

~~Vol-8-Tesis-3~~

1931

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA

8-2-31  
FACULTAD DE DERECHO

Y CIENCIAS SOCIALES

Errores e Insuficiencia de nuestra  
Legislación Mercantil en Materia  
de Sociedades de Hecho

T E S I S

que para obtener el  
título de Licenciado  
en Derecho presenta

JOSE M. SEVILLA

- México -  
- 1931 -

"Acuña Hnos"



DERECHO



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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 mis queridos padres:

J. Refugio Sevilla y  
Mercedes R. de Sevilla

## ERRORES E INSUFICIENCIA DE NUESTRA LEGISLACION MERCANTIL EN MATERIA DE SOCIEDADES DE HECHO.

En el derecho positivo existen normas conforme a las cuales deben organizarse las sociedades tanto civiles como comerciales cuya inobservancia está debidamente sancionada; en cuanto a las segundas de dichas sociedades los requisitos de formación establecidos por la ley son más o menos rigurosos según que se trate de las constituidas in tuitu personae o de aquellas que podríamos denominar de capitales; en la reglamentación de estas últimas el legislador se muestra exageradamente escrupuloso siendo este el motivo por el cual frecuentemente nos encontramos en la práctica muchas sociedades que han funcionado sin haber satisfecho las exigencias impuestas por la ley creando situaciones de hecho que dejaron en el olvido los redactores de nuestro Código de Comercio vigente.-

Los jueces que tengan que conocer de las cuestiones de nulidad de las sociedades por inobservancia de los requisitos legales de constitución, se encontrarán en situaciones sumamente embarazosas debido a que no existen preceptos que estatuyan lo que deba hacerse en esos casos; esta insuficiencia de la ley los obligará a recurrir a la doctrina y la jurisprudencia para dar a las cuestiones que ante ellos se presenten soluciones más o menos equitativas.-

Una sociedad nula no producirá ningún efecto para el futuro, pero la dificultad aparece cuando se trata de determinar si es de darse o no algún valor legal a los actos que realizó la sociedad durante su existencia; si se tratase de aplicar el sistema rígido de las nulidades, esto nos llevaría a resultados desastrosos ya que, por encontrarnos en presencia de nulidades absolutas, tendrían que obrar retroactivamente debiendo desconocerse todo efecto de derecho a los actos verificados por la sociedad; esta solución aunque lógica estaría en desacuerdo completo con la equidad.- Cuando el vicio es inicial, es decir, cuando la nulidad ataca a la sociedad desde su constitución, pero no se han verificado ningunas operaciones entonces no se presenta dificultad alguna, ya que jurídica-

mente no se le reconoce ninguna existencia a la sociedad por tratarse de una situación que es contraria al derecho; en consecuencia no existirán ni la personalidad de la sociedad ni el patrimonio independiente; no estarán obligados ni los asociados ni los terceros, no habrá accionistas ni obligatarios, y en fin se producirán todos los resultados que trae consigo, como consecuencia lógica, la nulidad absoluta.- Pero aplicando este mismo sistema de la nulidad cuando la sociedad ya ha funcionado, llegaríamos a resultados reprobables por todos conceptos, viniendo en estos casos la jurisprudencia a temperar el rigorismo de la teoría, pues la sociedad no obstante el vicio -- que la afecta, ha tenido un pasado y como dice muy bien un autor, desde que la nulidad hace morir a una sociedad -- esto prueba que ella ha vivido, y como es materialmente -- imposible reducir a la nada lo que ya ha sido hecho, los encargados de interpretar y aplicar las leyes se han visto en la necesidad de reconocer que por encima del derecho estricto puramente racional existen los hechos ante los cuales ese mismo derecho tendrá que declararse vencido.-

Primero la jurisprudencia y después la doctrina, fueron reconociendo la necesidad de conceder algún valor a los hechos, valor que era negado por el rigorismo en la aplicación de la ley; se consideró necesario que se arreglaran las cuentas entre los miembros de una sociedad declarada nula.- Malepeyere y Jordán dijeron: "que a pesar de la severidad de la ley la potestad del hecho debe estar por encima de la potestad de la ley, y cuando una sociedad ha existido realmente entre las partes sin haberse llenado las formalidades exigidas por la ley, la jurisprudencia debe aceptar los hechos con sus necesarias consecuencias".- Molinier agrega: "la ley no puede reducir a la nada los hechos realizados".- Se desconocería los principios generales del derecho si se negase a los asociados toda acción para reglamentar los intereses comunes que -- los hechos realizados establecieron entre ellos.- Todavía algunos autores que conceptúan la nulidad como una pena -- consideraron que ésta no está en proporción con la falta cometida; entre estos autores Troplong se expresaba en -- los siguientes terminos: "por ilegal que sea la sociedad, no deja de ser un hecho que ha dado lugar a relaciones so

ciales, no pudiendo desaparecer su pasado sin dejar huellas"; este mismo autor refutando la opinión de Locré de que no debe haber comunidad de pérdidas y ganancias entre los asociados dice que eso equivaldría a convertir a las sociedades nulas en un estado salvaje donde no hubiera ni derecho ni protección.-

Cuando ha funcionado una sociedad no se puede tratar al conjunto de operaciones sociales como se trataría una sola operación aislada en cuanto a los efectos de las nulidades susceptibles de afectarlas, puesto que tratándose únicamente de una operación cualquiera como por ejemplo - la compra de una casa, por ser este un contrato que podríamos llamar instantáneo porque se verifica en una o varias operaciones u actos determinados, es muy fácil destruir el pasado cuando dicho contrato esté viciado de nulidad.- Lo contrario sucede con los contratos denominados sucesivos tales como el arrendamiento, el de seguros y el de sociedad que implican una duración más o menos prolongada y desenvuelven sus efectos poco a poco, pues no sería posible hacer que en ellos la nulidad obrara retroactivamente para conseguir poner las cosas en su estado primitivo.-

La doctrina lo mismo que la jurisprudencia han logrado que se conceda valor jurídico al estado de hecho de la sociedad, es decir, que se transforme en estado de derecho conciliando el concepto jurídico de la nulidad con la realidad práctica de la existencia de la sociedad.-

La expresión "sociedades de hecho" la encontramos en las legislaciones de Alemania, Bélgica, Francia y Estados Unidos; nuestros legisladores imitaron a esas legislaciones al expresar en el Art. 2222 del Código Civil: "si se formare de hecho una sociedad etc.".-

En Italia no es muy bien aceptada esa denominación y se le sustituyó por la de "sociedades irregulares" que, según un jurisconsulto italiano, es más expresiva que la anterior.-

Algunos han pretendido que sea proscrita del lenguaje jurídico la expresión "sociedades de hecho" porque sometiéndola a una rigurosa crítica se descubre que viene a designar un absurdo ya que los hechos nunca pueden constituir, o mejor dicho, crear un lazo social entre las personas, puesto que en toda sociedad la voluntad de las perso

Las es la que juega el principal papel, y precisamente -- por la imposibilidad material de anular por completo esa voluntad productora de hechos es por lo que se ha reconocido valor jurídico a la sociedad.-- En nuestro concepto tanto la denominación "sociedades de hecho" como la de "sociedades irregulares" pecan de imprecisas pues se usan para expresar situaciones todavía mal definidas.--

Como atinadamente hace notar un jurisconsulto francés, las sociedades no constituidas con sujeción a las -- prescripciones legales son motivo de trastornos y de dificultades tanto en el orden económico como en el jurídico; económicamente perjudican la seguridad de las relaciones comerciales porque existen sociedades nulas que en apariencia se constituyeron con las solemnidades prescritas por la ley sin otro objeto que el de defraudar al público para enriquecer indebidamente a sus fundadores; desde el punto de vista jurídico las sociedades de hecho constituyen un grave peligro para todas las personas que tratan con ellas debido a lo incierto de su situación, porque no es posible juzgar, sin temor de sufrir equivocación, sobre la legalidad o ilegalidad de dichas sociedades y sobre las consecuencias que pueda tener el hecho de entrar en relaciones con ellas.--

De esas dificultades y trastornos que ocasionan nace la necesidad de que se establezcan normas legales que determinen la situación de las sociedades de hecho.-- En -- nuestro Código de Comercio todavía en vigor, no encontramos disposición alguna que hable de sociedades formadas en contravención de los requisitos de constitución establecidos por el mismo ordenamiento, dejado ver a las claras que a sus redactores ni siquiera se les ocurrió que en la práctica pudieran presentarse situaciones semejantes.-- Parece que la mente de nuestros legisladores al establecer el rigorismo de la escritura pública con sus indispensables cláusulas, que convierte este requisito de forma en una verdadera solemnidad al estilo de las del derecho romano de los primeros tiempos, fué la de garantizar debidamente los intereses de los terceros que tuvieron que entrar en relaciones con las sociedades, sin tomar en consideración que el funcionamiento de dichas agrupaciones afecta también de una manera directa a los individuos que las forman y a la colectividad en general.--

Por otra parte se confunde la idea de nulidad con la noción de las sociedades de hecho; la nulidad se produce cuando existen vicios que atacan al contrato mismo, y en cambio cuando sólo hay defectos en la constitución legal de la sociedad, propiamente debe hablarse de irregularidad. - Cuando la nulidad ataca al contrato sólo deja subsistente una comunidad de hecho, y en cambio cuando esa nulidad afecta únicamente a la constitución legal de la sociedad ésta continúa existiendo como sociedad de hecho. -

La sociedad como todos los contratos está sujeta a las condiciones de formación y de validez de los contratos en general. -

La falta de cumplimiento de estas condiciones producirá la nulidad del contrato social de acuerdo con las disposiciones del derecho común, debiendo en este caso aplicarse la teoría general de las nulidades. - Para hablar de las primeras no tenemos sino que recurrir como decimos antes, a la teoría general, la que nos enseña que hay condiciones esenciales para la formación y validez de los contratos sin cuyo cumplimiento no se concibe la existencia de dichos contratos; para su formación todo contrato requiere necesariamente el consentimiento de las partes y un objeto lícito, y para su validez se exige que el consentimiento no esté viciado y que los contratantes tengan capacidad legal; la falta de las condiciones de formación impide que el contrato exista y por lo mismo, trae como lógica consecuencia la nulidad absoluta; en cambio, la no observancia de las condiciones de validez, o mejor dicho, la violación de esas condiciones que presuponen la existencia del contrato sólo produce el resultado de hacer ineficaz ese mismo contrato; podemos decir con un autor francés, que el contrato ha nacido, pero sin las condiciones de validez no puede ser viable, trayendo como corolario la anulabilidad. -

**CONDICIONES DE FORMACION.** - Ya dijimos antes que toda sociedad requiere necesariamente para su formación dos condiciones esenciales: el consentimiento de los contratantes y un objeto lícito; nos ocuparemos en particular de cada una de esas condiciones. -

**CONSENTIMIENTO.** - Las partes deben ponerse de acuer-

do sobre el monto de las aportaciones y sobre el objeto o fin de la sociedad para que se pueda decir que ha habido consentimiento, pues faltando ese entendimiento previo se formará otro contrato menos el de sociedad, porque en ausencia de la affectio societatis, la naturaleza misma del contrato resulta afectada.-

OBJETO.- Generalmente se confunden el objeto con el fin de la sociedad, pero jurídicamente no se les puede -- considerar como sinónimos; el fin abarca una diversidad -- de operaciones según la clase de sociedad de que se trate, explotación de una mina, de una rama del comercio o de la industria, etc.; en cambio el objeto viene a consistir en las aportaciones de los asociados o las obligaciones tomadas por éstos a fin de constituir un fondo común.- En la realidad de las cosas, el término objeto tiene la doble -- significación de fin y de objeto propiamente dicho.-En la sociedad, por tratarse de un contrato a título oneroso es indispensable que cada contratante contribuya en alguna -- forma a la constitución del fondo social, sea aportando -- dinero o su trabajo personal, pues la sociedad carecería de objeto si no se formara ese fondo común, porque no se concibe una sociedad en que ninguno de los componentes -- tenga que hacer efectiva su aportación, o en que haya asociados que estén dispensados de contribuir a la formación del fondo común.-

No habiendo aportaciones de ninguno de los contratantes no se puede formar el contrato de sociedad, siendo esta nula y sin ningún efecto, sin que se pueda en este caso reconocer la existencia de una sociedad de hecho, ni -- aún en el supuesto de que se hubieren verificado algunas -- operaciones o se hubieren hecho algunos gastos, pues -- unas y otros serán exclusivamente a cargo de las personas que los hayan efectuado.- Suponiendo que ha habido -- aportaciones de alguno o algunos de los contratantes y se han verificado algunas operaciones, entonces, aunque la -- sociedad sea nula, se debe proceder a la liquidación de -- dichas operaciones atendiendo a que ha habido comunidad -- de hecho entre los contratantes que hicieron efectiva su aportación.-

También es nula una sociedad cuando existiendo aportaciones éstas son puramente ficticias, sea porque carez-

do  
ff. isorio, puesto que lo ficticio de la aportación equiva  
co a la ausencia de la misma; tenemos los siguientes ejem  
fo os de esta clase de aportaciones que se encuentran fre-  
s, uentemente tratándose de sociedades por acciones: un aso-  
ciado indebidamente se cree propietario de un bien y hace  
consistir su aportación en la traslación de la propiedad  
de dicho bien; un contratante aporta la propiedad de una  
cosa que ha comprado pero cuyo precio aún no ha satisfie-  
cho; un socio lleva al fondo común un inmueble que ha hi-  
potecado por una cantidad superior al valor de dicho in-  
mueble.- Lo ficticio de las aportaciones no se aprecia de  
la misma manera ni produce los mismos efectos en las so-  
ciedades de personas y las de capitales; en las primeras  
puede suceder que alguna persona haya hecho una aporta-  
ción ficticia y sin embargo, cuando esa irregularidad no  
se descubrió en su oportunidad, la sociedad continúa sub-  
sistiendo, y como el descubrimiento de lo ficticio de la  
aportación traería como consecuencia la nulidad de la so-  
ciedad y esto tendría que redundar en grave perjuicio de  
los intereses de los demás asociados, estos pueden conve-  
nir en que se tenga como válida la aportación ficticia pa-  
ra que de esa manera pueda continuar funcionando la socie-  
dad.- Lo anterior no podría suceder en las sociedades de  
capitales, porque en ellas lo ficticio de una aportación  
siempre produce nulidad del contrato respecto del socio -  
que la ha hecho, y algunas veces la de la sociedad en ge-  
neral cuando se trate de una aportación de regular cuan-  
tía en ausencia de la cual no sea posible el funcionamien-  
to de la sociedad.-

El fin de las sociedades u objeto de explotación de las mismas.- Ya dijimos antes lo que se entiende por fin de la sociedad, ahora nos ocuparemos de los requisitos -- que la ley impone para permitir el funcionamiento de las sociedades, es decir, para que éstas puedan entrar en actividad.- No basta que el consentimiento exento de vicios exista y que se hayan observado todas las formalidades -- que la ley prescribe para la formación del contrato de so-  
ciedad para que ésta pueda funcionar, sino que además de-  
lo anterior se requiere que el objeto de explotación sea lícito y posible.- La imposibilidad del objeto no es obs-

táculo para que la sociedad se forme, por ejemplo si se trata de explotar una concesión que está por obtenerse; - la sociedad se constituye, pero si no se logra la concesión, aquella dejará de existir porque su objeto se hizo imposible.- La licitud del objeto de explotación de la sociedad se justifica plenamente, ya que la colectividad está interesada en que los particulares no hagan nada que pueda perjudicar a los intereses sociales; se dice que la sociedad, o más propiamente, que el fin perseguido por la sociedad es ilícito, cuando contraría un texto prohibitivo de la ley o cuando es contrario al orden público y a las buenas costumbres; como ejemplo de sociedades cuyo objeto es ilícito pondremos las que se forman para traficar con las personas humanas; las que tienen por fin eludir el pago de los impuestos, las que se proponen la explotación del juego, las que se constituyen con el deliberado propósito de obstaculizar la libertad del comercio o de la industria, etc.-

Cuando el vicio de que adolece una sociedad es la ilicitud de su objeto, entonces la nulidad de que adolece es absoluta, aún cuando persiguiendo varios fines uno sólo de ellos sea ilícito, salvo la liquidación de las operaciones consideradas como legal;- Los caracteres de esta nulidad son los siguientes: cualquier interesado puede pedir la nulidad; la acción puede ejercitarse por los asociados, los deudores sociales, los acreedores personales de los asociados y por los acreedores sociales; la nulidad es oponible a todo el mundo; la nulidad subsistirá siempre, pues no puede desaparecer como consecuencia de la prescripción, debido a que el solo transcurso del tiempo es impotente para quitar a la sociedad su carácter ilegal o inmoral; esto no quiere decir que no se pueda invocar la prescripción cuando se trate de actos que han sido efectuados durante el funcionamiento de la sociedad nula y que sean válidos conforme al derecho común, porque en estos casos, la prescripción se produce en provecho de nuevas situaciones, de derechos que han adquirido algunas personas, ya sean los asociados o los terceros.- En cuanto a los efectos que produce la nulidad de una sociedad ilícita en la práctica se presentan dificultades muy serias para precisarlos, sobre todo cuando la sociedad ha -

funcionado.- En teoría, como ya dijimos en otro lugar, las nulidades absolutas obran retroactivamente, pero para lograr la reposición de las cosas a su estado primitivo se tropieza con infinidad de obstáculos.- Juzgando las cosas con un criterio lógico se debería negar a los asociados todo derecho para ejercitar la acción en repetición de las cantidades con que hubieren contribuido a la formación del fondo social, precisamente porque el ejercicio de dicha acción tiene como fundamento el contrato de sociedad, el cual queda sin ningún efecto desde el momento en que se declara la nulidad.- Salta a la vista que si sólo nos atuviéramos a la lógica sin tomar para nada en cuenta la equidad, llegaríamos al absurdo de sostener que la ley sanciona verdaderas iniquidades como sería el enriquecimiento de los gerentes de la sociedad que pueden no ser socios en perjuicio de los intereses de los demás asociados por virtud de un acto ilícito.- Remediando esas desastrosas consecuencias la doctrina es uniforme en el sentido de resolver que los asociados tienen derecho de reivindicar sus aportaciones contra los que han figurado como gerentes o administradores.- Un distinguido jurisconsulto francés reduce a tres los sistemas de las nulidades en materia de sociedades ilícitas, sistemas que han sido consagrados por la doctrina y la jurisprudencia; haremos una síntesis de estos sistemas.- El primero es el de la retroactividad de la nulidad y se puede decir que en la práctica no tiene una aplicación absoluta ya que ello equivaldría a hacer preponderar el rigorismo de la lógica sobre la realidad de las cosas.- Deduciendo del carácter absoluto de la nulidad todas las consecuencias lógicas llegaríamos necesariamente a convenir en que esa nulidad debe obrar retroactivamente restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes de la constitución de la sociedad para que desaparezca toda huella de su existencia.- Cada asociado tendrá derecho de recuperar su aportación sea como propietario o como acreedor de la sociedad según que haya llevado al fondo común algún bien o cualquiera otra aportación; deberá devolver los beneficios que le hayan sido repartidos y no podrá sufrir ninguna de las pérdidas.- Los que hayan entrado en relaciones con la sociedad sólo podrán exigir el cumpli-

miento de las obligaciones sociales a los gerentes o administradores y entrarán en concurso con los asociados sin que tengan ningún derecho de preferencia; sin embargo, -- pueden obtener la rescisión de los compromisos que hubieren contraído.--

Este sistema tiene cuando menos el mérito de unificar la materia de las nulidades, ya que pretende que la teoría general abarque también al contrato de sociedad.-- Su defecto fundamental consiste en que no tiene para nada en cuenta a los hechos ni a los múltiples intereses que se ponen en juego.--

Aunque teóricamente se pudiera volver al pasado para reducir a la nada los actos realizados, en la práctica es to sería imposible y además se cometerían innumerables injusticias procediendo de esa manera; los primeros que resultarían gravemente perjudicados serían los acreedores sociales que hubieran obrado de buena fé, redundando ese perjuicio en favor de los asociados a pesar de que éstos tienen en su contra el hecho de haber violado la ley al constituir la sociedad.-- Entre los asociados que han tenido participación en la formación de la sociedad ilícita, y los terceros que han realizado con la sociedad operaciones permitidas por la ley, el interés general del crédito exige que la protección sea más eficaz a favor de los segundos que de los primeros.-- Todo ha sido reconocido por la jurisprudencia la cual, sin abandonar el principio de la retroactividad de la nulidad, ha admitido la validez de los actos ejecutados, permitiendo una liquidación de la sociedad; el esfuerzo de la jurisprudencia ha tendido principalmente a proteger los intereses de los asociados preocupándose muy poco de los legítimos que puedan tener los terceros bien intencionados.--

El segundo sistema lo llamaremos el del mantenimiento del estado de cosas existente en el momento de pronunciarse la nulidad.-- Las críticas dirigidas en contra del primer sistema han hecho nacer este de que en seguida nos ocuparemos y que se puede considerar como diametralmente opuesto al de la retroactividad.-- Ya que no es posible volver las cosas a su estado primitivo conviene dejarlas en el estado en que se encuentran en el momento en que la nulidad es declarada; procediendo de esta manera se ten--

drá que negar a los socios el ejercicio de toda acción para reclamar la restitución de sus aportaciones así como -- también no se podrán reglamentar las pérdidas y las ganancias habidas durante el funcionamiento de la sociedad, -- porque todo eso tendría como base un acto ilícito.- La jurisprudencia francesa justifica este sistema de la siguiente manera: "la ley no puede autorizar la repetición de las sumas pagadas en virtud de convenciones contrarias al orden público y a la moral, ni protege las acciones -- que tengan por fundamento y por causas contratos de este género; esa imposibilidad de obrar es el justo castigo de la violación voluntaria de las leyes".- No pudiendo la nulidad ser fuente de ningún derecho, las personas que han constituido una sociedad ilícita no deben, fundándose en un contrato de esa naturaleza, alegar ningún derecho ante la justicia, porque como dice Pothier en su "Traité des obligations": "los que han violado las leyes y las buenas costumbres son indignos de ejercitar la acción en repetición de las sumas que hayan aportado".- A pesar de que es injusto dejar a algunos asociados los provechos que han obtenido realizando operaciones ilícitas, sería más injusto, o mejor dicho, repugnaría más a los principios jurídicos conceder o reconocer a todos los asociados el derecho de participar en las utilidades obtenidas, porque de este modo se beneficiarían con actos ilícitos en los que tomaron conciente participación.-

Lo dicho anteriormente es la fundamentación del sistema de que nos estamos ocupando, siendo inadmisibles los razonamientos que en su favor se aducen por las siguientes razones: a) al negar el derecho de ejercitar cualquier acción relacionada con las operaciones verificadas por -- una sociedad ilícita se impone a los interesados una verdadera pena sin que exista ninguna ley que así lo establezca; b) se da ocasión para que se cometan verdaderas iniquidades, pues los socios más listos tendrán oportunidad de quedarse con el patrimonio social invocando la nulidad del contrato en el momento en que se encuentren en posesión de la totalidad o de la mayor parte del fondo común, pudiendo muy bien suceder que esa maniobra la lleve a cabo una persona que sin ser miembro de la sociedad tenga el carácter de gerente o representante de la misma; to

do lo anterior sería una flagrante violación del principio jurídico de que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro; y c) aceptando este sistema se debe llegar a la conclusión de que las sociedades ilícitas a partir de la declaración de nulidad entran en un estado de anarquía en donde el derecho no tiene aplicación alguna, pues nadie puede defender sus intereses ya que la nulidad impide toda acción o recurso ante la justicia; esta situación se pudiera justificar tratándose de los asociados porque el orden público exige que las convenciones o actos contrarios a la ley o la moral social sean reprimidos, pero en cuanto a los terceros que no han tenido ninguna participación en la formación de la sociedad y que tratan de exigir el cumplimiento de un acto lícito, la negación de -- ejercitar acciones viene a constituir un verdadero atropello a sus derechos.- Tratándose de sociedades inmorales -- como las que se forman para explotar un vicio cualquiera, entonces sí queda plenamente justificada la negación de -- ejercer acciones ante la justicia, pero como el sistema -- que estudiamos engloba a todas las sociedades, comprende también las que se pueden considerar propiamente como ilegales, siendo en estas últimas donde no puede tener aplicación este sistema.- Con el propósito de evitar las injusticias que se cometen con el mantenimiento del estado de cosas, existente en el momento de la declaración de la nulidad, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de reconocer a los asociados el derecho de recuperar -- las aportaciones hechas, y en esto el sistema se asemeja al de el retroactividad.- Esa iniquidad subsiste cuando -- se trata de las utilidades obtenidas por la sociedad, -- pues ellas pueden quedar en manos de uno o varios socios sin que los demás tengan derecho de participación.- Por otra parte los terceros no son para nada tomados en cuenta por este sistema, olvidando que el interés que ellos -- puedan tener es igual o quizá mayor que el de los mismos asociados.-

El tercer sistema es el que afirma que en las llamadas sociedades ilícitas lo único que ha existido es una comunidad de hecho y que ésta debe liquidarse.- Este sistema es casi generalmente aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.- Se reconoce que a pesar de --

la nulidad, la sociedad ha existido, se ha revelado a los terceros, ha verificado operaciones que han resultado benéficas o perjudiciales para la misma; se han realizado hechos que no se pueden desconocer ni mucho menos aniquilar; se han celebrado contratos que como actos separados son perfectamente válidos y que obligan a una reglamentación de cuentas entre los que figuraron como partes.-

Todo eso exige una liquidación para que así queden debidamente amparados los múltiples intereses en presencia; para verificar esa liquidación no se toma en consideración a la sociedad ilícita sino únicamente al hecho de que se pusieron en común algunas aportaciones.- La sociedad ilícita no se convierte en una sociedad de hecho puesto que las relaciones de los asociados entre sí y con los terceros, son reglamentadas no como si ellos hubiesen sido asociados, sino tomando en consideración que intervinieron como simples miembros de una comunidad.-

Como la ley no reconoce personalidad alguna a la comunidad de hecho, al liquidarse no se tendrá que invocar el contrato de sociedad que es nulo por ilícito, sino que se apoyará únicamente como dice un autor: "en el hecho de la comunidad que materialmente se ha formado entre los participantes en ese contrato, lo mismo que sucede cuando los que contraen matrimonio cometen un delito de bigamia, los cuales conservan el derecho de reclamar la liquidación de la comunidad de intereses que existió entre ellos" Este sistema no tiene por base como los anteriores únicamente el principio del enriquecimiento sin causa, sino que descansa sobre la noción de la gestión de negocios.-- Se supone que los gerentes o administradores son personas que han obrado officiosamente en favor de los asociados y éstos tácita o expresamente ratifican los actos ejecutados por aquellos.- Sin embargo, la gestión de negocios supone que una persona obra espontáneamente ejecutando un solo negocio y no una serie de operaciones como sucede con los gerentes o administradores quienes han representado a la sociedad en todos los contratos u operaciones lícitas concluidas o por concluirse.-

Propiamente la liquidación de la comunidad de hecho tiene por fundamento la imposibilidad práctica de destruir los actos ejecutados.- Para pedir la liquidación no

hay necesidad de invocar el contrato de sociedad, sino la comunidad de intereses que resulta de la puesta en común de las aportaciones.- Tratándose de los terceros ningún derecho de opción entre la nulidad y la validez de la sociedad, se les concede, pues se les impone la obligación de aceptar la sociedad tal como ella es en realidad; así pues, los acreedores sociales no la pueden tener por válida con el propósito de ocupar un lugar preferente en la graduación de acreedores que se haría al dividirse el pretendido patrimonio social.-

En cuanto a los terceros, las operaciones lícitas ya ejecutadas producen todos sus efectos; respecto de los -- llamados acreedores sociales parece que los actos ejecutados no deberían tener ningún efecto contra todos los asociados sino exclusivamente contra aquellos con quienes directamente se hubiera entrado en tratos; pero aquí conviene hacer una distinción entre los acreedores de buena y de mala fé, pues sería contrario a la equidad tratarlos a todos de la misma manera; los acreedores que han tenido la convicción, o más propiamente, que han creído con sinceridad que trataban con una sociedad lícita, es justo -- que tengan como garantía de sus créditos la responsabilidad de todos los asociados, debiendo ejercitar sus derechos invocando la apariencia de legalidad de la sociedad. En cambio los acreedores de mala fé que conocieron o debieron haber conocido la naturaleza ilícita de la sociedad porque las operaciones verificadas bastaban por sí so las para revelar esa ilicitud, no pueden hacer responsables de las obligaciones contraídas a todos los asociados, sino exclusivamente al que o a los que trataron con ellos.

Entre los asociados la liquidación se efectuará consujeción a las reglas establecidas por el derecho común -- en materia de indivisión, salvaguardando en todo lo posible los intereses de dichos asociados; las aportaciones -- les serán restituidas, las pérdidas y las ganancias se -- distribuirán en proporción al interés que cada asociado -- tenga en el fondo común; se podrá exigir a algunos asociados que cubran la totalidad de sus aportaciones cuando es to sea necesario para el pago de las deudas, y en fin se procederá a verificar una verdadera liquidación.-

Resumiendo todo lo que hemos escrito sobre la ilici-

tud de las sociedades podemos decir que todas las sociedades ilícitas están afectadas de nulidad la cual ataca al contrato mismo; no tienen ningún valor legal y por lo mismo no se les reconoce existencia ni como contratos ni como personas morales, careciendo en consecuencia de patrimonio independiente del de los asociados; no es posible la quiebra de esas sociedades sino solamente la quiebra individual de los que las forman, y por último, estas sociedades ilícitas se liquidan no como sociedades sino como comunidades de hecho que resultan de las aportaciones puestas en común por las personas que las constituyen.-

Ya nos ocupamos de las condiciones de formación del contrato de sociedad, ahora diremos algo sobre las condiciones de validez que según la teoría son dos: el consentimiento exento de vicios y la capacidad de los contratantes.- Los vicios del consentimiento son el error, el dolo y la violencia; nos ocuparemos de cada uno de ellos -- aunque sea someramente.- El error no siempre es causa de nulidad del contrato, nuestro Código Civil (Art. 1296) -- distingue entre error de derecho, error material de aritmética y error de hecho, estableciendo que el primero que da sin influencia sobre la validez del contrato, el segundo sólo dará lugar a la correspondiente rectificación y -- que el tercero sí anula el contrato cuando recae sobre la persona o sobre la sustancia misma de la cosa.- En materia de sociedades el error sobre la persona sólo se presenta tratándose de las formadas intuitu personae, porque en ellas la consideración de la persona, su honradez, su fortuna, su capacidad o sus aptitudes especiales es lo -- que decide a los demás a entrar en sociedad; así por ejemplo, si uno de los contratantes de una sociedad en nombre colectivo en lugar de ser un comerciante honorable y de gran fortuna como los demás lo habían creído resulta ser un prófugo de la justicia que lleva el mismo nombre, entonces los que se equivocaron, o mejor dicho, los que incurrieron en error, tendrán derecho de pedir la anulación del contrato.-

En las llamadas sociedades de capitales que por su misma naturaleza no son influenciadas por el elemento personal, el error sobre la persona apenas puede concebirse. El error sobre la cosa es causa de nulidad únicamente --

cuando concierne a las cualidades consideradas como esenciales, o sean aquellas sin las cuales los interesados no habrían entrado en sociedad; por ejemplo, uno de los asociados sufre error sobre la naturaleza de la industria que va a explotar la sociedad, otro creyó formar parte de una sociedad en comandita cuando en realidad ingresó a una sociedad en nombre colectivo, etc.-

El dolo es una de las más frecuentes causas de nulidad de los contratos, se le define como el conjunto de maniobras practicadas para inducir a error o para mantener en él a alguna persona a fin de llevarlo de esa manera a formar parte de la sociedad.- La apreciación de las maniobras dolosas es sumamente difícil para el juez quien para precisar si el interesado ha sido o no víctima del dolo, deberá tomar en consideración todos los recursos de que la presunta víctima dispone para conocer la nulidad.-

Además de los vicios que rápidamente hemos enumerado y que son comunes a todos los contratos, el de sociedad puede ser nulo por un vicio especial como es el que constituye la consignación de cláusulas que vengán a desvirtuar la naturaleza misma del contrato como son las que estipulen que alguno o algunos de los asociados no tendrán que soportar las pérdidas, o que tengan que soportar las pérdidas y no participar en las ganancias.-

Los caracteres del contrato de sociedad son los siguientes: a) constitución de un fondo común por medio de aportaciones de cada socio; b) participación de los socios en las ganancias obtenidas y contribución de los mismos en las pérdidas que sufra la sociedad; y c) propósito de los asociados de repartirse entre ellos las utilidades obtenidas, o sea affectio societatis.- Faltando alguno de estos caracteres se desnaturaliza el contrato y queda cualquiera otro, menos el de sociedad.- A pesar de lo dicho la sociedad puede constituirse en violación del segundo de sus caracteres o sea el de que todos los socios sin excepción deberán participar en las utilidades y en las pérdidas, debiendo en este caso ser anulada; las sociedades así constituidas reciben el nombre de leoninas.- En nuestra legislación existen disposiciones que privan de efectos legales a las convenciones leoninas.- Aun cuando no existiesen preceptos que anularan esas sociedades, se podría alegar, para privarlas de efectos, la violencia o el dolo, pues como

afirman Nyssens y Corbiau: "el que consiente en ser privado de los beneficios, se supone que lo hace bajo la influencia de artificios dolosos o por medio de la fuerza". Las cláusulas leoninas se presentan no sólo en el caso de que haya estipulaciones que exoneren a uno o a varios socios de toda contribución en las pérdidas o que atribuyan a ese solo asociado todas las pérdidas, sino también cuando algún asociado estipula que se le reembolsará su aportación con intereses o sin ellos cualquiera que sea el resultado de las operaciones verificadas por la sociedad; entre nosotros esta clase de estipulaciones no dan a la persona en cuyo favor fueron hechas, el carácter de socio sino que se le considera como simple prestamista de la sociedad.- Respecto a la naturaleza de la nulidad que resulta de la existencia de cláusulas leoninas, algunos sostienen que dicha nulidad afecta únicamente a las estipulaciones que las contengan, las cuales quedarán sin ningún efecto; este criterio es el sustentado por nuestra legislación. (Art. 128 del C. de Comercio).-

En la legislación francesa existen disposiciones que parece se contradicen en lo relativo a la cuestión de que nos ocupamos, pero la jurisprudencia sentada es en el sentido de que la existencia de cláusulas leoninas, trae como consecuencia no sólo la nulidad de esas estipulaciones, sino también la del contrato de sociedad.-

Todo lo que hemos dicho sobre la nulidad de las sociedades se refiere a la que proviene de no haberse llenado los elementos esenciales para la formación y validez del contrato, pero no basta que todos esos elementos se hayan reunido para que el contrato produzca todos sus efectos legales, sino que se necesita además que se hayan observado las formalidades prescritas por la ley en lo que se refiere a la constitución de las sociedades; la inobservancia de esas formalidades también puede traer consigo la nulidad del contrato social.-

La primera formalidad exigida es que el contrato debe redactarse por escrito, (tratándose de sociedades comerciales, la ley impone la obligación de que todas ellas se hagan constar en escritura pública, debiendo ésta contener las cláusulas fijadas por el Art. 95 del C. de Comercio, siendo la omisión de cualquiera de ellas causa de

nulidad del contrato mismo).- Parece que los legisladores han empleado la palabra nulidad de una manera impropia, - pues juzgamos que es algo exagerado decir que una sociedad que se ha formado con el consentimiento de sus componentes, exentos de vicios, teniendo todos capacidad legal y persiguiendo un objeto lícito, sea nula nada más porque al constituirse no se observaron las formalidades prescritas por la ley; opinamos que la sanción de nulidad impuesta por la ley en tales casos es un rigorismo que debe ser temperado por la jurisprudencia.-

¿No sería más propio designar por sociedades irregulares y no nulas a las que se constituyen sin sujetarse al formulismo legal?.-

La inobservancia de las formalidades legales de constitución da nacimiento a las sociedades irregulares o de hecho de cuya naturaleza y caracteres nos ocuparemos en seguida.-

Como nuestra legislación no trata como debería esta cuestión de las sociedades de hecho ya que sólo tenemos los artículos 2222 y 2223 del C. Civil, de cuya lectura se desprende que los redactores de tales artículos incurrieron en una lamentable confusión, pues según ellos una sociedad constituida para ejercer el contrabando o para explotar la prostitución, por no poder subsistir legalmente serán sociedades formadas de hecho siendo este un absurdo sólo justificable por la falta de conocimiento de la teoría de las sociedades de hecho.-

Un distinguido profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París ha expuesto una teoría sobre las sociedades de hecho que en nuestra opinión es la más aceptable de las sostenidas por los juriconsultos modernos; haremos una exposición sintética de esta teoría por juzgar que de mucho servirá cuando se discuta el proyecto de los nuevos Códigos que ya tratan este asunto con alguna amplitud.- Opina el profesor Homard, que las sociedades irregulares o de hecho, a pesar de los vicios que las afectan, mientras que esa irregularidad no es invocada por algún interesado, producen los mismos efectos que las sociedades regulares siendo válidas como contratos y como personas morales.- Esta teoría se puede resumir en las tres reglas siguientes: a) la sociedad irregular produce-

todos sus efectos como contrato hasta que es declarada su irregularidad; b) conserva su autonomía patrimonial o sea su personalidad jurídica; c) adquiere la naturaleza de la sociedad que hubiera constituido si se hubiesen observado las formalidades establecidas por la ley.-

**REGLA PRIMERA.-** En las sociedades ilícitas el contrato no es válido porque la licitud del objeto de la sociedad es una de las condiciones esenciales de formación del contrato, así es que todas las operaciones ejecutadas no pueden tener ningún valor legal, en cambio tratándose de sociedades irregulares, por no estar afectadas de ningún vicio de formación conservan su validez contractual.-Aun que la nulidad es la sanción de la inobservancia de las formalidades de constitución, esa nulidad queda sin influencia sobre el contrato, el cual debe aplicarse tanto respecto de los asociados como de los terceros.- Todas las operaciones ejecutadas conservan su valor legal comprometiendo la responsabilidad de los asociados en la medida establecida por el contrato.- Todo lo anterior está perfectamente de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia que invocan la equidad para justificar la subsistencia del contrato en las sociedades irregulares porque de lo contrario la buena fé resultaría gravemente perjudicada.-

**REGLA SEGUNDA.-** Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la naturaleza de la persona moral, ya sea que se le considere como una ficción, una realidad, un patrimonio colectivo, etc., hay que convenir en que es creada o reconocida por la ley, y depende de que se reúnan o se observen tales o cuales condiciones para que a los agrupamientos humanos les sea concedido o negado el beneficio de la personalidad; la cuestión consiste pues, en saber cuáles son las condiciones necesarias para que una sociedad se pueda considerar como persona moral, y si las sociedades de hecho reúnen o no esas condiciones.- La legislación alemana, y todas las que en ella se inspiran, no presenta a este respecto ninguna dificultad porque subordinan el nacimiento de la personalidad moral al acto material del registro; una vez inscrita en el registro la sociedad (exceptuando a las de personas que en derecho alemán no pueden ser entidades morales por estar sujetas a -

un régimen especial de propiedad colectiva) adquiere la personalidad, la cual subsiste aun cuando la sociedad esté afectada de algún vicio de nulidad.- La legislación francesa y con ella la casi totalidad de las legislaciones, atribuyen la personalidad moral tanto a las sociedades de personas como a las de capitales, y para explicar como se adquiere esa personalidad el autor que comentamos dice que existen tres sistemas; el primero sostiene que la personalidad moral nace sólo cuando se han satisfecho todas las condiciones que la ley establece para la constitución de las sociedades, y que en consecuencia las sociedades irregulares no pueden ser personas morales; otro concede suma importancia a la publicidad y afirma que aun cuando la sociedad no haya observado al constituirse todas las formalidades legales o que esté afectada de nulidad por ausencia de alguna condición de validez, puede ser persona moral si su existencia se da a conocer por medio de la publicidad; y por último, el tercer sistema hace derivar la personalidad del contrato mismo, de tal manera que una sociedad de hecho aun cuando no se publique y siempre que el contrato de la misma sea válido, es una persona moral.- Haremos una exposición somera de cada uno de estos sistemas y su crítica correspondiente.-

Primer sistema.- Se niega la personalidad a las sociedades de hecho.- En las sociedades de hecho no subsiste más que el contrato, puesto que al no observarse las formalidades legales de constitución, no puede nacer la persona moral.- Afirman los sostenedores de este sistema que sería una inconsecuencia conceder el beneficio de la personalidad tanto a las sociedades que no han observado al constituirse las formalidades legales, como a aquellas que estrictamente las han atendido.- Labbé, partidario de este sistema, se expresa en los siguientes términos: - "La sociedad puede considerarse como contrato y como persona moral.- Como contrato destinado a producir obligaciones entre las partes, está sujeto a lo que el derecho común dispone sobre obligaciones convencionales; y como persona jurídica que figura en el mundo de los negocios, estará sometida para su formación y existencia a especiales condiciones establecidas por la ley".-

Como se ve, este sistema subordina el nacimiento de-

la personalidad moral a la observancia de todas las formalidades que la ley establece para la formación de las sociedades.- La personalidad no es un efecto exclusivo del contrato, sino que ella deriva del contrato y de la ley que confieren a la voluntad de las partes la virtud de crear una persona o una entidad jurídica distinta de la de los asociados.- Existe la opinión sostenida por la doctrina y la jurisprudencia de que tratándose de una sociedad de hecho, a los terceros les está permitido considerar a dicha sociedad como regular y por lo mismo como persona moral (Art. 97 del C. de Comercio), dejando de esa manera al arbitrio de los terceros conceder o negar la personalidad a una sociedad que es nula de acuerdo con la ley.- Esta cuestión en la práctica presenta serias dificultades, porque bien puede suceder que entre los terceros haya acreedores sociales y acreedores personales de los socios, o que haya solamente de unos o de otros; los primeros, o sean los sociales, se interesan, para que mejor queden garantizados sus créditos, en la validez de la sociedad; y en cambio los acreedores personales optarán por la nulidad, y como es suficiente que un tercero pida la nulidad para que esta sea declarada, la sociedad, por el hecho de que existan terceros que sean acreedores personales de los socios, tendrá que quedar a merced de éstos para que se le reconozca o se le niegue la personalidad jurídica.- Este sistema es inadmisibles porque al negar la personalidad a la sociedad irregular niega también su existencia como sociedad, porque, o se declara que la sociedad de hecho no tiene ningún valor y en consecuencia carece de personalidad, o se reconoce que existe y entonces hay que darle medio de vivir confiriéndole el beneficio de la personalidad.- Por otra parte este sistema adolece del defecto de dejar al capricho de los acreedores la existencia de la personalidad de la sociedad, cuando que la personalidad es una noción absoluta que existe para todos o no existe, porque como la persona física, la moral no puede ser y no ser al mismo tiempo; además tratándose de sociedades de hecho el contrato es válido para todos, tanto para los asociados como para los terceros, y como es el contrato el que hace nacer la personalidad jurídica, esta producirá efectos también para todos erga --

omnes.-

Segundo sistema.- Sostiene que las sociedades de hecho cuya irregularidad no consiste en falta de publicidad, son personas morales.- El contrato de sociedad es un acto puramente interno que no produce efectos más que entre las personas que lo celebran; para que tenga alguna repercusión en el exterior, es decir, para que produzca efectos respecto de los terceros, es sumamente necesario que éstos hayan tenido conocimiento de que el contrato existía, siendo la publicidad el medio de darlo a conocer.- La publicidad hace a la sociedad oponible a todos en calidad de sujeto jurídico distinto de los asociados, realizando de una manera que es universalmente obligatoria la afectación de los bienes sociales al fin perseguido, en una palabra: confiere a la sociedad la personalidad jurídica.-- En un decreto de la Cámara Civil francesa se lee lo siguiente: "Sólo a favor y como consecuencia de la publicidad las sociedades comerciales producen el efecto, respecto de los terceros, de separar los intereses y los derechos de los asociados, de los derechos e intereses de la sociedad".-

Se establece pues, que la publicidad produce el efecto de imprimir a la sociedad el carácter de un cuerpo moral con un patrimonio propio afectado al cumplimiento de las obligaciones sociales.- Corroborando fuertemente esta opinión Thaller y Pic sostienen que la publicidad de las sociedades es "la condición misma de su reconocimiento como entidades jurídicas", y el italiano Bonelli afirma que es la "condicio juris que produce la personalidad".-

Se establece que la publicidad está íntimamente ligada con la personalidad porque existen agrupaciones como las asociaciones en participación a las que, por no reconocérseles ninguna personalidad, no hay necesidad de darlas a conocer al público.- Para que la sociedad pueda ser oponible a los terceros, se necesita que éstos hayan tenido conocimiento de la existencia de la misma, pues es generalmente aceptado que las cláusulas que no se han dado a la publicidad no producen ningún efecto contra los terceros.- También se ha llegado a sostener que la publicidad es una solemnidad que tiene un valor propio independiente del contrato exagerando hasta el extremo de afir--

mar que está por encima de la voluntad real de las partes, alguien se ha atrevido a decir que en caso de contradicción entre el contrato y la publicidad, la pretensión de los terceros se funda únicamente sobre la publicidad y no sobre el contrato.- Otro autor expresaba que: "aun siendo nulo el contrato, las cláusulas publicadas deben ejecutarse en lo que concierne a terceros por el solo hecho de haber sido puestas en conocimiento del público".- Como consecuencia de lo dicho anteriormente se desprende que la publicidad es la que hace nacer la personalidad independientemente de los vicios de que pueda adolecer el contrato de sociedad.-

A este sistema que liga estrechamente la publicidad con la personalidad hasta el grado de establecer entre ambas una relación de causa a efecto, se le hacen muy serias objeciones.- En primer lugar encontramos que las asociaciones comerciales no son personas morales, no porque no estén sujetas a la publicidad, sino que esa falta de personalidad tiene su causa en la naturaleza misma de esas agrupaciones y en su modo de funcionar; no teniendo vida exterior, para nada les serviría la personalidad jurídica.- Por otra parte, no se puede aceptar la idea de que la publicidad sea una solemnidad, puesto que tratándose de sociedades ilícitas aun cuando la publicidad se haya efectuado, no producirán ningún efecto legal ya que no descansan sobre un contrato válido.- También en este sistema la falta de publicidad viene a dejar al capricho de los terceros la personalidad de la sociedad, pues según que convenga o no a sus intereses optarán por la validez o nulidad del pacto social, de donde resultará el reconocimiento o la negación de la personalidad.- Argumentando todavía en contra de la idea de que la personalidad está en íntima relación con la publicidad, podemos decir que si efectivamente derivara la personalidad de la publicidad, lógicamente tendríamos que aceptar que la transformación de la sociedad en entidad jurídica distinta, no debería producirse sino a partir de la época en que la publicidad se hubiese realizado, y sin embargo todos los autores y la jurisprudencia deciden que antes de la publicidad, la sociedad ya tenía existencia como entidad jurídica, haciendo remontar el nacimiento de esa personalidad a la --

época en que se celebró el contrato; todo eso viene en -- apoyo de la tesis que hace derivar la personalidad del -- contrato mismo.- Otra de las objeciones que se hacen a es te sistema resulta de que las sociedades civiles, sin es tar sujetas a ninguna publicidad, son legalmente reconoci das como personas morales, lo cual viene a echar por su - base la idea de la vinculación estrecha entre la publici dad y la personalidad.- Si como afirma Bonelli, en las so ciedades civiles la personalidad es la consecuencia del - contrato, con mayor razón debe ser así tratándose de so- ciedades comerciales.-

Tercer sistema.- Afirma que las sociedades de hecho- que derivan de un contrato válido, gozan de la personali dad jurídica lo mismo que las que se constituyen regular mente.- Para admitir la personalidad de las sociedades -- irregulares se puede partir de la noción misma de las so- ciedades de hecho, la cual por sí sola implica el recono- cimiento de la autonomía patrimonial a las sociedades que no observaron al constituirse el formulismo legal, porque aun siendo nula, la sociedad ha poseído a nombre propio - los bienes del fondo común formado por las aportaciones - de los asociados, ha celebrado operaciones de las cuales - han resultado deudores y acreedores sociales, y como dice Georgi: "no se puede poscer, contratar, tener deudas ni - ejercitar derechos sin ser una persona".- Debido a que se reconoce valor al contrato, hay que atribuirlo la persona lidad moral mientras no es declarada la nulidad.- Además, si la vida propia que se reconoce a la sociedad consiste en la realidad de una masa común formada por los bienes - que cada asociado separa de su patrimonio personal, que - está afectada al cumplimiento de las obligaciones socia- les, esto también nos conducirá a reconocer que la socie dad de hecho sí constituye una persona moral.- Efectiva- mente, vemos que en las sociedades irregulares existe un patrimonio propio separado del de los asociados que a pe- sar de la nulidad que pueda afectarlas, ha sido empleado en beneficio de todos los asociados, lo cual viene en apo yo de la idea de que existe la personalidad jurídica mien tras no se declara la nulidad.-

El reconocimiento de la personalidad de las socieda- dos es una solución que está de acuerdo con la naturaleza

exacta de la autonomía de las sociedades y con la lógica, porque evita el inconveniente que presentan los dos sistemas anteriores al permitir a los terceros, según su conveniencia, destruir o reconocer la personalidad pronunciándose por la nulidad u optando por la validez del contrato social.-

Para concluir este ligero estudio sobre la teoría de las sociedades de hecho, sólo nos falta exponer la tercera y última regla de la tesis sostenida por el autor que comentamos y que está concebida en los términos siguientes: la sociedad de hecho conserva la forma de la que debiera haber constituido si hubiese observado las formalidades legales.- Una vez que se reconoce la existencia de la sociedad, se necesita saber en que forma producirá sus efectos; sobre esta cuestión se han emitido tres opiniones importantes de las cuales una, sólo conserva un valor puramente histórico ya que en la actualidad en ninguna parte tiene aplicación práctica; esa tesis sostenía que las sociedades reconocidas serían tratadas como sociedades en nombre colectivo.- Se resolvía la dificultad que presentan las sociedades de capitales y entre ellas principalmente la anónima, sosteniendo que al lado de los socios de responsabilidad limitada a su aportación, existe propiamente de hecho, una sociedad en nombre colectivo entre los fundadores y administradores que son los responsables de la nulidad, quienes comprometerán todos sus bienes a las consecuencias que pueda tener la declaración de nulidad.- Esa responsabilidad de los fundadores y administradores se justificaba diciendo que como ellos habían reemplazado al ser moral que por su falta o por su mala fe había sido declarada inexistente, tendrían en consecuencia que responder de las obligaciones sociales en lugar de la entidad jurídica que no pudo existir.- De acuerdo con este sistema, los acreedores se encontrarán en presencia de dos sociedades que garantizarán sus créditos: la que forman los accionistas y la constituida por los fundadores y administradores, siendo esta circunstancia la parte débil del sistema de que nos ocupamos, pues da lugar a que se cometa la injusticia, o para mejor decir, la consecuencia de asegurar mejor los derechos de los acreedores de una sociedad nula, que los adquiridos en las opera

ciones celebradas con una legalmente constituida, ya que éstos sólo tienen como garantía de sus créditos el patrimonio social, y en cambio los primeros, además del capital social, pueden hacer efectivos sus créditos contra el patrimonio personal de los fundadores o administradores.- Por otra parte, con mucha frecuencia podrá suceder que el patrimonio social sea más que suficiente para responder de las obligaciones contraídas, no alcanzando, por lo mismo, responsabilidad alguna a los fundadores y administradores, cuando que casi siempre son los culpables de la disolución de la sociedad; por las anteriores y otras razones de menor importancia, este sistema es inaceptable -- siendo rechazado por la jurisprudencia y la doctrina.-

En la actualidad los autores se han dividido en dos grupos para resolver la cuestión de que nos estamos ocupando; unos afirman que la forma de la sociedad se determina por la manera como se haya hecho notoria, o sea por su apariencia, y los otros sostienen que hay que atribuir a la sociedad la forma que los asociados tuvieron intención de darle al celebrar el contrato; esta última opinión es la que cuenta con mayor número de adeptos.- El sistema que determina la forma de la sociedad según su apariencia tiene el defecto de negar al contrato el valor que le corresponde, porque se afirma que los terceros en sus relaciones con los asociados deben atenderse a la sociedad tal como apareció ante ellos, haciendo caso omiso de cuál haya sido la forma que los socios le dieron o tuvieron intención de darle al celebrar el contrato.- Además se puede prestar para que se cometan verdaderos delitos, pues se formarán sociedades de objeto ilícito con apariencia de legales, las que, no obstante que descansan en un contrato nulo, tendrán que producir efectos jurídicos.- Al segundo de los sistemas antes mencionados, se le puede hacer la objeción de que en la práctica da oportunidad para que surjan conflictos difíciles de resolver, debido a que no se toma en cuenta el hecho de la apariencia de la sociedad, pues cuando en el contrato de sociedad se establece determinada forma para la misma, y en su vida exterior se presenta bajo otra distinta sería injusto imponer el contrato a los terceros por la consideración de que éstos al entrar en relaciones con la sociedad, se atu

vieron únicamente a la aparición de la misma.- Lo dicho-- nos lleva al convencimiento de que los dos sistemas considerados separadamente son incompletos y por lo mismo inaceptables, y que en la realidad de las cosas deben combi-- narse uno con el otro, y resumiéndolos se puede estable-- cer la siguiente regla: "la sociedad de hecho toma la forma de la sociedad que de ser regular hubiese constituido, siempre que haya sido publicada, o en defecto de esta pu-- blicación, siempre que ante los terceros se haya presenta-- do bajo la misma forma".-

Una vez hecha la anterior exposición, pasaremos a -- ocuparnos del análisis y la crítica de nuestra legisla-- ción en lo que se relaciona con la cuestión de que nos estamos ocupando.-

Los redactores del C. de Comercio vigente se inspira-- ron en el código francés adoptando el sistema que sancio-- na con la nulidad la inobservancia de las formalidades de constitución que la ley establece para las sociedades, -- sin tomar en consideración las críticas que tanto en Fran-- cia como en otros países, se habían dirigido en contra de ese sistema; nuestros legisladores se atuvieron únicamen-- te al prestigio que siempre ha tenido la legislación fran-- cesa para copiar de ella las disposiciones que figuran en nuestro Código.-

El Art. 93 del ordenamiento antes citado al estable-- cer que: "Todo contrato de sociedad ha de constar en es-- critura pública, el que se estipule entre los socios bajo otra forma, no producirá ningún efecto legal", consagra -- un absurdo tan grande, que a penas se puede concebir que-- todavía, después de 40 años, rija la formación de las so-- ciedades.- Aplicando el rigor de este artículo, ¿en qué -- situación vendrían a quedar infinidad de sociedades mer-- cantiles que se han constituido en escrito privado, o en escritura pública sin contener todas las cláusulas exigi-- das?.- Es un grave error el de sancionar con la inexistencia legal la omisión de un requisito de forma, puesto que para nada se toma en cuenta la circunstancia de que pueda haber un contrato perfectamente válido conforme al dere-- cho común.-

Exagerando todavía más el rigorismo del Art. 93, nos encontramos los preceptos de los números 95 y 96, el pri--

mero de los cuales designa las cláusulas que debe contener la escritura pública, y el segundo establece la nulidad -- del pacto social cuando alguno de los requisitos prescri-- tos es omitido.- Según nuestra legislación mercantil, para que una sociedad produzca efectos legales se requiere en -- primer lugar, que se hayan observado las prescripciones -- del derecho común en lo que se refiere a la validez de los contratos en general, y además, que se cumplan estrictamen-- te las formalidades de constitución (Arts. 93, 95 y 96), y de publicación (Art. 19); de lo anterior se desprende que-- las sociedades de hecho no pueden producir ningún efecto -- legal.- Pero como a pesar de la ley existen en la práctica muchas de esas sociedades, se presenta el problema de sa-- ber en qué situación se encontrarán las personas que inter-- vinieron en la formación de dichas sociedades y los terce-- ros que entraron en relaciones con ellas.- Como el estricto apego a la ley estaría en pugna con la equidad, los jue-- ces, para solucionar esas cuestiones, tendrán que recurrir a la doctrina y la jurisprudencia, viéndose en la necesi-- dad de no acatar los preceptos legales.-

Las consideraciones anteriores y las ideas que hemos-- expuesto en el curso de este trabajo, nos lleva al conveni-- miento de que nuestra legislación, en materia de socieda-- des de hecho, es completamente defectuosa siendo su reforma una urgente necesidad.-

De todo lo anterior se pueden sacar las conclusiones-- siguientes:

a).- Deben dictarse medidas tendientes a evitar la -- formación de sociedades de hecho, por ser éstas perjudicia-- les tanto en el orden económico como en el jurídico; lo -- que se puede lograr adoptando un sistema sencillo de consti-- tución legal de las sociedades sin tantos formalismos y-- exigencias.-

b).- Como es imposible que en la práctica dejen de -- existir dichas sociedades, debe reconocerse su existencia, estableciendo normas que determinen la situación jurídica-- que les corresponda, concediéndoles, o mejor dicho, recono-- ciéndoles personalidad jurídica con todas las consecuen-- cias que trae consigo dicho reconocimiento.-

c).- Debe establecerse una clara distinción entre las sociedades de hecho propiamente dichas, y las sociedades -

de objeto ilícito, tratando a estas últimas con más rigor que a las primeras.- Propondríamos que a los miembros de las sociedades ilícitas se les imponga, además de la que merezcan conforme al Código Penal, la pena de perder, con sus utilidades, la aportación con que hubieren contribuído a la formación del fondo común, en provecho de alguna institución de beneficencia, salvaguardando siempre los legítimos derechos de los terceros y de los mismos socios.

d).- Debe resolverse la dificultad que presenta la determinación de la forma que se ha de reconocer a la sociedad de hecho estableciendo que adoptará la forma de la sociedad que hubiese constituido si se hubieran observado las formalidades legales de constitución y siempre que se haya inscrito en el registro, y a falta de publicidad, tomará la forma en que se haya presentado a los terceros.-

Los autores del proyecto del nuevo Código de Comercio se han percatado de los defectos de que adolece el que está en vigor, y han propuesto reformas que comprenden, casi totalmente, las conclusiones a que nosotros llegamos, modificaciones que ya han sido introducidas en las legislaciones modernas y que en nuestro país vienen a satisfacer las necesidades que por tanto tiempo se han hecho sentir.-

México, a 12 de agosto de 1931.-