

tuándose los casos en que la ley dispone lo contrario; al que, ambiguo en su redacción, hace ver que no todas las formalidades son prescritas á título de solemnidades cuya falta haga inexistentes á los contratantes y da, por consecuencia, entrada en nuestro derecho civil á la distinción entre las formalidades *solemnitatis* causa y las *ad probationem*.

Esta distinción, reconocida por los autores del Código de Napoleón y prohijada por jurisconsultos de la talla de Solon y Laurent, descansa en que hay formalidades cuyo solo objeto es probar la existencia de un hecho, y otras que han sido creadas para darle á un acto solemnidad, en razón de su gran importancia, para darle autenticidad, para hacer su supresión ó su suposición más difíciles. En los contratos solemnes la forma es de tal manera esencial, que se supone que no hay consentimiento si no se dió en la requerida, la nulidad de ella trae consigo la del fondo, y ataca el acto en su principio; así, pues, el Contrato no existe entre los contratantes, ni mucho menos para los terceros, es la nada jurídica, y el vicio no podrá desaparecer nunca ni de ningún modo. En los contratos anulables por falta de una de las formalidades que se requieren para la prueba del acto, la prueba puede suplirse siempre que la que resulte del acto supletorio sea tan perfecta como la que resultaría de la formalidad misma, y el Contrato convalecerá si hay ratificación, cumplimiento voluntario, prescripción, etc. Tal es la doctrina en toda su pureza, pero, aceptándola como la aceptamos en general, hacemos una reserva en lo que se refiere á la prueba, sintiendo mucho separarnos en este punto de la opinión del Lic. Pallares.

Si en derecho francés cuando falta una formalidad requerida para la prueba de un acto, ésta puede suplirse, es porque la ley faculta para hacerlo, y aun se acepta que el acto nulo puede servir como un principio de prueba por escrito que da entrada á la testimonial; pero entre nosotros no creemos que deba pasar otro tanto cuando la ley establece una formalidad como prueba única, porque entonces entiende que ella sola po-

drá probar el acto, derogando por ese hecho los demás medios que consignan los Códigos de Procedimientos Civil y el Mercantil, puesto que éstos no hacen otra cosa que enumerar las pruebas que se pueden admitir en la generalidad de los juicios; sin embargo, debemos advertir que admitimos para este caso la confesión y demás pruebas, cuando van encaminadas no á probar el acto nulo mismo, sino su ratificación expresa ó tácita para conformarnos con el artículo 1,679 citado, menos en los casos exceptuados expresamente, que son los de Contratos Solemnes.

En los lugares donde está vigente el Código de Procedimientos del Distrito hay todavía otra dificultad para la adopción de la doctrina que venimos exponiendo, la suscita el artículo 8º que exige, para que se pueda intentar una acción, la presentación del título en los casos en que el contrato deba constar por escritura pública ó escrito privado, y ordena á los jueces, con pena de suspensión, que desechen de plano la que no llene tales requisitos; pero queda zanjada si se concuerda este artículo con el repetido 1,679 y se resuelve que puede admitirse la acción cuando se funde en la ratificación ó el cumplimiento voluntario del contrato; es la única interpretación racional.

Como se comprenderá, todo lo que hemos venido asentando á propósito de la validez de los contratos en materia civil, lo hemos hecho con el objeto de aplicarlo á la mercantil en el caso que nos ocupa, porque para ello nos facultan los artículos 2º y 81 del Código de Comercio, sobre todo el último que expresamente dispone que con las modificaciones y restricciones que contiene este Código, serán aplicables á los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil, acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden é invalidan los contratos.

El mismo Código trae también, con respecto á la forma de aquellos, dos disposiciones de tal importancia, que no podemos dejarlas pasar inadvertidas: el artículo 78 que dice que

en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades y requisitos determinados; y el 79 que manda que se exceptúen de lo que dispone el anterior: I. Los contratos que con arreglo á este Código ú otras leyes, deban reducirse á escritura ó requieran formas ó solemnidades para su eficacia; II. Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas ó solemnidades determinadas para su validez aunque no las exija la ley mexicana. Y que en uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.

Como las mismas razones que hay para admitir la distinción de contratos solemnes y solamente anulables por vicio de forma en la materia civil, subsisten y se pueden aplicar al artículo 79, creemos que debe mantenerse en la mercantil.

Ahora bien, dados estos antecedentes, veamos si la falta de registro de las sociedades extranjeras invalida los contratos celebrados con los terceros cuando se vean perjudicados, y caso de que así deba ser, si el contrato es inexistente ó solamente anulable.

Debemos advertir que si no creemos que el respeto á la letra de la ley deba conducir hasta el extremo de negarle toda entrada á la interpretación fundada en la lógica, en la ciencia, en las doctrinas de los comentadores que procuran encontrar la verdadera razón de un principio jurídico en los precedentes históricos de éste y en su enlace con las diversas instituciones y reglas de derecho que componen la unidad legislativa de determinado pueblo, como lo demostraremos buscando la causa de la nulidad en el caso que estudiamos no en el texto descarnado de la ley sino en el sentido que quiso darle el legislador; si consideramos subversivo y altamente trastornador del orden público el que algunos comentadores, so pretexto de interpretar la ley, la desnaturalicen haciéndola decir cosas

muy distintas ó hasta contrarias de las que ella se propuso. Seguimos la opinión de los que creen que la primera regla de interpretación de las leyes en las naciones que se jacten de bien organizadas, debe ser la que aconseja que aquellas se cumplan por duras que parezcan, porque sólo al legislador toca derogarlas, y que á los que deben aplicarlas no les corresponde juzgar la ley si no juzgan según la ley. "El juez, decía Montesquieu, no es más que la boca que pronuncia la palabra de la ley, un sér inanimado que no puede moderar ni su fuerza ni su vigor."

Por lo tanto, adoptamos desde luego las siguientes reglas que consigna Solon en su notabilísima obra "Las Nulidades:" 1.<sup>a</sup> y fundamental: cuando la ley pronuncia la nulidad de un acto, el juez no puede dispensarse de pronunciarla, no le corresponde modificarla ni restringirla por cualquiera consideración sea cual fuere; 2.<sup>a</sup>, siendo las nulidades una verdadera pena, son de estricto derecho; 3.<sup>a</sup>, complemento de las anteriores, no es necesario para que un acto sea anulado que la nulidad se haya pronunciado formalmente, hasta que la voluntad del legislador no se pueda poner en duda, es la aplicación del principio *lex imperat et vetat non solum quod verbis sed et quod sententia continetur*.

Partiendo de estas bases, diremos que todas las formalidades que la ley ha establecido á título de publicidad de los actos, lo han sido para proteger la buena fe en las convenciones, para que consten de una manera auténtica y no se pueda con el misterio dar lugar á que se defrauden los derechos que los terceros adquieran, simulando ú ocultando hechos sin los cuales no les sea posible obrar con pleno conocimiento de causa, sin los que quizás no habrían intervenido en el contrato. Estas precauciones que la ley civil toma en los actos de mayor importancia, se requieren con mayor motivo en los actos mercantiles en los que la buena fe y la confianza, son los elementos sin los que no puede haber ni seguridad, ni presteza, ni crédito, todos factores que faltando aniquilarían la actividad

comercial. Así, pues, un interés público perfectamente definido domina la materia de publicidades y los preceptos que la establecen, tendrán que ser rigurosamente observados, hasta el grado de que la voluntad del legislador se presume tanto sancionando su falta con la nulidad de los actos, que no hay necesidad ni de pronunciarla formalmente. Pues bien, la institución del Registro no ha tenido otro objeto que responder á esta necesidad de publicación, sin él difícilmente se podría conocer por los terceros la situación de un comerciante y mucho menos la de una sociedad; el interés del público es un motivo más que suficiente para declarar la nulidad de los actos que á mansalva lo hieran.

Para que no haya duda sobre que tal fué la sanción que se propuso establecer el legislador, al disponer que las sociedades extranjeras deben registrarse, recurriremos á las fuentes de donde se tomó nuestro Código Mercantil. El que conozca, aunque sea superficialmente, el Código de Comercio español, que comenzó á regir el 1.º de Enero de 86, cuyo proyecto fué presentado á las Cortes en Marzo de 82 y publicado desde entonces, no podía pasar inadvertida la gran semejanza, la casi identidad de sus preceptos más importantes, de su plan general, del espíritu, en suma, que presidió á su formación, con los de nuestro Código vigente, salvo ligeras modificaciones que no siempre resultaron felices. En lo que toca al Registro la semejanza llega á su colmo, es el sistema español el que adoptaron nuestros legisladores, especialmente en lo que se refiere á las sociedades. Lo que dicen, pues, los codificadores españoles en la exposición de motivos que presentaron, es la razón de nuestra ley. Comienzan por asentar que establecen el Registro como un "poderoso medio de publicidad, que sirva de garantía suficiente á los terceros que se hallen interesados en ciertos actos y operaciones mercantiles de trascendencia," que en él se llevarán determinados libros en los que se anotarán los documentos sujetos á inscripción, con el objeto de que existan en el registro los datos necesarios "para que puedan formar

concepto claro y suficiente de la condición legal de las personas y de la naturaleza de los negocios, los terceros á quienes convenga celebrar algún contrato con aquellos ó tomar participación en éstos," y agregan que la publicidad de los actos que deben inscribirse "contribuirá seguramente para contener dentro de justos límites la amplia libertad que el proyecto concede á la iniciativa individual, para la constitución de sociedades, etc., sin perjudicar los intereses del público, y sin embargar con medidas gubernativas la esfera de acción de cada uno." Pero lo que más debe interesarnos es lo siguiente que añaden, refiriéndose á los títulos sujetos á inscripción y á los efectos de esta: "El proyecto declara ante todo, de acuerdo con el principio 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 constituye 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, por la libertad de inscribir ó no los documentos, sin otra sanción que la de quedar privado el acto ó contrato de ciertos beneficios y ventajas que se conceden á los actos inscritos, á cuyo fin se consigna el principio de que estos últimos producirán efecto legal en perjuicio de tercero, *sólo desde la fecha* de su inscripción, sin que puedan invalidar los otros anteriores ó posteriores no registrados, lo cual debe entenderse salva la preferencia que según el mismo Código tienen ciertos créditos, aunque no se inscriban, y la que gozan sobre los inmuebles con arreglo á la ley hipotecaria, los que se hubieren inscrito en el registro de propiedad."

Terminantes nos parecen las palabras de los codificadores españoles, cuando declaran que los actos inscritos *sólo producirán* efecto en perjuicio de terceros desde la fecha de su inscripción; pero hay más, la exposición de motivos arroja una

viva luz sobre la cuestión que tratamos de dilucidar, cuando considera obligatorio el registro de las sociedades y los buques, *toda vez que él constituye la única prueba de su existencia jurídica y de su verdadero estado civil*. Solon, hablando en general de la forma de los actos, dice, con justicia, que la ley no les ha atribuido una autoridad suficiente para hacer prueba con su contenido, sino en tanto que son regulares en ella, que desde el momento en que esa regularidad no existe, el privilegio cesa y el acto ya no tiene fuerza probatoria; si esto pasa con una irregularidad, ¿qué sucederá cuando falta por completo la prueba, y que ésta sea la única del acto? Entonces el mismo autor opina que debe resolverse otro tanto de lo que se resuelve en los contratos solemnes, la nulidad de la forma debe acarrear la nulidad del fondo, porque, aunque se suponga legítimamente consentido, el convenio no se ejecuta porque su existencia no es cierta.

Se objeta que si el fin del registro es la publicidad de la existencia de las sociedades y de su situación comercial, si se ha alcanzado por otros medios, no deben anularse los contratos celebrados por aquellos de buena fe; pero precisamente lo que quiere evitar la ley es toda discusión sobre el conocimiento que de tales hechos podrían tener los terceros; así lo creen Lyon Caen y Renault, cuando dicen (Manual de Derecho Comercial § 133, quinto): "Los terceros tienen derecho de demandar la nulidad, aun cuando se probara que de hecho han conocido la existencia de la sociedad; siempre que no se le hubiere dado publicidad conforme á las reglas legales. La falta de publicidad establece la presunción absoluta de que los terceros no han conocido el acta de sociedad. El objeto de la ley aquí, como siempre que prescribe reglas de publicidad, ha sido evitar las disputas relativas á la cuestión de saber si los terceros han tenido ó no conocimiento del acto que se trata de hacer público." La presunción legal descarga á los terceros del peso de la prueba, porque estando establecida la formalidad á su favor, si no se ha cumplido el acto, no ha llenado

su objeto; es nulo y la parte que pueda prevalerse de su nulidad, no tiene sino que presentarlo y señalar las emisiones que encierra; le basta decir con Argentré: *hic titulus revera titulus non est*, y la contraria no podrá ofrecer la prueba de que á pesar de las omisiones el acto ha producido su efecto, no ya cuando falte por completo la única prueba legal del acto, sino aun cuando sólo una parte de su forma se halle viciada. *Si forma est neglecta nullo modo potest sustinere actus, quia ad destruendum quemlibet actum, defectus formas etiam in minima parte sufficit.*

Pero si el acto no puede probar la convención porque el legislador no le ha dado autoridad, ¿se podrá desconocer su existencia material, las reflexiones que pueda sugerir, las presunciones que de él resultan, la impresión, en suma, que pueda producir en la razón? Enseñan los autores, que no prueba lo que se ha querido hacer, pero que no se resiste absolutamente á asistirlo y corroborarlo. Pero en algunos casos, como en el nuestro, aun esa asistencia carece de fuerza, porque la inexistencia legal de la prueba nulifica al acto á causa de la imposibilidad en que se encuentran las partes de suministrarla de otra manera. No reconociendo entonces el convenio, el legislador obedece á una necesidad.

Se ataca también la opinión que hemos adoptado, diciendo que la facultad que se concede á los terceros, de aprovecharse de los actos no registrados, ó de pedir su nulidad cuando les perjudiquen, es ocasionada á los abusos que la mala fe pueda sugerir; pero creemos que en gran parte desaparecerán esos inconvenientes, si en la práctica se hace una sensata aplicación de la antigua máxima, de que no existe nulidad sin agravio. En efecto, teniendo las leyes por objeto la conservación del orden público y la protección de los derechos de los particulares, sus disposiciones son de la más alta importancia, siempre que de su falta de cumplimiento deba resultar un perjuicio á cualquiera, la ausencia de todo daño quita á una contravención su gravedad y se desconocería la voluntad del le-

gislador y la equidad, si se hiciera resultar de ella la nulidad del acto. Para desterrar de los juicios la chicana y la malicia, es menester no mostrarse nunca indulgente con ellas, y esto es lo que creemos que ha querido nuestro Código cuando da la acción de nulidad á los terceros, si son perjudicados.

Por regla general, todos los que resintieran un perjuicio de una contravención, deberían poder pedir la nulidad del acto en que la hubo; pero cuando la ley limita esa facultad á determinados individuos, como lo ha hecho en nuestro caso, entonces no se puede hacer extensivo el privilegio, y fuera de los casos determinados, los actos no son verdaderamente nulos. Además, como un favor concedido á los terceros, la nulidad debe entenderse como facultativa de ellos, y que de su voluntad depende que el acto se mantenga ó se anule, salvo siempre la preferencia que la ley da á los actos inscritos.

Este derecho de preferencia, establecido por el artículo 29, nos conduce á tratar una cuestión que apunta el Lic. Pallares en su obra de Derecho Mercantil (que desgraciadamente dejó de publicarse antes de llegar al estudio del título de sociedades), indicando que puede haber duda sobre si la omisión del registro produce la nulidad del acto respecto á terceros, ó sólo la pérdida de la prelación establecida á beneficio de ciertos créditos, reservándose á tratarla á su tiempo.

Creemos que una vez conocidos los motivos de la nulidad, no debe abrigarse la duda, porque si bien es cierto que la ley quiere que los actos no inscritos no puedan invalidar á los registrados, esto de ninguna manera se opone á su nulidad, y antes nos parece que la confirma porque es una consecuencia de ella. De que la ley de 11 de Diciembre de 85, sobre registro mercantil, no estableciera la nulidad que consigna el Código de 89, y si sólo la pérdida de preferencia de los actos no inscritos, no nos parece que se pueda sacar ningún argumento en contra de la nulidad, porque, en primer lugar, esa ley no se ocupa en las sociedades extranjeras sino indirectamente, cuando habla de la inscripción de los documentos procedentes del

extranjero, y en segundo, aunque se hubiera ocupado, sabido es que el Código de Comercio vigente establece un sistema distinto sobre registro, y que aquella ley, anterior á él, debe considerarse derogada por el artículo 4.º transitorio de éste, exceptuándose únicamente la parte que se refiere á la organización de las oficinas del Registro Mercantil.

Así, pues, con respecto á la persona jurídica de la sociedad, el acto será nulo por falta de capacidad; pero como esta incapacidad, lejos de favorecer á las sociedades, es una pena por su falta de registro, la nulidad sólo podrán alegarla los terceros á los que contrataron por aquellas para que respondan de sus actos cuando de no hacerlo puedan resultarles perjuicios, quedando á su arbitrio reconocer la validez del contrato cuando así les convenga. El contrato, por consiguiente, puede producir efectos, puede ser ratificado expresa ó tácitamente por los que tienen la facultad de anularlo ó de cumplirlo, pero ni éstos ni los responsables podrán renunciar de antemano respectivamente, unos la acción contra los que obraron en nombre de la sociedad, y otros su responsabilidad; de todo esto se desprende que el contrato es anulable pero no inexistente, pues, repetimos, que el contrato inexistente es la nada jurídica y que la nada no puede producir efectos, no es solemne porque la solemnidad no puede ser suplida ni por la ejecución del compromiso á que se refiere.

Entre los socios, el contrato de sociedad será válido ó no, según la ley de su formación, sin que la formalidad del registro tenga para ellos influencia porque se ha establecido sólo para resguardar los derechos de tercero.

Hubiera querido terminar este deficiente trabajo, procurando demostrar que nuestra ley, sujetando la capacidad de las sociedades extranjeras á la formalidad del registro, no ha obrado en contra de las reglas de derecho internacional privado de más aceptación, pero no quiero fatigar por más tiempo la ya seguramente cansada atención de mis lectores, y me conformaré con indicar que he consultado las autorizadas opiniones

de Massé, estatutista; Despagnet y Fiore, partidarios del sistema que puede llamarse italiano, y que todas están contestes en que las formalidades de publicidad escapan á la regla *locus regit actum* y deben regirse por la ley del territorio en donde el acto deba surtir sus efectos.

En Francia, desde la ley de 30 de Mayo de 57, no se exige la publicidad para las sociedades extranjeras que se aceptan con todas las facultades que les dió su ley de origen; así es que ha habido tiempo para apreciar las ventajas ó inconvenientes que presenta este sistema; no será, pues, por demás conocer lo que opinan, á este respecto, Lyon Caen y Renault; dicen que: "es muy sensible que las sociedades que establecen agencias y sucursales en Francia, no estén sometidas en su territorio á las mismas formalidades de publicidad que las sociedades francesas. Estas formalidades son muy útiles, desde el momento en que la sociedad hace en Francia operaciones de una manera continua en un lugar determinado."

Por último, el Instituto de Derecho internacional, en la sesión que celebró en Hamburgo, en Septiembre de 91, ocupándose en las cuestiones relativas á la condición de las sociedades extranjeras, adoptó, entre otras, para las sociedades por acciones, el siguiente acuerdo que nos parece de decisiva importancia en nuestro caso: Art. III. Las sociedades por acciones, que establezcan sucursales ó lugares de operaciones en un país extranjero, deben llenar allí las formalidades de publicidad prescritas por la ley de ese país.

Si, pues, las opiniones más avanzadas, lejos de condenar la institución del registro para las sociedades extranjeras, la aprueban, la apoyan y aun la consideran como un desideratum para las legislaciones que no la tienen; si la nulidad que nuestra ley establece por la falta de inscripción á favor de los terceros, se funda en poderosas razones de interés público, de protección bien entendida á un comercio que comienza á desarrollarse y que ahora más que nunca necesita de que la confianza y la buena fe, bases sin las que el crédito, alma de las

transacciones, no puede existir, revistan el más alto grado de seguridad; razón tenemos para decir, que nos alegramos sobremedera de tratar un asunto que nos ha dado motivo para elogiar a nuestro legislador. Los fracasos que desgraciadamente hemos tenido por el afán inmoderado de atraernos el capital extranjero, sin tomar precauciones para no ser víctimas de la mala fe y la perfidia, deben hacernos más cautos para lo futuro; á esta idea responden, á no dudarlo, los preceptos del Código de Comercio que hemos estudiado.

LIC. MIGUEL M. AVALOS.