

CAPITULO DECIMO

Sociedades mercantiles irregulares

107. Sanciones en el caso de la sociedad irregular	259
108. Los terceros frente a la sociedad irregular	263
109. Régimen interno y externo de las sociedades irregulares	266
110. Crítica de la regulación legal de sociedades irregulares.	270
111. Régimen de la Sociedad Irregular en derecho comparado.	273
112. Falta de formalidades y de inscripción en el Registro de las modificaciones del contrato en las sociedades civiles y mercantiles.	275
113. Falta de requisitos esenciales en las sociedades civiles y mercantiles (sociedades incompletas)	278
114. Sociedades ocultas.	284

Por supuesto, muchas limitaciones se establecen a ciertas sociedades, o a algunas de ellas. El Reglamento de la Ley Orgánica de las fracciones I y IV del artículo 27 constitucional prohíbe a toda clase de sociedades que tengan socios extranjeros, adquirir bienes inmuebles dentro de los cien kilómetros a lo largo de las fronteras y cincuenta de las playas (artículo 1o.), y dicho artículo 27 constitucional, en su fracción IV prohíbe a las S.A. dedicarse a actividades agrícolas; la LIE prohíbe a sociedades que no tengan cláusula de exclusión de extranjeros dedicarse a actividades de radio, televisión, transportes aéreos y marítimos nacionales (artículo 4o., último párrafo), etcétera. Sin embargo, estas restricciones no imponen limitaciones a la personalidad de las sociedades, ni se decretan en función de su regularidad o de su irregularidad, sino que establecen prohibiciones para ciertas sociedades.

El efecto, pues, de la exteriorización, consistente en la atribución de personalidad a la S.I., es el mismo que el correspondiente a la inscripción en el Registro de la S.R.; a saber, la creación de una persona distinta de la de cada uno de sus socios; de un centro de imputación de derechos y obligaciones; de un patrimonio propio, distinto también a los de los socios, y que no está regido por las normas de la copropiedad o comunidad de bienes.⁵⁸⁵

Otro de los efectos de la exteriorización, a través tanto de la publicidad legal como de la publicidad de hecho (y de la mera exteriorización ante terceros), es que la sociedad, si no es ilícita, no podrá ser declarada "nula" (artículo 2o., párrafo segundo LGSM, para la S.R.; y párrafos cuarto, quinto y sexto para la S.I.).

107. Sanciones en el caso de la Sociedad Irregular

Las penas que nuestra legislación impone en el caso de la S.I., unas veces afectan a la sociedad misma, otras a sus socios, y las más, a quienes obran a nombre de ella como representantes (administradores, apoderados, mandatarios). En efecto, la S.I. que cese en el cumplimiento de sus obligaciones está sujeta a una quiebra culpable, de carácter criminal (artículo 94, fracción III en relación con el artículo 8o. L.Q. V. *supra*, nota 527), y no le corresponde el beneficio paraconsursal de la suspensión de pagos (artículo 396, fracción VI *ibidem*).

Por otra parte, que la sociedad sea irregular, impone que no "se haya constituido con arreglo a las leyes mercantiles", como requiere el artículo 3o., fracción II C. Co., para considerarla como comerciante, ya que estas leyes exigen el cumpli-

"no depende de presupuestos teóricos o de exigencias *a priori*, sino que es una cuestión de derecho positivo".

585 La jurisprudencia italiana que se produjo bajo el C. Co. de 1882, según Rafaelli, núm. 1, p. 482, admitió expresamente que las S.I. podrían "válidamente promover juicios por medio de sus representantes (por sus socios, en los casos de sociedades en que estos sean administradores), que pudieran ser demandadas a través de sus representantes aparentes y especialmente de quien contrató a su nombre con los terceros". Consideramos que todos estos principios son aplicables al derecho mexicano.

miento de formalidades —escritura notarial (artículo 5o. LGSM) y diversos requisitos de la escritura (artículo 6o. *ibid.*)— y su inscripción en el Registro de Comercio (o en el de Cooperativas) previa homologación judicial (artículos 260 y sigs. LGSM). Por esta razón, las S.I., no pueden considerarse como comerciantes en los términos de dicha fracción II del artículo 3o. C. Co., sino sólo en los términos de la fracción I de dicha norma; o sea, cuando hagan del comercio su ocupación ordinaria; de ahí que, aunque en ambas S.R. y S.I., se configura la personalidad moral del ente, la calidad de comerciante se adquiere automáticamente por las S.R. (por la mera inscripción en el Registro) y la de las S.I. por el ejercicio de actos de comercio; aunque el ostentarse como sociedad mercantil y acudir, quizás, a otros medios de publicidad o a anuncios, su calidad hace crear la presunción de ser comerciante; en el primer caso, el testimonio notarial registrado del contrato social es prueba suficiente y definitiva del carácter de comerciante de la sociedad (para estos casos, el registro tiene efectos constitutivos); en el segundo, la apariencia de ser una sociedad y la ejecución del comercio crea la presunción relativa del *status* de comerciante; quien le niegue tal carácter debe probar la simulación o que la sociedad no ha realizado actos de comercio con fines especulativos.

Teóricamente, cuando menos, una S.I. puede no ser —o aún no ser— comerciante, cuando sólo realice actos civiles, laborales, administrativos, e inclusive actos de comercio no lucrativos o actos aislados, en virtud de los cuales se exteriorizaría ante terceros; sin embargo, aunque no fuera comerciante, y aunque la quiebra sea un fenómeno propio de dichos sujetos del derecho mercantil (artículo 1o. L.Q.), la ley declara que “las S.I. podrán ser declaradas en estado de quiebra” (artículo 4o., párrafos cuarto y quinto *ibid.*); como también puede declararse la de “la sucesión de un comerciante” (artículo 3o. párrafo segundo *ibid.*), la que no sólo carece de este carácter, sino que, ni siquiera es una persona jurídica.

Los socios de la S.I. que resulten culpables de la irregularidad, deben pagar la indemnización de los daños y perjuicios que sufran aquellos que no sean culpables (artículo 2o. párrafo sexto, LGSM). La responsabilidad de esos socios es distinta de la que corresponde a la S.I. misma: es una responsabilidad individual de cada socio culpable, que sólo sería solidaria de todos ellos si en común causaran el daño a los socios inocentes (artículo 1917 C. Civ.). Además, la del socio es una responsabilidad por culpa —no objetiva— y limitada al monto de los daños y perjuicios, por lo cual no cabe que sea declarado en quiebra, salvo que se trate de socios colectivos, o de que la ley, por otra razón, les imponga responsabilidad ilimitada (*v.g.*, en los términos del artículo 13 de la Ley de venta al público de acciones de sociedades anónimas).

En cuanto a los representantes de la S.I., por una parte, responden personalmente frente a los terceros, como si fueran socios colectivos, de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada, del cumplimiento de los actos que con éstos hubiesen celebrado, según establece el artículo 2o., párrafo quinto LGSM. Es decir, de di-

cho cumplimiento responde la sociedad, como obligada principal, y ellos subsidiariamente; responden, la sociedad y todos y cada uno de los representantes, solidariamente; y por último, los representantes responden con todo su patrimonio, si bien sólo respecto a los actos jurídicos que realicen. No adquieren, pues, una responsabilidad general (como es la de la sociedad), ni respecto a todas las deudas sociales, sino sólo respecto a aquellas en que hubieran representado a la sociedad.⁵⁸⁶

La responsabilidad de estos representantes es distinta a la que tienen los socios colectivos o de responsabilidad ilimitada, ya que éstos responden a todas las obligaciones sociales (artículos 25 y 51 LGSM), y caen en quiebra junto a la sociedad de la que forman parte (artículo 4o. L.Q.). Si a esta responsabilidad de los representantes se redujeran las sanciones en contra de las S.I. podría afirmarse que el régimen de esta sería inocuo respecto a las sociedades colectivas o en comandita, en las que, como es normal, la administración recae en los socios colectivos y comanditados; en cuanto que a éstos corresponde por ley una responsabilidad mayor, ilimitada; pero, no siempre los administradores son dichos socios (e.g., artículo 38 LGSM), ni es esa la única ni la principal sanción en el caso de las S.I.

Efectivamente, dichos representantes de las S.I., también responden personalmente frente a los socios que no sean culpables de la irregularidad (artículo 2o., párrafo sexto LGSM), por los daños y perjuicios que éstos sufran. Tal responsabilidad la comparten con la que se impone a los socios culpables; aunque no es subsidiaria, ni solidaria, ni limitada, como tampoco lo es, según acabamos de decir, la de éstos. Por último, mientras que la S.I. puede caer en quiebra (artículo 4o., párrafo 4o. L.Q.), no sucede así con los administradores (no socios) aunque sean ilimitadamente responsables, ya que el caso no cae dentro de los supuestos del artículo 4o. L.Q.

El último párrafo del artículo 7o. LGSM, también finca responsabilidad ilimitada y solidaria, en contra de quienes "celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura constitutiva", pero sin que dicha responsabilidad sea subsidiaria de la que corresponda a la sociedad. Pues bien, si esta norma también se refiere a la S.I., está en contradicción, como hace notar Mantilla Molina,⁵⁸⁷ con el párrafo quinto del artículo 2o., que para el supuesto de la S.I. establece el carácter subsidiario, frente a la sociedad, de la responsabilidad del representante: deben agotarse primero los bienes de aquéllas, antes de embargar y ejecutar los de éste. La contradicción se resolvería, según el maestro, aplicando la disposición más nueva, o sea la del artículo 2o., párrafo quinto, que entró en vigor en 1943, y no la del artículo 7o. que data de la vigencia de la LGSM, en 1934.

⁵⁸⁶ Así sucedía también en el derecho italiano derogado por el C. Civ. de 1942: *cfr.* *Vivante* núm. 335, p. 71 y s., *Salandra*, "Estensione e fondamento giuridico della responsabilità personale per le obbligazione delle società irregolari", *R.D.C.* 1928, vols. II y s., y *Girón Tena*, *Anuario*, p. 1306.

⁵⁸⁷ *Derecho mercantil*, núm. 301, p. 332. En el mismo sentido, *Frisch*, p. 52.

No obstante, pese a su deficiente redacción, no creo que el párrafo tercero del artículo 7o. se aplique a los mismos supuestos de irregularidad del artículo 2o., sino que se refiere exclusivamente a un tipo especial de sociedad en proceso de formación que, sin embargo, se ostentara ya ante terceros; es decir, a sociedades que aún no nacen porque *están en curso de organización* y de completar los requisitos y los trámites que la ley exige para su constitución definitiva, como son, la asamblea constitutiva (en el caso de constitución sucesiva de una S.A.); que el contrato social sea firmado por todos los socios; que se formule escritura notarial; que se hagan los trámites para la homologación judicial, y finalmente, la inscripción en el registro; y que, a pesar de que la sociedad esté dentro del proceso constitutivo, ciertas personas (a las que significativamente ese artículo 7o., párrafo tercero, se abstiene de llamar representantes o mandatarios, como sí lo hacen los párrafos cuarto y sexto del artículo 2o. LGSM), celebran operaciones a nombre de la sociedad en curso de formación. En ese caso, todavía no estamos ante representantes sociales, porque no se ha constituido su órgano de administración, ni de representantes voluntarios, porque no ha habido nombramiento o designación alguna, sino meramente ante *gestores oficiosos*, que "sin mandato y sin estar obligado a ello se encargan de un asunto de otro" (artículo 1896 C. Civ.), que generalmente son los promotores o los fundadores de la sociedad, que celebren operaciones a nombre de una que está en vías de organización.

Este supuesto de responsabilidad solidaria e ilimitada de los diversos gestores, sin que ella sea subsidiaria de responsabilidad alguna de la sociedad aún inexistente, porque, por hipótesis, todavía está en proceso de organización, por una parte es propio de la gestión de negocios, pendiente de ratificación (artículos 1906 y 1907 C. Civ.); por la otra, salva la contradicción indicada, y por último, se establece clara y unánimemente en derecho extranjero.⁵⁸⁸

588 Véanse, Pérez Iduarteagaray, Saúl, "Validez e imputación de los actos celebrados durante el proceso de constitución de las sociedades comerciales", en *Rev. (uruguaya) de Derecho Comercial y de la Empresa*, año IV, número 13-14, 1980, pp. 5 y 6; y Morey Umberto Jaime, "La gestión de negocio de la sociedad anónima, en proyecto y en constitución", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LVII, núms. 545, 1981, 853 y s. En el derecho extranjero, artículos 7o. y 28 Ley española de S.A.; 5o., pfo. segundo de la Ley francesa del 24 de julio de 1966; artículo 41 de la Ley alemana de 1965; artículo 645 del Código Suizo de las obligaciones; artículo 92 segundo pfo. de la Ley brasileña de 1976; 2331 pfo. segundo y 2338 C. Civ., it.; artículo 182 de la Ley argentina, núm. 19550; artículos 408 y 424 del C. Co. uruguayo. En el derecho francés actual, la actividad de la sociedad durante ese período de organización se vincula con el de las sociedades de hecho, en cuanto que aún no están matriculadas; v. en la doctrina, Hemard, Terre et Mabilat, *Sociétés Commerciales*, cit. t. I, núm. 153 y s. pp. 142 y s., que, aunque admiten ciertas lagunas en la ley para tratar adecuadamente las cuestiones que surjan de aplicar a ese supuesto las acciones de nulidad, señalan que no se deben exagerar los problemas y sí tender a facilitar los trámites de registro y a reducir el plazo entre la constitución y la matriculación. Recientemente, entre nosotros, Frisch, pp. 50 y s., habla para estos casos de *falsi procuratores*, e invoca, no el régimen de la gestión de negocios (artículos 1896 y s. C. Civ.), sino el de los artículos 1801 y 1802; según este autor, por no existir aún la persona, no habría representación y la que se invocara sería falsa. No

108. *Los terceros frente a la sociedad irregular*

El régimen legal de las S.I. se estructura en protección principalmente de los terceros.⁵⁸⁹ Tanto el artículo 2o., párrafos cuarto y quinto, como el artículo 7o. LGSM, en esta materia, se refieren a terceros, y establecen su defensa y salvaguardia.

Pero, ¿qué debe entenderse por tercero para los efectos de esas normas de la LGSM? Toda persona que no sea parte del negocio, pero que entra en relaciones con quien sí es parte, es un tercero respecto a dicho negocio. En consecuencia, no son terceros, sino partes, los socios, y la sociedad misma, como persona jurídica distinta, al relacionarse con ellos, y por supuesto, los representantes legales y convencionales de los unos y de la otra; y son terceros quienes no sean socios, pero que entren en relaciones jurídicas con la sociedad o con sus socios.

No sería tercero ninguno de los socios, para los efectos de que la sociedad se considerara como irregular por el hecho de entrar en relaciones con ellos, y que, en consecuencia, el representante de ella asumiera frente a sus socios, responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada. En otras palabras, si la sociedad no inscrita se concretara a relacionarse con sus socios o representantes de ellos (contratar, hacer pagos, cobrar dividendos pasivos, etcétera); no por ello se consideraría como irregular, le faltaría la exteriorización, porque dichas relaciones son internas. Se requeriría, en cambio, que el pacto o el contrato con el socio se cediera —pero no su calidad de tal— a personas ajenas a la sociedad (terceros), y cuando esto suceda, se está frente a una S.I., con personalidad jurídica; lo que frente a esos terceros (y no, en cambio, frente a sus socios), provocará la responsabilidad ilimitada, solidaria y subsidiaria de sus representantes.⁵⁹⁰

Que el socio nunca sea tercero, es importante, tanto porque debe responder ante la sociedad y ante los acreedores de ella, con la responsabilidad que le corresponda según el tipo de sociedad de que se trate; es decir, en forma ilimitada, si es un socio colectivo, y sólo por el valor de lo que se obliga a aportar, si se trata de un socio con responsabilidad limitada; como porque frente a sus acreedores particulares, él y la sociedad misma pueden oponer el carácter de partes para el efec-

obstante, cabe en nuestro sistema la gestión de negocios de personas no existentes porque hubieren muerto (artículo 1904 C. Civ.) o porque aún no hubieran nacido (*nasciturus pro nato habetur*) a la vida del derecho. Sobre estos problemas V. el estudio antes citado de Mory, Umberto, pp. 854 y 866.

⁵⁸⁹ Sobre los problemas de las modificaciones al pacto, no inscritas y su oponibilidad a terceros, en el derecho italiano basado en el C. Co. de 1882, v. Oppo., *Contratti Parasociali*, Milán; 1942, núm. 4, pp. 15 y s., pero las conclusiones a que él llega no resultan aplicables a nuestro derecho porque el artículo 110 de ese Código subordinaba los efectos del acto que modificaba los estatutos, no a que fuera legalmente adoptado (como indica nuestro artículo 200 LGSM), sino a que fuera "*trascritti e pubblicati*". Volvemos sobre este tema en *Infra* núm. 111.

⁵⁹⁰ Sobre el concepto de tercero, respecto a sociedades civiles, y para los efectos del Registro Público de la Propiedad —cuyos principios son aplicables en materia de sociedades mercantiles, ver *supra*, núm. 98 y pp. 229-230.

to de que ellos no pueden "mientras dure la sociedad, hacer efectivos sus derechos, sino sobre las utilidades que correspondan al socio" (artículo 23, primer párrafo LGSM).⁵⁹¹

Es también importante que el socio no sea tercero, sino parte del negocio social, para efectos de que las resoluciones mayoritarias "legalmente adoptadas" (artículo 200 LGSM), le sean oponibles, aunque haya disentido al adoptarlas, o no hubiera estado presente en la asamblea respectiva (con tal de que ésta se haya convocado y reunido cumpliendo todos los requisitos legales y estatutarios). Por ser partes y no terceros, esas resoluciones serían oponibles a los socios en los términos del artículo 26 C. Co., pese a que la sociedad no se hubiera inscrito en el Registro de Comercio, ni se hubiera protocolizado, como exigen los artículos 260 y 5o. LGSM, respectivamente.⁵⁹²

Al socio le correspondería, en cambio, la protección que concede el último párrafo del artículo 2o. LGSM: "Los socios no culpables de la irregularidad podrán exigir daños y perjuicios a los culpables, y a los que actúen como representantes o mandatarios de la S.I."

¿El sucesor o causahabiente de un socio puede ser considerado como tercero? El sucesor del socio como tal, tanto a título particular como a título universal, adquiere derechos y obligaciones en la medida y en la extensión que éste los tenga, y por lo tanto, no puede ser considerado como tercero. Si sufriera engaño o no hubiese sido advertido de la irregularidad de la sociedad, ello no lo libra de la responsabilidad frente a la sociedad y sus acreedores, aunque tendría acción de indemnización frente a los socios responsables de la irregularidad (artículo 2o., último párrafo) y frente a su causante (cedente o endosante).⁵⁹³

El concepto de tercero se predica en relación con el negocio social mismo; pero cuando la sociedad, a través de sus órganos o de representantes, celebra un contrato o ejecuta un acto cualquiera frente a otra persona, el concepto de tercero cambia, para darse en una nueva perspectiva. Esa otra persona seguirá siendo tercero respecto al contrato social, pero será una de las partes del contrato o del acto jurídico celebrado con la sociedad.⁵⁹⁴

591 Esta solución, en cambio, no sería válida si al caso de las S.I. se aplicara el artículo 26 C. Co., ya que el acreedor del socio es un tercero para la sociedad, de donde los actos de esta —la aportación del socio-deudor— no podría causar perjuicio a aquél. Es esta la solución tratándose de la sociedad civil no registrada, v. *supra* núm. 97.

592 El tercero en la S.I., en función de la apariencia, en Calais Auloy, núms. 159, pp. 136 y s.

593 En la ejecutoria Jorge Muciño M., Queja 37/58 en el *SJF*, vol. XXVIII, pp. 112, la Corte dijo que los causahabientes "no pueden estimarse como terceros ajenos a las consecuencias del juicio seguido por su causante, y les afecta y beneficia lo resuelto y hecho en el juicio en que (éste) intervino".

594 No es distinta la opinión de Mantilla Molina, núm. 169 p. 130, cuando dice: "no es evidentemente tercero en cuanto al contrato en que interviene, pero sí en cuanto al acto inscrito en que él no fue parte". La definición que propone de tercero (*op. cit. loc. cit.*), si se hiciera anteceder de esta última frase: "en cuanto al acto inscrito en que él no fue parte", se podría aceptar; como la propone, no es definición de tercero, sino de parte del negocio relativo.

Esta distinción es importante, tanto desde el punto de vista que analizamos, del régimen de las S.I., como de aquel que es propio de nuestro sistema de registro.

En efecto, de acuerdo con el artículo 26 Co., "los documentos que deben registrarse (entre los que están las escrituras de constitución de sociedades; y sus modificaciones: artículo 21 fracción V, *ibid.*), y no se registran, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen, pero no podrán producir perjuicios a terceros, el cual sí podrá aprovecharlos en lo que le fueran favorables". La aplicación de este principio a la S.I. implicaría, no que la existencia misma de la sociedad dependiera, frente a terceros, de su inscripción en el Registro, porque no es este el alcance ni el origen de la norma, sino que cualquier pacto o relación de la sociedad con sus socios, de éstos entre sí, o de la sociedad con personas que no sean sus socios, y los cuales pactos formen parte del contrato social (no inscrito), serían inoponibles a los terceros, quienes, empero, sí podrían invocarlos a su favor.

Ahora bien, los efectos indicados antes, que son los propios de la omisión de inscripción en el Registro, chocan con la personalidad jurídica que el propio artículo 2o., párrafo tercero, otorga a las S.I.; de ahí que, como acertadamente afirma Mantilla Molina,⁵⁹⁵ el artículo 26 C. Co. resulte inaplicable a las S.I. En efecto, la protección de terceros que se desprende de la aplicación del artículo 26, C. Co., y que constituye su fundamento (*ratio legis*), resulta innecesaria ante la atribución de personalidad a la S.I., que supone que ella puede ser demandada para el cumplimiento de sus obligaciones; que tenga un patrimonio propio y autónomo, y que responda ante los terceros solidariamente con sus representantes y gestores.

Desde otro punto de vista, el tercero, es decir, aquella persona que frente a la sociedad no sea socio o causahabiente del socio como tal, es parte, evidentemente, de los contratos que la sociedad celebre con él: y en consecuencia, respecto a dichos contratos, así tuvieran ellos que registrarse y no se registren (*v.g.*, la compraventa de un inmueble, de un automóvil, el uso de una patente o de una marca; la prenda o la hipoteca que se constituya a favor de la sociedad, o que ésta otorgue a su favor), ese contratante tampoco puede invocar en su favor, el artículo 26 C. Co. Esta norma, sí se aplicaría a personas distintas de los contratantes —la sociedad y su contra-parte—, que resultarían terceros en relación a dicho contrato.

Ahora bien, la mención de "terceros" en las tres disposiciones legales antes citadas; o sea, en los párrafos cuarto y quinto del artículo 2o., y en el párrafo tercero del artículo 7o. LGSM, debe relacionarse con el contrato social. Se trata de terceros que no sean socios, ni causahabientes del socio a título particular o universal, ya sea por acto entre vivos o *mortis causa*. Los socios no están comprendidos en dichas disposiciones, y sí, en cambio, en el párrafo sexto del artículo 2o. que, en consecuencia, no habla de terceros, sino de socios (culpables y no culpables de la irregularidad).

⁵⁹⁵ *Derecho mercantil*, núm. 305, p. 235.

Así pues, la exteriorización de que habla el párrafo tercero no es frente a socios; porque ello no sería exteriorizarse, sino mantener con ellos una relación interna, oculta. Si, por ejemplo, la S.I., interviene en el caso de la transmisión de acciones o partes sociales, de un socio a otro, e inclusive a una persona que no sea socio, para el efecto de inscribirla en el libro de accionistas (si se trata de acciones nominativas o de partes sociales en una S. de R.L., artículos 73 y 128 LGSM), ello tampoco implica exteriorización alguna, ni menos frente a terceros, porque, como ya dijimos, el cesionario o nuevo adquirente de la acción o parte social, se convierte en parte —en socio o accionista— de la sociedad; no en un tercero respecto de ella.

En el caso del párrafo quinto del artículo 2o. y del párrafo tercero del artículo 7o., es tercero quien haya celebrado con el representante o gestor de la sociedad actos jurídicos distintos a los que otorgan la calidad de socio; es decir, que no sean los relativos a la aportación (respecto al socio original), o a aquellos negocios que se relacionen con la transmisión o el gravamen de los derechos del socio; porque tampoco en estos últimos supuestos se trataría de terceros, sino de partes (socios o causahabientes de socios). En consecuencia, en función de esos preceptos, el representante de la sociedad no asumirá responsabilidad alguna respecto a dichos actos internos, y sí, en cambio, respecto a actos y contratos que sean ajenos a los concernientes a la calidad de socio.

Puede darse el caso de que la S.I. contrate con una persona que ya resulte ser su socio, no en relación a su calidad de tal, sino respecto a bienes o derechos propios de él; por ejemplo, el arrendamiento a la sociedad de un inmueble propiedad del socio. En relación a dicho contrato, el socio-arrendador es tercero frente a la sociedad; no obstante, creemos que el ser parte del negocio social impediría la aplicación de aquellas dos normas. La protección de los terceros se basa en la buena fe, en que ellos no sepan, o no deban saber que la sociedad es irregular.⁵⁹⁶ Una solución distinta resultaría contraria a la equidad y al espíritu de la disposición legal. Por lo demás, en esa hipótesis, si se trata de un socio que no sea culpable de la irregularidad, su protección derivaría del párrafo sexto del artículo 2o.: tendría acción por los daños y perjuicios que sufriera —como socio y como acreedor de la sociedad— frente al o a los socios que sí fueran los culpables de dicha irregularidad, y a los representantes de la sociedad.

109. Régimen externo e interno de las sociedades irregulares

Debemos ahora analizar la posición de la S.I., tanto en las relaciones con sus socios (artículo 2o., párrafos cuarto y sexto, LGSM), como con terceros, acreedores o deudores de ella (artículo 2o. párrafo quinto).

⁵⁹⁶ Cfr., en este sentido, Rodríguez Rodríguez, vol. I, pp. 176 y Frisch, p. 53, de manera muy amplia. Si la sociedad se exterioriza como irregular, ante terceros, como podría desprenderse (equivocadamente, como ya vimos, *supra* 105) del texto del párrafo tercero, artículo 2o. LGSM, ellos no serían terceros de buena fe.

Internamente, rige el pacto social y las disposiciones legales aplicables al tipo de sociedad de que se trate (artículo 2691 C. Civ., y 2o. párrafo cuarto LGSM). Ahora bien, en sus relaciones internas resulta, si no indiferente sí secundario que la sociedad misma sea regular o irregular, que se inscriba o no en el Registro: los socios subsisten como obligados frente a la sociedad, respecto al pago de su aportación, y ésta frente a ellos, por lo que toca al cumplimiento de sus deberes corporativos; en cambio, en las relaciones entre los mismos socios, que sea irregular la compañía sí resulta importante, porque a los socios no culpables de la irregularidad corresponde acción de indemnización contra aquellos que sí fueran culpables, y contra los representantes del ente (artículo 2o., párrafo sexto).

Es muy importante la irregularidad en las relaciones de una sociedad mercantil con sus socios, porque a éstos, cuando no sean culpables de tal irregularidad, les corresponde el derecho de pedir la rescisión de su relación con la sociedad, o sea, la liquidación de su cuota, si se trata de sociedades colectivas, en comandita simple o S. de R.L. (ex-artículo 50, fracciones II y III LGSM), y de S. en C. por A. respecto a sus socios colectivos (artículo 211 *ibid.*),⁵⁹⁷ o bien, en todo caso, el de demandar la liquidación de la sociedad misma cuando en virtud de la irregularidad resultare imposible "seguir realizando el objeto principal de la sociedad", con fundamento en el artículo 229, fracción II *ibidem*; y en cuanto a S. en N.C., S., en C. y S. en C. por A., según lo dispuesto por los artículos 230 y 231 de la misma ley.⁵⁹⁸

Mantilla Molina niega, para las sociedades mercantiles, la procedencia de la acción de disolución y de liquidación, porque, a su juicio, el derecho que el artículo 7o. LGSM concede a los socios de regularizar la sociedad, demandando el otorgamiento de la escritura y su inscripción en el Registro, excluye aquella otra acción.⁵⁹⁹ No estamos de acuerdo con dicha interpretación. A nuestro juicio, el socio puede elegir entre regularizar la sociedad, o bien, cuando ello resulte imposible, ejercitar el derecho de retirarse de ella, o provocar la liquidación social. Como también es posible, que alguno o algunos de los socios demandaran el cumplimiento de las formalidades y de la inscripción, y otro u otros, su liquida-

⁵⁹⁷ Así, en la doctrina, Rodríguez Rodríguez, vol. I. p. 199; y en la jurisprudencia, Camino Gabino, *SJF*, t. LXXIX, p. 3067, que admitió, tratándose de una S. de R.L., la acción de rescisión del contrato por parte del socio, y la aplicación del artículo 50 LGSM.

⁵⁹⁸ La fracción II del artículo 229 establece que las sociedades se disuelven "por imposibilidad de seguir realizando el objeto principal de la sociedad"; esta causal procederá, si no siempre, casi siempre en las S.I., ya que las diferencias de los socios entre sí y con los administradores y gerentes, normalmente imposibilitarán el cumplimiento de la finalidad social. Dominedó —cit. p. 23—, considera que sería anormal el funcionamiento del ente por la responsabilidad ilimitada de sus representantes. En la doctrina, véanse, Ferri, *Le Società*, p. 671, donde afirma que la causa de disolución por imposibilidad de funcionamiento de la sociedad, "podrá derivar de un contraste insuperable entre los socios que haga imposible la formación de una mayoría... o plantear la actuación obstruccionista de uno o más socios decididos a impedir el funcionamiento de la sociedad"; situaciones que se plantearían en las S.I.

⁵⁹⁹ *Op. cit.*, núm. 303, p. 233.

ción, o la disolución de la sociedad. Excluir la aplicación de estos últimos derechos no se justifica, porque ni hay disposición expresa al respecto, como debería haberla si se privara al socio de un derecho que la ley le concede (artículo 50, fracción III), ni tiene por que derogarse ni limitarse el alcance de normas como las indicadas antes, o sea, artículos 50, fracciones II y III, 229, fracción III, 230 y 231 LGSM;⁶⁰⁰ y porque parece injustificado imponer a los socios su permanencia en una sociedad irregular. Sin embargo, si en virtud del saneamiento, se procede, por orden judicial, al registro de la sociedad, las acciones de liquidación, total o parcial, decaerían y una vez intentadas, se sobreseerían.

Como consecuencia de la plena validez del contrato social entre los socios, y como efecto de la personalidad que la Ley atribuye a las S.I. (artículo 2o., párrafo tercero), los acreedores particulares del socio, mientras dure la sociedad, no pueden hacer efectivos sus derechos sobre los bienes aportados, sino solamente sobre la utilidades eventuales, y sobre la cuota de liquidación que corresponda a éste, tanto en caso de retiro o separación (liquidación parcial) como de disolución y liquidación del ente mismo (artículo 23 LGSM).⁶⁰¹

La posición, pues, de dichos acreedores de los socios, en nada se beneficia con el régimen legal de las S.I., y por el contrario, sí puede salir perjudicada en el caso de que su deudor (socio), sea o adquiera una responsabilidad ilimitada, ya que en caso de quiebra de la S.I. el socio que sea deudor, también quiebra (artículo 4o. *in fine* L.Q.), y ellos se convertirían en acreedores concursales; pero aun si el socio es de responsabilidad limitada, la quiebra de la S.I. a que pertenezca siempre es culpable (artículo 94, fracción III, L.Q.),⁶⁰² lo que supone un procedimiento previo de calificación penal (artículo 113 L.Q.), que en la práctica imposibilitaría, o cuando menos dificultaría de manera extrema al acreedor del socio hacer efectivos sus derechos.

En las relaciones externas, es decir, en aquellas que existen entre la sociedad y sus acreedores y deudores, rige también la personalidad jurídica de la S.I.; lo que significa que ella responde como si se tratara de una sociedad regular: puede de-

⁶⁰⁰ Además de que, como en alguna ejecutoria se ha admitido, regiría supletoriamente al caso el artículo 2691 C. Civ. Rodríguez Rodríguez, pp. 193 y 199, admite dicha supletoriedad.

⁶⁰¹ Distinta solución se daría, en cambio, de aplicarse el principio del artículo 26 C. Co., ya que en ese caso, porque la S.I. no estaría inscrita, las aportaciones de los socios y la existencia misma del patrimonio y del capital social, no serían oponibles a los terceros. De ahí que afirmemos que el otorgamiento de la personalidad a las S.I. impide la aplicación del artículo 26 C. Co. La Suprema Corte, en una resolución a un caso anterior a la vigencia de la LGSM admitió la aplicación del artículo 26 C. Co. en casos de faltas de inscripción, pero limitó el alcance de dicho precepto. "La falta de registro de la escritura de protocolización de estatutos a una compañía, a que se refiere el artículo 24 C. Co. implicaría, de acuerdo con el artículo 26 del mismo Código, que no produjera efectos contra tercero, pero no es indispensable para la comprobación de la existencia de la sociedad y para la representación de quien se ostenta en su nombre, promoviendo amparo". The American International Fuel Amp. en Rev. 1626/1930, S/JF t. LVII, p. 856.

⁶⁰² En este sentido, pese a lo dispuesto por el artículo 27 C. Co., según el cual, la quiebra sería fraudulenta y no culpable. V. Mantilla Molina, núm. 168, pp. 129 y s. que justamente considera que ese artículo 27 C. Co., fue derogado por la disposición de la L.Q.

mandar y ser demandada, y, repetimos, los terceros no gozan del derecho que confiere el artículo 26 C. Co., de que los actos de la sociedad no les pare perjuicio, puesto que, como ya vimos, ese artículo no es aplicable a las sociedades mercantiles irregulares. El párrafo quinto del artículo 2o. impone a "los que realicen actos jurídicos como representantes o mandatarios de la sociedad irregular, responsabilidad frente a terceros, subsidiaria, solidaria, e ilimitada (si bien sólo respecto al cumplimiento de dichos actos) además de la responsabilidad penal en que se hubiera incurrido (entre otras, la de quiebra culpable, artículos 94, fracción III, 95 y 101 L.Q.). Así pues, los acreedores de la sociedad, si resultan protegidos por el régimen de la irregularidad, porque además de contar con la responsabilidad ilimitada de los socios que sean culpables de la irregularidad de la sociedad, y de la que sea propia de los socios de ella, según el tipo social de que se trate, contarán con la responsabilidad solidaria e ilimitada de los representantes sociales respecto de cada uno de los actos jurídicos en que hayan intervenido.⁶⁰³

El párrafo quinto del artículo 2o. LGSM, habla de "representantes o mandatarios", fórmula que comprende todos los casos, tanto de la representación legal correspondiente al órgano de administración social, como de la representación voluntaria conferida por la sociedad misma (apoderados, gerentes, mandatarios, comisionistas, factores); en cambio, no comprende los actos ejecutados por promotores o fundadores (gestores de negocios), tendientes a constituir la, o bien, ajenos a su constitución pero que actúen considerando que habrá de constituirse y de operar (*e.g.*, contratos de compraventa de maquinaria que la sociedad haya de utilizar; de arrendamiento del local donde vaya a operar; de servicios o de trabajo con el personal que piense utilizar, etcétera). Tampoco comprende los actos ejecutados por socios que obren a nombre de la sociedad, sin representación alguna (que también serían gestores, artículos 1896 C. Civ.)

En cualquiera de estos supuestos, no se trata de "representantes o mandatarios de la sociedad", como dispone el párrafo quinto de dicho artículo 2o., por lo que esta norma no se aplicaría.

Sin embargo, de cualquier manera existiría la responsabilidad de los gestores. Si la sociedad no se constituye, responden ilimitada y solidariamente por las operaciones realizadas (artículo 7o., *in fine* LGSM), sin inmiscuir en la responsabilidad a la sociedad, porque ésta aún no existe; por el contrario, si ella llega a constituirse, se debe considerar que los actos del gestor son oponibles a aquélla, ya sea por haber sido "útilmente gestionados" (artículo 1903 C. Civ.), o porque la sociedad los ratifique expresa o tácitamente, y en ambos casos, "la ratificación produce (*ex tunc*) todos los efectos del mandato" (artículo 1967 C. Civ.), con lo que, a partir de entonces, el gestor sería considerado como un mandatario para

603 Vivante, núm. 335, pp. 71 y 72, ya advertía, para el derecho italiano derivado del C. Co. de 1882, que la responsabilidad de los promotores y administradores sólo se extendía a las operaciones sociales concluidas a nombre de la sociedad, y no por todas las obligaciones sociales.

los efectos del mencionado artículo 2o., párrafo quinto, y respondería subsidiariamente, de manera solidaria con la sociedad, y de manera ilimitada respecto a los actos en que haya intervenido.

Si se trata de la constitución pública de una S.A., el artículo 102 LGSM, sanciona con nulidad, respecto a la misma, "las operaciones hechas por los fundadores, con excepción de las necesarias para constituirla, si no fueren aprobadas por la asamblea de accionistas". Pues bien, al aplicar esta norma a una S.I., es decir, a una S.A. que acuda al procedimiento legal de constitución sucesiva, y que no se registre, responsables ante los terceros serían los gestores, obrando como tales antes de la constitución, y como mandatarios a partir de ella; en cambio, la sociedad misma, sólo sería responsable por los actos de constitución, y por los ajenos a ella siempre que se ratifiquen expresa o tácitamente por la asamblea de accionistas. En otras palabras, la ratificación es necesaria; no basta la gestión útil a que alude el artículo 1903 C. Civ. En este sentido, el mencionado artículo 102 LGSM establece una excepción al principio general de dicho artículo 1903.

La quiebra, de las sociedades irregulares es culpable (artículo 94, fracción III en relación con el 8o., L.Q.), por lo que sus representantes —pero no los socios— responsables de la irregularidad, incurrirían en sanción corporal y la correspondiente responsabilidad civil (artículos 95 y 101 *ibidem*). En cambio, el artículo 4o., párrafo quinto de la propia L.Q. establece que la quiebra de la S.I. provocará la de los socios ilimitadamente responsables, disposición que se concreta a repetir el principio establecido en el mismo artículo 4o., párrafo primero. Esta sanción no alcanza a los representantes y mandatarios a que alude el párrafo quinto del artículo 2o. LGSM,⁶⁰⁴ porque ellos no actúan como socios, y además, porque la responsabilidad en que incurren, como hemos dicho, sólo es ilimitada respecto a los actos en que intervengan, y no respecto a todas las obligaciones sociales, que es el supuesto que prevé el artículo 4o. L.Q.

110. *Crítica de la regulación de las sociedades irregulares*

Dada la reglamentación de estas sociedades en el artículo 2o. LGSM, así como en los artículos 4o., párrafo último, 94 fr. III, 95 y 101 L.Q., y en vista de su posición frente a terceros, a quienes de manera preferente se trataría de proteger, debemos preguntarnos si tal regulación es eficaz, o bien, si de *jure condendo* serían convenientes algunas modificaciones.

Desde luego, cabe afirmar que el régimen de sanciones que establece el párrafo quinto del artículo 2o.,⁶⁰⁵ resulta ineficaz respecto a los socios de responsabili-

⁶⁰⁴ En el mismo sentido, Bonelli, *Sulla teorica delle società*, p. 627, quien con razón afirmaba que la sanción de responsabilidad ilimitada y solidaria que, al igual que nuestro artículo 2o., pto. quinto, imponía el artículo 98 C. Co. it. a los promotores y administradores, "es una responsabilidad que no influye sobre la calidad de la persona a la que se atribuye y que, por tanto, no la somete a quiebra cuando la sociedad incurra en ella".

⁶⁰⁵ Que la Suprema Corte, en alguna ejecutoria, consideró erróneamente como la única sanción aplicable a las S.I. Ricardo Gallardo Muñoz y coagraviados, en *SJF*, t. CXXXII, pp.

dad ilimitada, que además sean administradores, como siempre sucede en las sociedades en comandita y normalmente en las colectivas (artículos 51, 207 y 25 LGSM), porque ellos tendrían una menor responsabilidad si la sociedad fuera irregular, que si fuere regular. En ambos casos, responderían ilimitadamente, en el primero, sólo respecto a los actos en que hubieran intervenido; en el segundo, en cambio, su responsabilidad ilimitada se extiende a todas las deudas y obligaciones sociales. Además, la sanción que establece el párrafo quinto, se reduce "al cumplimiento de los mismos actos", sin que proceda su rescisión, ni el pago de daños y perjuicios, como establece el párrafo sexto del mismo artículo 2o. para los socios inocentes.

Esta última sanción, artículo 2o., párrafo sexto, es aplicable a todo tipo de sociedades mercantiles irregulares (inclusive a las cooperativas). En virtud de dicha norma, los socios responsables de la irregularidad, así como los representantes de la S.l., están obligados, frente a los socios no culpables, a resarcir los daños y perjuicios que éstos sufran, como consecuencia de la irregularidad.

En este caso, la responsabilidad de socios y administradores no se limita al cumplimiento de los contratos celebrados, ni a los actos en que realmente hayan intervenido, sino que se extiende a la indemnización de cualquier daño ocasionado a los socios inocentes, siempre que esto sea consecuencia de la irregularidad y de que en el daño incurrido no hubiere habido culpa o negligencia del socio (ex-artículo 2110 y 1910 C. Civ.).

Respecto a los socios responsables, se exige culpa de la irregularidad; no, en cambio, en relación con los representantes y mandatarios, quienes, en consecuencia, asumen una responsabilidad objetiva a favor de los socios inocentes por el mero hecho de que la sociedad sea irregular.⁶⁰⁶

Ahora bien, la sanción de la responsabilidad ilimitada de los representantes sociales frente a terceros (artículo 2o. párrafo quinto LGSM), así como la de su responsabilidad frente a los socios por los daños y perjuicios que éstos sufran (artículo 2o., párrafo quinto), puede resultar ilusoria, en cuanto que carezcan de bienes propios, o que los que tengan sean insuficientes, máxime que la garantía que el artículo 152 LGSM exige que presten los administradores y los gerentes, en la práctica es inexistente o irrisoria.⁶⁰⁷

481 y s., ya que también se las pena con quiebra culpable (artículo 94, fracción III L.Q.) y con la prohibición de acogerse al beneficio de la suspensión de pagos, (artículo 397 L.Q.).

⁶⁰⁶ No es el caso, pues, de aplicar el artículo 1910 C. Civ., ni respecto a socios, ni a los representantes sociales; no frente a aquéllos, porque no asumen la responsabilidad aquiliana que se desprende de esta última norma, sino que es un caso de responsabilidad contractual por culpa; y tampoco se aplica ese artículo 1910 frente a los representantes o mandatarios de la sociedad, porque éstos son responsables independientemente de que en la irregularidad de la sociedad —supuesto de su responsabilidad— no hayan actuado ilícitamente, ni contra las buenas costumbres. Mantilla Molina, núm. 301, p. 233 plantea con dudas la aplicación del artículo 1910.

⁶⁰⁷ Así, Mantilla Molina, núm. 563, p. 401. En el derecho italiano, ya Bonelli, *RDC*. 1906-I, 134, hacía notar lo falaz y engañoso que resulta esta sanción.

Por lo que respecta a las sanciones establecidas en la L.Q., el artículo 397, como ya dijimos, niega a las S.I. el poder acogerse al beneficio de la suspensión de pagos". Por otra parte, la quiebra de ellas, no podrá ser considerada como fortuita, y sí como culpable, en los términos del artículo 94, fracción III, de dicha L.Q., puesto que no se podrían presentar "los documentos que esta ley dispone en la forma, casos y plazos señalados"; ya que el artículo 80. dispone que "la demanda de una sociedad para que se la declare en quiebra deberá ir acompañada de una copia de la escritura social y de la certificación de inscripción en el Registro Público de Comercio, si existiere".⁶⁰⁸

En los casos de quiebra (culpable) de una S.I., "los directores, administradores o liquidadores que resulten responsables de los actos que califican la quiebra", sufrirán los efectos penales de ella (artículo 101), o sea, "pena de uno a cuatro años de prisión" (artículo 95), más la responsabilidad civil que como sanción adicional fije el Código Penal. Además, el artículo 106 de L.Q., sanciona a quienes resulten culpables de quiebra culpable o fraudulenta, a no ejercer el comercio ni cargos de administración alguno en ninguna clase de sociedades mercantiles, durante el tiempo que dure la condena.

La norma del artículo 101, sin embargo, es incompleta, por lo que se refiere, precisamente, a las S.I., puesto que no comprende a quienes, sin representación legal o convencional alguna, sino como gestores, fueren responsables de la irregularidad de la S.I.; es decir, no sólo omite referirse a promotores y fundadores, sino a cualquier persona —socio o extraño— a quien fuera imputable la falta de inscripción de la sociedad en el Registro de Comercio.⁶⁰⁹ Dado que en las normas penales no cabe la interpretación analógica (artículo 14 constitucional), no es posible aplicar este artículo 101 a la gestión de negocios.

Por otra parte, pese a que el último párrafo del artículo 4o. L.Q., indica que "la quiebra de la S.I., provocará la de los socios ilimitadamente responsables y la de aquellos contra los que se pruebe que sin fundamento objetivo se tenían por limitadamente responsables"; en realidad, ninguna nueva sanción se impone a dichos socios de la S.I., puesto que el párrafo primero del mismo artículo 4o. ya indica, para sociedades regulares o irregulares, que los "socios ilimitadamente responsables serán considerados para todos los efectos como quebrados". Se trataría de una sanción especial para las S.A., si en ellas todos los socios, o al menos quienes fueran responsables de la irregularidad, asumieran tal responsabilidad ilimitada, cualquiera que fuera el tipo social, pero no es esto lo que establecen los párrafos quinto y sexto del artículo 2o. LGSM. Aquél, en efecto, sí impone responsabilidad ilimitada, pero no a los socios, como requiere el artículo 4o. párrafo sexto que comentamos, sino a los representantes o mandatarios de la sociedad irregular; y si la representación de la sociedad correspondiera legal-

⁶⁰⁸ Cfr. Rodríguez Rodríguez —Comentarios a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, págs. 19 y 23.

⁶⁰⁹ El artículo 106, en cambio, sí se aplicaría a los gestores.

mente a los socios, o se atribuyera a éstos por la escritura o por acuerdo de la junta o asamblea de socios, incurrirían en quiebra, no en cuanto a administradores, sino en cuanto a que fueran socios colectivos (en la S. en N.C., artículos 34 y 40 y en la S. en C.S., artículos 54 y 57), pero no si se tratara de socios de responsabilidad limitada.

En cuanto al párrafo sexto del artículo 2o. LGSM, tampoco impone, como ya hemos dicho, responsabilidad ilimitada a los socios culpables de la irregularidad, sino sólo la obligación de cubrir a los inocentes los daños y perjuicios que sufran por dicha irregularidad de la sociedad.

En conclusión, las sanciones concursales en el caso de una S.I., afectan a ésta, en cuanto que no puede acogerse a la suspensión de pagos; de que su quiebra sería culpable; y de que no cabe la extinción de la quiebra por convenio; afectan a los representantes de la sociedad contra quienes pueden aplicarse las penas de prisión y de responsabilidad civil, pero no afecta a los socios, culpables o inocentes de la irregularidad, quienes seguirán sometidos a quiebra si son de responsabilidad ilimitada, y escaparán a ella, si ésta es limitada.

111. Régimen de la Sociedad Irregular en derecho comparado

En el derecho comparado, la regulación de las sociedades no inscritas es más severa que el régimen de nuestras S.I.

En el derecho italiano, el artículo 2331 del Código Civil, además de hacer depender la adquisición de la personalidad jurídica de la inscripción en el registro, impone responsabilidad ilimitada y solidaria frente a terceros a quienes hayan obrado a nombre de ella; y se decreta la nulidad de la emisión y venta de las acciones que se hubieran hecho antes de la inscripción.⁶¹⁰

En el derecho francés, si bien la personalidad moral también depende de la inmatriculación de la sociedad en el Registro (artículo 5o., Ley 1966), la sociedad existe —sin personalidad— desde antes,⁶¹¹ pero también en este derecho y en acatamiento de una directiva del Consejo de la Comunidad Económica Europea —artículo 7o, de la Directiva 68-151—, se impone responsabilidad solidaria e ili-

610 Respecto al tema de las S.I. en el derecho italiano, véanse, Greco, *La Società nel sistema legislativo italiano*, cit. p. 134 y s., quien afirma que sólo en materia de colectiva y comandita simple se da el fenómeno de la S.I., por lo que una sociedad de capitales (S.A., S. de R.L.), que no se registrara, se convertiría en uno de aquellos tipos (p. 135); en sentido semejante, Graziani, quien cita y critica opiniones divergentes (p. 216 y s.). *Diritto delle Società* cit. 5a. ed. 1962, pág. 220 y s.; y Ferri, *Delle Società*, cit. pp. 13 y 297 y s. En las sociedades de capitales, dice este autor, "la falta de publicidad acarrea la inexistencia de la personalidad jurídica y la ineficacia del contrato social", véase también de Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale, Ristampa della seconda edizione*, Turín, UTET, 1961, pp. 205 para sociedades personales y 268 para sociedades de capitales.

611 Cfr. Hemard, Terre, Mabilat, cit. núm. 165, p. 148 y núm. 214 p. 191 y s.; y Bastian, "La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre de commerce", en *Etudes de Droit Commercial a la memoire de Henry Cabrillac*, Librairie Techniques, París, 1968, págs. 23 y 29.

mitada, salvo pacto en contrario, a quienes ejecuten actos a nombre de la sociedad en formación (artículo 5o. párrafo 2o.)⁶¹²

En el derecho español, en relación a la S.A., la Ley del 17 de julio de 1951, en su artículo 6o., también hace depender la personalidad de la inscripción en el Registro; el artículo 7o. impone solidaridad, a los "gestores", pero no responsabilidad ilimitada, frente a las personas con las que hubieren contratado a nombre de la sociedad; y el artículo 14 prohíbe la transmisión de acciones antes de la inscripción de la sociedad en el Registro mercantil. Iguales normas existen, artículos 5o. y 6o., en relación con la S. de R. L. (Ley del 17 de julio de 1953).⁶¹³

La nueva ley brasileña de sociedades anónimas (15 de diciembre de 1976), exige la publicidad y el registro del acto constitutivo (artículos 94 y 96), o de los estatutos, en el Registro de Comercio (artículo 95, fracción I), para que la sociedad pueda funcionar; y se impone responsabilidad solidaria a los administradores "por los perjuicios causados por la demora en el cumplimiento de las formalidades complementarias a la constitución" (artículo 99); pero, en cambio, se libera a la sociedad, respecto a los actos ejecutados en tal situación, salvo que la asamblea general disponga lo contrario (artículo 99 párrafo único).⁶¹⁴

En cuanto a la legislación argentina, la ley de sociedades comerciales de 1971, en el artículo 7o., establece que la "sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio"; aunque en ausencia de ella, se le reconocen ciertas facultades limitadas, dado que puede disolverse (artículo 22), y que "no producirá la plenitud de los efectos normales".⁶¹⁵ El artículo 23 impone obligación solidaria a los socios y a quienes contrataron en

612 Hemard, Terre, Mabilat, núm. 168, p. 151, y s., n. 213 p. 189, núm. 223, pp. 197 y s. en donde indican que el derecho comunitario es contrario a la nulidad y proclive, en cambio, a imponer responsabilidades civiles. Véase también, Bastian, cit. pp. 31 y s.

613 Garrigues, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1952, tomo I, p. 153, afirma que a partir de la nueva ley, las S.A. que no consten en escritura pública inscrita en el Reg. de Co. son inexistentes. En sentido contrario, Girón Tena, *Derecho de sociedades*, pp. 250 y 255, que en relación a las S.A. y S. de R.L., reguladas en leyes especiales, sienta la siguiente tesis: "toda sociedad que satisfaga las notas generales del concepto de sociedad... que no haya cumplido con el requisito de escritura e inscripción, o con este último, pero se haya publicado en otra forma, en general o en una relación jurídica concreta bajo otro tipo (vgr. mediante forma comanditaria o con una denominación de sociedad de capitales, o estipulando con el contratante que determinados socios no responden sino limitadamente), aunque no se presenta como colectiva por los interesados, tiene que ser tratada como sociedad colectiva"; y Puig Brutau, en sus comentarios a la obra de Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, pp. 309 y s.

614 Véase Lacerda Teixeira, Egberto y José Alexandre Tavares Guerrero, *Das sociedades anónimas no direito brasileiro*, São Paulo, 1979, vol. I, pp. 128 y s., vol. II, pp. 129, 134 y 136.

615 Véase la nota Elevación, o sea, la Exposición de Motivos, de la Ley del 28 de diciembre de 1971, sección V. En la doctrina, Halperin Isaac, *Sociedades anónimas*, Buenos Aires, 1975, p. 141; Marsili María Celia, "La personalidad jurídica en la Ley 19550", en *Estudios en homenaje a Isaac Halperin*, Buenos Aires, 1978, pp. 1076 y s. La ley, dice esta autora, ha adoptado en el punto, el llamado "sistema de la publicidad constitutiva"; niega que deba hablarse de personalidad de las S.I.

nombre de la sociedad, sin que se les conceda el beneficio de excusión de los bienes sociales, que el artículo 56 concede para todas las sociedades regularmente constituidas. Se establece, además, en el artículo 24, que en las relaciones con los terceros, cualquiera de los socios representa a la sociedad; y en el párrafo segundo del artículo 23, que ni "la sociedad, ni los socios, podrán invocar respecto de cualquier tercero, ni entre sí, derechos o defensas nacidas del contrato social (irregular), pero la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados".

112. Falta de formalidades y de inscripción en el Registro de las modificaciones del contrato en las sociedades civiles y mercantiles

Tanto en el caso de las sociedades civiles como de las mercantiles, se requiere el cumplimiento de formalidades en cuanto a las modificaciones que se introduzcan al contrato social; y también se exige la inscripción de ellas en los Registros correspondientes.

En efecto, en el caso de las S.C., si bien, el artículo 2690 C. Civ., que exige la forma escrita del contrato de sociedad y la escritura pública cuando algún socio transfiera bienes cuya enajenación debe hacerse en tal forma, no indica que esas exigencias rijan para las modificaciones posteriores, así debe interpretarse; tanto porque el contrato de sociedad está constituido por el convenio original y por sus cambios posteriores, cuanto porque el artículo 3071, fracción I, del mismo C. Civ. exige que se inscriban en el folio de personas morales del Reg. de la Prop., "los instrumentos por los que se constituyan, reformen o disuelvan las sociedades y asociaciones civiles y sus estatutos".

Consideramos que las S.C. que sólo consten en escrito privado, y las modificaciones posteriores que también así se hagan constar, están regidas por dicho precepto, 3071, fracción I C. Civ., que a diferencia del derogado artículo 3002, fracción VI, ya no habla de "escritura constitutiva de sociedades civiles y la que la reforme", sino, más ampliamente, de "instrumentos".⁶¹⁶

Por lo que ve a las sociedades mercantiles, el artículo 5o. LGSM expresamente establece que "las sociedades se constituirán ante notario y en la misma forma se harán constar sus modificaciones": y el artículo 260, que tanto la escritura constitutiva como sus reformas se inscribirán en el Reg. de Co. previo el procedimiento de homologación judicial.^{616 bis}

En cuanto a las sociedades cooperativas, los artículos 23, fracción II de la LSC

⁶¹⁶ Si así no fuera, ni el contrato privado de sociedad, ni sus modificaciones surtirían efectos en contra de terceros, según se desprende de los artículos 2694 y 3007 C. Civ.

^{616 bis} Durante la vigencia del C. Co. de 1890, la Suprema Corte ya indicaba que "cualquier reforma o ampliación que se haga en el contrato de sociedad, debe formalizarse con las mismas formalidades prescritas para celebrarlo". *S.J.F.*, Quinta época, t. VIII, A.D. Compañía Minera Naica, S.A., de 6 de enero de 1921, pp. 52 y s.; y en el mismo tomo, pp. 580 y s., A.D. García Celso y coagr. de 17 de marzo de 1921.

y 32, fracción VI del Regl. Soc. Coop., atribuyen competencia a la asamblea general de socios para acordar modificaciones a las bases constitutivas (que también pueden modificarse, tratándose del aumento o disminución del fondo de previsión social —artículo 42 LSC— por acuerdo de la Secretaría del Trabajo); y el artículo 35 Regl. Soc. Coop., exige que los acuerdos de la asamblea se hagan constar en acta, “que tendrá el valor de nuevo contrato, y de ella se enviarán cinco copias firmadas. . . a la Secretaría de Economía. . .” (actualmente es la Secretaría del Trabajo). Por último, que aprobadas las reformas, la Secretaría autorizará su inscripción en el Registro Cooperativo Nacional. A su vez, el artículo 2o., del mismo Reglamento del Registro Cooperativo Nacional estatuye que dicha oficina “se encargará de inscribir, II. Las modificaciones a las bases constitutivas”.

Ahora bien, como es obvio, puede omitirse tanto el cumplimiento de las formalidades a que están sujetas las modificaciones al contrato social,⁶¹⁷ como también la inscripción registral de ellas, y en estas omisiones se puede incurrir pese al carácter regular o irregular de las sociedades. En otras palabras, si al constituirse la sociedad se han cumplido todas las formalidades, y ella se ha inscrito en el Registro correspondiente, ello no obsta para que las modificaciones al pacto social puedan adolecer después de faltas de formalidades, o que no se inscriban. Si se trata de una S.I., que además de no estar inscrita en el Reg. de Co. (o en el de Coop.), y no haya satisfecho todas las formalidades (S. de H.), las modificaciones pueden o no cumplir las que les sean propias (escritura, si se trata de la LGSM; nuevas bases constitutivas, tratándose de la LSC; inscripción de los aumentos o disminuciones de capital en las sociedades que adopten la modalidad de capital variable, etcétera); lo que no cabe, en cambio, para esas S.I., es que se inscriban en el Registro las modificaciones, ya que, por hipótesis, la sociedad misma no estaría inscrita. En efecto, al pretender inscribir la reforma, o se procede antes a inscribir la sociedad y entonces dejaría de ser una S.I.; o bien, se rechaza aquella, porque la inscripción de la reforma supone la previa inscripción de la sociedad (artículos 73 y 144 del Regl. de la Prop. del 17 de enero de 1979); y en el caso del Reg. de Co., la inscripción de la reforma se hace al margen de la inscripción de la sociedad.⁶¹⁸

617 Sobre las formalidades de las modificaciones, en las S.I., *Cfr.* Lordi Luigi, “I cambiamenti dell’atto costitutivo nelle società irregolari”, *R.D.C.*, 1916, vol. I, pp. 435 y s.

618 El régimen de inscripción en el Reg. de la Propiedad a base de folios, según la nueva legislación de 1979 (artículos 3000 C. Civ.: y 51 y 52 del Reglamento), ni es claro, ni es completo. Respecto a personas morales, mientras el artículo 51 no hace referencia al folio de ellas, el artículo 52 sí lo hace, como también el artículo 3071 C. Civ.: y cuando se regula a éstas, en el artículo 97 del Regl., se indican los “asientos”, que se practicarán en los folios, sin que ninguno de ellos se refiera a las modificaciones al pacto social. No resulta claro, pues, cómo y dónde deben inscribirse estas modificaciones; y el Cap. IV del propio Regl. del que sí se desprende que ellas se inscriban (artículos 141 y 144), tampoco aclara la cuestión, pese a lo que establece el artículo 145, que para los casos de omisiones en el registro de dichas personas morales, remite a “las demás disposiciones de este Reglamento en lo que fueren compatibles”, porque ninguna de ellas parece compatible con las modificaciones que se hagan al contrato social.

Por lo demás, como ya hemos dicho, la falta de inscripción de las reformas no atribuye carácter de irregular a la sociedad que incurra en ella,⁶¹⁹ como tampoco la inscripción que se hiciera de ella, convertiría en regular a una S.I. Se trata de dos fenómenos jurídicos distintos, regidos por principios diferentes.

En efecto, la omisión de inscripción registral no somete las modificaciones del pacto al régimen de las S.I.; no se les aplica las normas del artículo 2o. LGSM, que son exclusivas de aquellas sociedades mercantiles que no se hubieran inscrito, pero que se manifiestan en otra forma ante terceros. En el caso que examinamos, para las modificaciones no inscritas, independientemente de su manifestación exterior por otros medios, rige el principio registral consagrado por el artículo 26 C. Co., si se trata de sociedades mercantiles, y por el artículo 3007 C. Civ., si son S.C.: las modificaciones producirán plenos efectos entre los socios, y ello a pesar de que el socio, al adoptarse el acuerdo por la asamblea, hubiera votado en contra, o no hubiera concurrido a ella, porque ausentes o disidentes también están vinculados por el acuerdo mayoritario, según dispone el artículo 200 LGSM, el cual, cuando exige que las resoluciones de las asambleas sean "legalmente adoptadas", sólo se refiere a esto, a su adopción, pero no a que al ejecutarse cumplan los requisitos formales y de publicidad que fije la ley; sí se requeriría que la junta o asamblea se hubiera convocado y reunido, y que la resolución se hubiera adoptado, "legalmente", es decir, cumpliendo todos los requisitos que la ley y el pacto establezcan para esos efectos,⁶²⁰ pero dichos efectos no podrán producir perjuicios a terceros.⁶²¹ Que así sea, por un lado descarta la aplicación de la nulidad relativa (artículo 2228 C. Civ.) a dichas faltas de formalidades; ya que no cabe la

619 En el mismo sentido, para el derecho italiano, Vivante, núm. 342, p. 76, y Greco, *La società nel sistema legislativo italiano*, cit. p. 136; para el derecho argentino, de acuerdo con la nueva ley, Escuti (h) Ignacio A. y Richard Efraín Hugo, "La sociedad comercial y las modificaciones no inscritas", en *Estudios en homenaje a Isaac Halperin*, cit., p. 712. La Suprema Corte, en relación con una S. en C en la que se modificó su razón social al suprimir las palabras "y compañía", sustentó un criterio opuesto al que sostenemos arriba, a saber, que la falta de inscripción de tal modificación se rige por lo dispuesto para las SI en el artículo 2o. LGSM: A.D. 1263/56, Francisco Zurita, citado en *Bol. de Inf. Jud.*, 1958, pp. 484 y s.

620 Sobre el régimen del Registro de Comercio y su evolución en España, a partir del C. de Co. de 1829, el cual se copió en México, v. la amplia y acuciosa obra de Menéndez Menéndez, Aurelio, "El registro mercantil español (Formación y desarrollo)", en *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, 2, IV, Madrid, 1974. En el derecho italiano, según *Oppo*, pp. 15 y s., contravierte la doctrina los efectos internos de la inscripción no registrada, y sostiene "la posibilidad de atribuirles eficacia" en tales relaciones, si bien referida al vínculo individual del socio, según se interpreta el artículo 2436 C. Civ.

621 En sentido contrario la ejecutoria de la Sup. Corte que se cita en la nota 619 *supra*. De acuerdo, De la Cámara Alvarez Manuel, *Estudios de derecho mercantil*, vol. II, p. 20 y Mantilla Molina, núm. 307, pp. 236 y s. (1977), quien pone un ejemplo muy ilustrativo: el acuerdo de disminución del capital, que puede carecer de las formalidades de publicidad que indica el artículo 9o. pfo. segundo LGSM, y que, independientemente de ello, no se inscriba en el Registro, no perjudica a terceros, quienes seguirán contando con el capital social anterior, que constituye la garantía de sus créditos. En cambio, si el acuerdo consiste en un aumento del capital, la falta de inscripción no impedirá que los terceros lo invocaran en su provecho. Para el derecho argentino, v. Escuti y Richard, cit., p. 714.

nulidad si el acto sigue produciendo efectos permanentemente; y por otro lado, indica que el régimen de las S.I., no es el aplicable a la omisión de registros de las modificaciones estatutarias.

Por supuesto, afirmar que dichas modificaciones no inscritas producen efectos entre las partes, no quiere decir, ni que éstas carezcan de defensa en los casos en que los acuerdos de modificación de los estatutos tomados por las juntas o asambleas de socios se hubieran adoptado en violación a disposiciones legales o convencionales; ya que al socio o socios afectados les correspondería acción de nulidad (en contra de la sociedad), no por la falta de registro, si no por los vicios de que adolezca el acuerdo, y les corresponde "el derecho de oposición en los términos de esta ley" (artículo 200 *in fine*); ni tampoco quiere decir que los socios se vean privados del derecho de solicitar el registro, como partes interesadas que son en ello.

Por lo que se refiere a la falta de formalidades de las modificaciones, el régimen es igual al de la constitución de la sociedad. Se aplica, por analogía, lo dispuesto por el artículo 7o. LGSM, y 1833 C. Civ.; o sea que cualquier interesado (la sociedad y sus socios) puede exigir que las formas se cumplan.

113. *Falta de requisitos esenciales en las sociedades civiles y mercantiles (sociedades incompletas)*

Denominamos sociedades incompletas (S. Inc.), como queda dicho, a aquellas civiles o comerciales a las que falte un elemento esencial, y que, no obstante, se ostenten ante terceros, ya sea en virtud de su inscripción en el Registro, o por una publicidad de hecho (periódico, prensa, radio, etcétera), o bien, meramente por su exteriorización ante ellos. En cualquiera de estos casos (salvo, pues, si se trata de sociedades ocultas), la sociedad tiene personalidad propia y rige el principio de que no procede su nulidad, sino el cumplimiento ulterior de los requisitos faltantes (por aplicación extensiva del artículo 7o. LGSM), y ante la imposibilidad de dicho cumplimiento, su disolución o liquidación.

En la doctrina, las que denominamos S. Inc. se comprenden en la categoría de las S.I. o S. de H.⁶²² Sin embargo, Betti, en el derecho italiano, ha propuesto una categoría especial de negocios y de relaciones jurídicas, que teniendo naturaleza contractual o similar a ella, carezcan de elementos esenciales (o de publicidad), y respecto a los cuales, por diversas razones de técnica o de conveniencia jurídica, se les reconozca ciertos efectos, interna y externamente, y no proceda su anulación,⁶²³ que es, precisamente, el caso de la S. Inc. Se trataría de "organismos de hecho, de estructura social".⁶²⁴

622 V. Messineo, Francesco, *Contratto irregolare (de fatto) e ed effetto irregolare*, cit., 235.

623 Betti, Emilio, *Teoria Generale delle obbligazioni*, vol. III, t. I, p. 117, y especialmente, respecto a la sociedad, pp. 121 y s. Véase también Messineo, *op. cit.*, pp. 237 y s.

624 Betti, p. 122, quien agrega que ellos no "tienen su origen en un contrato sino en la autonomía de la voluntad de las partes". Entre nosotros, la carencia de elementos de existen-

Ahora bien, nuestra legislación mercantil (LGSM y LSC), nada dispone en relación a la falta de elementos esenciales del negocio social. El artículo 8o. de aquélla, indica que si faltan los requisitos enumerados en "los pfos. VIII a XIII, inclusive, del artículo 6o., se aplicarían las disposiciones relativas de la ley"; lo que equivale a decir que estos requisitos pueden faltar en el contrato, porque la ley los suple, o sea, que no son esenciales. Pero, en relación con aquellos otros requisitos que se indican en los párrafos I a VII del mismo artículo 6o., así como a los que señala el artículo 91 LGSM, para la S.A., y el artículo 15 LSC, para las Sup. Coop., nada se establece.

Si falta uno o varios de esos requisitos que se consideran esenciales, caben las siguientes soluciones los representantes de la sociedad; o ésta se anula, por carecer de elementos de validez, o bien, la sociedad tiene que liquidarse.⁶²⁵

El C. Civ., en cambio, sí regula esta hipótesis, puesto que, como en otro lugar hemos indicado, en forma expresa establece que "si falta alguno de los requisitos (que enumera el artículo 2693), se aplicará lo que dispone el artículo 2691". Y esta norma indica que el contrato de sociedad sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir la liquidación; si bien, mientras ésta se dicta, el contrato produce todos sus efectos entre los socios, quienes no pueden oponer a terceros la falta de requisitos. La sociedad, inclusive, tiene valor ante terceros. No procede pues, su nulidad.

¿Procedería que los socios —o los representantes de la sociedad— sanaran *a posteriori* la omisión de requisitos esenciales? Nuestra opinión es afirmativa, tanto para las sociedades civiles como para las sociedades mercantiles.⁶²⁶

Para estas últimas, hemos dicho que no hay disposición expresa; y más aún, la LGSM, artículo 7o., concede a los socios acción para demandar "el otorga-

cia (concretamente la pluralidad de socios, el consentimiento o el objeto), sí llevaría a negar carácter contractual a la sociedad; no, en cambio, cuando sean otros los requisitos faltantes (los del artículo 6o. LGSM con excepción de la fracción II), a pesar de que se consideren de esencia. Como queda dicho, el problema surge, en derecho mexicano, por la falta de requisitos esenciales y por que la sociedad se ostente, y en consecuencia, sea una persona jurídica que no está sujeta a nulidad. En una ejecutoria que data de 1938, anterior a la reforma que se introdujo a la LGSM para admitir y regular las SI (Amp. en Rev. Sucesores de Federico Zorilla, *SJF*, t. LV pp. 2696 y s. Citada en *supra* nota 117), la Sup. Corte sostuvo que "faltando los requisitos de las fracciones I a VII, no existe propiamente sociedad, porque esos requisitos son sustanciales para su existencia y por lo tanto el contrato no podrá ser inscrito en el Reg. de Co. . . la falta de esos requisitos hace que no pueda estimarse constituida la sociedad". A partir de la reforma del artículo 2o. LGSM, no puede admitirse esta última aseveración.

⁶²⁵ En la práctica, existen sociedades constituidas meramente por acuerdo verbal. En alguna ejecutoria, la suprema Corte ha admitido que los socios suplan los requisitos de pacto verbal. Existen, igualmente, las llamadas "Sociedades de papel", a las que los socios, o algunos de ellos, nada aportan; también en este caso la práctica permite que las aportaciones se hagan *a posteriori*, con lo que se evita la liquidación de esas sociedades, en protección de acreedores.

⁶²⁶ En el mismo sentido, para las mercantiles, Mantilla Molina, núm. 305, *in fine*, p. 234.

miento de la escritura correspondiente", si el contrato social no se hubiera otorgado en escritura pública, pero contiene los requisitos I a VII del artículo 6o.; es decir, los requisitos que la ley no suple, que son esenciales. Una interpretación *a contrario* de esta norma, conduce a negar a los socios esa acción, si falta alguno o todos los requisitos de las fracciones I a VII; es decir, que en este caso, no podrán demandar que se otorgara la escritura notarial.

Aunque se admitiera esta solución, no se resolverían todos los problemas que pueden presentarse; porque, en primer lugar, puede suceder que sí exista escritura, e inclusive, que ella se haya inscrito en el Registro (es decir, que se trate de una S. R.), pero que, a pesar de ello, falten alguno o algunos de los requisitos esenciales; en segundo lugar, porque la sociedad, con o sin escritura, con o sin algunos de los requisitos de las fracciones I-VII del artículo 6o., no son nulas si se han inscrito en el Registro, o en otra forma se han exteriorizado ante terceros, según se desprende, como hemos dicho, del artículo 2o., párrafos segundo para la S.R. y cuarto, quinto y sexto para las S.I.⁶²⁷ ¿Tendría, pues, que liquidarse la sociedad? Tampoco hay norma expresa al respecto.

Ante el silencio de la legislación mercantil, y en el supuesto de que las prácticas a que aludimos no constituyan una costumbre aplicable al caso, debemos acudir al derecho común, como supletorio, en los términos del artículo 2o., C. Co., bien entendido que la supletoriedad juega tanto en relación con las sociedades regidas por la LGSM, como con las reguladas por la LSC.

En el derecho civil, como ya vimos, la falta de requisitos esenciales (del artículo 2692) se asimila a la falta de formalidades, ya que este último artículo remite al 2691 que es el que se aplica en esos casos. Sin embargo, la falta de formalidades del contrato de sociedad no sólo está regida por el artículo 2691, sino también por el artículo 1833 del mismo C. Civ.⁶²⁸

El artículo 1833 establece que "cuando la ley exija determinada forma para un contrato (como la exigen, el artículo 1690 C. Civ. para las S.C. el artículo 5o., LGSM, para las sociedades en esta ley reguladas), mientras que éste no revista esa forma, no será válido, salvo disposición en contrario" (como contrarias son las disposiciones de los artículos 2691 C. Civ., y 2o. LGSM); y agrega el artículo 1833: "pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal".

Este precepto debe considerarse aplicable, en adición al 2691 C. Civ., no sólo en cuanto a falta de formalidades, sino también en cuanto a omisión de los requisitos esenciales del contrato, como se desprende del artículo 2693, párrafo último; y consideramos, por otra parte, que pese a su redacción, el artículo 2691 no im-

⁶²⁷ Rodríguez Rodríguez, *Tratado* 1o., I, pp. 190 y s., sostuvo y justificó ampliamente esta tesis.

⁶²⁸ No se aplicarían, en cambio, los artículos 2228, 2229, 2231, 2232 C. Civ. que regulan las nulidades por falta de forma, porque, repetimos, la sanción de nulidad por esta causa está excluida en materia de sociedades civiles y mercantiles (salvo en las S.O.).

pide que los socios puedan suplir los requisitos faltantes. Sólo cuando ello no resultara posible se llegaría a la liquidación de la sociedad.

El artículo 2691 establece que la falta de formas (o de los requisitos esenciales) sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir la liquidación. Pues bien, el uso del adverbio *sólo*, indica que los socios no pueden demandar la nulidad, ni la rescisión de la sociedad; soluciones a las que normalmente se acudiría si se tratara de contratos bilaterales y no de contratos plurilaterales, que dan lugar al nacimiento de una persona jurídica y respecto a los cuales el propio ordenamiento excluye la nulidad; pero no debe interpretarse como si la liquidación de la sociedad fuera la única sanción que pudieran intentar. Parece obvio que, por ejemplo, al socio que no fuera responsable de la falta de forma, o de la falta de requisitos, le correspondería acción de indemnización en contra de quienes sí lo fueran (artículo 1910 C. Civ., y por analogía, artículo 2o., párrafo sexto LGSM).

Por otra parte, el artículo 2691 no establece el deber de los socios de demandar la liquidación de la sociedad, sino que otorga ese derecho en forma potestativa: pueden pedir la liquidación. ¿Y qué pasa con la sociedad misma, si no la piden? ¿Podría acaso demandarse la liquidación por los representantes de la sociedad, por un tercero interesado, o por el Ministerio Público? Ante el silencio de la ley, no cabe más solución que admitir que las partes (los socios) tienen el derecho de "exigir" que se dé al contrato la "forma legal", o sea, que se suplan los requisitos faltantes.⁶²⁹

Sin embargo, la aplicación del artículo 1833 supone que la voluntad de las partes para celebrar el contrato, o sea, para constituir la sociedad, conste de manera fehaciente. Así constaría, si existiera una escritura y hubiera sido firmada por todos los socios; en cambio, en ausencia de la escritura, puede no haber constancia fehaciente; y puede también suceder que no conste la voluntad de alguno o de algunos de los socios, a pesar de que exista escritura (porque no hubiera sido firmada por todos ellos).

Pues bien, la falta de escritura o simplemente de contrato escrito, es una falta de forma que está regida por el artículo 2691, según la interpretación que de esta norma ofrecimos antes; es decir, los socios pueden exigir que el contrato de sociedad se formule por escrito, o bien, en escritura pública, en los casos de los artículos 2690 *in fine*, C. Civ., y 5o. y 7o. LGSM. Si no consta la voluntad de todos los socios, aquellos que hubieran hecho constar la propia, podrían exigir que los otros manifestaran la suya; en la inteligencia de que la sociedad subsistiría con los socios que firmen, y sólo cuando ello no sea posible, por haber solamente un socio, o por ser menos de los que la ley exige (cinco, si se trata de S.A.; diez de Soc. Coop. y cuatro de una S. de R.L. de I.P.), se procedería a la liquidación de la sociedad (artículo 229, fracción IV LGSM).

629 Incluso, si procediera la nulidad por falta de formalidades, el artículo 2232 C. Civ., concedería a las partes el derecho de exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita.

Conviene ahora referirnos a ciertos requisitos respecto de los cuales, a pesar de estar comprendidos en los párrafos I a VII del artículo 6o., el derecho mercantil (o supletoriamente el civil), ofrece soluciones particulares.

Tal es el caso de la razón o denominación (artículo 6o., fracción III). En ella debe indicarse el tipo de sociedad de que se trate (artículos 51, 59, 88, 210 LGSM y 15, fracción I LGSM).⁶³⁰ La omisión de este requisito provoca que la sociedad, mientras los socios no suplan la omisión, se considere como sociedad en nombre colectivo, en la que todos los socios responden subsidiaria, solidaria e ilimitadamente de las obligaciones sociales (artículo 25 LGSM).⁶³¹ Esta ley, en efecto, establece dicha solución en los artículos 53 y 59, respecto a las S. en C. y la S. de R.L.: nada dice respecto a la S.A. y la S. en C. por A., pero dicho principio debe aplicarse por analogía en estos dos casos, no sólo porque de otra manera la violación de una disposición imperativa de la ley (la establecida en los artículos 88 y 210 LGSM) quedaría sin sanción, sino porque se estaría usando la razón social o la denominación de una sociedad como si se tratara de una sociedad colectiva (único de los tipos de sociedades en que a su nombre o razón social nada se debe agregar), lo que exige que se le tenga por tal, S. en N.C., con todas sus consecuencias.

En relación con las Soc. Coop., no obstante, si se indica el tipo, es decir, que se trata de una cooperativa, pero lo que se omite es la clase de Soc. Coop. (artículo 4o., Regl. LSC), o sea si es de consumidores (artículos 52 y s.), o de productores (artículos 56 y s.); o bien, si la omisión consiste en no agregar al tipo (sociedad cooperativa) la responsabilidad limitada o suplementada de sus socios (artículo 5o., *ibid.*), no cabe la sanción de la responsabilidad ilimitada y solidaria porque ella es inaplicable a las cooperativas. En estos casos, los propios socios, sus representantes o los órganos de la sociedad deben suplir la omisión, y la Secretaría del Trabajo "dará aviso al consejo de administración, al de vigilancia o a los socios, y podrán convocar a asamblea general para proponer las medidas que deben adoptarse a efecto de corregir las irregularidades, sin perjuicio de aplicar las sanciones correspondientes" (artículo 83 *ibid.*), que son las mismas que las del artículo 84, salvo que la multa puede llegar a diez mil pesos, en lugar de mil.⁶³²

630 Que así suceda en la LGSM, o sea que ésta contenga soluciones particulares en casos de omisión de requisitos del nombre de la sociedad (artículo 6o. fracción III); o que suceda en el C. Civ., de aplicación supletoria, en el caso del domicilio de la sociedad (artículo 6o. fracción VII), demuestra la improcedencia de una interpretación literal del artículo 7o. LGSM, que impediría suplir la omisión de otros requisitos distintos a los que indican las fracciones VIII a XIII del mencionado artículo 6o.

631 En nuestra doctrina, de acuerdo con esta solución, Rodríguez Rodríguez, vol. I, p. 70 (1a. ed.) y Mantilla Molina, núm. 290, p. 222 (18a. ed.) La solución nos parece lógica: el beneficio de una responsabilidad limitada en las sociedades se otorga en función de que ellas sean conocidas por terceros; pero si se ocultan, no tiene por qué aplicarse tal beneficio.

632 Si los socios no incurrían en dichas omisiones, sino que simulan constituirse en sociedad cooperativa, las sanciones son las establecidas en el artículo 85, "arresto hasta por 36

Si lo que se omite es el importe del capital social (artículo 6o., fracción V, LGSM), pero se indica el valor de las aportaciones de todos los socios (artículo 6o., fracción V, y artículo 15, fracción IV LSC), la omisión resultaría intrascendente, porque se colmaría con una simple operación aritmética: el importe del capital consiste en la suma de todas las aportaciones. Si hay omisión tanto del capital, como del monto de las aportaciones, los socios deben suplir las omisiones. Si no lo hacen, la sociedad misma tiene acción de pago contra los socios (exartículos 12, 117 y s. LGSM), y si se rehusa a ejercitarla, los acreedores se pueden subrogar en sus derechos (exartículo 32, fracción III CPC), y demandar tanto a la sociedad como a sus socios (artículo 24 LGSM). Sólo en los casos en que los socios no cumplan con sus obligaciones de aportar y de que, consecuentemente, resulte imposible fijar el capital social, se procedería a la liquidación de la sociedad, sin que por ello desaparezca la responsabilidad limitada o ilimitada, mancomunada o solidaria de los socios, que dependerá del tipo de sociedad, así como de la ejecución de actos ilícitos frente a terceros (artículos 1917 C. Civ. y 13 de la Ley de venta al público de acciones de sociedades anónimas).⁶³³

En cuanto al domicilio de la sociedad (artículo 6o., fracción VII), y al de sus socios (artículo 6o. fracción I), tratándose tanto de sociedades civiles como de mercantiles (por aplicación supletoria), rige lo dispuesto en los artículos 29 y 33 C. Civ.; y tratándose de las Soc. Coop. se aplica el artículo 4o. del Regl. LSC.

¿Cuáles son los efectos de la falta de requisitos esenciales (no de forma, ni la falta de inscripción en el Registro, porque de ello ya hablamos en los números 16 a 18 y 101 *supra*) de las modificaciones que se introduzcan al pacto social, en virtud de acuerdos de asambleas o juntas de los socios? Precisemos que dichas omisiones pueden darse en sociedades que hayan satisfecho todos los requisitos al momento de su constitución, o bien, en las sociedades incompletas; e igual que sucede en el caso de faltas de formalidades o de falta de registro de dichas modificaciones, la omisión de requisitos esenciales de éstas, no cambia el carácter de la sociedad misma, para convertirse en una S. Inc.: si ya lo era, seguirá siéndolo, si no, será una S.R., y la falta de requisitos en que incurriera respecto a los cambios del pacto, no cambiarían tal situación.

Pues bien, si la modificación no fue acordada por el órgano competente (junta o asamblea), o si se hubieran violado reglas sobre la convocatoria, la celebración, el voto en la adopción del acuerdo, corresponderá a los socios la acción de nulidad

horas, multa hasta por \$ 1,000.00, permutable por arresto hasta por 15 días, o ambas penas a la vez"; es decir, si, en efecto, la Soc. Coop. se constituye y obtiene la autorización oficial que indica el artículo 18, y funciona como tal, no hay lugar a las sanciones del artículo 85, sino a la del artículo 84, a pesar de que se omita tratarse de tal Soc. Cooperativa, o de que sea de resp. limitada o suplementada.

633 Problema distinto es cuando el socio o los socios aportan y posteriormente retiran su aportación (dinero, títulos al portador, bienes muebles no identificables en cuanto a su especie); en este caso, no se trata de la falta de un requisito esencial de la sociedad, sino de la disposición indebida y delictuosa de un bien cuya propiedad se había ya transmitido a la sociedad.

del acuerdo o de la asamblea correspondiente; frente a terceros, la modificación inscrita producirá efectos, salvo que en perjuicio de ellos se hubieren violado requisitos legales (*v.g.*, artículo 9o., párrafos segundo y tercero), o estatutarios (*e.g.*, el derecho de conversión de obligaciones en acciones); y la no inscrita estaría regida, como ya vimos, lo dispuesto en los artículos 26 C. Co., y 2694 y 3007 C. Civ.

Para concluir con el tratamiento de las S. Inc. y la forma de cumplir con la omisión de requisitos esenciales, debemos insistir en que esas sociedades no deben confundirse con fenómenos o situaciones en los que no exista sociedad alguna por falta de objeto (artículo 6o., fracción II); es decir, de un fin común a los socios; o falta de la voluntad de las partes de celebrar el contrato de sociedad, es decir, su intención —*affectio societatis*— de constituir la sociedad, pese a que alguna de ellas, e inclusive, terceros, supusieran la existencia de una sociedad.⁶³⁴

114. *Sociedades ocultas*

Sociedades ocultas son, como su nombre indica y como hemos dicho repetidamente, aquellas que no se manifiestan al exterior; que se organizan y que actúan sólo para tener relaciones internas entre los socios que las constituyen.

Es frecuente, en la práctica, que cuando existan dos grupos al menos de inversionistas que quieran constituir una sociedad, sobre todo si uno de ellos es de extranjeros (quienes, por tanto, estén sometidos a las restricciones que la LIE establece), la constitución de la sociedad e inclusive sus reformas se convengan pre-

⁶³⁴ Estos casos de falta de voluntad de los supuestos socios, sí dan lugar en derecho italiano a la invalidez de ese pacto o convenio: *cfr.* Borgioli, *La nullità della società per azioni*, Milán, Giuffrè, 1977, pp. 112 y s. Esta situación suele darse en caso de simulación absoluta (artículo 2181 C. Civ.), en que la supuesta sociedad nada tenga de real, y lo que en efecto exista sea un negocio distinto, que puede ser similar al social, como por ejemplo, la apariencia, la prestación de servicios, la asociación de participación, los estados de comunidad o copropiedad, etc. Nuestra Suprema Corte, en el caso que se indica en *S.J.F.*, 6a. Epoca, t. CXXI, Firestone, El Centenario, S.A. A.D. 6145/de 1965, pp. 69 y s., confundió la S.I. con la sociedad incompleta que careciera de objeto social; y en cuanto que el artículo 10 LGSM limita la representación de los administradores al objeto de la sociedad, concluyó que faltando éste, todos los actos realizados por aquéllos serán válidos frente a la Sociedad; que, en cambio, si se tratara de una S.R., sus administradores "sólo podrán realizar operaciones inherentes al objeto de la sociedad"; con lo que se llega a la situación paradójica de que en aquel supuesto, S.I. sin un objeto social, los administradores podrán realizar a nombre de la sociedad cualquier acto, y que, en cambio, en las sociedades regulares, las facultades de los administradores estarían restringidos a los límites del "objeto social". Nuestro punto de vista es diferente: S.R. y S.I. están regidos por el sistema del artículo 10 LGSM (aunque los administradores de la S.I. incurren en responsabilidad personal, artículo 2o. párrafo quinto); y cuando la sociedad carezca de un elemento esencial como el objeto (o el consentimiento de los socios), es inexistente. Si esa supuesta sociedad hubiere celebrado contratos (aunque se hubiere ostentado frente a terceros), no sería tal; y las personas que hubieran contratado a su nombre, e inclusive quienes figuraran como socios o accionistas, asumirían responsabilidad personal y solidaria, en los términos de los artículos 1910 y 1917 C. Civ., además de la de carácter penal que les correspondiera.

viamente y se hagan constar en contratos privados y ocultos, que inclusive constituyan asociaciones ocultas o contratos preliminares en que los interesados hagan constar sus acuerdos y las obligaciones y derechos que adquirirán en el futuro. Su carácter confidencial y oculto se debe, en ocasiones, a que los compromisos pactados suponen violaciones de las limitaciones legales; o bien, a que las partes quieran quedar vinculadas a través de contratos preliminares, en que se establezcan los elementos esenciales del futuro contrato de sociedad, y cuyo incumplimiento conceda a la otra parte acción para la celebración del contrato definitivo y el pago de daños y perjuicios.

Ni las sociedades ocultas, ni esos contratos o asociaciones preliminares, se inscriben en los Registros que les correspondería según su naturaleza civil o mercantil, ni se exteriorizan como tales sociedades o asociaciones frente a terceros. O sea, que no se trata de S.R., ni tampoco de S.I.

Como consecuencia de la omisión de toda forma de publicidad, las S.O. carecen de personalidad jurídica y pueden ser declaradas nulas, si al negocio constitutivo le faltan requisitos de esencia o de validez.

Este negocio, por lo demás, puede ser meramente verbal, o bien, constar en un escrito privado e inclusive en una escritura notarial (artículo 5o. LGSM). El carácter público del instrumento notarial no empece a la naturaleza oculta de la sociedad, ni al hecho de que, mientras así permanezca, sólo existan relaciones entre sus socios. En efecto, la falta de la exteriorización de la sociedad frente a terceros, a que se refiere el párrafo tercero del artículo 2o. LGSM, no exige un total ocultamiento, una ignorancia absoluta de la existencia de la sociedad por quienes no sean socios. Implica, sólo, que la sociedad como tal no entre en relaciones jurídicas, no adquiera derechos ni asuma obligaciones frente a terceros, sino que aquéllas se celebren entre los socios, o bien, que alguno o cada uno de ellos actúe a nombre propio y realice los actos o celebre los contratos por cuenta de la sociedad que entre sí formaron; es decir, que los socios que actúan, lo hagan a través de otro negocio oculto, en la que el "representante" obra a nombre propio, pero por cuenta de la S.O. misma. Si dicho representante se ostenta como tal, es decir, si actuara a nombre de la sociedad y se manifestara frente a terceros, ésta dejaría de ser oculta, ya que en virtud de tal representación sería conocida y se haría patente frente a las personas con quienes hubiera actuado, y se convertiría en una S.I., que respondería frente a los terceros, juntamente con sus representantes, en los términos del artículo 2o., párrafo cuarto. Igualmente, si a pesar de la actuación oculta del socio, el tercero con quien contrata conoce o descubre tanto la existencia de la sociedad como de la relación de representación, dejaría aquélla de ser oculta para convertirse en una sociedad manifiesta.

Se ha dudado en la doctrina⁶³⁵ y en nuestra jurisprudencia, que la S.O. sea

635 Cfr. Ferri, *Delle Società*, p. 26; Ascarelli, "Ancora in tema di imprenditore occulto", *Riv. delle Soc.*, 1958, pp. 1153 y s., refiriéndose a la jurisprudencia dominante bajo el C. Co. de 1882; Romano-Pavoni, *La "tipicità" delle società e le società interne*, p. 380.

realmente una sociedad, en cuanto que se considera que una característica esencial de dicho negocio jurídico sea el tener y entrar en relaciones con terceros; es decir, que sea esencial la existencia de relaciones externas, junto con las que internamente establezca con sus socios, y las que existan entre éstos. En nuestra opinión, se deben distinguir dos situaciones: las de sociedades que no sólo se abstienen de celebrar actos frente a terceros, sino también internamente, que es el caso de la sociedad durmiente (*supra*, núm. 80), que no es oculta porque se inscribe en el Reg. de Co., y la S.O. que sólo realiza actividades internas. Si bien la sociedad normalmente se crea para realizar el comercio jurídico, para entrar en relaciones con el público y ejercer actividades frente a terceros, nada impide que no trascienda al exterior y que se mantenga meramente como un pacto íntimo entre las personas —físicas o morales— que lo celebren, pero que sí tenga efectos entre ellos. La definición legal del contrato de sociedad, que establece el artículo 2688 C. Civ., no exige la exteriorización como nota esencial de dicho negocio.

Ahora bien, el carácter oculto de una sociedad (o de una asociación como la A. en P.), se refiere, y sólo puede referirse, a esa fase en que las sociedades mantienen y conservan su naturaleza contractual. Sólo puede referirse al pacto celebrado entre las partes, en virtud del cual los socios "se obliguen mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización del fin común" (artículo 2688 C. Civ.) En cambio, en la etapa de funcionamiento, cuando la sociedad sufre la metamorfosis contractual para convertirse en un negocio especial y complejo, de organización, lo reservado y secreto no puede subsistir, sino que la sociedad, al funcionar, se hace patente y se da a conocer; y si, pese a que su representante actúe y continúe actuando, a nombre propio, ocultando o tratando de ocultar la relación de representación y la existencia misma de la sociedad, ésta surge a la luz como existente ante quienes negocien con el representante; es decir, ante las personas con las que el representante indirecto ejecute actos y celebre negocios jurídicos, entonces, como antes decíamos, la sociedad, no solamente se convertirá en una sociedad patente y conocida de esas personas, de los terceros que contrataron con ella, sino que a partir de ese momento no podría seguirse hablando de negocio oculto, ni en relación con la sociedad, ni con la representación.

Como ya decíamos, la S.O. carece de personalidad, y también del carácter de comerciante o de empresario; porque, en efecto, la sociedad, como tal, no estaría al frente de la empresa, ni ejercería el comercio; se valdría, para celebrar negocios y ejecutar actos frente a terceros, de un prestanombre, y el carácter de comerciante y el de empresario sólo se adquiere por quien se ostenta y obra a nombre propio.⁶³⁶

Tratándose de sociedades, adquieren el carácter de comerciantes "si están

⁶³⁶ Respecto al empresario, véase Barrera Graf, *Tratado*, núm. 123, p. 199; y respecto al comerciante, mi estudio "Sujetos del derecho mercantil", en *Rev. de Derecho Mercantil*, núm. 16, p. 55.

constituídas con arreglo a las leyes mercantiles" (según establece la fracción II del artículo 3o. C. Co.); y esas leyes exigen la inscripción de la sociedad en el Registro, artículo 2o., párrafo primero y 260 y s. LGSM.⁶³⁷ Por ello, quien tendría carácter de comerciante o de empresario, sería el representante indirecto; porque él se ostentaría como titular de la negociación, o como la persona directa y exclusivamente interesada en los actos y en los contratos que celebre. Contraría en efecto, al concepto de comerciante y de empresario, que los actos celebrados por su representante les sean ajenos; que las personas con quienes contrate no puedan exigir su cumplimiento, ni se les pueda reclamar el pago de sus obligaciones.

En consecuencia, la sociedad oculta, mientras dicha situación subsista, no quiebra, porque, por hipótesis, no asume obligaciones frente a terceros, ni se le puede atribuir como tal, como sociedad, responsabilidad alguna; y sus socios, en el pacto privado en que asumieran responsabilidad ilimitada, tampoco quiebran, ya que no se trata (o todavía no se trata) de una S.I., único supuesto en el que la L.Q. (artículo 4o., párrafo tercero) permite que la falencia de la sociedad acarree la de dichos socios.⁶³⁸ Para que quebrare la S.O., deberán antes cesar su carácter secreto, y transformarse en una S.I., regida por el sistema propio de éstas (artículo 2o., párrafos tercero y s. LGSM; artículos 4o., 93 y 396, fracción VI L.Q.).

Ahora bien, tanto el derecho civil, al regular el mandato (artículo 2560), como el mercantil cuando reglamenta la comisión ("mandato aplicado a los actos de comercio") (artículo 283 C. Co.), y la representación del factor (artículo 311 C. Co.), permiten que el representante actúe a nombre propio;⁶³⁹ y ambos ordenamientos, respecto a las tres figuras, señalan sus efectos: el representado (man-

637 Como dijimos al referirnos al carácter de comerciantes de las S.I. (*supra* pp. 259 y 260), éstas y con mayor razón las S.O. no entran dentro del supuesto de la fracción II, sino de la fracción I del artículo 3o.; y en esa fracción I, el ejercicio habitual, o sea, el "hacer del comercio su ocupación ordinaria", sólo directamente puede realizarse, es decir, en forma personal por el sujeto —comerciante— o por su representante propio y directo.

638 Rodríguez Rodríguez, en sus *Comentarios de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, p. 19, afirma, sobre la quiebra de la S.I.: son "requisitos indispensables para que pueda hablarse de S.A., los siguientes: . . . 2o. Que frente a los terceros la sociedad se haya manifestado como tal, lo que debe admitirse cuando hay una apariencia objetiva de la existencia. . . , de tal naturaleza que sea susceptible de hacerla admitir a una persona normal, en virtud de una valoración objetiva con arreglo a los usos del comercio. La prueba de la apariencia objetiva de la existencia, recae sobre quien quiera valerse de ella".

639 En el derecho italiano, la quiebra de la sociedad y del socio ocultos es un problema muy debatido, relacionado con el texto y la interpretación del artículo 147, pfo. segundo de la Ley de Quiebras. Como sostenedores de la posibilidad de la quiebra del "empresario oculto", véanse, principalmente, Bigiavi, Walter, *L'imprenditore occulto*, Pádua, Cedam, 1954, *passim*; y la *Difesa dell'imprenditore occulto*, Pádua, Cedam 1962, *passim*. Para el derecho anterior, derivado del C. Co., it., de 1882, Graziani, "Le società non manifeste e la responsabilità verso terzi", en *Studi di Dir. Civile e Commerciale*, Nápoles, Joveni, 1953, números 344, pp. 471 y s. En contra de esta tesis: Ascarelli, "Ancora in tema de imprenditore occulto", en *Rivista della Società*, 1958, págs. 1155 y s. Ferri: *Delle società*, cit. pp. 25 y s., y en "Socio sovrano, imprenditore occulto e fallimento del socio nella società per azioni", en *Studi in onore de Giuseppe Valeri*, Milán, Giuffrè, 1955, vol. I, pp. 288 y s.; Barbero Domenico, "Sono proprio ammissibili l'imprenditore occulto e il suo fallimento", in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, pp. 365 y s.

dante, comitente o principal) no tiene acción contra las personas con quienes el representante ha contratado; ni éstas tampoco contra el representado (artículos 2561 C. Civ.; 285 y 313 C. Co.) De ahí que éste no adquiera responsabilidad frente a terceros, ni tenga acción contra ellos, ni pueda quebrar.

Sin embargo, tanto en el caso del mandatario indirecto como del factor, el C. Civ., y el C. de Co. introducen, en protección evidentemente del tercero contratante, una nota contraria al principio anterior y que, a mi juicio, desvirtúa la naturaleza de la representación indirecta. El C. Civ. (artículo 2561, párrafo 2o. *in fine*) permite que "cuando se trate de cosas propias del mandante", éste se obligue directamente en favor de la persona con quien hubiere contratado el mandatario (indirecto). El artículo 314 C. Co. concede al tercero con quien contrató el factor, que obró a nombre propio y no del titular de la empresa, el derecho de "dirigir sus acciones contra el factor o (contra el) principal".

En el caso del factor, director general o gerente general, que con cualquiera de estas denominaciones suele designarse; o sea, de quien "tenga la dirección de alguna empresa. . . o esté autorizado para contratar respecto a todos los negocios concernientes a dichas. . . empresas", como lo define el artículo 309 C. Co., es difícil pensar que pueda obrar a nombre propio.⁶⁴⁰ Tendría que ocultar, no sólo el nombre del empresario (sociedad o persona física) por cuya cuenta actuara, sino también la existencia misma de la empresa, porque en cuanto se refiera ella, o realizara actividades que fueran propias de una empresa, es decir, cuando en lugar de un obrar personal indicara que realiza una actividad empresarial, ya no estaría ocultando sus relaciones con la negociación y con el titular de ella; y por otra parte, si ocultara la existencia de la empresa y el nombre del empresario, ¿cómo podría el tercero contratante dirigir sus acciones contra este último? Solamente cuando esos hechos, que el factor quiso conservar ocultos, fueran posteriormente conocidos del tercero contratante (y que los pudiera probar), cabría que éste, subrogándose a los derechos que el representante tuviera contra el representado o principal en virtud del pacto secreto que hubieren celebrado, demandara al principal.

Pues bien esta conducta del factor (y la acción oblicua del tercero contra el principal) sería contraria al concepto mismo que ofrece el artículo 309 C. Co., y a los principios de la representación indirecta; y si se habla de una acción oblicua del tercero contra el mandante, no estaríamos ya ante el problema de los efectos jurídicos de un obrar a nombre propio, sino del derecho del tercero de sustituirse a un acreedor, y demandar al deudor de éste (ex-artículo 29 CPC).

Cabría pensar que la develación de la sociedad oculta y del pacto secreto existente entre el principal y el factor, surja respecto a un acto o negocio aislado, y que en este caso frente a otros contratantes se mantenga el carácter oculto de la sociedad; en tal supuesto, sin embargo, estaríamos ante la exteriorización ante

⁶⁴⁰ Sobre la representación indirecta, en nuestro derecho y en derecho extranjero, v. Barrera Graf, Jorge, *La representación*, cit. pp. 31 y s.

tercero, que provocaría que la sociedad mercantil se considerara como una S.I.⁶⁴¹

En el caso del artículo 2561, párrafo segundo C. Civ., sí existe responsabilidad del mandante frente al tercero con quien contrató el mandatario sin representación, cuando se trate de derechos que haya adquirido el tercero sobre "cosas propias del mandante"; es decir, cuando el tercero, a través del mandatario, adquiera derechos de propiedad o derechos reales sobre esas cosas. En este caso corresponde al tercero acción contra el mandante.

En este supuesto no desaparece la relación de representación indirecta, pero como el mandatario negocia sobre una cosa ajena, se da acción al tercero en contra del dueño, la cual sólo prosperaría cuando aquél probara la relación interna entre mandante y mandatario. Obviamente, si el tercero ignora que la cosa es del mandante, no tendría acción frente a éste, y ante la imposibilidad de obtener satisfacción de los derechos que pretendió adquirir del mandatario (*v.g.*, transmisión de la propiedad, entrega de la cosa, gravámenes reales sobre ella), le correspondería acción de responsabilidad frente a éste por los daños y perjuicios que sufriera.⁶⁴²

¿Qué efectos internos produce la S.O.? Como carece de personalidad, salvo las estipulaciones contractuales en contrario, se integraría un régimen de comunidad de bienes entre los socios, formado por sus aportaciones y las contribuciones que hicieran a la sociedad, y que estaría regido por las reglas de copropiedad (artículos 938 a 950, 973 y 974 C. Civ.).

Por otra parte, entre los socios, el pacto social tendría plena validez, salvo que existieran vicios sobre el consentimiento o el objeto, o que faltare algún elemento esencial para la existencia del vínculo social; como son, la intención de constituirse en sociedad (*affectio societatis*), el fin común lícito, las aportaciones. En estos casos, cualquiera de los socios podría plantear la nulidad de la sociedad.

Por lo demás, la validez del pacto oculto de sociedad deriva del principio general en materia de obligaciones, de la autonomía de la voluntad, según el cual, los particulares pueden libremente celebrar todos los convenios o contratos que sean lícitos, aunque no estén reglamentados expresamente en la ley (artículos 1792, 1794, 1796, 1832, 1839, 1858, 1859, etcétera C. Civ.), y la S.O., sería un contrato lícito porque no hay disposición alguna que exija como requisito esencial de la sociedad, su manifestación exterior; o que prohíba la existencia de sociedades ocultas.⁶⁴³

⁶⁴¹ Nuestra doctrina niega que el factor pueda obrar a nombre propio, *cfr.* Tena, *Derecho mercantil mexicano*, t. I, núm. 190, p. 371; Mantilla Molina, núm. 217, p. 163; Barrera Graf, *op. ult. cit.* núm. 28, p. 103.

⁶⁴² En el derecho italiano (artículo 1705, párrafo primero C. Civ.), el conocimiento por el tercero del mandato oculto o sin representación, no implica que adquiera derechos u obligaciones frente al mandante, sino que el mandatario se mantiene como el único titular de unos y de otras.

⁶⁴³ Nuestra jurisprudencia admite desde antiguo esta libertad de las partes; *cfr.*, por ejemplo, Díaz Barriga, Miguel, del 10 de septiembre de 1928, *SJF.* t. XXIV, p. 115, citada por Lastra y Villar, Alfonso, *La legislación mercantil mexicana interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Robredo, 1935, pp. 541 y s.