

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

Las Sociedades Irregulares en el Derecho Mercantil Mexicano

T E S I S

ROSAURA CASTILLO ROBLEDO

MEXICO, D. F.

1 9 6 8



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

a **JUAN CASTILLO ALVAREZ** y
J. R. DE CASTILLO mis padres,
Sinceramente.

**Tesis elaborada en el Seminario de
Derecho Mercantil bajo la dirección del
LIC. HECTOR HORACIO CAMPERO**

INDICE

LAS SOCIEDADES IRREGULARES EN EL DERECHO MERCANTIL

CAPITULO I

| | Pág. |
|--|------|
| 1.—Evolución histórica: | 17 |
| a) Ordenanzas de Bilbao; | 17 |
| b) Código de Comercio de 1854; | 19 |
| c) Código de Comercio de 1884; | 21 |
| d) Código Civil de 1884; | 23 |
| e) Proyecto de Código de Comercio de la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo de 1929; | 25 |
| f) Código de Comercio de 1890; | 27 |
| g) Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 | 29 |

CAPITULO II

| | |
|--|----|
| 1.—Concepto General de Contrato | 33 |
| 2.—Elementos del contrato: | 36 |
| a) Consentimiento; | 36 |
| b) Objeto; | 37 |
| c) Capacidad; | 38 |
| d) Forma | 38 |
| 3.—Contrato de Sociedad: | 40 |
| e) Origen Histórico; | 41 |
| f) Naturaleza Jurídica del Contrato de Sociedad | 44 |
| 4.—Formalidades constitutivas de la Sociedad Mercantil en el Derecho Positivo: | 49 |
| g) Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores; | 49 |
| h) Constitución Notarial; | 51 |
| i) Intervención Judicial; | 56 |
| j) Inscripción Registral; | 58 |
| k) Eficacia de la Inscripción respecto de la Sociedad Inscrita | 61 |
| l) Vida Social Interna | 61 |

CAPITULO III

| | |
|--|----|
| 1.—Sociedades Irregulares: | 65 |
| a) Diversas Sociedades Irregulares | 67 |
| 2.—Personalidad Jurídica | 74 |
| 3.—Derechos y Obligaciones de los Socios | 75 |
| 4.—Derechos de los Terceros | 79 |
| 5.—Sociedades Ilícitas | 81 |

CAPITULO IV

| | |
|-----------------------------|-----|
| 1.—Derecho Comparado: | 87 |
| a) Francia; | 87 |
| b) Italia; | 91 |
| c) España | 103 |

LAS SOCIEDADES IRREGULARES EN EL DERECHO MERCANTIL

CAPITULO I

1.—EVOLUCION HISTORICA:

- a) Ordenanzas de Bilbao;**
- b) Código de Comercio de 1854;**
- c) Código de Comercio de 1884;**
- d) Código Civil de 1884;**
- e) Proyecto de Código de Comercio de la Secretaría de
Industria, Comercio y Trabajo de 1929;**
- f) Código de Comercio de 1890;**
- g) Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934.**

1.—EVOLUCION HISTORICA:

a) Ordenanzas de Bilbao.

Con el afan de encontrar la fuente de nuestra actual Ley General de Sociedades Mercantiles, hemos buscado en remotas legislaciones que han normado la materia mercantil en México, y vemos, desde su origen, la necesidad de llenar una serie de requisitos para la formación de sociedades mercantiles. Tales exigencias no tuvieron una observancia unánime; por el contrario, hubo sociedades que sin acatar los mandatos legales se formaron y por consiguiente resultaron ser irregulares, tanto ayer como hoy, produciendo efectos jurídicos frente a terceros.

El punto de partida para el estudio de las sociedades irregulares sin duda lo encontramos ya en las Ordenanzas de Bilbao. "Mención especial debe hacerse de estas Ordenanzas de Bilbao, tanto por constituir un Código dedicado en forma exclusiva a la reglamentación de comercio, como porque su vigencia y aplicación se extendieron a toda España merced a la jurisprudencia, y a México, con cortas interrupciones, hasta el año de 1884 en que se dictó nuestro segundo Código de Comercio.

La jurisdicción consular la obtuvieron, los comerciantes de Bilbao, en 1511, y de este consulado emanaron diversas Ordenanzas. Las antiguas, que Felipe II confirmó en 1560 y fueron adicionadas en 1665, y las nuevas, más conocidas y perfectas, que fueron terminadas en 1737 y confir-

madras en el mismo año por Felipe V, con el nombre de Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao" (1).

En este ordenamiento jurídico encontramos disposiciones para la constitución de una sociedad las cuales habían de llenar ciertos requisitos formales y así las "Compañías Mercantiles" quedaban sujetas a dicho ordenamiento, actuando con toda regularidad; pero si las sociedades o compañías mercantiles hacían caso omiso de acatar el Capítulo X en los números 3, 4 y 5 en los que se establece como obligatorio que las compañías se formen por "escritura pública ante escribano", y que formadas "serán obligadas a poner en manos de Prior y Cónsules de esta Universidad y Casa de Contratación un testimonio en relación de las escrituras" "a fin de que conste por este medio al público todo lo que sea conveniente para su seguridad" para la conservación de la buena fe y la seguridad del mismo en común" (2).

De lo expuesto en este ordenamiento, vemos la importancia de la publicación, lo que se hacía no sólo para salvaguardar los derechos de terceros, sino para beneficio y buena marcha del propio comercio. Aquí encontramos sin duda, la genealogía del sistema formalista en su materia de sociedades que es recogido por la legislación actual a través de la evolución del derecho mercantil.

Tapia y Salas, dos notables comentasistas del Derecho español antiguo, hacen notar que las formalidades, exigidas para la compañía mercantil no son de esencia del contrato, sino que únicamente deben ser consideradas como medio de prueba y, en consecuencia, se da cabida a las sociedades irregulares, las que podrán demostrar su existencia por otros medios de prueba.

(1) Barrera Graf Jorge, Tratado de Derecho Mercantil, Volumen I, Pág. 62, Editorial Porrúa, S. A., México 1957.

(2) Rodríguez Rodríguez Joaquín, El Sistema de Sociedades Irregulares en el Derecho Mercantil Mexicano, Pág. 156, Editorial Jus, México 1941.

b) Código de Comercio de 1854.

Al analizar el primer Código de Comercio vigente en México independiente, por decreto de 22 de enero de 1822, se nombró "una comisión encargada de redactarlo, tal obra no pudo ser realizada sino en el año de 1854, en que debido al juriconsulto don Teodosio Lares, encargado por Santa Anna del Ministerio de Justicia, se promulgó con fecha 16 de mayo del citado año" (3), y rigió a partir del día 3 de junio del mismo año.

"El Código Lares, como suele llamarse en justo homenaje a su autor, consta de 1091 artículos, y regula de manera sistemática, inspirado en buenos modales europeos, la materia mercantil, y es, indudablemente, superior a las viejas Ordenanzas de Bilbao" (4).

En los capítulos relativos al "Registro Público de Comercio" y en el de "Las Compañías de Comercio" del Código que comentamos, encontramos los artículos 35, 37, 252, 253 y 254 que a la letra dicen:

Artículo 35.—Las escrituras de sociedad no registradas, no producirán acción entre los otorgantes para demandar los derechos que en ella se reconocieren, sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de terceros interesados.

Los apoderados y factores, que sin el requisito mencionado lo fueren, se tendrán como personalmente responsables con sus bienes, solidariamente con su poderdante principal, por los contratos que celebren; y no tienen derecho á paga, honorario, sueldo ni interés de ninguna clase, y el que tuvieren pactado se exigirá a su poderdante ó principal, con aplicación a los fondos del ministerio de fomento.

Las demás escrituras con la misma falta de registro, no siendo por bienes dotales ó extradotales de la mujer del comerciante, se tendrán como vales simples de crédito personal, sin fuerza ejecutiva.

(3) Mantilla Molina Roberto L., Derecho Mercantil, Pág. 15, Editorial Porrúa, S. A., México 1961.

(4) Mantilla Molina, Ob. Cit., Pág. 15.

Las circulares no registradas se tendrán por no escritas, sin que el culpable de la falta pueda ser favorable el aviso que contenga.

Artículo 37.—Además de las penas establecidas en los anteriores artículos por la falta de registro de los documentos sujetos á ese requisito, incurrirán los otorgantes mancomunadamente en una multa de quinientos pesos, que se les exigirá con aplicación a los fondos del ministerio de fomento, siempre que apareciere en juicio el documento no registrado.

Artículo 252.—El contrato de sociedad mercantil debe constar en escritura pública y registrarse en la Secretaría del Tribunal de Comercio.

Artículo 253.—Las sociedades anónimas deben recibir la previa aprobación judicial de sus escrituras y reglamentos.

Artículo 254.—La contravención de los artículos 252 y 253 próximos antecedentes, no surtirá efecto alguno en perjuicio de terceros, y antes bien producirá excepción perentoria contra toda acción que intente la sociedad por sus derechos, ó bien cualquiera de los socios por las que haya estipulado por sí; y será del cargo de la sociedad o del socio demandante probar que se constituyó con las solemnidades debidas, siempre que así lo exija el demandado.

En la lectura de estos preceptos se advierte que sus redactores se adhieren al sistema formalista, aceptando únicamente las sociedades constituidas con estricto apego a la ley para producir efectos jurídicos.

No obstante lo anterior, se perfilan de una manera incipiente las sociedades irregulares, ya que cuando una sociedad no se registra, tal anomalía no perjudica a los terceros, y en tal supuesto la sociedad no registrada en relación con los terceros es propiamente una sociedad irregular.

La carencia de personalidad de la sociedad, es frente a los socios, ya que ni en nombre propio ni en el de la sociedad, podrán hacer valer sus derechos frente a terceros; sin embargo, éstos pueden reclamar a la sociedad todo lo que a sus derechos convenga, ya que la ley crea una excepción perentoria oponible a la sociedad, existiendo la persona moral para ellos.

Lo inconveniente de este sistema es notorio: en ocasiones se reconocerá a la sociedad como existente y en otras como inexistente.

La sanción de que nos habla el artículo 37 del Ordenamiento que se comenta es aplicable cuando no se registran los documentos que deben cumplir con tal requisito y aquí nos encontramos con el principal: la escritura constitutiva de sociedad.

Por otra parte, el artículo 220 “establece el requisito de la constancia por escrito para cualquier obligación mercantil de valor superior a los quinientos pesos; pero este problema de limitación de prueba no afecta a las sociedades no inscritas” (5).

De lo expuesto se infiere que el legislador de 1854 admitió expresamente la existencia de sociedades regulares o de derecho y aceptó en forma tácita sociedades irregulares —como excepción— para proteger los intereses de terceros que contratan de buena fe.

“Sin embargo, las vicisitudes de la política hicieron efímera la vida de este Código, cuya vigencia terminó al triunfar la Revolución de Ayutla y caer el régimen Santaannista” (6).

c) Código de Comercio de 1884.

El Código del 20 de Abril de 1883 que rige a partir del 20 de julio de 1884, incluye en el capítulo referente a la “Constitución de Sociedades” los artículos 367 y 375, que son contradictorios. El contenido literal de estos artículos es el siguiente:

Artículo 367.—Todo contrato de sociedad se ha de reducir á escritura pública; el que no se estipule bajo esta forma no producirá ningún efecto mercantil, ni quedará bajo la garantía de este código; no pudiendo por lo mismo ejercitarse acción alguna, no oponerse excepción que nazca de él.

(5) Rodríguez Rodríguez, Ob. Cit., Pág. 157.

(6) Mantilla Molina, Ob. Cit., Pág. 15.

Artículo 375.—Si el contrato de compañía, no obstante estar suscrito por los socios, fuere nulo por falta de algún requisito ó solemnidad, o por adolecer de algún vicio, se tendrá por subsistente para sólo el efecto de obligar a los contratantes á extenderlo en debida forma, llenado el requisito omitido ó subsanado el vicio en que se hubiese incurrido.

El primero de los preceptos sólo admite sociedades que consten en escritura pública, dejando sin acción a los terceros de buena fe que contrataron con ellas, ya que las sociedades que no cumplan con dicho requisito, son inexistentes y por lo tanto no producirán efectos, por lo mismo no podrá ejercitarse acción u oponerse excepción.

Según el artículo 375, la sociedad produce cuando menos ciertos efectos entre los socios, siempre que se cumplan con los requisitos y solemnidades omitidas. Por lo tanto, si el artículo que se comenta sanciona con nulidad a tales sociedades, éstas producen efectos a partir de su declaración y no con relación a las operaciones que la sociedad haya realizado con anterioridad, es decir, existe el reconocimiento de las sociedades irregulares en forma incipiente por lo que se refiere a los socios; en tanto se subsane el vicio de que adolezcan, serán válidas. La anterior afirmación la comprobamos al analizar en el capítulo "Del Registro de Documentos", el contenido del artículo 45: "Los secretarios de los juzgados que deban conocer de los negocios de comercio, llevarán un libro, en el cual por orden de números y rechas, se tomará razón de los siguientes documentos: . . . 5o. De formación, alteración o disolución de sociedades mercantiles, así como del ingreso ó salida de algún socio, ó nuevos nombramientos ó remoción de los que tengan algún cargo en la sociedad".

En este precepto se estipula que además de constar en instrumento público deben estar inscritas en el Libro que al efecto llevan los secretarios de juzgados; insistimos en la irregularidad de la sociedad no inscrita, por no haber artículo que hable de la sanción por falta de este requisito.

d) Código Civil de 1884.

El Código Civil de 1884 supletorio del de Comercio del mismo año, rige las sociedades a que nos referimos según se infiere del artículo 2222: "Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, cada socio tendrá en todo tiempo la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y que se le devuelvan las cosas que haya llevado". Los presupuestos de aplicación del citado artículo son dos, a saber: a) Si se forma de hecho una sociedad, con los elementos materiales de esta figura jurídica: formación de un patrimonio común por la combinación de esfuerzos o recursos, un verdadero **affectio societatis**, esto es, (ánimo de estar en sociedad; de "colaboración en una actividad económica común" (7), "la vinculación recíproca de las partes para la realización de un fin común . . . necesidad de aportaciones de los socios, y la vocación a las ganancias y a las pérdidas" (8); con objeto de repartirse las ganancias que resulten del ejercicio de la actividad social: obtención del lucro si se trata de una sociedad mercantil, fin preponderantemente económico que no constituya una especulación comercial si se trata de una sociedad civil, por tanto, el primer requisito para que se aplique dicho artículo es positivo: existencia de hecho de una sociedad; y b) La condición **sine qua non** para que la sociedad no pueda subsistir legalmente es que debe presentar algún vicio, interno o externo; por ejemplo: sociedades que carecen de forma legal, o la tienen pero viciada y las que tienen objeto ilícito.

(7) Uría Rodrigo, Derecho Mercantil, Pág. 94, Madrid 1958.

(8) Mantilla Molina, Ob. Cit., Pág. 177.

"Combinar sus esfuerzos bajo un pie de igualdad para alcanzar el fin propuesto" (9).

"Intención común de todos los contratantes de reunir sus esfuerzos en vista de un fin común" (10).

(9) Arce Fernando G., De la Intervención Judicial y del Ministerio Público en la Tramitación del Registro de las Escrituras Constitutivas de Sociedades Mercantiles, Pág. 290, Editorial Jus, México 1947.

(10) Pic Paul, Des Sociétés Commerciales, Tomo I, Pág. 81, París 1848, Editorial Rousseau.

Consecuencia de lo anterior es que los socios tendrán en todo tiempo la facultad de pedir: 1.—Que se liquiden las operaciones anteriores, y toda vez que no dispone nada el artículo de referencia acerca de las normas a seguir para liquidar las operaciones realizadas, habrán de tomarse en cuenta las reglas de los estatutos sociales, ya que no se dice que éstos quedarán sin efecto por el hecho de que la sociedad no pueda subsistir legalmente y 2.—Que se le devuelvan las cosas que haya llevado, con la condición de que verificada la liquidación, aún subsistan dichas aportaciones.

La base de la acción de liquidación es el artículo 2222 del Código citado, que establece en realidad un régimen de excepción a las reglas generales sobre la nulidad de los actos jurídicos. Interpretando en debida forma la disposición llegamos a las siguientes conclusiones:

1o.—Sólo se concede la acción a los miembros de la sociedad.

2o.—No es susceptible de extinguirse la acción por prescripción no fundando esta solución únicamente en que el legislador dispuso que los socios pueden pedir la liquidación en todo tiempo, sino además, en la consideración de que las sociedades de hecho constituyen una situación anormal de peligro para los terceros, que debe desaparecer, y no afirmarse en el comercio jurídico por el transcurso del tiempo, que haría, de esta suerte, inválidas las disposiciones del legislador sobre la forma de las sociedades.

3o.—La ineficacia de la sociedad puede extinguirse por confirmación. En efecto, si la sociedad de hecho se confirma, subsanándose los vicios de que estaba afectada, ya no estará en la hipótesis de no poder subsistir legalmente, y es preferible que siga viviendo a que se liquide ya que en algunos casos se tratará de un ente que representa un valor económico de consideración.

4o.—Finalmente, los terceros que contratan con la sociedad de hecho, encuentran claramente definida su situación en el artículo 97, del ordenamiento mencionado, en el cual se establece que: “La falta de escritura ó de los requi-

sitos que debe contener para su validez, no podrá alegarse como excepción contra un tercero que hubiese contratado con la sociedad". En tal virtud el tercero puede considerar a la sociedad de hecho como si fuera enteramente regular, para no perjudicarse por causas ajenas a su intervención, y por otra parte, que los socios no puedan conformarse a una situación creada por su negligencia ó dolo.

e) Proyecto de Código de Comercio de la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo de 1929.

Hacia el año 1929 la Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo elaboró el proyecto del Código de Comercio, que sigue los lineamientos formalistas de los anteriores. En la Sección Segunda de las inscripciones el artículo 208 en su parte relativa dice: "Deberán inscribirse en el Registro:

V.—Los contratos constitutivos y estatutos de las sociedades de comercio, y los demás documentos de las mismas cuyo registro prevenga este código". En el Capítulo de "La Sociedad Nula y la Sociedad de Hecho", el artículo 665 dispone que: "La omisión de la forma escrita, la del instrumento público en su caso, la de cualquiera de los requisitos que señala el artículo que antecede, ó la ilicitud del objeto de la sociedad, harán que ésta se considere de hecho y se registrará por lo que dispone el capítulo IX de este título".

El artículo 981, primero del Capítulo IX, considera de hecho las sociedades que tengan objeto ilícito ó ejecuten habitualmente actos ilícitos; las que no observen la forma legal o no reúnan los requisitos exigidos para la constitución de sociedades; o bien, cuando extinguidos por la constitución de sociedades, o por la expiración del término fijado para su duración, continúen en unión. Es decir, que como se asienta en la Fracción IX de dicho artículo la sociedad es de hecho "cuando no satisfagan los requisitos que este código establece para la regular constitución y funcionamiento de la sociedad", situación que acepta la existencia de sociedades irregulares.

Las sociedades con objeto ilícito se consideran nulas, estableciéndose un régimen para las mismas en los artículos 948 y 990, exactamente igual al que más adelante veremos adoptó nuestra actual Ley General de Sociedades Mercantiles, que indudablemente se inspiró en este proyecto.

En el artículo 985 se establece la posibilidad de que los socios regularicen las sociedades de hecho que no tengan objeto ilícito, por medio del cumplimiento de los requisitos omitidos; pero para evitar la continuación del estado de irregularidad, en el artículo 986 se concede a los socios, acreedores y terceros interesados, acción para que la autoridad judicial pronuncie resolución, dando un plazo de tres meses a la sociedad para que subsane su irregularidad, sancionándose la rebeldía al cumplimiento de esa resolución en el artículo 987 en el que se dispone que en ese caso se decretará la disolución de la sociedad y se pondrá en liquidación.

En cuanto al régimen interno y externo de la sociedad irregular, nos encontramos con disposiciones claras, contenidas en los artículos 988 y 989, ya que se dice que antes de que se decreta la disolución de la sociedad ésta producirá todos sus efectos, es decir, que se considerará como si fuera una sociedad regular con todas sus consecuencias, personalidad jurídica, liquidación conforme a los estatutos sociales, etc. Y en cuanto al aspecto externo, es decir, a las relaciones con los terceros, la sociedad se regirá "por las reglas que correspondan a la especie de sociedad que constituiría, si fuese regular, o a la forma bajo la cual se haya presentado ante los terceros".

En estas condiciones, la exteriorización por falta de publicidad, se regula por la apariencia jurídica y para el régimen interno según el tipo de sociedad que se pretendía formar.

Nos atrevemos a criticar el proyecto que se comenta, por la amplitud con que acepta los casos de irregularidad, con lógica indiscutible, para protección de los terceros que contratan con esas sociedades; y el criterio de aplicar los estatutos del tipo de sociedad que se pretende formar, en la

regulación de sus actuaciones interiores, con respecto a los socios.

El proyecto en cuestión, es la pauta directriz de los principios que actualmente consagra la Ley General de Sociedades Mercantiles.

f) Código de Comercio de 1890.

En 1889 se promulgó en la República el actual Código de Comercio, que a partir del 1o. de enero de 1890 se encuentra en vigor no obstante abrogado en materia de sociedades por la Ley General de Sociedades Mercantiles que fue publicada en el Diario Oficial del 4 de octubre de 1934.

El sistema formalista de este cuerpo de leyes como los ya analizados, establece formas determinadas en la constitución de sociedades; pero en este código, como en los anteriores, sus redactores adoptaron la cómoda posición de ignorar a las sociedades irregulares, sin embargo, un examen de su articulado nos demuestra que sí reconoció a éstas.

El artículo 93 textualmente dice: "Todo contrato de sociedad ha de constar en escritura pública: el que se estipule entre los socios, bajo otra forma, no producirá ningún efecto legal". Aquí prevalece el criterio de la inexistencia.

Por otra parte, el legislador de 1890 salvaguardó los derechos de terceros según se infiere de los siguientes artículos:

Artículo 16.—Todos los comerciantes, por el hecho de serlo, están obligados: ...II.—A la inscripción en el Registro Público de Comercio, de los documentos cuyo tenor y autenticidad deben hacerse notorios.

Indiscutiblemente, el documento más importante en materia de comerciantes sociales es la escritura constitutiva de sociedad, y posteriormente, las modificaciones que a la misma se efectúen.

-Artículo 19.—La inscripción ó matrícula en el Registro Mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio, y obligatorio para todas las sociedades mercantiles y para los buques. Los primeros quedarán matriculados de oficio al inscribir cualquier documento cuyo registro sea necesario.

En este precepto es obligatorio para todas las escrituras constitutivas de sociedades mercantiles su inscripción en el registro, y la sanción a la falta del mismo, se encuentra en la primera parte del artículo 26: "Los documentos que conforme a este Código deben registrarse y no se registran, sólo producirán efecto entre los que los otorgan, pero no podrán producir perjuicio á tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables. A pesar de la omisión del Registro Mercantil producirán efecto contra tercero los documentos que se refieren á bienes inmuebles y derechos reales, siempre que hubiesen sido registrados, conforme a la ley común, en el Registro de la Propiedad ó en el oficio de hipotecas correspondiente".

A continuación el artículo 29 dispone que los documentos que deban inscribirse, surtirán efectos a partir de la fecha de su inscripción en el registro.

Más adelante el artículo 95 nos habla de los requisitos que debe contener la sociedad y por último el artículo 96 sanciona con nulidad la falta de alguno de ellos, cuando así lo solicite cualesquiera de los socios.

Artículo 96.—La omisión de alguno de los requisitos prescritos en el artículo anterior es causa de nulidad del pacto social, la que se declarará a pedimento de cualquiera de los socios.

Interpretando estrictamente la disposición citada, se concluye que dichas sociedades son nulas, lo que origina una especie de sociedad irregular en esta legislación, ya que durante el procedimiento y en tanto se declare la nulidad por parte del tribunal competente, la sociedad funciona plenamente y produce por lo mismo los efectos derivados de su actuación.

g) Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934.

El Código de Comercio de 1890, reglamentó hasta 1934 el capítulo "De las Sociedades Mercantiles", que con fecha 28 de julio del mismo año derogó el capítulo anterior, para publicar en su lugar la actual Ley General de Sociedades Mercantiles en el Diario Oficial del 4 de agosto del citado año.

En este cuerpo de leyes, como en los anteriores, existe la obligación de que las sociedades mercantiles consten en escritura pública, sanciones a las sociedades con fin ilícito, etc.; situaciones que no constituyen ninguna novedad jurídica.

Sin embargo, lo más notable es el reconocimiento expreso de la existencia de sociedades irregulares, disminuyendo en forma considerable el problema de esta institución, que en las codificaciones citadas anteriormente no se consideró.

En la exposición de Motivos de la Ley que se comenta encontramos la primera referencia a las sociedades irregulares: "...La difícil cuestión de las sociedades que de hecho se han formado e intervenido en el comercio jurídico sin acatar los preceptos del Código... el Ejecutivo ha creído que ese difícil problema de las sociedades de hecho o irregulares, puede desaparecer...".

En el propio ordenamiento, el artículo 2o. párrafos tercero, cuarto y quinto, se refieren a las sociedades, objeto del presente estudio.

Son dos requisitos, que a continuación se exponen, los que reducen en la actualidad la proliferación de las sociedades irregulares. Por una parte el control judicial, con la intervención del Ministerio Público, encargado éste de revisar la escritura constitutiva de la sociedad, estudia el documento, emite fallo y ordena la inscripción en el Registro Público de Comercio. En estas condiciones es difícil

que los Agentes de Ministerio Público pasen por alto el incumplimiento de lo prescrito en el artículo 6o. LGSM., y la imposibilidad de anular la sociedad inscrita, con una excepción: ilicitud en el objeto, situación que creemos un tanto difícil, en virtud de que con antelación debe solicitarse el permiso que otorga la Secretaría de Relaciones Exteriores, y obtenido éste, la constitución ante Notario Público; por lo tanto, es difícil que la mencionada ilicitud pase inadvertida a ambas autoridades.

CAPITULO II

- 1.—CONCEPTO GENERAL DEL CONTRATO.
- 2.—ELEMENTOS DEL CONTRATO:
 - a) Consentimiento;
 - b) Objeto;
 - c) Capacidad;
 - d) Forma.
- 3.—CONTRATO DE SOCIEDAD:
 - e) Origen Histórico;
 - f) Naturaleza Jurídica del Contrato de Sociedad.
- 4.—FORMALIDADES CONSTITUTIVAS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL EN EL DERECHO POSITIVO:
 - g) Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores;
 - h) Constitución Notarial;
 - i) Intervención Judicial;
 - j) Inscripción Registral;
 - k) Eficacia de la Inscripción respecto de la Sociedad Inscrita;
 - l) Vida Social Interna.

1.—CONCEPTO GENERAL DE CONTRATO.

La etimología de la palabra contrato es “venir en uno”, “ligarse”, de las voces latinas **cum** y **traho**: **contractus**.

El Diccionario Hispánico Universal define el contrato “como pacto o convenio entre partes sobre una cosa a cuyo cumplimiento pueden ser compelidos” y al convenio como a “un ajuste, convención ó concierto entre las voluntades de dos o más personas sobre una cosa determinada”.

El romanista Petit (11) dice que la sociedad es un “contrato por el cual dos o más personas se comprometen a poner ciertas cosas en común para sacar de ellas una utilidad apreciable en dinero” o como el contrato “por el cual dos o más personas ponían en común determinados objetos o sus energías, o una combinación de objetos y energía, para dedicarse a determinadas actividades, no necesariamente económicas, y repartirse los resultados” (12).

Clemente de Diego escribe: (13) “La palabra contrato viene de **contractus**, y ésta de **contraho** (**cum** y **traho**), venir en uno, ligarse; representa el punto en que coinciden varias personas ó entidades, una expresión de la voluntad conforme de varias sobre algún asunto, y en tal respecto,

-
- (11) Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Pág. 405, Editora Nacional, S. A., México, D. F.
 - (12) Floris Margadant Guillermo, El Derecho Privado Romano, Pág. 408, Editorial Esfinge, México 1960.
 - (13) Clemente de Diego Felipe, Instituciones de Derecho Civil, Pág. 88, Lección 48, Tomo II, Madrid 1959.

una conversación (**venirse cum**, venir en compañía, ir juntos)” y agrega que la sociedad en el Derecho Natural “existe allí donde varios hombres con medios que ponen en común pretenden conseguir un fin común también”.

En cuanto a la convención, la definición de Planiol y Ripert (14) es la siguiente: “es el acuerdo de dos o más personas en cuanto a un objeto de interés jurídico”. Las convenciones pueden tener como finalidad crear, probar, modificar, o extinguir obligaciones dándose la denominación de contrato a las convenciones que son creadoras de obligaciones, lo que se aprecia en la definición de contrato que nos da el artículo 1101 del Código Francés: “El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan con respecto a otros, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

Colín y Capitant (15) nos indican que “el contrato o convenio es un acuerdo de voluntades en vista de producir efectos jurídicos”.

El contrato es la más importante de las fuentes de las obligaciones, la cual puede definirse de acuerdo con Planiol (16) como “el vínculo de Derecho por el cual una persona está sujeta para con otro a hacer o no hacer una cosa”. Tenemos que las relaciones entre los hombres generalmente se refieren a la idea de obligación, las que antiguamente se presentaban como accesorios de la teoría de los contratos.

Kelsen (17) para referirse tanto al contrato como al tratado, utiliza como término común la palabra “convenio”, indicando que “de acuerdo con la definición tradicional, convención es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos tendientes a producir un efecto jurídico, es decir, a crear o extinguir una obligación y el derecho subjetivo correspondiente” y agrega que la teoría tradicional únicamen-

(14) Planiol Marcelo y Ripert Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Pág. 23, Tomo VI., Editorial Cultura, S. A., Habana, Cuba 1946.

(15) Citados por Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Pág. 89, Tomo I, Editorial Porrúa 1953.

(16) Citado por Borja, Ob. Cit., Pág. 89.

(17) Kelsen Hans, El Contrato y el Tratado, Imprenta Universitaria, 1946.

te ve en la convención un acto jurídico porque lo considera solamente desde el punto de vista de la aplicación.

Para Rojina Villegas, (18) contrato "es el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones". Se entiende por contrato, escribe Gutiérrez y González (19), "el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones".

El Código Civil actual expresa en su artículo 1792 que "el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar ó extinguir obligaciones" y en el 1793 indica que "los convenios que producen ó transfieren las obligaciones ó derechos toman el nombre de contrato".

Nuestro Código Civil en vigor, señala como fuentes de las obligaciones: el contrato, la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocio, los actos ilícitos y el riesgo profesional.

El contrato que es en el presente caso, la fuente de obligaciones que nos interesa, debemos estudiarlo tanto desde el punto de vista de fuente de obligaciones de los contratantes frente a terceros y por otra parte como una norma de observancia **inter partes** que tienen como único límite, la de no contravenir una norma de carácter público o contra las buenas costumbres.

El Código Civil en su artículo 1794 señala que para la existencia de un contrato se requiere consentimiento y objeto que pueda ser materia del mismo. El artículo 1831 del referido código determina la necesidad de que el motivo o fin sea lícito, y el artículo 1795 preceptúa la invalidez de un contrato por ilicitud del fin. La forma puede agregarse como elemento, teniendo en cuenta lo dispuesto en la LGSM que parece conceder importancia esencial a este requisito y por la fracción IV del artículo 1831 del Código Civil. "Aunque según la definición de Pothier y la teoría del Derecho

(18) Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Pág. 9, Tomo VI, Volumen I.

(19) Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Pág. 114, Editorial Cajica.

Romano, el contrato de sociedad se consideraba como consensual y la escritura pública o privada se tendría como simple prueba y no como requisito esencial de su existencia, los Códigos de Comercio modernos exigen en él, como veremos más adelante, el otorgamiento de escritura pública como requisito esencial" (20).

2.—ELEMENTOS DEL CONTRATO:

- a) Consentimiento.—La palabra consentimiento presupone un acuerdo de voluntades.

El vocablo proviene de las palabras latinas *sentire* y *cum*, sentir juntos, querer la misma cosa.

El maestro Borja Soriano (21) dice que "el consentimiento es el elemento esencial del contrato. Consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior".

Bonnecase (22) escribe que "el consentimiento es el acuerdo de voluntades constitutivo del contrato".

Dos personas, por tanto, dos voluntades, son necesarias, por lo menos para que haya consentimiento y, por ende, contrato. Pero el contrato puede existir entre un mayor número de personas, como lo demuestran las sociedades mercantiles.

La formación del consentimiento es más o menos la siguiente: una persona propone a otra la celebración de un contrato, lo cual se ha dado en llamar proposición u oferta; surge la discusión entre ambos contratantes hasta llegar al acuerdo de las voluntades que se traduce en la aceptación, o sea la manifestación de voluntad de la persona a quien se

(20) Moreno Cora Silvestre, Tratado de Derecho Mercantil Mexicano, Págs. 179 y 180, Editorial Herrero, México 1905.

(21) Ob. Cit., Pág. 141.

(22) Bonnecase Julien, Elementos del Derecho Civil, Pág. 287 núm. 261, Tomo II, Editorial M. Cajica Jr.

hizo la oferta, y que al concurrir en el acto perfecciona el consentimiento.

b) **Objeto.**—El objeto es otro de los elementos esenciales del contrato.

Al estudiar este elemento en los contratos, hay que hacer notar la confusión respecto a lo que nuestra ley considera como tal. El maestro Rojina Villegas (23) acertadamente lo hace notar al decir: “la terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje ha confundido, principalmente en los Códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato”.

Comprobaremos lo anterior con el análisis que de la ley haremos.

La fracción II del artículo 1794, establece que para la existencia del contrato se requiere un objeto que pueda ser materia del mismo. Sin embargo, el propio ordenamiento en su artículo 1824 dice: “son objeto de los contratos: I.—La cosa que el obligado debe dar. II.—El hecho de que el obligado debe hacer o no hacer”. Esto demuestra que el sentido que de objeto del contrato debe tenerse es precisamente la creación y transmisión de derechos y obligaciones, y lo previsto por el artículo 1824 es el objeto de la obligación, o sea que la primera fracción atiende a la causa y la segunda al efecto, ya que el contrato debe contener elementos puramente conceptuales, jurídicamente; o sea que la cosa o el hecho materiales en su esencia, no pueden ser parte del contrato, cuyo objeto debe ser conceptual y no material.

Castán Tobeñas (24) ha dicho: “objeto inmediato del contrato es en realidad, la obligación que por él se constituye; pero como ésta a su vez, tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, se llama ordinariamente el objeto del contrato a las cosas o a los servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o de hacer”.

(23) Rojina Villegas Rafael, Teoría General de las Obligaciones de Crédito, Pág. 374, Ediciones Encuadernables, El Nacional, México 1943.

(24) Castán Tobeñas José, Derecho Civil Común y Foral, Pág. 341, Tomo III.

c) **Capacidad.**—La capacidad en los contratos es un elemento de validez. Borja Soriano (25) la define en la siguiente forma: “La capacidad jurídica es la actitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer. Hay pues dos especies de capacidad o más bien dos grados de capacidad: La capacidad de goce y la capacidad de ejercicio”. La primera es la actitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones; la de ejercicio es la actitud del sujeto para hacer valer sus derechos y contraer obligaciones. A esta clase de capacidad es a la que se refiere el Código Civil para determinar la validez de los contratos, ya que la capacidad de ejercicio supone a la de goce, en virtud de que esta última la tiene el sujeto desde que se le reconoce la personalidad jurídica a que se refiere el artículo 22: “La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

d) **Forma.**—Los contratos desde el punto de vista de la forma, se clasifican en formales, consensuales y solemnes.

El contrato consensual es aquél que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste en alguna forma determinada por la ley, sino que deja en absoluta libertad a las partes contratantes, para que éstas manifiesten su voluntad en la forma que quieran. En nuestro derecho podemos decir que rige el principio de la consensualidad y, excepcionalmente, se exige determinada forma para algunos contratos.

Art. 1796.—Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

(25) Ob. Cit., Pág. 274.

Art 1832.—En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley.

El contrato formal exige para su validez que el consentimiento se manifieste en determinada manera exigida por la Ley, con la sanción de que si ésta no se observa, el acto jurídico existirá pero se encontrará afectado de nulidad relativa. En nuestro derecho, se exige que el consentimiento en ciertos contratos se manifieste en la forma escrita, pudiendo constar en documento público o privado.

Artículo 1833.—Cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

Contrato solemne es aquél en que la ley exige que el consentimiento se externe en cierto modo, exigido por la misma y en el cual la forma es elevada por la ley al rango de un elemento esencial del contrato, con la sanción de inexistencia en caso de no observarse, en otras palabras el acto jurídico como tal no llegaría a tener vida jurídica.

Los elementos analizados son recogidos por el Código Civil en su artículo 2688: "Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin de carácter preponderantemente económico, pero que no constituye una especulación comercial". Esta definición se refiere a la sociedad civil que en esencia tiene los mismos elementos que la mercantil, sólo que según el criterio adoptado por dicho Código, sería mercantil aquella sociedad cuyo objeto constituya una especulación comercial el cual ha sido abolido por la LGSM, al establecer como criterio de distinción entre ambas clases de sociedades, no su objeto sino su forma.

Independientemente de lo anterior, existe otro elemento específico del contrato de sociedad, que consigna la LGSM

como requisito indispensable para la constitución legal de las sociedades: un objeto de explotación lícito y determinado, que no hay que confundir con el objeto mismo del contrato de sociedad. Para realizar el fin social que es la obtención de beneficios de carácter económico es indispensable destinar los bienes aportados a una explotación determinada.

El objeto de explotación ha de ser además determinado, ya que las personas morales deben su existencia a disposición expresa de la ley; es ésta la que determina la capacidad, lo que comprobamos en la lectura del artículo 26 del Código Civil; "Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución". Por lo tanto, si no está determinado ese objeto de explotación no se sabrá cual es la capacidad de la sociedad y si un acto ejecutado por la misma, es válido o no. Además, considerando que las personas morales manifiestan su voluntad, es decir, ejercitan su capacidad por medio de sus representantes, encontramos en la LGSM el mismo principio, pues el artículo 10 establece que la representación de toda sociedad mercantil corresponde a su administrador o administradores, quienes podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto de la sociedad, salvo lo que expresamente establezca la ley y el contrato social.

Un objeto determinado de explotación es pues un elemento sin el cual no puede vivir una sociedad, tanto porque sin él no se concibe su fin, que por definición no se limita a la constitución de un patrimonio común, sino a la obtención de utilidades mediante la explotación de ese patrimonio, cuanto porque sin él no es posible determinar la capacidad, no ya de los administradores, sino de la sociedad misma.

3.—CONTRATO DE SOCIEDAD.

El estudio del contrato de sociedad reviste una marcada importancia, en virtud de que las exigencias de la vida moderna hacen imperativa la unión de esfuerzos y recursos para el logro de finalidades que sólo por este medio pueden

alcanzarse; la utilidad de este contrato consiste en que acude en auxilio de los individuos, cuya acción aislada es mucho menos enérgica y eficaz que cuando se practica colectivamente.

El contrato de sociedad concentra los esfuerzos, multiplica los recursos, aleja las pérdidas, disminuye los gastos, aumenta las ganancias y es la unidad más poderosa del comercio humano.

Estimamos desde luego que esta institución es de naturaleza contractual, con las peculiaridades que señala Rodríguez Rodríguez, al considerarlo como un contrato con características especiales, en virtud de que las prestaciones a que se obligan las partes tienen el mismo contenido y son cumplidas en la misma dirección, para una finalidad común.

e) Origen Histórico.

Con respeto a la sociedad anónima, se dividen las opiniones al tratar de sus orígenes; una los sitúa en las sociedades vectigales —*vectigalium*— romanas (26); otras, en las sociedades molineras que existieron en Tolosa en el siglo XII, y no falta quien sostenga que es el Banco de San Jorge, fundado en Génova en el siglo XV el origen de las sociedades por acciones. Finalmente, otros autores, sobre todo los ingleses, refieren el origen de estas sociedades a la compañía de comerciantes aventureros, organizada por los comerciantes de Londres a fines del siglo XV, para buscar por el Norte un camino a la India.

Mantilla Molina (27) escribe que los tratadistas Fisher, Garrigues y Thaller, sostienen que “surge verdaderamente la sociedad anónima cuando se intentan grandes empresas de descubrimiento y colonización de nuevas tierras, y para ello se organizan la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (1602), la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales (1621), la Compañía Sueca Meridional

(26) Petit, Ob. Cit., Pág. 409.

(27) Ob. Cit., Pág. 336, Núm. 452.

(1626), etc., que no solamente perseguían finalidades económicas sino políticas. En estas sociedades es en las que se origina la estructura de la actual sociedad anónima, que tan importante papel desempeña en la economía contemporánea”.

Conviene precisar que las compañías colonizadoras de las Indias no eran propiamente sociedades anónimas sino sus antecedentes históricos, ya que para llegar a la moderna sociedad anónima, tal como nos la presenta actualmente el Derecho Mercantil, fue necesaria una lenta evolución desde su origen, evolución que, como hace notar Barrera Graf (28), “siempre va aparejada e influida por la propia evolución y estructura del propio Estado”.

El Estado entra a tomar parte en el régimen de las sociedades a través de la obligada concesión. Para que pudieran funcionar necesitaban el **octroi**, o sea la autorización del Estado. Entonces nos dice Fisher (29): “La idea que preside la Constitución política del estado autorizante se reflejará también en la estructura del régimen de las Compañías”. Esta concesión era la que confería personalidad a las compañías y establecía sus derechos y obligaciones.

En aquel tiempo no todo el mundo podía ejercer libremente la industria, y la concesión de una actividad comercial otorgaba privilegios que facilitaban la ejecución de grandes empresas coloniales y así se les concedía a las compañías toda una serie de derechos de soberanía.

Las sociedades anónimas van evolucionando y es a partir del siglo XIX con el triunfo de los principios del liberalismo económico que se introducen en la ley francesa de 1867, la que contiene un ordenamiento completo sobre sociedades anónimas.

“La más antigua sociedad mexicana a la cual cabe con-

(28) Barrera Graf Jorge, Evolución de las Sociedades Anónimas en Derecho Mexicano, pág. 7, Boletín del Instituto de Derecho Comparado, México 1961.

(29) Fisher Rodolfo, Las Sociedades Anónimas, Su Régimen Jurídico, Pág. 32, Editorial Reus, S. A. Madrid, 1934.

siderar como anónima, es, a lo que tengo noticia, una compañía de seguros marítimos que en el mes de enero de 1789 comenzó sus operaciones en Veracruz, con un capital de \$ 239,000.00, formado por cuarenta y seis acciones, de cinco mil pesos, y con duración de cinco años. En 9 de julio de 1802 se constituyó la Compañía de Seguros Marítimos de Nueva España, a la que indudablemente puede considerarse como una sociedad anónima, ya que su capital, de cuatrocientos mil pesos, estaba dividido en ochenta acciones; los socios sólo eran responsables de la integración del capital social y sus acciones eran transmisibles.

En el México independiente encontramos referencia a sociedades que cabe considerar como anónimas, en las concesiones para explotar vías férreas, y también en la otorgada para establecer una vía a través del Istmo de Tehuantepec. La primera regulación legal de ellas se encuentra en el Código Lares, aun cuando puede inferirse la poca importancia que para entonces (1854) habían alcanzado, del hecho de que sólo se consagran a ellas diez artículos (del 242 al 251); bien es verdad que tampoco los códigos europeos que en aquella época regían eran mucho más minuciosos para establecer el régimen legal de la anónima. Ya en el Código de 1884 se consagran buen número de preceptos a la sociedad anónima, que fue objeto de una ley especial en 1889, pronto derogada por el Código del mismo año, que reguló la materia de las sociedades hasta que entró en vigor la Ley General de Sociedades Mercantiles" (30).

La sociedad colectiva ya se encuentra desarrollada, con principios semejantes a los actuales, alrededor del siglo XIII. Es una sociedad de origen familiar, resultado de la transformación de las empresas artesanales individuales en sociedades basadas en el trabajo de los hijos de los artesanos o la cooperación de los antiguos oficiales ascendidos a maestros.

(30) Mantilla Molina, Ob. Cit., Pág. 336, Núm. 452.

Mossa (31), escribe que la sociedad en nombre colectivo es: “una germinación espontánea de la empresa, históricamente ligada a la vida familiar y a la continuidad del nombre ancestral, surgiendo naturalmente cada vez que un número restringido de personas se reúnen para el ejercicio de la empresa. La existencia de ésta, la indispensable autoridad para cumplir fines, la voluntad común organizada por ella, hacen indispensable la existencia de la sociedad, como podría originarla un claro contrato de sociedad”.

De la antigua *commenda*, se derivan la sociedad en comandita típica y la asociación en participación.

“Desde la ley florentina de 1408, la sociedad en comandita apareció en los estatutos de diversas sociedades italianas, de donde pasó a la ordenanza general francesa de 1673, a las Ordenanzas de Bilbao, y de ahí a los diferentes códigos de comercio, en los que ha sido reglamentada en diferentes fechas. Los Códigos de Comercio Mexicanos han reglamentado esta sociedad, de manera muy semejante a la que hoy nos ofrece la Ley General de Sociedades Mercantiles” (32).

f) Naturaleza Jurídica del Contrato de Sociedad.

“En el Dro. español (tanto civil como merc.) la sociedad es contrato, sin género alguno de duda. Como tal aparece colocado en el plan sistemático de ambos Códigos (C. C. Lib. IV y Co. Lib. II) y así la califican y la regulan (Cc. art. 1665 y sigs., Co. arts. 1116 y siguientes)” (33).

“Los contratos mercantiles, se dice en el Código de Comercio español, (art. 247), deben ejecutarse y cumplirse de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversarse el sentido propio de las palabras dichas o escritas, ni restringir sus naturales efectos” (34).

(31) Editado por Rodríguez Rodríguez Joaquín, Tratado de Sociedades Mercantiles, Pág. 246, Editorial Porrúa, S. A., México 1947.

(32) Rodríguez Rodríguez, Tratado de... Págs. 268 y 269.

(33) Langle y Rubio, Ob. Cit., Pág. 396, Núm. 40.

(34) Moreno Cora, Ob. Cit., Pág. 90.

Por su parte, Langle y Rubio (35) dice: "Según la construcción que hace nuestro Co. (arts. 116 a 119), este contrato —se refiere al de sociedad— existe cuando dos o más personas acuerdan poner en común dinero, bienes o industria, con el fin de obtener lucro realizando operaciones de comercio. En cuanto reúna los requisitos esenciales del derecho (capacidad, consentimiento, objeto y causa) será válido y obligatorio entre quienes lo celebren, cualquiera que sea su forma, condiciones y combinaciones, con tal de que éstas sean lícitas, honestas y no prohibidas expresamente por el Co."

Pothier citado por Moreno Cora (36) dice: "el contrato de sociedad es un convenio por el cual dos o más personas ponen, o se obligan a poner algo, en común, para realizar una actividad común, de la cual se obligan mutuamente a darse cuenta".

De esta definición se deduce que para que exista sociedad dos condiciones son esenciales; primero, que cada socio aporte algo; segundo, que reuniendo las diversas partes aportadas, los socios tengan por objeto realizar utilidades que deban repartirse proporcionalmente entre sí, siempre que procedan de operaciones que conforme a los principios generales de derecho sean lícitas. "Dedúcese también que por la naturaleza misma de la sociedad, cada socio debe estar expuesto por el mal éxito de los negocios, á la pérdida de la parte proporcional que le corresponda, según las estipulaciones que haya mediado" (37).

Por todas las referencias anteriores, tenemos la posibilidad de confirmar que tradicionalmente la sociedad mercantil ha sido considerada como un contrato.

La Ley General de Sociedades Mercantiles no da una definición de lo que debe entenderse por sociedad mercantil, sino que solamente (y esto es una consecuencia del sis-

(35) Ob. Cit., Pág. 395, Núm. 40.

(36) Ob. Cit., Pág. 179.

(37) Moreno Cora, Ob. Cit., Pág. 179.

tema formalista adoptado por sus redactores) nos da tipos de sociedades y estatuye que todas las que se constituyen al amparo de esas formas establecidas por la ley y llenen los requisitos por ella exigidos, serán mercantiles.

Conforme al artículo 4o. de la LGSM, "se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el artículo 1o. de esta ley"; este último precepto en su parte conducente dice así: "Esta ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles: I.—Sociedad en nombre colectivo; II.—Sociedad en comandita simple; III.—Sociedad de responsabilidad limitada; IV.—Sociedad anónima; V.—Sociedad en Comandita por acciones; y VI.—Sociedad Cooperativa..."; consideramos que en este artículo se consagra el criterio formal, al establecer de manera clara y precisa las clases de sociedades que se consideran mercantiles, pues el enumerarlas en forma limitativa, significa que las que no fueren mencionadas, no son reconocidas como tales.

Los elementos específicos del contrato de sociedad mercantil son los siguientes: 1o.—Aportación de los socios; 2o.—Intención de realizar beneficios; 3o.—Reparto de utilidades entre los socios y contribución de éstos en las pérdidas y 4o.—**Affectio societatis**.

Los elementos anteriores son aceptados por los tratadistas que a continuación se citan. Bonnacase (38) dice lo siguiente: "...se encuentran tres elementos en la definición del contrato de sociedad: 1o.—Una cosa puesta en común, es decir, una aportación social efectuada por cada uno de los socios; 2o.—Beneficios que realizar, es decir, un fin de orden económico distinguiendo esto a la sociedad de la asociación; 3o.—La división entre los socios de los beneficios y pérdidas, lo que atestigua una voluntad particular tradicionalmente denominada: **affectio societatis**".

(38) Ob. Cit., Pág. 515, Núm. 654.

Haupin y Bosvieux (39) dicen: "Del artículo 1832 del Código Civil, combinado con el artículo 1855 del mismo Código, resulta que todo contrato de sociedad presupone la reunión de cuatro elementos: 1o.—Una aportación por cada socio; 2o.—La voluntad de realizar beneficios para repartirlos; 3o.—La participación de todos los socios en los beneficios y su contribución, en caso de fracaso de los negocios sociales en las pérdidas que sufriría la sociedad; 4o.—La **affectio societatis** o la intención de formar una sociedad".

Hémard (40) establece que los caracteres específicos del contrato de sociedad son: 1o.—La constitución de un fondo común, por medio de las aportaciones de cada uno de los socios; 2o.—La participación de los socios en los beneficios realizados y su contribución en las pérdidas sufridas; 3o.—El fin de los contratantes de repartirse entre sí, en tanto que son socios, las ganancias obtenidas (**Affectio Societatis**)".

"No es necesario decir que la sola reunión de individuos no constituye la persona jurídica o social; para que ésta surja son precisas ciertas condiciones: 1o.—pluralidad de individuos; 2o.—cooperación; 3o.—organización; 4o.—capacidad patrimonial exclusiva, y 5o.—finalidad social"

"Por cierto que, hablando de estas condiciones, dice Giner y Calderón que son: 1o.—pluralidad; 2o.—vida común; 3o.—cooperación, y 4o.—organización" (41).

Los términos en que está redactada la ley nos autorizan a hablar de contrato de sociedad: artículo 7o.—"Si el contrato social..."; 26.—"Las cláusulas del contrato de

(39) Haupin C. et Bosvietex H., *Traité Général Théorique et Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales et des Associations*, Pág. 60, Tomo I, No. 29. Paris 1926, 9a. Edición.

(40) Hémard Joseph. *Theorie et Pratique des Nullités des Sociétés et des Sociétés de Fait*, Pág. 115, Núm. 119.

(41) De Benito José Lorenzo, *Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles*, Pág. 254, Núm. 19 y 21, Tomo XXIII, *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1936.

sociedad...”; 32.—“En el contrato social...”; 70.—“Cuando así lo establezca el contrato social...”

Además, en el Código de 1854, el artículo 252 hace referencia a que “el contrato de sociedad debe constar...”. El de 1884 en diversos artículos se refiere al contrato de sociedad, 367 “Todo contrato de sociedad se ha de reducir...” y 375 “Si el contrato de compañía no obstante...”.

Finalmente, acerca de la naturaleza jurídica contractual, en la doctrina Rodríguez Rodríguez (42) escribe lo siguiente: “el contrato de sociedad determina el nacimiento de una persona jurídica, supone una serie de vínculos jurídicos permanentes, que no se extinguen por el cumplimiento, sino que, por el contrario, es condición previa para el funcionamiento del contrato como tal; mientras que en los demás contratos, por regla general, las partes representan intereses contrapuestos, en los contratos de sociedad, sus intereses, contrapuestos o no están coordinados para el cumplimiento de un fin común; en los demás contratos, la inclusión de un nuevo contratante supone una modificación fundamental, en el contrato de sociedad es normal la inclusión de nuevos socios o la sustitución de los existentes, y, por último, mientras que en otros contratos el principio fundamental, impuesto por la seguridad pública, es el de la permanencia de las cláusulas estipuladas y sólo con carácter excepcional se reconoce el principio conocido con el nombre de la cláusula *rebus sic stantibus*, en el contrato de sociedad es normal la posibilidad de la modificación de todas sus cláusulas por decisión de la mayoría”.

De lo expuesto, opinamos que el contrato de sociedad no es común y corriente, ya que presenta características especiales que lo configuran como lo que la doctrina italiana se ha dado en llamar “contrato de organización”

El maestro Rodríguez Rodríguez (43) refiere que Ascarelli señala tres características que son de la esencia del contrato de organización o asociativo:

(42) Tratado de... Pág. 17.

(43) Tratado de... Págs. 22 y 23.

“1o.—Es un contrato plurilateral, en el sentido de que siendo o pudiendo ser más de dos las partes contratantes, cada una de ellas no tiene una contraparte, sino una serie de contrapartes. En el contrato de sociedad cada socio se sitúa jurídicamente no frente a otro socio, sino frente a todos y cada uno de los demás socios; por el contrario, en el contrato de cambio solamente son concebibles dos partes, aunque cada una de ellas agrupe a varios sujetos jurídicos.

2o.—En el contrato de organización, las prestaciones son atípicas. En el contrato de cambio tienen un contenido determinado. En un contrato de compraventa, de arrendamiento o de depósito basta enunciar el nombre del contrato para poder determinar jurídicamente el contenido normal de las prestaciones. En el contrato de organización y concretamente en el de sociedad, la prestación de cada uno de los socios puede ser totalmente distinta entre sí y variable su contenido tanto como le permita la gama infinita de los bienes jurídicos. Un socio puede aportar capital, otro puede aportar bienes inmuebles, otro su personal actividad, otro una patente de invención y así podríamos multiplicar los ejemplos.

3o.—En el contrato de cambio, cada parte está obligada a realizar su prestación, pero no tiene derecho a ello, mientras que en los contratos de organización las partes tienen derecho a realizar la propia prestación, puesto que éstas son el requisito indispensable para la realización del fin común”.

4.—FORMALIDADES CONSTITUTIVAS DE LA SOCIEDAD MERCANTIL EN EL DERECHO POSITIVO.

g) Permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

La problemática jurídica que plantea un estudio generalizado de las sociedades irregulares, incluye el análisis sistemático de todas las formalidades exigidas por nuestro derecho positivo.

En su constitución las sociedades mercantiles deben sujetarse en cuanto a su organización y cuando sea procedente, a las disposiciones del artículo 27 Constitucional, de la Ley Orgánica de la Fracción I de ese mismo artículo y del Reglamento de esta última, dando debido cumplimiento al artículo 6o. de la LGSM, que en su parte relativa dice: La escritura constitutiva de una sociedad deberá contener: fracción I.—Lo nombres, **nacionalidad** y domicilio de las **personas físicas o morales** que constituyan la sociedad.

En la cláusula de extranjería a que se refiere el artículo 2o. Reglamentario de la Ley Orgánica de la Fracción I del artículo 27 de nuestra Carta Magna, textualmente se lee:

“Todo extranjero que en el acto de la constitución o en cualquier tiempo ulterior, adquiera un interés o participación social en la sociedad se considerará por ese simple hecho como mexicano respecto de una y otra, y se entenderá que no conviene en invocar la protección de su gobierno, bajo la pena, en caso de faltar a su convenio, de perder dicho interés o participación social en beneficio de la Nación Mexicana”.

Lo cual implica que en virtud del convenio con el Gobierno Mexicano ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, celebrado por los socios fundadores y los futuros que ingresen a la sociedad, éstos no invocarán la protección de gobiernos extranjeros, y en caso de hacerlo, perderán por ese solo hecho su participación, en beneficio de nuestra Nación.

Se niega el permiso a la sociedad, cuando haya extranjeros, que no aceptan sujetarse a convenio con la Secretaría de Relaciones Exteriores, en que para el efecto, se considerarán nacionales, si el objeto es la obtención de inmuebles, concesiones de minas, aguas o combustibles minerales.

Cuando la finalidad es la explotación agrícola, para dar exacto cumplimiento al artículo 3o. de la ley que se cita, los socios en su mayoría deben ser mexicanos.

Sin excepción, los accionistas extranjeros de cualquier

sociedad no pueden adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas. (Artículo 1o. de dicho ordenamiento).

Los permisos se conceden con fundamento en el artículo 3o. Fracción VII de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, en los términos del multicitado artículo 27 Constitucional y sus Leyes Orgánicas y Reglamentos.

El texto del permiso se inserta íntegro en la escritura constitutiva; obtenido el permiso, si no se hace uso del mismo dentro de los 90 días hábiles siguientes a la fecha de su expedición, deja de surtir efectos.

Existe un decreto de emergencia del 29 de junio de 1944, publicado en el Diario Oficial del 7 de julio del mismo año, que impone la obligación de solicitar el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en la constitución de toda sociedad que tenga o pueda, esto es en lo futuro, contar socios extranjeros, con objeto de otorgar a la propia Secretaría el arbitrio que debe imperar con respecto al capital, cuyo 51% debe ser aportado por nacionales.

Actualmente estas disposiciones de emergencia dictadas con motivo del estado de guerra imperante en esa época, son de dudosa constitucionalidad.

De lo expuesto, opinamos que la finalidad primordial de los permisos es controlar nuestra economía en favor de los nacionales, o como escribe Mantilla Molina: "La Secretaría de Relaciones Exteriores tiene predeterminadas las finalidades sociales para las que exige que la mayoría del capital esté poseído por mexicanos" (44), por lo que consideramos que esa legislación de emergencia lejos de derogarse, debería ser regularizada constitucionalmente.

h) Constitución Notarial.

Se procede a la constitución notarial del contrato de sociedad —una de las dos formalidades a que se refieren

(44) Ob. Cit., Pág. 225.

diversos preceptos legales— una vez obtenido el permiso a que nos referimos en el párrafo precedente.

El artículo 50. de la LGSM establece:

“Las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones”.

Así vemos que, el instrumento público notarial es el molde en que la voluntad, substancia del acto, se funde, adquiere un sentido como contenido visible, mediante el cual pueden los terceros reconocerla, y por lo tanto prever sus alcances y consecuencias.

La finalidad del instrumento es dar forma al acto, constituir el derecho, es decir que las escrituras se otorgan para que lo que se hace por ellas, pueda ser probado, pero siempre como consecuencia de la existencia del derecho ya contenido en el contrato de sociedad.

El artículo 70. de la Ley de la materia de sociedades llama escritura constitutiva a la redactada ante notario para el otorgamiento de un contrato de sociedad y presupone la redacción ante la fe de Notario Público, para que pueda considerarse constituida.

Dos son —escribe Pacchioni— (45) los elementos constitutivos de todas las personas jurídicas: un fin que alcanzar, que es, por decirlo así, el cuerpo. El fin consiste siempre “en la tutela o incremento de un interés colectivo, y los medios, están “constituídos o por personas o por bienes”.

Los requisitos que la ley exige en la escritura constitutiva de una sociedad se encuentran enumerados en el artículo 60.:

I.—Los nombres, nacionalidad y domicilio de las personas físicas o morales que constituyan la sociedad;

II.—El objeto de la sociedad;

(45) Citado por Traviesas M. Miguel, Revista de Derecho Privado, Pág. 202, Núm. 6, Tomo VIII, Madrid 1921.

- III.—Su razón social o denominación;
- IV.—Su duración;
- V.—Su importe del capital social;
- VI.—La expresión de lo que cada socio aporte en dinero o en otros bienes; el valor atribuido a éstos y el criterio seguido para su valorización.
Cuando el capital sea variable, así se expresará, indicándose el mínimo que se fije.
- VII.—El domicilio de la sociedad;
- VIII.—La manera conforme a la cual haya de administrarse la sociedad y las facultades de los administradores;
- IX.—El nombramiento de los administradores y la designación de los que han de llevar la firma social;
- X.—La manera de hacer la distribución de las utilidades y pérdidas entre los miembros de la sociedad;
- XI.—El importe del fondo de reserva;
- XII.—Los casos en que la sociedad haya de disolverse anticipadamente, y
- XIII.—Las bases para practicar la liquidación de la sociedad y el modo de proceder a la elección de los liquidadores, cuando no hayan sido designados anticipadamente. Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establecen en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma”.

A continuación el artículo 80. establece:

“En caso de que se omitan los requisitos que señalan las fracciones VIII a XIII, inclusive, del artículo 60. se aplicarán las disposiciones relativas de esta ley”,

por lo que se concluye que sólo los requisitos contenidos en las primeras siete fracciones del citado artículo 60. pueden considerarse como requisitos indispensables que debe contener la escritura constitutiva de la sociedad, para dar nacimiento a la persona moral ya que los otros se suplen por las disposiciones relativas del mismo ordenamiento, que

substituyen a la voluntad de los otorgantes, pues supone que si éstos no hacen ninguna manifestación de voluntad sobre las circunstancias a que las seis últimas fracciones del mismo artículo se refieren, es porque están conformes en que a ese respecto se apliquen, sin modificación, las disposiciones de la ley.

Sin embargo, cada tipo de sociedad de las enumeradas en el artículo 1o. de la LGSM cuenta con especiales requisitos de formación; unos cuantos ejemplos ilustran lo anterior: el Artículo 27 de la ley que se comenta, ordena la manera de formar la razón social de la sociedad de nombre colectivo; el 52 igual que el anterior para la sociedad en comandita simple; 31 y 59, igual para la sociedad de responsabilidad limitada, el 61 limita a 25 el número de socios, de éstas; el 62 fija el mínimo del capital social y agrega que éste deberá estar dividido en partes sociales que podrán ser de valor o categorías desiguales, pero que en todo caso serán de cien pesos o múltiplo de esa cantidad, es decir mil pesos; el 63 prohíbe su constitución mediante suscripción pública y el 64 establece que al constituirse la sociedad, deberá estar íntegramente suscrito el capital social y exhibido por lo menos el cincuenta por ciento del valor de cada parte social.

Por lo que respecta a la sociedad anónima, el artículo 88 previene que la denominación se formará libremente, pero será distinta de la de cualquier otra sociedad e irá seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de su abreviatura "S. A."; el 89 dispone que para proceder a la constitución de este tipo de sociedades el número de socios mínimo es de cinco, debiendo suscribir cuando menos, cada uno de ellos, una acción; el capital social no debe ser menor de veinticinco mil pesos, íntegramente suscrito, que se exhiba cuando menos el veinte por ciento en efectivo del valor de cada acción pagadera en numerario y el artículo 90, que la constitución de la sociedad puede hacerse por comparecencia de los fundadores ante Notario Público para el otorgamiento de la escritura respectiva o por suscripción pública.

Finalmente el artículo 91 dice:

“La escritura constitutiva de la sociedad anónima deberá contener, además de los datos requeridos por el artículo 6o. los siguientes:

- I.—La parte exhibida del capital social;
- II.—El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 125;
- III.—La forma y términos en que deba pagarse la parte insoluta de las acciones;
- IV.—La participación en las utilidades concedidas a los fundadores;
- V.—El nombramiento de uno o varios comisarios;
- VI.—Las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus deliberaciones, así como para el ejercicio del derecho de voto, en cuanto las disposiciones legales pueden ser modificadas por la voluntad de los socios”.

Opinamos que no obstante lo dispuesto en el artículo 7o., los requisitos del artículo 91, antes transcrito, a excepción del mencionado en la última de sus fracciones, se consideran como indispensables para la constitución legal de estas sociedades, ya que no pueden ser suplidos por disposiciones de la misma ley como en el caso de los contenidos en las seis últimas fracciones del artículo 6o. y en la última del que se comenta.

La suscripción pública en la constitución de estas sociedades, norman su procedimiento por lo estipulado en los artículos del 92 al 101 de la LGSM.

El artículo 210 nos indica cómo debe formar su razón social la sociedad en comandita por acciones.

En las sociedades de capital variable, los artículos 215, 216 y 217 establecen, respectivamente, que a la razón social o denominación propia del tipo correspondiente de sociedad, se agregarán las palabras “de capital variable”, el con-

trato debe contener las estipulaciones que correspondan a la naturaleza de la sociedad, las condiciones que se fijen para el aumento o disminución del capital social, fijándose en las anónimas por el contrato social o por las asambleas generales extraordinarias de accionistas, los aumentos del capital y la forma y términos en que deban hacerse las correspondientes emisiones de acciones.

Por último, vemos que: "Para las cooperativas no rige la exigencia de escritura pública, por cuanto pueden constituirse en escrito privado, las firmas del cual han de ratificarse ante notario, corredor o funcionario público (artículo 14 de la Ley General de Sociedades Cooperativas)" (46).

i) Intervención Judicial.

La intervención de la autoridad judicial es de sumo interés jurídica y prácticamente en la aprobación y registro de las escrituras constitutivas de sociedades mercantiles, en los términos de los artículos 20. de la LGSM y 260 al 264 del mismo ordenamiento, pues precisa hasta dónde puede llegar la facultad del juzgador para aprobar o rechazar el registro de una sociedad y por ende, la intervención del Ministerio Público, a quien se le da vista con la solicitud de los interesados, para que en el término de tres días emita su opinión.

Vistos cuáles son los requisitos de constitución de las sociedades mercantiles y los específicos de cada tipo de sociedad en forma somera, se ve que "la revisión judicial de la escritura tiene como finalidad comprobar que se ajusta enteramente a la ley, en cuanto contiene las cláusulas esenciales, y ninguna violatoria de las normas imperativas" (47).

Los órganos del poder público únicamente revisan que se hayan satisfecho las disposiciones legales relativas, o sea "los requisitos de constitución legal de las sociedades, que deben constar en la escritura constitutiva y que son los que la au-

(46) Mantilla Molina, Ob. Cit., Pág. 224.

(47) Mantilla Molina, Ob. Cit., Pág. 230.

toridad judicial deberá comprobar que se han llenado, para ordenar su inscripción en el Registro Público" (48). La LGSM sólo encomienda a la autoridad judicial la comprobación de que se han llenado los requisitos legales para la constitución de las sociedades mercantiles, que son:

- I.—La existencia de un contrato válido de sociedad otorgado en escritura pública y conforme a las disposiciones relativas de Derecho Civil y de la Ley de Notariado en vigor.
- II.—Que se haya cumplido con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de la Fracción I del artículo 27 Constitucional.
- III.—Que el contrato de sociedad contenga los elementos legales necesarios para dar nacimiento a la persona jurídica ó sean los enumerados en las siete primeras fracciones del artículo 6o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles y los específicos de cada tipo de sociedad" (49).

Sólo la falta de estos requisitos autoriza a la autoridad judicial para negar el registro de una escritura y el Ministerio Público para formular su pedimento oponiéndose a la inscripción.

Además la exposición de motivos de la LGSM en su parte relativa dice: "Atendiendo precisamente a estas circunstancias, el proyecto encomienda a las autoridades judiciales la facultad de ordenar el registro de las sociedades y regula un procedimiento para llevar a cabo la comprobación de los requisitos de que se viene hablando", y agrega: "consecuencia natural de que en lo sucesivo el nacimiento de la sociedad esté precedido de la comprobación ante los órganos del poder público, de la legalidad de su constitución, es la de que no serán atacables las inscripciones del Registro, ni por los socios ni por terceros, por lo que salvo el caso de excepción que en seguida se indica, no habrá ya lugar a juicios de nulidad de sociedades...".

(48) Arce Fernando, Ob. Cit., Pág. 290.

(49) Arce Fernando, Ob. Cit., Pág. 290.

Lo que los interesados solicitan del Juzgado es únicamente la autorización para registrar la constitución de la sociedad.

De la exposición de motivos podemos desprender que se refiere en todo caso a los requisitos de constitución legal de las sociedades, que deben constar en la escritura constitutiva y que son los que la autoridad judicial deberá comprobar que se han llenado, para ordenar su inscripción en el Registro Público de Comercio. Al referirse la misma exposición de motivos a la escritura constitutiva de las sociedades dice: "...y en cuanto a las exigencias de dicha escritura, se las dividió en dos categorías: aquéllas sin las que la sociedad no podrá tomar nacimiento y las que pueden suplirse con disposiciones legales. Sólo la falta de las primeras podrá facultar a la autoridad judicial para negar la orden de inscripción".

j) Inscripción Registral.

Reunidos los elementos que dan nacimiento a la persona moral, el registro se efectúa por orden judicial dictada con audiencia del Ministerio Público, quien debe formular su pedimento dentro del término de tres días, contados desde la fecha en que se le de vista con la solicitud de los interesados; en la práctica es común que el Notario Público autorizante, lleve a cabo esta diligencia.

"Para inscribir a una sociedad, se precisa una tramitación previa en los términos marcados por los artículos 261 y siguientes de la LGSM. Esta tramitación implica: 1o. solicitud hecha ante el Juez, que debe ser acompañada de los documentos necesarios; 2o. tramitación incidental para dar motivo a una oposición de los interesados; 3o. apelación posible en un plazo de tres días, tras el cual el propio Juez; 4o. ordena la inscripción en el Registro Público de Comercio (artículo 264 LGSM)" (50).

La inscripción registral consiste en la presentación del

(50) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de..., Pág. 145.

contrato y anotaciones simultáneas en el propio testimonio notarial y en el libro de registro correspondiente.

La institución que realiza la inscripción del documento es el Registro Público de Comercio, del domicilio social de la sociedad en cuestión. Con lo que se da cumplimiento a los artículos 2o. de la LGSM y 19 y 23 del Código de Comercio, perfeccionando la constitución de la sociedad, cumpliendo con la publicidad y exteriorización correspondientes. A partir de este momento nace la personalidad jurídica de las sociedades regulares.

“Nótese que el mero otorgamiento de la escritura social no basta para conferir la personalidad, sino que ésta surge de la publicidad de hecho que implica la actuación frente a terceros” (51).

“Efectos externos del contrato son los que conciernen a los vínculos entre el ente, que resulta en virtud del contrato, y las personas que se relacionan con el mismo todos ellos podrían resumirse en la afirmación de que la sociedad es persona jurídica. La personalidad jurídica de las sociedades deriva de la ley que reconoce al contrato de sociedad esta fuerza creadora (art. 25 C. Civ. D. F.). Que la sociedad tiene personalidad jurídica quiere decir que en el derecho mexicano son sujetos de derechos y obligaciones” (52).

En el derecho español no es necesaria la inscripción para dar nacimiento a la personalidad jurídica: “Una vez constituida la Compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos, según determina el artículo 116 del Código de Comercio” (53). “...En el derecho alemán sólo se reconoce personalidad a la sociedad anónima y a la sociedad limitada pero, no a la sociedad colectiva ni a la en comandita. Y, en el derecho italiano, hasta el Código Civil de 1942, sólo se reconocía personalidad a las sociedades mercantiles; pero, no a las civiles” (54).

(51) Rodríguez Rodríguez, Curso de Derecho Mercantil, Págs. 51 y 52, Editorial Jus, Monterrey, N. L., 1947.

(52) Ob. Cit., Pág. 52.

(53) Traviesas M., Ob. Cit., Pág. 205, Núm. 8.

(54) Rodríguez Rodríguez, Curso de... Pág. 51.

Los efectos de la falta de inscripción quedan claramente regulados por el artículo 26 del Código de Comercio que a la letra dice:

“Los documentos que conforme a este Código deben registrarse y no se registren sólo producirán efecto entre los que los otorguen, pero no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables”.

Las sociedades son instituciones jurídicas públicas. Su eficacia es posible cuando se declara su existencia frente a terceros, y este hecho se materializa con la inscripción registral.

Son dos los requisitos formales de las sociedades mercantiles, el inicial, la escritura pública (artículo 5 LGSM) y la inscripción en el Registro Público de Comercio (2o. LGSM y el 19 del Código de Comercio), formalidades no independientes, sino conexas.

Una vez otorgado el contrato social, la ley señala un plazo de quince días para la inscripción del mismo, de conformidad con el artículo 7o. de la LGSM. El mismo precepto señala la vía sumaria para obtener la orden judicial de inscripción.

Por lo que respecta al procedimiento, Mantilla Molina escribe: “El propio precepto establece que la demanda se propondrá en la vía sumaria; norma procesal fuera de lugar, e inoperante, pues en el procedimiento mercantil no hay vía sumaria...” (55), Rodríguez Rodríguez (56) escribe: “la sociedad existe como contrato, puesto que se concede derecho a los socios para pedir en la vía sumaria el otorgamiento de la correspondiente escritura pública...” por su parte Eduardo Pallares expresa que: “La acción ha de intentarse contra los socios administradores que tienen la obligación de inscribirla, y en la vía sumaria mercantil que ha de tramitarse en la forma que determine el derecho

(55) Ob. Cit., Pág. 236.

(56) El Sistema de... Pág. 130.

común respecto de los juicios sumarios, como supletorio de la ley mercantil” (57), opinión esta última a la que nos adherimos por ser la más usual en la resolución del problema.

El citado artículo 7o. no dice contra quién se entabla la demanda, pero en la práctica se observa que la demanda suele presentarse contra el Ministerio Público, en los términos de los ya citados artículos 260 a 264.

k) Eficacia de la Inscripción Respecto de la Sociedad Inscrita.

La importancia de la publicidad de la sociedad es que materializa el acto inscrito; inicia la legalidad de las relaciones internas; la de los terceros que contratan con ella; la publicidad registral que da a conocer el monto del capital social —cuando se trata de sociedades capitalistas— y en las sociedades de personas presume la solvencia económica y su capacidad en las actuaciones comerciales, ventaja de inigualable seguridad y superación por lo que respecta a las sociedades regulares o de derecho.

La inscripción de la escritura de sociedad tiene efectos constitutivos, condición indispensable para que el acto produzca efectos jurídicos regularmente.

l) Vida Social Interna.

Se circunscribe la vida interna de la sociedad al cumplimiento de todas las cláusulas del contrato social y de los estatutos.

“La ley mexicana también distingue el contrato social, como acto constitutivo en el sentido de declaración de voluntad o negocio jurídico originario (artículos 7, 26, 31, 32, por ejemplo) de los estatutos (artículos 101, 102 todos de la

(57) Pallares Eduardo, Tratado Elemental de Sociedades Mercantiles, Pág. 27, Antigua Librería Robredo, México 1965.

LGSM.) aunque evidentemente se confunden en el artículo 6 en su párrafo final" (58).

Por otra parte, en Italia también existe diferencia al respecto; Soprano distingue entre acta constitutiva y estatutos: "La primera es la base de la cual surge el ente fijando los derechos y deberes de los que intervienen (asociantes) y que tienen la solemnidad del acto público, mientras que los estatutos regulan las manifestaciones de la persona jurídica y forman un conjunto de normas con eficacia externa. Así, expresa el citado autor, la sociedad es un organismo regulado por una norma jurídica contenida en el estatuto" (59).

(58) Ascarelli Tullio, Notas de Derecho Mexicano por el Dr. Joaquín Rodríguez Rodríguez, Pág. 117, Derecho Mercantil.

(59) Soprano Enrico, L'Assamblea Generale Degli Azionisti., Pág. 184, Núm. 144, Editorial Vallardi, Milán 1914.

CAPITULO III

- 1.—SOCIEDADES IRREGULARES:**
 - a) Diversas Sociedades Irregulares.
- 2.—PERSONALIDAD JURIDICA.**
- 3.—DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS.**
- 4.—DERECHOS DE LOS TERCEROS.**
- 5'—SOCIEDADES ILICITAS.**

**BIBLIOTECA GENERAL
U. N. A. M.**

1.—SOCIEDADES IRREGULARES:

En el capítulo dedicado al Derecho comparado veremos como en los derechos latinos, antecedentes en que se han inspirado nuestros legisladores, originalmente se sanciona con la nulidad absoluta los actos ejecutados en violación de las reglas que se han establecido en la formación de las sociedades, sin embargo, correspondiendo en la práctica a los jueces conocer los problemas que plantean las sociedades irregulares, sus decisiones buscaron mejores soluciones para resolver el problema, al reconocer la existencia de estas personas morales que al haberse constituido al margen del derecho, producían consecuencias que el derecho debería reconocer.

La solución no se encuentra en aplicar la nulidad, pues como escribe Hémard (60): "La consecuencia necesaria de una sociedad irregular sería que desapareciera la sociedad, pues las nulidades de que éstas se encuentran afectadas son absolutas, y el problema surge cuando se trata de convenir en el valor que hay que atribuir a los actos ejecutados por dichas sociedades. Si ésta estaba afectada de nulidad, lo jurídico es que al declararse aquélla, todos sus actos anteriores quedasen nulificados, lo cual sería posible únicamente cuando la sociedad no hubiese comenzado sus operaciones, que no hubiesen funcionado, pero cuando esto ha sucedido entonces son distintas las consecuencias; sería muy peligroso sostener que la sociedad nula desde su constitución no

(60) Ob. Cit., Págs. 4 y 5.

tuvo existencia alguna; que no produjo efecto jurídico alguno, porque su situación era contraria al Derecho; que todos los efectos normales del funcionamiento de las sociedades se borran; que las deudas y créditos habían sido contraídos por los administradores en nombre de un mandante inexistente, que no hay obligaciones, que las aportaciones de los socios pueden ser devueltas íntegras, pues los contratos de gerentes no los obligan". Como vemos, esos resultados conducirían a un estado de anarquía.

El estudio de las sociedades irregulares reviste suma importancia. La ley establece, según se vio en el capítulo II, una serie de formalidades que deben necesariamente observarse para que la sociedad quede regularmente constituida.

Sin embargo, la realidad nos demuestra que existen muchísimas sociedades que no llenan en todo o en parte esos requisitos, y por lo mismo dan origen a las sociedades irregulares, pues como dice Rodríguez Rodríguez (61): "Las sociedades irregulares siguen existiendo, porque nadie puede impedir que los que quieran estar en sociedad y funcionar como tal, dejen de cumplir con los requisitos legales de forma" y agrega "en resumen, llamamos sociedad irregular a la que no se ha inscrito en el Registro Público de Comercio, ya conste su existencia o no, en escritura pública o privada"; o como escribe Mantilla Molina: (62) "La multiplicidad de exigencias legales para la creación de una sociedad mercantil tiene como resultado que, en muchas ocasiones, se descuide satisfacer alguna de ellas, lo que provoca la irregularidad de la sociedad"; es decir que las sociedades irregulares toman ese nombre porque sus socios intencionalmente o no, violan la ley o por lo menos dejan de cumplir alguna de las modalidades relativas al fondo o a la forma.

El artículo 2o. de la LGSM textualmente dice:

"Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.

(61) El Sistema de..., Pág. 136.

(62) Ob. Cit., Pág. 233, Núm. 295.

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

Las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros, consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica.

Las relaciones internas de las sociedades irregulares se regirán por el contrato social respectivo y, en su defecto, por las disposiciones generales y por las especiales de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate.

Los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responderán del cumplimiento de los mismos frente a terceros subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resultaren perjudicados.

Los socios no culpables de la irregularidad, podrán exigir daños y perjuicios a los culpables y a los que actuaren como representantes o mandatarios de la sociedad irregular”.

En la transcripción anterior encontramos la primera referencia expresa en nuestro derecho positivo al reconocimiento de las sociedades irregulares; ahora bien, no existe problema en cuanto a la regulación que de ellas se hace; sin embargo hay situaciones de irregularidad que no se mencionan expresamente y creemos necesario hacer una breve referencia a ellas:

a) Diversas Sociedades Irregulares.

Nos dice Rodríguez Rodríguez (63), “Si tomamos en cuenta sólo las sociedades no inscritas se advierte en ellas una gama que va desde las sociedades no inscritas sin documento escrito para hacer constar su existencia hasta la sociedad que sí ha redactado su escritura pública. Por esto, puede afirmarse, que las sociedades irregulares son sociedades de una fase de su perfeccionamiento”.

Y, continúa diciéndonos el citado autor, las “sociedades

(63) El Sistema de... Págs. 137 y 138.

irregulares son las que aunque existen, no han cumplido los requisitos de forma marcados por la ley. Las sociedades irregulares, en este sentido, son sociedades informales”.

La parte final de los párrafos transcritos, es el punto de referencia para esbozar la diversidad de sociedades irregulares.

I.—Sociedad sin documento escrito. Es el caso de una agrupación de comerciantes con fines lucrativos, que adoptan determinado régimen interno, con apariencia objetiva mercantil, funcionando como sociedad por un acuerdo expreso o tácito de las partes.

“De hecho, la constitución de la sociedad puede haber sido puramente verbal. En tal caso, las dificultades de la prueba crecen enormemente. Sin embargo, la existencia de la sociedad, y las cláusulas esenciales que la rigen, pueden demostrarse, en muchos casos, por la confesión de las partes, la declaración de los trabajadores y clientes de la negociación, los libros de comercio, la muestra, los documentos que a la propia sociedad aluden, etc.” (64). Dentro de la hipótesis de la falta de documento debe entenderse incluido el caso de que el documento carezca de alguna cláusula esencial, que resulte de las estipulaciones verbales, y aun tácitas, de las partes.

II.—Sociedad con documento privado. Agrupación de comerciantes con fines especulativos de carácter económico y la voluntad contractual existente en el documento privado que se reconoce a través de los negocios con terceros.

“Si la sociedad consta en documento privado que contenga las cláusulas esenciales del negocio social, cualquier socio podrá demandar que se eleven a escritura pública las estipulaciones celebradas (artículo 70. párrafo primero)” (65).

III.—Sociedad con escritura constitutiva, sin inscrip-

(64) Mantilla Molina, Ob. Cit., Pág. 240, Núm. 305.

(65) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de... Pág. 138.

ción en el Registro Público de Comercio. El perfeccionamiento de una escritura de sociedad se obtiene por la declaración de su existencia frente a terceros, que se obtiene por la inscripción en el Registro Público de Comercio.

“Pero hay otros medios de publicidad reconocidos por la ley, o de simple hecho, pero que en todo caso tienen trascendencia jurídica”. “Esta publicidad de hecho puede realizarse, bien mediante aquellas circulares y anuncios a que se refiere el artículo 17 del C. Co., bien por el registro y publicación de un nombre comercial, bien por el uso efectivo, de una razón o denominación social, y en general, por cualquier situación de hecho que exteriorice la existencia de la sociedad” (66).

Para producir la publicidad de hecho Salandra (67) refiere: “basta con que se actúe de tal modo que se de a los terceros la impresión de una colaboración orgánica, de manera que se pueda crear en ellos justificadamente la impresión de la existencia de una sociedad; en suma, que se cree frente a terceros la notoriedad o apariencia de una sociedad” y agrega, “la sociedad tiene efectos jurídicos frente a terceros, no porque se presuma que hay un contrato con el cual se haya formado y cuyo contenido se presuma, sino en cuanto aparece y en las condiciones que aparece, existe. Es la apariencia misma la que tiene valor constitutivo”.

IV.—Sociedad con documento público, inscrito en el Registro Público de Comercio, de jurisdicción diversa a la señalada por los artículos 18 y 21 fracción IV. La escritura pública (artículo 5o.) y su inscripción en el Registro Público de Comercio (artículo 2o.) son dos requisitos formales según hemos visto en el capítulo II.

La falta de inscripción es un hecho, por lo que la sociedad mercantil se sitúa en la irregularidad si no efectúa su

(66) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de... Pág. 142.

(67) Salandra Vittorio, La Società Irregolari del Diritto Vigente, Págs. 41 y 45. Núms. 12 y 14, Roma 1931.

debida inscripción en el registro de la jurisdicción correspondiente.

V.—La existencia temporal de la sociedad irregular, se comprueba de lo preceptuado en el artículo 7o. en sus párrafos 2o. y 3o., legalmente está prevista su existencia, es decir la sociedad existe aun cuando todavía no se ha inscrito.

“Es más el artículo 7o. L. G. de S. al conceder un plazo de 15 días para la inscripción de una sociedad establece la existencia legal de las sociedades irregulares durante ese plazo, y aun posteriormente” (68).

VI.—Modificaciones de la escritura, sin inscribir el testimonio relativo, es decir que cualquier sociedad regular puede encontrarse en situación de irregular cuando las modificaciones acordadas en una asamblea para reformar sus estatutos no se consignan y no se inscriban en la forma prescrita por la ley. Es el caso de los artículos 28, 53 y 66 de la LGSM; si en el Registro Público de Comercio correspondiente no aparecen como socios las personas que tienen ese carácter de acuerdo con la denominación social; se supone que existe modificación en las cláusulas relativas, en virtud del ingreso del o los nuevos socios, existe la reforma que no se inscribe. No obstante los terceros deben considerar como socio, a quien dicho carácter le resulta de la razón social, con respecto a la responsabilidad.

“En consecuencia, la modificación de la sociedad, aunque no está inscrita:

- a) Produce efectos entre los socios (interpretamos extensivamente el texto legal, que sólo habla de otorgantes) —artículo 26 del Código de Comercio—;
- b) En cuanto signifique una merma de los derechos y garantías de los terceros, no les es oponible;
- c) Todo lo que en ello tenga interés, podrá prevalerse de la modificación, siempre que pruebe, por los medios que le sean posibles la existencia de la reforma” (69).

(68) Ascarelli, *Notas de Derecho...*, Pág. 112.

(69) Mantilla Molina, *Ob. Cit.*, Pág. 243, Núm. 307.

VII.—Expiración del plazo de la sociedad. Una sociedad debidamente inscrita en el Registro Público de Comercio, esto es, una sociedad regular o de derecho y su tiempo de duración ha transcurrido.

“Como con arreglo a las vigentes disposiciones de la LGSM, el transcurso del tiempo previsto contractualmente como de duración de la sociedad provoca **ipso jure** y **ope legis** la disolución de la sociedad (artículo 229 fr. I, y artículo 232 LGSM), resulta que la que se encuentra en esa situación se coloca automáticamente en una posición irregular” (70).

VIII.—Sociedad civil con fin mercantil. En las Ordenanzas de Bilbao la compañía civil se define como: “El ayuntamiento de dos o más hombres hecho con la intención de ganar algo” (71).

El título X, Capítulo I, de las mencionadas Ordenanzas, define la Compañía de comercio: “Compañía en términos de Comercio, es un contrato o convenio que se hace o puede hacerse, entre dos o más personas, en virtud del cual, se obligan recíprocamente por cierto tiempo y debajo de ciertas condiciones y pagos a hacer y proseguir juntamente varios negocios por cuenta y riesgo común y de cada uno de los compañeros respectivamente, según y en la parte que por el caudal o industria que cada uno ponga, le puedan pertenecer, así en las pérdidas como en las ganancias que al cabo del tiempo que asignaren, resultaren de la compañía”.

Posteriormente los artículos 2365 del Código Civil de 1870 y 2333 del de 1884, exactos en su texto dicen:

“Las sociedades son civiles ó comerciales; son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio, las demás son civiles”.

Pallares (72), comentando el sistema del Código Civil

(70) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de... Pág. 137.

(71) De Paula Ruanoba Francisco, Lecciones de Derecho Civil, Formadas de las Doctrinas de varios autores, Pág. 248, Tomo II, Puebla 1871.

(72) Pallares Jacinto, Derecho Mercantil Mexicano, Pág. 974, Tomo I, México 1891.

de 1884 dice: "Para saber si una sociedad en su personalidad jurídica es o no comercial, basta saber si su objeto es o no ejercer actos mercantiles y para ver esto basta ver el contrato de sociedad y si en él se estipuló que los contratantes se asociaran para negocios que aunque ellos no denominen mercantiles tengan sin embargo, este carácter de acuerdo con la ley".

El Código de Comercio de 1884 en su artículo 352, define la sociedad mercantil: "atribuyendo ese carácter al contrato formado por dos o más personas que convienen poner en común capital físico o moral con el objeto de emplearlo en operaciones de comercio".

Por otra parte el Código de Comercio de 1889 en su artículo 91 dice:

"Las sociedades civiles sin perder su carácter, pueden constituirse como sociedades de comercio de conformidad con las disposiciones de este Título".

Los artículos 2366 y 2334 de los citados Códigos Civiles de 84 y 70, ambos expresan idénticamente:

"Las sociedades que se forman al mismo tiempo para negocios que sean de comercio y para otros que no lo sean, se tendrán como civiles a no ser que las partes hayan declarado que las quieren sujetar a las leyes mercantiles".

Finalmente, el actual Código Civil de 1928 en su artículo 2688 dice:

"Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos ó sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".

Sin duda en este artículo prevalece el criterio objetivo. Ahora bien el criterio formal se consagra en el artículo 2695:

"Las sociedades de naturaleza civil, que tomen la forma de las sociedades mercantiles, quedan sujetas al Código de Comercio".

El artículo transcrito no choca con el artículo 4o. de la LGSM:

“Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en algunas de las formas reconocidas en el artículo 1o. de esta ley”.

La exposición de motivos de esta ley, admite el criterio formal: “Este criterio formal, que fue ya consagrado por el Código de 1928, se justifica independientemente de cualquier razón de índole teórica, por la consideración particular de que en México, la existencia de las sociedades civiles con forma mercantil nunca ha respondido a una verdadera necesidad que el legislador deba tomar en cuenta, sino en la generalidad de los casos al intento de evadir las disposiciones constitucionales que limitan en diversos aspectos la capacidad jurídica de las sociedades mercantiles”.

“El artículo 2695 del C. Civ. D. F. nos lleva a la misma conclusión al disponer que las sociedades civiles con forma mercantil quedarán sometidas a la legislación mercantil. (Cuando decimos sociedades con forma mercantil nos referimos a la vestidura jurídica, a la estructura elegida y utilizada y no a los trámites, lo que se deduce de los artículos 2695, C. Civ. D. F. y L.G.S.M.) es decir que aunque se quisiera considerar a las sociedades irregulares como civiles, la legislación civil las rebotaría al campo de la legislación especial mercantil” (73).

No creemos aventurar si afirmamos que en nuestro Derecho positivo, la ley mercantil se rige por el sistema formal y el derecho civil, por un sistema mixto.

“No cabe, por otro lado que las sociedades irregulares se rijan por las disposiciones del C. Civ. porque si el artículo 4o. de la L.G.S. somete a la regulación típica de las sociedades mercantiles a las civiles que adoptan forma mercantil, más lógicamente se aplicará esta regulación a las mer-

(73) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de..., Pág. 147.

cantiles por su finalidad y forma que no se han inscrito” (74).

“No quiere ello decir, que las sociedades irregulares sean iguales a las regulares, es decir, no queremos afirmar que sea indiferente el cumplimiento de la obligación legal de inscribirse en el R. M.; pero los efectos de la no inscripción no discurren por el cauce de la nulidad de la sociedad, sino por el de las sanciones a los culpables.

Estas sanciones son:

- 1º) Independientemente del tipo de sociedad, los terceros contratantes tienen una acción para pedir a la sociedad el cumplimiento de lo pactado (artículo 26 C. Co.) y otra contra los que contrataron en nombre de la sociedad (artículo 7 L. G. de S.).
- 2º) No pueden perjudicar a terceros los pactos no inscritos.
- 3º) Cada socio puede pedir la inscripción y si no se practica podrá solicitar la rescisión del contrato (artículo 7 combinado con el 50 fr. II L. G. de S. para las sociedades de tipo personalista).
- 4º) En caso de quiebra de la sociedad, no sería difícil dar forma a una responsabilidad de los socios que no fueren limitadamente responsables de un modo objetivo”.

2.—PERSONALIDAD JURIDICA.

El párrafo 3o. del transcrito artículo 2o. reconoce la personalidad jurídica de las sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio, con la condición de que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros y además admite su existencia consten o no en escritura pública; la publicidad en nuestro derecho positivo es una formalidad constitutiva “*ad solemnitatem causam*”.

La personalidad de las sociedades es una realidad que surge por la celebración de un contrato, por lo tanto el legislador la reconoce y la reglamenta.

(74) Ascarelli, Notas de Der..., Pág. 117.

El contrato de sociedad mercantil es un acto jurídico, y no es verdad que la inscripción en el Registro Público de Comercio prescrita para el contrato constituya un requisito de existencia; con anterioridad a la reforma del artículo 2o. de la LGSM, la falta de inscripción tan sólo determinaba que la sociedad careciese de personalidad jurídica, (precepto interpretado a **contrario sensu**), pero el contrato no inscrito, que reuniese los requisitos que para la existencia de todo contrato señala el artículo 1794 del Código Civil, no era nulo, sino válido, porque, como dice Rodríguez Rodríguez (75): “La Ley General de Sociedades Mercantiles no establece en ningún momento una declaración de nulidad de las sociedades informales, antes bien de diversos preceptos, se deduce la afirmación contraria”, conclusión evidente en nuestro derecho, ya que las sociedades irregulares gozan de personalidad jurídica y se rigen en cuanto a sus relaciones internas por las estipulaciones de las partes.

Insistimos: la sociedad es un contrato y nace por el contrato mismo. Las formalidades del registro y como consecuencia su publicidad, van dirigidas en beneficio de los terceros y cuando aquéllas faltan, la sanción es considerar a la sociedad como irregular. Esta, es un sujeto de derechos y obligaciones, su objetividad jurídica nace sustancialmente del contrato que es el que crea el ente; por lo que nuestra legislación acertadamente otorga personalidad jurídica a las sociedades irregulares.

“Hoy, podemos decir que el principio de la personalidad jurídica “ha penetrado profundamente en la conciencia jurídica de todos los países”, parafraseando lo que se afirma en la “**Relazione**” del proyecto definitivo del nuevo C. Civ. it.” (76).

3.—DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS.

La relación del socio con la sociedad constituye una calidad jurídica por la cual el socio va a encontrarse en el cen-

(75) El Sistema de..., Pág. 137.

(76) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de..., Pág. 148.

tro de un círculo de derechos y obligaciones atribuibles exclusivamente a él, por el hecho de ser socio. Esta calidad jurídica frente al ente colectivo, este complejo de facultades y deberes es una consecuencia del reconocimiento que hace la Ley (artículo 2 LGSM) de una persona distinta de la de los socios que la constituyeron. Se hace necesario determinar las reglas que habrán de regir las relaciones entre esas distintas personas. Así, para salvaguardar los intereses fundamentales de los socios, es decir, el motivo vital que los impulsó a formar la sociedad, el *status* de socio otorga ciertos derechos que son intocables.

Si el contrato de sociedad no se hubiere otorgado en escritura pública sino en documento privado, pero contuviere las menciones especificadas en las fracciones I a VII del artículo 6o., cualquier persona que figure en el contrato privado como socio podrá demandar en la vía sumaria el otorgamiento de la escritura pública correspondiente.

Los socios están obligados a efectuar las aportaciones prometidas, y a pesar de la irregularidad la propiedad de los muebles, dinero, demás objetos y propiedades inmuebles, se transfieren y pasan al dominio de la sociedad. Cuando el monto de la aportación no haya sido totalmente exhibido, entonces los administradores, liquidadores o síndicos de la sociedad irregular podrán proceder a exigir el faltante de la aportación.

Los derechos de los socios serán exactamente los mismos que en las sociedades regulares, y así podrán pedir cuentas, obtener el pago de sus beneficios, derecho de gestión, derecho de voto, asistir a las asambleas. Y los cambios que se operen en estos derechos, deberán ser sometidos a las mismas formalidades que en las sociedades de derecho.

Factores determinantes de la calidad jurídica de socio son la escritura constitutiva y las modificaciones que haya podido sufrir. En efecto, el testimonio de la escritura acredita el *status* de socio de las personas que constituyeron la sociedad. En las sociedades por acciones para transmitir y acreditar la calidad de socio existen los títulos lla-

mados acción, de conformidad con lo señalado por el artículo 111 de la LGSM. Al respecto, Mantilla Molina (77) dice: "Aludo a las sociedades anónimas irregulares. En otras palabras, ¿la irregularidad de la sociedad le impide emitir acciones?. La opinión prevaleciente es en el sentido de que no. Rodríguez Rodríguez sin resolver de modo explícito el problema, sí lo hace implícitamente al considerar que la emisión de acciones en una sociedad irregular sujeta a responsabilidad a los administradores.

Hay sin embargo una objeción textual a la emisión de las acciones en la sociedad irregular. Uno de los requisitos que han de contener las acciones, conforme al artículo 125, fracción III, es el relativo a los datos de inscripción en el Registro de Comercio. Por hipótesis una sociedad irregular no está inscrita en el Registro de Comercio; una sociedad que alcance la inscripción en el Registro de Comercio puede ser irregular. La irregularidad podrá dimanar de la falta de forma escrita (en el caso de la anónima es muy difícil) y de que habiéndose otorgado en forma escrita ésta no sea la de escritura pública, o de que la escritura pública no se inscriba en el Registro —modificaciones a la escritura—. Todos estos serían casos de irregularidad; pero si se alcanzó inscripción en el Registro, es evidente que la sociedad es regular.

Esta pienso que es también la situación respecto de las acciones de una sociedad irregular. Le faltará necesariamente este requisito de los datos de inscripción. Eso les privará de ser acciones en un sentido riguroso; pero su funcionamiento práctico las hará idénticas a las acciones; de aquí que podamos decir que también las sociedades irregulares pueden emitir acciones.

En resumen, no sólo la sociedad anónima que por antonomasia es la que puede emitir acciones, sino aun en caso

(77) Mantilla Molina Roberto L., *Las Acciones de las Sociedades Mercantiles*, Págs. 190 y 191, Escuela Nacional de Jurisprudencia, Doctorado en Derecho. Reimpresión de 1965, Curso Monográfico.

de irregularidad de sociedades anónimas podemos hablar de emisión de acciones”.

La emisión de acciones será válida siempre que hayan sido realizadas por los mandatarios de la sociedad debidamente autorizados.

La sociedad irregular se obliga por los actos que ejecuten sus representantes en los límites de sus poderes y que correspondan al objeto social. El objeto es lo que individualiza a una sociedad y los terceros al contratar con ésta, deben conocer el objeto, pues la sociedad no puede obligarse más que por las operaciones que tiendan a realizar el objeto social. Si uno de los gerentes abusa de la razón social, sus asociados no estarán obligados por esos actos ejecutados fuera de los límites de los poderes; inclusive la sociedad puede resultar acreedora de otras personas así como constituir hipotecas sobre los bienes de sus deudores, quedando el ejercicio de sus despachos a cargo de sus representantes.

La aportación de los socios nos permite distinguir dos tipos de ellos: el socio capitalista y el socio industrial. El primero se compromete a aportar una obligación de “dar”, es decir que el socio capitalista puede librarse aportando, bien dinero, bien cosas distintas al dinero, en este caso, tratándose de inmuebles al entregar las cosas aportadas, se traslada su dominio si no se especifica que lo que se aporta es sólo su uso, usufructo, etc. Cabe hacer notar que, de acuerdo con el artículo 11 de la LGSM, en esta materia se rompe el principio de *res perit domini*, ya que el riesgo de la cosa recae sobre el socio hasta el momento de la entrega real y efectiva; a continuación el artículo 12 de la misma ley quebranta otro principio general del derecho común, por cuanto que el socio que aporta un crédito, responde de la solvencia del deudor y no sólo de su exigibilidad (por contra los artículos 2042 y 2043 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales).

El socio industrial, cuya obligación es “de hacer”, lleva a la sociedad un esfuerzo físico o material constituido por su capacidad de trabajo. Por lo tanto, a su incumpli-

miento no puede recaer una acción coactiva tendiente a obtener la prestación (de allí que a esta clase de aportaciones no pueda adjudicarse un valor cierto y predeterminado, lo que las hace inhábiles para ser incluidas en el capital social).

Los socios culpables de la irregularidad responden también, frente a los demás socios, de los daños y perjuicios que dicha irregularidad ocasione a éstos (artículo 2o. **in fine**).

“Es justo imponer a los culpables de la irregularidad, administradores o socios, la indemnización de los daños ocasionados a terceros. En el estado actual de la legislación tal vez podríamos construir tal responsabilidad basándonos en el artículo 1910 C. C.” (78).

“Entre los socios y entre éstos y la sociedad son, pues, directrices las normas establecidas por el contrato, ya sea en escritura pública o privada o de hecho. En todo caso, son decisivas, las normas generales y las especiales para cada clase de sociedades de la L. G. S. M.” (79).

4.—DERECHOS DE LOS TERCEROS.

Nuestro derecho reconoce las sociedades irregulares y les otorga personalidad jurídica, por lo tanto, los derechos de los terceros quedan legalmente protegidos.

“Una sociedad irregular debe considerarse existente frente a terceros, en cuanto haya una apariencia objetiva de su existencia, esto es, apta para hacer admitir su existencia a una persona moral, en virtud de una valoración objetiva con arreglo a los usos del comercio” (80).

En una forma genérica, en el párrafo IV del artículo 2o. de la LGSM se lee: “Los representantes o mandatarios de una sociedad irregular, responden del cumplimiento de

(78) Mantilla Molina, Derecho... Pág. 239, Núm. 301.

(79) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de... Pág. 167.

(80) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de... Pág. 143.

los actos que hayan celebrado frente a terceros, pero subsidiaria, solidaria e ilimitadamente entre sí, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido, cuando los terceros resulten perjudicados”, o sea que de conformidad con el artículo 7 *in fine* de la LGSM, los terceros que contraten con la sociedad tendrán acción contra las personas, que a nombre de ella hayan celebrado el contrato, los cuales responderán ilimitada y solidariamente de las operaciones celebradas antes de que se haya inscrito la escritura de sociedad, ya que en realidad la sociedad no inscrita entra en relación con los terceros, obligándose los administradores o representantes para con ellos.

Estamos de acuerdo con esta solución legislativa, en virtud de que la persona física que realiza actos jurídicos en nombre de la sociedad, será la única que se obliga con quien contrata, o sea los terceros. Indudablemente se presume la existencia de una sociedad irregular ya que de lo contrario, en el supuesto de que se tratara sólo de un grupo de personas que aparentan una sociedad para realizar actos en perjuicio de las personas que con ellas contrata, la ley sanciona su mala fe.

El artículo 26 del Código de Comercio, nos permite afirmar que el contrato de sociedades no inscrito produce efecto entre las partes, es decir, los socios con respecto a los terceros pueden aprovecharlo en lo que les favorezca; este precepto establece la protección de los terceros.

Las sociedades irregulares pueden comparecer ante los tribunales para obtener el respeto de sus derechos y reclamar la ejecución de sus obligaciones que tengan en contra de terceros; la importancia práctica de este derecho es indiscutible, pues si los terceros pueden demandar a la sociedad irregular el cumplimiento de sus obligaciones, ejercitando sus acciones ante los tribunales, es lógico que ésta tiene una existencia real.

Refiere Pallares (81): “Más adelante se verá que mien-

(81) Tratado Elemental..., Pág. 11.

tras la personalidad de las sociedades regulares únicamente nace a partir de la fecha en que se inscribe la escritura social, la ley no se muestra tan rigurosa respecto de las sociedades irregulares, esto lo hace, no para favorecerlas, sino para proteger a los terceros que con ellas contratan, o de alguna manera entran en relaciones jurídicas con las mismas”.

5.—SOCIEDADES ILICITAS.

Las sociedades con objeto ilícito regulan su régimen de conformidad con el artículo 3o. de la LGSM.

“La ilicitud del objeto equivale a ilicitud de la finalidad, es decir, de la causa, motivo o fin del contrato. La realización de actos ilícitos implica una actividad de hecho, cualquiera que sea ella la que llegue a ser beneficiaria del actuar de sus representantes. Si no fuese así, faltando una voluntad colectiva, la sociedad no realizaría actos ilícitos, sino que éstos serían imputados personalmente a los socios o administradores que lo hubiesen cometido” (82).

La ilicitud en la causa es inexistente, de acuerdo con el artículo 17 de la misma ley.

“La ilicitud consiste en todo aquello que está prohibido por la ley o es contrario a la moral pública” (83).

Es decir que la sociedad con objeto ilícito o que realice actos ilícitos será nula de pleno derecho; la acción de nulidad es pública ya que cualquier interesado o el Ministerio Público pueden ejercerla. El artículo 2692 del Código Civil dice:

“Si se formare una sociedad para un objeto ilícito, a solicitud de cualquiera de los socios o de un tercero interesado, se declarará la nulidad de la sociedad, la cual se pondrá en liquidación.

Después de pagadas las deudas sociales, conforme a la ley, a los socios se les reembolsará lo que hubieren llevado a la sociedad.

(82) Rodríguez Rodríguez, Tratado de..., Pág. 156.

(83) Pallares, Tratado Elemental..., Pág. 25.

Las utilidades se destinarán a los establecimientos de beneficencia pública del lugar del domicilio de la sociedad”.

Este precepto establece la nulidad de las sociedades y manda que se pongan en liquidación y que se paguen las deudas sociales.

Consideramos que el problema de calificación de nulidad que hace el legislador es incorrecto ya que no es posible calificar de actos nulos a aquéllos a los que se les está dando validez y reconocimiento expreso. Nos atrevemos a pensar que se trata de una causa de disolución forzosa, aunque por la índole del presente trabajo nos abstenemos de profundizar en este interesante problema y sólo lo apuntamos.

Artículo 2238.—El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera”.

Este precepto nos permite afirmar la subsistencia del contrato, en cuanto proclama que el acto jurídico viciado de nulidad en parte no es totalmente nulo.

Pero la sociedad no es solamente un contrato, sino que es también un hecho, hecho que ha actuado en la realidad y cuya vida ha entrado en comunicación con otros, materialmente funciona, realiza actos de comercio, se obliga, adquiere bienes y crédito, recibe las aportaciones de sus miembros. La ley no puede desconocer la existencia de estos hechos ni establecer que con la declaración del Juez, se borren.

El hecho positivo de que las sociedades tienen un patrimonio exclusivo y autónomo es factor suficiente para aceptar su personalidad jurídica.

La nulidad absoluta a que se refiere el artículo 2225, es de las aportaciones y pueden ser una, varias o de todos los socios.

“Si ocurre cualquiera de los dos primeros supuestos, la validez del contrato puede mantenerse, en tanto que por lo

menos queden dos aportaciones válidas o el número mínimo que se requiera para ciertas clases de sociedades, sin perjuicio de que la exclusión de uno o de varios socios pueda ser considerada como motivo de disolución de la sociedad (artículo 231, LGSM)” (84).

“El problema de las sociedades irregulares no puede, en realidad, desaparecer nunca, pues siempre habrá quienes por ignorancia, descuido o mala fe dejen de cumplir con las normas jurídicas, que, por esencia, son susceptibles de violación” (85).

Es decir que: “Las sociedades irregulares siguen existiendo, porque nadie puede impedir que los que quieran estar en sociedad y funcionar como tal, dejen de cumplir los requisitos legales de forma” (86).

Finalmente Mantilla Molina (87) escribe: “Pero menos puede desaparecer el problema porque se establezcan nuevos requisitos, que si pueden concluir a una mayor perfección a las sociedades que los satisfagan, crean necesariamente, una nueva causa de irregularidad, para aquéllos que no se sometan a su observancia”.

Concluimos que, primero, las sociedades irregulares existen en la práctica; segundo, que su existencia se regula por las disposiciones que hayan convenido los socios, y pueden adoptar para su régimen alguna de las enumeradas por el artículo 10. de la LGSM; pero siempre responderán subsidiaria, solidaria e ilimitadamente frente a terceros; y por último, gozan de personalidad jurídica.

(84) Rodríguez Rodríguez, Tratado de..., Pág. 155.

(85) Mantilla Molina, Derecho..., Pág. 233, Núm. 45.

(86) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de..., Pág. 136.

(87) Derecho..., Pág. 233, Núm. 295.

CAPITULO IV

1.—DERECHO COMPARADO:

- a) Francia.**
- b) Italia;**
- c) España.**

1.—DERECHO COMPARADO.

a) Francia.

Las Ordenanzas de Roussillon de 1563 y posteriormente las de Blois de 1579, tenían entre otros fines, registrar las sociedades extranjeras que operaban en Francia, con objeto de que los terceros que con ellas contrataran se percataren de su condición jurídica y por lo mismo evitar se cometieran fraudes, sancionando la falta del requisito con la nulidad. La misma gravedad de la sanción agudizó el incumplimiento de la formalidad impuesta, lo que motivó gran actividad ilegal de sociedades.

Hacia 1673, se dictó una nueva Ordenanza, que exigió la publicidad a las sociedades francesas, imponiendo la misma sanción de nulidad a la inobservancia de las formalidades.

El sistema imperante de esas épocas era la nulidad: relativa o absoluta.

Al respecto Rodríguez Rodríguez (88) escribe: “por influencia de la vieja doctrina Francesa se tiende a declarar la nulidad de las sociedades irregulares. Y más adelante agrega: “esta sanción de nulidad no era aplicada”, hasta el punto que habiendo parecido demasiado rigurosa “en vez de tratar de atenuar sus consecuencias, se la eliminó totalmente”. Los parlamentos se negaron a declarar tal nulidad

(88) El Sistema de..., Pág. 150.

y por el contrario se expresó terminantemente que “las disposiciones de la Ordenanza de 1673, que declaran nulos los actos y contratos realizados entre los asociados o con los acreedores, en defecto de publicación y de registro de las escrituras de las sociedades, habían caído en desuso y habían sido abrogados por el uso general de comercio”. “La Doctrina de la época reconocía y apoyaba tal situación”.

Igualmente, el Código de Napoleón de 1807, artículo 42; Ley de 1867, artículo 58; Ley del 7 de marzo de 1925 y los Decretos del 30 de octubre de 1933 y 17 de julio de 1936, sancionan con la nulidad la falta de registro de las sociedades mercantiles.

En cuanto a la terminología es oportuno señalar que los juristas y la jurisprudencia francesa, en principio, aplican el término “sociedad de hecho” al referirse a lo que nosotros llamamos sociedad irregular, en ocasiones ambos términos son sinónimos. La opinión de peritos en la ciencia del Derecho, nos otorga los caracteres separatistas de los términos.

Nos dice Langle y Rubio (89): “Los tratadistas franceses sienten predilección por la frase *société de fait* (que se ha divulgado por muchos países), con la cual designan a la sociedad que no ha cumplido los requisitos legales, de cualquier clase que sea (de fondo o de forma); y a causa de este incumplimiento, el Dro. Napoleónico considérala nula”.

Sociedad de hecho, según la doctrina común francesa es aquella “en nombre colectivo, comandita o anónima afectada de una irregularidad o de un vicio cualquiera en tanto que haya funcionado o funcione, pese a su irregularidad o vicio” (90).

En Vivante se lee (91): “Esta expresión Sociedad irre-

(89) Langle y Rubio, Manual de Derecho Mercantil Español, Editorial Bosch. Pág. 422. Barcelona 1950, Tomo I.

(90) Loubers Henry, Essai d'une Théorie Générale des Sociétés de Fait, Pág. 125, París 1908.

(91) Vivante César. Tratado de Derecho Mercantil, Págs. 57 y 58. Nota 5, Vol. II, Editorial Reus, S. A., Madrid 1932.

gular es mucho más exacta que la otra de Sociedad de hecho, adoptada especialmente en Francia bajo una ley que proclama la nulidad de las Sociedades constituidas irregularmente; Sociedad de hecho es una frase que se debe abandonar porque parece significar que la Sociedad es incapaz de producir efectos jurídicos, lo que constituye un error”.

Ahora bien, con lo transcrito estamos en posibilidad de opinar que el criterio rigorista de los primeros tiempos por lo que respecta a la aplicación de la nulidad, se ha ido moderando, por la conveniencia práctica que nos remite a la aplicación de la nulidad relativa o anulabilidad.

Refiere Thaller (92) —con respecto a la sociedad irregular— que: “1o. la sociedad vale como contrato; 2o. no puede oponerse frente a terceros; 3o. éstos pueden si quieren, reconocer la existencia de la sociedad incluso como persona jurídica; 4o. puede obtenerse la disolución anticipada de la sociedad”.

Lo anterior demuestra que la sociedad irregular, ya no es nula.

Para Hémard (93) las sociedades a que nos referimos, valen como contrato y persona moral: “1o.—La sociedad de hecho produce todos sus efectos como contrato, hasta el día en que la irregularidad sea declarada; 2o.—La personalidad moral se conserva en tanto se pronuncia la irregularidad; y 3o.—La sociedad de hecho participa de la naturaleza de la sociedad que debía constituir, si hubiera sido regular, con tal que haya sido publicada o en defecto de toda publicación, con tal que se haya presentado a los terceros bajo la misma forma”. El mismo autor dice que la sociedad “es un estado creado voluntariamente, activo dinámico, de intereses mezclados”.

Hémard, citado por Rodríguez Rodríguez (94) escribe: “el reconocimiento de que la sociedad irregular vale co-

(92) Citado por Rodríguez Rodríguez, *El Sistema de...*, Pág. 151.

(93) Hémard, *Ob. Cit.*, Pág. 488.

(94) *El Sistema de...*, Pág. 152.

mo sociedad, aunque sea irregular, lo que quiere decir, que tiene plena eficacia como sociedad en la medida que no perjudique a terceros”.

Existen estudios de la interpretación que del artículo 42 del Código de Comercio, de la legislación que se comenta, han efectuado entre otros, Bonello (95) quien resume los resultados de la doctrina francesa acerca de la sanción que en la ley es llamada nulidad:

1°.—Los socios tienen el derecho de disolver (no el de anular el contrato);

2°.—Los acreedores sociales tienen el derecho a ignorar las cláusulas del contrato limitativas de sus derechos frente a la sociedad y los socios, no el de hacerlas declarar nulas, y mucho menos pues, anular e incluso disolver todo el contrato de sociedad;

3°.—Los acreedores individuales tienen el derecho de concurrir *pari gradu* con los acreedores de los socios en la cuota del socio, su deudor, sobre el fondo social, debiendo considerarse éste como desprovisto de la autonomía propia de los entes jurídicos”.

“Nadie tiene interés legítimo en declarar nulo o en hacer anular el contrato de sociedad y a nadie ha entendido la ley conferir ese derecho. Si bien la expresión nulidad no fue nunca más impropriamente utilizada por la ley, y digámoslo también, ni más a despropósito que en el caso actual”.

También Houpin y Bosvieux (96) escriben: “que la falta de publicidad de las sociedades mercantiles no produce efectos retroactivos, siendo válidas las operaciones efectuadas por la sociedad, en realidad se trata de una nulidad “*sui generis*” que desborda los moldes clásicos”.

En verdad, la inobservancia de las formalidades constitutivas o los vicios en las mismas, sólo producen la paralización de la sociedad; “constatada la irregularidad, es disuelta y puesta en liquidación” (97).

(95) Citado por Rodríguez Rodríguez, Ob. Cit., Pág. 152.

(96) Ob. Cit., Pág. 151.

(97) Delucenay Georges, Des Sociétés de Fait en Droit Français, Pág. 36. Dijón 1910.

La personalidad jurídica de estas sociedades, la hacemos derivar de dos circunstancias primordiales: 1a.—Admitido que no es posible, y así se demostró, la nulidad absoluta de las sociedades, y 2a.—De acuerdo con Loubers (98), quien afirma: “que la sociedad es una verdadera persona moral como lo demuestra el hecho de que sigue el régimen de estos entes y notablemente la posibilidad de ser declaradas en quiebra, sólo en principio, los seres dotados de personalidad son susceptibles de ser declarados en quiebra, este estado comporta una organización especial que no se concibe más que para las personas” y concluye, su brillante exposición refiriendo que: “la personalidad moral es una realidad que se impone al legislador, que puede ser reglamentada por él, pero que no es algo que sea creado, sino que rompiendo las trabas opuestas a su libre actividad y quitando las barreras que estorban el desarrollo íntegro de su capacidad jurídica, se afirma fuera y por encima de la ley por actos jurídicos: créditos y deudas...”.

Y en apoyo de lo anterior Hémard (99) dice: “La jurisprudencia francesa ha admitido la posibilidad de aplicar el régimen de la quiebra a la sociedad de hecho, en atención, a que este especial estado tiende a proteger los derechos de los acreedores, que son en sí tan respetables y tan dignos de ser tomados en cuenta como los acreedores de una sociedad regular”.

b) ITALIA.

El problema de las sociedades irregulares en el derecho italiano, se limita a tener por tales a las sociedades que no cumplan con las formalidades que la ley establece para su legal funcionamiento, y para que estas personas morales se regularicen basta que en cualquier tiempo las subsanen. El Código de Comercio Italiano en su artículo 98 establece: “La sociedad no está legalmente constituida cuando no se han llenado las formalidades ordenadas en los artículos 87, 90,

(98) Loubers, Ob. Cit., Págs. 155 y 168.

(99) Hémard, Ob. Cit., Pág. 645.

faltando ahora en hipótesis la inscripción en el registro público de las empresas, faltaría el medio típico y oficial previsto por la ley" (102).

Vivante (103) resume las normas de la publicidad en la siguiente forma:

a) "La publicidad de los actos sociales equivale a una declaración pública y solemne hecha por los socios a quienes han de ser acreedores de la Sociedad, con lo cual se obligan directamente para con éstos a garantizar las deudas sociales, en la medida indicada por aquella publicidad.

b) Los anuncios prescritos para la constitución de la Sociedad deben practicarse en la forma establecida por la ley. No pueden suplirse entre sí ni ser reemplazados con equivalentes, aunque éstos puedan dar a los actos sociales una mayor publicidad de hecho, puesto que el Código dice que la Sociedad no se halla legalmente constituida hasta que no se han llevado a efecto los anuncios legales (artículo 98). El defecto de los anuncios, aun cuando sea imputable al oficial público, por ejemplo, al Canciller o al ujier encargado de la ejecución, impide la constitución legal de la Sociedad, porque aquél obra como un encargado de los socios y bajo su control.

c) Los anuncios crean la presunción legal de que la Sociedad existe conforme a la declaración de los mismos, y los acreedores sociales no pueden alegar el haberlas ignorado, si los socios no pueden alegar a los mismos el no haber querido su publicación. Sus efectos no pueden desaparecer más que por otros anuncios legales.

d) La sentencia del Juez que constata la existencia del contrato de Sociedad, puede hacer las veces, como hemos dicho, de escritura auténtica para todas las publicaciones legales".

Las sociedades, por lo tanto, podrán ser irregulares por carecer de uno o de todos estos requisitos de forma y de publicidad.

(102) Rubino Domenico, In tema di Responsabilità di Società Irregolari in Nome Collettivo ed Accomandita Semplice, Revista di Diritto Commerciale, Pág. 21, Tomo I, Milán 1946.

(103) Vivante César, Tratado de Derecho Mercantil, Pág. 55, Inciso 329, Editorial Reus, S. A., Madrid 1932.

“El término de sociedades irregulares, o de hecho, sirve justamente para indicar aquellas sociedades mercantiles que, en su constitución, no han observado las normas de forma y de publicidad, sancionadas para la constitución de las sociedades de comercio (artículo 98)” (104).

Brunetti (105) dice: “se habla también de las sociedades de hecho, esto es, existe de hecho, pero la expresión es poco significativa. Es preferible la de irregular, porque hace comprender que la ley las reconoce como tales, y como tales, las somete a una disciplina adecuada”.

“Para Carvalho De Mendoca la sociedad irregular es, únicamente, la que carece de las formalidades legales de constitución, mientras que la sociedad de hecho es la que estando viciada de nulidad, ha actuado y contratado —de hecho— como si se tratara de una sociedad válida. Para otro autor brasileiro —Waldemar M. Ferreira— la sociedad de hecho sería la que omitió todas las formalidades mientras que la sociedad irregular sería tan sólo la que, establecida por escrito, no se ha registrado” (106).

Por su parte Soprano (107) acertadamente refiere que: “La tan censurada denominación de sociedad de hecho, es también de aquellas denominaciones que aunque científicamente son imprecisas expresan eficazmente la concepción de la conciencia jurídica vulgar”.

Finalmente Salandra (108) escribe “aunque la sociedad sea nula y provoque su anulamiento por un vicio sustancial, sin embargo, existe como sociedad de hecho”, y agrega que en su concepto “la sociedad irregular no es un tipo de sociedad mercantil reconocido por la ley y distinto de la sociedad regular, ni un estado de hecho ignorado por el

(104) Ascarelli, Notas de Derecho..., Pág. 111.

(105) Citado por Rodríguez Rodríguez, El Sistema de..., Pág. 138.

(106) Citados por Mezzera Alvarez Rodolfo, Curso de Derecho Comercial, Pág. 99, Tomo II, Editorial Organización Medina, Montevideo 1952, Núm. 213.

(107) Soprano Enrico, Trattato Teorico-Prattico delle Società Commerciale, 1934, Núm. 136.

(108) Ob. Cit. Pág. 30, Núm. 8.

derecho. Es una fase de la constitución legal de la sociedad mercantil, en el curso de la cual se producen determinadas consecuencias jurídicas”.

De lo expuesto se infiere que la sociedad mercantil no tiene existencia sino hasta que se llenan las formas de publicidad; si falta ésta, la situación interna “se regula en su totalidad por el acto constitutivo” (109); la externa se rige por la situación social aparente “tal como resulta de las manifestaciones externas de la sociedad que puede o no corresponder al contenido del acto constitutivo” (110).

No se encuentra en el Código de Comercio que se comenta ninguna norma que prive a las sociedades irregulares de personalidad jurídica; en virtud de que gozan de dicha personalidad tienen también todos los atributos correspondientes y que son el nombre, domicilio, nacionalidad y patrimonio distinto del de cada uno de los socios; el de mayor importancia es éste último. La razón de ello es que en las relaciones patrimoniales surgen las mayores dificultades, sobre todo tratándose de sociedades irregulares.

En el sistema italiano, la irregularidad no importa la nulidad de la sociedad. Esta existe a pesar de ser irregular, y existe como sujeto de derecho, distinto de la persona de los socios, tanto que el patrimonio social es siempre un patrimonio distinto del patrimonio de los socios. El Código, en efecto, frente a la no observancia de las normas de forma y de publicidad establecidas para la constitución de las sociedades, quiere proteger a los acreedores sociales. Por eso reconoce, por un lado la existencia de la sociedad y por ende la constitución de un patrimonio social separado, no sujeto a medidas de ejecución por parte de los acreedores particulares de los socios, y, por otro lado, dicta una serie de sanciones en contra de las sociedades irregulares, y confiere a sus acreedores derechos particulares.

En el mismo sentido, Ascarelli (111) dice que: “Doc-

(109) Vivante, Ob. Cit., Pág. 25.

(110) Salandra, Ob. Cit., Pág. 40, Núm. 12.

(111) Citado por Rodríguez Rodríguez, Tratado de..., Pág. 207.

trina y jurisprudencia convienen hoy en día en reconocer que las sociedades irregulares son personas jurídicas distintas de los socios que las componen; personas jurídicas sujetas a las mismas normas dictadas en cuanto a las sociedades regulares del tipo correspondiente, salvo naturalmente la aplicación de las sanciones específicas ahora mencionadas. Por lo que será aplicable también en materia de sociedades irregulares el artículo 85 del Código de comercio que prohíbe al acreedor particular accionar contra los bienes aportados en sociedad”.

“Las personas jurídicas son poderosas organizaciones, sociales que desempeñan importante papel en la vida...” (112).

A mayor abundamiento Vivante (113) escribe: “La sociedad es, por tanto, una persona jurídica que tiene un contenido real, es decir, una voluntad propia, organizada en defensa de su propio fin. La ley la reconoce pero no la crea. La ley reconoce como sujeto de derecho a un ente que ya existe en la realidad. Si la ley no dijese nada de las Sociedades, con ello, no sólo padecería el ejercicio de estas instituciones: padecería el mismo ordenamiento jurídico, que pecaría de una grave y desmesurada laguna, si el derecho ha de ir de acuerdo con la vida, debe reconocerlas, porque ellas constituyen otros tantos sujetos de actividad económica y jurídica, realmente existentes”.

El patrimonio social está formado por un conjunto de bienes que aportan los socios y que pertenecen a la sociedad y son distintos de los propios de cada socio. Este patrimonio garantiza los créditos de los acreedores sociales, y los particulares de cada socio no podrán hacer efectivos sus créditos en bienes de la sociedad.

Los acreedores de este tipo de sociedades pueden hacer efectivos sus créditos en tres formas:

(112) Ferrara Francisco, *Teoría de las Personas Jurídicas*, Pág. 136, Editorial Reus, Madrid 1929.

(113) *Ob. Cit.*, Pág. 8.

I.—Están facultados para considerar a la sociedad como constituida legalmente y ejercitar sus acciones en contra de ella.

II.—Como los acreedores deben probar la existencia de la sociedad, la ley ha concedido el beneficio de poder obrar directamente contra aquellas personas con quienes contrataron, puesto que ellas tienen responsabilidad ilimitada. Estas dos acciones pueden ejercers simultáneamente.

III.—Los acreedores tienen también la posibilidad de demandar a la sociedad, y cuando su irregularidad sea probada, hacer intervenir en la responsabilidad a los socios con quienes contrataron.

En las sociedades en que los socios tienen responsabilidad limitada, ésta se transforma en ilimitada para aquellos que actúan en nombre de la sociedad, cuando ésta es irregular.

En las de responsabilidad ilimitada, la situación de los socios también se agrava puesto que su responsabilidad no será subsidiaria, sino que los acreedores podrán enderezar sus acciones en contra de ellos aun sin demandar previamente a la sociedad.

La responsabilidad ilimitada de los socios que actúan en nombre de la sociedad, surge desde el primer día en que ésta queda constituida y en muchas ocasiones antes de que exista, hasta que se transforma en sociedad legal, o es disuelta, ya voluntariamente o por disposición judicial.

Ahora bien, en la doctrina, distinguidos autores opinan que no debe otorgarse personalidad jurídica a las sociedades irregulares.

Bonelli (114), conceptúa la sociedad irregular “como un contrato social incapaz de dar vida a una persona jurídica; según su opinión, la observancia de los anuncios es esencial para la existencia de la persona jurídica; sin dichos anuncios no hay tal, pues que el contrato no da vida a la persona jurídica si no va seguido de aquella publicidad”.

“Según nuestra opinión, esta concepción carece de fun-

(114) Citado por Vivante, Pág. 61, Inciso 331 Bis.

damento, porque el contrato y la persona jurídica se constituyen simultáneamente por la voluntad de los contratantes y sufren ambos las mismas vicisitudes. Opinamos que la voluntad de los socios se halla encaminada desde el principio a la creación de una Sociedad Mercantil, es decir, de un ente provisto de personalidad propia y manifiesta, de modo que el contrato y la persona jurídica se maduran simultáneamente, y cuando aquél es definitivo porque los socios no pueden pedir la disolución, entonces la persona jurídica adquiere también su perfecta autonomía.

En la formación de las sociedades mercantiles la persona jurídica no surge como por un abrir y cerrar de ojos cuando el contrato ha llegado a ser irresoluble. Por la misma declaración de voluntad de los socios, quienes ponen en común sus energías, nace el contrato y el ente colectivo, como el órgano necesario para el fin social que se proponen. Sucesivamente el contrato se dirige por las vías legales a la adquisición de su asiento definitivo y el ente procede a la consecución de su perfección, de modo que cuando el contrato ha alcanzado su irresolubilidad, el ente jurídico ha conseguido su estabilidad definitiva; los anuncios surten a un mismo tiempo ambos efectos, la irrevocabilidad del contrato y la estabilidad del ente para mientras dure (artículo 99). Contrato y persona toman simultáneamente este asiento definitivo; las mismas vicisitudes que hacen nacer, transformar y disolver el contrato y que extienden su esfera de acción a nuevos domicilios o a nuevos ramos del comercio, dan origen, transforman y disuelven la persona jurídica y multiplican sus domicilios y representaciones: crecen inseparablemente como el tronco y la corteza, como la sustancia y la forma.

La sociedad irregular que haya ejercido durante muchos años su actividad mercantil para venirla a terminar mediante una liquidación honrada, con la quiebra, ha vivido como un ente jurídico, aun cuando defectuosa; las diferentes fases de disolución, liquidación y eventual quiebra por que debe pasar, confirman el concepto de que la sociedad ha existido como persona jurídica, no obstante su irregula-

ridad. ¡La liquidación del patrimonio dejado por un difunto demuestra muy a las claras que éste ha vivido, aunque no exista en el Registro su partida de nacimiento!” (115).

Salandra (116) escribe: “hay quienes sostienen que la autonomía jurídica surge de la simple celebración del contrato, pero que tal tesis no es exacta, porque, es preciso además, que a dicha celebración le otorgue la ley el efecto de crear dicha autonomía, en ese caso si **ipso jure**, surge la autonomía si es que la sociedad se ha ostentado como tal ante los terceros, porque si permanece oculta, no se forma sino una simple comunidad, y los acreedores particulares de los socios no encontrarán la barrera de la autonomía al ejercitar sus acciones, ni podrán tener preferencia sobre ellos los acreedores del patrimonio social”.

Finalmente, Dominedo (117) estima que la sociedad irregular “es un sujeto de derecho, pero con una personalidad aminorada o atenuada: esto quiere decir, que la sociedad irregular es una persona a la que se aplican las reglas generales que caracterizan la situación jurídica de estos entes, pero la falta de publicidad, hace que los efectos de la personalidad no sean plenos, siendo esta carencia de efectos la que delimita el concepto de la sociedad irregular”.

Del reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas morales que nos ocupamos derivan las consecuencias que señala Salandra (118):

- a) La capacidad de ser sujeto activo de derechos.
- b) La capacidad de obligarse, es decir de ser sujeto pasivo de derechos.
- c) La capacidad de comparecer a juicio como actora o demandada frente a terceros o frente a los propios socios.
- d) La posibilidad de ser declarada en quiebra”.

(115) Vivante, Ob. Cit., Págs. 61 y 62, Inciso 331 Bis.

(116) Salandra, Ob. Cit., Pág. 74, Núm. 23.

(117) Dominedo Francesco Maria, Il Problema Delle Società Irregolari, Pág. 5, Roma 1929.

(118) Ob. Cit., Pág. 101, Núm. 29.

“El reconocimiento de la autonomía o personalidad jurídica de las sociedades irregulares es el corolario de una evolución de la jurisprudencia, que ha durado 40 años” (119).

La sociedad irregular no es de un solo tipo: “en las relaciones internas es del tipo fijado en los estatutos y en las externas la sociedad es del tipo que ha aparecido objetivamente a los terceros” (120).

“Pero cuando en el contrato los socios hayan declarado querer constituir una sociedad de hecho, y no sea posible deducir por los pactos establecidos una intención directa a esclarecer uno u otro tipo de sociedad, se debe considerar que son aplicables las formas de publicidad requeridas para las sociedades en nombre colectivo por el art. 2296 C. Civ. (que a falta del registro de las empresas, no instituido todavía, son sustituidas por aquéllas que requería el art. 90 del C. Co.), ya que por un lado el art. 2249 C. Civ. con norma imperativa impone a las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad comercial de constituirse según uno de los tipos regulados por el código (sociedades típicas), y por otro lado, donde no resultase expresamente manifestada la voluntad de los socios, valer frente a los terceros, a limitar la propia responsabilidad por las obligaciones sociales al importe de la cuota conferida por cada uno, se debe considerar en el interés de los terceros y a defensa de su buena fe, que habían pensado permanecer vinculados personal, solidaria e ilimitadamente” (121).

“Desde 1931, “ha prevalecido el pensamiento, conforme con las exigencias de la vida de los negocios, de que debe tenerse en cuenta el modo de presentarse al público la sociedad” (122).

Salandra (123) refiere que “el estado de irregularidad de una sociedad mercantil es esencialmente externo, debi-

(119) Salandra, Ob. Cit., Pág. 74. 74. Nota 1.

(120) Salandra, Ob. Cit., Pág. 110, Núm. 31.

(121) Angeloni, Ob. Cit., Pág. 58.

(122) Salandra, Citado por Rodríguez Rodríguez, Tratado de..., Pág. 182.

(123) Ob. Cit., Pág. 146, Núm. 39.

do a que proviene de la falta de cumplimiento de la forma que la ley estima necesaria y suficiente para que la situación jurídica creada por el contrato social, pueda considerarse como conocida por los terceros, y capaz de producir efectos a su respecto. La influencia de la irregularidad, en las relaciones sociales internas, no es más que un reflejo de la situación que han asumido los socios y la sociedad en sus relaciones externas, en ocasión de dicho incumplimiento, los efectos se reducen esencialmente a la inestabilidad del contrato social expuesto a la posibilidad de ejercicio de el derecho de evolución y retiro de que habla el Art. 99”.

“Mientras no se cumplan las prescritas publicaciones, todos aquéllos (administradores, socios o terceros) que operan en nombre de la sociedad, son en toda clase de sociedades, personal y solidariamente responsables de las operaciones realizadas. Así es que los terceros podrán dirigirse ya contra la sociedad misma, y, cuando ésta no puede hacer frente a las obligaciones, contra los socios ilimitadamente responsables. Las dos acciones pueden acumularse, ya que las normas relativas a las Sociedades irregulares se han dictado para la protección de los terceros, no de la Sociedad misma, que no puede aprovecharse de su propia irregularidad” (124); o sea que “A tenor del artículo 98, según la más fundada interpretación, aquellos que operan en nombre de una sociedad irregular (socios, administradores, directores, síndicos, etc.) son personas responsables de la ejecución frente a los terceros de las obligaciones asumidas” (125).

A mayor abundamiento, Rubino (126) dice: “Ahora bien por cuanto considera el punto puro y simple de la responsabilidad —y repetimos, sin retroceder a considerar la naturaleza jurídica de la sociedad en tal fase el problema está todo en aquel inciso: “. . . acuerdo quedando la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios. . . “Esta frase puede ser interpretada de dos maneras. En el primer sentido puede significar que se tiene responsabilidad soli-

(124) Ascarelli, Ob. Cit., Pág. 111.

(125) Ascarelli Tullio, Sociedades y Asociaciones Comerciales, Pág. 114.

(126) Ob. Cit., Fágs. 20 y 21.

daria no sólo de todos los socios entre sí, sino también de éstos con el patrimonio social: esto es los socios no podrán pretender que el acreedor se dirija antes sobre el patrimonio social; no gozaría relativamente a tal patrimonio, del **Beneficium Excussionis**, que, por el contrario les es reconocido después que la sociedad ha sido inscrita en el registro de las empresas (artículo 2304), y que, sea igualmente con cualquier límite, les es reconocido en la sociedad simple (art. 2268)”.

Resumiendo las relaciones internas de los socios en estas sociedades establecen que: los socios tienen derecho a exigir de los gerentes o administradores de la misma, el cumplimiento de los requisitos indispensables para convertirla en sociedad regular; sin embargo, los mismos socios pueden proceder personalmente a tramitar lo necesario a costa de la sociedad.

Concretamente en el caso de la colectiva o comandita simple, los socios pueden pedir la disolución de la sociedad cuando han concluido los términos para la publicación de la escritura. En las sociedades de capitales, los socios tienen derecho a dar por terminada la relación, cuando transcurrido el término de tres meses no se haya efectuado la publicación.

Para concluir, y estando de acuerdo en que las sociedades que nos ocupan —irregulares— gozan de personalidad jurídica, transcribimos el pensamiento de dos distinguidos autores italianos, especialistas en la materia, con referencia a la quiebra: “. . . y hasta se llega a admitir la quiebra de los socios de una sociedad irregular como consecuencia de la quiebra de ésta” (127). “La quiebra de la sociedad irregular, es un corolario necesario de su carácter mercantil y de su autonomía patrimonial, lo mismo que de su ya reconocida capacidad procesal activa y pasiva” (128).

(127) Rodríguez Rodríguez, El Sistema de . . . , Pág. 140.

(128) Salandra, Ob. Cit., Pág. 194, Núm. 51.

El riguroso sistema formalista de los derechos latinos, se refleja en el analizado derecho mexicano.

Refiere De Solá Cañizares (129): "Aunque algunos autores distinguen entre las sociedades con acto constitutivo no publicado, denominadas sociedades irregulares —*società irregolari*— y las sociedades que funcionan en ausencia de acto constitutivo, que serían las sociedades de hecho, el derecho actual aplica las mismas reglas a ambos casos; y según la actual reglamentación, en las sociedades colectivas y comanditarias, mientras la sociedad no está inscrita en el Registro, las relaciones de la sociedad con terceros se regulan por las disposiciones relativas a la sociedad simple", esto es, la que no estando sometida a Registro ni requiriéndose un escrito, no puede ser nunca una sociedad irregular en el sentido de incumplimiento de las formalidades constitutivas.

"En cuanto a las sociedades por acciones, la ley se limita a decir que es con la inscripción en el Registro, que la sociedad adquiere la personalidad jurídica, y que por las operaciones en nombre de la sociedad antes de la inscripción, son responsables personal ilimitada y solidariamente quienes las hayan realizado".

c) España.

La legislación española, al igual que las latinas ya canalizadas contiene normas precisas para la constitución de sociedades mercantiles reconociendo la posibilidad de existencia de sociedades que no se han sometido o cumplido con los requisitos, por lo que tienen el carácter de irregulares.

El artículo 117 del Código de Comercio Español, en su primera parte establece: "El Contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lí-

(129) De Solá Cañizares Felipe, Tratado de Derecho Comercial Comparado, Pág. 77, Tomo III, Editorial Montaner y Simón, S. A., Barcelona 1963.

citas y honestas con lo que lo constituyan, siempre que no estén expresamente prohibidas por este código”; bien claramente da a entender que nada más hace falta para la existencia de la sociedad, y que el contrato tiene eficacia aunque sólo mediante documento privado y aun un convenio verbal.

El artículo 24 afirma concretamente “la validez **inter partes** de la escritura de sociedad no registrada”; en el mismo sentido, Uría (130): “por tanto, la sociedad existirá como contrato, con validez y efectos meramente **inter partes**, aunque no se haya llenado el requisito formal de la escritura pública”.

El artículo 119 textualmente dice: “Toda compañía de comercio, antes de dar principio a sus operaciones, deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el Artículo 17.

A las mismas formalidades quedarán sujetas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25, las escrituras adicionales que de cualquiera manera modifiquen o alteren el contrato primitivo de la Compañía.

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

Y agrega Langle y Rubio (131): “La compañía merc. existe desde que dos o más personas prestan su consentimiento, haciendo promesa de sus respectivas aportaciones. Se constituye en cualquier forma: no es sustancial el otorgamiento de escritura pública y entender lo contrario sería poner en pugna los art. 117 y 119”.

“Ahora bien, es rigurosamente necesario llenar dos requisitos formales —otorgamiento de escritura pública e

(130) Ob. Cit., Pág. 100, Núm. 107.

(131) Langle y Rubio Emilio, *La Compañía Mercantil Irregular*, Revista de Derecho Mercantil, Pág. 8, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., Madrid 1950.

inscripción de ésta en el Registro Mercantil— para que se produzca el trascendental resultado legal de que nazca una persona jurídica independiente de las personas de los socios, para que sea capaz de realizar por si operaciones comerciales, y para que surta efectos (incluso perjudiciales) con respecto a terceros. Una vez cumplidas ambas formalidades es cuando la compañía queda constituida regularmente y alcanza plena vida jurídica exterior”.

Gay de Montellá (132) afirma: “mientras las condiciones y combinaciones que lo constituyen sean lícitas y honestas y no estén expresamente prohibidas por el código, el contrato es válido, y por tanto, si han concurrido las condiciones esenciales para constituir el contrato, (consentimiento, capacidad, causa, etc.) existe el contrato de compañía mercantil con todos sus atributos de persona jurídica. Salvo la sanción que le aplica la ley por su irregularidad...”. La falta de las formalidades exigidas por el código, como en el ejemplo transcrito, da nacimiento a la sociedad irregular.

La publicidad registral de las sociedades se impone especialmente en favor de los terceros: “(para darles a conocer los estatutos de la persona jurídica con la que contratan, el objeto que persigue, las personas que lo han constituido, las que lo representan y administran, el capital aportado, etc.) y se rigen por el artículo 21 del Código de Comercio” (133).

Refiere Langle y Rubio (134) que “cuando los españoles hablamos de sociedad irregular, nos referimos a la que omite las formalidades constitutivas (escritura pública y registro). Y añade: “Para nosotros, los vicios o ausencia de las condiciones de fondo de la sociedad (requisitos esenciales del contrato) sitúan en el terreno de la nulidad; pero la

(132) Gay de Montellá Rafael, Código de Comercio Español Comentado, Pág. 51, Tomo II.

(133) Uría, Ob. Cit., Pág. 101, Núm. 108.

(134) Ob. Cit. Págs 17 y 18.

carencia de los requisitos de forma origina la simple irregularidad”.

Con respecto a la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, en España G. Echávarri (135) y Gay de Montellá (136) afirman la personalidad jurídica; el primero de estos autores ha sostenido que la sociedad irregular vale como persona moral: “Aunque todas las disposiciones de la ley han querido admitir solamente la existencia de las personas morales como creación de la ley, las necesidades económicas se han impuesto a juristas y legisladores y esto es de gran importancia en el orden sociológico que tiene que admitir la existencia de las personas morales de hecho aún cuando estén fuera de la ley”.

Y entre los adversarios se encuentran Alvarez del Manzano (137), Bonilla-Miñana (138), Lorenzo de Benito (139), Ponsa Gil (140), Garríguez (141) y Langle y Rubio. Escribe este último: “Tal es nuestro juicio la posición del Derecho español y así lo ha proclamado el Tribunal Supremo. Ahora bien, esto no debe llevar a deducir consecuencias lógicas absolutas, sino sufrir ciertas atenuaciones por exigencias de la realidad. En las relaciones entre el socio y la colectividad hay separación entre el patrimonio individual y el común. En el aspecto externo, no hay titularidad del patrimonio social, pero es forzoso reconocer ciertos efectos...” (142).

Más adelante agrega: “Que como el contrato social puede ser utilizado por el tercero en lo favorable para él, queda así proclamado que la compañía irregular tiene existencia, al menos parcial.

Así lo hemos admitido anteriormente. Pero el alcance

(135) Citado por Langle y Rubio, Ob. Cit., Pág. 20.

(136) Ibid.

(137) Ibid.

(138) Ibid.

(139) Ibid.

(140) Ibid.

(141) Ibid.

(142) Citado por Langle y Rubio, Ob. Cit., Pág. 21.

del art. 24 se limita a lo referente a la publicidad material del Registro mercantil. Además, esta disposición parte del hecho de que exista escritura pública y no tendrá aplicación si sólo hay convenio verbal o documento privado, el caso más frecuente de irregularidad. Por último, aunque sea dado a los terceros utilizar la escritura en lo favorable, ello no implica el reconocimiento de la personalidad jurídica de la entidad, en todo ni en parte; sólo es una sanción cuya amenaza puede servir de estímulo para que se decida a inscribir el documento público”.

Respecto de las personas jurídicas De Benito (143) dice: “la doctrina, a nuestro parecer aceptable, es aquella por la cual se considera a las personas jurídicas como verdaderos sujetos de Derecho (público y privado), con una voluntad social y un patrimonio exclusivamente adscrito, no al fin, sino al ser jurídico que resulte de la coordinación de estos elementos. Después de este análisis, fácil nos ha de ser ofrecer una definición de lo que sea la persona jurídica pudiendo decir que es aquella unidad jurídica resultado de una ordenación hacia un fin de Derecho público o privado, en la que figuran como componentes personas individuales cuya suma de voluntad engendra una nueva voluntad colectiva, capaz del ejercicio de derechos patrimoniales frente a terceros y aun a sus propios componentes. En esta definición se tienen en cuenta, no sólo las condiciones constitutivas de la persona jurídica, sino los caracteres definidores de la misma”. Y termina escribiendo: “Sociedades mercantiles son aquéllas cuyo fin sea practicar actos de comercio. Poco importa que los socios sean o no comerciantes”.

“Declara el Co. que es mercantil la compañía si se ha constituido con arreglo a las disposiciones del mismo y diríase a **sensu contrario** que si no cumple lo ordenado por el art. 119, sólo será una sociedad civil. Pero nada habría tan equivocado como este razonamiento, conforme al cual o la sociedad es regular o no es mercantil.

(143) Ob. Cit., Págs. 259 y 261, Núms. 33 y 37.

A tal concepción debemos oponer:

1º.—“Que el contrato de compañía merc. existe cualquiera que sea la forma en que se celebre.

2º.—Que ni la escritura pública, ni las inscripción registral, son solemnidades necesarias para la eficacia de tal contrato, sino condiciones legales para el reconocimiento de la personalidad social y de sus efectos.

3º.—Que las Sociedades merc. por la naturaleza o índole de sus operaciones, esto es, por su objeto. Siendo éste comercial, poco importa las formalidades externas para decidir sobre la calificación que una Sociedad merece; y

4º.—Que si la sociedad irregular no pudiese ser merc., no podría aplicársele el Co. y, en consecuencia, no sería observado su artículo 120 (declarativo de la responsabilidad de los gestores); pues el Co. rige para los actos de comercio y no para los actos civiles.

Entendemos en conclusión que los términos merc. e irregular no son incompatibles, ni tienen por qué serlo. Ante una sociedad merc. defectuosa, no hay que volver la espalda al Co. y acogerse al Cc.” (144).

El contenido de los artículos 24, 116 y 120, nos remiten al régimen de las sociedades irregulares.

Artículo 24.—Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien sin embargo podrá utilizarlos en lo favorable.

Es decir, que los terceros no se ven perjudicados por la omisión de los socios, “pero atendiendo a las disposiciones del derecho común, la doctrina española reconoce en favor de los terceros interesados una acción de nulidad que pueden ejercitar en todo momento” (145).

(144) Langle y Rubio, Manual de Derecho Mercantil Español, Pág. 424 y 425, Núm. 41, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 1950.

(145) Gay de Montellá, Ob. Cit., Pág. 54.

Artículo 116.—El contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes. industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

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

Lo que da el carácter mercantil a las sociedades —según el artículo transcrito— es su constitución conforme a las prescripciones del código, y las sociedades irregulares son aquéllas que no han cumplido con las dichas prescripciones; pero lo que verdaderamente da el carácter de mercantil, es el objeto, el fin, que es la realización de actos de comercio.

La parte *in fine* del artículo que se comenta, no otorga personalidad jurídica a las sociedades que no están debidamente constituidas en escritura pública y consecuentemente inscritas en el registro mercantil. Sin embargo y a pesar de su irregularidad, tienen nombre, domicilio, patrimonio distinto del de los socios, deudores y acreedores con las consiguientes deudas y créditos, por lo que debe aceptarse que estas sociedades son personas jurídicas con independencia de las personas que integren su constitución.

Artículo 120.—Los encargados de la gestión social que contraviniere a lo dispuesto en el artículo anterior, serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la compañía con quienes hubieren contratado en nombre de la misma.

Concretamente en la sociedad anónima regular, los mandatarios tienen responsabilidad hasta el monto de su aportación; en las sociedades irregulares, son responsables solidaria y personalmente en las operaciones realizadas en nombre de la sociedad.

En las sociedades colectivas y comanditas, la responsabilidad de los socios es solidaria y personal en ambos tipos de sociedades, de lo que resulta la ineficacia de la sanción del transcrito artículo 120.

Concluimos que el cumplimiento de las formalidades señaladas por el código en la constitución de compañías mercantiles, da origen a las sociedades irregulares en el Derecho Positivo Español, lo que produce validez entre los socios y con respecto a los terceros, sólo en lo que les es favorable; la responsabilidad de los administradores y de los socios que contraten a nombre de la sociedad, es solidaria y personal siempre, y, consecuencia de todo lo anterior, es el reconocimiento de la personalidad jurídica.

Modernamente, De Solá Cañizares (146) escribe: “se habla de sociedades irregulares de primer grado, que son las que no han cumplido el requisito de la inscripción y de segundo grado cuando han omitido la escritura pública.

“En cuanto a las sociedades de personas, la sociedad irregular produce todos sus efectos en el orden interno”, —de conformidad con el ya citado artículo 117 del Código de Comercio—, “de suerte que la doctrina y la jurisprudencia admiten la existencia de la sociedad entre los socios, e incluso la jurisprudencia reciente afirma que la irregularidad de la sociedad no impide la calificación mercantil a la sociedad (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1945). Pero, en el aspecto externo de las relaciones con terceros, la irregularidad produce efectos, pues la sociedad no es persona jurídica (Art. 116 del Código de Comercio. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1945), los encargados de la gestión social serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la sociedad con quienes hubieren contratado en nombre de la sociedad misma.

Pero en lo relativo a las sociedades anónimas, desde la reciente reforma (Ley de 18 de julio de 1951, art. 6), la sociedad irregular no existe, porque sin escritura y sin inscripción, la sociedad anónima no se constituye, no ya sólo como persona jurídica, sino tampoco como situación o vínculo estable de la sociedad, sin que pueda hacerse distinción

(146) Ob. Cit., Pág. 78.

entre efectos internos y externos, todo ello sin perjuicio de que la validez de los contratos concluidos en nombre de la sociedad, antes de la inscripción, quede subordinada a esta inscripción y a la aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses, sin lo cual serán responsables solidariamente las personas que hubieren contratado en nombre de la sociedad (art. 7 Ley de 1951)".

Refiere Garríguez (147) acertadamente: "Por fortuna, la nueva ley de sociedades anónimas, al regular la constitución de la sociedad, ha dictado normas que, por ser más claras que las del C. de c., eliminan las oscuridades y vacilaciones de las que no ha conseguido liberarse, pese a todos sus esfuerzos, la doctrina de la llamada sociedad irregular. Esta doctrina tendía a salvar los efectos de una voluntad contractual de los interesados, dirigida a crear el vínculo social, aunque faltasen los requisitos exigidos para la concesión de personalidad jurídica a la sociedad proyectada. Para salvar esa manifestación de voluntad se había recurrido al art. 117 del C. de c., interpretándolo en el sentido de que admitía los efectos internos de todo contrato de sociedad mercantil, cualquiera que fuese su forma.

Esta expresión se tomaba en el sentido de forma del contrato, a pesar de que los redactores del C. de c. probablemente habían pensado en la forma de la sociedad y no en la del documento de sociedad (recordemos que antes de publicarse el C. de c. la forma de constituirse la sociedad, es decir, la forma colectiva, comanditaria o anónima, servía para distinguir las sociedades mercantiles de las civiles). Llevando esta interpretación a sus últimas consecuencias, tanto la doctrina española como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dieron de lado el texto categórico del art. 52, cuyo párrafo final es perfectamente compatible con la otra interpretación que para el art. 117 acabamos de indicar. Claramente dice el art. 52 que los contratos que con arreglo al Código o a las leyes especiales deban reducirse a escritu-

(147) Garríguez Joaquín y Uría Rodrigo, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Pág. 72, Tomo I, Madrid.

ra no producirán obligación ni acción en juicio. Surgió de este modo la doctrina española de la sociedad mercantil irregular y con ella la distinción entre el aspecto interno y el externo de estas sociedades irregulares, cuyo nombre, aunque no se halle en el C. de c., penetró entre nosotros cobijado en el prestigio de la doctrina italiana y a pesar de que ésta se funda en textos legales que no tienen correspondencia alguna con los de nuestro Derecho vigente. Según la doctrina de la sociedad irregular, la escritura de sociedad no inscrita o el contrato de sociedad hecho en simple documento privado, implican un contrato válido y eficaz entre los contratantes”.

Más adelante agrega: “Se dice que en la sociedad irregular los efectos son meramente internos”.

Finalmente: el artículo 60. de la ley que comentamos se ha redactado de suerte que cierra la posibilidad de existencia de este tipo híbrido y monstruoso de las sociedades anónimas sin personalidad jurídica y, por tanto, sin limitación de responsabilidad por las deudas sociales. Con ello se eliminan de golpe todas las dificultades, oscuridades y vacilaciones que la doctrina de la sociedad irregular trae consigo.

Por lo expuesto con antelación, en el capítulo dedicado al Derecho Comparado, estamos de acuerdo con Rodríguez Rodríguez (148) cuando escribe que desde el punto de vista histórico-comparado, se llega a las siguientes conclusiones:

1°.—En su origen las sociedades mercantiles se constituían, con toda su trascendencia jurídica, sin formalidades;

2°.—La nulidad establecida en derecho francés, por motivo de policía, encontró desde un principio la más franca repulsa en la experiencia y en la doctrina;

3°.—Los países que en tales casos admitían expresamente en sus textos legales la nulidad, han visto la desaparición de esta rigidez formal y substitución por una interpretación amplia que admite la existencia de sociedades irregulares;

(148) El Sistema de..., Pág. 156.

4°.—En los países de legislación más progresista, la nulidad de las sociedades irregulares está totalmente excluída;

5°.—Las tendencias más modernas doctrinales, jurisprudenciales y legales se inclinan decididamente por el reconocimiento de la validez contractual e institucional de las sociedades irregulares.

BIBLIOGRAFIA

- ANGELONI Vittorio:** Regularizzazione di Società Irregolari, Diritto Fallimentari, 1a. parte, Roma 1949.
- ARCE Fernando G.:** De la Intervención Judicial y del Ministerio Público en la Tramitación del Registro de las Escrituras Constitutivas de Sociedades Mercantiles, Editorial Jus, México 1947.
- ASCARELLI Tullio:** Derecho Mercantil Notas de Derecho Mexicano por el Dr. Joaquín Rodríguez Rodríguez, México 1946. Sociedades y Asociaciones Comerciales, Distribuidores Porrúa Hermanos y Cía., Buenos Aires 1947.
- BARRERA GRAF Jorge:** Tratado de Derecho Mercantil, Volumen I, Editorial Porrúa, S. A., México 1957. Evolución de las Sociedades Anónimas en Derecho Mexicano, Boletín del Instituto de Derecho Comparado, México 1961.
- BONNECASE Julien:** Elementos del Derecho Civil, Tomo II, Editorial M. Cajica Jr.
- BORJA SORIANO Manuel:** Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Porrúa, S. A., 2a. Edición, México 1953.

- CASTAN TOBEÑAS** José: Derecho Civil Común y Foral Tomo III, Madrid 1959.
- CLEMENTE DE DIEGO** Felipe: Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Madrid 1959.
- DE BENITO** José Lorenzo: Personalidad Jurídica de las Sociedades Mercantiles, Tomo XXIII, Revista de Derecho Privado, Madrid 1936.
- DE PAULA RUANO-BA** Francisco: Lecciones de Derecho Civil Formadas por las Doctrinas de Varios Autores, Tomo II, Puebla 1871.
- DE SOLA CAÑIZARES** Felipe: Tratado de Derecho Comercial Comparado, Tomo III, Editorial Montaner y Simón, S. A., Barcelona 1963.
- DELUCENAY** Georges: Des Sociétés de Fait en Droit Français, Dijón 1910.
- DICCIONARIO HISPANICO UNIVERSAL**
- DOMINEDO** Francesco Maria: II Problema Delle Società Irregolari, Roma 1929.
- FERRARA** Francisco: Teoría de las Personas Jurídicas, Madrid 1929, Editorial Reus.
- FISHER** Rodolfo: Las Sociedades Anónimas, su Régimen Jurídico, Editorial Reus, S. A. Madrid 1934.
- FLORIS MARGADANT** Guillermo: El Derecho Privado Romano, Editorial Esfinge, México 1960.
- GAY DE MONTELLA** Rafael: Código de Comercio Español Comentado, Tomo II.

- GARRIGUEZ Joaquín y URÍA Rodrigo:** Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo I, Madrid.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ Ernesto:** Derecho de las Obligaciones, Editorial Cajica, Puebla, México.
- HAUPIN C. y BOSVIEUX H.:** Traité Général Théorique et Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales et des Associations, Tomo I, París 1926, 2a. Edición.
- HEMARD Joseph:** Théorie et Pratique des Nullités de Sociétés et des Sociétés de Fait, 2a. Edición, París 1926.
- KELSEN Hans:** El Contrato y El Tratado Analizado desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho, Imprenta Universitaria, 1943.
- LANGLE Y RUBIO Emilio:** Manual de Derecho Mercantil Español, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 1950.
- LOUBERS Henry:** Revista de Derecho Mercantil, La Compañía Mercantil Irregular, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., Madrid 1950.
- LOUBERS Henry:** Essai d'une Théorie Générale des Sociétés de Fait, París 1908.
- MANTILLA MOLINA Roberto L.:** Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S. A., México 1961. Las Acciones de las Sociedades Mercantiles, Escuela Nacional de Jurisprudencia, Doctorado en Derecho, Reimpresión de 1965, Curso Monográfico.
- MEZZERA ALVAREZ Rodolfo:** Curso de Derecho Comercial, Tomo II, Editorial Organización Medina, Montevideo 1952.

- MORENO CORA Silvestre:** Tratado de Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Herrero, México 1905.
- PALLARES Eduardo:** Tratado Elemental de Sociedades Mercantiles, Antigua Librería Robredo, México 1965.
- PALLARES Jacinto:** Derecho Mercantil Mexicano, Tomo I, 1891.
- PETIT EUGENE:** Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, S. A., México, D. F. 1953.
- PIC Paul:** Des Sociétés Commerciales, Tomo I, Editorial Rousseau, París 1848.
- PLANIOL Marcel y RIPERT George:** Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo VI. Editorial Cultura, S. A., La Habana, Cuba 1946.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ Joaquín:** Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, 2a. Edición, México. El Sistema de Sociedades Irregulares en el Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Jus, México 1941. Tratado de Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, S. A., México 1947.
- ROJINA VILLEGAS Rafael:** Derecho Civil Mexicano, Tomo VI, Volumen I. Teoría General de las Obligaciones de Crédito, Ediciones Encuadernables, El Nacional, México 1943.
- RUBINO Domenico:** In Tema di Responsabilità di Società Irregolari in Nome Collettivo ed Accomandita Semplice, Rivista di Diritto Commerciale, Tomo I, Milán 1946.

- SALANDRA Vittorio:** *La Società Irregolari nel Diritto Vigente*, Roma 1931.
- SOPRANO Enrico:** *L'Assamblea Generale Degli Azionisti*, Editorial Vallardi, Milán 1914. *Tratado Teorico-Practico delle Società Commerciale*, 1934.
- TRAVIESAS M. Miguel:** *Revista de Derecho Privado*, Tomo VIII, Madrid 1921.
- URIA Rodrigo:** *Derecho Mercantil*, Madrid 1958.
- VIVANTE César:** *Derecho Mercantil*, Madrid 1958. *lumen II*, Editorial Reus, S. A., Madrid 1932.