. 162.

<sup>37</sup> BROSETA PONT, M.: "Manual...", cit., 9ª ed., p. 179. Vid., igualmente, FERRI, G.: "Le Società", en VV. AA.: "Trattato di Diritto civile italiano", dir. por F. Vassalli, t. Xº, vol. 3º, edit. UTET., 2ª ed. ampliada, Turín, 1985, ps. 4 y s.

<sup>38</sup> FERRARA Jr./CORSI.: "Gli Imprenditori...", cit., 9ª ed., ps. 251 y s. DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "La Fundación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada: Escritura y Estatutos", en VV. AA.: "Derecho de Sociedades

4) El nacimiento de una persona jurídica distinta de los socios -hipotéticos contratantes- parece un efecto ajeno al contenido de los contratos<sup>39</sup>.

En consecuencia, parece que tanto el acto fundacional de la Sociedad, como la entrada o salida de un socio en la misma, resultan difíciles de explicar o de concebir, como materia estrictamente "contractual", en tanto que parecen hallarse emparentadas o vinculadas al Derecho de las corporaciones/instituciones, porque -de hecho- los socios no adoptan tanto un comportamiento propio de contratantes, cuanto de miembros de una corporación<sup>40</sup>. En este sentido, la propia caracterización "contractual" del negocio o del acto jurídico creador de las sociedades, llegó a suscitar dudas, dado el hecho de la concurrencia de una pluralidad de personas, que supera la dualidad de contratantes, típica de los contratos tradicionales<sup>41</sup>.

### C. Posturas sobre el pretendido negocio fundacional no contractual.

Las construcciones dogmáticas que se elaboraron acerca de la naturaleza jurídica del "acto creador" de las sociedades, pueden sintetizarse como sigue:

- 1) Teoría del llamado acto social constitutivo [no contractual], al que podríamos describir -también- como acto organizatorio.
- 2) Teoría del acto complejo.

Estas teorías, por otra parte, quizá no sean tan diferentes, la una de la otra, pudiendo consistir su divergencia, simplemente, en una cuestión de perspectiva, hasta el punto de que la formulación originaria de una y otra teorías, estaría, de forma coincidente, en la persona de Julius Von GIERKE. Además, alguno de los sustentadores de estas

---

de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995", t. I, "Caracterización. Constitución. Posición jurídica de socio y aportaciones. Participaciones sociales. Órganos", coord. por F.Rodríguez Artigas, R.García Villaverde, L.Fernández de la Gándara, A.Alonso Ureba, L. Velasco San Pedro y G.Esteban Velasco, edit. McGRAW-HILL, Madrid, 1996, p. 153. LOJENDIO OSBORNE,I.: "Las Sociedades mercantiles", cit., t. II, 4ª ed., p. 162. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA,L.: "La Atipicidad...", cit., p. 270.

<sup>39</sup> BROSETA PONT,M.: "Manual...", cit., 9ª ed., p. 179. GUYON,Y.: "Les sociétés...", en GHESTIN y otros.: cit., p. 11, quien señala que el Contrato de constitución de las sociedades "no obedece a los principios generales de las obligaciones y contratos más que hasta el momento de la inscripción de la Sociedad en el Registro de Comercio... a partir de entonces todo cambia. El carácter puramente contractual de las relaciones entre la Sociedad y los socios se debilita sin desaparecer, pese a todo...".

<sup>40</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J.: "Tratado...", cit., t. I, vol. 1º, p. 408.

<sup>41</sup> LOJENDIO OSBORNE,I.: "Las Sociedades mercantiles", cit., t. II, 4ª ed., p. 162. Vid. la magnífica exposición de las diversas construcciones por RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,J.: "Tratado de Sociedades mercantiles", t. I, edit. EDITORIAL PORRÚA,S.A., México, 1947, ps. 17 y ss.

teorías parecen entremezclar los elementos y propuestas de ambas, e incluso parecería aportar alguno de los argumentos que habría de sustentar -en el Derecho francés- la Teoría de la Institución, como el de la necesidad de proteger intereses colectivos, en la fundación de sociedades como la Sociedad Anónima o la Sociedad de Responsabilidad Limitada<sup>42</sup>.

a. La teoría del acto organizatorio

Los seguidores de la primera de ambas teorías -Teoría del llamado acto social constitutivo [no contractual] o acto organizatorio- centran su atención en la complejidad del contenido organizativo que presenta el acto de constitución de las sociedades; un acto en el que se crea una organización y se la dota de una cierta estructura, más o menos compleja. Este tipo de acto de constitución posee un importantísimo contenido estatutario; contenido estatutario de importancia tanto cuantitativa, como cualitativa. En este sentido, algunos autores, como Julius Von GIERKE o Heinrich FEINE, rechazaron las tesis contractualistas de caracterización de las sociedades, y sostuvieron que el negocio jurídico de creación de una sociedad; de una persona social corporativa, representa un acto jurídico social, que se caracterizaría por poseer una estructura unilateral - en la medida en que los fundadores concurrentes dirigen su voluntad al fin común de la fundación, vinculándose como socios del nuevo ente y por su posición de tales, y no entre sí, y fundacional o "construccional", si se me permite la expresión. No se está, por tanto, en presencia de ningún verdadero contrato, porque la voluntad de los partícipes fundadores "se proyecta unilateralmente"<sup>43</sup>. En este sentido, GIERKE pensaba que lo más importante en las sociedades era su vertiente externa, y no las relaciones obligatorias que comprometían a los socios a sus deberes de aportación, porque lo más trascendente de la voluntad fundacional, expresada en el acto constitutivo, sería el contenido organizativo de dicho acto; el contenido reglamentario o estatutario<sup>44</sup>. Desde esta perspectiva, se ha llegado a sostener -incluso- la necesidad de diferenciar entre el negocio de constitución de una sociedad civil y el de creación de una socie-

---

<sup>42</sup> MOSSA, L.: "Trattato del Nuovo Diritto commerciale", t. IV, "Società per azioni", edit. CEDAM., Padua., 1957, ps. 181 y ss.

<sup>43</sup> GIERKE, J. Von.: "Deutsches Privatrecht", t. I, Leipzig, 1895. Idem.: "Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung", Berlín, 1887, p. 124.

<sup>44</sup> En este sentido, habría que señalar -con FEINE- que la fijación, en escritura pública, del contenido de los estatutos de una sociedad -en su caso, la SRL. [GmbH.] - no puede encerrarse en los estrechos márgenes de un contrato de sociedad, pues no engendra meras relaciones jurídicas entre los socios, sino una trama de derechos y deberes de éstos para con la sociedad, estableciendo las normas por las que ha de regirse la corporación" [FEINE, E.: "Las Sociedades de Responsabilidad Limitada", edit. LOGOS, LTDA., trad del alemán y prólogo por W. Roces, Madrid, 1930, p. 84].

dad mercantil: si en el primer caso predominaría el elemento contractual, por el contrario, en el segundo, la presencia de un elemento originario contractual se ve dominada o subordinada a la presencia de un acuerdo o acto complejo, de creación de la persona jurídica y de la empresa<sup>45</sup>. Por consiguiente, nos hallaríamos -al decir de FEINE- en presencia de algo que no puede ser calificado, ni como contrato, pero tampoco como mero acto colectivo, ni siquiera puede -por fin- ser calificado como mero acuerdo, sino que se trataría de un acto constitutivo de Derecho societario, que proporciona a la naciente corporación, su "Constitución" o Ley fundamental<sup>46</sup>. Además, el acto constitutivo de sociedad presenta un grado de modificabilidad voluntaria que no se da en los contratos. Y todas estas circunstancias -opinaba GIERKE- aconsejarían apartarse del ámbito del Derecho de contratos, para trasladarse al ámbito del Derecho de Personas.

Aunque los ordenamientos del "Common Law" son claramente menos formalistas y teoristas, tengo para mi que, en materia de constitución de sociedades personificadas, la Doctrina -sobre todo, norteamericana- adopta un criterio materialmente análogo al de esta teoría del acto constitutivo/organizatorio. En efecto; los autores centran su atención, no en el acuerdo de voluntades habido entre los fundadores, sino -más bien- en la tramitación del proceso de "incorporation", donde el papel fundamental corresponde a los fundadores ["incorporators"], que tal vez no se distinguen claramente de unos "promotores", y que se definen como las personas que "ejecutan" los "articles of incorporation"; los redactan y los presentan al "secretary of state" y reciben de él el "certificate of incorporation" o "charter" o el recibo de las tasas<sup>47</sup>. Los fundadores/promotores ["incorporators"], bien se reúnen entre sí, para completar la organización de la sociedad, o bien convocan la primera reunión del "board of directors" [que es un órgano de administración, y no una Junta General], en el que se completa la organización de la sociedad<sup>48</sup>. Solamente parece resurgir la contractualidad de la fundación, en la medida en que los fundadores/promotores ["incorporators"] pueden tanto disolver la sociedad, como modificar los "articles of incorporation",

---

<sup>45</sup> MOSSA, L.: "Diritto commerciale", t. I, edit. DOTT.A. GIUFFRÈ, Milán, 1937, p. 111, en términos parecidos a los formulados por FEINE. Idem.: "Trattato del Nuovo Diritto commerciale", t. IV, "Società per azioni", cit., ps. 182 y s., quien se adhiere a la construcción de KUNTZE. En cierto sentido, hay que volver a citar, una vez más, a GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: "Tratado...", cit., t. I, vol. 1º, p. 408.

<sup>46</sup> FEINE, E.: "Las Sociedades de Responsabilidad Limitada", cit., p. 84. Igualmente, vid. ref. en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: cit., t. I, p. 18, nota <4>.

<sup>47</sup> HAMILTON, R. W.: "The Law of Corporations", edit. WEST PUBLISHING Co., 5ª ed., St. Paul (Minn.), 2000, p. 81.

<sup>48</sup> HAMILTON, R. W.: cit., 5ª ed., p. 81.

bien que por unanimidad, mientras la sociedad no haya dado comienzo a sus actividades ni haya emitido acciones<sup>49</sup>.

Por lo demás, el “Law of Corporations” norteamericano admite las sociedades unipersonales<sup>50</sup>, lo cual avalaría, a mayor abundamiento, la descontractualización del proceso fundacional de las “corporations”. Diversa es la situación cuando se trata de las “partnerships”, que surgen de contratos y son relaciones propiamente contractuales, aunque lo cierto es que el “Partnership Law” es algo que va más allá del mero “Contract Law”<sup>51</sup>.

#### b. La teoría del acto complejo

La otra construcción dogmática -la Teoría del Acto [subjetivamente] complejo- logró una mayor difusión, sustentada por autores como KUNTZE -autor en el que se basa la construcción doctrinal de Lorenzo MOSSA-, LEHMANN, FERRARA o MESSINEO<sup>52</sup>, a los que cabría sumar el mexicano MANTILLA MOLINA<sup>53</sup>. Y, a diferencia de la anterior, atiende, no tanto al aspecto objetivo/organizativo, cuanto al aspecto subjetivo/funcional. Desde este punto de vista, lo que resulta fundamental y característico es que la pluralidad de personas que concurren a la constitución de una Sociedad, manifiestan voluntades que corren en sentido paralelo, o incluso en sentido convergente, toda vez que representan intereses que no se hallan en confrontación. Y, por esta misma razón, el vínculo jurídico-negocial que les daría trabazón, a la hora de constituir una Sociedad no podría ser el Contrato, sino un negocio jurídico de índole distinta. Estos autores aplicaron -inicialmente- la teoría expuesta sólo a las sociedades anónimas [A.G., S.p.A.], aunque con el paso del tiempo se produciría una expansión de esta teoría, para ser aplicada a otros tipos sociales: a todas las sociedades capitalistas dotadas de estructura corporativa. Incluso se ha aplicado esta construcción, a una sociedad como la Mutua de Seguros, respecto de la que se

---

<sup>49</sup> HAMILTON, R.W.: cit., 5ª ed., p. 81.

<sup>50</sup> HAMILTON, R.W.: cit., 5ª ed., p. 81.

<sup>51</sup> HENN, H.G. y ALEXANDER, J.R.: "Laws of Corporations and other business enterprises", edit. WEST PUBLISHING Co., 3ª ed., St. Paul, Minn. 1983, p. 61.

<sup>52</sup> Sobre el papel de MESSINEO, en la formulación de la Teoría del Acto Complejo, vid. FERRARA Jr./CORSI: "Gli Imprenditori...", cit., 9ª ed., p. 236, nota <2>.

<sup>53</sup> MANTILLA MOLINA, R.: "Derecho mercantil", edit. LIBRERÍA DE PORRÚA, HERMANOS y Cía., México, 1946, recensión por J[oaquín] R[ODRÍGUEZ] R[ODRÍGUEZ], en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/1/bib/bib17.pdf>, p. 2, quien señala que MANTILLA MOLINA construye toda la teoría de las sociedades partiendo de la base de negar que se trate de contratos o negar que surjan de contratos, optando -más bien- por la teoría del Acto complejo, lo que el autor de la recensión critica.

ha afirmado que su creación queda sometida a las normas del BGB. sobre las declaraciones de voluntad, si bien a diferencia de las sociedades mercantiles, la declaración de un socio puede ser anulada por vicios de consentimiento, sin que ello obste a la validez del total acto conjunto ["Gesamtakt"]. Todas estas sociedades -frente a las sociedades personalistas, de índole claramente contractual- nacerían de un "Gesamtakt"; figura que ha tenido un amplio reflejo, así en el Derecho privado, como en el público<sup>54</sup>; un acto complejo, pluripersonal, pero distinto del "Contrato", que está compuesto de una pluralidad de declaraciones de voluntad unilaterales, que no se contraponen, sino que corren paralelas, tendentes a un mismo fin. En estas sociedades, aun cuando se emplea el término contrato, para aludir a su acto fundacional, es lo cierto que presenta rasgos difíciles de adaptar al marco del Derecho de Obligaciones, pareciendo más propios del Derecho de corporaciones<sup>55</sup>.

Los actos complejos ["Gesamtakte"] son negocios jurídicos plurisubjetivos o pluripersonales que, sin embargo, deben ser calificados, igualmente, como unilaterales, por la presencia de un interés común, superpuesto al aislado de cada socio<sup>56</sup>. Pero también puede ser considerados como negocios plurilaterales, en los que la pluralidad de personas que emiten declaraciones de voluntad, ostenten intereses diferentes, aunque ello no signifique que se trate de intereses encontrados, sino todo lo contrario: convergentes, ya que se encaminan a un fin común. Se estaría en presencia de "[u]na actuación conjunta o simultánea de varios para la consecución de un efecto jurídico unitario en relación con terceros, para crear un negocio jurídico frente a

---

<sup>54</sup> GIRÓN TENA, J.: "Derecho de Sociedades...", cit., t. I, ps. 128 y s.

<sup>55</sup> Así, p.e., LEHMANN, K.: "Lehrbuch des Handelsrechts", edit. VERLAG VON VEIT & Comp., 2ª ed. reelaborada, Leipzig, 1912, p. 396. Respecto de las "Mútuas de seguros", vid. PRÖLSS, E.R., SCHMIDT, R. y FREI, P.: "Versicherungsaufsichtsgesetz. Bundesaufsichtsgesetze. Kartellrecht der Versicherungswirtschaft (102 GWB.) und andere Nebengesetze", edit. C.H. BECK'SCHE VERLAGS- BUCHHANDLUNG, 9ª ed reelaborada, Munich, 1983, p. 323. MOSSA, L.: "Trattato del Nuovo Diritto commerciale", t. IV, "Società per azioni", cit., ps. 182 y s. Esta construcción, basada en diferenciar entre las sociedades personalistas y las de capitales, como la Anónima, logró -en nuestro país- la adhesión, en un primer momento, de GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "Tratado...", cit., t. I, vol. 1º, p. 407 y s., nota <16>, que atribuía el origen de esta construcción a los alemanes GIERKE y BESSELER. En Francia, hace alusión a esta teoría DUCOULOUX-FAVARD, C.: "Nature...", cit., ps. 5 y s.

<sup>56</sup> FERRARA Jr./CORSI.: "Gli Imprenditori...", cit., 9ª ed., p. 236, nota <2>, recogen la postura de MESSINEO, señalando que -supuestamente- el acto creador de una sociedad sería un negocio jurídico unilateral, formado por declaraciones de voluntad paralelas, en cuanto poseen un contenido idéntico, y están encaminadas a lograr un efecto jurídico común.

éstos, o con éstos"<sup>57</sup>. Ejemplo evidente de este tipo de actos serían los de constitución de personas jurídicas. Así, como el acto de constitución de una sociedad puede dar lugar al nacimiento de una persona jurídica distinta de las de los socios; a un sujeto de derecho diferente, con aptitud para ser titular de derechos y obligaciones frente a terceros; derechos y obligaciones que -de no existir esa personalidad- habrían de ser los propios socios, quienes los asumirían. Por este motivo no cabe hablar -en esos casos de Sociedad/Persona jurídica- de que exista un verdadero contrato, entendido como acuerdo de voluntades por cuya virtud se cree una relación jurídica obligatoria, aunque de estas cuestiones trataré más adelante. Y es que, en efecto, resulta difícil insertar y acomodar el funcionamiento y origen de las sociedades, al régimen jurídico de los contratos, de forma que la fijación de los estatutos es el acto introductorio de la Fundación de la Sociedad, y debe ser calificado como acto originario de creación ["*Urgründungsakt*"], que adopta la forma de una decisión ["*erfolgt in der Gestalt eines Beschlusses*"], en la que han de intervenir un mínimo de personas -por entonces, el HGB. disponía que fuesen 5-, que suscribiesen una acción, por lo menos, y que fijasen los estatutos sociales.... En cualquier caso ese acuerdo o esa decisión de fundación ["*Gründungsbeschluss*"], como tal no es ningún contrato; no es un contrato de sociedad ["*Gesellschaftsvertrag*"], aunque ocasionalmente las normas positivas, como el § 2º, AktG., se refieran a él, con esta calificación<sup>58</sup>.

Pero no sólo esto, sino que -por otra parte- tampoco sería posible afirmar que se está en presencia de ningún contrato, respecto del acto de suscripción

---

<sup>57</sup> KUNTZE.: "Der Gesamtakt. Ein neuer Rechtsbegriff", en VV.AA.: "Festgabe für Müller", 1892, ps. 27 y ss. PRÖLSS/SCHMIDT/FREI.: "Versicherungsaufsichtsgesetz...", cit., 9º ed., p. 323. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,J.. "Tratado...", cit., t. I, vol. 1º, p. 407 y s., nota <16>. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA,L.: "La Atipicidad...", cit., p. 274, quien señala que el fundamento del "Gesamtakt" se halla en una relación jurídica que confiere a los participantes una legitimación unitaria, cuyo origen estrá en una comunión de intereses.

<sup>58</sup> LEHMANN,K.: "Lehrbuch...", cit., ps. 395 y s., en relación con los antiguos -y derogados- arts. 182 al 200, HGB., relativos al régimen de constitución de la Sociedad Anónima. FERRARA.: "Teoría delle Persone giuridiche", 2ª ed., 1923, p. 785. MOSSA,L.: "Trattato del Nuovo Diritto commerciale", t. IV, "Società per azioni", cit., ps. 182 y s. RIPERT/ROBLOT/GERMAIN/VOGEL.: "Traité...", cit., t. I, 17ª ed., p. 804, quienes aluden a las teorías unilateralistas formuladas por autores franceses como DUGUIT y HAURIOU, en el sentido de afirmar la presencia de un "acte collectif". Respecto de la constitución de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, vid. DOMÍNGUEZ GARCÍA,M.A.: "La Fundación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada...", cit., p. 153, quien -además de señalar que la construcción "contractual" es forzada- defiende que el negocio jurídico de creación de este tipo de sociedad "se encuentra más próximo al acuerdo colectivo ("Gesamtakt") o, en su caso, decisión individual". Vid., igualmente, referencias -aunque no adhesiones- en GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE,J.: "Tratado...", cit., t. I, vol. 1º, p. 408. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,J.: cit., t. I, p. 21.

de las acciones o partes de socio: más bien se trataría -decía Karl LEHMANN- de un negocio jurídico unilateral, porque los suscriptores de las mismas actúan guiados por el fin de llevar a cabo la constitución de una sociedad [anónima, en este caso]<sup>59</sup>.

#### *D. Aproximación de posiciones*

A nuestro modo de ver, pudiera suceder que se esté tratando de someter a una misma consideración fenómenos diferentes, porque no todos los acuerdos colegiales o incluso colectivos tienen la misma significación. De forma similar se expresaba el maestro GIRON TENA, cuando afirmaba que existen actos complejos, que no pueden calificarse de plurilaterales, aunque intervengan varias personas que emiten declaraciones de voluntad, porque -y cuando- las declaraciones que concurren a formar el acto principal, pierden su individualidad jurídica, al quedar absorbidas o unificadas estructuralmente, en un acto superior, imputable a un ente con personalidad jurídica distinta, los actos - pese a la pluripersonalidad de quienes concurren a su realización- serán, en este caso, esos negocios unilaterales, a los que se denomina acuerdos<sup>60</sup>.

Ahora bien; como quiera que, dentro de la categoría general de los negocios plurilaterales, pueden quedar englobados, tanto los contratos propiamente dichos, como - también- algunos actos colectivos, en la medida en que no queden estructuralmente fusionados en otros superiores, imputables a un solo sujeto; es decir: en la medida en que conserven su pluralidad o -mejor- su plurilateralidad, se hace preciso determinar cuál es -si acaso existe- la diferencia entre ambas instituciones. Pues bien; la diferencia entre ambos reside en el criterio de la oposición o convergencia de intereses, en cada declaración de voluntad. En el Contrato, los intereses son opuestos, de modo que el negocio jurídico contractual sirve para armonizar su divergencia. A la vista de las consideraciones y argumentos expuestos, quienes los esgrimen [P.e.: parte de la Doctrina alemana] y -por consiguiente- rechazan que la Sociedad sea o que tenga su origen en un contrato, ofrecen una explicación diferente, afirmando que se trataría de un acto o acuerdo colectivo ["Gesamtakt"], que algún autor califica como negocio jurídico unilateral en el que interviene una pluralidad de personas que, poseyendo un mismo interés, actúan como una sola parte.

---

<sup>59</sup> LEHMANN, K.: "Lehrbuch...", cit., ps. 405 y s.

<sup>60</sup> GIRON TENA, J.: "Derecho de Sociedades", t. I, cit., ps. 129 y 307 y ss., en especial, p. 310. El autor recuerda cómo los propios actos complejos presentan una variedad de formas, que permite distinguir, entre ellos, los acuerdos, que no persiguen una vinculación entre los participantes, sino que se dirigen al exterior. Esta construcción, debida en Julius Von GIERKE y a WINDSCHEID, fue luego asumida por los italianos FADDA y BENSA, etc.

Que los acuerdos de los órganos sociales puedan merecer la calificación de actos conjuntos, y no contratos, parece no solo correcto, sino además imprescindible para comprender la estructura de tales negocios. Pero ¿"quid iuris", respecto del propio negocio de constitución de la Sociedad? El carácter pretendidamente unilateral del acto de creación de la Sociedad viene determinado o se manifiesta por el hecho de que los intervinientes en la fundación dirigen sus voluntades en un sentido unitario y en una dirección única, a la constitución de la Sociedad, autovinulándose como socios del nuevo ente, y por su posición de miembros del mismo. Otros autores afirman -todo lo más- que existen dos tipos distintos de sociedades: unas sociedades/contrato -las civiles y las personalistas-, y unas sociedades no contractuales, que serían las sociedades capitalistas, de estructura corporativa. En esta línea podríamos situar, siquiera en cierto sentido, a Jesús-Nicolás MARTÍ SÁNCHEZ, quien señala que el Ordenamiento jurídico español ha regulado "el Contrato de Sociedad", como una institución jurídica cerrada y completa en sí misma, que no requiere conceptualmente de la extensión de su alcance a la idea de configuración de una organización, eventualmente personalizada. Ha regulado un contrato, pero no ha querido -dice el Autor- identificar "Sociedad" y "Contrato de Sociedad". De este modo, se distinguen:

- el Contrato de Sociedad,
- y la Sociedad-ente, cuyo origen puede ser no contractual<sup>61</sup>.

Y toda confusión entre ambos aspectos, o toda tentativa de fundar el segundo -en todos los casos y en todas las circunstancias- sobre el primero, conduce a conclusiones equivocadas; conclusiones, empero, que el Autor considera desgraciadamente abonadas por la terminología empleada por el art. 1665, CC. esp. y el art. 116, CCo. esp., así como por el hecho de que los códigos españoles entremezclan indebidamente, al regular el Contrato de Sociedad, disposiciones que se refieren, más bien, a la Sociedad-ente<sup>62</sup>. Así, estos autores critican como infructuosa la tentativa del otro sector de la Doctrina, de configurar el Contrato de Sociedad, como un contrato con características propias; características que se revelan como falsas e ilusorias, y que no hacen sino revelar la imposibilidad de aplicar al contrato de sociedad las normas contractuales comunes. Esas características -la "affectio societatis", la comunidad de interés o la voluntad de colaboración activa- constituyen nociones cuya propia existencia resulta dudosa en las sociedades mercantiles<sup>63</sup>. Igualmente, en cierto sentido, VIAN-

---

<sup>61</sup> MARTÍ SÁNCHEZ, J.-N.: "El Contrato de Sociedad en el Derecho codificado español, con especial referencia al Código civil", en RDM., 1989, n.ºs. 193/194, julio/diciembre, ps. 681 y 719 y s.

<sup>62</sup> MARTÍ SÁNCHEZ, J.-N.: "El Contrato de Sociedad en...", cit., ps. 682 y s.

<sup>63</sup> GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, J.: "Tratado...", cit., t. I, vol. 1º, p. 408. MARTÍ SÁNCHEZ, J.-

DIER señala que la tradicional concepción "contractualista" de la posición de socio debe considerarse superada y abandonada, y que -más concretamente- la exigencia de "affectio societatis" tiende a perder su carácter absoluto, pues son numerosas las incertidumbres que giran en torno a esta noción y además ¿acaso puede existir un elemento semejante, en casos como el del accionista-trabajador, en las sociedades de capital mayoritariamente público?<sup>64</sup>.

## II. LA SOCIEDAD NACE DE UN "CONTRATO"

### 3. REFUTACIÓN DE LAS TEORÍAS ANTICONTRACTUALISTAS

#### A. Amplitud y versatilidad de la idea de contrato.

Ahora bien; sin embargo de toda su aparente corrección, los argumentos y conclusiones anteriormente expuestos, en defensa de las construcciones anticontractualistas, aunque sugestivos, no me parecen convincentes, sino que -bien por el contrario- la Sociedad, en cuanto que nazca del acuerdo voluntario de varias personas, sigue siendo un contrato, aunque se trate de un contrato de colaboración y de organización<sup>65</sup>, y aunque

---

N.: "El Contrato de Sociedad en...", cit., p. 720, quien señala que, eludiendo la identificación de la "Sociedad", con el "Contrato de Sociedad", se consigue evitar el problema de pretender la subsistencia de ciertos efectos jurídicos, que no podrían basarse en el "Contrato", porque éste dice el autor se extingue una vez que se ha cumplido, por la realización de las aportaciones.

<sup>64</sup>VIANDIER,A.: "La notion d'Associé", edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, Paris, 1978, en esp. ps. 285 y ss.

<sup>65</sup>GIRÓN TENA,J.: "Derecho de Sociedades...", cit., t. I, ps. 136 y s., quien señala que en todos los tipos societarios del derecho español -por lo menos, hasta la Sociedad Unipersonal, que no existía, cuando el Autor escribió estas palabras- se ha hecho "relevante la existencia de una vinculación colaboradora en el fin común con lazos interpersonales más o menos fuertes, según cada figura, y con subordinación de los miembros a aquel fin, que son reflejo de la comunidad -en sentido amplio- en el seno de la Sociedad...", pero, dada la importancia que el Derecho español atribuye al fin lucrativo, en el Contrato de Sociedad, habrá que reconocer que el acto constitutivo también posee un contenido patrimonial, que es propio de la figura del Contrato. LANGLE RUBIO,E.: "Manual...", cit., t. I, ps. 395 y s., quien señala que la Doctrina más moderna -lo decía en 1950- se inclina a considerar que el negocio constitutivo de las sociedades es un contrato, aunque un contrato de tipo especial. PUIG BRUTAU,J.: "Fundamentos de Derecho civil", t. II, vol. 2º, "Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil", edit. BOSCH, CASA EDITORIAL, Barcelona, 1956, p. 404. THOMAS,H.: § 705, en VV.AA.: "Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz, Gesetz sur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Abzahlungsgesetz, Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz", edit. C.H.BECKSCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 44ª ed. actualizada, Munich, 1985, p. 743. SPRAU,H.: § 705, en VV.AA.: "Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB.-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug)", edit. VERLAG C.H.BECK, 66ª ed., Munich, 2007, p. 1074, respecto de la BGB.-Gesellschaft, afirma categóricamente que se trata de un convenio o acuerdo de voluntades ["Einigung"], y no de un acto complejo ["Gesamtakt"]. FORTSMOSER,P.: "Schweizerisches

esa organización sea compleja y pueda adquirir -si concurren determinados requisitos- la condición de sujeto de Derecho. Por decirlo metafóricamente, creo que los defensores de estas teorías se han dejado llevar por el vértigo; han experimentado una especie de mal de altura, de acrofobia o de agorafobia; una especie de temor a la vastedad de las dimensiones del Contrato; un temor que se basa en el prejuicio de considerar que los contratos no pueden ser demasiado complejos en su contenido: que ni pueden vincular a un conjunto demasiado amplio de personas; ni pueden establecer un conjunto demasiado prolijo de cláusulas y reglas de conducta; ni pueden abrirse a la inclusión de nuevos sujetos, sucesivamente "incorporados" a la relación contractual. Para estos autores, los contratos aparecen como negocios de generación y extinción puntuales y abruptas: nacen velozmente y se extinguen tan velozmente como nacieron, una vez cumplidas las obligaciones generadas... que, en apariencia, también serían obligaciones de tracto único: efectuar la aportación, y poco más. Y, mientras existen, son inmodificables, salvo por unanimidad, lo cual sería inviable, cuando las partes fueran no sólo plurales, sino muy numerosas. Sin embargo la figura del Contrato es mucho más que ésto y, más concretamente, resulta perfectamente compatible con las especialidades de la complejidad subjetiva y objetiva; de la duración y de la expansión por incorporación, así como de la modificabilidad según sus propias reglas.

### *B. Contractualidad de los negocios asociativos*

Ante todo, considero que es falsa<sup>66</sup> la afirmación de que -a diferencia de los

---

Aktienrecht", t. II, vol. 1º, "Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals", edit. SCHULTESS POLYGRAPHISCHER VERLAG, 1ª ed., Zürich, 1981, ps. 5 y s. FRÉ,G-C.: "Società per azioni", en el "Comentario del Codice civile", dir. por. A.Scialoja y G.Branca, edit. ZANICHELLI EDITORE/IL FORO ITALIANO, 5ª ed., actualizada por A.Pelicanó, Bolonia/Roma, 1981, ps. 13 y ss. GRAZIANI,A.: cit., ps. 23 y ss., en esp. ps. 28 y ss., quienes replantean, respecto del "atto costitutivo" de la Sociedad Anónima, la cuestión de la naturaleza jurídica del mismo, exponiendo las tesis "metacontractuales", defendidas por GIERKE, o por KUNTZE -defensor, éste, de la figura del "acto complejo" ("Gesamtakt), pero manifestando sus preferencias por la construcción -debida a AULETTA- de la Sociedad, inclusive la Sociedad Anónima, como una figura reconducible al "Contrato", bien que se trate de un contrato organizativo, en el que la finalidad común consistiría en "desarrollar el objeto social, considerado como medio indispensable para realizar los intereses individuales de los socios, que pueden hallarse, entre sí, en conflicto". Por su parte, PACCHI PESUCCLS.: "Autotutela dell'Azionista e interesse dell'organizzazione", edit. DOTTA.GIUFFRÉ, Milán, 1993, p. 16, señala que la Sociedad es un tipo de contrato caracterizado por la función para la cual se le da nacimiento: la de "constituir una organización", que -a su vez- está orientada teleológicamente al desarrollo de una actividad, entendida como conjunto de actos de Derecho privado, coordinados y unificados sobre el plano funcional, por la unicidad del fin.

El aspecto colaborativo aparece muy claramente reflejado en el § 705, BGB., cuando define a la Sociedad ["*Gesellschaftsvertrag*"] como un contrato por el que "se obligan los socios recíprocamente, a promover la consecución de un fin común, especialmente a efectuar las aportaciones prometidas" [THOMAS,H.: cit., en PALANDT/HEINRICHS, p. 745, quien alude al "Zusammenwirken"; la promoción colectiva, el trabajo común de todos los socios, principal - aunque no exclusivamente- por medio de sus aportaciones].

<sup>66</sup> Sobre la BGB.-Gesellschaft, vid. SPRAU,H.: § 705, cit., p. 1074.

contratos sinalagmáticos o de intercambio-, en la Sociedad no existen varias partes con intereses contrapuestos, que intentan armonizarse a través del consentimiento mutuo, como sucede en el "Contrato", sino una sola; una "pars unica" pero colectiva. Muy al contrario; es evidente la plurisubjetividad de la sociedad [pluripersonal] y creo que incluso las sociedades unipersonales son "semillas de contrato" en trance de germinar, abriéndose al ingreso de más sujetos. Y no sólo es evidente la plurisubjetividad, sino que creo que la supuesta comunidad originaria de intereses ha quedado suficientemente refutada: posteriormente expondré los términos de la disputa doctrinal entre IHERING y WIELAND, al respecto, y cómo este último refutó la tesis de la comunidad de intereses. De hecho, el negocio de constitución de una sociedad también lleva a cabo una cierta forma de composición de intereses contrapuestos<sup>67</sup>; cosa que es propia del Contrato, y negar tal cosa o sostener lo contrario es, cuando menos, una postura exagerada. Y aunque, ciertamente, esa composición se produzca de forma distinta a como tiene lugar en los contratos de cambio<sup>68</sup>, considero que ello no es razón suficiente para negar la contractualidad del origen de las sociedades pluripersonales.

Examinemos en segundo lugar -por lo que hace a los argumentos relativos a una diferencia, supuestamente esencial, respecto de lo que ocurre en los contratos conmutativos- el que sostiene que en el acto constitutivo de una sociedad no existen contraprestaciones recíprocas de las partes; no hay prestaciones que cada socio haga a favor de cada otro socio, sino que lo que hay son prestaciones que salen de la esfera patrimonial de cada socio, y que no van a parar al patrimonio de los otros, sino que: o bien pasan al patrimonio de la Sociedad, si ésta adquiere personalidad, o bien conforman una comunidad en mano común, si se tratase, por el contrario, de un ente social despersonalizado. Es un argumento falaz, ya que parte de una petición de principio: se da por supuesto que esta ausencia de reciprocidad en las prestaciones es suficientemente determinante de la no contractualidad. Sin embargo, creo que no es así: el art. 1254, CC. esp. -que es el precepto legal positivo que, con mayor o menor fortuna, nos ofrece una definición de lo que es un contrato- resulta perfectamente compatible con la ultra-pluripersonalidad: *"El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio"*. No dice el precepto cuántas deben o pueden ser esas "varias" personas, y la posibilidad de obligarse varias personas "respecto de otra u otras" permite concebir una vinculación ultra-bilateral; una vinculación de todos con todos; vinculación que refleja la voluntad de unión; de agrupación, que es característica de las sociedades, o al

---

<sup>67</sup> LANGLE RUBIO, E.: "Manual...", cit., t. Iº, p. 396, quien señalaba que "[p]uede decirse que en la sociedad existe yuxtaposición, más bien que oposición de intereses. Pero con mucha frecuencia la oposición no aparece eliminada por completo, sino atenuada la lucha económica".

<sup>68</sup> GIRÓN TENA, J.: "Derecho de Sociedades...", cit., t. I, p. 137.

menos que lo era [hasta que se admitió la Sociedad Unipersonal]. Y, en este sentido, me resulta especialmente grata la dicción del antiguo art. 264, CCo.esp./1829: "El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común bienes o industria, o alguna de estas cosas, con objeto de hacer algún lucro...". Así, la plurilateralidad es la técnica para lograr la unión, y esa unión solamente puede lograrse si cada socio se obliga respecto de cada otro socio; todos y cada uno, respecto de todos y cada uno de los demás. Las obligaciones de aportación y quién esté legitimado para exigir las son cuestión aparte. Así, la dicción del art. 1254, CC.esp. resulta igualmente compatible con la posibilidad de que acreedora de la prestación sea una tercera persona distinta -p.e. la sociedad fundada-, porque el obligarse "respecto de otra u otras" personas, se refiere a quiénes son los destinatarios de la voluntad promisorias, y no sólo a quiénes son los acreedores de lo prometido: es posible obligarse respecto de otro a efectuar una prestación que se realizará a un tercero [Como revela el ejemplo de los contratos con estipulación a favor de tercero, del art. 1257, CC.esp.]. Por consiguiente, dentro de los términos del art. 1254, CC.esp. caben perfectamente no sólo los contratos pluripersonales; los contratos en los que intervengan más de dos personas, sino -incluso- los contratos en los que las relaciones entre las partes contratantes no son, propiamente, sinalagmáticas, sino radiales.

En consecuencia de lo anterior, creo que tampoco debe admitirse el argumento de que en las sociedades resulta prácticamente nula la posibilidad de aplicar la condición resolutoria clásica del art. 1124, CC.esp. o la anulabilidad por vicios del consentimiento, o la "exceptio inadimpleti contractus". Para empezar, en Derecho de sociedades existen instituciones como la separación y la exclusión de socios, que permiten llevar a cabo una resolución parcial de la relación asociativa, con la baja o salida de algunos de los socios -p.e.- los incumplidores de los deberes de aportación, en tanto que subsiste, entre los restantes, la relación de sociedad. Pero estas instituciones no dejan de tener una eficacia resolutoria o rescisoria de la relación contractual. Y, en cualquier caso, nadie ha demostrado que tales instituciones excluyan la posibilidad de aplicar, p.e., la técnica de la Condición Resolutoria tácita, del referido art. 1124, CC.esp., ya que mientras separación y exclusión son instrumentos extrajudiciales, el art. 1124 permite al contratante "in bonis" pedir la resolución del contrato por vía judicial.

En segundo término, creo que el art. 1254 también es compatible con la idea de los contratos de organización, pues -aunque no hace sino mencionar los efectos obligacionales de los contratos-, la posibilidad de configurar contractualmente una organización acreedora de los bienes o los servicios es perfectamente congruente con la necesidad de fijar unas reglas organizativas; posibilidad que, en cualquier caso, obtiene el aval del art. 1255, referente a la autonomía de fijación

del contenido de los contratos. Así, del conjunto formado por los arts. 1254 y 1255, resulta la posibilidad de concebir -e incardinar en el ámbito de ambas disposiciones- aquel negocio por el cual varias personas asumen frente a otras el compromiso de dar cosas o prestar servicios a una organización -por ellos mismos formada- a la que dotan de autonomía o de cierta separación respecto de ellos, a cuyo efecto establecen unas normas de funcionamiento de la colectividad, basadas en la libertad que confiere el art. 1255.

Por fin, el argumento basado en que el nacimiento de una persona jurídica distinta de los socios -hipotéticos contratantes- es un efecto ajeno al contenido de los contratos, me parece otra falacia: nunca los defensores de las teorías contractuales hemos pretendido que el contrato de sociedad sea capaz, "per se", de crear una persona jurídica: esto es algo que está fuera del contrato. Pero, precisamente como está fuera del Contrato, lo está -asimismo- de toda otra forma de negocio jurídico privado -acuerdo, acto complejo, acto colectivo, acto fundacional, etc. Por tanto: sostener que, como el nacimiento de una persona jurídica distinta de los socios es un efecto ajeno al contenido de los contratos, demuestra que no existe, aquí, contrato, es una proposición que, siendo verdadera en su premisa, es absolutamente falsa en la conclusión que se extrae de ella.

### *C. Las peculiaridades del contrato de sociedad no lo descontractualizan*

Hay más aspectos del Contrato que podrían suscitar problemas, cuando se tratase de aplicarlos a las sociedades, pero considero que no se trataría de problemas insalvables. Sea como fuere, trataré, oportunamente de estas cuestiones, insistiendo -ahora- en que considero que ningún argumento serio puede esgrimirse, en Derecho español, para negar la índole contractual de las relaciones jurídico-societarias, tanto en el ámbito de las sociedades de personas y estructura simple, como en el de las sociedades corporativas.

Ciertamente el negocio constitutivo de una sociedad presenta un notable grado de complejidad, si se lo compara con el contrato bilateral típico. Esto es innegable y explica el que algunos autores franceses hayan recurrido a la figura de unos denominados mecanismos jurídicos, para explicar el proceso creador de una de estas entidades<sup>69</sup>. Los mecanismos jurídicos serían -supuestamente- unas instituciones creadas, no por los juristas, sino por la práctica mercantil, con el ánimo de sustituir a los contratos, cuando las relaciones jurídicas que se van a crear y re-

---

<sup>69</sup> RIPERT/ROBLOT/GERMAIN/VOGEL.: "Traité...", cit., t. I, 17ª ed., p. 792. El concepto de "mecanismo jurídico" ha sido aplicado, también a las operaciones bancarias, por autores como RIVES LANGE, J.-L. y CONTAMINE RAYNAUD, M.: "Droit bancaire", edit. DALLOZ, 6ª ed., París, p. 7 ó RIPERT/ROBLOT/DELEBECQUE/GERMAIN.: "Traité..." cit., t. II, 14ª ed., p. 3.

gular se hacen demasiado complejas, o involucran a demasiados sujetos. Así, la Sociedad, en tanto que medio de concentración de capitales constituiría un mecanismo jurídico que, si durante un tiempo fue concebido como un contrato, con rasgos característicos propios, hoy semejante caracterización clásica ya no resultaría suficiente, máxime en las grandes sociedades<sup>70</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, la pretensión de negar que la Sociedad sea un contrato -salvo, en las sociedades unipersonales- equivale a defender una visión restrictiva, reduccionista y -si se me permite decirlo- incluso empobrecida o depauperada de la figura del Contrato. La propia creación de la categoría de los "mecanismos jurídicos" me parece artificiosa: no solamente carece de soporte legal o positivo -lo cual la convertiría en una solución estéril-, sino que resulta innecesaria: los contratos, en sí, ya poseen una suficiente amplitud para subvenir a las necesidades que, supuestamente, atendería la figura del "Mecanismo jurídico", sin necesidad de elaborar un concepto nuevo [apliquemos la "Navaja de Occam"]. Es más: del propio concepto del Contrato se ha dicho que es difícil de aprehender. Pues bien: ¿Qué necesidad hay de elaborar una noción nueva, cuando ni siquiera hemos solventado las dificultades -ni agotado las posibilidades- de la clásica? En este sentido, no puedo sino recordar -aunque haya de matizarlas de manera sensible- las palabras de Giuseppe FERRI, cuando afirmaba que "[e]l acto constitutivo, ..., en cuanto la Sociedad halla en él su fuente, sus normas organizativas y su juridicidad, no agota, sin embargo, el fenómeno societario y ni siquiera representa la verdadera sustancia del mismo"<sup>71</sup>. Para añadir, acto seguido, que esa verdadera sustancia del fenómeno societario "debe buscarse en la cooperación en el ejercicio de una actividad dada, de lo cual depende la realización del interés individual de los socios"<sup>72</sup>. Al reproducir estas palabras del Prof. FERRI, quiero dar a entender; quiero recordar -simplemente- que, en efecto, un "contrato" no es sólo el negocio jurídico generador de ciertas relaciones jurídicas, sino que es -también- la relación contractual, noción que no se corresponde ni con el acto jurídico creador (de hecho, ni siquiera se corresponde con la norma de conducta que impone o "Lex privata vel lex contractus"), sino que se trata de la relación social -y, "a fortiori", jurídica- o "vínculo" existente entre los contratantes después de -y por- haber celebrado el contrato: una situación que crean, modifican o extinguen<sup>73</sup>. En definitiva, el Contrato puede crear obligaciones, pero ése no es su único efecto, puesto que su contenido es más amplio, pudiendo consistir en crear, regular, modificar o extinguir relaciones ju-

<sup>70</sup> RIPERT/ROBLOT/GERMAIN/VOGEL.: "Traité...", cit., t. I, 17ª ed., p. 792.

<sup>71</sup> FERRI,G.: "Le Società", cit., p. 4. FERRARA Jr./CORSI.: "Gli Imprenditori...", cit., 9ª ed., p. 239.

<sup>72</sup> FERRI,G.: "Le Società", cit., p. 4.

<sup>73</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN,L.: "Instituciones del Derecho civil patrimonial", t. I, edit. CIVITAS,S.A., 4ª ed., Madrid, 1993, ps. 123 y s. Precisamente, en sentido similar, a propósito del "Contrato de sociedad", vid. FERRARA Jr./CORSI.: "Gli Imprenditori...", cit., 9ª ed., p. 239. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ,J.: cit., t. I, p. 20.

rídicas patrimoniales, y no necesariamente obligatorias. A tal objeto, el contrato puede perseguir la regulación/organización de esas relaciones sociales de contenido económico, precisamente creando una estructura de colaboración. Pero ésto también puede suceder en muchos contratos: hay -en efecto- contratos "de los cuales surge un marco reglamentario, un régimen y no se recurre a la explicación en la subsistencia del vínculo contractual"<sup>74</sup>, no hay más que pensar en los "contratos normativos".

Por otra parte, el Contrato de Sociedad también genera derechos y obligaciones, sea a cargo de los socios, o bien a cargo de la propia Sociedad, cuando llegue a existir<sup>75</sup>. En este sentido, destacan -sobre todo- las obligaciones patrimoniales de aportación<sup>76</sup>, de las que trataré en su momento. En esa presencia de obligaciones a cargo de los socios, que se corresponden con sus derechos corporativos, y de obligaciones a cargo de la Sociedad [si es que llega a nacer, como persona jurídica], subyace -a mi entender- la presencia de intereses socioeconómicos contrapuestos, y no sin más coincidentes o convergentes, a los que la constitución de una Sociedad debe reconducir a composición, lo cual es algo -precisamente- típico de los contratos, propiamente dichos, a la par que se halla presente en todas las sociedades, incluso en aquellas que no persigan ánimo de lucro, porque una cosa es el fin de la Sociedad que puede ser no lucrativo, e incluso no económico, y otra cosa muy diferente es no reconocer algo tan obvio como que el Socio se obliga a efectuar la aportación, y ésta sí que indefectiblemente tiene un contenido económico, suscitando el inevitable conflicto de intereses que hace de este negocio un contrato<sup>77</sup>.

#### 4. PROYECCIÓN SOBRE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE FUNDACIONES SUCESIVAS

##### A. Planteamiento

Mas, ¿"quid iuris" en el caso de las SAs. que se constituyen por el procedimiento de la fundación sucesiva? En este caso, existe una primera fase anterior al otorgamiento de la escritura de constitución<sup>78</sup>, lo cual podría hacer creer que se está en pre-

---

<sup>74</sup> GIRÓN TENA, J.: "Derecho de Sociedades...", cit., t. I, p. 137.

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: cit., t. I, p. 19, quien se pregunta: ¿cómo podrán deducirse estos derechos y obligaciones de un acto unilateral?.

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: cit., t. I, p. 19, quien se refería, explícitamente, el deber genérico de aportar, impuesto por el art. 6º, LGSMex.

<sup>77</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: cit., t. I, p. 21. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.J.: "La Sociedad en general...", cit., ps. 440 y s. Idem.: Comentario al Artículo 1665, cit., p. 1317. FERRARA Jr./CORSI: "Gli Imprenditori...", cit., 9ª ed., ps. 236 y ss., quienes señalan que "partiendo de la constatación de que la Sociedad es, sustancialmente, un acuerdo entre dos o más partes (titulares de intereses autónomos), para constituir entre ellas una relación jurídica patrimonial, la doctrina -casi de modo unánime- ha ido madurando... la convicción de que resulta difícil negarle esa naturaleza [contractual]".

<sup>78</sup> CAMPOBASSO, G-F.: "Diritto commerciale", t. II, "Diritto delle Società", edit. UTET., 2ª ed., Turín, 1992, ps. 153 y s. PESCATORE, S.: "Capitolo IV. L'Impresa societaria a base capitalistica", en BUO-

sencia de una fase anterior a la declaración de -todas- las voluntades constitutivas del contrato de constitución de la Sociedad Anónima; es una fase anterior a la conclusión del contrato de sociedad [anónima]. Por este motivo, durante la susodicha etapa preliminar, los sujetos protagonistas no son -no pueden ser- los "fundadores", porque no puede haber fundadores de una Sociedad, cuando no hay, propiamente fundación, porque no hay "constitución"; es decir: falta la celebración del contrato de sociedad, sino que quienes intervienen asumiendo un papel protagonista en esta fase son los llamados promotores<sup>79</sup>, los cuales se caracterizan porque son quienes llevan a cabo ese ofrecimiento al público de la suscripción originaria de las acciones que formarán el capital de la sociedad por constituir. Hay quien ha llegado a sostener que no existe contrato en estas suscripciones de acciones ofrecidas antes de la plena constitución de la sociedad, ya que la dirección de los consentimientos no mediaba entre los distintos suscriptores, sino entre cada uno de ellos, por separado, y la sociedad por constituir<sup>80</sup>. Pues bien; en mi opinión, parte de estas consideraciones son acertadas, o -mejor dicho- quizá todas lo sean, pero que sean acertadas no quiere decir que sean completas, y que basten para resolver toda la compleja problemática del negocio de constitución de una sociedad anónima, por el procedimiento de fundación sucesiva.

Muy por el contrario, lo dicho es insuficiente, pues hay que analizar varios problemas:

1. La naturaleza y el régimen jurídico de los promotores
2. La naturaleza de los contratos de suscripción
3. La relación entre los contratos de suscripción y el Acuerdo de la Junta Constituyente
4. La determinación del momento -y el modo- en que nacen:
  - (i) La relación plurilateral de sociedad
  - (ii) La sociedad-persona jurídica

#### B. *El contrato de suscripción*

Pues bien; a pesar del orden en que he expuesto las interrogantes a resolver, quizá sea preciso comenzar por resolver la segunda de ellas: la naturaleza de los contratos de

---

NOCUORE,V. y otros.: "Manuale di Diritto commerciale", edit. G.GIAPPICHELLI EDITORE, 2ª ed., Turín, 1999, p. 247.

<sup>79</sup> VIVANTE,C.: "Tratado de Derecho mercantil", 1 ed. esp. de la 5ª ed. it., t. II, edit. INSTITUO EDITORIAL REUS,S.A., Madrid, 1932, p. 162, quien señalaba que "la iniciativa para la constitución de la Sociedad se toma por los promotores".

<sup>80</sup> HAMILTON,R.W.: cit., 5ª ed., p. 110 y s.

suscripción. En este sentido, es obvio que el objetivo último es constituir una “sociedad”, y a este respecto es obvio que las sociedades nacen de “contratos”. Mas no cualesquiera contratos, sino precisamente contratos “de sociedad”. Si los arts. 1665, CC. esp. y 116, CCo. esp. son claros, su postura se ve avalada por el reciente art. 19, nº 1, del Texto refundido de la Ley española de Sociedades de capital, aprobado por Real Decreto Legislativo nº 1/2010, de 02.07.2010 [TRLSocs.cap.], según el cual:

*“Las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral...”*

Pero el mismo precepto -ahora en su nº 2 añade que:

*“... Las sociedades anónimas podrán constituirse también en forma sucesiva por suscripción pública de acciones”*

Se sugiere, así, que esta es una “tercera” modalidad de constitución, distinta de las dos anteriores: distinta del acto unilateral estricto, propio de las sociedades unipersonales, porque las sociedades anónimas que se constituyen por el cauce de la fundación sucesiva, son -vocacionalmente- sociedades, no ya pluripersonales, sino -potencialmente- sociedades de gran número de socios. Esto supone que deberían nacer “por contrato entre dos o más personas” [el Contrato de Sociedad, como reflejan los arts. 1665, CC. esp. y 116, CCo. esp.]... Y, sin embargo, el art. 19, nº 2, TRLSocs.cap. nos sugiere que no es así, que en este caso, la sociedad no se constituye “uno actu”, por “contrato entre dos o más personas”, sino de un modo diferente.

La figura es conocida, asimismo, en el Derecho peruano, como demuestra lo dispuesto en la Ley General de Sociedades, nº 26887, que dedica el TITULO II, de la Sección Segunda, del LIBRO II relativo a la Sociedad Anónima, a la constitución de la citada sociedad, por Oferta a Terceros, como figura contrapuesta a la constitución por fundación simultánea. En este sentido, el art. 56, LGSPer., titulado “Concepto”, establece que:

*“La sociedad puede constituirse por oferta a terceros, sobre la base del programa suscrito por los fundadores. Cuando la oferta a terceros tenga la condición legal de oferta pública, le es aplicable la legislación especial que regula la materia y, en consecuencia, no resultan aplicables las disposiciones de los artículos 57 y 58”.*

Acto seguido, los arts 57 al 69, LGSPer., tratan -sucesivamente del Programa de constitución; de su publicidad; de la suscripción y desembolso del capital social; de la asamblea de suscriptores y de su funcionamiento, y de la extinción del proceso constituyente. Así, una vez más -esta vez en el Derecho peruano- se refleja la complejidad y progresividad del proceso constitutivo de las sociedades, cuando se crean por lo que en España se conoce como fundación “sucesiva”: todo comienza con la elaboración del “programa”, que -de conformidad con el art. 57, LGSPer.- “contiene obligatoriamente”:

- “... 1. Los datos de identificación de los fundadores, conforme al inciso 1 del artículo 54;
2. El proyecto de pacto y estatuto sociales;
3. El plazo y las condiciones para la suscripción de las acciones, la facultad de los fundadores para prorrogar el plazo y, en su caso, la empresa o empresas bancarias o financieras donde los suscriptores deben depositar la suma de dinero que estén obligados a entregar al suscribirlas y el término máximo de esta prórroga;
4. La información de los aportes no dinerarios a que se refiere el artículo 27;
5. La indicación del Registro en el que se efectúa el depósito del programa;
6. Los criterios para reducir las suscripciones de acciones cuando excedan el capital máximo previsto en el programa;
7. El plazo dentro del cual deberá otorgarse la escritura de constitución;
8. La descripción e información sobre las actividades que desarrollará la sociedad;
9. Los derechos especiales que se concedan a los fundadores, accionistas o terceros; y,
10. Las demás informaciones que los fundadores estimen convenientes para la organización de la sociedad y la colocación de las acciones”.

Se trata, pues, de contemplar -en proyecto- todo lo que será la futura sociedad, así en su dimensión o en su aspecto de relación intersubjetiva -es decir como relación entre los futuros socios fundadores-, cuanto en su aspecto de organización compleja, de estructura corporativa; de ahí que haya de contener “*el proyecto de pacto y estatuto sociales*”. Los preceptos siguientes tratan de diversos aspectos, como la publicidad del programa; la suscripción y desembolso del capital, que no puede modificar las condiciones del programa y se realiza en el plazo establecido en éste y y debe constar en un certificado extendido por duplicado con la firma del representante de la empresa bancaria o financiera receptora de la suscripción, expresando -entre otros extremos- la denominación de la sociedad,

la identificación y el domicilio del suscriptor, el número de acciones que suscribe y la clase de ellas, en su caso, etc. Pero los preceptos más importantes –a los efectos de la presente exposición– son los referidos a la “Asamblea de suscriptores”; especialmente, el art. 65 -sobre Competencia de la asamblea de suscriptores- que ha de deliberar y decidir sobre diversos asuntos, entre los cuales destaca la designación de la persona o las personas que deben otorgar la escritura pública que contiene el pacto social y el estatuto de la sociedad, de modo que –art. 66- dentro del plazo de treinta días de celebrada la asamblea, la persona o las personas designadas para otorgar la escritura pública de constitución deben hacerlo con sujeción a los acuerdos adoptados por la asamblea, insertando la respectiva acta.

Pues bien; si –como dice el art. 19, nº 2, TRLSocs.cap.- en este caso, la sociedad no se constituye “uno actu”, por “contrato entre dos o más personas”, sino de un modo diferente, entonces ¿dónde reside la diferencia? ¿Falta el contrato? ¿No se cumple el que sea “entre dos o más personas”? ¿O, por el contrario, lo que falta es que sea “de sociedad”? Planteada, así, la cuestión, es lógico que el problema a resolver sea el de la naturaleza de los contratos de suscripción. Y es que no hay que olvidar que un contrato de sociedad que verdaderamente sea tal, deberá reunir los dos componentes conceptuales aludidos, integrándose en el marco del art. 1254, CC.esp.: por consiguiente, debe tratarse de un contrato y –además- no puede ser cualquier contrato, sino sólo y precisamente un contrato de sociedad. Pues bien: algo que puede suceder es que exista un contrato –o muchos-, pero que no sea de sociedad, sino de otra índole [P.e., de compraventa]. Y esto –en mi opinión- es lo que sucede en el caso de la constitución de sociedades anónimas, por medio de fundación sucesiva, porque no hay que confundir una perspectiva estructural o estática, con la funcional o dinámica: la sociedad se constituye de forma sucesiva, porque los consentimientos prestados, con ocasión de las suscripciones, se van sumando hasta proyectarlos en la concurrencia multilateral que deriva de que, luego, se convoca y reúne una denominada Junta Constituyente, regulada en los arts. 47 y ss, TRLSocs.cap. Así, primero hay –diversos- contratos de suscripción, que son contratos bilaterales, reconducibles –en última instancia- al modelo de la Compraventa.

Las normas positivas parecen considerar la suscripción de acciones como un contrato, pero ciertamente no ofrecen una regulación del mismo; de hecho, ni siquiera lo definen, de modo que estaríamos ante un contrato nominado pero –al menos, formalmente- atípico. Sin embargo, hay que reconocer que el contrato de Emisión/suscripción posee una morfología, una estructura y unos caracteres que recuerdan

intensamente al contrato de Compraventa ( ). Ciertamente -además- las normas positivas parecen considerar la suscripción de acciones como si fuera un contrato independiente y “sui generis”, diferente -por tanto- de la figura general del contrato de Compraventa, pero -ciertamente- si, de acuerdo con el art. 1445, CC. esp., es compraventa aquel contrato por el que “uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”, y habida cuenta de que la “cosa determinada” se concibe en términos tan amplios que, ciertamente, podrían incluirse los valores negociables contemplados en el art. 2º del Texto Refundido de la Ley española del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo nº 4/2015, de 23.10.2015 [Tref.LMV.esp.], y en el Real Decreto español nº 1310/2005, de 04.11.2005, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos [RD.AdmiOpvs./2005], ya estuvieran representados por títulos, ya por anotaciones en cuenta, dentro de los cuales se incluyen las acciones representativa del capital de sociedades anónimas, entonces es obvio que las acciones [contempladas en el art. 2º, Tref.LMV.esp. y en el art. 5º del Real Decreto español nº 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, RDESI./2008] constituyen un idóneo objeto de contrato de compraventa, hallando perfecta cabida en los términos del art. 1445, si los valores se adquieren en plena titularidad, a cambio de un precio en dinero. Por consiguiente, existen las compraventas de valores. La cuestión a resolver es si el llamado contrato de suscripción es, o no es, una modalidad de compraventa, habida cuenta de que se trata de una suscripción que se produce en el mismo proceso de creación de la sociedad emisora, de cuyo capital forman -formarán- parte las acciones que se emiten u ofrecen. Aparentemente existiría un problema: que, en el caso del contrato de emisión/suscripción, los valores no existen; es decir: no preexisten al contrato, sino que -precisamente- nacen por la suscripción; es decir: nacen porque -y cuando- se adquieren originariamente, por suscripción. Ciertamente que ello no debiera representar inconveniente alguno, porque es sabido que el art. 1271 CC. esp. permite que las cosas futuras puedan ser objeto de contrato, y no ya de mero precontrato. Por tanto, es perfectamente posible y lícito el contrato de compraventa de cosa futura, y -por esa misma razón- también será perfectamente posible y lícito el contrato de compraventa de acciones futuras. Más, aún; de hecho, habría que preguntarse en qué momento nacen las acciones -siquiera como derechos patrimoniales- represen-

tativas del capital social de una sociedad “constituenda”; de una sociedad que se halla en período de constitución por suscripción pública. En este sentido, cabe imaginar varias posibilidades:

1. que las acciones nazcan, como tales partes de socio, con la suscripción,
2. que las acciones nazcan, como tales partes de socio, con la perfección del negocio fundacional de la sociedad [cuando surge la sociedad-contrato],
3. que las acciones nazcan, como tales partes de socio, con el nacimiento de la sociedad-sujeto.

Desde luego, si naciesen con la suscripción, entonces ni siquiera estaríamos ante una compraventa de cosa futura, sino de una compraventa de cosa actual o presente, o bien un contrato análogo a la compraventa, a cuyas normas debería someterse.

En mi opinión -aunque sobre esto volveré seguidamente- el Contrato de suscripción de acciones -en general, el Contrato de suscripción de valores negociables- es una modalidad de compraventa que versa sobre “cosa futura”, pero no porque el objeto no exista, ya, actualmente, sino porque -aunque existe- carece, aún, de ciertas características esenciales, que se espera que adquiera, en un momento futuro. Pero, en realidad, el problema que se plantea es el siguiente: ¿la suscripción de acciones -por ser de acciones de sociedad- constituye una compraventa o se trata de un contrato de sociedad? El problema es arduo y complejo debido a varias razones: en primer lugar, debido a la interferencia que se produce entre la calificación del propio acto de suscribir valores, y la calificación de los derechos subjetivos incorporados en los propios valores negociables que se suscriben. Y, en segundo término, debido -también- a la interferencia entre la “nominación” o denominación jurídico-positiva de la emisión/suscripción, y la estructura -típicamente, de intercambio- que caracteriza al contrato resultante, y que recuerda enormemente al contrato de Compraventa.

El primer problema consiste en que no se sabe hasta qué punto la naturaleza de los derechos patrimoniales que se materializan en los valores negociables ofrecidos -y suscritos- determina la naturaleza del propio contrato por el cual se suscriben. Así; si se formula una Oferta pública de suscripción [Ops.] de acciones..., ¿significa que la suscripción es la celebración de un contrato de “sociedad anónima”? Y si -por el contrario- se formula una Ops. de valores de tipo obligacionario..., ¿significa que la suscripción es la celebración de un contrato de “mutuo dinerario”? ¿Es que, acaso, la naturaleza del contrato de Emisión/suscripción no es única, sino plural y heterogénea; variable y contingente, en función de los va-

lores que se emitan y suscriban? Así las cosas; no puede sorprender el hecho de que muy frecuentemente se haya afirmado que la suscripción originaria de acciones de sociedad anónima era, en realidad, un contrato de sociedad. Otros han defendido que se trataría, más bien, de un contrato preparatorio, que obliga a celebrar otro contrato: este –segundo- contrato, definitivo, sería un contrato de adhesión o de afiliación corporativa ["*korporationsrechtlichen Beitrittsvertrag*"], puesto que, a través de la declaración de asunción, se constituye un derecho futuro y no documentado de participación social, que se encuentra condicionado suspensivamente a la inscripción registral, sea del aumento de capital o de la propia Sociedad. El Banco o el concorcio de bancos colaboradores manifiestan su "animus societatis", a través de la asunción de las nuevas acciones, en el sentido propio del Derecho de sociedades. Por eso, queda obligado a efectuar las correspondientes aportaciones a capital, tal como decida la Junta general de la Sociedad.

En mi opinión, la naturaleza de los derechos patrimoniales que se materializan en los valores negociables ofrecidos y suscritos no determina la naturaleza del propio contrato de suscripción. Lo determinante es la estructura subjetiva y la causa del contrato, y como veremos, seguidamente ni ésta, ni sobre todo la primera, tienen nada que ver con la estructura subjetiva ni con la causa del Contrato de Sociedad.

Por lo que hace a la estructura subjetiva, mientras que el Contrato de Sociedad es un contrato plurilateral, el Contrato de Suscripción de acciones es un contrato estrictamente bilateral: media, sólo, entre los promotores y el suscriptor. Y por lo que atañe a la causa del contrato, mientras que el Contrato de Sociedad es un contrato organizativo, el Contrato de Suscripción de acciones es un contrato estrictamente de cambio, en el que el suscriptor adquiere una posición jurídica "in fieri", a cambio de un precio en dinero. Por este motivo, el Contrato de Emisión/suscripción ni es un contrato de sociedad, ni de mutuo, ni de cualquier otro tipo que venga determinado por los derechos documentados o representados contablemente, en los valores negociables suscritos, sino un contrato bilateral de cambio, con prestaciones de dar y objeto -en parte- pecuniario. Se trata, pues, de una compraventa de derechos.

Pero que la naturaleza de los derechos patrimoniales que se materializan en las acciones ofrecidas y suscritas no determine la naturaleza del propio contrato de suscripción, no empece para que tengan una cierta influencia sobre su contenido y –sobre todo- sobre sus efectos, toda vez que, si es lo bien cierto que el suscriptor de acciones se convierte en accionista; en socio; en parte de una relación de sociedad que -por definición- es contractual, tal consecuencia no es debida tanto a la suscripción –al contrato de suscripción-, cuanto a la titularidad del valor [accionario, participativo] adquirido. La suscripción es, creo, solamente el título jurídico para adquirir [originariamente] los valores. Por decirlo de otro modo: si

el Contrato de Sociedad es, como todo contrato, a la vez negocio jurídico, relación jurídica y norma de conducta, estos distintos aspectos pueden vivir -relativamente- separados e independientes, de forma que la relación de sociedad y la regla de conducta social nazcan y se adquieran, como consecuencia de un negocio jurídico que no era de sociedad, sino de suscripción. Así, debemos desprendernos de la adherencia o del lastre que representa la relación documentada o contabilizada en el valor negociable, centrando la atención directamente en el propio contrato de suscripción, en sí mismo considerado.

Mas hay que reconocer que el contrato de Emisión/suscripción posee una morfología, una estructura y unos caracteres que recuerdan intensamente al contrato de Compraventa. Si, de acuerdo con el art. 1445, CC.esp:

"Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente";

si la "cosa determinada" se concibe en términos tan amplios que, ciertamente, pueden incluir los valores negociables, ya representados por títulos, ya por anotaciones en cuenta; si de acuerdo con el art. 83, Tref.LMV, la operación típica de los mercados secundarios oficiales de valores es la compraventa de valores; si la compraventa de valores es uno de los negocios que pueden proponerse en una Oferta pública de adquisición de valores [Opa., denominada "take-over bid" o "tender offer", en el mundo anglosajón] etc., entonces es obvio que los valores negociables constituyen un idóneo objeto de los contratos de compraventa, hallando perfecta cabida en los términos del art. 1445, si los valores se adquieren en plena titularidad, a cambio de un precio en dinero. Ahora bien; aparentemente existiría un problema: que, en el caso del contrato de Emisión/suscripción, los valores no existen; es decir: no preexisten al contrato, sino que -precisamente- nacen por la suscripción; es decir: nacen porque -y cuando- se adquieren originariamente, por suscripción. Cierto que ello no debiera representar inconveniente alguno, porque es sabido que el art. 1271 CC.esp. permite que las cosas futuras puedan ser objeto de contrato, y no ya de mero precontrato. Por tanto, es perfectamente posible y lícito el contrato de compraventa de cosa futura, y -por esa misma razón- también será perfectamente posible y lícito el contrato de compraventa de valores negociables futuros. Más, aún; de hecho, si los valores -siquiera como derechos patrimoniales- nacen con la suscripción, entonces ni siquiera estaríamos ante una compraventa de cosa fu-

tura, sino de una compraventa de cosa actual, o bien un contrato análogo a la compraventa, a cuyas normas debería someterse. Más, aún: dado que los valores son cosas genéricas y fungibles, que se adquieren -todo lo más- como género limitado, en el negocio de suscripción predominará la obligación de entrega, frente a la -hipotética- obligación de creación de los valores, de modo que también resultaría muy dudoso -incluso- que estuviésemos en presencia de eso que la Doctrina alemana llama "contrato de suministro de obra" ["Werklieferungsvertrag"], que se sitúa en la frontera entre la Compraventa y el Contrato de Obra: por consiguiente, creo que estaremos ante una compraventa.

Ahora bien; sucede que el art. 334, CCo. esp. contempla el supuesto de las compraventas mercantiles en las que "el contrato tuviere la condición de no hacer la entrega hasta que la cosa vendida adquiera las condiciones estipuladas", lo cual supone que -efectivamente- pueden existir compraventas que versen sobre objetos que, en cierto sentido, mutan, evolucionan, cambian; que adquieren, sucesivamente, y con el paso del tiempo, ciertas "condiciones estipuladas", que -actualmente- bien pudieran no tener. Pues bien; este podría ser el caso de las acciones de una sociedad "constituenda", que se adquieren en un momento anterior a haber adquirido todas sus características propias, por la sencilla razón de que la sociedad anónima no se ha constituido propiamente, ni como persona jurídica, ni aun siquiera como simple sociedad; como mera relación jurídica de naturaleza societaria.

En mi opinión, lo que sucede es lo siguiente: ante todo, la identificación del modo en que nace la sociedad plantea dos problemas estrechamente relacionados, hasta el punto de que la solución que se dé a uno facilita la solución del otro: para empezar, el problema de la naturaleza jurídica del negocio fundacional de una sociedad pluripersonal. Ya he señalado anteriormente que debe tratarse de un contrato. Pero creo preciso insistir en por qué debe tratarse de un contrato. Y la razón también es conocida: porque la relación societaria es una relación caracterizada por el conflicto de intereses, que afecta a los de todos y cada uno de los socios. Recordemos las certeras opiniones manifestadas por Rudolf Von IHERING, cuando señalaba que "el contrato de Sociedad está al servicio del egoísmo y no de la benevolencia. El egoísta no repartirá lo que puede conseguir solo; si lo hace es porque encuentra en ello una ventaja" (.). Así -continuaba IHERING- "la asociación, ..., se basa sobre relaciones interesadas: es un contrato de negocios. Entra en el sistema del egoísmo", donde el sentimiento de benevolencia o de altruismo ni siquiera aparece. Pues bien; partiendo de estas acertadas apreciaciones, Karl WIELAND, señaló que -precisamente- el negocio de constitución de una

sociedad debe llevar a cabo una composición de intereses contrapuestos ( ); cosa que es propia de la institución que se conoce como el “Contrato” ( ). Y aunque volveré a ocuparme, posteriormente, de esta conocida disputa doctrinal entre tan grandes juristas, quisiera señalar -aquí- que, por esta razón, el negocio jurídico que debe vertebrar la constitución de una sociedad pluripersonal es -tiene que ser, y no puede ser sino- un contrato. Tal es la idea que se refleja en los arts. 1665 y 1666, CC.ESP., y que se refleja, asimismo, en el art. 19, n° 1, TRLSocs.cap.

Hay que recurrir al contrato, cuando las partes de una relación socioeconómica que pretenden establecer entre sí una “lex privata”; una norma de conducta que les imponga deberes y las atribuya derechos, cuya medida variable y contingente es - “prima facie”- la propia esencia del conflicto de los intereses. Ahora bien; cuando - por cualquiera que fuera el motivo- no existiera conflicto de intereses, entonces no sería necesario celebrar un contrato. Y este supuesto puede darse en dos supuestos, que recoge, precisamente, el art. 19, TRLSocs.cap:

- (i) Cuando no concurra una pluralidad de partes con intereses propios, y -por tanto- no pueda plantearse un conflicto. Es el caso de la Sociedad unipersonal originaria, precisamente porque en su constitución no concurre una pluralidad de partes con intereses propios en conflicto.
- (ii) O cuando el conflicto viniera solventado “ex ante”, por venir prede-terminadas las reglas de funcionamiento de la Sociedad, y los derechos y obligaciones de los socios. Esto último es -precisamente- lo que sucede, en el caso de la constitución de sociedades anónimas por el procedi-miento de fundación sucesiva, ya que los socios fundadores no han de “competir” en esa especie de micro-mercado de oferta y demanda, que es la negociación del contrato de sociedad. Esta tarea ya la han llevado a cabo, con anterioridad, los promotores.

Esto se aprecia, cuando se lee el art. 42, TRLSocs.cap., referido al “Programa de fundación”:

“1. En la fundación por suscripción pública, los promotores comuni-carán a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el proyecto de emisión y redactarán el programa de fundación, con las indicaciones que juzguen oportunas y necesariamente con las siguientes:

- a) El nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio de todos los promotores.
- b) El texto literal de los estatutos que, en su caso, deban regir la so-ciedad.
- c) El plazo y condiciones para la suscripción de las acciones y, en su caso, la entidad o entidades de crédito donde los suscriptores debe-

rán desembolsar la suma de dinero que estén obligados a entregar para suscribirlas. Deberá mencionarse expresamente si los promotores están o no facultados para, en caso de ser necesario, ampliar el plazo de suscripción.

d) En el caso de que se proyecten aportaciones no dinerarias, en una o en varias veces, el programa hará mención suficiente de su naturaleza y valor, del momento o momentos en que deban efectuarse y, por último, del nombre o denominación social de los aportantes. En todo caso, se mencionará expresamente el lugar en que estarán a disposición de los suscriptores la memoria explicativa y el informe técnico sobre la valoración de las aportaciones no dinerarias previsto en esta ley.

e) El Registro Mercantil en el que se efectúe el depósito del programa de fundación y del folleto informativo de la emisión de acciones.

f) El criterio para reducir las suscripciones de acciones en proporción a las efectuadas, cuando el total de aquellas rebase el valor o cuantía del capital, o la posibilidad de constituir la sociedad por el total valor suscrito, sea este superior o inferior al anunciado en el programa de fundación.

2. El programa de fundación terminará con un extracto en el que se resumirá su contenido”.

Obsérvese, pues, que unos sujetos distintos de los potenciales suscriptores-fundadores-contratantes [socios], elaboran por completo el contenido de los estatutos sociales y establecen el régimen de los compromisos de aportación de los socios. Así una “*tertia pars*” ajena a la relación jurídica que habrá de mediar entre los accionistas, es la que diseña, elabora y propone a éstos las condiciones –obligacionales y organizativas– de la sociedad constituenda. Y este complejo contenido viene incorporado, “*in fieri*”, en las acciones que se ofrecen a la suscripción. Por este motivo, es esa misma “*tertia pars*” ajena los accionistas, la que define las condiciones en las que estos quedarán vinculados, asociados, superando o previniendo de este modo los conflictos de interés que –si así no fuera– se plantearían entre los fundadores, obligándoles a contratar entre ellos, con objeto no de contratar, sino de adoptar un acuerdo plurilateral, no contractual, con fines –acaso– de confirmación o ratificación y –en cierto sentido– de “colectivización” de las diversas voluntades que se fueron anudando, por separado, en los distintos y singulares contratos de suscripción-compraventa de las acciones, donde el suscriptor acepta –ha aceptado–, ya todos los aspectos del negocio societario: hay consentimiento, pues, sobre la persona [denominación de la sociedad constituenda] sobre la causa [“*causa societatis ad lucrandum*”] y sobre el objeto: los estatutos, que incluyen la cláusula de descripción del objeto social,

y la aportación a realizar. Ahora bien; ¿es ésto un contrato societario? En mi opinión, la respuesta es que no.

No serían contratos de sociedad, porque no reunirían la condición estructural necesaria de ser contratos en que “varias personas se obligan respecto de otras”, sino contratos del suscriptor con el oferente. Y aunque este inconveniente podría eludirse, si y a condición de que se contiderase que el oferente actúa “nomine alieno”, lo cual sería posible si se considerase que los promotores son gestores de negocios [sin mandato], por cuenta de la Sociedad [THALLER, SCIALOJA y el propio GARRIGUES], o bien, igualmente, si se considerase que los promotores son sujetos que participan en un Negocio de autorización [WIELAND y ASCARELLI], por el que los suscriptores, que son los contratantes, autorizan a los promotores para la designación de los restantes socios, de forma que los Promotores actuarían como representantes de cada socio, en relación con los demás, lo cierto es que estas construcciones constituyen y suponen un esfuerzo que excede de lo razonable, cuando es evidente que la explicación del proceso de fundación sucesiva, por suscripción pública de acciones, es otra.

### C. *Suscripción de las acciones y junta constituyente*

Con la celebración del contrato de suscripción, lo que adquiere el suscriptor –además- de sus obligaciones de desembolso, el derecho a participar en el intercambio de voluntades con todos los demás suscriptores. Es entonces, y sólo entonces, cuando todos y cada uno de los suscriptores participan en ese obligarse “varias personas ... respecto de otras”, y no sólo para con quien ofreció las acciones a la suscripción. Estaremos, ya, ante la creación negocial-voluntaria de una sociedad. Pero la concurrencia multilateral que se manifiesta en la convocatoria y reunión de la Junta Constituyente, de los arts. 48 y ss, TRLSocs.cap./2010, y de la formación de su voluntad colectiva no se compadece con la figura del Contrato.

Desde luego, puede resultar sorprendente, paradójico o –siquiera- peculiar que exista Junta –es decir: que exista un órgano- allí donde no hay persona jurídica, aunque se podría aducir que la técnica de los órganos existe –y ha existido- incluso en supuestos en los que no había persona jurídica a la que pudiera pertenecer [Recuérdense las antiguas Juntas sindicales de las Bolsas o los órganos del Sindicato de obligacionistas]. Pero el problema, en mi opinión, no es que haya órganos donde no hay persona... sino que haya órganos donde no hay siquiera una “sociedad”. Sin embargo, por todos los motivos anteriormente expuestos, creo, más bien, que esta Junta constituyente debe ser contemplada como una verdadera “Junta de socios” [de paso: ¿puede haber “socios”, cuando no hay “sociedad”?], constituida con el propósito de

ratificar y fundir en una única relación asociativa colectiva, las singulares relaciones nacidas con los contratos de suscripción.

Mas, a pesar de lo expuesto, no me parece que exista ningún argumento sólido que demuestre que no existe contrato, en la constitución de la SA. por el procedimiento de fundación sucesiva. Como creo que ya ha quedado demostrado por la Doctrina civilista y mercantilista, el “contrato” es una institución mucho más rica, compleja y maleable de lo que piensan los defensores de las teorías anticontractuales; tan rica, compleja y maleable, que es capaz de explicar, no sólo la complejidad de las sociedades civiles y mercantiles; corporativas o de estructura contractual, sino incluso un fenómeno como el de la Fundación sucesiva. Lo que sucede es que ni hay un -único- contrato, sino una pluralidad de ellos,... ni esos contratos son de sociedad, sino de compraventa [esa modalidad especial de élla, que se denomina “Contrato de Suscripción”].

Y como no se trata de contratos de sociedad, que son plurilaterales, sino de compraventa -que son estrictamente bilaterales-, lo que procede, luego, es agregar esas relaciones bilaterales, en una estructura plurilateral, lo que se logra, ya, sin necesidad de un contrato de sociedad, que se ha hecho, ya, innecesario; siquiera, innecesario, en cuanto negocio jurídico.

#### *D. La relación societaria y el empresario social*

Mas, como sabemos, el Contrato -y el de Sociedad, también- no es solamente negocio jurídico: es, asimismo, relación jurídica; relación -jurídica- que vincula o que involucra a las partes que lo fueron en el negocio contractual. Mas es obvio que los contratos de compraventa-suscripción, en cuanto negocios estrictamente bilaterales, bipersonales o bipolares, no pueden, por sí mismos y por sí solos, dar lugar a una relación jurídica que sea plurilateral. Este último efecto, lo proporciona el acuerdo mayoritario de la Junta Constituyente. Si la Junta se denomina así -“constituyente”- es porque, ciertamente viene a “constituir la sociedad”, pero la constituye en el sentido de que trasmuta las relaciones estrictamente bilaterales, en una relación plurilateral que ya es, propiamente, de sociedad; una relación que, en condiciones normales, debería, lógicamente, haber surgido de un contrato también plurilateral. Pero no en este caso, porque no hace falta, ya que la unión pluripersonal, radial... la proporciona o se alcanza con el acuerdo favorable -aunque simplemente mayoritario- de la Junta Constituyente: ya no hace falta la unanimidad, ya no hace falta que todos los que suscribieron voten favorablemente.

La especialidad -o la excepción, en todo caso- se halla en el hecho de la necesidad de acuerdo unánime de la Junta Constituyente, para poder modificar el contenido del pro-

grama de fundación; programa sobre el que también recae el consentimiento de los suscriptores [el Boletín de suscripción deberá contener “la expresa aceptación por parte del suscriptor del contenido del Programa de Fundación”, de conformidad con el art. 46, nº 1, apdo. e), TRLSocs.cap.], y cuyas condiciones, al igual que las contenidas en el Folleto informativo, tampoco podrán ser modificadas por estos.

El Empresario social tiene, por consiguiente, su origen en un contrato de constitución de la sociedad ( ), y -por consiguiente- de la organización de personas, a la que -luego- se reconoce personalidad jurídica. Lo que sucede es que la tipología del Contrato no puede circunscribirse simplemente a los contratos bilaterales -o, mejor, "bipersonales", sino que los contratos plurilaterales también constituyen una realidad jurídica indiscutible, dentro de la cual tiene perfecta cabida uno como el de Sociedad. Así, puesto que nuestros Códigos explícitamente lo reconocen, la Sociedad es, o nace de, un contrato, al que da su nombre: el Contrato de Sociedad, solo que este contrato posee interesantes particularidades y precisamente hay que atender a esas particularidades, para poder conocer el contenido y la dinámica del "Contrato de Sociedad" ( ): se trata de un contrato que tiende a crear una organización, a la que -eventualmente- le podrá ser reconocida personalidad jurídica y que, en su caso, también podría llegar a adquirir la condición de empresario, sin que sus propios socios la adquiriesen, en cuanto tales socios. Pero entiéndase bien, que -por lo que al Ordenamiento jurídico español se refiere- el Contrato de Sociedad ni tiende -"per se"-, ni deja de tender a crear una persona jurídica; menos aún, tampoco el Contrato de Sociedad crea esa personalidad: lo que crea es una organización, y -al crearla- potencialmente proporciona al Ordenamiento jurídico el material para que éste cree una nueva persona jurídica, a través de la vía de una Norma positiva que lleva a cabo una ficción legal genérica, luego materializada en la que resulta de la inscripción registral mercantil.

### *III. CONCLUSIONES*

**Primera:** Existe una estrechísima relación entre las instituciones de la Sociedad y del Contrato; relación prácticamente inquebrantable, que podría existir incluso en el caso de las sociedades unipersonales, reconocidas en el Derecho Español y el Derecho Europeo, pero que tantas dificultades encontraría en el Derecho peruano.

**Segunda:** la Sociedad -salvo cuando es unilateral- nace de un negocio jurídico plurilateral que solamente puede calificarse de “contrato”, ya que solamente el Contrato es capaz de establecer relaciones de colaboración entre sujetos que son portadores de intereses legítimos, no solo diversos sino incluso contrapuestos. Es falsa la idea

de que los que se unen en sociedad comparten intereses. Más bien, todo lo contrario: quien entra en sociedad espera la mayor participación en el beneficio social y en el poder de dirección... a cambio de la menor aportación y la menor asunción de responsabilidad, y sólo el Contrato -de Sociedad- reduce a un común denominador colectivo -el “interés social”- esos innegables conflictos originarios de intereses entre los fundadores.

**Tercera:** Es falsa la afirmación de que la complejidad de contenido del acto constitutivo de una sociedad haga imposible calificarlo como contrato: ni la ultra-plurilateralidad de sujetos/partes [“dos o más personas”; potencialmente muchas], ni la combinación de contenidos obligacionales y organizativos, bastan para negar a dicho acto la consideración de contrato.

**Cuarta:** Es falsa la afirmación -o la creencia implícita- de que la adquisición por la Sociedad, de personalidad jurídica excluya la existencia o extinga el Contrato de Sociedad, pues ninguna norma jurídica así lo dispone -al menos, en el Derecho español-, pues todo contrato -y el de Sociedad, también- es, al propio tiempo, negocio jurídico, relación jurídica y norma de conducta, y es obvio que si la personalidad se concede legalmente a una unión jurídica de personas, la juridicidad de esa unión... y la propia unión, en sí, solamente se explican -y solamente cabe que subsista, en todo momento- por la subsistencia de la “Lex privata contractus” y como relación jurídica contractual.

**Quinta:** el Contrato -y sobre todo, la Relación contractual- de Sociedad, cualquiera que sea el número de socios, tiene carácter plurilateral, y no meramente bilateral: su estructura es “radial”, de forma que los socios no se relacionan directamente entre sí, sino a través de la organización colectiva; relación que se refiere -eso sí- a los compromisos, comenzando -claramente- por el de aportación: los socios no se aportan los unos a los otros... sino que “ponen en común”; es decir: confieren a la organización aquello que aportan. A partir de ese momento, lo aportado se hará común -comunidad de bienes- si la sociedad no adquiere personalidad jurídica [caso Español, igualmente en Alemania, Italia, etc.], o se conferirá a la titularidad de la Persona jurídica que resulte.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORCH BATALLER, C.: "El derecho de Voto del Accionista (supuestos especiales)", edit. TECNOS, S.A., Madrid, 1977.
- ALLÍ ARANGUREN, J-C.: "Derecho administrativo y globalización", edit. THOMSON - CIVITAS, S.L., Madrid, 2004.
- ASCARELLI, T.: "La liceità dei sindacati azionari", en RDC., 1931, t. II.
- BOETTICHER, K. W.: "Was ist die Aktiengesellschaft?", en "Die Zeit", 12.04.1963 Nr. 15 [<http://www.zeit.de/1963/15/Was-ist-die-Aktiengesellschaft>].
- LAUX, F.: "Die Aktiengesellschaft als Objekt staatlicher Interessen. W. Rathenau und die Aktienrechtsdiskussion in der Weimarer Republik", en "Mitteilungen der Walther Rathenau Gesellschaft", Nr. 13, September 2003.
- BROSETA PONT, M.: "Manual de Derecho Mercantil", edit. TECNOS, S.A., 9ª ed., Madrid, 1991.
- BRUNETTI, A.: "Trattato di Diritto delle Società", t. II, 1948.
- CAMPOBASSO, G-F.: "Diritto commerciale", t. II, "Diritto delle Società", edit. UTET., 2ª ed., Turín, 1992.
- DE PABLO CONTRERAS, P.: "Capítulo 20. El Contrato de Sociedad y la Sociedad Civil", en MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. y PARRA LUCÁN, M. A.: "Curso de Derecho Civil", t. II, "Derecho de Obligaciones", "Tercera Parte: Contratos y cuasicontratos", coord. por C. Martínez de Aguirre y Aldaz, edit. COLEX, S.A., Madrid, 2000.
- DI SABATO, F.: "Manuale delle Società", edit. UTET., 6ª ed., Turín, 1999.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "Instituciones del Derecho civil patrimonial", t. I, edit. CIVITAS, S.A., 4ª ed., Madrid, 1993.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A.: "La Fundación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada: Escritura y Estatutos", en VV.AA.: "Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995", t. I, "Caracterización. Constitución. Posición jurídica de socio y aportaciones. Participaciones sociales. Órganos", coord. por F. Rodríguez Artigas, R. García Villaverde, L. Fernández de la Gándara, A. Alonso Ureba, L. Velasco San Pedro y G. Esteban Velasco, edit. MCGRAW-HILL, Madrid, 1996.
- DUCOULOUX-FAVARD, C.: "La Nature...", cit., ps. 8 y ss. EMMERICH, V.: "Zweites Buch. Handelsgesellschaften und Srilie Gesellschaften" en HEYMANN, B., EMMERICH, V. y otros.: "Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). Kommentar", t. II, edit. WALTER DE GRUYTER, Berlín/N.York, 1989.
- FEINE, E.: "Las Sociedades de Responsabilidad Limitada", edit. LOGOS,

LTDA., trad del alemán y prólogo por W.Roces, Madrid, 1930.

- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: "La Atipicidad en el Derecho de Sociedades", edit. LIBROS PÓRTICO, Zaragoza, 1977.
- FERRARA Jr., F. y CORSI.: "Gli Imprenditori e le Società", edit. DOTT.A.GIUFFRÈ, 9ª ed., Milán, 1994.
- FERRARA.: "Teoria delle Persone giuridiche", 2ª ed., 1923.
- FERRI, G. ANGELICI, C. y FERRI, G. B.: "Manuale di Diritto commerciale", edit. UTET., reimpresión de la 10ª ed., Turín, 1996/1998.
- FERRI, G.: "Le Società", en VV.AA.: "Trattato di Diritto civile italiano", dir. por F.Vassalli, t. Xº, vol. 3º, edit. UTET., 2ª ed. ampliada, Turín, 1985.
- FORTSMOSER, P.: "Schweizerisches Aktienrecht", t. I I, vol. 1º, "Grundlagen, Gründung und Änderungen des Grundkapitals", edit. SCHULTESS POLYGRAPHISCHER VERLAG, 1ª ed., Zürich, 1981.
- FRANKS, J., MAYER, C., MOORES, P. y WAGNER, H. F.: "The Origins of the German Corporation - Finance, Ownership and Control", Discussion Paper No. 65.
- FRÉ, G-C.: "Società per azioni", en el "Comentario del Codice civile", dir. por A.Scialoja y G.Branca, edit. ZANICHELLI EDITORE/IL FORO ITALIANO, 5ª ed., actualizada por A.Pelicanó, Bolonia/Roma, 1981.
- FREDERICQ, L.: "Traité de Droit commercial belge", t. IV, "Les sociétés commerciales en Droit belge. La constitution des sociétés congolaises. Les sociétés commerciales aux Pays-Bas et au Luxembourg. Guide fiscale et formules d'actes", 1ª Parte, edit. EDITIONS FECHÉYR, Gante, 1950.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T-R.: "Curso de Derecho administrativo", t. II, edit. CIVITAS EDICIONES, S.L., 11ª ed., Madrid, 2002.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: "Tratado de Derecho mercantil", t. I, vol. 1º, Madrid, 1947.
- GIERKE, J.Von.: "Deutsches Privatrecht", t. I, Leipzig, 1895. Idem.: "Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung", Berlín, 1887.
- GIRÓN TENA, J.: "Derecho de sociedades", t. I, "Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias", impr. ARTES GRAFICAS BENZAL, Madrid, 1976.
- GRAZIANI, A.: "Diritto delle Società", edit. MORANO EDITORE, 5ª ed. revisada y ampliada, Nápoles, 1963.
- GUYON, Y.: "Les sociétés. Amenagements statutaires et conventions entre associés", en VV.AA.: "Traité des Contrats", dir. por J.Ghestin, edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, París, 1993.
- HAMEL, J., LAGARDE, G. y JAUFFRET, A.: "Traité de Droit commercial", t. I, vol. 1º, edit. DALLOZ, París, 1980.

- HAMILTON, R.W.: "The Law of Corporations", edit. WEST PUBLISHING Co., 5ª ed., St. Paul (Minn.), 2000.
- HAURIOU, M.: "Obra escogida", trad. esp. por A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado, Madrid, 1976.
- HENN, H.G. y ALEXANDER, J.R.: "Laws of Corporations and other business enterprises", edit. WEST PUBLISHING Co., 3ª ed., St. Paul, Minn. 1983.
- IHERING, R. Von.: "El Fin en el Derecho", edit. HELIESTA, S.R.L., Bs. Aires, s/f.
- JUGGLART, M. de, IPPOLITO, B. y DUPICHOT, J.: «Les sociétés commerciales», en «Cours de Droit commercial», t. II, edit. MONTCHRESTIEN, 10ª ed., París, 1999.
- KLAUSS, H. KLAUSS, H.J. y BIRLE, J.: "Die GmbH. Gesellschaftsrecht. Steuerrecht", edit. KIEHL, 5ª ed. reelaborada y ampliada, Ludwigshafen, 1992.
- KUHNER, Ch.: "Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften", en ZGR, 2004.
- KUNTZE.: "Der Gesamttakt. Ein neuer Rechtsbegriff", en VV.AA.: "Festgabe für Müller", 1892.
- LANGLE RUBIO, E.: "Manual de Derecho mercantil español", t. Iº, edit. BOSCH, CASA EDITORIAL, Barcelona, 1950.
- LE GALL, J-P.: "Droit commercial. Les groupements commerciaux. Sociétés commerciales, G.I.E. et G.E.I.E. Marchés d'instruments financiers (Bourses de valeurs)", edit. DALLOZ, 14ª ed., París, 1998.
- LEHMANN, K.: "Lehrbuch des Handelsrechts", edit. VERLAG VON VEIT & Comp., 2ª ed. reelaborada, Leipzig, 1912.
- LOJENDIO OSBORNE, I.: "Las Sociedades mercantiles", en VV.AA.: "Derecho mercantil", dir. por G.J. Jiménez Sánchez, t. I, edit. ARIEL, S.A., 4ª ed., Barcelona, 1997.
- MANTILLA MOLINA, R.: "Derecho mercantil", edit. LIBRERÍA DE PORRÚA, HERMANOS y Cía., México, 1946.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J-N.: "El Contrato de Sociedad en el Derecho codificado español, con especial referencia al Código civil", en RDM., 1989, n.ºs. 193/194, julio/diciembre.
- MOSSA, L.: "Diritto commerciale", t. I, edit. DOTT.A. GIUFFRÈ, Milán, 1937.
- MOSSA, L.: "Trattato del Nuovo Diritto commerciale", t. IV, "Società per azioni", edit. CEDAM., Padua, 1957.
- PACCHI PESUCCI, S.: "Autotutela dell'Azionista e interesse dell'organizzazione", edit. DOTT.A. GIUFFRÈ, Milán, 1993.
- PAZARES RODRÍGUEZ, C. J.: "La Sociedad en general: elementos del Contrato de Sociedad", en VV.AA.: "Curso de Derecho mercantil", t. I, "Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la Competencia y

de la Propiedad Industrial e Intelectual. Derecho de Sociedades", dir. por R. Uría González y A. Menéndez Menéndez, edit. CIVITAS, S.A, Madrid, 1999.

- PINTO FURTADO, J.H.: "Curso de Direito das Sociedades", edit. ALMEDINA, 3ª ed., Coimbra, 2000.
- PRÖLSS, E.R., SCHMIDT, R. y FREI, P.: "Versicherungsaufsichtsgesetz. Bundesaufsichtsgesetze. Kartellrecht der Versicherungswirtschaft (102 GWB.) und andere Nebengesetze", edit. C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 9ª ed reelaborada, Munich, 1983.
- PUIG BRUTAU, J.: "Fundamentos de Derecho civil", t. II, vol. 2º, "Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil", edit. BOSCH, CASA EDITORIAL, Barcelona, 1956.
- RIPERT, G., ROBLOT, R., GERMAIN, M. y VOGEL, L.: "Traité de Droit commercial", t. I, "Actes de commerce - Baux commerciaux. Propriété industrielle. Concurrence. Sociétés commerciales", edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, 17ª ed., Paris, 1998.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: "Tratado de Sociedades mercantiles", t. I, edit. EDITORIAL PORRÚA, S.A., México, 1947.
- ROSSI, G.: "Lo ripeto, Rathenau era un grande giurista [Da lui viene l' idea della cogestione. E la tesi dell' interesse sociale]", en "Corriere della Sera", de 11.02.2006.
- SAENZ GARCIA DE ALBIZU, J.C.: "El Objeto social en la Sociedad Anónima", edit. CIVITAS, S.A., Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: "Instituciones de Derecho mercantil", t. I, edit. EDITORIAL REVISTA DE DERECHO PRIVADO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 20ª ed., Madrid, 1997.
- SPRAU, H.: § 705, en VV.AA.: "Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz (Auszug), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), BGB.-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug)", edit. VERLAG C.H.BECK, 66ª ed., Munich, 2007.
- THOMAS, H.: § 705, en VV.AA.: "Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz, Gesetz sur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Abzahlungsgesetz, Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz", edit. C.H.BECKSCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, 44ª ed. actualizada, Munich, 1985.
- URÍA GONZÁLEZ, R.: "Derecho mercantil", edit. MARCIAL PONS, EDI-

SIONES JURÍDICAS, S.A., 28ª ed., revisada con la colaboración de M<sup>a</sup>.L.Aparicio, Madrid/Barcelona, 2001.

- VIANDIER, A.: "La notion d'Associé", edit. LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET JURISPRUDENCE, París, 1978.
- VIVANTE, C.: "Tratado de Derecho mercantil", 1 ed. esp. de la 5ª ed. it., t. II, edit. INSTITUO EDITORIAL REUS,S.A., Madrid, 1932