

Las Sociedades irregulares

JOSÉ GIRÓN TENA

Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO: I. *Los orígenes del problema y su trayectoria hasta el Código francés.*—1. Sociedades colectivas y comanditarias.—2. Sociedades anónimas.—II. *Derecho francés.*—a) Forma.—b) Evolución y régimen de la publicidad.—c) La construcción realizada por la doctrina y la jurisprudencia.—III. *Sistemas italianos.*—A) *Bajo el Código de Comercio.*—a) Forma.—b) Régimen de publicidad.—c) Efectos de la irregularidad.—B) *Bajo el "Codice civile."*—a) Sociedades colectivas y comanditarias.—b) Sociedades de capitales.—IV. *Sistema alemán.*—El Registro mercantil alemán.—b) Sociedades colectivas y comanditarias.—c) Sociedades anónimas.—V. *Crítica de los distintos sistemas.*—VI. *Las Sociedades irregulares en el Derecho español.*—A) *Evolución histórica.* 1. *Ordenanzas de Bilbao.*—a) El concepto de sociedad.—b) La personalidad de las sociedades.—c) La indiferenciación de las comanditarias.—Forma y publicidad.—2. *Código del 29.*—a) El concepto de sociedad.—b) La personalidad jurídica de las sociedades.—c) Las clases de sociedad.—d) Forma y publicidad.—B) *El Código vigente.*—a) El concepto y las clases de sociedad.—b) Personalidad jurídica, forma y publicidad.—c) Las sanciones del Código y las adiciones doctrinales para el supuesto de irregularidad.—d) Análisis de las sanciones de la irregularidad en particular y régimen de las sociedades irregulares: 1.º La supuesta falta de personalidad jurídica. 2.º La supuesta invalidez de los contratos con terceros. 3.º La interpretación del art. 24 del C. de c. a) Interpretación incorrecta. β) Interpretación correcta y deducción de un principio general sobre régimen de las sociedades irregulares. γ) Desarrollo del principio general. 4.º La responsabilidad de los gestores.

El incumplimiento de los preceptos del Código de comercio sobre forma y publicidad, es muy frecuente. Se nos aparecen sociedades irregulares de cláusulas de particiones que declaran la continuación de un negocio mercantil por los herederos, de situaciones derivadas de hechos concluyentes, de contratos de sociedad contenidos en documentos privados, de escrituras de sociedad no inscritas, etc. En todos los casos se precisa que se trate de sociedades mercantiles—cosa no siempre fácil de saber y sobre lo

cual no conviene ahora hacer ninguna anticipación de las ideas que vendrán luego expuestas—que no se contengan en escritura pública o que no se hayan inscrito en el Registro mercantil.

La exigencia de los requisitos cuyo incumplimiento origina la irregularidad, se debe a unas determinadas razones de política legislativa y a esta sirve una determinada técnica de derecho positivo. Ambas cosas se pretende descubrir en el examen del derecho comparado para ayudarse en la interpretación de nuestro Derecho. Para conseguir este resultado interesa, del Derecho comparado, lo que constituya un sistema. Se excluye la consideración de preceptos aislados puramente informativos. Son verdaderos sistemas el francés—que da entidad sistemática a la cuestión, constituyendo con ella un tema de la parte general del Derecho de Sociedades, aparte de haberlo suscitado históricamente—, el alemán—que no lo formula con aquel carácter general, pero atiende de otra manera a la misma necesidad—, y los italianos, del viejo Código y del «Codice civile»—aquél, de inspiración francesa con desviaciones germánicas y con doctrina más honda, y éste, con influencias germánicas a veces no bien comprendidas—. Excluimos el examen del Derecho inglés porque no se trata de informar, sino de ayudarse para la solución de los problemas que plantea nuestro derecho positivo. De él ya me ocupé en otra ocasión en que, con motivo del estudio de la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, tuve que tocar este problema de la irregularidad.

Al pasar, luego, al examen del Derecho español, he tenido necesidad de trazar la evolución histórica, valiéndome de la exposición de puntos que, aparentemente, no tienen nada que ver con el fundamental de este trabajo. Me conviene advertir que al recogerse más tarde en la exposición esos distintos puntos, para relacionarlos, se ve la utilidad de los mismos y que es sólo cuestión de paciencia, en la lectura sucesiva, el hacerse cargo de ello.

Una última aclaración previa me es necesario. En la situación actual de este problema me ha parecido que era más necesario seleccionar la bibliografía que acumularla. Si, efectivamente, faltase algo esencial para seguir el curso de la exposición y de la crítica, mi selección no estaría bien hecha. Espero que no haya sido así. Respecto del Derecho español he intentado estudiar el tema como si nada se hubiera escrito sobre él. También he prescindido de la Jurisprudencia. Me he propuesto reconstruirlo completamente y no condicionar esa reconstrucción a los ángulos de visión ya establecidos. En ello no va implícito que considere despreciables las aportaciones ajenas; al contrario, hay muchas muy importantes que tuve en cuenta en aquel trabajito sobre sociedades civiles y mercantiles que publiqué en la Revista de Derecho mercantil, así como las Sentencias de nuestro Tribunal Supremo. Ahora aparecerán como coincidencias. Por supuesto, no debe deducirse de estas advertencias que crea que la selección o la eliminación de materiales deba ser regla; las fuentes de trabajo han de manejarse

según el fin y las circunstancias que, en cada caso, concurren. En éste, me ha parecido que debía proceder en esa forma, y así lo he hecho con el simple deseo de acertar.

Aunque no se refiera a la manera de haber realizado este trabajo debo consignar aquí mi agradecimiento a los Decanos de los Colegios Notarial y de Abogados de Valencia, en los cuales hablé de este tema, quienes han accedido a mi ruego de permitir esta publicación en el «Anuario» con toda clase de deferencias para mi interés en puntualizar cosas, corregir la sistemática y, en definitiva, volver a situar en su sitio todos los aspectos del problema que resultaban impropios de una conferencia y son, sin embargo, de importancia para la crítica.

I. LOS ORÍGENES DEL PROBLEMA Y SU TRAYECTORIA HASTA EL CÓDIGO FRANCÉS

El planteamiento legislativo del problema de las sociedades irregulares se produce en la Ordenanza francesa del comercio de 1673. Pero sus términos están incompletos. Para dejar íntegro el cuadro de los precedentes de los tratados actuales, habrá que referirse a la situación respecto de las Sociedades Anónimas, que vivían fuera de la Ordenanza.

1. En la manera de proponerse la cuestión en la Ordenanza influyen dos corrientes distintas. Una de ellas, que pudiéramos llamar tradicional y pacífica, procede de la línea de publicación de hechos y actos de importancia mercantil, en el seno de las corporaciones profesionales de mercaderes, y que afectaba a las sociedades, produciendo poco a poco la independización de las mercantiles respecto de la fuerza atractiva de la doctrina de influencia romanista (1). La otra corriente, más violenta y circunstancial, pretende la solución de un problema de la época y subsistirá a pesar de que esas circunstancias temporales desaparezcan. El problema era simplemente el siguiente: en la época que consideramos, no se había producido la diferenciación en figuras jurídicas independizadas rigurosamente, la serie de ellas que se habrían de deducir de la «*commenda*» como base troncal económica unitaria. En el derecho de sociedades, las ventajas, fuerzas e inconvenientes que influían merecen una especial atención, que se le prestará luego que hayamos expuesto la evolución legislativa y el cuadro de preceptos de la Ordenanza que han de servir de fondo para el examen crítico indicado.

Las *disposiciones legislativas* comienzan con la Ordenanza de Blois de 1579, que impone la inscripción en Registros especiales

(1) Como es sabido, la sociedad colectiva es inicialmente estudiada por la doctrina como una «*Societas omnium bonorum*» mientras resalta de hecho su base familiar. En su independización junto a otros elementos juega la firma publicada.

de las sociedades que se constituyan por extranjeros y con la llamada «Códé Michaud», de 1629, que extendió la obligación a todas las sociedades generales, incluso las concertadas por franceses. La Ordenanza de 1673 intentó construir un sistema completo y, a los preceptos anteriores, adicionó importantes complementos que se indicaban en la síntesis que a continuación se expone del contenido de dicha Ordenanza. Es el siguiente:

1.º Todo contrato de sociedad—colectiva o comanditaria, que son las reguladas—entre comerciantes y negociantes debe redactarse por *escrito*: exigencia de forma, que hasta este momento no había preocupado. 2.º Un extracto del acta de constitución deberá ser registrado para su publicidad en la secretaría de la jurisdicción consular: publicidad que es ya conocida. 3.º Si no se procede en la forma que se indica en los apartados anteriores se producirá la *nulidad absoluta* de la sociedad: es decir, se añade una *sanción* extraordinariamente rigurosa: la nulidad invocable por los socios entre sí, por los socios contra terceros, o por terceros contra los socios (2).

El destino de estas normas fué desgraciado y su desgracia extraordinariamente *significativa*: encontraron gran resistencia en su aplicación por los «Parlements» y la sanción de nulidad absoluta producía consecuencias prácticas inaceptables. La doctrina contemporánea trató de hacer una construcción por virtud de la cual la nulidad operaría sólo entre los socios, y sería inoponible a terceros, y, en definitiva, en los años de la revolución, la costumbre había suprimido, de hecho, toda publicidad para las sociedades personalistas (3).

Como antes se ha indicado, hay que insistir sobre este destino inmediato de las normas de la Ordenanza y sobre los intentos de devolverle su vigencia; así aparecerán claros tanto los motivos reales de su inobservancia como los fines efectivamente perseguidos tratando de evitar la irregularidad. Estos problemas han sido estudiados definitivamente por Levy-Brühl, en un trabajo poco utilizado del que me voy a valer (4). Emplearé algunas de sus apreciaciones y, sobre todo, los documentos que acompaño como apéndice a este trabajo y que copio del suyo: una propuesta de declaración real sobre la inscripción de sociedades y la crítica, de oposición al mismo, de los jueces del Tribunal de París, a quienes se había pedido opinión sobre ese proyecto. La cuestión

(2) V. HEMARD: «Traite des nullités et des sociétés de fait». París, 1922, pág. 164, y PIC: «Des Sociétés commerciales», en el «Traité» de THALLER, t. I. París, 1940. Pág. 253.

(3) PIC, ob. y t. cit., pág. 254.

(4) Ese trabajo lleva por título: «Le régime fiscal des Sociétés de commerce au XVIII siècle (Documents inédits)» y apareció en la «Révue Historique de Droit français et étranger», 1934, pág. 65 y ss. Quizás su escasa utilización se deba a la palabra «fiscal» que haya despistado sobre su real contenido, hasta el punto de no ser manejado con frecuencia ni siquiera por la doctrina francesa.

se suscitó con motivo de un «affaire Lorry» que se vió en Rennes en 1748. Esos documentos me parece que contienen todo lo que hace falta saber respecto de los orígenes del tema de la irregularidad.

Puntualizando en el tema de la vigencia efectiva de las disposiciones mencionadas hay que decir: respecto de las viejas disposiciones de la Ordenanza de Blois y del «Côte Michaud», en la respuesta de los jueces de París, se dice que nunca se aplicaron; las de la Ordenanza del 73, igualmente fueron excluidas de toda vigencia (5); se intentó, más tarde, por disposición de 19 de enero de 1734, la efectividad de la Ordenanza y, según dice Levy-Brühl, tampoco se obtuvo resultado: las sociedades siguieron sin inscribirse (6).

La *finalidad* de las disposiciones evidencia su motivación técnica: los riesgos de la comandita oculta en el seno de las sociedades generales, que luego habrían de ser las colectivas, y que, por indiferenciación, cobijaban verdaderas sociedades comanditarias bajo su nombre de generales.

He aquí unos textos de los documentos antes indicados: «La inscripción de las sociedades ha sido ordenada por razones muy fuertes y esenciales para la seguridad pública y el interés del comercio. Se trata de que el público tenga conocimiento del número de socios y de sus nombres, cual sea la razón de la sociedad, es decir, que el comercio se ejerza bajo el nombre de tales y cuales en Compañía...» (De la petición formulada en favor de la disposición de 1734.) «Sabéis, señores, que la Ordenanza de 1673, título IV, De Sociedades, tiene por objeto fijar la forma en que debe ser redactada la sociedad general o en comandita y nos parece que las disposiciones de este título no cumplen su objeto; no vemos nada que caracterice precisamente la sociedad general o en comandita y nos parece que la ordenanza ha dejado a los jueces caracterizar las sociedades conforme a las estipulaciones de los socios.» El texto anterior precede a la propuesta de articulado que se elaboró con motivo del asunto Lorry antes indicado. He aquí ahora los artículos propuestos de interés para nosotros: «Que toda sociedad sea reputada general y considerada como tal para todos cuyos nombres estén expresados en la denominación de la razón social e, igualmente, para todos aquellos a quienes la firma de dicha razón social esté encomendada aunque ellos no estén denominados.» (Art. 1.º) «Que todos los demás interesados solamente

(5) He aquí textos tomados por LEVY-BRÜHL de autores contemporáneos: «el uso es contrario a la disposición de este artículo: los documentos de sociedad ni se publican ni se registran en absoluto». (BORNIER: «Ordonnance de Louis XIV sur le commerce»); «el uso contrario ha prevalecido, es raro hoy que se registren las sociedades de comerciantes». (JOUSSE: «Commentaire sur l'Ordonnance du mois de mars 1673»: «en la práctica no se registra ninguna clase de sociedad». (BOULARIC: «Explication de l'Ordonnance de Louis XIV concernant le commerce»).

(6) Trabajo cit., pág. 70.

serán reputados socios en comandita, a menos que su consentimiento sea expresado de otro modo...» (Art. 2.º)

Las *razones de la inobservancia* también son de notable interés. De un lado, está la fuerza social que supone la participación, por esta vía encubierta de nobles y clérigos que comienzan a interesarse en el comercio, a pesar de la prohibición que les afecta. De otro, la incorrección técnica de la sanción de nulidad. Es muy probable que se tuviera fe en la idea de que esta nulidad debiera operar como una prohibición policíaca, sin darse cuenta de que, sin una real acción de esta naturaleza, la declaración legal era impotente para evitar el hecho que, aparentemente con tanto vigor, se quería excluir. Vienen a ser un espejo de previsión, las dificultades que anticipan los jueces de París que se oponían a la vigencia de la Ordenanza.

He aquí su comentario a los arts. 6 y 7 propuestos a su consulta y referentes a la cuestión de la nulidad: «Un comerciante socio, sea demandante o demandado, estará obligado a justificar la inscripción de la sociedad; pero un demandante que no sea socio, que demande a un socio, ¿estará obligado a probar por su parte la inscripción y a pagar los gastos de un control? Además, si el demandado socio ha dejado de realizar la inscripción, ¿perderá su derecho del acreedor de las sociedad?» La Ordenanza de 1673 pronuncia una nulidad de la sociedad por falta de inscripción, tanto entre los socios como respecto de los acreedores, pero hoy casi todas son nulas, puesto que hay muy pocas registradas. Siendo así, ¿en provecho de quién se obtendrá el beneficio y cómo el acreedor de una tal sociedad podrá hacerse pagar después de haber cumplido de buena fe?

Desaparecerán la dificultad de diferenciar a las comanditarias y las circunstancias temporales y, sin embargo, subsistirá un sistema inicialmente tan infeliz, con elevado rango en la atención de los mercantilistas. Por asombrosa que esta permanencia parezca así ha sucedido realmente.

2. Respecto de las sociedades anónimas, para el período inicial que se refiere a las sociedades coloniales, no hay que destacar más que una cosa: el nacimiento de una sociedad anónima no es un negocio de particulares que interese ordenar. Es la creación de un organismo de base institucional y publicística cuya iniciativa, en el mercantilismo (conveniencia económico-material del objeto que persigue) corresponde al Estado que lo maneja en forma de organismo con funciones públicas separado de la organización ordinaria. Su personalidad corporativa arranca de una «incorporación» al «cuerpo» del Estado que nace con la ley fundacional. Con este punto de vista queda descartada toda consideración de los problemas privados de forma y publicidad por la misma naturaleza privada de éstos.

A partir de la Codificación, comienzan a formarse los distintos

sistemas legislativos que llevan al cuadro que en la actualidad presenta el derecho comparado.

II. DERECHO FRANCÉS

a) En materia de forma, el Código, siguiendo la Ordenanza de 1673, prescribió para las sociedades colectivas y comanditarias la constancia escrita en documento público o bajo firma privada, ateniéndose en este caso al art. 1.325 del Código civil. Respecto de las Sociedades Anónimas, en el art. 40 exigió el documento público, pero la ley de Sociedades de 1867, en su art. 47, derogó aquel precepto, estableciendo la opción de forma pública o privada.

En la doctrina y en la jurisprudencia se ha discutido si la exigencia de forma se hace por los textos anteriores «ad solemnitatem» o «ad probationem». En la actualidad se puede considerar resuelto el problema en favor de la segunda de las soluciones (7).

Ahora bien, con todo, recurriendo al derecho civil, en el caso de que el objeto sea superior a los quinientos francos, no bastará la prueba de testigos. Pero lo más importante es que al ser la forma un presupuesto de la publicidad de la sociedad, la sanción que se aplica en caso de falta de ésta—supuesto necesario si no se da la forma publicable—se traslada y produce la inoponibilidad a terceros en la manera que veremos inmediatamente.

Para la comprensión del sistema, no es preciso entrar ni en el contenido necesario del escrito ni en la forma referida a las modificaciones del contrato inicial (8).

b) Respecto de la publicidad se ha producido una evolución cuyos trazos conviene examinar:

El C. de C. reinstauró las prescripciones de la Ordenanza, que, como sabemos, habían caído en desuso; determinó la obligatoriedad de la transcripción del contrato de sociedad en la Secretaría del Tribunal de comercio y su inserción en la Tabla de anuncios de la Sala de Audiencias del Tribunal. Se volvió a la exigencia de aquellas viejas prescripciones—creyéndolas instrumento eficaz para salir al paso de los abusos, cometidos en la época del Directorio (9)—, bajo la sanción de nulidad.

A este sistema se añadió en 1813—por un Decreto de la emperatriz María Luisa—declarado inconstitucional y vuelto a reproducir en la Ley de 31 de marzo de 1833, el de publicación por vía de periódicos y en este sentido se rectificó el art. 42 del Código de comercio.

(7) Vid. ESCARRA: «Manuel de Droit Commercial», t. I. París, 1947. Página 314. Queda todavía alguna opinión en contra: Vid. RIPERT, «Traité élémentaire de Droit Commercial», París, 1948. Pág. 257.

(8) Vid. sobre ello los dos libros anteriores y el de PIC, cit. en págs. 232 y siguientes.

(9) PIC, I, 254

La ley de 24 de julio de 1867 volvió a reglamentar toda la materia de publicidad (arts. 55 a 65, que sustituyeron a los 42 a 46 del Código) y significó respecto del régimen anterior lo siguiente: supresión de la inserción en el tablón de anuncios, transcripción simplemente de un extracto y depósito de copias de los documentos constitutivos, y por último—muy importante—unificó el sistema, ya que las Sociedades Anónimas (desaparecido el sistema de autorización previa y el anuncio en el tablón que se aplicaba a la Ordenanza que las aprobaba), quedaron sometidas al régimen corriente, consumándose la línea evolutiva hacia su privatización absoluta, si bien añadió unas normas complementarias de publicidad para ellas.

La ley de 18 de marzo de 1919, que instituyó el Registro Mercantil, dispuso la inscripción de sociedades bajo la sanción de multas. Conviene añadir que este Registro francés desempeña un papel muy modesto, de simple repertorio administrativo centralizado, destinado a facilitar las informaciones y su búsqueda (10). Por último, el Decreto-ley de 30 de octubre de 1935 vuelve sobre la materia, revisándola. Suprime la duplicidad del depósito de la Ley del 67, precisa las declaraciones que se deben llevar al Registro, instituye un Registro central, y sobre todo añade la precisión definitiva de la inoponibilidad a tercero, de la nulidad por falta de publicidad, permite la sanación de este defecto por los propios interesados, y declara la prescriptibilidad de la acción de nulidad por el transcurso de cinco años.

Marcada la evolución, conviene hacer la síntesis del derecho francés vigente: 1.º La publicidad consiste en el depósito de un doble ejemplar del documento constitutivo en la Secretaría del Tribunal de comercio, e inserción de un resumen del mismo, con las menciones que prescribe la ley de 1867 en su art. 57, en un periódico de anuncios legales. Además, inmatriculación en el Registro mercantil central y en el local. 2.º La omisión de las dos primeras publicaciones se sanciona con la nulidad de la sociedad, si bien los socios no pueden invocarla contra terceros. No da lugar a esta sanción, sino a la de la multa, la omisión de la inmatriculación en el Registro. Aquella nulidad puede evitarse cumpliendo tardíamente y en cualquier momento con la publicidad y se somete a prescripción quinquenal (11).

c) Con los textos legales que se acaban de exponer, trabajan la doctrina y la jurisprudencia francesas, dando lugar a un sistema cuyo alcance y dirección difícilmente podrían deducirse de una simple lectura de los textos anteriores. Dos poderosos instrumentos se han utilizado en la interpretación de los mismos, ambos interesan porque, justamente, son los que en su momento nos

(10) Las críticas al sistema registral francés son unánimes. Vid. ESCARRA, op. cit., pág. 313, del «Manuel», y PIC, cit., pág. 252.

(11) Para la comprensión del juego del sistema no conviene mezclar ahora la cuestión de la publicación incompleta

servirán para tratar de descubrir en qué consisten las incorrecciones del sistema francés, ya que, en definitiva, no hay más que continuar con el rumbo que uno y otro marcan.

El primero de ellos ha sido el examen atento de los intereses que aquí se trata de armonizar; en definitiva, una línea de conducta de carácter metódico; el segundo, la aplicación a este caso de la teoría francesa de las sociedades de hecho, teoría sobre la que habremos de volver en otro lugar, pero que conviene enunciar ya aquí. Me valgo para ello de una síntesis muy bien hecha—me parece—: «Los principios del derecho común sobre las nulidades hubieran llevado en el derecho de sociedades a hacer jugar el principio de la retroactividad de las mismas; lo que es nulo, no ha existido jamás... Las necesidades prácticas protestaban contra el rigor de los principios jurídicos. La jurisprudencia ha hecho caer estos últimos construyendo su teoría de las Sociedades de hecho, de aplicación muy frecuente porque las sociedades nulas son muy numerosas. La idea general es simple: una sociedad declarada nula ha existido, ha funcionado, ha habido una comunidad real, una sociedad de hecho. De donde: 1.º La sociedad nula produce todos sus efectos en tanto contrato hasta el día en que la irregularidad se declara entre los socios y frente a terceros. Algunas decisiones admiten que la personalidad también subsiste hasta entonces. 2.º La sociedad de hecho toma su «forma»—su tipo—de la sociedad que hubiera debido constituir si hubiera sido regular. 3.º Cuando deja de existir debe ser liquidada... (12).

De esta manera resulta que en el derecho francés, para el supuesto de incumplimiento de las formalidades de publicación, la nulidad, enunciada por la ley, origina los siguientes resultados:

1.º Entre los socios se puede invocar en cualquier momento la causa de nulidad. Pero no da lugar a las consecuencias de una «inexistencia»: La Sociedad se liquida, opera, pues, como una causa de disolución de la Sociedad y se siguen las reglas de la clase de sociedad que sea, así como las normas que se acordaren en el momento constitutivo, las cuales extienden a la disolución su vigencia. Esta solución parece atender debidamente a la situación de intereses: el socio desea que no continúe una sociedad cuyo crédito es escaso y que está amenazada de extinción (13). Naturalmente, con la aplicación de las doctrinas de las sociedades de hecho, expuesta, se excluyen los intereses impropiables (liberarse de sus obligaciones sociales cuando en realidad no hay motivo sustancial de ilicitud) (14).

(12) BONNECARRERE y LABORDE-LACOSTE: «Exposé méthodique de Droit Commercial». Paris, 1946. Pág. 140.

(13) Extraña esta desvinculación libre y no deja ello de ser razonable, como se verá.

(14) Vid. BONNECARRERE y LABORDE-LACOSTE, cit., pág. 149.

2.º Los terceros interesados en calidad de acreedores (15), normalmente deben estar interesados en la conservación de la sociedad, ya que, de esta manera, conservan su derecho contra el patrimonio de la misma; este interés es el que por regla general aparecerá como lícito, ya que se trata de conservar lo que el hecho de tratar como una sociedad les ha añadido al supuesto de haber tratado con personas que no estuvieran en tal situación jurídica. Podrían también estar interesados en la disolución, para salvar así la preferencia hipotecaria existente a favor de otro acreedor de la sociedad, la cual desaparecerá al desaparecer ésta, o para extinguir relaciones obligatorias con la sociedad que hayan devenido demasiado onerosas. Estos intereses ya no aparecen tan correctamente fundados. Debido a la inoponibilidad de la nulidad a los terceros por los socios, la doctrina y la jurisprudencia conceden a éstos una opción entre tener a la sociedad por válida, a pesar de su irregularidad, o solicitar la declaración de nulidad de la misma. En el primer caso, naturalmente, no hay problema, si no hay colisión en el sentido de que los socios pretendan la nulidad. Por supuesto los acreedores no tienen derecho a obligarles a continuar en sociedad; su derecho se extiende a considerar que han estado en sociedad, en relación con ellos, hasta el momento en que entre los socios se liquida y, por tanto, pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales de los socios en cuanto a ellos afecta (16). En el segundo caso hay dos posiciones posibles: 1.ª Si no se aplica la doctrina de las sociedades de hecho, los acreedores provocan la anulación de la sociedad para el pasado y para el futuro con la consecuencia de la liberación de los acreedores de sus obligaciones si renuncian a las que sean recíprocas de la sociedad para con ellos, y, si no renuncian, entrarán en esas obligaciones los socios, pero individualmente como deudores conjuntos y solidarios por aplicación de la regla de la solidaridad mercantil. Con esta construcción se ha pretendido por los acreedores hacer efectivo un interés exorbitante: hacer que los socios con responsabilidad limitada en las sociedades en que éstos existen, pasen a la calidad de deudores individuales ilimitada y solidariamente obligados (17). 2.ª Las dificultades de salvar la anterior situación han contribuido a extender a este supuesto la doctrina de las sociedades de hecho: La sociedad aparecerá frente a los terceros según el tipo que efectivamente haya adoptado, si efectivamente en esta forma se ha dado a conocer a éstos (18). La nulidad produce así su operación para el futuro. La misma doc-

(15) Es preciso añadir la palabra interesado, porque no está abierta la invocación de nulidad a quien no tenga interés en ello. Vid. PIC, pág. 321, recogiendo la opinión dominante.

(16) Véase PIC, ob. cit., pág. 326. y ESCARRA: «Les sociétés commerciales», t. I. París, 1950. Pág. 202.

(17) Vid. PIC, 327.

(18) Vid. ESCARRA, «Sociétés», 219.

trina ha servido, a través de la evolución jurisprudencial, para excluir la destrucción de la preferencia hipotecaria (19).

3.º Los acreedores particulares de los socios tienen también la misma opción, a la cual no pueden oponerse los socios. Pueden tener interés en la conservación de la sociedad si esperan, así, lucrarse de los beneficios que al socio deudor sean atribuidos. Pero cuando se da el interés contrario, corriente, anulación que evita la separación patrimonial de la sociedad, entonces no cabe la doctrina de las sociedades de hecho y, frente a ellos, los socios no pueden invocar su existencia, pues de esa manera los privarían de la posibilidad de tener por inexistentes las aportaciones del socio de que se trate (20).

Además, y esto es muy importante, en el conflicto de intereses: conservación de la sociedad por los acreedores de ésta y disolución por los acreedores de un socio, no hay más remedio que conceder la primacía a estos últimos, con lo cual se produce una nulidad con efectos retroactivos de la sociedad y consiguiente perjuicio de los acreedores sociales que no podrán invocar ninguna preferencia a su favor sobre el patrimonio social, porque éste, para los acreedores de los socios, está en la misma situación que si nunca hubiera existido (21).

4.º Igualmente los deudores sociales podrán invocar la nulidad para oponerse a una demanda de cumplimiento de sus obligaciones o para lograr la extinción de unas relaciones jurídicas que les sean muy onerosas. Ambos intereses no parecen merecer la protección de la ley y, sin embargo, a ello llevan las consecuencias de la nulidad (22).

5.º El Decreto-ley de 1935 ha permitido la regulación tardía, incluso después de planteado un pleito con tal de que se efectúe antes de la sentencia en primera instancia, y hasta se entiende que el juez incluso puede conceder un plazo para realizarla, saliendo al paso de la doctrina que pretendía que la regularización no era oponible a interesados que funden sus intereses en títulos anteriores a la regularización (23), produciéndose, de esta forma, una sanación de la nulidad que no es corriente para las nulidades que la doctrina general de las mismas conoce. Pero, además, ha permitido la prescripción al cabo de cinco años de la constitución de la sociedad, lo cual, a la vista de las normas sobre regulación, supone la existencia de sociedades válidas sin publicidad a partir de los cinco años, y, si esta interpretación prevalece, supondría ni más ni menos que la destrucción de la totalidad del sistema por la ley misma (24).

Con el cuadro anteriormente expuesto de la situación del de-

(19) Vid. ESCARRA, «Manuel», 324.

(20) ESCARRA, pág. 221 de «Sociétés».

(21) Vid. ESCARRA, pág. 222 de «Sociétés», y PIC, pág. 333.

(22) Vid. ESCARRA, «Sociétés», pág. 197, y PIC, pág. 333.

(23) ESCARRA, págs. 199 y ss. de «Sociétés».

(24) ESCARRA, pág. 201 de «Sociétés».

recho francés en la materia de las irregularidades, no tiene nada de extraño que la doctrina se haya tenido que plantear el problema de la *naturaleza jurídica* de esta nulidad. Adviértese que dicha nulidad ha de entenderse como de orden público, lo cual da lugar a que se la haya de situar entre las nulidades absolutas. Pero de las de este grupo se separa porque, de acuerdo con el Decreto del 35, se permite la sanación con el cumplimiento tardío y, además, se la hace prescriptible, aparte de las limitaciones con que puede ser invocada, ya que se limita al grupo de los interesados en ella. Respecto de las nulidades relativas, tampoco cabe el entronque porque, a veces, no da lugar a efectos exclusivamente a partir del momento en que se la esgrime, sino que opera retroactivamente.

De aquí se deduce que haya autores que le niegan el carácter de verdadera nulidad; lo que hay es una causa permanente de disolución y en la incertidumbre de la existencia de la sociedad está la verdadera sanción legislativa (25). Otros, por el contrario, se aferran a la nulidad, si bien la caracterizan de especial o híbrida (26).

Expuesta la materia fundamental, queda hacer referencia al supuesto de publicidad incompleta. Aunque la jurisprudencia se ha mostrado vacilante entre la nulidad de la sociedad, si las cláusulas omitidas eran suficientemente importantes o la inoponibilidad de la misma a los terceros, en la actualidad la tendencia defendida por la doctrina es la última (27).

El juicio de conjunto sobre el sistema francés, según la propia doctrina de este país, no puede ser peor. Refiriéndose y alabando las correcciones del decreto del 35 dice Pic: «En efecto, el régimen favorecía simplemente todas las maniobras, sea de parte de la sociedad sea de parte de los terceros, realizándose a veces un verdadero «chantage» de la acción de nulidad» (28). Por su parte Escarra reconoce esa opinión, expuesta a través del anterior texto de Pic, si bien teme que las facilidades tengan las malas consecuencias que él cree ver en la política de complacencia. Parece evidente que no se trata de ser o no complaciente, sino que los medios puestos en ejecución de una actitud no complaciente, sean eficaces y no parece ser de ellos el de la nulidad del derecho francés.

III. SISTEMAS ITALIANOS

Es preciso hablar en plural de «sistemas», porque el establecido por el «Codice civile» difiere radicalmente del que ha estado en vigor bajo el Código de Comercio precedente.

(25) HEMARD y THALLER y PERCEROU. *cits.* por ESCARRA, pág. 192. y por PIC, pág. 319.

(26) PIC y ESCARRA, en los lugares cit. en la nota anterior.

(27) PIC, págs. 341 y ss., y BONECARRERE. *cit.*, pág. 150.

(28) Pág. 352.

A) Hasta el «Codice civile» se puede decir que el derecho italiano sigue una marcada inspiración francesa. A través del Código Albertino de 1843, copia del de Napoleón, que inspiró el de 1865, el cual a su vez no pudo por menos de influir en el del 82. No obstante esta influencia, el sistema italiano para las sociedades irregulares se desvía del francés en puntos importantísimos, los cuales son la base de una doctrina mucho más correcta y profunda que la francesa.

a) En lo referente a la *forma*, exige para las sociedades colectivas y comanditarias la forma escrita, mientras que para las anónimas y comanditarias por acciones y cooperativas, prescribe la escritura pública (art. 87). Pero ni en uno ni en otro caso se trata de un requisito «ad solemnitatem», estamos en presencia de un *presupuesto de la publicidad* que se sanciona conjuntamente con la omisión de ésta (29).

b) La *publicidad* se organiza de distinta manera respecto de las sociedades de personas y de capitales: El documento constitutivo de las sociedades colectivas y comanditarias se deberá depositar en la Secretaría del Tribunal de comercio de su sede, se transcribirá en el Registro de sociedades que en ella se lleva y luego se insertará en el periódico de anuncios legales (arts. 90 y 93). Se suprimió por ley especial la obligación de inserción en el tablón de anuncios del Tribunal (de origen francés). Respecto de las sociedades anónimas y comanditarias por acciones se añaden dos cosas: una de ellas es la publicación en un boletín especial de sociedades anónimas, la otra, muy importante, es la *homologación judicial* antes de que pueda procederse a su inscripción. Conviene detenerse en el significado de esta homologación del artículo 91 del Código de comercio italiano; he aquí el texto del párrafo 2.º, en el cual se contiene: «El tribunal civil, examinado el cumplimiento de las disposiciones establecidas por la ley para la constitución legal de la sociedad, ordena, con intervención del ministerio público la transcripción...» El artículo 156 del Código del 65 seguía el sistema de autorización gubernativa, cuya significación publicística conocemos. A través de distintas proposiciones, en los varios estadios de la elaboración del Código del 82, triunfó la de *legalidad formal* como secuela necesaria de la privatización de las sociedades anónimas y de la evolución del Estado y su concepto en el orden político y económico: No se examina la conveniencia del objeto social, sus perspectivas de éxito, la competencia de los administradores de la sociedad, nada de eso es ya función del Es-

(29) Así interpreta la doctrina el precepto del art. 98, que luego transcribiremos. Vid. VIVANTE, núm. 328, de su «Tratatto», y RAFFAELI, «Rasegna di giurisprudenza in materia di società irregolari», en «Rivista di Diritto Commerciale», 1940, t. I, pág. 463 y ss. Se trata de un estudio de síntesis que se refiere no sólo a la jurisprudencia, sino que también recoge la doctrina, a pesar de su título. Permite, así, tener a la vista un índice seguro de las materias pacíficas y de las dudosas, cosa que difícilmente podría obtenerse, dada la abundantísima bibliografía italiana.

tado, a éste corresponde el «fin jurídico», legalidad formal, y a esa idea corresponde la disposición legislativa (30).

Los artículos 88 y 89 determinan las menciones que deben contenerse en los documentos constitutivos. La omisión de alguna de las mismas—aclaran la doctrina y la jurisprudencia—no son motivo de irregularidad si del propio documento se pueden deducir los elementos para llenar lo incompleto.

El concepto de irregularidad deriva del incumplimiento de las normas hasta aquí expuestas. Pero la doctrina y la jurisprudencia han exigido un requisito positivo: que de alguna manera distinta de la establecida se haya exteriorizado la situación de sociedad. Es perfectamente correcta esta exigencia: basta pensar en que de otra manera el problema mismo queda disuelto: Los terceros no tienen que alegar ningún interés acreedor de protección si no han establecido relaciones jurídicas con una sociedad. ¿Qué cosas sean exteriorización suficiente? ¿Cómo se puede probar la existencia de una sociedad?, diferenciación en estos supuestos de las cuentas en participación, etc., etc., son cuestiones de detalle importantísimas, pero que no se pueden exponer si no se quiere dejar difuminadas las líneas fundamentales del sistema (31).

c) En la materia de instrumentos de técnica jurídica para conseguir que las situaciones de irregularidad no se den, el sistema italiano se nos presenta radicalmente distinto del francés: aparte las disposiciones penales sobre sociedades, que están fuera del Código y que sancionan con multa a los obligados a cumplir el deber de publicidad y lo infringen, en el mismo Código, en el artículo 97, se faculta a cualquier socio para realizarlo o para obtener la condena de los administradores a cumplirla. Se trata de una facultad, en modo alguno de una obligación.

Las sanciones de Derecho privado se especifican en los artículos 98 y 99, que constituyen la base de todo el cuerpo de doctrina, elaborado por los autores y tribunales. «Hasta que no hayan sido cumplidas las formalidades de los artículos 87, 91, 90, 94 y 95, no estará legalmente constituida la sociedad. Hasta la constitución legal de la sociedad, los socios, los promotores, los administradores y todos los que hayan actuado en nombre de la misma, contraen responsabilidad ilimitada y solidaria por todas las obligaciones asumidas.» (Art. 98.) «A falta del documento inscrito y de las publicaciones ordenadas en los artículos precedentes, cada uno de los socios en las sociedades colectivas y comanditarias, tienen el derecho de demandar la disolución de la sociedad.» «Los efectos de la disolución se producen desde el día de la demanda.» «La falta de las susodichas formalidades no puede ser opuesta por los socios a los terceros.» «En las sociedades anónimas y en

(30) Vid. comentario de MARGHERI al «Codice» en la pág. 141 y ss., perteneciente a la colección dirigida por BOLAFFIO y VIVANTE, t. IV, U. T. E. T., Turin, 1929.

(31) Vid. RAFFAELLI, trabajo cit., pág. 467 y ss.

las comanditarias por acciones, los suscriptores de acciones pueden instar la liberación de las obligaciones derivadas de la suscripción, siempre que transcurridos tres meses del vencimiento del plazo establecido en el art. 91, no se haya realizado el depósito del documento de constitución que en él se ordena.» (Art. 99).

Como se ve ha desaparecido en el derecho italiano la sanción de nulidad que existía en el derecho francés. Existía también en el Código del 65 y provocó discusiones en el transcurso de la reforma del Derecho italiano, hasta la publicación del Código, desapareciendo finalmente (32).

No obstante, la doctrina—quizá por la alusión reminiscente de la inoponibilidad a terceros de la falta de publicidad, no de la nulidad, que ha desaparecido en la redacción del artículo 99—en un primer momento, importó la doctrina francesa. La reacción no se hizo esperar y la autoridad de Bonelli y de Vivante cortó la introducción injustificada definitivamente (33).

Los principios más importantes que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado, se podrían sintetizar en el siguiente texto explicativo de la naturaleza de la irregularidad: «La irregularidad de una sociedad no se confunde con su nulidad..., así resulta explícitamente de los trabajos preparatorios, así como del artículo 99 que al prever la facultad de los socios de provocar la disolución de la sociedad, con efecto desde la fecha de la demanda, reconoce que hasta que eso no se provoque, la sociedad existe válidamente. La irregularidad no puede tampoco ser considerada como una forma de ineficacia total o parcial de contrato social. Se tiene ineficacia cuando la falta de un presupuesto legal impide producir sus efectos a una situación jurídica, mientras que la constitución de una sociedad irregular no es improductiva de efectos jurídicos, sino productora de efectos, en parte, diversos de aquellos que son propios de las sociedades regulares. El fenómeno de las sociedades irregulares es producto del perpetuarse contra la voluntad de la ley, una situación jurídica que debía ser sólo transitoria, pero que deviene duradera, aun permaneciendo precaria, porque se la puede hacer cesar en cualquier momento por los socios, sea haciéndola sociedad regular, proveyendo a su publicidad, sea provocando el fin del vínculo social.» (Salandra) (34.)

He aquí una síntesis de las normas más generales y de mayor interés:

La sociedad irregular existe como sociedad con personalidad jurídica (téngase en cuenta que, en el Código, la personalidad se entendía que era atributo de todas las sociedades, cualquiera que

(32) Véase el detalle de este proceso en MARGHERI, comentario cit., página 159 y ss.

(33) Vid. VIVANTE en nota al núm. 336 de su «Trattato», y SALANDRA, en «Nuovo Digesto», art. Società». Cito también a SALANDRA por su autoridad en el tema de sociedades irregulares.

(34) «Nuovo Digesto» cit., pág. 663 y ss.

fuera su clase) y, en principio, pertenece al tipo o clase de sociedad, con el cual se ha dado a conocer. En consecuencia, a los acreedores y particulares de un socio, está cerrado el patrimonio de la sociedad si no se dan los supuestos de la acción pauliana, aunque, claro está, que con la misma condición podrían ejercitar en forma subrogatoria la acción de disolución que al socio deudor le compete. Los acreedores sociales han de hacer excusión del patrimonio social antes de dirigirse contra los socios de responsabilidad ilimitada.

La norma del artículo 98, en cuanto establece una responsabilidad ilimitada y solidaria de los que han obrado en nombre de la sociedad, se limita exclusivamente a los que en tal forma han obrado, es decir, no hay una responsabilidad ilimitada de accionistas o socios comanditarios si en ellos no se da esa condición de haber obrado por la sociedad. No cambia como se ha dicho la naturaleza de ésta. Los terceros conocieron una sociedad que se les aparecía encajada en determinado tipo o clase, y no hay por qué extenderles la garantía con que ellos contaron al contratar. Ahora bien, probada la irregularidad, esos socios que por la sociedad actuaron, responden solidariamente con la sociedad misma, por tanto, respecto de ellos, no se da la excusión en el patrimonio social.

La acción de disolución, aunque se discrepe en el fundamento, se entiende que es irrenunciable, que sobre la misma no cabe compromiso y que es imprescriptible. La acción ejercitada produce sus efectos desde su fecha, como dice la ley, tanto entre los socios, como frente a terceros, aunque no haya sido objeto de especial publicidad, con tal de que la hayan conocido.

B) Con la publicación del Codice Civile (35), cambia en absoluto el Derecho italiano, del que se puede decir que rompe ya, definitivamente, su inspiración inicial francesa para recibirla del grupo alemán, aunque con diferencias importantes que le aseguran cierta originalidad. Conviene estudiar separadamente las sociedades de tipo personalista y las de capitales, porque así efectivamente ha tratado la materia la ley.

a) Para la sociedad colectiva se exige forma escrita, privada o pública, y la inscripción en el Registro de empresas que se crea como instrumento de publicidad. Esta inscripción está a cargo de los administradores y los socios, en su falta pueden hacerlo a cargo de la sociedad u obtener la condena de los administradores a realizarlo. Si se ha constituido en documento público se extiende al notario otorgante del documento tal obligación.

La exigencia de forma no es «ad solemnitatem», aclara la doc-

(35) Prescindo del derecho proyectado, porque no se trata de exponer todo lo que ha ocurrido en Italia, sino de dar cuenta de sistemas que puedan servirnos para luego interpretar el español y, en este sentido, la significación de ese derecho no presenta originalidad suficiente para constituir un sistema; de lo contrario lo expondríamos.

trina, sino presupuesto de publicidad (36). Por tanto, en el supuesto de la irregularidad, se puede probar la existencia de la sociedad de acuerdo con las reglas generales en materia de prueba.

La sanción del incumplimiento de las normas anteriores sobre publicidad, que origina la irregularidad, es completamente nueva en el Derecho italiano: «hasta que la sociedad no se ha inscrito en el Registro de empresas, las relaciones de la sociedad con los terceros, permaneciendo la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios, se regulan por las disposiciones referentes a la sociedad simple. Sin embargo, se presume que todo socio que actúe por la sociedad tiene la representación social, incluso en juicio. Los pactos que atribuyan la representación a algunos socios solamente, o que limiten los poderes de representación, no son oponibles a los terceros, a menos que se pruebe que estos los conocían». (Art. 2.297). Aparte estas sanciones o mejor, normas de regulación, existen unas sanciones penales, así como la exclusión de los beneficios del «concordato preventivo» y la «Administración controlada», que no necesitan de ninguna aclaración.

Como puede deducirse de este texto, ha desaparecido la precariedad que amenazaba a las sociedades irregulares. No exigida una publicidad especial para las sociedades simples, puede jugarse con el recurso de la conversión, adicionando a las sociedades simples lo que en el tráfico mercantil se entiende más importante para garantía de los terceros: solidaridad y representación que aseguran los efectos vinculantes de los actos jurídicos realizados frente a los socios (37). Ahora bien, el recurso a las sociedades simples no es completo, o mejor, íntegro: en todo lo que no afecta a terceros, permanece en vigor la subsunción bajo el concepto legislativo de sociedad colectiva, porque este debe entenderse ser el tipo genérico para las sociedades mercantiles que no especifiquen su clase, si tienen objeto mercantil, y porque, establecida la obligatoriedad de atenerse a un tipo mercantil para las sociedades con ese objeto, no puede entenderse que la ley haya querido incurrir en contradicción (38).

Para las sociedades comanditarias valen los mismos principios, ya expuestos para las colectivas, con una adición que viene de la elaboración doctrinal que había tenido lugar bajo el Código precedente: «Hasta que la sociedad no se haya inscrito en el registro de las empresas, se aplicarán a las relaciones de la sociedad con los terceros las normas del artículo 2.297. Sin embargo, los socios comanditarios responden limitadamente a su cuota por las obligaciones sociales, salvo que hayan participado en ellas (Art. 2.317.)

b) Para las sociedades de capitales ha desaparecido, realmen-

(36) Vid. BRUNETTI, pág. 183 y ss. del t. I de su «Trattato del Diritto delle Società». Milán, 1946.

(37) Vid. SALANDRA, cit. por BRUNETTI, en pág. 450. en nota.

(38) Estos argumentos son de SALANDRA y los acoge BRUNETTI en páginas 457 y ss.

te, la irregularidad, según la doctrina que podríamos decir dominante, dentro de los límites del escaso período de vigencia que aun lleva el «Codice Civile», ya que la forma pública se entiende que se exige «ad solemnitatem» y la inscripción se considera que es constitutiva. Para la finalidad que aquí se persigue y dado que la materia parece suscitar alguna controversia, entiendo que lo mejor es atenernos a lo que el legislador ha manifestado en la «Relazione». Ya se sabe que ésta no es de suyo vinculante, pero, independientemente de lo que den de sí la doctrina y la jurisprudencia en el futuro, siempre tendrá para nosotros el interés del modelo que los redactores del «Codice» quisieron efectivamente establecer. Así pues, en vez de citar aquí artículos y doctrina (39) vamos a tomar esos textos: «En la sociedad anónima, comanditaria por acciones y de responsabilidad limitada, donde las formalidades tienen eficacia constitutiva la falta de observancia de las formas legales implica que la sociedad no se ha constituido..., en defecto de la inscripción en el Registro, en el sistema del nuevo Código, no existe una sociedad anónima irregular porque ello estaría en contraste con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones efectuadas. De ello se deduce que por las obligaciones concluidas a nombre de la sociedad antes de la inscripción, son ilimitada y solidariamente responsables hacia los terceros solamente aquellos que han actuado, a no ser que, naturalmente, del comportamiento de los suscriptores no resulte que han establecido una sociedad de otro tipo (sociedad simple, colectiva o comanditaria), en cuyo caso serán de aplicación las normas correspondientes (40). En realidad, el régimen queda claro con estos textos. Únicamente queda una indicación por hacer: la inscripción va precedida de la homologación, para examinar la legalidad de la constitución; esto supone entroncar con la línea evolutiva acerca de la misión del Estado en la fundación de personas jurídicas que, repetidamente, se han enunciado y que aquí no convenía pasar por alto.

IV. SISTEMA ALEMÁN.

a) Una pieza importante del sistema alemán para la materia que aquí tratamos es el Registro mercantil. Conviene anotar el contraste, en este punto, con los sistemas expuestos, porque ese parangón nos será de utilidad para el Derecho español. En realidad, lo único que habría de decirse es que en este sistema hay un verdadero Registro mercantil y en los anteriores no. En efecto, el Registro francés (y contando a partir de su creación en 1919) es rea-

(39) Vid. en BRUNETTI, pág. 161 y ss., y 222 y ss., y 267. y en FERRARA, pág. 161 y ss., respecto de las sociedades anónimas que pueden estimarse como patrón para construir la doctrina.

(40) Los textos están tomados de FERRARA, pág. 162, en nota de su libro sobre «Gli imprenditori e le Società».

mente un «casier commercial» (41) con datos de interés para el tráfico. En él no está formulada ni la significación de la inscripción respecto de la calificación del comerciante, y en general del hecho inscrito, ni los efectos de la publicidad en sentido negativo y en sentido positivo (42). Respecto del Derecho italiano anterior al «Codice Civile» ocurre otro tanto. Justamente el Registro de empresas ha sido una de las más importantes novedades que se ha incorporado al Derecho de ese país (43). No es preciso seguir la historia de la formación del Registro mercantil para poder afirmar que si bien es cierto que en el Derecho italiano medieval se iniciaba la construcción de un Registro mercantil, en su plena significación privada, corresponde su establecimiento al viejo A. D. H. G. B. y que del Derecho alemán se sirven, como modelo, los sistemas contemporáneos que le implantan (44).

Para este lugar, importa sólo recordar que en el Derecho registral que de este Código pasa al vigente, el cual asegura la significación de la publicidad, existen inscripciones con efecto declarativo y otras con eficacia constitutiva y que en él se formulan los efectos negativo y positivo de la publicidad. Para el derecho de sociedades es de interés, también, la tendencia a extender la eficacia sanatoria de la inscripción. El juego de estas ideas no hay por qué exponerlo aquí con carácter general; se ha de ver sólo su funcionamiento en el derecho de sociedades.

b) En las sociedades colectivas no se exige forma alguna para la validez del contrato. Naturalmente la falta de esta exigencia no excluye la aplicación de las normas del Derecho civil para el supuesto de realizarse aportaciones cuya naturaleza lo exija; por ejemplo, inmuebles (45).

La inscripción tiene un diverso significado, que conviene delimitar: 1.º Sirve a los fines de publicidad de la existencia de la sociedad, de manera que ésta no existe frente a los terceros, sino a partir de ese momento, a no ser que se haya dado una publicación

(41) ROUSSEAU, cit. por BONNECARRERE y LABORDE-LACOSTE, ob. cit., página 48.

(42) Vid. obra de la cita anterior en el lugar citado. En el mismo sentido recuérdese la cita de PIC y véanse las críticas de ESCARRA.

(43) Vid. cualquier libro posterior a su publicación. Justamente por la falta de un Registro de comercio, durante toda la época de elaboración de la doctrina de las sociedades irregulares, se ha producido el fenómeno de no saber utilizar, debidamente, ahora ese nuevo dato para la construcción de la misma materia después del «Codice».

(44) Véase SCHNITZER: «Handbuch des Internationalen Handels, Wechsel und Checkrecht», Zürich y Leipzig, 1938. Pág. 161 y ss., en el «Kommentar» de BECKER al C. civil suizo, en el t. VII-4, a cargo de HIS, Berna, 1940, páginas 1 y ss., y GIERKE, «Handelsrecht und Schiffahrtsrecht», 6.ª edición, Berlin, 1949.

(45) V. GIERKE, ob. cit., pág. 164.

La falta de forma es criticada por HUECK («Das Recht der O. H. G.», 1946, pág. 35 y ss.), basándose en que la duración del contrato y las consecuencias de responsabilidad ilimitada la aconsejarían, al mismo tiempo que de esta manera se conseguiría que el clausulado fuera completo y correcto.

extrarregistral, mediante el comienzo efectivo de su actividad de negocios; es decir, hay dos publicaciones posibles, y, por tanto, la inscripción no es constitutiva, siempre que se trate de un objeto social que entre dentro de la enumeración de empresas que de suyo son mercantiles según el artículo 2 del H. G. B. 2.º Pero el registro cumple una función calificadora de la condición de comerciantes para aquellos supuestos de comerciantes «debidos» o «potestativos»; en este caso sólo hay sociedad colectiva a partir de la inscripción; ésta es, pues, constitutiva, pero no por la estructura de la sociedad, sino por una necesidad técnica: la sociedad colectiva ha de ser comerciante, y como su objeto no es mercantil sino a partir de la inscripción, sólo entonces podrá ser la sociedad colectiva. Es decir, se trata de ideas que nada tienen que ver con la irregularidad, sino con la adecuación de tipo de sociedad y actividad de la misma. Antes hay sociedad civil. 3.º La inscripción es obligatoria y, por tanto, existe un deber de inscripción de carácter público que, por tanto, no puede excluirse por la voluntad de los socios. Se sancionan con las normas penales registrales establecidas para este supuesto. Desde el punto de vista privado no puede fundar un motivo de disolución, de acuerdo con lo expuesto en el número 1.º anterior (46).

Respecto de las comanditarias, valen los mismos principios anteriores en cuanto a la sociedad misma. Hay desviaciones respecto de la responsabilidad de los comanditarios, para el supuesto de falta de inscripción. Esto sólo se ha de exponer: Si la sociedad comienza su actividad de negocios antes de la inscripción, los comanditarios responden como socios colectivos. Este es el principio general del artículo 176 del H. G. B. Pero como puede ocurrir que no hayan podido oponerse o no hayan conocido ese comienzo de la actividad social, se entiende que, si efectivamente no se ha dado ese consentimiento, su responsabilidad comanditaria subsiste entonces.

Lo mismo ocurre—dado que el precepto es de proyección de terceros—cuando éstos han conocido la calidad de comanditario del socio de tal condición; y, por último, para el supuesto de inscripción constitutiva, puesto que se entiende que la sociedad es civil, la responsabilidad y las posibilidades de limitarla se rigen por las normas que valen para las sociedades de esta naturaleza (47).

(46) Vid. HUECK, cit., pág. 54.

(47) Vid. WÜRDINGER, «Gesellschaften», t. I, pág. 149 y ss., con el detalle de las decisiones jurisprudenciales en que se apoya. Critica este autor la construcción legal, porque entiende que hay dificultades probatorias y falta de claridad en el ligamen de representación que afecta a los comanditarios, como consecuencia de la actividad de los colectivos; propone que, de «lege ferenda», se impusiera un sistema más riguroso y más claro: sometimiento a las normas de la sociedad colectiva y declaración de que el comanditario que no ha consentido el comienzo de los negocios responda ilimitadamente y, aportando la prueba de esa falta de consentimiento, tenga abierta una acción de regreso contra los demás consocios.

c) Cuesta trabajo, a la vista de los preceptos cuidadosos y detallados de la Ley alemana de Sociedades Anónimas de 1937, imaginar cómo puede existir una sociedad irregular de este tipo según la acepción corriente entre nosotros. A la vista de los momentos que se discriminan en el proceso de fundación de una Compañía de esa naturaleza, trataremos de exponer las hipótesis que nos llevarían a sociedades irregulares.

Aparte de los momentos que tienen interés para el proceso fundacional, desde un punto de vista jurídico-dogmático, hay que partir de una diferenciación importante: en el nacimiento de una sociedad anónima cooperan la voluntad privada, mediante un negocio fundacional que exige el consentimiento de los intervinientes, del cual no nos importa ahora su naturaleza jurídica, sino su carácter privado, y un acto de índole pública o estatal que consiste en la inscripción. Ambos están expresamente indicados en la ley: «Con la asunción de todas las acciones por los fundadores—en el supuesto de fundación simultánea—está la sociedad erigida» («errichtet») (art. 22, párr. 1.º) (Utilizo la traducción de «errichtet» por erigida porque hay que buscar una palabra igualmente falta de significación técnica para dejar a salvo la objeción de infeliz que a este término elegido por la Ley alemana hace toda la doctrina de este país.) «Antes de la inscripción en el Registro mercantil no existe la sociedad anónima como tal» (art. 34, párrafo 1.º, inciso 1.º) (48).

El contenido del consentimiento que se presta en el primer negocio se determina por referencia a los estatutos. Pues bien, el establecimiento de los mismos es un acto sometido a forma notarial o judicial con un contenido mínimo que fija la Ley (art. 16), que han de realizar los fundadores tanto en el supuesto de fundación simultánea como sucesiva y que precede necesariamente a toda otra actividad del proceso fundacional. Por tanto, dada esa exigencia de forma «ad solemnitatem», quiere decirse que si no se observa la prescripción del artículo 16 no puede surgir ningún tipo de sociedad anónima irregular. Sin esos elementos, podrá haber una sociedad de fundación—que tendría otra naturaleza—si su objetivo es fundar la sociedad anónima o un contrato preparatorio si se concierta la obligación de participar en la fundación de sociedad anónima (49). Estas figuras pueden extender su vigencia a lo largo de todo el período fundacional, pero no son sociedades anónimas irregulares propiamente dichas (50).

(48) Respecto de la fundación sucesiva, el primer momento se discute si ha de verse en el instante en que se suscribe todas o más de todas las acciones o en la Asamblea constituyente. La discriminación de este problema no importa ahora, interesa sólo su existencia.

(49) En este caso, el Tribunal Supremo entiende que debe estar sometido a la regla de forma del art. 16, aunque no tenga como contenido necesariamente todo lo que en ese art. se especifica. Vid. LEHMANN: «Gesellschaftsrecht», 1949, pág. 187.

(50) Vid. GIERKE, ob. cit., pág. 243.

Si ocurriera la aparición en el tráfico de una sociedad anónima que ni de este requisito inicial de establecimiento formal de estatutos hubiera partido, aparte de las sanciones de multa por omisión en que pudiera incurrir o de cualesquiera otras de diversa naturaleza, lo importante es que no sería sociedad anónima, sino que—dándose los supuestos conceptuales propios de estas sociedades en cuanto reflejan la estructura corporativa que las diferencia de las demás sociedades en sentido estricto—constituirían asociaciones sin capacidad jurídica sometidas a las normas de las sociedades civiles, de acuerdo con los preceptos del artículo 54 del B. G. B., con las desviaciones que en el mismo y a través de la elaboración jurisprudencial alemana se han establecido, aproximándolas a las asociaciones reconocidas. Del régimen de éstas (51) importa a nuestro efecto lo siguiente: Por los negocios concluidos en nombre de la asociación responden los que en los mismos han intervenido; la asociación no responde sino en el supuesto de que, en efecto, los que han actuado por ella tuvieran poder; esta responsabilidad es solidaria, pero puede limitarse en los estatutos; la extinción se produce como consecuencia de las normas en vigor respecto de la sociedad civil; no hay ningún precepto especial que asegure la disolución. La disolución se produciría con su correspondiente proceso de liquidación. Naturalmente, esta hipótesis de irregularidad que hasta aquí hemos considerado no excluye la función absorbente de la definición de sociedades colectivas del H. G. B., que puede operar cuando el objeto de la sociedad sea la explotación de una industria mercantil.

Después de la «erección» de la sociedad (52), no hay sociedad anónima aún. Existe otra figura distinta, puesto que, como tal, no aparece sino hasta la inscripción. La doctrina se divide en cuanto a la conceptualización de la sociedad que vive hasta la inscripción. Las dos posiciones son éstas: se trata de una asociación sin capacidad jurídica; estamos en presencia de una sociedad en sentido estricto (53). La posición correcta y predominante es la primera. Respecto del régimen de esta asociación, que puede tener el carácter de una sociedad irregular en nuestro concepto corriente, ya que no existe inscripción, he aquí lo que interesa:

1.º Se aplican las normas de las asociaciones no reconocidas en principio; pero teniendo a la vista que éstas tienen por finalidad convertirse en sociedad y que ese, por tanto, es su objeto, consecuentemente en este sentido han de entenderse limitados los poderes de los órganos de representación que se establecen con

(51) Que aquí no puede exponerse completamente por razones evidentes y que tiene defectos fundamentales que hace que toda la doctrina proponga modificaciones, de «lege ferenda». Vid. ENNECERUS, «Derecho civil», t. I, pág. 513 y ss.; LEHMANN, *ob. cit.*, pág. 168 y ss., y GIERKE, *ed. del 41*, t. II.

(52) Véase más atrás la razón por la que se utiliza ese término.

(53) Véase cualquiera de los libros hasta ahora citados.

arreglo a la Ley de Sociedades Anónimas, y asimismo sus funciones representativas.

2.º La misma responsabilidad que el B. G. B. estableció para los que actuaban para las asociaciones no reconocidas se impone aquí. Ambos puntos están preceptuados en el artículo 34 de la Ley. La sociedad podrá luego asumir las obligaciones contraídas por sus representantes, pero fuera de lo necesario para la constitución definitiva no está obligada. La responsabilidad de los que han actuado en realidad es una vinculación obligacional como parte en los negocios jurídicos en los cuales hayan intervenido (54).

La inscripción en el Registro tiene una significación doble: 1.º Cerrando la evolución que partía de la intervención inmediata del Estado en la fundación de las sociedades anónimas, se está en presencia de un acto de «incorporación», atributivo de la personalidad jurídica, acompañado de las necesarias garantías (55). 2.º Desde el punto de vista privado, la función de publicidad se acompaña aquí con una serie de efectos sanatorios de vicios que aseguren la fe registral y afirme la confianza de los que con la sociedad contraten.

Como en exposiciones anteriores me ocupo sólo de sociedades anónimas tomadas como patrón de las sociedades de capitales.

V. CRÍTICA DE LOS DISTINTOS SISTEMAS.

Se hace preceder esta crítica al estudio del Derecho español, porque parece más conveniente llegar a él con pocas ideas claras que abordar su interpretación, al mismo tiempo que la crítica, sin discriminar previamente los criterios para la valoración de esta última.

Predominantemente, en las líneas que siguen se tendrán en cuenta criterios de conveniencia y de caracterización jurídica de las figuras.

Una última advertencia preliminar: publicidad y forma son dos cosas distintas; la publicidad no es una forma del negocio, aunque para hacer público un negocio, respecto del cual, en sí mismo, el ordenamiento positivo ya exigió o dejó de exigir una forma, se utilice un determinado instrumento; vg.: la inscripción registral. Podrá luego construirse la materia de manera que, temporalmente, se hagan coincidir en un supuesto dado; pero, desde

(54) Véase sobre estos extremos el comentario de BAUMBACH y HUECK en la Colección «Becksche Kurz-Kommenatare», 6.ª ed. Munich y Berlin, 1949. Pág. 68 y ss.

(55) De legalidad a través del examen judicial y, además, de fondo no sobre la conveniencia de la empresa—el Estado ha renunciado a la iniciativa económica—, sino de su moralidad económica: examen por personas especialmente cualificadas que precede al anterior necesariamente.

el punto de vista de la técnica jurídica, sus conceptos permanecerán idealmente diferenciados.

La forma que se exige para la constitución de sociedades de carácter personalista, en su origen no respondió a ninguna de las ideas por virtud de las cuales normalmente se exige una determinada para ciertos negocios. Los fines genéricos de seguridad «inter partes» no fueron los tenidos en cuenta. Se pretendía la *seguridad de los terceros*: se trataba de un medio de publicidad o, en todo caso, de un presupuesto de la misma. Está suficientemente demostrado con los datos que se aportaron antes al dar la evolución histórica; me atrevo a sugerir que se repita ahora la lectura de los textos que allí se han dado.

Sólo más tarde llevó la doctrina su construcción de la naturaleza de la forma en los negocios jurídicos al derecho de sociedades de personas, al mismo tiempo que el derecho positivo pensaba en la función de seguridad «inter partes» de la misma. Pasó entonces, como consecuencia del rigor constructivo de la técnica, al examen de la forma de las sociedades, considerada en sí misma, y se llevó el análisis al terreno de la doctrina general de la forma en los negocios jurídicos. Allí no había más que dos troncos diferenciales resuntivos del carácter con que el Derecho positivo la exigía en cada caso: exigencia «ad solemnitatem» o «ad probationem». Esta última carece de significación en cuanto elemento del negocio (56); pero aquélla, al ser elemento esencial del negocio, implica que su inobservancia supone la inexistencia del mismo. Indudablemente, este mecanismo es correcto aplicado a la relación negocial entre los intervinientes: que no exista lo que no se concertó en forma debida; que no baste para demostrar su realidad con cualquier medio, porque habría inseguridad siempre acerca de la existencia misma del negocio respecto del que se restringe la prueba.

Al enfocar con estas categorías mentales el problema de la forma en las sociedades, se descuidó el darse cuenta de que el concepto elaborado—siempre los conceptos deben ser una generalización correcta de datos de derecho positivo—no era ampliable a las sociedades porque éstas no constituyen con los demás negocios un conjunto homogéneo: las sociedades nacen de un negocio jurídico, pero dan lugar, y en tal calidad subsisten luego, a unas personas jurídicas o a unas comunidades de mano común con efectos de carácter jurídico-real y de responsabilidad. Este sujeto referencial actúa en el tráfico, y resulta irreal y artificioso decir que no ha existido o que no se puede probar que ha existido lo que efectivamente ha actuado, estableciendo relaciones jurídicas con terceras personas. Esto es inevitable, no hay irregularidad si no hay una sociedad que se ha dado a conocer; la sociedad interna es interna y no irregular. Necesariamente, pues, la sanción tradi-

(56) Vid. CARIOTA-FERRARA: «Il negozio giuridico», s. d., pág. 453.

cional de la exigencia de forma, *tene una virtute que no es de forma, sino de publicidad.*

La imposibilidad de integrar este supuesto en las categorías tradicionales ha obligado ineludiblemente a ampliar los términos de la clasificación. Esto es lo que se ha hecho al tratarse de introducir en la dogmática la clase de forma «ad irregularitatem» (Carnelutti) (57).

Desde el punto de vista metodológico está bien haber emprendido ese camino: los conceptos jurídicos no son sino generalizaciones correctas de datos que se reducen a caracteres uniformes, para poder proceder a la generalización; si los datos cambian y la generalización no es correcta, es ésta la que habría de cambiar y no los datos mismos, si queremos que la ciencia jurídica sea realista y útil. Pero esta rectitud formal no supone que, en el fondo, la categoría propuesta satisfaga a todas las exigencias: me parece que deja en la oscuridad un aspecto importante de la cuestión: en las sociedades de personas, forma y publicidad van indisolublemente unidas y, por tanto, esta categoría habrá de presentarse siempre como híbrida.

En cualquier supuesto, y sin perjuicio de entrar en mayores detalles inmediatamente, al unir a los datos, argumentos ligados al concepto de publicidad, conviene ya aquí dejar sentado lo siguiente: la exigencia de forma mediante la sanción de inexistencia, al integrarla como elemento esencial del negocio, estará siempre en radical contradicción con la realidad de una sociedad que opera como tal en el tráfico. Consecuentemente, serán, desde este punto, correctos aquellos sistemas que utilicen una *coacción* para que se siga la forma que se imponga y que luego no sancionen con la nulidad, sino que recurran a la *conversión*; es decir, dar por válida la sociedad con la estructura que no sea pelgrosa para terceros: sociedad civil o sociedad colectiva en cuanto comprendida en la adoptada.

Respecto a las Sociedades Anónimas, la exigencia de *forma* se impone para las relaciones entre interesados y terceros, con mayor claridad, como absolutamente necesaria. Aquí también la sanción debe ser semejante a la anterior: conversión en Asociación no reconocida o en sociedad colectiva.

Una serie de cuestiones hay que plantear en lo referente a *la publicidad de las sociedades*. Como en el apartado anterior, conviene partir de ideas suficientemente seguras. En este sentido me parece que la caracterización de la hipótesis a la que atendemos

(57) A este autor se debe el descubrimiento de su particular naturaleza, según nos dice GENOVESE en su artículo «Le forme integrative e le società commerciali irregolari» en «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», marzo de 1948, pág. 119 y ss. El autor propone un cambio de la terminología a favor del enunciado que se contiene en el título mismo del artículo.

debe ser ésta: la sociedad irregular por definición es una sociedad que se nos aparece a virtud de una *publicidad de hecho* (si no se publica en el tráfico, si el que actúa con terceras personas no lo hace en nombre de la sociedad o de cualquier otra manera, ya que las formas son discutidas en doctrina, aunque siempre haya de existir alguna, tendremos sociedad interna, pero no sociedad irregular, como acertadamente ha puesto de manifiesto al dar el concepto la doctrina italiana); hay que saber, pues, qué efectos, de esta publicidad de hecho, se derivan y en qué medida se encuentran determinados o influidos por la existencia de una *publicidad de derecho*, cuyos efectos negativos se superponen a aquéllos. Junto a estas ideas de carácter técnico habrá que colocar, tratando de descubrirlas, las de conveniencia que, en definitiva, informan en esta materia la política legislativa. Comencemos por estas últimas.

La publicidad de las sociedades cumple unos fines cuya determinación se puede hacer con toda claridad siguiendo su aparición histórica. Respecto de las sociedades de personas, el texto que antes copié es suficientemente seguro y expresivo: se trata de saber, no que existe sociedad, sino quiénes están en sociedad y cómo se obligan y qué aportan.

Que hay sociedad ya lo sabe el que contrata; si no lo supiera y contrató, a pesar de ello, con una determinada persona, con ella exclusivamente consintió en establecer relaciones jurídicas. Merece protección su interés en deducir todas las consecuencias que se derivan del hecho de haber entrado en relación con una sociedad con la que ha contado, y que estas consecuencias sean correctas. De momento no se puede predicar otra cosa más que la corrección. Quede remitido lo demás para más adelante.

Para protegerle se introduce la publicidad. ¿Pero cómo se obliga a su cumplimiento? Aquí es donde hay que examinar los distintos sistemas.

El instrumento *técnico de la nulidad* es completamente inadecuado. Desde el punto de vista de su conveniencia es absurdo: no se persigue por el ordenamiento destruir la Sociedad; lo que se quiere es que subsista con claridad y que sea perfectamente conocida: esta era la finalidad histórica. Con la nulidad no se puede conseguir porque va más allá de lo que el legislador creía que podía llegar: creyó el legislador que así no habría sociedades perturbadoras, sin darse cuenta de que, a pesar de su declaración de inexistencia de las mismas, éstas se presentan como *sociedades de hecho*; no percibió la impotencia del recurso técnico.

Pero todavía hay unas consecuencias con las que no contó: la palabra «nulidad» no es un término inofensivo; tiene, por el contrario, un valor técnico, y la doctrina habría de extraer todas las consecuencias de su utilización: de aquí se deduce todas las derivaciones que la doctrina francesa aportó. Casi todas ellas son incorrectas, excepto la aportación de la doctrina de las sociedades de

hecho, que es de extraordinaria utilidad y de corrección jurídica completa. Veamos las más importantes equivocaciones: la nulidad no tiene nada que ver con las nulidades que, deducidas de otros supuestos, elaboró la doctrina. De aquí que los autores franceses, con exactitud, dijeran que no encajaba en el concepto general de aquéllas ni en ninguna de sus clases. La razón es que sirve a una finalidad completamente distinta de las otras: las nulidades se derivan de razones de ilicitud sustantivas que aquí no se dan; se trata de un peligro implícito en un negocio jurídico, por lo demás completamente correcto; no se trata de proteger a los que han sido partes en un negocio, sino a terceros; al imponerse la nulidad y ser ésta invocable por cualquier interesado, se pone a merced de los acreedores particulares de los socios la facultad de disolver la sociedad contra los intereses de los acreedores sociales cuando en el tráfico ordinario resulta que no tiene más protección, para las disminuciones patrimoniales de aquéllos, que la «acción pauliana», cuyos supuestos también le protegerían en el caso de constitución de una sociedad; a los acreedores sociales se les atribuye una opción absurda: si contrataron con una sociedad y luego pueden optar por no tenerlo en cuenta, quebrántase la prohibición del principio por el cual se declara que no se puede proceder contra los propios actos.

Aparte la regla general que se contiene en el principio anterior, la nulidad es un quebrantamiento del juego de relaciones entre publicidad de hecho y publicidad de derecho. Como es sabido, los efectos positivos de la publicidad se atemperan mediante el juego de la buena fe, si bien con los efectos consiguientes de la carga de la prueba, lo que hace que no merezca la protección registral quien conoce la inexactitud del Registro. De esta manera —entre otras— se atiende a la resolución de los problemas de coincidencia del registro con la realidad. Desde el punto de vista de los efectos negativos de la publicidad, por regla general, se protege la ignorancia que se deriva de acontecimientos, producidos fuera del Registro, que están en contradicción con lo que en el Registro consta. De suyo, los efectos negativos no se suelen extender a aquellos supuestos que viven absolutamente fuera del Registro y que nunca causaron una inscripción, aunque puedan extenderse esos efectos, derivándolos de la obligación de inscribir aquellos hechos o negocios jurídicos que, siendo susceptibles de inscripción, estaban sometidos a aquella obligación de inscribirse. Pero en cualquiera de estos dos supuestos de amplitud del efecto negativo de la publicidad, también entra en juego la buena fe: no puede ser el mecanismo formal del registro una excusa de immoralidades; la publicidad efectiva que origina el conocimiento de hecho no hay razón para excluirla porque, en definitiva, está sirviendo actual y materialmente a la misma función a la que formalmente atiende el Registro.

Si este razonamiento quebrara, todavía quedaría el de reduc-

ción al absurdo: lo que se desconocería, en materia de Sociedades, sería nada menos que la existencia misma de la «parte» que contrató con el supuesto tercero que se trata de proteger, pues a eso equivale el considerar como nula a la Sociedad irregular con la que ha entrado en relación la persona que luego invoca su inexistencia. Podrán no perjudicar a ese tercero los términos del contrato de Sociedad celebrado entre los socios, respecto de cuyo negocio es efectivamente tercero en el orden mercantil, pero lo que no tiene sentido es que le perjudique la existencia misma de la «parte» con la que él ha contratado.

Naturalmente, en los sistemas jurídicos en que no existen declaraciones de efectos positivo y negativo de la publicidad registral, como el francés, y que, por tanto, los efectos de la publicidad de hecho no se pueden encontrar condicionados por el Derecho, la materia no merece ni la discusión.

Cuestión distinta es la de los efectos concretos que para terceros puedan tener los pactos sociales. Pero de esto ahora no se trata; la nulidad, que es lo que se toma de momento en consideración, se refiere a la existencia misma de la Sociedad.

En cambio, sí tiene importancia tratar de descubrir dónde puede tener lugar el perjuicio derivado de la falta de publicidad, para decidir sobre los otros sistemas que nos ofrece el Derecho comparado. No es preciso esforzarse demasiado para ver que lo que importa es que la función representativa de los que han actuado por la Sociedad cumpla sus efectos de establecimiento de ligamen jurídico con los que sean miembros de la entidad, que se conozca el alcance de la responsabilidad de los socios en cuanto constituyen desviación de la responsabilidad universal ordinaria, y que se pueda saber en qué términos se produce el acotamiento de un patrimonio afecto a los fines sociales. Naturalmente, estos fines están después de dar por sentado que la Sociedad existe. Para conseguirlo no hay más que un sistema: que la Sociedad exista, pero en circunstancias que no se pueda estimar peligrosa su existencia; es decir, mediante la conservación de la responsabilidad ordinaria, salvo que se den las necesarias garantías—variables según el tipo y poniendo en relación la publicidad registral con la de hecho—para desviarse de esa regla general. El recurso genérico más comprensivo es aquí el de la conversión: no se producen los efectos totales queridos, pero sí los mínimos igualmente queridos, para los que no hacen falta los presupuestos legales.

Respecto de la operación de estos principios, hay que hacer algunas adiciones que hacen referencia a las Sociedades de capitales y que parten históricamente de las Sociedades Anónimas. Como es sabido, la evolución que ha sufrido la manera de intervenir el Estado en esta materia, ha dejado un sedimento que no deja de tener su justificación práctica. En estas sociedades, que son las que tienen personalidad jurídica, el viejo acto de *incorporación* por un acto estatal, de carácter gubernativo, ha pasado a ser un

acto no gubernativo, pero no por eso menos estatal. Desde el punto de vista dogmático, a este acto se atribuye la concesión de la personalidad jurídica, sin cuyo atributo no se pueden considerar esas sociedades como tales, con tal de que se entienda la personalidad jurídica en su pleno alcance. Esta situación, aparentemente reminiscente, tiene su importancia práctica: la constitución de una sociedad de las de esta naturaleza, en cuanto en ese momento fundacional se procede a establecer su patrimonio, único responsable de la actividad del nuevo ente, que para nada tendrá comunicación con los patrimonios de sus socios, respecto de los cuales se produce una separación completa, que impide el recurso subsidiario a éstos para el supuesto de obligaciones sociales, es notablemente importante y peligroso. Conviene entonces reservar el momento de constitución para el instante en que la función examinadora de la autoridad registral o, en su caso, de expertos especialistas—en los ordenamientos en que esto se exige para las Anónimas—den la garantía del nacimiento sano del nuevo sujeto de derechos. Hasta entonces podrá existir sólo otro tipo asociativo.

Por supuesto, la adición de una responsabilidad especial para los que hayan actuado en nombre de las Sociedades en constitución y en las que se da irregularidad, en modo alguno ofrece dificultades técnicas o prácticas. Respecto de su alcance volveremos al tratar del Derecho español, ya que aquí no se trata del detalle de las cuestiones, sino del enjuiciamiento general de las maneras de atender al fenómeno jurídico de la irregularidad de las sociedades.

VI. LAS SOCIEDADES IRREGULARES EN EL DERECHO ESPAÑOL.

A) *Evolución histórica.*

1. *En las Ordenanzas de Bilbao*, correspondiéndose con las circunstancias jurídicas de la época, se dan las siguientes notas, cuyo curso posterior en nuestro Derecho será preciso seguir (58).

a) La Compañía que regula es la de «mercaderes». Es decir, no se ha acotado el Derecho mercantil en un Código objetivo que funcione sobre la base de subsunción en un concepto jurídico, que sea cerrado y excluya el recurso a otro Código complementario (el Civil) o lo reglamente en determinadas circunstancias generales. La Compañía de los comerciantes—correspondiéndose con el sistema de delimitación subjetiva de la materia mercantil—está caracterizada por el hecho de ser ellos los que en la misma participan. No preocupa la construcción de un concepto de Sociedad diferente del Derecho civil porque no son los conceptos del Derecho positivo los que con exclusividad juegan para la aplicación del Derecho.

(58) No quiere decirse que se dé una continuidad *directa*. La continuidad se da en la medida en que nuestra Ordenanza se asemeja a la francesa, ésta influye en el Código de Napoleón y éste en nuestro Código del 29.

b) La «abstracción subjetivadora», que va implícita en la personalidad jurídica de las sociedades aunque esté acogida en la doctrina, no es un concepto operante en la técnica legislativa. En la definición de Compañía (apartado I del capítulo X de las Ordenanzas) o en la obligación que se establece de publicidad y que luego veremos (ap. V del mismo cap.) lo que se tiene en cuenta es que *unos comerciantes* están en Sociedad.

c) Muy importante es poner de manifiesto que la sociedad comanditaria tampoco está diferenciada ni tipificada en nuestra Ordenanza. Conviene volver a repetir las consideraciones expuestas al tratar del Derecho francés originario: 1.ª En el sistema subjetivo y con las prohibiciones o desconsideraciones que regían respecto de la participación en el tráfico mercantil de nobles, c.érigos y militares, las figuras de sociedad comanditaria, y luego anónima, se enjuician desde el punto de vista de la posibilidad de que participen en ellas otras personas que no sean mercaderes sin que sean conocidas. Pero de rechazo la publicidad de estas sociedades iba en perjuicio del sígilo que era una de las razones de su utilidad. 2.ª La indiferenciación de las sociedades comanditarias o de participación de comanditarios en las sociedades de apariencia «general» son precisamente el motivo fundamental de las prescripciones sobre publicidad. 3.ª La fuerza de las clases sociales se deja sentir justamente sobre el incumplimiento de la publicidad. Carezco de datos para calcular la efectividad de hecho en nuestro país de estas consideraciones; pero ello no empaña la existencia del paralelismo en la indiferenciación de las comanditarias.

He aquí el texto de la Ordenanza demostrativo: «Todos los interesados en una Compañía serán obligados a abonar y llevar a debida ejecución, a pérdida o ganancia, cualesquiera negocio que cada compañero haga y execute en nombre de todos, con otras personas y negociantes fuera de ella; saneando cada uno las pérdidas que pueda suceder hasta en la cantidad del capital y ganancias en que fué interesado y resultara del total de la compañía; entendiéndose que aquel o aquellos bajo de cuya firma corriere la Compañía estarán obligados además del fondo y ganancias que en ella les pertenezcan con todo el resto de los bienes habidos y por haber...» (Cap. X, párrafo XIII.)

d) La publicidad es el motivo de la exigencia de forma y del sistema de publicación, mediante el depósito de la escritura en poder del Prior y Cónsules del Consulado:

«Siendo las compañías más frecuentes en el comercio aquellas generales que usan y practican muchos de sus individuos, conviene y es necesario para la conversión (sic) de la buena fe y seguridad pública, del mismo comercio en común, que todos los negociantes tengan exacta noticia de ella para que por este medio dirijan unos y otros sus negocios con mayor confianza y conocimiento...» (Apartado III.)

No existe ni un Registro ni unos principios de publicidad legal: existe una publicidad formal en el archivo del Consulado que se declara en el apartado V. No existen sanciones de derecho sustantivo para el supuesto de incumplimiento.

2. A partir del *Código de comercio del 29*, se producen ya algunos cambios de interés en la situación jurídica anterior.

a) Se *acoge* del Derecho civil el «concepto» de sociedad (artículo 264) (59). El uso del concepto implica una nota objetiva y de aplicación de las disposiciones por subsunción en el mismo y no por la calidad personal de los intervinientes. Este resultado se produciría, quisiera o no el Código, por el hecho de utilizar en el Derecho positivo definiciones: el artículo 2.º del Código refleja esta necesidad (60), pero no por eso las sociedades dejan de ser entendidas como agrupaciones de personas que son individualmente comerciantes, como se verá inmediatamente. El «es aplicable», del artículo 264, deja claramente de manifiesto que no ha querido el Código del 29 construir un concepto de sociedad distinto del civil: los tipos que él regula—colectivas, comanditarias y anónimas, como el francés—son subespecies del contrato de sociedad: en ellos se dan las notas mínimas de la sociedad del derecho común y, además, las características de la figura específica.

b) La personalidad jurídica tampoco está declarada ni juega en la técnica legislativa. Permanece, en este sentido, la característica de las Ordenanzas. El artículo 1.º del Código, al definir quiénes son comerciantes, se refiere sólo a los comerciantes individuales y no tiene en cuenta las sociedades. En el Registro de comercio hay dos secciones: la matrícula general de comerciantes constituye la primera; la segunda se refiere a cartas dotales y capitulaciones matrimoniales, *escrituras de sociedad* y poderes que afectan a aquellos que son los que interesan y constituyen la base del régimen de publicidad.

c) En el Código que consideramos están «definidas» y por tanto «tipificadas», las distintas clases de sociedades que reglamenta. He aquí el texto del artículo 265:

«Puede constituirse la sociedad mercantil: 1.º En nombre colectivo bajo pactos comunes a todos los socios, que participen en la proporción que hayan establecido, de los mismos derechos y obligaciones, y ésta se conoce con el nombre de compañía regular co-

(59) «El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se unen poniendo en común sus bienes e industria o algunas de estas cosas con objeto de hacer algún lucro, es aplicable a toda clase de operaciones de comercio, bajo las disposiciones generales del derecho común, con las modificaciones y restricciones que establecen las leyes del comercio.»

(60) He aquí su texto: «Los que hagan accidentalmente alguna operación de comercio terrestre, no serán considerados como comerciantes, para el efecto de gozar de las prerrogativas y beneficios a éstos concedidos por razón de su profesión, sin perjuicio de quedar sujetos en cuanto a las controversias que ocurran sobre estas operaciones a las leyes y jurisdicción del comercio.»

lectiva. 2.º Prestando una o varias personas los fondos para estar a las resultas de las operaciones sociales, bajo la dirección exclusiva de otros socios que lo manejen en su nombre particular: ésta se titula compañía en comandita. 3.º Creándose un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno o muchos objetos que den nombre a la empresa social, cuyo manejo se encargue a mandatarios o administradores amovibles a voluntad de los socios, y esta compañía es la que lleva el nombre de anónima.»

Estas definiciones legislativas tienen varios defectos importantes y de inmediata trascendencia práctica: 1.º No toman como base la organización de la responsabilidad en cada figura, que, como es sabido, es la nota más importante. Pero además la responsabilidad interesa desde el punto de vista de los perjuicios que se pueden derivar de la falta de publicidad, como quedó demostrado en el primer momento en que el problema se planteó y que antes se expuso: 2.º No va indicado en la definición el requisito de la dedicación al comercio o la declaración de que el tipo mismo que se adopta da lugar a su calificación de mercantil con carácter necesario. Las consecuencias se arrastran hasta el derecho vigente, y al tratar de éste se expondrán.

Hay que añadir otra observación: las anónimas, que estaban fuera del derecho común de los comerciantes y vivían sometidas a las normas especiales de su creación por acto público, pasan ahora a integrarse en el Código. Esto supone que, salvo las disposiciones especiales que para las mismas se dicten, en lo demás quedan sometidas al régimen general de sociedades. Esta generalización del derecho positivo influirá en la construcción de nuestra *doctrina general* de las sociedades.

d) La *forma* se exige con fines de publicidad, como ocurría también en las Ordenanzas y, en general, en el Derecho comparado. Por la unificación de todos los tipos de sociedad, no se hace diferenciación en este punto: la norma se aplica a toda clase de sociedades. El cuadro dispositivo es éste: Se obliga a la escritura pública (art. 284). El documento privado obliga a otorgar la escritura antes del comienzo de las operaciones sociales. La misma norma vale para las modificaciones (arts. 285 y 289). La sanción por incumplimiento se precisa así: «La contravención de este artículo será suficiente excepción contra toda acción que intente la sociedad por sus derechos o bien cualquiera de los socios por los que respectivamente les competan, y será de cargo de la sociedad o del socio demandante acreditar que la sociedad se constituyó con las solemnidades que van prescritas, siempre que el demandado lo exija. La compañía, además, incurrirá por dicha omisión en la multa de diez mil reales de vellón» (art. 285, párrafos 2.º y 3.º). La idea publicitaria se refleja, por último, en la prohibición de pactos reservados (art. 287) y restricción de la prueba: «Los socios no pueden oponer, contra el contenido de la escritura, documento alguno privado ni prueba testimonial» (art. 288).

El *Registro* que establece el viejo Código, es fundamentalmente en su contenido la recepción de las viejas instituciones de las organizaciones corporativas de comerciantes: *matrícula* de comerciantes y publicidad formal de determinados hechos, que afectaban a aquéllos, y que son los que antes se han indicado. No obstante hay alguna adición importante: 1.ª El estar el Registro a cargo de la Secretaría de la Intendencia de cada provincia, supone la separación de la vida corporativa autónoma para ir al Estado, si bien con carácter fundamentalmente gubernativo. Esta tacha sería invocada por la vieja doctrina como una nota que afortunadamente haría desaparecer el nuevo Código, y como una notable conquista de éste. 2.ª Se dispone una sanción que pudiera ser una formulación inicial de la publicidad en sus efectos negativos, aunque importe más como antecedente del actual artículo 24 del Código de comercio: «Las escrituras de sociedad de que no se tome razón en el Registro general del comercio no producirán acción entre los otorgantes para demandar los derechos que en ellas les hubiesen sido reconocidos sin que por eso dejen de ser eficaces en favor de los terceros que hayan contratado con la sociedad (art. 28). 3.ª En cierta manera declara el principio de legalidad (art. 23).

El texto del artículo 28, puesto en relación con el 285, párrafos 2.º y 3.º, pone de manifiesto con absoluta evidencia: que la sanción del Código del 29 consiste en declarar *existente* la sociedad para terceros, e *inexistente* para los socios entre sí y para éstos frente a aquellos terceros. Es decir, a la vista de los antecedentes franceses que manejaba, Sáinz de Andino creó una solución más lógica que la francesa y más correcta, aunque no desprovista de inconvenientes. En cualquier supuesto, sin embargo, es la *existencia* misma de la sociedad lo que juega; no se trata de darla por existente o decidir que perjudique o deje de perjudicar el contenido de su documento constitucional. Así lo entendió la doctrina más autorizada, introduciendo ya la idea de la personalidad jurídica, indicando que era ésta la que no nacía sin los requisitos establecidos por el derecho positivo (61).

Para las sociedades anónimas, el Código dictaba unos preceptos muy interesantes y, en sí mismos, correctos. La privatización de las sociedades anónimas se había consumado con su publicación, y de aquí que separe, de un lado, las que hubieran de gozar de privilegios, y de otro, las demás. Respecto de las primeras se exigía la aprobación gubernamental; las segundas caían bajo la disposición del artículo 293: «Es condición particular de las compañías anónimas que las escrituras de su establecimiento y todos los reglamentos que han de regir para su administración y ma-

(61) Véase MARTÍ DE EIXALA: *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 5.ª edición, por DURÁN Y BAS, 1870, pág. 266, y GONZÁLEZ HUEBRA: *Curso de Derecho Mercantil*. T. I. 1853, pág. 122, y la extensa nota que en ella se contiene.

nejo directivo y económico se han de sujetar al examen del Tribunal de comercio del territorio donde se establezcan, y sin su aprobación no podrán llevarse a efecto». Basta la lectura del texto legal para percibir que, en el viejo derecho, quizá por la proximidad a la época inmediata anterior de vida de las sociedades anónimas y de los escándalos financieros y peligros de las mismas se comprendió la necesidad del *examen* de sus elementos constitutivos, desde el punto de vista de su legalidad formal y de su rectitud económico-jurídica, aunque el Estado, por consecuencia de la evolución política, renunció a la iniciativa completa de constitución de este tipo de sociedades.

La liberalización extrema del Estado con la secuela del desentendimiento de la vida económica sólo se produjo más tarde en nuestro país.

B. *El Código vigente* se propuso rectificar el del 29, pero lo tomó como base. Algunas de aquellas rectificaciones, aparentemente, lo eran sólo de dicción y, sin embargo, lo cierto es que contienen cambios importantísimos.

a) Grupo ahora el concepto y las clases de sociedades que hasta aquí se han expuesto como cuestiones separadas para utilizarlas ya en el tratamiento de uno de los aspectos del problema de las sociedades irregulares:

el artículo 116 parte, como el 264 del viejo Código, de una descripción del contrato de sociedad en general; pero luego no añade que «es aplicable», sino que «*será mercantil* cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código»;

en las definiciones de las distintas clases de sociedades del artículo 122, siguiendo al Código del 29, tampoco se hace referencia al ejercicio del comercio, ni se obliga para ejercer el comercio a adoptar un tipo mercantil. De aquí resulta: 1.º Decidir constituirse de acuerdo con las prescripciones del Código es un acto libre de los interesados. 2.º Como no hay en la definición el elemento del ejercicio del comercio, resulta que el concepto de cada sociedad mercantil no puede realizar la subsunción automática, que es la regla de funcionamiento del sistema de Derecho positivo actual en todas partes, sustituyendo así a la voluntad de los particulares, para definir las figuras, la de la Ley para decidir lo que realmente sean. En síntesis, el resultado es: ser o no ser una sociedad mercantil es una decisión arbitraria en todos los casos en que los interesados mismos no lo digan, y el hecho de poderlo decidir éstos, una incorrección de técnica legislativa.

Sobre la base de estos textos legales, la doctrina y la jurisprudencia han venido recorriendo un camino que han dejado a la mitad. Ambas han llegado a la conclusión de que lo decisivo, buscando apoyo en otros textos legales del Código, para decidir de la mercantilidad de una sociedad es su dedicación al ejercicio del comercio como respecto de los comerciantes individuales. Este re-

sultado es correcto, pero incompleto. Falta encontrar un instrumento por virtud del cual se determine que ese ejercicio del comercio no se pueda realizar más que por sociedades que adopten algunas de las formas que están en el Código de comercio; la existencia de «sociedades mercantiles», con caracteres distintos de los civiles, no es más que el resultado de una evolución por virtud de la cual se había entendido que para el tráfico mercantil hacían falta «desviaciones» del derecho común, y eso y no otra cosa venían siendo las colectivas y comanditarias. El Código tenía que haber resuelto la cuestión poniendo el «ejercicio del comercio» en el concepto de las colectivas, y así éstas hubieran sido las sociedades «generales» que siempre fueron mientras no se decidiera otro tipo por subsunción automática bajo el «concepto». Esta es la solución alemana correctamente entendida por la doctrina. No sería obstáculo, como no lo es en el derecho comparado, que las civiles, por su objeto, «puedan» adoptar una forma mercantil, y también es correcto que esta adopción sea un acto libre. En definitiva, se trata de un problema de «combinatoria»—valga la expresión—de dos términos: la sociedad «comerciante colectivo» y la sociedad «tipo de organización». Este tipo sólo debe valer para los que sean «comerciantes», y no debe poderse ser «comerciante colectivo» sino bajo la investidura de un «tipo» de sociedad mercantil. Si queda libre la adopción de un tipo mercantil para las sociedades que no se dediquen al comercio, declárese legalmente que sean «comerciantes» a partir de la inscripción, eludiéndose así su propia irregularidad: antes no ha podido, teóricamente, participar en el tráfico mercantil, pues si no, no serían civiles.

Añadamos, por último, que la «constitución con arreglo a las disposiciones de este Código» se han entendido no en el sentido de forma = clase de sociedad, sino formalidades = escritura e inscripción, y si esto se aceptara aún, uno de los problemas de nuestro tema sería insoluble si un arbitrio: *el del carácter mercantil de las sociedades irregulares*. Si la escritura y la inscripción son elementos esenciales, tendríamos la siguiente contradicción: siendo el postulado que no se ejerza el comercio por sociedades que no sean de las reguladas en el Código, por el propio precepto de éste se obstaculiza la calificación de mercantiles, de las que en efecto se dedican a ese tráfico, ya que, por definición, estas sociedades han infringido aquellos preceptos, de donde se deduce el absurdo de que el propio texto impida lo que desea.

Se nos presenta el problema del carácter mercantil de las sociedades irregulares, en el tráfico, en esta forma: unas veces se declara constituída una sociedad civil a pesar de tener por objeto el ejercicio de un negocio mercantil. Esto es frecuente en las particiones—más en las viejas que en las actuales—para continuar el negocio del causante. Otras no se dice nada y no existen documentos públicos. Simplemente, se nos presentan situaciones de sociedad que se derivan de «facta concludentia» o de documen-

tos privados, sin ninguna intervención jurídico-cautelar. Por último, lo más raro, se presentan sociedades que constan en escritura pública y luego no se han inscrito. En éstas, lo normal es que se declare constituir un tipo determinado, de los que en el Código de comercio se contienen.

En los dos primeros casos, la jurisprudencia ha decidido a veces que se trata de una sociedad civil. En el tercero, no se ha tratado de deshacer la calificación que en la escritura se contiene. La doctrina, con respecto al primer supuesto, ha censurado la tesis jurisprudencial sobre la base del siguiente argumento: si se dedica la sociedad al tráfico mercantil, es sociedad de esta naturaleza. Pero omite la doctrina tomar en consideración que la jurisprudencia, para resolver los problemas que se le plantean casi en todos los casos, lo que necesita saber es en qué tipo o clase de sociedad se las subsume. Este es, justamente, el paso que la doctrina no ha dado, como antes se indicó.

La solución del problema está en: 1.º Romper definitivamente con la idea de que escritura e inscripción tengan nada que ver con los elementos definidores de las sociedades mercantiles. 2.º Decidir que las sociedades que se dediquen a un tráfico mercantil son mercantiles. De aquí se deducirá la aplicación a las mismas de las normas referentes al «status» del comerciante: contabilidad, quiebra, etc. 3.º Decidir sobre la subsunción en un tipo determinado para poder saber a qué preceptos ha de atenerse su régimen de organización. De suyo, este fin debieran cumplirlo las colectivas, si en la definición de las mismas estuviera la dedicación al comercio. Pero habremos de remitirnos, para la solución completa de este problema, al momento en que hayamos estudiado las sanciones derivadas de la irregularidad. Quede, sin embargo, de momento claro que se acepta la idea corriente de la mercantilidad de las irregulares, pero quede también entendido que la solución del problema de la mercantilidad es al mismo tiempo la apertura de otro: el de la subsunción de las sociedades irregulares dentro de un tipo, y que éste no está resuelto.

b) Nuevamente tenemos necesidad de ligar dos cuestiones que se habían venido tratando separadamente: la de la personalidad y la de las exigencias de forma y publicidad.

La *personalidad jurídica* de las sociedades mercantiles se declara ya en el Derecho positivo (art. 116, párrafo 2.º). En otra ocasión he examinado los precedentes y el significado de esta declaración legal. Ahora interesa centrar la atención en la materia desde otro punto de vista: la personalidad de las sociedades juega en Derecho positivo, el cual hace construcciones partiendo de su existencia. Son de importancia aquí: las sociedades son «comerciantes» (art. 1.º del Código) y están obligadas a inscribirse en uno de los libros que a ella se dedican en el Registro mercantil (arts. 16 y 17).

La *forma* no se exige en el Código para las sociedades «ad so-

lemmitatem». La infracción del precepto del art. 119. párrafo primero, no da lugar a la inexistencia, sino a la *irregularidad*. Esta cuestión está clara por lo que determina el artículo 117, en el que la libertad de la forma se establece. Permanecerán, naturalmente, las restricciones de la limitación *de prueba* del artículo 51 del Código de comercio. Por tanto, salvadas estas restricciones, tendremos que, probada una situación de sociedad con escritura pública o sin ella habrá pasado a la situación de sociedad irregular sometida al régimen que para éstas tratamos de determinar. En nuestro Derecho, en definitiva, la exigencia de escritura es presupuesto de la publicidad, derivada de la regla sobre documentos susceptibles de ser llevados al Registro y, al mismo tiempo, inspirada en la idea de constancia clara de los términos en que la sociedad se constituye con vista a los terceros interesados.

La *publicidad* que se establece, que, en definitiva, constituye el eje del problema, ha de ser analizada con cierto detalle: el Código de comercio establece un Registro de comercio en la plena significación de la palabra en derecho privado. La aspiración de los redactores del Código fué muy ambiciosa en cuanto al alcance de este registro.

Las normas de reglamentación del mismo que van al Código obedecen a dos influencias: muy probablemente una influencia alemana—la del Código del 61—, y, con toda seguridad, recibe la *inspiración hipotecaria*, que está en el ambiente legislativo español en la época en que el Código se redacta (62). No es preciso detenerse en la exposición de mayores detalles sobre nuestro Registro mercantil, pues esa impronta genérica es la que nos va a ser de utilidad.

Se preceptúa un *régimen de publicidad* que consiste en la inscripción en el Registro (arts. 119 y 17), que se declara obligatoria, de la escritura de constitución. Igualmente deben inscribirse las modificaciones (art. 25). *Reglamentariamente* se establecerá qué personas están obligadas a solicitar la inscripción (art. 112, 1.ª del Reglamento). Obligación de los Notarios de advertir el deber de inscripción (art. 114), publicación de balances (art. 113), publicación especial por las sociedades anónimas de los balances en el periódico oficial, aparte de la centralización, en un Registro central de las mismas, de los datos que a ellas se refieren (art. 126, en relación con el 152 del Código). Este último Registro, en el cual la inscripción se produce por comunicación de los mismos Registradores, no puede estar sometido al mismo régimen de sanciones que tratan de asegurar los demás preceptos. Por tanto, en lo

(62) Esta influencia está demostrada por GARRIGUES y criticada en su magnífico estudio publicado en la «Rev. Crit. de Derecho inmobiliario» y luego recogido en las ediciones de sus obras. Puede verse en la propia «Exposición de motivos» del Código, y su importancia puede deducirse de la coincidencia de alguna persona, por ej., de don Pedro Gómez de la Serna en la Comisión de la primera Ley Hipotecaria y en la Comisión del 60 que, en definitiva, redactó el Código que luego se revisaría.

que sigue, se prescinde de su referencia, quedando a salvo esta advertencia.

El sistema ha *dejado de distinguir* a las sociedades anónimas de las demás; es una construcción unitaria; ha desaparecido la cautela respecto de las sociedades anónimas.

c) Las *sanciones*, para el supuesto de incumplimiento con el régimen anterior, tienen su historia próxima que ayudará a comprender cuáles son y cuál es su alcance. Veamos ordenadamente este problema:

1. Es sabido que el régimen del Código del 29, en materia de sociedades anónimas, se cambia por la Ley de 28 de enero del 48 y su reglamento del año siguiente, que volvieron a un sistema de intervención administrativa que se refería incluso a la oportunidad de la empresa. El régimen cambió de nuevo en 1869, estableciéndose determinadas prescripciones que trataban de asegurar la libertad y la publicidad. No estuvo claro que se refiriera la reglamentación sólo a las sociedades anónimas: la unificación en el texto legal de las Compañías tradicionales y las viejas Compañías de privilegio no había calado aún. Se hizo precisa la aclaración expresa y cuando se llegó al Código, inspirado en la Ley de Bases del 69, que establecía los principios de libertad, ausencia de intervención administrativa y publicidad, se trató la materia en el articulado con *uniformidad* para toda clase de sociedades.

2. Al desenvolverse aquellos principios se llegó a determinados resultados, de los cuales nos interesan aquí algunos. El principio de libertad dió lugar a la atipicidad y a la libertad de formas (art. 122 y 117). Este último, que nos interesa, ya ha sido estudiado y no ofrecía dificultad. El desarrollo del principio de *publicidad* es el que parece provocar confusión en nuestra doctrina y jurisprudencia.

El desarrollo de ese principio se hizo en «forma hipotecaria». Esto tiene notable trascendencia. Nuestros autores lo han aceptado así, respecto de la interpretación del art. 24, que está en la parte de Registro, pero no han dado el salto para hacerse cargo de que la *coacción* para obtener que las sociedades se inscriban también tiene la misma inspiración. Voy a copiar dos textos de la Exposición de Motivos que lo aclaran, a mi manera de ver, paladinamente: «Aunque el proyecto *no impone apremio ni coacción alguna a los asociados para que den publicidad por medio del Registro a la constitución de la Sociedad*, declara responsables a los encargados de la gestión social de los perjuicios que la omisión de este requisito pueda irrogar a terceras personas, las cuales, en ningún caso vendrán obligadas por los pactos y cláusulas del contrato social cuyo contenido ignoran. Mas, por esta misma razón, no podrán prevalerse de aquella falta de publicidad los socios, pues siendo conocedores de los términos y condiciones del acto constitutivo de la sociedad, producirán entre ellos todos sus efectos desde el momento de su celebración, doctrina que el pro-

yecto derogando la del Código vigente que dispone lo contrario.» Este texto corresponde a la parte de la Exposición de Motivos *de la parte de Sociedades*. En la correspondiente a la del Registro, se dice: «En cuanto al segundo punto, el Proyecto declara, ante todo, de acuerdo con los principios de libertad profesional, voluntaria la inscripción personal de los comerciantes, estimulándola sin embargo eficazmente por medios indirectos, continúa haciéndola obligatoria para las Sociedades y para los buques, toda vez que respecto de unas y otros constituyen el Registro Mercantil la única prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil y *sustituye la necesidad* que hoy existe de practicar la inscripción dentro de un plazo fijo y perentorio bajo cierta multa (recuérdese el art. 285 y el 26 del viejo Código: 10.000 reales de vellón y 15 días), *por la libertad de inscribir o no los documentos, sin otra sanción que la de quedar privado el acto o contrato de ciertos beneficios y ventajas* que se conceden a los actos inscritos a cuyo fin se consigna el principio general de que estos últimos producirán efecto legal, en perjuicio de tercero, sólo desde la fecha de la inscripción, sin que puedan invalidarlos otros actos anteriores o posteriores no registrados; lo cual debe entenderse salvo la preferencia que según el mismo Código tienen ciertos créditos aunque no se inscriban y la que gozan los inmuebles con arreglo a la Ley Hipotecaria los que se hubiesen inscrito en el Registro de la Propiedad. Y, como consecuencia del mismo principio, *deroga la legislación vigente sobre los efectos de la no inscripción de las escrituras de sociedad* y de los poderes conferidos a los factores, declarando, en armonía con la teoría general del Registro de la Propiedad territorial que estos contratos surtirán efectos entre los otorgantes, pero *no en perjuicio de tercero*, quien, sin embargo, podrá utilizarlos en lo que le sean favorables.» Me parece que queda suficientemente claro que los legisladores, en el Código vigente, no quisieron establecer más que dos *sanciones* para la irregularidad: 1.ª El no perjuicio para tercero de los pactos establecidos en la sociedad *desde luego existente*. Nada habla de la nulidad de la misma, ni entre socios, como en el Código del 29, al que expresamente se deroga, ni respecto a terceros. 2.ª La responsabilidad impuesta a los gestores por las consecuencias que se deriven del hecho de la no inscripción. Estas ideas de la Exposición pasan a los arts. 120 y 24 del Código de Comercio.

3. Pero la doctrina española ha añadido algo más. Puesto que el art. 116 en su primer párrafo dice: constituida con arreglo a las disposiciones de este Código», cuando en el párrafo segundo determina que «una vez constituida la Compañía Mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos», ese «constituida» quiere decir atenerse a las prescripciones de escritura e inscripción y, por tanto, si esto no se cumple, las Compañías *carecen de personalidad jurídica*.

Con criterio semejante, se aborda la interpretación del artícu-

lo 118; puesto que en éste se declara la validez de los contratos de las Compañías con terceros, cuando aparecieron cumplidos los requisitos que expresa el artículo siguiente, se dice «*a contrario sensu*», que si estos requisitos—los de la escritura y publicidad—no aparecen cumplidos, *esos contratos no serán válidos*.

Quedan así, pues, dos sanciones que crearon los redactores del Código y dos que no previeron y que la doctrina, indudablemente, no obligada por la Exposición, pero no afortunada en el desarrollo de los textos, añade. En conjunto, pues: 1.º Falta de personalidad. 2.º Invalidez de los contratos con terceros. 3.º No perjuicio de los documentos no inscritos, y 4.º Responsabilidad de los gestores.

d) *Análisis de las sanciones de la irregularidad y régimen de las sociedades irregulares*.—Se trata aquí de estudiar tanto el tema de si, efectivamente, es razonable la aceptación de las sanciones que la doctrina ha añadido a las que explicaba la Exposición de Motivos como del correspondiente al alcance de las que esta Exposición establece.

1.º La supuesta *falta de personalidad jurídica* se basa en diversos argumentos. Antes, al trazar la evolución del Derecho positivo, se ha visto que de la dicción literal del art. 116 se deduce mediante una interpretación «*a contrario sensu*» del mismo. Este argumento se refuerza con la invocación del art. 118, también interpretado en sentido contrario. A estos razonamientos hay que añadir otro de carácter *constructivo*: las normas de publicidad cumplen, se dice, la función de otorgar la personalidad jurídica. Es la adición de la voluntad estatal a la privada, impotente por sí misma para hacer un nuevo sujeto de derecho.

Ninguno de estos argumentos son satisfactorios.

La formación histórica de los textos que hemos venido examinando, en las páginas anteriores, constituyen un argumento de hermenéutica histórica, suficientemente fuerte para romper con una interpretación meramente literal que además recurre a un arbitrio, como el de la interpretación a «*contrario sensu*», tan peligroso, para deducir una consecuencia tan trascendente. Ya vimos que el legislador, al ocuparse de las sanciones en la Exposición de Motivos, nos dijo en qué consistían y las enumeró; no parece que haya necesidad de adicionarlas. En la Exposición, tomada de la parte destinada al Registro Mercantil, hay una frase que se invoca a favor de la falta de personalidad; es aquella en que se dice: «*continúa haciéndola obligatoria para las sociedades y para los buques, toda vez que, respecto de unas y otros, constituye el Registro la única prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil*». Se acota de la frase la parte que comienza en «*única prueba...*» y así se omite la enumeración que hace luego de las sanciones. Igualmente, se prescinde de que se está refiriendo tanto a las sociedades como a los buques, con lo que se desvirtúa su significado de exageración literaria de dicción.

La declaración de personalidad jurídica, que se contiene en el artículo 116, es un «postizo» respecto del articulado del Derecho de Sociedades. Esta declaración, tan importante, no condiciona en absoluto el resto de las disposiciones legales. Muchas de ellas no tendrían que haberse formulado, al dictarse esa declaración dogmática, pero subsisten porque el articulado no ha cambiado sino en cuestiones de detalle y en puntos concretos respecto del Código del 29 que no contó con la personalidad jurídica de las sociedades. La doctrina de la personalidad, que a nuestro Derecho se importa, procede del francés a través de la bibliografía y de la jurisprudencia de este país y no de sus textos. Para esta doctrina, la «personalidad» va implícita en cualquier unidad referencial de pluralidad de sujetos. No tienen en cuenta su verdadera naturaleza.

De esta manera, al negar la personalidad jurídica, se producen unos efectos derechamente contrarios a los que el legislador ha deseado: si, en efecto, negamos esa personalidad, resultará que no podremos construir la existencia de un patrimonio separado del de los otros, que es justamente una de las garantías de los acreedores, a los cuales, los defectos de constitución, ha querido la ley que no perjudiquen. Igualmente, esta personalidad es la que, dada la amplitud de nuestro derecho, fundamenta que se encuentren ligados los socios por los actos que en nombre de la sociedad han realizado sus gestores. Este resultado tampoco se produciría, y naturalmente, de nuevo nos encontraríamos con un perjuicio para terceros que es justamente lo que la ley no quiere. Así, se podría seguir la descripción de las «relaciones externas» de las sociedades, para encontrar resultados todos ellos igualmente en contradicción con lo que el legislador ha deseado en el art. 24. En definitiva, no se trata ni más ni menos que de consecuencias *semejantes a las derivadas de la nulidad francesa*, que ya fué censurada en su lugar oportuno, siendo, pues, innecesario insistir.

El argumento dogmático que hace deducir la personalidad de la publicidad es inaceptable por diversas razones.

Desde el punto de vista de su origen, es una importación inoportuna de aportaciones de la doctrina italiana ya superadas. En efecto, de los escrúpulos doctrinales del momento inicial, la jurisprudencia ha ido pasando, sucesivamente, al reconocimiento de la personalidad jurídica. En la doctrina, la gran autoridad de VIVANTE decidió la cuestión. En definitiva se ha centrado el tema en lo referente a la autonomía patrimonial de las sociedades irregulares, prescindiendo de la dogmática, lo que se ha estimado imprescindible para hacer posible las relaciones correctas de la sociedad con los terceros (63).

(63) Esta materia y la evolución están perfectamente recogidas en el trabajo de RAFAELLI, cit. págs. 477 y ss., siendo innecesario reproducir esta parte; importa más la inoportunidad de la introducción en nuestro país de estas ideas, para cuya demostración basta citar la fuente en que puede confrontarse la su-

Para nuestro derecho existiría una contradicción manifiesta entre el sistema del Código Civil y el del Código de Comercio. En aquél, la mera publicidad de hecho es bastante para decidir sobre la personalidad jurídica (art. 1.669); en éste, por el contrario, haría falta la publicidad legal. Por supuesto que el Derecho Mercantil pueda necesitar de una disposición de esta naturaleza y puede, en consecuencia, establecer un sistema en la materia distinto del Civil, pero haría falta descubrir las razones en que se hubiera basado. A primera vista, por lo menos, no se percibe qué razones inspirarían esta diferencia en una cuestión que es puramente de dogmática, es decir, de la clase en que el Derecho Mercantil difícilmente innova. Además, si descartamos la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, tendríamos que buscar algún concepto de derecho positivo para calificarlas: podría pensarse que fueran sociedades «meramente internas», pero esto es absurdo: sería negar la irregularidad misma, cuyo concepto es una sociedad que de hecho ha aparecido como tal y que de derecho no se ha publicado.

Esta dirección doctrinal de nuestro país *se explica y no se justifica* mediante la enunciación de una determinada corriente de ideas. Digo enunciación porque no puedo entrar aquí—como sería preciso—en todo el tema de la personalidad jurídica de las Sociedades en nuestro derecho. Pero sí puedo sugerir el camino. Para la personalidad—dogmáticamente—hace falta un acto de incorporación. La tradición jurídica lo condujo concretamente a las sociedades anónimas, únicas sociedades que en efecto se incorporaban (luego se añadirían las de responsabilidad limitada y cooperativas). Al *generalizarse*—en los países latinos—con la recepción de las anónimas en los Códigos la doctrina de las sociedades se extendió la generalización a esta materia. Resultó así una idea de la personalidad muy amplia y sin rigor que hace en países como el nuestro que haya necesidad—con incorrección pero para eludir otras mayores—de recurrir a la personalidad siempre que se dé autonomía patrimonial.

El apoyo de *orden sistemático* de conexión con el art. 118 es igualmente incorrecto—como puede verse continuando la materia bajo el tema de

2.° *La supuesta invalidez de los contratos con terceros de las Sociedades irregulares.*—Parece muy correcto, después de negar la personalidad jurídica de las sociedades irregulares, deducir una de sus consecuencias: inexistencia de los contratos concertados por estas sociedades; si la sociedad no existe no pudo contratar y quedan obligados sus gestores.

Sin embargo, hay poderosas razones para ligar ese artículo 118 y el 120 al 24, en vez de hacerlo al 116. Haciéndolo así quedan claras

peración en el país de origen de las ideas introducidas, que entrar en la copia de unos argumentos que son independientes de todo ordenamiento, pues se basan en razones puramente de técnica y de conveniencia.

algunas cosas: si se niega la vinculación de la sociedad, se olvida que aquel art. 24 quiere que no se produzcan perjuicios para terceros y, naturalmente, perjuicio es que se entiendan liberados los socios cuya responsabilidad aumenta la garantía de aquéllos. Pero este tema queda remitido al instante en que se estudie el alcance del art. 24; negar la vinculación de la sociedad es equivalente a negar su existencia; es decir, es lo mismo que establecer su nulidad a los efectos de relaciones con terceros. Consecuentemente, toda la crítica, que de la construcción de la nulidad francesa se ha hecho anteriormente, puede ser reproducida aquí. Así también aparece con claridad cuál es la inspiración doctrinal, de dónde se ha partido; se ha importado, cómo se ha podido la elaboración francesa sin darse cuenta de que no existiendo en los textos legales ni por su tradición, a través del Código del 29, contrario del francés en el tratamiento del tema, ni por su formulación actual, base de derecho positivo, era completamente desaconsejable traer a nuestro derecho unas ideas confusas e incorrectas.

Negada la vinculación de la sociedad se intercala la de los gestores. No se cae en la cuenta de que en el pensamiento del legislador estaba la atribución de una responsabilidad y no la sustitución de la sociedad en su condición de «parte», aunque pueda ser conveniente no la sustitución, sino la adición. Este tema también queda remitido, pues quedará claro al tratar de esta responsabilidad que el art. 120 estatuye.

Antes de pasar al examen de las sanciones que realmente ha querido establecer el legislador, conviene reconstruir la razón de ser de los arts. 116 y 118, como último argumento en contra de la interpretación «a contrario sensu» que deja de manifiesto la violencia de la misma: cuando el art. 116 formuló el principio de la personalidad jurídica de las sociedades pensó, como es natural, en las sociedades correctamente constituidas y para ellas lo declaró. Respecto de las sociedades irregulares nos dice luego, correspondiéndose con la Exposición de motivos, cómo las tratará, pero no quiso decir nada de la personalidad jurídica de las irregulares. Este tema fué omitido. Las trató con aquellas únicas «coacciones» que la Exposición de motivos creyó suficientes, con la esperanza de su eficacia, que tan claramente se manifiesta en el texto completo.

El artículo 118 es un desgraciado texto que se explica como desenvolvimiento pleonástico de la declaración de personalidad que se llevaba al Derecho positivo y como reminiscencia o rastro del párrafo segundo del artículo 285 del viejo Código, que negaba toda acción a la sociedad contra terceros si no demostraba su constitución legal. Resulta, así, que, como en el caso anterior, se formula un principio respecto de las legalmente constituidas y se omite toda referencia a las que no se han constituido correctamente. También aquí remito la cuestión a las sanciones que establece.

No tuvo en cuenta el Código que los autores orientaran sus

trabajos en la dirección de un análisis «a contrario sensu» de sus artículos. Igualmente justificado, por lo menos, está entender que donde la ley nada dice nada debemos decir. Esta razón de hermenéutica estaría apoyada por todas las razones de conveniencia y técnica dadas, que son suficientes para poder concluir, pensando que si el Derecho positivo no inclina a una dirección o a otra no hay razón alguna para tomar aquella que en todas partes se entiende equivocada. Pero el hecho es que la interpretación «a contrario sensu» no llena una laguna, sino que *suplanta* el régimen realmente querido por el Código.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido una dirección rectilínea, en este punto, que no se ha puesto de manifiesto debidamente, porque nuestra doctrina ha sistematizado las Sentencias intentando ver en ellas la confirmación de ese grupo de ideas, con lo cual ha dejado en la sombra lo que tienen de confirmatoria de la evolución que se da en el Derecho comparado y de la interpretación de nuestros textos expuesta.

3.º *La interpretación del artículo 24 del C. de C.*—Este artículo es el eje alrededor del cual gira el régimen de las sociedades irregulares en nuestro Derecho. Se hace preciso un estudio detenido del mismo. Conviene tener delante su texto: «Las escrituras de sociedad no registradas surtirán efecto entre los socios que las otorguen, pero no perjudicarán a tercera persona, quien, sin embargo, podrá utilizarlas en lo favorable.» También interesa tener presente el 25: «Se inscribirán también en el Registro todos los acuerdos o actos que produzcan aumento o disminución del capital de las compañías mercantiles, cualquiera que sea su denominación y los que modifiquen o alteren las condiciones de los documentos inscritos.» «La omisión de este requisito producirá los efectos expresados en el artículo anterior.»

a) *La interpretación más extendida* en la actualidad, y equivocada, parte de la conexión de este artículo con los artículos 116, párrafo 2.º, y 118. A la vista de estos dos últimos se producen unas calificaciones constructivas que llevan el artículo 24 hacia derroteros que no fueron queridos por el legislador, sin ver, previamente, a dónde llevaba lo que el legislador quería siguiendo la línea o rumbo por él marcados. Esta interpretación dice así: «En el artículo 24 se ventila una cuestión de *existencia* o de *inexistencia* de la sociedad, ya que en el Registro mercantil lo que fundamentalmente constituye materia de inscripción son *hechos*. Efecto de la publicidad negativa es que si este hecho—la constitución de una sociedad—no se inscribió, es inexistente para las terceras personas.»

Inclina a esta interpretación la doctrina que ya se había elaborado: falta de personalidad jurídica e invalidez de las relaciones jurídicas de la sociedad con terceras personas. Estimada como exacta, se la hace casar con el artículo 24, refiriéndole a la materia de existencia o inexistencia antes indicada y se adiciona una con-

secuencia «constructiva»: la inscripción es, dentro de las clases de inscripción, de carácter «constitutivo» respecto de la vertiente externa de las mismas.

Por último, llevando a sus últimas consecuencias la anterior interpretación se refieren las palabras del artículo que habla de *perjuicio* a la materia de existencia de la sociedad y, naturalmente, por tratarse de una primera inscripción, la que se omite, se deduce que los efectos negativos de la publicidad alcanzan no meramente a los «hechos secundarios»—es decir, los que deben rectificarse una situación registral que crea una confianza de terceros—, sino incluso a los hechos que se producen sin relación alguna con los registrados.

β) La *interpretación correcta* tiene que partir de la propia dicción del artículo, tratando de dejar bien sentada la idea que de su alcance tuvieron sus redactores. La Exposición de motivos que antes se transcribió no deja lugar a dudas acerca del particular: en la parte de sociedades se habla de que las terceras personas «en ningún caso vendrán obligadas por los pactos y cláusulas del pacto social cuyo contenido ignoran..., no podrán valerse de aquella falta de publicidad los socios, pues siendo conocedores de los términos y condiciones del acto constitutivo...» y, en la de Registro, se dice «sin otra sanción que la de quedar privado el acto o contrato de ciertos beneficios y ventajas que se conceden a los inscritos». Consecuentemente, el artículo 24 habla de que las «escrituras no *perjudicarán*» y el 25 de que *tampoco perjudicarán* a terceros los acuerdos o actos «que modifiquen o alteren las condiciones de los documentos inscritos». Queda claro que el Código no plantea una cuestión de existencia o inexistencia. Pero queda por saber cómo se explica y qué se deduce de la dicción del texto legal.

Una vez que se ha visto que el Código no plantea una cuestión de existencia de la sociedad, queda al desnudo lo que efectivamente quiso y no pudo conseguir: que el contenido del contrato de sociedad *fuera vinculante para terceros si se había inscrito y que no lo fuera en caso contrario*. Naturalmente, para la comprensión de que así es en efecto hay que partir de una idea de buen sentido: que los legisladores se pueden equivocar. Ni más ni menos que una equivocación es lo que hay aquí. Pero no se trata de una equivocación irremediable. Se pueden discriminar los aspectos correctos de la declaración legislativa. Este es el propósito de las líneas que siguen.

La explicación—no justificativa—de la equivocación está en la visión «hipotecaria» errónea que del Registro mercantil tuvo el Código. Este tema ha sido perfectamente estudiado por Garrigues. Lo que constituye normalmente materia de inscripción, la organización sobre la base de folio personal, la indiferencia para el Registro en general del principio de tracto sucesivo, la diferencia de la amplitud y oportunidad en la función calificadora,

etcétera, han sido estudiados por dicho ilustre autor con cuidado para marcar las diferencias.

Aquí estamos en presencia de otro tema más que hay que diferenciar, no sólo frente al sistema inmobiliario, sino ante la doctrina general de los negocios jurídicos. Para realizar esta tarea no hay más que llevarlo al lugar que en la sistemática general de los negocios jurídicos le corresponde: el de los «efectos de los negocios jurídicos para terceros», materia de la cual no llegó a tomar posesión el Código, aunque la vislumbró de manera errónea. En efecto, el principio general en este punto dice que el negocio es «res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest»; es decir, de suyo, el negocio jurídico, cualquiera que sea su clase, no extiende sus efectos más allá de las «partes» (64). Este principio de la «relatividad de los negocios jurídicos», se aplica también al negocio constitutivo de sociedad que no entra en ninguno de los casos de excepción en que la regla pudiera no valer y que son muy raros. Consecuentemente, el contrato de sociedad no podía vincular a nadie que no fueran los socios. La vinculación obligacional de base negocial no deriva más que de la voluntad que consiente, y, por tanto, a ella sólo afecta.

Pero una cosa es que la «vinculación»—es decir, los lazos jurídico-obligacionales—no afecte más que a las partes intervinientes y a ellas liguen, y otra distinta que de manera refleja no se produzcan efectos que repercutan en la «esfera de intereses» de terceras personas o en su posición jurídica, debidos a una particular relación jurídica que ligue a esas terceras personas y las «partes» intervinientes en el negocio. Naturalmente, cuando los redactores del Código de Comercio escribieron los artículos 24 y 25 no pensaron en crear negocios jurídicos a favor o a cargo de terceros, porque esa adición a la idea de sociedad sería monstruosa, ni, tampoco, declarar «vinculados» a los terceros en calidad de partes al contrato de sociedad, a pesar de que hable de que el contrato sea obligatorio para terceros, porque sería desconocer en absoluto lo que un negocio jurídico significa. En realidad, a lo que el Código se quiso referir era a aquellas repercusiones en la posición jurídica de terceros o en sus esferas de intereses, y lo único que le sucedió es que no usó de las expresiones técnicas adecuadas, porque en el momento de redacción no estaban elaboradas suficientemente o no se manejaban corrientemente por los redactores.

Centrada así la cuestión, inmediatamente se descubre qué es lo que del «contrato de sociedad» produce aquellos efectos reflejos: De ese contrato nace una comunidad de mano común o una persona jurídica; en ambos casos se producen cambios, de natu-

(64) Sobre esta materia no hay ninguna dificultad. Véase, por ej., CARIOTTA-FERRARA, ob. cit. pág. 669, BERRI, ob. cit. pág. 192 y MESSINEO, *Manuale*, tomo I, pág. 359, para contrastar que las líneas que siguen en el texto no penetran en ningún campo polémico y, por tanto, son aceptables sin dificultad.

raleza real, como consecuencia de la «separación de un patrimonio». Este acotamiento de un patrimonio implica, según la clase de sociedad, unas determinadas *relaciones del mismo con los de los socios*, unos determinados mecanismos de *representación* para obligar a aquel patrimonio o, subsidiariamente, a los de los miembros de la sociedad. El que establece una relación jurídica con una sociedad sabe que se producen en ella, por el hecho mismo de su existencia, fenómenos jurídicos que afectan a su posición jurídica de acreedor: en las personas que son responsables del negocio, en la naturaleza de esta responsabilidad, que puede cambiar respecto de la responsabilidad universal e ilimitada que constituye la regla en el tráfico, y en la situación de un patrimonio sobre el cual podría hacerse pago en determinadas condiciones. Los acreedores de los socios se encuentran igualmente afectados por el hecho de la constitución de una sociedad, en la misma manera en que en el tráfico les afectan todos los actos de disposición de su deudor, que, sin embargo, han de respetar si no se realizan en fraude de ellos. Esta descripción que se acaba de hacer, evidencia que lo que importa es, en definitiva, la parte del negocio constitucional o de los que le modifiquen, que afectan fundamentalmente a las *relaciones externas* de las sociedades: relaciones de *responsabilidad* y relaciones de *representación*. Estas fueron las que al Código preocuparon y a las que se refirió bajo una redacción de los textos de todo punto insatisfactoria, por no haber entendido, en su momento, la naturaleza del problema que abordaba.

Tampoco es exacto que los efectos negativos de la publicidad se extiendan hasta favorecer al tercero que conoce el hecho no inscrito. Se ha hecho una interpretación violenta. El Código ha creído en su formulización que por no haberse producido la inscripción de las escrituras se daba una *ignorancia de hecho*. Esto es lo que dice la Exposición de motivos. No dice nada para el supuesto de conocimiento real de los términos del clausulado de las sociedades ni de los términos en que esté concebido un poder (art. 29). Lleva razón Garrigues al notar la repulsión que le producía al aceptar esta interpretación, que va más allá de lo que el Código alemán dice. Hay que rectificar, pues, esa conclusión en el sentido de la doctrina general de las relaciones entre la publicidad registral y de hecho de manera que no se produzca la prima a la inmaterialidad que supone valerse de los efectos negativos de la publicidad, a pesar de que efectivamente se ha conocido el hecho de que se trata.

De esta manera se puede sentar un *principio general* partiendo de la real existencia de las sociedades irregulares y de los límites establecidos a los efectos negativos de la publicidad: *válida será la sociedad irregular en términos tales que no supongan una alteración del régimen general de representación, independencia patrimonial y responsabilidad, a no ser que se haya dado a conocer al tercero contratante y así se pruebe.*

γ) Y el desenvolvimiento de este principio nos dará *el régimen de las Sociedades irregulares en nuestro Derecho*.

Declarada válida una sociedad, como acabamos de ver, hará falta saber dentro de qué «clase» de las reguladas en el Derecho positivo puede caer. Para ello hay que tener en cuenta las definiciones legales y la voluntad de los contratantes. El problema de régimen viene a ser, ni más ni menos, que el de las figuras sociales que pueden adoptar las sociedades irregulares.

α') En el supuesto de que nada se diga por los contratantes, porque se acuerde simplemente constituir una sociedad, sin mayor adición, o porque su existencia se derive de «facta concludentia», hará falta realizar la subsunción sobre la base de los preceptos de Derecho positivo. La subsunción tiene que hacerse partiendo de los elementos conceptuales definidores. Estos son, en definitiva, la responsabilidad y la dedicación al comercio. Ya vimos que esta última nota no estaba dada en las definiciones. Ahora es el momento de ligar con las ideas allí expuestas: hay que añadirles las que aquí se han venido exponiendo a propósito del artículo 24. Resulta así: 1.º Toda limitación de responsabilidad es inaceptable porque implica «perjuicio», si no se ha inscrito o si no se ha dado a conocer. Este supuesto de dar a conocer expresamente la limitación se reserva para más adelante. Partimos aquí de que nada se dice. 2.º Se ha dado a conocer como sociedad; en caso contrario no habría problema: ya se ha dicho que las *sociedades internas* son cosa distinta de las sociedades irregulares. 3.º Se dedica al comercio: por eso es mercantil y por eso, también, se puede decir de ella que está obligada a cumplir las normas de publicidad del Código de Comercio.

Si recordamos que las figuras jurídicas son lo que son y no hay que esperar la calificación que le den los intervinientes, habríamos de decidir que esto era una «sociedad colectiva», nada más que con llevar a la definición el elemento dedicación al comercio que falta (ver más atrás) y dando por correcto que las normas de responsabilidad, situación de patrimonio y mecanismo de representación en estas sociedades no suponen perjuicio que choque con el artículo 24.

Estos dos elementos son justamente los que motivan el problema de la calificación en esta primera hipótesis genérica de las sociedades irregulares. Si entendemos que la *modalidad general* de responsabilidad de representación y de separación patrimonial es la sociedad civil, resultaría violento aceptar la calificación de colectivas para estas sociedades. Esta es la razón de que el «Codice civile» italiano opere una conversión, si bien injustificada, porque protege a los acreedores particulares de los socios que no merecen tal protección. En nuestro Derecho sería necesario si la escritura y la inscripción se llevan a la definición, como en otro lugar se dijo. Pero las razones a favor de la calificación de colectivas son más fuertes: las colectivas existen estableciendo un sis-

tema de responsabilidad solidaria porque se entiende que ese es el adecuado al tráfico mercantil; las sociedades generales no fueron más que desviaciones por esas necesidades de las civiles. También por las mismas razones de seguridad, condicionada por el objeto de la empresa, se dan los apoderamientos o mecanismos de representación mercantiles, más rigurosos en su amplitud que los civiles y, en definitiva, de las mismas razones depende su situación patrimonial. Es, pues, fundado que las sociedades irregulares sean, por *regla general* y cuando no se diga otra cosa, sociedades colectivas, conexionando, como es lógico, la dedicación al comercio que es necesaria para su concepto mismo con las ideas que necesariamente se derivan del tráfico a que están dedicadas (65).

b') Frecuentemente, en el tráfico se nos aparecen sociedades dedicadas al tráfico mercantil, a las que los que la han constituido llaman «civiles». De las anteriores razones se deduce, sin necesidad de mayor explicación, que estamos, simplemente, en uno de tantos casos de divergencia entre la calificación que las partes dan a una figura y lo que la figura es realmente. Aceptarlas bajo ese régimen supone que puedan dedicarse al tráfico mercantil sociedades que no adopten las normas que para tal tráfico se requieren. La jurisprudencia se ha inclinado a veces a respetar tal calificación. Se trata, ni más ni menos, que de respetar las ideas que antes se dieron en favor de tal solución que hemos tratado de demostrar que son injustificadas. Tales sociedades no son más que sociedades mercantiles colectivas irregulares.

c') Las sociedades civiles por su objeto, como no tienen el elemento de dedicación al comercio, no podrán ser calificadas más que de civiles, a pesar de que las partes digan otra cosa, a no ser que se constituyan regularmente. Esta conclusión no perjudica a que las limitaciones de responsabilidad que se derivan de la calificación que las partes le hayan dado, operen, pero en los términos de publicidad de hecho en que la limitación de responsabilidad es posible en las sociedades civiles.

d') En las sociedades que se presenten en el tráfico como comanditarias se plantea el problema de decidir si, efectivamente, la posición del comanditario se ha de respetar, a pesar de que supone un perjuicio para terceros. Si ha aparecido bajo la firma con la expresión calificativa de comanditaria y los comanditarios no han participado en la gestión social, en forma tal que funden la confianza de que son colectivas, rompiendo con el efecto de publicidad de hecho, derivado de la utilización de la firma, no hay

(65) Una y otra posición—sociedad civil o colectiva—sin decidir y remitiendo la cuestión a la jurisprudencia, defendí en mi trabajo sobre la distinción entre Sociedades civiles y mercantiles por vía de nota. Ahora, sin necesidad de rectificar, indico cuál es la solución correcta, completando las razones que entonces di.

razón alguna para extender a ellos la responsabilidad. Los terceros supieron las condiciones de la sociedad y pudieron cerciorarse de la clase de socio que era cada miembro de la sociedad. Naturalmente, las mismas normas habrá de aplicarse respecto de los cambios de condición de los socios.

e') En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada es absurdo pensar en que puedan existir en tal condición si no se someten a las normas mínimas de publicidad que en nuestro ordenamiento se prescriben. En realidad, no se trata sólo de poner en juego las nociones definidoras que las hacen constituir necesariamente un «perjuicio», porque quizás éstas se puedan soslayar, a la vista de las consecuencias de la publicidad de hecho que pudiera derivarse del uso de la firma. Aquí han de jugar otras circunstancias adicionales: la única garantía de los acreedores es el patrimonio social; respecto de él se hace preciso estar seguros de que se constituyó en cantidad equivalente al capital que se registra y luego ha de estarse igualmente cierto de que se atiendan las normas de conservación del mismo. El primer resultado, por lo menos, podría conseguirse con la calificación del Registrador si ésta es bien atendida en nuestro Derecho. Naturalmente, las posibilidades, en nuestro Derecho, de conseguir ese resultado son muy limitadas, a falta de un sistema de examen más amplio del período constitutivo, pero, en todo caso, no conviene dejar pasar desapercibida esta «peligrosidad», que aconseja que no pueda considerarse posible el respeto a la calificación que de anónima o de responsabilidad limitada se haya podido dar por los fundadores (66). Véase de todos modos, por su valor de ejemplaridad, las disposiciones que sobre esta materia se contienen en el Proyecto de Ley sobre Sociedades Anónimas.

Naturalmente, no hay ninguna razón para que en nuestro Derecho, respecto de estas sociedades, no se opere con el recurso de la *conversión*. La conversión no necesita estar regulada en el Derecho positivo como una institución. Es un recurso técnico que se deduce de la voluntad misma de las partes en cuanto al contenido mínimo de lo por ellas querido. Pero en las sociedades anónimas se ha querido una limitación de responsabilidad que veda el recurso a las sociedades colectivas. Tampoco es posible la conversión de asociaciones, de acuerdo con la contextura asociativa de estas sociedades, porque, en nuestro Derecho, más que asociaciones no reconocidas, lo que hay, para el supuesto de inobservancia de las normas sobre la constitución de las mismas, es asociación ilícita, por absurdo que ello pueda parecer. Parece que lo correcto

(66) Por supuesto que esta materia tan sólo apuntada pudiera tener mayores desenvolvimientos, pero no me parece necesario hacerlos, porque nadie dudará de la cuestión. También prescindo del argumento dogmático referente al nacimiento de la «personalidad jurídica», porque éste quizá pudiera parecer menos convincente, por ser más abstracto.

es la aplicación subsidiaria de las normas de la sociedad civil, naturalmente enjuiciando a su luz el contenido de las normas estatutarias (67).

4. *La responsabilidad de los gestores del artículo 120.*—La Exposición de motivos habla de perjuicios que se irroguen a terceros de la situación de irregularidad. Parece que en nuestro Derecho, por tanto, la responsabilidad de que se trata no tiene nada que ver con la sustitución de la sociedad en su vinculación ni con la adición de una vinculación personal de los gestores a la que por la representación se produce, a cargo de la sociedad, en las relaciones jurídicas establecidas por esos gestores.

Realmente, esta utilización de la Exposición de motivos para obtener una interpretación correcta, no debe impedir que quede aclarado que no siendo vinculante aquélla y permitiendo la redacción del artículo una interpretación semejante a la que se hace en Derecho comparado no se produzca así en nuestro Derecho. No hay inconveniente, ni técnico ni dogmático, en ello. En cambio, las razones de conveniencia están a favor de esa interpretación. Naturalmente, las anteriores aclaraciones son las únicas que al intérprete competen; lo demás habría de hacerlo la Jurisprudencia, que podría llevar el texto a una vinculación adicional a la de la sociedad basándose en que su falta es ya un perjuicio por razones evidentes de seguridad.

APENDICES (1)

I.—*Carta de envío de los diputados de comercio a la Jurisdicción Consular de París.*—(«Archivos del Sena», I B6, 34, 5527.) París, 19 de febrero de 1748.

Señores: Ha surgido un pleito alrededor de diversos particulares respecto de una sociedad de comercio sobre la que ha recaído una decisión del Parlamento de Bretaña, de la que una de las partes ha elevado casación al Consejo, por lo que nosotros hemos sido consultados sobre el carácter de la sociedad en cuestión y también hemos sido encargados de examinar la necesidad de ins-

(67) Acerca de la función general de las sociedades civiles, no puedo ocuparme sin tratar de la relación entre sí de las distintas clases de sociedades.

(1) Al hablar de los orígenes del problema en este trabajo se mencionaron los documentos publicados por LEVY-BRUHL en la *Revue historique*, y se anunciaba la transcripción por vía de apéndice de esos documentos. Allí se dijo que se motivaron por el «affaire Lorry» y originaron una carta de envío de un proyecto de declaración real que con ésta se remitió a las jurisdicciones consulares (para oír su opinión, como era costumbre), de entre las cuales LEVY-BRUHL recoge, y nosotros transcribimos, como tercer apéndice la de los jueces de París.

cripción de las sociedades; nos hemos pronunciado sobre la primera cuestión, pero como podría resultar de nuestra opinión sobre la segunda una nueva ley relativa a la inscripción de las escrituras de sociedad, nos hemos creído en el deber de consultar antes a vuestras señorías y a las otras Cámaras de Comercio sobre esta materia.

Sabéis, señores, que la Ordenanza de 1673, título IV, De Sociedades, tiene por objeto fijar la forma en que debe ser redactada la sociedad general o en comandita; y nos parece que las disposiciones de este título no cumplen su objeto: no vemos nada que caracterice con precisión la sociedad general o en comandita; y nos parece que la Ordenanza ha dejado a los jueces caracterizar las sociedades conforme a las estipulaciones de los socios. Con este punto de vista hemos examinado la sociedad que nos han encargado de caracterizar, y pensamos que podría ser necesario adicionar la Ordenanza a este respecto y restablecer hasta cierto punto el uso de las inscripciones de manera que las principales estipulaciones de las escrituras de sociedad sean conocidas en aquello que interesen al público; mas para facilitar esta inscripción convendría dispensar a estos actos de los gastos excesivos de control, y hemos redactado un proyecto de declaración sobre esta materia para ser emitida, que enviamos adjunto; tened a bien, señores, examinarlo con atención y decirnos vuestro parecer. Tened en cuenta, por favor, que en el caso de que vuestra opinión difiera de la nuestra convendrá que nos digáis los motivos para que nosotros podamos calibrarles y obrar en consecuencia; por esto hemos hecho transcribir el proyecto a continuación a media página para que podáis hacer las anotaciones al margen y devolvérselo todo lo antes posible.

Tenemos el honor de ser perfectísimamente, Señores, vuestros muy humildes y obedientes servidores.

«Los diputados de Comercio» (firmado): Pasquier, Mouchard, Palerne, Carton, Gilly, Dulivier, Pascaud, Marion, Saint-Amand.

II.—*Proyecto de declaración del Rey con respecto a las sociedades de Comercio, sean generales o en comandita, y también con respecto a las inscripciones de dichas sociedades.*—(Archivo del Sena, B6, 34, 5531.)

Luis, por la gracia de Dios rey de Francia y de Navarra, a todos los presentes y por venir, salud. El Edicto que sirve de reglamento para el comercio de los mercaderes y negociantes, tanto al por mayor como al por menor, dado en el mes de marzo de 1673 por nuestro augusto bisabuelo, teniendo principalmente por fin el hacer el comercio de los súbditos más floreciente, nosotros hemos reconocido que la ejecución de este Edicto era insuficiente, si no explicamos más positivamente las disposiciones del

título V de este Edicto relativas a las sociedades entre comerciantes y negociantes, así como la forma en que debe ser redactada la sociedad general o en comandita y la inscripción en consecuencia.

Por estas causas y otras que nos mueven, con ciencia cierta, plena soberanía y autoridad real, por las presentes, firmadas de nuestra mano, dicho, declarado y ordenado, decimos, declaramos, queremos y estimamos:

Artículo 1.º Que toda sociedad sea reputada general y considerada como tal para todos aquellos cuyos nombres estén expresados en la denominación de la razón social e igualmente para todos aquellos a quienes la firma de dicha razón social esté encomendada, aunque ellos no estén designados.

Art. 2.º Que todos los demás interesados en cualquier casa o establecimiento de comercio, presentes o ausentes, que no estén expresados en la razón social o que no tuvieran la facultad de firmar con dicha razón, solamente sean reputados socios en comandita a menos que con su consentimiento se deduzca otra cosa en el extracto de la escritura de sociedad, que será depositada en la escribanía en la forma en que será ordenado en el artículo siguiente.

Art. 3.º Deseamos que el extracto de todas las sociedades sea depositado en la escribanía de la jurisdicción consular del lugar en que ella se ha formado, si la hay, o en la escribanía de la Casa Consistorial, y si no la hay, en la escribanía de nuestros jueces de lugar a las de los señores, y que el extracto sea insertado en un tablón que será expuesto en el lugar más visible donde se tenga la dicha jurisdicción.

Art. 4.º El extracto mencionado por el artículo 3.º precedente contendrá los nombres, apellidos, circunstancias personales y domicilio de los socios generales, tanto de aquellos cuyos nombres sean incluidos en la denominación social como de aquellos a quienes la firma esté confiada sin que fuesen nombrados; igualmente los nombres de aquellos que sin que su nombre sea empleado en la razón social y que sin que tengan la firma consintiesen en ser reconocidos como socios generales. Será dicho extracto firmado por todos los mencionados socios y contendrá también la fecha en que la sociedad habrá de empezar y terminar, así como lo que se haya estipulado en la escritura de la sociedad con respecto a las firmas.

Art. 5.º Los extractos de las escrituras de sociedad a efectos de comercio serán revisados antes de poder ser presentados en la escribanía y ser inscritos, y sólo se pagará por la revisión la suma de 10 lb. por cada extracto, cualquiera que sea el número de los socios que pueda tener y cualquiera que sea la naturaleza de la sociedad.

Art. 6.º No podrá ningún negociante o mercader, bien como demandante o bien como demandado, proceder ante los jueces

consulares si no justifica la previa inscripción de su escritura de sociedad.

Art. 7.º Además, ordenamos la ejecución del Edicto que sirve de reglamento para el comercio de mercaderes y negociantes, tanto al por mayor como al por menor en todo lo que no haya sido derogado por la presente declaración,

Así damos en mandamiento, etc.

III.—*Respuesta de los jueces-cónsules de París a los diputados de Comercio.*

Señores: Tenemos el honor de enviar nuestras observaciones sobre el proyecto de declaración con respecto a las sociedades que nos habéis comunicado. Ellas contienen las razones y los motivos sobre los cuales nos apoyamos, como vosotros nos pedís. Y después de haber examinado y pesado mucho las ventajas e inconvenientes, estimamos que para el bien del comercio no conviene innovar, sino dejar las cosas como están. La jurisprudencia constante de las jurisdicciones consulares del Reino a este respecto nos parece buena y sus sentencias han sido siempre confirmadas por numerosos acuerdos del Parlamento y del Consejo, y no vemos que haya lugar a una declaración.

Tenemos el honor de ser, señores, vuestros más humildes y obedientes servidores.

Los jueces-cónsules de París.—20 de mayo de 1748.

Observaciones: 1.º y 2.º artículos.—Estos dos artículos están comprendidos en la Ordenanza de 1673, y la explicación que se da aquí no ha podido sufrir jamás dificultad. Se conoce a través de ella sobradamente las sociedades generales, y respecto de las comanditas la Ordenanza hace una distinción tácita que ha sido siempre ventajosa.

En el artículo 1.º se dice: toda sociedad general o en comandita será redactada por escrito... Art. 2.º, «el extracto de las sociedades entre mercaderes y negociantes, tanto al por mayor como al por menor será inscrita en la escribanía de la jurisdicción consular», lo que indica, muy claramente, que las sociedades en comandita no están ni han estado sujetas al Registro; en otro caso la Ordenanza lo hubiera dicho como en el primer artículo: toda sociedad general o en comandita será inscrita, etc.

3.º y 4.º artículos.—Parece que sería necesario poner aquí: El extracto de todas las sociedades entre mercaderes, para distinguirlas de las sociedades en comandita conforme a la Ordenanza de 1673; de la forma que se ha señalado y observado anteriormente; por lo demás no se ve en absoluto la necesidad y la

utilidad de esta inscripción. No resulta ningún inconveniente de la inobservancia de la Ordenanza de 1673 a este respecto, a menos que se trate de casos muy extraordinarios. Mas para prevenir un inconveniente se originaría un número infinito de ellos que destruiría el comercio. El público conocerá, sin necesidad de inscripción, todas las personas cuyos nombres estén expresados en la razón social y también aquellos a quienes la firma haya sido confiada sin estar nombrados, y se les conocerá para ser solidariamente responsables unos por otros frente a él, de donde se deduce que para esta clase de socios, al menos, la inscripción propuesta es inútil.

Esta no se utilizaría sino para los socios en comandita y para aquellos, entre los interesados, que sin que sus nombres fuesen empleados bajo la razón de la sociedad y sin tener la firma de ella, se encontraran, sin embargo, como asociados generales, iguales a los primeros, aunque bajo el secreto del acta social; sería, pues, respecto de estas dos clases de socios para los que podría ser útil procurar el conocimiento al público en caso de desarreglo de los negocios de una sociedad. Esto podría, quizás, significar un bien, pero veamos los inconvenientes que de ello podrían resultar:

1.º El secreto, tan necesario en las actividades de un negociante, será revelado; de ahí que los franceses que no quisieron que sus nombres fueran publicados, se interesasen las sociedades de los extranjeros que no impongan en su patria esta ley molesta, lo que ocasionaría un doble perjuicio al comercio de Francia, privándole de un fondo que aumentaría las posibilidades y riquezas de nuestros rivales extranjeros.

2.º Importa a un negociante que se ignore que está en un determinado negocio o que está por una cantidad más o menos considerable.

3.º Si se le supiera interesado en un negocio un poco dudoso o sí, estando en otro muy ventajoso, fuese sabido que el interés de él es extremadamente mediocre, el crédito, del cual tienen necesidad para continuar su principal comercio, se debilitará y quizá desaparecerá totalmente.

4.º Los negociantes más acreditados no siempre tienen los fondos necesarios para sostener su comercio; se asocian a personas ricas que no quieren descubrirse y que aportan, sin embargo, todos o casi todos los fondos. Esas son las personas que aumentan la masa general de los fondos del comercio y le hacen florecer; es esto lo que les sostiene en gran parte. Si hoy se les fuerza a aparecer retirarán sus fondos, y así disminuída la masa, el comercio que ellos sostienen caerá.

¿Por qué, pues, renovar una ley que, a pesar de su vejez, no ha podido jamás ser ejecutada hasta el presente, por los inconvenientes sin número que en ellas se encuentran, y que son de con-

secuencias más trascendentales que todas las ventajas que de ella se podrían sacar?

Es preciso que esto ocurra así, ya que parece que se ha pensado desde siempre de esta forma, y que si alguna vez se ha querido hacer una ley para la inscripción, las circunstancias han obligado a abandonar su ejecución.

Primeramente se había querido introducir la inscripción para las sociedades contraídas por extranjeros. La ordenanza de Rosellón, artículo 38, y la ordenanza de Blois, artículo 353, lo decidían así; pero a pesar de que podían existir buenas razones para las sociedades contraídas por extranjeros, los cuales podían en cada instante abandonar Francia, esas ordenanzas no han sido ejecutadas. La Ordenanza de 1629, artículo 414, había extendido esta Ley a las sociedades entre naturales franceses, pero esta Ordenanza no ha constituido ley del reino, no habiendo sido registrada en el Parlamento, y el artículo no ha sido jamás ejecutado. Por último, la Ordenanza de 1673 ha renovado esta disposición, pero fué abandonada bien pronto después, y desde el 21 de junio de 1681 fué fallado en la Cámara alta del Parlamento de París que una sociedad debía tener ejecución aunque no registrada, y es constante que, efectivamente, muy pocas sociedades han sido inscritas, sin que de ello se hayan derivado inconvenientes. Los motivos que han hecho renunciar a esta inscripción subsisten y subsistirán siempre; es una servidumbre para el comercio, y todo lo que le humilla le destruye; no se sostiene sino por la libertad.

¿Qué inconveniente hay, pues, en abandonar esta cuestión a la buena fe general, como siempre se ha hecho y a esta confianza mutua que es el alma del comercio? El que trata con alguien se reputa que le conoce. Si no le conoce no debe tratar con él, o si le trata debe pedirle que se dé a conocer. Si no toma esta precaución y se contenta con la buena fe general y pública debe seguirla y si ella no llena sus esperanzas, ello no debe imputarse sino a él mismo, que se confió demasiado ligeramente a quien no conocía lo suficiente.

Artículo 5.º Los extractos de las actas de sociedad no han sido jamás sometidos a inspección. «Si l'ou établit aujourd'hui un droit cela pourra avoir de suites et devenir de consequence» (1).

Artículo 6.º Este artículo no está explicado. Un mercader socio, sea demandante o demandado, estará obligado a justificar la inscripción de su sociedad; pero un demandante no socio que litigue contra un demandado socio, ¿estará obligado a justificar la inscripción de la sociedad por su parte y hacer los gastos del control? Por otra parte, si el socio ha dejado de hacer el registro, ¿el acreedor de la sociedad perderá su crédito?

(1) Dejo ese inciso en francés porque, aunque indiferente para nuestra tarea, no debo permitirme libertad en la traducción de una cosa cuyo real sentido no sé y no he podido salir de dudas con la consulta a personas autorizadas

Artículo 7.º La Ordenanza de 1673 pronuncia una nulidad de la sociedad, tanto entre los socios como con relación a los acreedores por falta de inscripción; ahora bien, hoy casi todas las sociedades son nulas, habiendo muy pocas inscritas. Siendo así, ¿en provecho de quién caerá el beneficio y cómo el acreedor de una tal sociedad podrá hacerse pagar después de haber él cumplido de buena fe?