

**La Validez de los Actos y Contratos  
otorgados por las  
Sociedades Mercantiles  
antes de su inscripción  
en el Registro Público**

Por

Eugenio Ibarrola Santoyo

México

## INTRODUCCION

Antes de estudiar, sin tratar de profundizar hondamente y agotar el tema sobre la validez de los actos y contratos otorgados por las sociedades mercantiles antes de su inscripción en el Registro Público, nos ha parecido práctico señalar aunque someramente, algunos conceptos y estudios sobre la personalidad jurídica, para que una vez introducidos en la personalidad de las sociedades, podamos también precisar el alcance de los actos o contratos que celebran los gestores, promotores o representantes de las propias sociedades, ya sea durante el período de su gestación así como el estudio de sus actos después de constituídas y previamente a la formalización de su inscripción en el Registro Público de Comercio correspondiente.

Por lo tanto, señalaremos como capítulo primero, el que a continuación se indica y denominamos: PERSONALIDAD.

## Capítulo I

### PERSONALIDAD

En las primeras ordenanzas mercantiles, cuando el concepto de persona moral puede decirse que no existía y cuando las formas sociales conocidas eran las más simples, la sociedad mercantil era considerada como un simple contrato y colocada entre los demás negocios jurídicos mercantiles. A medida que la personalidad moral va siendo un fenómeno más ampliamente conocido, se desplaza la colocación de las sociedades hacia el capítulo de las personas para llegar a ser, finalmente, una simple subdivisión de la sección que se dedica a las personas comerciantes.

El Código de Comercio Francés y antes las viejas Ordenanzas y, entre ellas, las de Bilbao, representan la primera época. En el Código Francés, el libro primero se divide en varios títulos, de los cuales, uno (I) está dedicado a los comerciantes, otro (II), a los libros de comercio otro, a las sociedades (III) y otros a la prenda y comisión (VI), a la compraventa (VII), a las letras de cambio (VIII).

El Código de Comercio Italiano de 1882, casi un siglo posterior al Napoleónico, sigue todavía la sistemática francesa, comprendiendo el título IX de su libro primero de la reglamentación de la sociedad y de las sociedades mercantiles. En efecto, el libro primero trata del estado de comerciante, del registro de comercio, del nombre de los libros comerciales, de los factores y dependientes, de los agentes y corredores; el libro segundo, está dedicado exclusivamente a las sociedades mercantiles.

Los negocios mercantiles (venta, comisión, expedición, almacenaje, transporte), están regulados en el libro tercero.

Los proyectos de reforma italianos, ya en el segundo decenio del siglo en curso, completan la revolución que antes anunciamos.

El libro primero de ambos proyectos se denomina "De las Personas" y se divide en dos partes, la primera dedicada a los comerciantes, la segunda, a las sociedades; en tanto que, en el libro segundo, se regulan los títulos de crédito y en el tercero, los contratos mercantiles.

En el proyecto del Código de Comercio Mexicano de 1929, el libro primero colocado bajo el epígrafe: "De las Personas", se divide en cuatro títulos, de los cuales, el primero se titula:

"De los Comerciantes en General";  
el segundo: "De los Comerciantes Individuales";  
el tercero: "De los Comerciantes Colectivos"; y  
el cuarto: "De los Agentes Auxiliares de Comercio".

El anteproyecto del Código de Comercio Mexicano de 1943, se mantiene en esta misma trayectoria, y considera a las sociedades mercantiles, junto a los comerciantes individuales, como personas comerciantes.

## LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD

(Personas y contratos, su lugar en la sistemática)

La sociedad mercantil como personalidad jurídica, es el segundo aspecto que apreciamos en la técnica del Código de Comercio, ya que el primero trata a la sociedad como contrato.

La separación de ambos es una existencia de exposición, pero desde un punto de vista real, la personalidad es un efecto de la existencia de un auténtico contrato social. Sobre estos dos puntos podríamos insistir y ver después si tratáramos con detención ambas doctrinas jurídicas acerca de la personalidad, las que para no extender el trabajo, mencionaremos sus características someramente.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, ha tenido gran influencia dentro del estudio y elaboración de Códigos de los países de tipo latino, pues en unos y otros ha dejado de hacerse su estudio y regulación en el capítulo de los contratos, para pasarlos al de las personas comerciantes.

### CONCEPTO:

La personalidad jurídica es la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones. Allí donde encontremos un ente al que según el ordenamiento jurídico se reconozca esa capacidad, ahí tendremos una persona, ya sea un individuo, ya un conjunto de personas, de bienes o de ambas cosas a la vez.

La personalidad es el resultado de la síntesis de dos elementos: uno material, tangible que constituye el substrato; y otro formal que refleja el sello característico del ordenamiento jurídico o de la disposición legal.

El elemento material o tangible, está constituido por un conjunto de condiciones y presupuestos entre los cuales debe nombrarse también la existencia de la criatura humana; el elemento formal consiste en el reconocimiento de la personalidad o cualidad del sujeto jurídico, creación del derecho objetivo y de la misma norma.

No basta uno solo de estos dos elementos para constituir el concepto persona o sujeto jurídico; actualmente, puede decirse que está superada la tendencia jusnaturalista, según la cual el hombre en cuanto tal, y el hombre solo como criatura natural, debería considerarse como sujeto jurídico. En efecto, basta pensar que al lado de las personas físicas existen las llamadas personas jurídicas; no sólo esto, sino que también en relación a las primeras, la adquisición de la calidad de sujeto jurídico está subordinado por la ley, a la existencia de determinadas condiciones o presupuestos de hecho. En realidad, el concepto persona o sujeto jurídico, es un concepto formal, es decir, que deriva de una calificación que la norma jurídica otorga con fundamento en determinados presupuestos materiales, considerados por la misma norma como condiciones necesarias para su reconocimiento.

Los dos aspectos fundamentales en las que se encarna el concepto de sujeto jurídico, son:

- a) La persona física; y
- b) La persona jurídica.

## HISTORIA

Trazar y realizar la línea del origen así como la evolución del concepto de personalidad jurídica, desde los primeros esbozos en el Derecho Romano, hasta su pleno reconocimiento en nuestros Códigos, es un estudio que no podría tratarse dentro del tema que se está realizando en este pequeño trabajo, ya que excede de los límites del mismo.

En síntesis, podemos decir que el concepto personalidad moral, tal cual lo habemos en la actualidad, es obra de la antigua Roma, de la Iglesia Cristiana, y del Derecho Germánico Antiguo y Moderno.

El Derecho Romano clásico elaboró la noción de LA UNIVERSITAS; la Iglesia Católica de la Epoca Imperial y la Edad Media, construyó la teoría del Patrimonio Autónomo afecto a la realización de un fin ideal, o sea lo que con el tiempo vino a ser la personalidad jurídica de la fundación; la Alemania Moderna ha hecho los más finos, elaborados y especiales análisis de la idea romana y de la idea cristiana, y ha entresacado del seno de los textos del cuerpo del Derecho Civil, de las doctrinas jurídicas eclesiásticas y de la contextura de las primitivas asociaciones germánicas, las teorías actuales acerca de la personalidad moral.

A continuación vamos a señalar escuetamente algunos detalles de la evolución de la institución de la personalidad, en los tiempos modernos, cuyos rasgos fundamentales son:

1o.—Desconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles (Códigos Napoleónicos).

2o.—Reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles; desconocimiento de la misma a las sociedades civiles (Códigos Italianos hasta 1882, Doctrina Francesa en parte).

30.—Reconocimiento de la personalidad jurídica a algunas formas de sociedades mercantiles (anónimas) y desconocimiento, más o menos discutido, para las demás (Código de Comercio Alemán, 1900); Reconocimiento de la personalidad de las Sociedades Civiles (Código Civil Alemán).

40.—Personalidad Jurídica para las Sociedades Civiles y Mercantiles (Código Civil Español; Código de Comercio Español; Códigos Civiles y Mercantiles de México, entre otros).

## DERECHO COMPARADO

A).—DOCTRINA FRANCESA.—La doctrina francesa ha estado vinculada durante mucho tiempo a las influencias filosóficas y políticas que fueron las directrices de la Revolución Francesa. Las influencias individualistas de ésta, su hostilidad hacia las corporaciones y asociaciones profesionales, y posteriormente, en no menor medida, la repulsa de los escritores franceses hacia el concepto de la personalidad jurídica, (obra especialmente de los juristas y de los filósofos alemanes), explican la actitud negativa y el desconocimiento rotundo de la personalidad moral. Sumamente representativo al respecto es Planiol, quien al examinar el fenómeno de la propiedad colectiva se pregunta cómo es posible que “este fenómeno tan antiguo y tan general, pase por así decirlo, inadvertido y que leyendo los tratados de Derecho, no se encuentre en ellos más que la exposición y el estudio de una sola especie de propiedad, la que todo el mundo conoce, la de un campo o la de una casa que pertenece a un particular. La persistencia hasta nuestros días de la propiedad colectiva, puede decirse que ha sido ocultada a nuestros ojos por la existencia de seres ficticios, a los cuales se les da, a lo menos en cierta medida, los atributos de la personalidad, los que son estimados propietarios, acreedores o deudores que hacen contratos y mantienen litigios, como verdaderas personas: son las personas ficticias. Todas las propiedades colectivas se atribuyen a personas ficticias de las que cada una es considerada propietaria única de una masa de bienes, así la propiedad colectiva aparece siendo una propiedad individual, concepción tan falsa como inútil. . .”

“Las personas ficticias son también denominadas usualmente, personas civiles o personas morales, e incluso algunas veces se les llama, imitando a los alemanes, personas jurídicas.”

Un grupo de viejos autores franceses ha compartido esta posición.

Sin embargo, poco a poco, y más por exigencias de la práctica que por razones de orden doctrinal, se ha venido reconociendo la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y aún de las civiles, la que por algún tiempo fue negada.

La doctrina más reciente, y aún parte de la antigua, recoge esta nueva posición. Entre los nombres más destacados, citaremos a LYON CAEN y RENAULT, PIC, JOSSERAND, HAURIOU, MICHOUY y VALERY.

Incluso algunos autores, que han negado la existencia de la personalidad moral en el Derecho Francés, son partidarios de admitirla de “lege ferenda”.

B).—ITALIA.—El Código de Comercio Italiano de 1882, establecía en su artículo 77, que las sociedades serían entes distintos de sus socios frente a terceros.

En una época en que la doctrina de la personalidad no estaba completamente definida, se comprende que el texto citado fuese motivo de múltiples discusiones, en particular, por lo que concierne a la posibilidad de que la personalidad jurídica sólo existiese en las relaciones externas.

Desvanecida la discusión por el triunfo definitivo de la doctrina que admite la personalidad jurídica, apenas si pueden citarse dos nombres de prestigio entre los opositores a la misma: MANARA y NAVARRINI. El primero, al tiempo que afirma la inexistencia de la personalidad jurídica, mantiene que las sociedades mercantiles son simples comunidades; es decir, condóminos; el segundo, más influido por la doctrina alemana, predica la existencia de una comunidad de mano común germánica.

El resto de la doctrina admite sin vacilación la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, y sólo hay divergencias, en razón de las diferentes interpretaciones que se dan a este concepto.

Por ejemplo, para VIVANTE, las sociedades mercantiles son sujetos de Derecho, provistos de un patrimonio propio, distinto del patrimonio de los socios, constituídos por los bienes y derechos aportados por aquellos, aumentados con los beneficios realizados mediante la actividad social.

Para otros autores, del concepto mismo del contrato de sociedad (Artículo 1697, Código Civil Italiano), se deduce la puesta en común de las aportaciones y la copropiedad de los socios sobre el patrimonio, sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica frente a terceros. Finalmente para otros autores, lo importante es que no se pierda de vista la integración de los sujetos individuales en el nuevo sujeto jurídico que es la sociedad mercantil, por lo que, en cuanto sujeto social, se define éste diciendo que es “la unidad subjetiva completa resultante de los sujetos particulares compenetrados en una formación unitaria a través de un proceso especial constitutivo”.

Hoy puede decirse que la doctrina y la jurisprudencia dominante en Italia, reconocen la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, e incluso es general la tendencia a reconocer también la personalidad jurídica de las sociedades civiles.

El Código Civil de 1942, reconoce personalidad jurídica a las sociedades civiles y mercantiles. (Artículo 13).

C).—ALEMANIA.—En Alemania, durante mucho tiempo, y tal vez por influencia del derecho francés, se desconoció la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles; pero en el último tercio del Siglo XIX se planteó el problema con toda intensidad, y mientras Thoel y otros viejos mercantilistas negaban la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, otros tratadistas la admitían, al menos, para las sociedades anónimas. (Cosak, entre otros).

Desde el punto de vista legislativo, aún antes del Código de

Comercio de 1900, se reconoció la personalidad jurídica a las sociedades de responsabilidad limitada, (Ley de 20 de abril de 1892) y a las sociedades coloniales, (Ley de 2 de julio de 1899).

“En el Código de Comercio se hace expreso reconocimiento de personalidad jurídica a favor de la sociedad anónima, siendo discutido si también las sociedades en comandita por acciones, tienen esta misma consideración”. (Staub).

Lehman propugnó por el reconocimiento de la personalidad jurídica para las sociedades colectivas y en comandita, encontrando fuerte oposición en Köhler, que mantuvo la tesis de que, aún en aquella situación de la legislación alemana, podría defenderse la personalidad jurídica de todas las sociedades mercantiles.

Esta afirmación de la unidad de estructura y naturaleza de todas las sociedades mercantiles y, por consiguiente, la afirmación de que todas ellas son personas jurídicas, encontró su más brillante y profundo expositor en Wieland.

Las sociedades civiles fueron reconocidas como personas jurídicas por el Código Civil Alemán de 1900.

D).—ESPAÑA.—El Proyecto de Código Civil de García Goyena, de 1868, y después, el Código de Comercio Español de 1889, fueron de los primeros en dedicar un capítulo especial a las personas jurídicas; y tanto en el Código de Comercio, como en el Código Civil, se hizo expreso reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles, posición compartida por la doctrina; además, es opinión general entre los autores españoles, tal vez con la sola excepción de Benito.

E).—RESUMEN.—De esta breve consideración acerca de la situación legislativa en los países más importantes del grupo europeo, resulta evidente la afirmación de que el reconocimiento de la personalidad jurídica, como realidad o como instrumento técnico, es un hecho indiscutible en todos los países que acabamos de citar, y en los demás que se mueven en la órbita legislativa de los mismos.

## ANTECEDENTES Y ESTADO ACTUAL DEL PROBLEMA EN MEXICO

La tradición jurídica mexicana puede decirse que es unánimemente favorable al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles.

El Código Civil del Distrito Federal de 1870, así lo reconoció (Artículos 43 a 47), los mismos principios pasaron, con levísimas modificaciones, al Código Civil del Distrito Federal de 1884. El Código Civil, vigente desde 1932, mantiene iguales afirmaciones, sólo modificadas por razones de política social, al dedicar el título II del Libro Primero a "Las Personas Morales", entre las que enumera (Fracción III) las sociedades civiles y mercantiles. Por lo que respecta a los Códigos de Comercio, el Código de Comercio Mexicano de 1854 guardaba silencio sobre este problema; pero, el de 1884, en su artículo 358, estableció que "las compañías mercantiles... tienen derechos y obligaciones propios e independientes de las acciones y obligaciones de los individuos que las componen".

Con más precisión, el Código de 1889 dice que: "Toda sociedad comercial constituye una personalidad jurídica distinta de la de los socios". (Artículo 90).

La Ley General de Sociedades Mercantiles de 1934 declara, en el primer párrafo de su artículo segundo; que "las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios". Esta declaración la estimamos ociosa, teniendo en cuenta el principio general establecido en el artículo 25 del Código Civil del Distrito Federal, que en este aspecto es una norma federal.

Antes de terminar el capítulo de la Personalidad, quisiéramos soslayar algo sobre las doctrinas acerca de la personalidad jurídica.

La complejidad de este tema nos exige exponer, como antecedente necesario, un breve cuadro del estado actual de la doctrina en torno al viejo y siempre renovado problema de la naturaleza de las llamadas personas morales o jurídicas.

Siguiendo la más reciente exposición sobre la materia, podemos distinguir los siguientes grupos de teorías:

I.—*Teoría de la Ficción*.—Es la más antigua y se deriva de la Doctrina Canónica del “Corpus Mysticum”.

El hombre y sólo el hombre particular, es capaz de Derecho y, en consecuencia, las llamadas personas jurídicas, sólo son creaciones artificiales de la ley, es decir: ficciones.

Los sujetos así creados tienen capacidad jurídica, pero limitada a las relaciones patrimoniales; por eso, puede decirse que la persona jurídica es un sujeto artificialmente creado por la ley para tener un patrimonio.

Un célebre autor señala: “El mérito de esta teoría está en su simplicidad y vigor lógico y no solamente en la observación exacta de que la persona jurídica es un sujeto ideal creado por la ley”. Pero la concepción es defectuosa tanto por la estrechez de la fórmula, que restringe la capacidad a las relaciones patrimoniales, como por la imperfección técnica de considerar como ficción lo que es una consideración técnica del fenómeno, pero que tienen realidad jurídica como cualquiera otra figura del mundo jurídico”.

Algunas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de México, hablan de ficción para explicar la personalidad jurídica; pero con poca técnica y mucha confusión (Semanao Judicial de la Federación, tomos XXV, página 1399; el XXVI, página 1933 y el XXVIII, página 226).

II.—*Teoría del Patrimonio de Afectación*.—Aquí la llamada persona jurídica no es más que un patrimonio sin sujeto destinado al cumplimiento de un fin, que el hombre por su instinto antropomórfico, considera como persona humana.

Difícilmente puede admitirse la existencia de patrimonios que carezcan permanentemente de sujetos; tampoco es admisible que la

esencia de la personalidad sea el patrimonio, y además la pura consideración patrimonial olvida el aspecto funcional de las llamadas personas jurídicas.

III.—*Teoría Orgánica o Realista.*—No es el hombre el único sujeto de derechos y obligaciones. También lo son las otras colectividades humanas.

Son así personas o sujetos de derecho, el hombre y ciertas colectividades, nacidas de un proceso histórico o de una agrupación consciente y voluntaria. Estos grupos de colectividades son realidades orgánicas con vida orgánica y voluntad propia, unidades de vida corporales y espirituales. El reconocimiento del estado no hace más que declarar o reconocer esta unidad colectiva social de esta nueva personalidad.

Los errores más llamativos de esta Doctrina, se señalan brevemente en las siguientes observaciones:

a).—La supuesta unidad orgánica no pasa de ser un conjunto de hombres, una pluralidad de individuos. Esa unidad no es más que un procedimiento intelectual de síntesis, puesto que las colectividades no tienen ni cuerpo ni espíritu.

b).—No hay una voluntad colectiva, porque sólo los hombres tienen voluntad, y el conjunto de voluntades individuales, aunque distintas de las personas, no es voluntad de un ser único: “Atribuir una voluntad en el sentido psicológico a una entidad colectiva es una idea mística. El efecto de una confusión entre problemas filosóficos y jurídicos”.

Hay un autor que señala: “La voluntad es siempre de hombres y sólo es concebible en los hombres. En efecto, la voluntad es un fenómeno psíquico, que es el resultado final de otros y más complejos procesos espirituales, y depende de los instintos, de la inteligencia, de la reflexión, y de la memoria. Pero ¿cómo puede hablarse en este sentido de la voluntad del ente colectivo, sin navegar a velas desplegadas en el mar de la ficción?”

#### IV.—*Variantes de la Teoría Orgánica.*

a).—*La Personalidad como Función de la Voluntad.*—Donde hay una voluntad hay un sujeto de Derecho, independientemente de que exista o no el substrato de una personalidad física.

De la simple voluntad se pasa al poder de voluntad encaminado a un interés, de modo que tienen personalidad jurídica, los entes portadores de intereses colectivos y permanentes, que tienen una organización capaz de desarrollar una voluntad propia.

b).—*Teorías Individualistas.*—Arranca de Ihering y de su conocida posición acerca del derecho como interés jurídicamente protegido, y del sujeto como titular de goce del Derecho. Las personas jurídicas, son pues, sujetos aparentes que ocultan a los principales y verdaderos sujetos que siempre son hombres.

c).—*Teoría de la Institución.*—Sintéticamente puede enunciarse diciendo que la persona jurídica, no es más que una organización al servicio de un fin. No se trata de una entidad orgánica con voluntad unitaria; pero sí recibe un tratamiento de sujeto de Derecho.

#### V.—*Teoría del Reconocimiento.*

Ha sido Ferrara quien ha formulado esta Doctrina con más precisión. En gran parte, es una de las más aceptables y a la que podremos adherirnos, con algunas pequeñas modificaciones que en su oportunidad expresaremos.

Siguiendo a Ferrara paso a paso en esta exposición, señalaremos:

“Persona, en lenguaje vulgar, equivale a hombre: pero, en sentido jurídico, vale tanto como sujeto de Derecho, es decir, un status o calidad, y aunque después se ha llegado a llamar persona, no al estado sino al portador de la misma, no autoriza ello para asimilar la persona con el sujeto jurídico por antonomasia: el hombre. Hay otros sujetos jurídicos, otras personas no hombres”. . . . “Persona es quien está investido de derechos y obligaciones, quien es punto de referencia de derechos y deberes, por el ordenamiento jurídico. La personalidad de una categoría jurídica, que por sí, no implica condi-

ción alguna de corporalidad o espiritualidad del investido: es una situación jurídica, un status.”... “Naturalmente, es la fuerza normativa del Estado la que puede crear estas nuevas unidades jurídicas, estas nuevas grandezas del mundo jurídico.” ... Por eso, “incluso la personalidad del hombre deriva del Derecho del Estado, y la historia enseña que frecuentemente a los hombres les ha sido negada, suprimida o mutilada la personalidad. Por otro lado, si el Estado eleva a sujetos de Derecho a los hombres, no hay ningún obstáculo para que no pueda atribuir la subjetividad jurídica, incluso a entes no humanos, a figuras de intelecto, a entidades ideales. Algunos juristas han puesto de relieve que el Estado podría elevar a sujeto de Derecho una cifra, una fecha, animales, plantas, dioses.” ... “Pero la personalidad no es una ficción; una máscara, un proceso artificial, una construcción especulativa, sino que es una forma jurídica. La personalidad es un modo en regulación, un procedimiento de unificación, la configuración legal que ciertos fenómenos de asociación o de organización reciben del Derecho objetivo.”

Insiste Ferrara en aclarar que esta unificación no es un resultado arbitrario del legislador. “En esto yo me diferenció de toda la Doctrina, no: el legislador ha encontrado estas formas rudimentarias en la vida y no ha hecho más que seguir las normas de la concepción social. El reconocimiento de las personas jurídicas es la traducción jurídica de un fenómeno empírico”... “Las personas jurídicas son, pues, entes ideales que sirven como formas jurídicas de unificación y concentración de derecho, obligaciones y potestades, para la persecución potenciada de intereses humanos”. ... “Las personas jurídicas son, pues, realidades, no una ficción. Pero, entendamos, realidad no es la de los sujetos que se ven o que se tocan, sino que es puramente abstracta, ideal.. Realidad jurídica ideal, no corporal sensible”.

De aquí, deduce Ferrara dos corolarios:

1o.—“La personalidad es un producto del ordenamiento jurídico y concesión exclusiva del Estado. Jamás los hombres, con sus contratos y con sus organizaciones de voluntad, podrán hacer nacer una persona jurídica.. El reconocimiento es el factor constitutivo de la personalidad jurídica.”

2o.—“Puesto que la atribución de la personalidad no es más que la concesión de capacidad jurídica, esta capacidad puede ser más o menos amplia.”

*Crítica de las Anteriores Teorías a la Luz de los Ordenamientos Jurídicos Mexicanos.*

Personas según el Código Civil del Distrito Federal.—Ejercicio de derechos; capacidad; sistemas de reconocimiento; sistema del Derecho Mexicano.

Llega el momento de estudiar las diversas teorías y, en especial la de Ferrara, a la luz de los preceptos de los ordenamientos mexicanos.

La teoría de la ficción resulta inadmisibles por las razones generales ya expuestas. También la del patrimonio de afectación, porque la simple lectura del artículo 25 del Código Civil del Distrito Federal, nos muestra la imposibilidad de que existan personas jurídicas sin patrimonio. Asimismo las diversas variantes de la teoría orgánica, porque se basan en metáforas y ficciones meta-jurídicas.

La teoría de la institución, tampoco es admisible porque es definitiva, se refiere a situaciones sociales ajenas al problema de la personalidad jurídica. Descubre el substratum de ésta, pero no revela la esencia.

La única teoría admisible nos parece la de Ferrara, y desde luego, la que se sujeta, con variantes, a las normas de los ordenamientos mexicanos.

En éstos, la personalidad es un status jurídico que corresponde al hombre, a determinadas entidades de derecho público y a ciertas situaciones convencionales. Por eso, el Libro Primero del Código Civil del Distrito Federal, se denomina “De las Personas” y dedica su Título I a las Personas Físicas y el II, a las Personas Morales.

Queda así patente que el legislador mexicano considera al hombre y a ciertas entidades colectivas como personas. Se pone así de relieve que las personas físicas y morales son sujetos de derecho, si bien con diferencias, pues mientras que la persona física tiene capacidad jurídica para ser titular de toda clase de derechos, las personas morales la tienen en función de la realización de los objetos para las que se crearon. (Artículo 26, Código Civil del Distrito Federal).

En orden al ejercicio de derechos hay una importante nota que realzar. Las personas físicas ejercen por sí sus derechos, o contraen obligaciones, salvo en aquellos estados de restricciones a la capacidad en los que han de hacerlo por medio de sus representantes (Artículo 23, del Código Civil; en cambio, las personas morales obran y se obligan siempre “por medio de los órganos que las representan”, de donde se deduce la inexistencia de una voluntad orgánica en el sentido de las teorías orgánicas.

Nos parece indiscutible el corolario aquel de Ferrara de que las personas morales tienen una capacidad más o menos amplia (Artículo 26, Código Civil); estimamos igualmente cierta la primera parte de su corolario primero: “la personalidad jurídica es producto del ordenamiento jurídico”; pero, negamos las deducciones que quiere establecer del mismo, por lo menos sin ciertas aclaraciones. “El reconocimiento (dice) es el factor constitutivo de la personalidad jurídica”. Bien, de acuerdo, pero el reconocimiento no tiene que ser a posteriori, sino que puede ser, y en los ordenamientos mexicanos lo es a priori.

El reconocimiento puede ser caso por caso, (sistema de la concesión) o en términos generales (sistema normativo) o por la aprobación de los actos realizados.

¿A quién reconoce personalidad el Código Civil del Distrito Federal?

Por un lado, a ciertas entidades de derecho público “reconocidas por la ley” (Artículo 25, fracciones I y II), por otro, a las sociedades civiles y mercantiles (fracción III, artículo 25 del Código Civil), a las sociedades cooperativas o mutualistas (fracción V), a los sindicatos y asociaciones profesionales y a los demás a que se

refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal (fracción IV), así como a las demás asociaciones distintas a las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualesquiera otro fin lícito, siempre que no fueran desconocidos por la ley. (Fracción VI).

Las entidades de derecho público deben ser reconocidas para tener personalidad jurídica: las situaciones convencionales enumeradas por la ley, tienen que ser no desconocidas. (Final, fracción VI, artículo 25 del Código Civil).

El argumento central, en virtud del cual se niega a ciertos contratos su fuerza creadora de personalidad jurídica, es que las sociedades civiles y las asociaciones en general, carecen de ese impulso generador. Este puede ser un argumento en el Derecho Francés o Italiano, pero no en el Derecho Mexicano, en el que se reconoce personalidad jurídica a las sociedades civiles y a todas las asociaciones no desconocidas por la ley.

Seguimos conformes con Ferrara en que es la fuerza normativa del Estado la que crea los nuevos entes, porque no cualquier contrato, sino sólo los enumerados por la ley, tienen esa fuerza creadora.

La ley (Código Civil del Distrito Federal, artículo 25) atribuye personalidad moral a determinados entes colectivos. Esto significa que estuvo en el poder del legislador, ampliar o restringir la enumeración dada. Pudo no comprender las sociedades civiles o las asociaciones obreras o las asociaciones artísticas, políticas, recreativas, o de cualquier otro objeto lícito: es decir, que "es la fuerza normativa del Estado la que puede crear esas nuevas entidades jurídicas". Puede y lo hizo, aunque pudo no hacerlo.

Por esto, en otros ordenamientos tiene muy difícil contestación aquella presunta objeción de Ferrara con referencia a la afirmación Vivantiana de que el contrato crea la personalidad: "¿Por qué entonces no tiene esa virtud un contrato de sociedad civil?"

En el Código Civil del Distrito Federal, los contratos de sociedad civil de asociaciones en general, tienen fuerza creadora de la personalidad jurídica; no ya por virtud del contrato por sí solo, sino porque se trata de un contrato tipificado legalmente.

Por eso, podemos decir, en resumen, que en el Derecho Mexicano la personalidad moral es un status de capacidad jurídica subjetiva especial (artículo 26 del Código Civil) que la ley concede a ciertas corporaciones de derecho público, con su reconocimiento, y a ciertas y determinadas situaciones convencionales, que por virtud legal tienen fuerza para crear una personalidad jurídica. (Artículo 25 del mismo ordenamiento).

### *Efectos de la Personalidad Jurídica.*

Ya queda dicho que la esencia de la personalidad jurídica consiste en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones; pero, esa afirmación general puede irse desdoblando en una serie de principios accesorios, que contribuyen a aclarar su alcance.

Por comodidad de exposición, podemos distinguir dos aspectos como efectos principales de la personalidad: el poder ser sujetos de derecho y la existencia de un patrimonio autónomo.

A).—La persona como sujeto de derechos.—Que las sociedades son personas jurídicas, significa que son sujetos de Derecho, y ésto, a su vez, supone estas afirmaciones:

1o.—La sociedad tiene un nombre con el cual actúa en el mundo de los negocios; nombre colectivo que es expresión de su personalidad, ya se forme como razón social, ya como denominación.

2o.—La sociedad tiene un domicilio, que como en el individuo, es la base física de su residencia, con los efectos que corresponden a la persona respecto de su domicilio en cuanto a efectos de actuación, límites de ella y responsabilidades fiscales y jurisdiccionales.

3o.—La sociedad tiene capacidad de goce, en el sentido de que en su nombre pueden celebrarse toda clase de contratos y realizarse toda otra clase de declaraciones jurídicas, y no solamente puede asumir las obligaciones que de ellos resulten, sino adquirir los derechos correspondientes. Conviene, sin embargo, indicar que las sociedades mercantiles, en cuanto personas morales, no tienen una

capacidad jurídica ilimitada, ya que el Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 26, declara que las personas morales pueden ejercer todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución, de manera que la capacidad de las sociedades mercantiles como la de las demás personas morales en el Derecho Mexicano, está en función de la finalidad para la que se constituyeron.

La capacidad de goce no implica capacidad de ejercicio. Las personas morales actúan siempre por conducto de sus representantes (Artículo 6, Código Civil del Distrito Federal), los que tienen en principio, todas las facultades necesarias para la consecución de la finalidad social. (Artículo 10, Ley General de Sociedades Mercantiles).

La capacidad de goce y de ejercicio va acompañada de la capacidad procesal, en cuanto que las sociedades mercantiles pueden ser sujetos de toda relación procesal.

40.—Como consecuencia de la personalidad jurídica, la sociedad asume la calidad de comerciante y adquiere todos los derechos y obligaciones propios de ese estado; por ésto, los libros de contabilidad sociales son de la sociedad y prueban contra ésta y no contra sus socios. (Semanao Judicial de la Federación, Tomo XLIV, página 159).

## Capítulo II

Después de estudiar las características de la personalidad jurídica, vamos a entrar en el tema con los contratos celebrados en las sociedades, durante el período constituyente.

Es indispensable analizar los conceptos en cuanto al período constituyente, sobre todo, de acuerdo con las disposiciones de nuestra Ley Mexicana y precisar las diferentes exigencias que marcan nuestras leyes para la creación de una sociedad mercantil, las que son conscientes y que tienen como resultado que en muchas ocasiones se descuiden de satisfacer algunas de ellas, lo que viene a provocar la irregularidad de la propia sociedad.

El Doctor Mantilla Molina señala que: “Erró gravemente el legislador en 1934 al considerar que... el difícil problema de las sociedades de hecho o irregulares, puede desaparecer... haciendo derivar el nacimiento de la personalidad jurídica de un acto de voluntad del Estado...” (Comentando la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Mercantiles).

El artículo 5o. de la Ley de Sociedades Mercantiles, preceptúa: “Las sociedades se constituirán ante Notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones”.

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, pero —menos puede desaparecer el problema porque se establezcan nuevos requisitos, que

sí pueden conducir a una mayor perfección a las sociedades que los satisfagan, crean necesariamente una nueva causa de irregularidad, para aquéllas que no se sometían a su observancia.

Las sociedades irregulares como era de preverse, nos señala Mantilla Molina, no desaparecieron bajo la vigencia de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por eso en 1942 hubo de reformarse la ley para no cerrar los ojos a la realidad y reconocer el hecho de que existen sociedades irregulares y que es necesario, en protección de los terceros y de la misma colectividad regular sus efectos, ya que no puede evitarse su existencia.

¿Cuál es el límite en que una sociedad está en período constituyente, desde cuándo se termina con los actos preparatorios para formalizar la propia sociedad?

La ley reconoce un sinnúmero de situaciones creadas al margen de la misma.

En apariencia es una paradoja que el Derecho se ocupe de las sociedades creadas en oposición a sus propias disposiciones. Sin embargo, esta situación es algunas veces frecuente.

Para que una persona o un individuo adquiera la propiedad de una cosa, es necesario, si no se trata de una adquisición originaria, que quien transmita la propiedad sea el legítimo propietario. Sin embargo, el Derecho no ha ignorado la posibilidad de que se hagan adquisiciones en virtud de títulos viciados, y ante estas situaciones de hecho tiene una regulación completa sobre la posesión que carece de título y que hace capaz de que se adquiera la propiedad. Ha dado efectos a la posesión pacífica, continúa y pública, ya sea de buena o mala fe.

En todas las diversas hipótesis ha protegido como propietario al que tiene apariencia de tal, derivada de la propia posesión, aún cuando en realidad no tenga un derecho de propietario. Así el Derecho reglamenta una situación que, en rigor, ha sido creada al margen de la ley.

Tal vez sea más claro algún otro ejemplo: el matrimonio.

Si no satisface determinados requisitos de formalidad, resulta nulo o anulable; ahora bien, a pesar de esta nulidad o anulabilidad, el mismo matrimonio, crea una familia, produce en realidad efectos biológicos y sociales; por lo tanto la ley no puede ni debe cerrar los ojos ante esta realidad, por la simple circunstancia de que se haya creado el propio matrimonio al margen de la ley o en contra de la misma ley; en efecto, los matrimonios pueden llegarse a anular; pero mediante la Doctrina del matrimonio putativo, se respetan sus efectos respecto tanto de los hijos como del cónyuge que actuó de buena fe.

Una segunda situación se da en el caso de la unión del hombre y la mujer, conocida en nuestro Derecho como concubinato.

Muchas legislaciones han ignorado a lo menos en parte, la existencia del concubinato. La ley sin embargo, no puede desconocer esa situación y decir: "como esos hijos no han nacido de matrimonio, esos hijos no han nacido para mí"; sino que tiene que regular la situación de esas mismas personas.

Nuestra legislación actual, a semejanza de lo que hacía el Derecho Romano, ha abierto más los ojos ante la realidad y ha dado o dictado diversas normas para regular los efectos del concubinato, entendiéndolo por concubinato no cualquier unión transitoria entre un hombre y una mujer, sino la que reúna determinadas circunstancias y requisitos, que hacen suponer que existe una cierta y verdadera *affectio coniugalis*. En este aspecto se conceden derechos a la concubina: derechos alimentarios, derechos hereditarios, protección y algunas veces equiparación al propio cónyuge.

En estos ejemplos que hemos examinado, la ley crea una institución para fines determinados; pero al mismo tiempo prevee la situación de quienes pretenden alcanzar los mismos fines sin haber satisfecho las condiciones de la institución legal.

De esto resulta acorde con las soluciones antes señaladas, que el legislador fije los requisitos que ha de satisfacer la institución jurídica denominada "sociedad mercantil"; y además que regule tam-

bién la situación de quienes han pretendido y deseado constituir una sociedad mercantil, aunque no hayan cumplido todas las normas jurídicas aplicables para su propia constitución.

### *Irregularidad por Falta de Documento.*

De hecho, la constitución de la sociedad puede haber sido puramente verbal. En tal caso, las dificultades de la prueba son mucho mayores. 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 empleados, y trabajadores así como de los clientes de la propia negociación, sus libros de contabilidad o libros de comercio, la muestra y los documentos que a la propia sociedad aluden, etc.

La Suprema Corte de Justicia consideró existente una sociedad irregular, sin que existiera documento alguno (Ejecutoria de Manuel Villalba Aragón, 28 de julio de 1955 publicado en el Semanario Judicial de la Federación, en el mes de julio de 1955, página 107).

Si se allegan tales documentos probatorios, un socio puede exigir de los demás el otorgamiento de una escritura pública, pues el artículo 7o. de la Ley de Sociedades Mercantiles no supedita la acción respectiva a la celebración por escrito del negocio social.

En la propia 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 aún tácitas o supuestas de las propias partes.

La inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio correspondiente, viene a ser el desenlace de su período constituyente.

La sociedad no inscrita como consta en la escritura pública, puede tener según las disposiciones de las legislaciones de otros países, requisitos especiales y diferentes en cada una de tales legislaciones. La Ley de Sociedades Mercantiles prevé el remedio a la irregularidad de las sociedades que consten en escritura pública, pero

que no han sido inscritas en el Registro Público de Comercio, al dar acción a los socios para la tramitación de la inscripción comercial. (Véase el artículo 7o. de la ley citada).

En el Derecho Argentino la ley 19550 establece que la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio da derecho constitutivo, que señala que la sociedad no inscrita o en trámite de hacerlo, tiene el carácter de irregular. "La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio". (Artículo 7o., Decreto Ley 19550/72).

Felipe Guzmán Núñez, notario de México, señala algunos sistemas registrales, en cuanto a los actos realizados por una sociedad irregular:

"a) Inscripción Sustantiva.—Aquella en que se opera el cambio en el derecho registrado, sin que sea necesario un acuerdo de transferencia.

b) Inscripción Constitutiva.—Se requiere como requisito imprescindible para que el derecho quede constituido, o modificado, según sea el caso. En este tipo de inscripción se hace caso omiso del acuerdo de voluntades en donde tiene su origen ese derecho; caso distinto del anterior en el cual, como se señaló, no es necesario.

c) Inscripción Declarativa.—"Es aquella cuya eficacia estriba únicamente en *declarar* la existencia, la transmisión, la modificación o la extinción de un derecho, *ya operado fuera del Registro* por un negocio jurídico que se contiene en el título que se presenta al Registro". (Luis Carral). El Derecho nace extrarregistralmente, ante notario —generalmente— o por el simple acuerdo entre las partes hecho constar en documento privado o, incluso, con el sólo acuerdo de voluntades. (Artículos 1832 y 1833 del Código Civil). Este es el sistema que se sigue entre nosotros (Luis Carral y de Teresa, Derecho Notarial y Derecho Registral, Edición Libros de México, S.A., 8-septiembre-1965, páginas 229 y siguientes)". (Trabajo presentado al IX Encuentro Panamericano, celebrado en Costa Rica 1976).

El plazo que señala la ley (15 días a partir de la fecha de otorgamiento) es demasiado corto, pues la orden judicial de inscrip-

ción que existe en algunos países, con dificultad se obtiene en un término tan breve. 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, y tampoco en algunos de los Códigos Procesales de la República. (Código de Veracruz, Guanajuato, Michoacán, México y otros).

No dice el artículo 7o. contra quien ha de enderezarse la demanda; parece que contra la sociedad misma; pero ello sería contradictorio con el sistema primitivo de la Ley, al cual pertenece el texto del artículo indicado, y conforme al que la sociedad no inscrita carecía de personalidad. Por ello, y por parecernos más práctico, como señala el Maestro Mantilla Molina, pensamos que debe interpretarse la norma en el sentido de que la demanda ha de entablarse contra el Ministerio Público en los términos de los artículos 260 a 264 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

No prevee la ley el caso de que la inscripción no se haya obtenido por estar pendiente el procedimiento para dictar el decreto que la ordena. Con la interpretación propuesta la solución es fácil: “el socio que lo juzgue conveniente, puede coadyuvar en la obtención de la orden de inscripción”.

La inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio implica el cumplimiento de la exigencia final de las impuestas por la ley; parece que en tal caso no puede hablarse de irregularidad de la sociedad.

Sin embargo, cabe pensar que al examen hecho por el Juez se haya escapado alguna circunstancia que afecte la validez del negocio jurídico, o lo que es mucho más improbable que la inscripción se haya realizado sin el previo requisito de la orden judicial, o que ésta se hubiere dado a pesar de los vicios o defectos de forma o de fondo de que la propia sociedad adolezca.

El artículo 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en su segundo párrafo resuelve el caso al decir que: “no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio”.

Dado lo categórico de las disposiciones legales, señala el Maestro Mantilla Molina, se considera que la inscripción tiene un efecto sanatorio absoluto, con la única excepción que habrá que señalar a continuación. Por lo tanto, la sociedad valdrá aunque el consentimiento de algunos de los socios haya sido dado por error, arrancado por la violencia u obtenido con dolo; valdrá también, aunque alguna de las partes fuese menor de edad o hubiese sido declarada en estado de interdicción, etc.

Nos parece justificada esta solución, porque los terceros que contratan con la sociedad confían en la legitimidad de su existencia en virtud de estar inscrita en el Registro Público de Comercio, y podría llegar a resentir serios y graves perjuicios si la sociedad desapareciere como consecuencia de un vicio constitutivo que no pudieron llegar a conocer.

Por el contrario, si alguna de las partes resiente un perjuicio como consecuencia de la ilicitud que afectó la constitución de la sociedad, podrá ejercer las acciones que le suministre el derecho común, (daño y perjuicio, enriquecimiento sin causa, ilegitimidad, etc.) contra quienes captaron su consentimiento o se enriquecieron a su costa. En caso extremo, resultaría sacrificado el interés de la parte en aras de la seguridad jurídica y del interés colectivo. Sin embargo, en el Anteproyecto del Código de Comercio de 1952, se atempera el principio que estamos señalando, y se acepta la disolución de la sociedad, sólo si no puede subsistir por resultar nula alguna de las declaraciones de voluntad que concurrieron al formularla.

#### *Irregularidad por Falta de Inscripción.*

Conforme al texto primitivo del artículo 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, interpretado a contrario sensu, y sobre todo, a la luz de la exposición de motivos, mientras la sociedad no quedaba inscrita carecía de personalidad jurídica. La situación de quienes contrataban con los que aparecían como representantes de la sociedad, era de incertidumbre e inseguridad: ¿Quién era su contraparte? No la sociedad, por no ser persona jurídica; no los socios, porque no habían conferido poder a los que se ostentaban como representantes de la sociedad; y tampoco éstos, porque no habían obrado en nombre propio. Ciertamente el párrafo final del artículo 7o. les

imponía la responsabilidad por las operaciones celebradas en nombre de la sociedad antes de su registro; pero esta responsabilidad no era suficiente para constituirlos en parte de un contrato celebrado a nombre ajeno; ¿Cómo podrían, por ejemplo, vender una cosa aportada por otro socio y que, en consecuencia, no era ni de la sociedad (por carácter de personalidad) ni de quien celebraba la compraventa? El representante sería responsable de los daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación, pero no podría transferir lo que no era suyo.

La falta de personalidad social conducía a este resultado inícuo: los acreedores de un socio podían arrojarse sobre los bienes que su deudor había pretendido aportar a la sociedad irregular, que no pudo adquirirlos por carecer de personalidad; en cambio, los acreedores sociales no podían tocar el patrimonio del socio, ni siquiera los bienes que éste había pretendido aportar a la sociedad, si dicho socio no había contratado en representación de ella.

Los acreedores de un socio a lo menos los posteriores a la constitución de la sociedad, no tienen por qué contar, como garantía a su favor con los bienes aportados a aquélla, y que han salido del patrimonio y de la posesión de su deudor. Por el contrario, los acreedores de la sociedad, sí cuentan con los bienes que aparentemente forman su patrimonio, y son su única garantía.

Lo dicho es bastante para justificar la reforma que en 1943 se hizo al artículo 2o. al declarar que tienen personalidad jurídica las sociedades que se hayan exteriorizado como tales frente a tercero, aunque no estén inscritas en el Registro Público de Comercio.

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.

Aún bajo la vigencia del primitivo texto del artículo 2o., cabía sostener la personalidad de las sociedades irregulares, ya que literalmente la ley no hablaba de las sociedades no inscritas, ni para concederles ni para negarles personalidad; y, por otra parte, el artículo 25 del Código Civil considera a las sociedades mercantiles personas morales, sin distinguir si están inscritas o no lo están. Por

ello, pudo Rodríguez y Rodríguez, desde 1942, sostener que las Sociedades irregulares tienen personalidad en el Derecho Mexicano.

No sin vivas discusiones, la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código de Comercio acordó (1945), mantener el reconocimiento de la personalidad de las sociedades irregulares que, por lo demás, no había sido combatido en las observaciones presentadas al publicarse el primer texto de dicho anteproyecto (1943); la misma solución se mantiene en el proyecto, publicado en 1947, y en la redacción de 1952. (Mantilla Molina).

### *Consecuencias de la Omisión del Registro*

“Los documentos que conforme a este Código —dice el artículo 26— 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.”

El artículo 27 establece que “la falta de registro de documentos hará que en caso de quiebra, ésta se tenga como fraudulenta, salvo prueba en contrario”.

Dudamos de la vigencia de este precepto, pues la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, establece un sistema propio para la calificación de las quiebras (artículos 91 a 98), conforme al cual la mera omisión del registro de documentos no acarrea la fraudulencia de la quiebra. Por otra parte, la misma Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos ha derogado expresamente el artículo 956 del Código de Comercio cuya fracción II reproducía y reforzaba, al tratar de las quiebras, lo dispuesto en el artículo 27 del Código de Comercio, al regular el Registro. Pensamos que la interpretación sistemática de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, debe prevalecer sobre la interpretación literal de un precepto aislado del Código de Comercio.

La prueba en contrario que había de rendirse para destruir la presunción iuris tantum, establecida en el artículo 27 debería demostrar, según entendemos, que la omisión del registro no tenía como propósito el de inducir a error sobre la verdadera situación del comerciante, o que, por el carácter de los actos no inscritos, no podrían causar perjuicio a los acreedores. (Mantilla Molina).

*“Consecuencia de la Inscripción, en Cuanto a  
Convalidación o Purgación de los Vicios  
del Contrato.”*

El análisis de los efectos de la falta de registro, muestra que sólo tienen importancia en el caso de los actos que confieran representación, y más aún, en el de los que la revocan.

Conviene precisar ante todo, el concepto de tercero en esta materia.

Por tercero debe entenderse toda persona que está en relaciones jurídicas con el comerciante o que ha celebrado negocios jurídicos con quien se ostenta como su representante.

Rodríguez y Rodríguez dice que: “no es tercero el que contrata con el inscribiente”.

La tesis es dudosa aún en el caso de que, como implica la frase, haya habido inscripción, pues el que contrata con el inscribiente no es, evidentemente, tercero en cuanto al contrato en que interviene; pero sí en cuanto al acto inscrito en que él no fue parte. Es inadmisibles por completo negar el carácter de tercero a quienes contratan con el comerciante que ha omitido el registro a que está obligado, pues sólo ellos tienen interés en los actos celebrados por dicho comerciante, y sólo ellos pueden negarles eficacia cuando no están inscritos, como contra ellos pueden hacerse valer cuando sí lo están.

Garrigues enseña que: “tercero es toda persona distinta de la causante de la inscripción, es decir, la persona a quien perjudica la inscripción y a quien favorece la no inscripción”.

Pero lo primero es demasiado amplio, pues resulta tercero toda la población del mundo menos determinado comerciante, e inclusive, resulta tercero el representante de éste; y la segunda parte de la frase, implica una petición de principio, pues justamente se trata de determinar a quienes perjudica o favorece el acto no inscrito.

*“La Publicidad Mercantil en el Proyecto  
del Código de Comercio.”*

La publicidad mercantil aquí en México, se hace también a través de la Cámara de Comercio, la cual debe cuidar de que se inserten los avisos respectivos en sus boletines, y, si se trata de revocación o de la restricción de poderes, en un periódico de los de mayor circulación dentro del domicilio de la propia sociedad.

Es obligatoria la inscripción de todos los comerciantes, individuales o colectivos en el Registro Público de Comercio; también deben inscribirse en él las transmisiones o gravámenes de los negocios mercantiles. La omisión en el Registro Público de Comercio, de la inscripción de los comerciantes o de los establecimientos mercantiles, se sancionan con multa en cualquier momento en que se compruebe.

Los documentos que deban inscribirse y no se inscriban, no producen efectos contra terceros. Otra sanción por la falta de inscripción, es la privación de la facultad de ser síndicos de quiebra, y la de acogerse al beneficio de la suspensión de pagos.

En la revisión realizada en 1952, se suprimieron algunos de los preceptos que aparecen en el proyecto impreso, y se substituyeron por la declaración de ser aplicables, supletoriamente, las normas sobre el Registro Público de la Propiedad.

*Publicidad del Registro*

Consecuencia de que el Registro tenga carácter público es que cualquiera puede obtener los datos que en él aparezcan, (artículo 3o. del Código de Comercio), sin que necesite justificar interés ni cubrir cuota alguna. En la práctica, los libros del Registro pueden ser consultados de modo directo por todo el que así lo desee.

En segundo lugar, la publicidad del Registro da derecho a obtener una certificación de las inscripciones que en él consten, y que el registrador ha de expedir a quien la solicite, con el único requisito de cubrir los derechos correspondientes. (Mantilla Molina).

Tal como se encuentra actualmente organizado, el Registro de Comercio es muy poco eficaz. En su mayoría, los comerciantes individuales no están inscritos, y tampoco lo están gran número de los actos cuya inscripción es obligatoria. Ello es debido, por una parte, al carácter potestativo de la inscripción del propio comerciante; por la otra, a lo dudoso y tardío de las sanciones.

Además, muchos actos que afectan al público no solamente no son de forzosa inscripción, pero ni siquiera pueden ser inscritos: tras-pasos de negociación, embargo sobre ella, etc.

Aún como medio legal de publicidad, debe reconocerse que el Registro no es suficiente para hacer llegar al conocimiento de los terceros que en ello tengan interés, los hechos o actos jurídicos en él inscritos. Incluso puede crear una falsa confianza en los que contratan ateniéndose a los datos del registro obtenidos, y que, no pudiendo seguir día por día el movimiento de inscripciones, ignorarán las que se hagan en contra de las primitivas, para venir a conocerlas cuando ya han caído en el lazo tendido a su buena fe, contratando por ejemplo, con quien era representante de un mercader, pero que ya no lo es en el momento de contratar.

En consecuencia, el Registro de Comercio necesita una radical reorganización, que, a nuestro juicio, debe descansar sobre estas bases:

- a).—Inscripción obligatoria de todos los comerciantes; sancionar a los omisos, y exigirles para sus relaciones con las autoridades, comprobante de la inscripción.
- b).—Facultad de solicitar la inscripción de documentos a todos los interesados, y también a los funcionarios que en ellos intervengan.
- c).—Responsabilidad personal de quien, debiendo hacer la inscripción de un documento, la omitiere.
- d).—Registro de negociaciones y especialmente de los actos que las afecten: venta, hipoteca o prenda, embargo.

e).—Publicidad en periódicos de circulación general de algunas de las inscripciones de registro. (Mantilla Molina).

Toda modificación a la escritura constitutiva debe otorgarse ante notario (artículo 5o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles), e inscribirse en el Registro de Comercio (artículo 21, fracción V, del Código de Comercio), mediante decreto judicial (artículo 260 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Claro es que la orden judicial para la inscripción no se dará cuando falte el primer requisito, y así, toda modificación carente de forma notarial será una modificación no inscrita; por ello, nos limitaremos al estudio de ésta, en el cual quedará englobado el de la desprovista de forma.

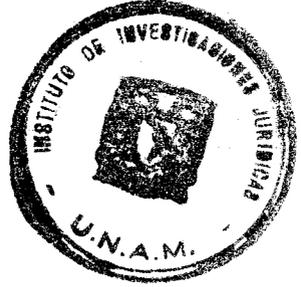
Los efectos de la falta de inscripción quedan claramente regulados por el artículo 26 del Código de Comercio: “Los documentos que conforme a este Código deben registrarse y no se registren, sólo producirán efecto entre los que los otorguen, pero no podrán producir perjuicio a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en lo que le fueren favorables”.

En consecuencia, la modificación de la sociedad, aunque no esté inscrita: a) produce efectos entre los socios (interpretamos extensivamente el texto legal, que sólo habla de otorgantes); b) en cuanto signifique una merma de los derechos y garantías de los terceros, no les es oponible; c) todo el que en ello, tenga interés podrá prevalecerse de la modificación, siempre que pruebe, por los medios que le sea posible, la existencia de la reforma.

Por tercero debe entenderse todo el que establece relaciones jurídicas con la sociedad, y, principalmente, los que negocian con ella después de la modificación, y que están facultados para considerar a la sociedad tal como aparece del Registro, si así quedan mejor protegidos sus intereses. En beneficio de los acreedores sociales anteriores a la modificación, la ley da una serie de normas, al cumplimiento de las cuales queda subordinado el perfeccionamiento de la reforma, que no es inscribible mientras no han sido cumplidas. Así, es preciso una publicidad especial para la reducción del capital social (artículo 9o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles), y

para la fusión o transformación de la sociedad (artículo 223 de la misma ley), y en todos estos casos, los acreedores pueden oponerse al acuerdo reformativo de la escritura que, como dijimos anteriormente, no puede ejecutarse mientras no pase el período para la oposición. Se ve cómo el interés de los acreedores preexistentes de la sociedad se protege por medio de un sistema publicitario, distinto de la inscripción en el Registro de Comercio, que no tiene, por tanto, la función de proteger exclusivamente a dichos acreedores.

Hay reformas que sólo pueden perjudicar a terceros (salida de un socio responsable, reducción del capital social), y una tercera clase de reformas que, por su propia naturaleza, benefician a los terceros (aumento del capital, ingreso de nuevos socios). En estos casos, como ya se ha dicho, cualquier interesado puede invocar la reforma. (Mantilla Molina).



### Capítulo III

## “LA CONTRATACION DURANTE EL PERIODO CONSTITUYENTE”

*Actuaciones con los Representantes  
de Quienes se Ostentan como  
Tales.*

Es conveniente distinguir o diferenciar varias situaciones:

a).—El poder o nombramiento no inscrito, contiene limitaciones a las facultades del representante o apoderado. La falta de inscripción acarrea que tales limitaciones no sean oponibles a quienes contrataron con el representante conociendo su carácter, pero no el documento en que se le confirió tal representación. Pero si conocen este documento, las limitaciones sí le son oponibles, pues han optado el aprovechamiento en su favor y el artículo 26 del Código de Comercio no dice que los terceros puedan aprovechar los documentos no inscritos en la parte que le sea favorable y rechazarlos en lo que les sea perjudicial. Además, si la finalidad del registro es dar a conocer los actos que confieren representación, tal finalidad se ha alcanzado mediante el conocimiento directo del documento mismo que contiene el poder.

Las limitaciones al poder del factor, son inoponibles a terceros. Aún cuando estén inscritos en el Registro Público de Comercio.

Por tanto, la falta de inscripción del poder sólo producirá efectos en los actos de que se trata de un apoderado general que no sea factor, si al contratar traspasa, las limitaciones que contenga su poder, sin que su contra-parte conozca el documento que lo contiene, aunque sí su carácter de representante del comerciante o de la sociedad; y

b).—Revocación del poder.—Mientras no se inscriba no produce efectos frente a terceros, aún cuando el poder mismo no haya sido inscrito.

Podría plantearse un problema muy difícil en caso de que hubiere terceros a quienes favoreciera o beneficiase el acto no inscrito y otros a quienes les perjudicara.

Tal sería el caso de un representante cuyo poder no se hubiere inscrito, pero que hubiera contraído obligaciones a nombre de un comerciante o sociedad, que posteriormente sea declarado en quiebra. Quienes con él contrataron pretenderían como es obvio, aprovechar el poder efectivamente conferido, para presentar sus créditos en la quiebra; los acreedores que contrataron con el comerciante o con representantes debidamente acreditados, sostendrían que no puede perjudicarles el poder no inscrito.

La solución no podría lograrse sino a través de una serie de distinciones. Si el representante es un factor, como sus facultades resultan del mero hecho de estar al frente de la negociación respectiva, creemos que sus actos obligarían al comerciante, y serían oponibles a los acreedores que no contrataron con él. En otras palabras, la publicidad de hecho substituirá a la publicidad del Registro.

Por el contrario, si el representante que no inscribió su poder no tuviere el carácter de factor, juzgamos que el conflicto de intereses entre los dos grupos de terceros, debía resolverse a favor de quienes ninguna culpa tienen, y en contra de aquéllos a quienes les es imputable la negligencia de no cerciorarse que el poder de la persona con quien contrataban estaba debidamente inscrito. Para éstos, habría un remedio jurídico: presentarse a la quiebra como acreedores, no en virtud del contrato con el representante, inoponible a los demás acreedores, sino como acreedores en virtud del enriquecimien-

to que el comerciante hubiera obtenido por el contrato celebrado por mediación de su representante.

En un sinnúmero de ocasiones se ha planteado el problema de los efectos del poder del que comparece en juicio como representante de un comerciante, sin que dicho poder haya sido inscrito.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha aceptado la tesis de que debe admitirse la personalidad del representante, y que debe darse entrada a la correspondiente demanda o contestación.

Las ejecutorias se refieren, en concreto, a la contra-parte de un representante mercantil, cuyo poder no se ha inscrito, pero sí exhibido en autos, dándose de este modo conocimiento de él a la contraria, que no puede según la Corte, oponer la excepción de falta de personalidad jurídica, y que tampoco podría, de acuerdo con la tesis, lograr que en apelación se revocara el auto que reconoce como apoderado en juicio, al representante general de un comerciante que contesta la demanda sin haber inscrito su apoderamiento.

Si dejamos de lado, por lo específico del problema que resuelven, las ejecutorias que declaran que los poderes no registrados son bastantes para pedir amparo, observaremos que la jurisprudencia de la Suprema Corte, se basa en tres argumentos:

I.—Que para que haya obligación de registrar los poderes, es indispensable que sean generales y no lo son los otorgados para pleitos y cobranzas.

II.—Que los poderes deben registrarse por lo que respecta a los actos de comercio; pero no en lo tocante a actos de carácter civil, como lo son aquellos mediante los cuales se realiza la representación en juicio. Pero no por ésto, los poderes otorgados dejan de ser actos de comercio de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 75 del Código de Comercio.

III.—Que el conocimiento que tiene del poder el demandado sea oportuno, pues los actos que realiza el representante del actor, son posteriores a la fecha del conocimiento del poder.

Este último argumento lo recoge el Maestro Tena Ramírez, para justificar su adhesión a la jurisprudencia de la Corte, adhesión que algunos autores no comparten con él, por los siguientes motivos:

a).—Porque del texto de los artículos 2553 y 2554 del Código Civil, resulta claramente que los poderes para pleitos y cobranzas son poderes generales. Y ello es lógico, pues no se confieren para un negocio específico sino para todo un género de asuntos: los judiciales.

b).—Porque sostener que el registro sólo es necesario para que sean oponibles a terceros los actos de comercio, es introducir una distinción que no formula la ley; y

c).—Porque en la hipótesis en que se basan los fallos de la Suprema Corte de Justicia, falta, además el conocimiento del acto por el tercero, previamente a su eficacia frente a él.

En efecto, cuando el juez da entrada a una demanda o a una contestación de demanda presentada por un apoderado no inscrito, es evidente que todavía el contrario no conoce el poder, que llegará a su conocimiento por medio del traslado correspondiente, si no es que se omite, por exceder de 20 a 30 hojas los documentos presentados. Pero en ningún caso el juez debe dar eficacia, en perjuicio de terceros, al poder no inscrito, y debe rechazar la demanda o contestación presentada por quien pretende justificar su personalidad con el documento irregular.

### *La Actuación de los Gestores o Promotores*

#### *de una Sociedad Durante su Proceso de Constitución*

En todos los contratos que celebran tanto durante este período como después de él, pero antes de su inscripción, deben estar sujetos o sometidos a las mismas disposiciones o principios de derecho que se han señalado anteriormente.

La responsabilidad de los gestores dentro de este período constituyente, a los que la disposición legal considera dentro de una irregularidad, están supeditados a una plena responsabilidad del propio gestor y para ello creemos indispensable considerar algunos otros de los efectos que pueda producir esa propia irregularidad de la sociedad.

Como la escritura social no está inscrita, sus cláusulas no pueden oponerse a los terceros, y no surtirán efectos, respecto de ellos, las limitaciones de las facultades que a los órganos de administración fijaron los accionistas de la propia sociedad; tampoco el plazo de duración de la misma, su domicilio, etc.

En caso de insolvencia de la sociedad, su irregularidad por la falta de inscripción, le impide acogerse a los beneficios de la suspensión de pagos según señala el artículo 397 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos), y también le impide terminar la quiebra por medio de convenio con sus acreedores, según lo indica el artículo 301 de la misma ley.

Conforme al artículo 27 del Código de Comercio, la quiebra además, habría de considerarse fraudulenta, puesto que, por hipótesis se omitió el registro del acto constitutivo con la consiguiente violación de la fracción V del artículo 21 del Código de Comercio.

La citada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, contiene un sistema propio de sanciones indirectas contra las sociedades irregulares, sin que entre ellas figure la calificación de fraudulencia de su quiebra.

### *Efectos entre los Socios*

La inscripción de la escritura social, se establece en beneficio de terceros y por ello su omisión no afectará a las relaciones de los socios entre sí, que, no obstante la irregularidad, se rigen por la escritura constitutiva en todo lo referente a reparto de utilidades, derecho de gestión y de voto, etc., según señala el párrafo IV del artículo 2o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Si la escritura social liga válidamente a los socios, ninguno de ellos puede prevalerse de la irregularidad para desprenderse del vínculo jurídico y la

acción que le da la ley, que es sólo para exigir el registro como ya expresamos anteriormente. Por lo tanto, es inaplicable a las sociedades mercantiles el artículo 2691 del Código Civil que faculta a los socios para pedir la liquidación, cuando la sociedad carece de la forma exigida por el mismo Código.

### *Irregularidad por Falta de Escritura Pública*

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 como indica el párrafo I del artículo 7o. de dicha ley.

Los efectos en cuanto a creación de personalidad jurídica, responsabilidad de quienes actúen a nombre de la sociedad y de los culpables y responsables de la irregularidad, etc., vienen a ser los mismos que ya hemos señalado al considerar la sociedad que sólo ha omitido o dejado el requisito de su propia inscripción.

La prueba del socio que quiera justificar el monto limitado de su responsabilidad, será para él mucho más difícil, ya que no puede concretarse a exhibir el acta de constitución, pues no es, como la primera hipótesis, un documento público que haga prueba plena, incluso contra terceros.

En caso de quiebra de la sociedad, el socio tendrá que justificar el fundamento objetivo de la limitación de su responsabilidad; de otra suerte, el propio socio será declarado en quiebra como señala el artículo 4o. de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

En cuanto a la responsabilidad que puede ser exigida a los representantes de la sociedad, en su período de gestación, así como los actos realizados por los gestores de una sociedad no inscrita, pero que se ha ostentado como tal ante terceros y ya que el artículo 2o. de la Ley Mexicana le reconoce personalidad, creemos pertinente que veamos las características del patrimonio de la propia sociedad, para poder ver el alcance de la responsabilidad ante terceros, para exigir su responsabilidad a dicho gestor, y considerar también la capacidad de la propia sociedad, para solventar las obligaciones asumidas por el gestor en cuanto al alcance de su propia responsabilidad.

## *Patrimonio Propio*

En cierto modo, la posibilidad de que las sociedades tengan un patrimonio propio no es sino un simple aspecto de la capacidad jurídica; capacidad para ser titular de derechos reales.

El patrimonio constituído por las aportaciones de los socios, es el patrimonio de la sociedad, no el patrimonio de los socios.

Estos no son dueños de los bienes y derechos que integran al patrimonio social, ni individual ni colectivamente.

La propiedad es de la sociedad, y a nombre de ella se registrará, en los casos en que este requisito deba cumplirse.

Los diversos aspectos que ofrece el patrimonio de las sociedades mercantiles, podemos resumirlos en los apartados siguientes:

- a).—Separación de patrimonios y responsabilidades.
- b).—Incomunicabilidad de las deudas de los socios a la sociedad.

En esencia, este epígrafe, dice el Maestro Mantilla Molina, significa que las deudas de la sociedad y las deudas de los socios son incommunicables. El artículo 23 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala una de las dos facetas de esta fórmula, la relativa a la imposibilidad de que la sociedad y su patrimonio sean afectados por las deudas particulares de los socios, al decir que “los acreedores particulares de un socio no podrán mientras dure la sociedad, hacer efectivos sus derechos sino sobre las utilidades que correspondan al socio, según el balance social, y, cuando se disuelva la sociedad, sobre la porción que le corresponda en la liquidación”. “Podrán no obstante, embargar esta porción, y, en las sociedades por acciones, embargar y hacer vender las acciones del deudor”.

Cuando las acciones estuvieren caucionando las gestiones de los administradores o comisarios, el embargo producirá el efecto de que llegado el momento en que deban devolverse las acciones, se pongan éstas a disposición de la autoridad que practicó el embargo, así como los dividendos causados desde la fecha de la diligencia.

De este texto legal, pueden deducirse algunas consecuencias:

1a.—Las aportaciones de los socios pierden su individualidad y quedan integradas en el patrimonio colectivo, definitivamente afectadas para el cumplimiento del fin social.

2a.—El socio al cumplimentar y pagar su aportación, sólo adquiere un complejo de derechos, entre los que se debe incluir el derecho a la participación en las utilidades y el derecho de obtener una cuota de liquidación.

3a.—Los acreedores de los socios, sin distinción de fechas, éstos es, sean anteriores o posteriores a la realización de la aportación, están subordinados a los acreedores sociales, independientemente de la posible acción revocatoria en fraude de acreedores, ya que aquéllos sólo pueden embargar las utilidades que correspondan a los socios, en tanto que el capital representado por la aportación, sólo puede ser embargado por los acreedores del socio después de la liquidación de la sociedad, lo que implica el previo pago de los acreedores sociales (artículo 23 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Esta subordinación de los acreedores particulares de los socios, a los acreedores de la sociedad, resulta del reconocimiento del patrimonio como unidad económica de destino. “El patrimonio social forma una esfera jurídica, cerrada para los acreedores particulares de cada uno de los socios”.

Si los acreedores particulares de los socios pudiesen obtener la separación de los bienes correspondientes a sus deudores, el patrimonio social se disgregaría y quedaría imposibilitado de servir para el cumplimiento de la finalidad social, al mismo tiempo que un acreedor vendría a impedir el cumplimiento del contrato celebrado por la sociedad. Este principio jurídico no se ha alcanzado sino al cabo de una larga evolución. En el Derecho Romano la “societas”, tal vez con la excepción de las que se realizaban con un carácter de derecho público, no tiene un patrimonio social. Los socios respondían frente a los terceros y la sociedad no tenía transcendencia externa como tal.

Ya en la Edad Media el patrimonio de las sociedades mercantiles se considera como un patrimonio autónomo, sobre el cual los acreedores sociales tienen un verdadero privilegio.

Posteriormente, tal disposición pasa a las ordenanzas comerciales y de ellas a los diferentes códigos mercantiles en los que puede decirse que constituye una norma general.

Por lo que se refiere al alcance del artículo 23 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, vemos, por su simple lectura, que los acreedores no pueden hacer enajenar la participación del socio, si no es en las sociedades por acciones, de manera que permaneciendo el valor patrimonial en la sociedad, hay una simple sustitución de titulares. Se comprende que sea así, porque si tales participaciones fueren libremente enajenables, el principio personal, que es básico en las sociedades colectivas, en comandita y de responsabilidad limitada, quedaría absolutamente vulnerado, al ser posible la sustitución de un socio deudor por el que adquiriese la participación del mismo en el remate correspondiente.

4a.—En virtud de la separación de patrimonios, los créditos y deudas de la sociedad y de los socios con terceros, no son compensables entre sí. Vivante señala los siguientes casos:

a).—Si la sociedad ejerce un crédito contra un tercero, éste no puede oponer la compensación del crédito que intenta contra su socio.

b).—Si un tercero invoca un crédito contra la sociedad, éste no podría oponer la compensación resultante de un crédito de un socio.

c).—Si un tercero exige un crédito contra un socio, éste no podrá oponer en compensación al crédito de otro socio.

d).—Si un socio ejerce contra tercero un crédito particular, el tercero no podrá oponerle un crédito que tenga contra la sociedad, salvo que ésta sea insolvente y el tercero la hubiese demandado inútilmente para cobrar su crédito, siempre que el socio sea responsable por las obligaciones sociales.

En las sociedades mercantiles con duración indefinida (caso muy difícil o más bien sólo en casos especiales), los acreedores podrán ejercer el derecho que su deudor tiene para obtener su separación de la sociedad, según lo dispuesto por el artículo 2720, fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal, de aplicación a las sociedades mercantiles como supletorio en materia federal.

También debe preverse la situación que surge del acuerdo tomado por los socios de prorrogar la duración de la sociedad, lo que en el caso que estamos tratando, retrasaría el momento en que sus acreedores particulares pudiesen hacer efectivos sus derechos sobre la participación de aquellos en el patrimonio social. El acuerdo de prorrogar el contrato social, podría ser impugnado mediante la acción en fraude de acreedores (civil o mercantil según los casos), siempre que se diesen los presupuestos de la misma, según señala el Código Civil del Distrito Federal vigente o la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

En el caso de los actos realizados por los gestores o promotores de una sociedad, dentro de su período constituyente, o una vez constituida pero previa a su inscripción, la responsabilidad del gestor es ilimitada según señala expresamente la Ley General de Sociedades Mercantiles.

## Capítulo IV

### 'PERSONALIDAD RECONOCIDA A LA SOCIEDAD ANTES DE SU INSCRIPCIÓN'

Para algunas doctrinas sobre todo para varios países de América, donde se reconoce personalidad a la sociedad antes de su inscripción, cuando se ostenta ante terceros como tal, es conveniente que precisemos conceptos sobre la irregularidad de la sociedad y algunas opiniones de diversos autores sobre la misma irregularidad de la sociedad.

El doctor Malagarriga señala como concepto de sociedades irregulares y de hecho, el siguiente:

“Una sociedad es irregular cuando en su constitución no han sido llenadas las condiciones de forma exigidas por la ley. Ha mediado el consentimiento, éste carece de vicios, todos los socios son capaces, el objeto es lícito, han sido establecidas las bases para la formación del fondo común y hasta pueden haber sido también hechas estipulaciones especiales para la distribución de las ganancias y las pérdidas; pero, en cambio, no se ha dado cumplimiento a las exigencias meramente formales.”

Dentro de este concepto amplio, las sociedades irregulares comprenden las de hecho, aunque, estrictamente, el concepto de sociedad irregular alude a sociedades con respecto a las cuales, pese a mediar contrato escrito y desprenderse de éste que se trata de sociedades con relación a las cuales deben ser cumplidas formalidades de publicidad, dichas formalidades han sido omitidas, sea voluntariamente,

sea por inadvertencia. En cambio, las sociedades de hecho propiamente dichas son aquellas en las que, por lo general, ni siquiera ha mediado contrato escrito y que derivan su existencia de una empresa llevada en común. Las sociedades entre concubinos, que explotan juntos un establecimiento y que han dado lugar a gran número de decisiones judiciales, serían un ejemplo de estas sociedades de hecho en sentido estricto.

“Pero de todos modos, la distinción no tiene mayor importancia, porque las sociedades irregulares “*strictu sensu*”, o sea no registradas, y las de hecho propiamente dichas, se hallan sometidas a un mismo régimen legal y jurisprudencial, al menos en nuestro Derecho, en el cual la diferenciación de unas y otras respecto de las sociedades accidentales o en participación, sujetas a otras disposiciones, dependerá, en cada caso, de las circunstancias.”

El mismo doctor Malagarriga señala que en el Derecho Mercantil Argentino es muy frecuente negarle personalidad a las sociedades irregulares.

No cabe duda, que el mérito de esta tendencia toma en cuenta el criterio de que la ley es adversa a las sociedades de hecho, y de que sólo se concibe el conocimiento de ellas por la justicia para proceder a su inscripción.

Las diversas tendencias, se ha dicho, que las sociedades irregulares son, para la ley, no propiamente sociedades, sino meras comunidades de interés.

Y si hay sentencias que dicen que las sociedades irregulares tienen personalidad, sin perjuicio de la responsabilidad de sus integrantes, las hay que resuelven que no pueden accionar por “repetición de impuestos”.

La irregularidad de la sociedad no impide que la ley reconozca su existencia como sujeto de derecho, y no cabe negar la personalidad de las sociedades irregulares, sin perjuicio, claro está, de no negar tampoco el carácter precario y limitado de dicha personalidad.

Cuando un administrador de la sociedad irregular o de hecho, realiza actos en cumplimiento de sus funciones, y se ostenta como legal representante de una sociedad, se presenta el caso para el tercero que contrata con el administrador, que se ostenta como tal en representación de la sociedad, la prueba de la existencia de la sociedad o de la irregularidad de la misma.

En determinados casos la prueba de que la sociedad irregular ha existido, resultará sumamente fácil. En estos casos la sociedad llamada propiamente irregular o sea aquélla en la que lo único que faltó fue el cumplimiento de las formalidades de publicidad o sea la inscripción de la escritura en el Registro Público de Comercio. Otras veces en cambio y especialmente en las sociedades de hecho propiamente dichas o sea, aquéllas en las que ni siquiera medió contrato de escritura de la sociedad, la prueba presentará forzosamente considerables dificultades.

Algunas disposiciones legales como es el artículo 298 del Código de Comercio Argentino, señala que “Se presume que existe o ha existido sociedad, siempre que alguien ejercita actos propios de la sociedad y que regularmente no hay costumbre de practicar sin que la sociedad exista”. Y agrega: “De esta naturaleza son especialmente:

“1o.—Negociación promiscua y común;

2o.—Enajenación, adquisición o pago hecho en común;

3o.—Si uno de los asociados se declara socio y los otros no lo contradicen de un modo público;

4o.—Si dos o más personas proponen un administrador o gerente común;

5o.—El uso del pronombre “nosotros” o “nuestros” en la correspondencia, libros, facturas, cuentas u otros papeles comerciales;

6o.—El hecho de recibir o responder a cartas dirigidas al nombre o firma social;

7o.—El uso del nombre con el aditamento “y compañía”.

Este artículo, también se encuentra en los Códigos de Portugal y Brasil, y además en el Código de Uruguay, (artículo 401) y desde luego no dejan de presentar una gran utilidad.

En efecto, establece una presunción general, la de que ha existido sociedad desde que se han practicado actos que no es costumbre practicar cuando no existe sociedad y varias presunciones particulares que son como ejemplos de aquéllas; unas y otras permitirán probados los hechos, que según el artículo 298 del Código Argentino, han de sustentarlo y acarrean la prueba de la inexistencia de la sociedad a la parte contraria del que debía probar la existencia, es decir, que el que tiene que presentar judicialmente la prueba de que una sociedad ha existido, deberá en virtud de ese artículo, comprobar alguno o algunos de los hechos que el texto enumera u otros análogos que no es corriente practicar cuando la sociedad no existe.

Vidari y su doctrina sobre la nulidad de las sociedades irregulares, provocó que los tribunales italianos dictaran sentencias en las que declararon que una sociedad no inscrita no existe para el Derecho.

Otros autores, entre ellos Marghieri, entendían que la falta de inscripción produce la nulidad absoluta de las sociedades por acciones, pero no la de las sociedades colectivas y en comandita simple.

De esas dos interpretaciones hay que eliminar, ante todo, la segunda que no tenía ningún fundamento. En cuanto a la interpretación de Vidari era, aunque se apoyaba en un texto de la ley, también inaceptable.

En efecto, es cierto que el artículo 98 en su principio, no consideraba "legalmente constituida la sociedad en cuya formación no se han llenado las formalidades prescritas por artículos anteriores". Es cierto también que el segundo párrafo de ese mismo artículo, al decir que "hasta la constitución legal de la sociedad, los socios, los promotores, los administradores, todos los que operaron en nombre de ella, contraen responsabilidad "in solidum" y sin limitación por todas las obligaciones asumidas", podía considerarse que incurre en una inexactitud de expresión y que ella no cambia el significado de las palabras con que el artículo comienza. En efecto, el senador Cabella al defender el sistema de la nulidad absoluta respecto de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, admitía esa misma

responsabilidad, a pesar de considerar la sociedad como perfectamente inexistente. Pero si todo eso es cierto y si es aún posible admitir como un descuido sin significación el empleo por el artículo 98 de las palabras "socios" y "administradores", no era menos cierto que el artículo 99 daba a los socios el derecho de pedir la "disolución de la sociedad". Y si, como afirma Vidari, el Código Italiano seguía el sistema de la nulidad absoluta, ¿cómo explicar esa facultad de pedir la disolución de una sociedad nula, inexistente? Si la sociedad puede ser disuelta, es que existe y así la primera parte del artículo 98 y no la segunda, era la que debe considerarse como un descuido del legislador o a lo menos, como una frase que no tiene el significado que Vidari le atribuye.

En realidad, a pesar de lo que en las Cámaras se dijera, la doctrina que vino a consagrar el Código Italiano de 1882, es como sostuvo Vivante, la que considera que la sociedad irregular existe, pero expuesta al peligro de una disolución imprevista y ruinosa. Los acreedores sociales pueden optar entre considerar la sociedad como regularmente constituida, renunciando siquiera momentáneamente, a la acción directa contra los que contrataron en su nombre, o como, irregularmente constituida, ejerciendo entonces su acción contra éstos y contra la sociedad. Pero en ningún caso, pueden desconocer la existencia de la sociedad con la cual han contratado, ni cuando persigan a los que contrataron en su nombre ni cuando persigan a la sociedad.

Extremando la doctrina y refiriéndose a la posibilidad en que se encuentran tales sociedades de regularizar en cualquier momento su situación, decía Vivante que pueden hacer público tales o cuales documentos sin haber publicado regularmente su acta de constitución. Esto es, sin duda, inadmisibles; pero no dañaba en nada lo principal de la doctrina que sustentaba el egregio tratadista.

De acuerdo con lo que indica el Maestro Mantilla Molina, podemos opinar que la responsabilidad de los representantes y de los socios de la sociedad no inscrita o de la sociedad irregular, según su concepto, es el siguiente:

"Que se reconozca la personalidad jurídica de la sociedad irregular no quiere decir, ni con mucho, que esté sometida al mismo régimen que las sociedades regulares. Los representantes de éstas, de

acuerdo con los principios generales de la representación, no quedan obligados personalmente por los actos que realizan en nombre ajeno. Por el contrario, los representantes de la sociedad irregular responden solidaria e ilimitadamente de las obligaciones de la sociedad, aunque de modo subsidiario con respecto a ésta". (Artículo 2o. párrafo 5o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

Además, los representantes de la sociedad son responsables de los daños y perjuicios que la irregularidad hubiere ocasionado a los socios no culpables de ella (Artículo 2o. último párrafo), ya que, en principio, la falta de registro es imputable a quienes, por tener la representación de la sociedad, pudieron inscribirla y no lo hicieron.

Existe contradicción entre el texto del párrafo final del artículo 7o. y el del párrafo 5o. del artículo 2o., pues el último declara subsidiaria la responsabilidad de quienes actuaron a nombre de la sociedad, mientras que el primero de los textos no establece la modalidad mencionada, por lo que debe entenderse que los representantes son responsables en el mismo plano que la sociedad. La contradicción debe resolverse a favor de la norma consagrada en el artículo 2o. ya que su texto reformado es posterior al del artículo 7o.

Los socios responden de las obligaciones sociales en la medida establecida en la escritura constitutiva: en efecto, conforme al artículo 26 del Código de Comercio, los actos no inscritos pueden ser invocados por los terceros en lo que les favorecen de modo que los acreedores sociales pueden basarse en el acto constitutivo de la sociedad, para reclamar a los socios las deudas sociales; pero claro es que no podrían desconocer las limitaciones de responsabilidad que resultan del propio acto en que fundan su acción.

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 del Código Civil. El Anteproyecto de Código de Comercio la establece expresamente".

## CONCLUSIONES

I.—La Legislación Mexicana le reconoce personalidad jurídica a la sociedad, antes de su inscripción en el Registro, cuando se ostenta como tal ante terceros.

II.—Los representantes de la sociedad de acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles, al actuar antes de la inscripción, responden solidaria e ilimitadamente frente a terceros.

III.—La inscripción en el Registro, de acuerdo con nuestra Legislación, es un requisito de forma y no es sustantivo como en otras legislaciones, en las que la falta de inscripción hace que se desconozca completamente su personalidad.

IV.—Sugerimos como asentábamos en el capítulo II, de hacer una radical reorganización del Registro de Comercio, de acuerdo con las bases señaladas, a saber:

a).—Inscripción obligatoria de todos los comerciantes; sancionar a los omisos y exigir para sus relaciones con las autoridades, el comprobante de su inscripción.

b).—Facultad de solicitar la inscripción de documentos a todos los interesados, y también a toda clase de funcionarios que en ellos intervengan.

c).—Responsabilidad personal de quien, debiendo hacer la inscripción del documento, la omitiere; y sancionar fuertemente al omiso responsable.

d).—Registro de todas las empresas y negociaciones así como de los actos que las afecten: venta, hipoteca, prenda o embargo; y

e).—Publicidad en los periódicos de circulación general, de las diversas inscripciones que se hacen en los Registros Públicos de Comercio de todas las Entidades Federativas.

V.—En cuanto a las sociedades de hecho, en el momento en que se conozca su situación, exigir que en un plazo no mayor de tres meses, se otorgue la escritura correspondiente, y se inscriba de inmediato en el Registro Público de Comercio, para regularizar su situación y en caso contrario, sancionar fuertemente al responsable.

VI.—En una sociedad constituida ante notario y no inscrita, exigir por los medios más adecuados a los administradores de la sociedad, la inscripción de la misma, y usar de los medios de apremio para que se inscriba de inmediato, y concurren los socios integrantes de la sociedad a ratificar lo actuado anteriormente por su legítimo representante, o quien se ostentó como tal, sancionando fuertemente al responsable.

## BIBLIOGRAFIA

*Código Civil para el Distrito Federal.* Ediciones Andrade, S. A. México, D. F.

*Código de Comercio Reformado.* Ediciones Andrade, S. A. México, D. F.

*De la Cámara Alvarez, Manuel, Doctor.* Estudios de Derecho Mercantil. Centro de Estudios Tributarios. Madrid, España.

*Ley General de Sociedades Mercantiles.* Ediciones Andrade, S. A. México, D. F.

*Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.* Ediciones Andrade, S. A. México, D. F.

Malagarriga, Carlos C. *Tratado Elemental de Derecho Comercial.* Tipográfica Editora Argentina, S. A. Buenos Aires, Argentina.

Mantilla Molina, Roberto, Doctor. *Derecho Mercantil.* Editorial Porrúa, S. A. 3a. Edición. México, D. F.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *Tratado de Sociedades Mercantiles.* Editorial Porrúa, S. A. México, D. F.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil.* Editorial Porrúa, S. A. 4a. Edición. México, D. F.