

Las Sociedades Irregulares en la Nueva Ley de Sociedades Mercantiles (*)

Por ULISES MONTTOYA MANFREDI

Catedrático Principal

Concepto.— Para la constitución de las sociedades mercantiles, la ley exige determinados requisitos de fondo y la observancia de algunas formalidades. Cumplidos unos y otras surge una persona jurídica con todos los atributos que le corresponden como tal, independiente de los socios que la forman.

Puede suceder que se incurra en causales de nulidad del acto constitutivo que, conforme a las reglas del derecho civil importarían considerar que la sociedad nunca existió; o que no se hubieran cumplido los formalidades de otorgamiento de escritura pública e inscripción en el registro. Sin embargo, la sociedad actúa como tal en el campo de los negocios y existe de hecho creando intereses y situaciones jurídicas, no solamente respecto de los socios sino con los terceros que contrataron con ella expone SOLA CAÑIZARES.

En estas condiciones no puede negarse la realidad de la existencia de la sociedad porque ello importaría sostener una ficción jurídica de la que, además, derivaría situaciones injustas que ocasionarían perjuicios a los socios y a los terceros.

En atención a estas circunstancias de no ajustarse en su conformación a las reglas legales y actuar de *facto* en el campo de las actividades económicas, se denominan a estas sociedades *sociedades de hecho* o *sociedades irregulares*.

En otros casos, la sociedad puede haber sido constituida regularmente, pero habiendo sobrevenido una causal de disolución, es decir, cuando jurídicamente debe dejar de existir, con-

(*) Véase esta Ley en la Sección Legislación y Jurisprudencia.

tinúa funcionando bajo el régimen conforme al cual se constituyó. Se produce así una prolongación indebida de la existencia de una sociedad que debió ser liquidada. Empero, la sociedad ha seguido actuando como tal, a través de los personeros designados originariamente; ha continuado sin variación el régimen entre los socios y se han seguido creando situaciones jurídicas con los terceros.

Los hechos anotados han originado la tendencia a evitar o cuando menos, atenuar, los efectos de la nulidad en las sociedades y a elaborar la teoría de las sociedades irregulares o sociedades de hecho.

La ley de Sociedades Mercantiles considera en el art. 338º, los casos de sociedades irregulares por su origen, o sea, aquellas cuya existencia consta de prueba escrita, pero que no se han constituido por escritura pública, y sociedades de irregularidad sobrevenida, o sea, las que continúan en actividad después de vencido el plazo de su duración, o no obstante la pérdida de su capital en la proporción señalada en la ley, o las que modifican su organización sin las formalidades legales, o las que, en general, debían haberse disuelto en virtud de causal prevista en la ley o en el pacto social.

En doctrina se acepta que son tres las notas caracterizadoras de las sociedades de hecho: a) la existencia de los elementos propios del contrato de sociedad, o sea, el aporte de los socios, la *effectio societatis* y el ánimo de lucro; b) la organización de la sociedad de acuerdo a los tipos comprendidos en los códigos (o en las leyes) y que realiza actos sociales, que le otorgan realidad de hecho; c) ausencia de determinadas condiciones para su constitución o continuación.

De lo dispuesto por el Código de Comercio en sus arts. 17º, 24º y 127º, resultaba el reconocimiento de la sociedad no inscrita para ciertos efectos, limitados a la persona de los socios, y a los terceros en cuanto les fuera favorable.

Estas disposiciones no eran suficientes para resolver los problemas emergentes de la existencia real de las sociedades de hecho, a las que algunos autores (CORNEJO, Lino, Sociedades Comerciales, pg. 141) consideraban que debía aplicarse las reglas de la comunidad de bienes.

La ley de Sociedades Mercantiles se ha apartado de este punto de vista y de acuerdo a las modernas tendencias de la doctrina y la legislación ha articulado un conjunto de normas para regular diversos aspectos de las sociedades irregulares.

Clases de sociedades irregulares.— Se discute si hay un solo tipo de sociedad irregular, o si hay tantos tipos como los reconocidos por la ley para las sociedades regulares, es decir, colectiva, comanditaria en sus dos formas, anónima, etc.

No es indiferente tomar uno u otro camino, pues aceptar uno de ellos importa cambios sustanciales en las relaciones internas y externas, principalmente en orden a la responsabilidad solidaria e ilimitada, propia de algunas clases de sociedad.

La ley de Sociedades Mercantiles considera, en primer término, sociedad irregular, la que no se ha constituido e inscrito, conforme a sus preceptos. Pero, el art. 342º establece que para las relaciones internas rige el contrato social o la ley según la clase de sociedad que se trate, y el art. 340º dispone que los socios que forman la sociedad irregular de origen, así como los miembros de sus organismos de gobierno responden en forma personal, solidaria e ilimitada frente a terceros. De donde se desprende que los socios sólo podrían hacer valer entre ellos la responsabilidad respecto a quienes gozaran de este beneficio, pero la limitación no tendría valor en relación con terceros. De esta manera, entre los socios, la sociedad será del tipo convenido por ellos.

Aunque en la ley de Sociedades Mercantiles no existe disposición que en forma terminante establezca que en todo caso la sociedad irregular debe constar en forma escrita, puede llegarse a esta conclusión del examen del art. 338º, en relación con lo establecido en el art. 1732º del Código Civil, que exige un principio de prueba escrita para que los socios puedan invocar entre ellos la existencia de la sociedad, pedirse la restitución de los aportes y la parte de las utilidades obtenidas en común. Además, a la misma conclusión puede llegarse a través de lo dispuesto en el art. 347º en cuanto acepta que la disolución de la sociedad irregular para el efecto de las relaciones entre los socios puede acreditarse por cualquier medio de prueba, lo que no resulta que se admita para acreditar la existencia de la sociedad.

Eficacia del contrato de sociedad.— Lo expresado significa que no se exige la escritura pública para la existencia del contrato social. No se trata, pues de una formalidad como requisito forzoso del acto, *forma dat esse sei*, sino como formalidad *ad probationem*. Es decir, que la inobservancia de la forma no origina la nulidad del acto. Este quedaría solamente detenido por ausencia de constatación: *no ius deficit, sed probatio*.

LINO Cornejo (ob. cit. p. 24) sostiene que aunque el contrato de sociedad es consensual, o sea que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, es un contrato solemne porque exige como requisito indispensable la escritura pública.

La Exposición de Motivos del Código de Comercio expresaba que uno de los principios rectores en materia de sociedades es la "libertad amplia de los asociados para constituirse como tengan por conveniente"; y el art. 125 del propio Código declara la validez del contrato de sociedad cualquiera que sea la forma en que se celebre. No obstante lo anotado, el art. 127° señalaba imperativamente dos requisitos ineludibles en referencia al contrato de sociedad: la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil.

De este modo, si la formalidad fuera *ad solemnitatem* "el acto sería nulo con todas las consecuencias que de ello derivan, y los miembros de la sociedad se encontrarían con que no están ligados por ningún contrato; sus aportes no habrían salido de sus respectivos patrimonios y si se hubiera operado una indivisión por mezcla o desaparición o sustitución por otros, de los bienes aportados a causa de la actividad de la sociedad, resultaría que por los efectos destructores de la nulidad se regularán por las normas de la copropiedad".

No puede aceptarse, desde un punto de vista práctico, que la inexistencia de la sociedad por inobservancia de la forma determine la nulidad de todos los contratos celebrados por ella, originando perjuicios a terceros sin responsabilidad por tales omisiones formales.

Hay que anotar que la ley incita por diversos medios a la regularización de las sociedades irregulares, privándolas en muchos casos de las garantías que se concede a las sociedades regularmente constituidas.

El art. 8° de la ley de Sociedades Mercantiles autoriza a cualquier socio a pedir la formalización del contrato de sociedad o la inscripción, en su caso. Hay otras medidas indirectas que conducen a la regularización, según se verá más adelante.

El nacimiento, actividad y disolución de la sociedad produce una serie de relaciones jurídicas que el derecho regula en forma sistemática "para dar eficacia y asegurar tanto a la institución como a quienes se pongan en relación con ella.

Es por estas razones que el legislador, ha creído conveniente rodear la constitución de la sociedad de todas las garantías que su importancia aconseja, estableciendo condiciones y requi-

sitos que deben cumplirse para que la sociedad adquiriera todas las ventajas que la misma ley le otorga para el normal desenvolvimiento de su actividad”.

No puede olvidarse que la sociedad, como suma de esfuerzos individuales, origina una actividad que incide en el campo económico, afectando zonas más o menos vastas, según su importancia. Por ello, el legislador exige cuidar los requisitos de su constitución, y sin poner trabas a la libertad de las partes, impida se produzcan situaciones de irregularidad que sean fuente de abusos y perjuicios.

De allí, que debe exigirse que la existencia de la sociedad se haga constar de modo fehaciente; que se inserten los datos necesarios respecto a los socios; que se fije el domicilio, el capital, el régimen de administración y en general, todas las menciones a que se refiere el art. 5º de la ley de Sociedades Mercantiles.

Finalmente, por las mismas razones se exige la publicidad registral.

La personalidad de las sociedades irregulares.— Mucho se ha debatido respecto si las sociedades irregulares tienen personalidad jurídica. Para VIVANTE, el defecto de las formas legales no produce la inexistencia de la sociedad, cuando ésta deriva de un contrato dotado de todos los requisitos esenciales (consentimiento, capacidad, aportaciones, etc.). La sociedad no obstante aquel defecto, existe como contrato y como persona jurídica, porque falta en la ley, de modo absoluto, una sanción de nulidad por aquel defecto de forma.

La ley de Sociedades Mercantiles reconoce la personalidad jurídica al contrato social debidamente inscrito (Art. 1º).

El Código Civil italiano de 1942, distingue para el efecto de determinar si las sociedades irregulares tienen personalidad jurídica, dos tipos de sociedades: las que derivan su personalidad del procedimiento de constitución (forma) y del registro (publicidad); y sociedades que no la derivan. Entre estas últimas se encuentran la sociedad en comandita simple y en nombre colectivo. Entre las que derivan la personalidad de su constitución y registro están la sociedad por acciones, en comandita por acciones, de responsabilidad limitada, cooperativas y mutuas de seguros.

En cuanto a la sociedad simple italiana, que puede asimilarse a nuestra sociedad civil, no se da la posibilidad de una

sociedad irregular por cuanto no existe obligación de observar formas pre-establecidas por la ley ni requisitos de publicidad.

En la sociedad colectiva, la falta de publicidad, origina una sociedad irregular, cuyos efectos están señalados en el art. 2297, de ese código, que elimina la excusión obligatoria; faculta a los acreedores de los socios a pedir la liquidación de la cuota de su deudor; presume que cada socio que actúa por la sociedad tiene la representación social también en juicio, no siendo oponibles a los terceros los pactos que atribuyen la representación.

En la sociedad en comandita simple, también la falta de registro origina una sociedad irregular de este tipo, aplicándose los principios que gobiernan a la sociedad colectiva.

En cuanto a la sociedad anónima no es concebible una sociedad irregular, puesto que ella no nace por el hecho de haberse reunido un patrimonio común para efectuar con él una actividad comercial. La sociedad por acciones está vinculada a la responsabilidad que sólo deriva de la ley.

La sociedad anónima no registrada carece de existencia como tal. Sólo existe el acto constitutivo, y los efectos están limitados en todo caso a las relaciones entre los socios y los terceros, siendo directa la responsabilidad asumida por los socios con dichos terceros. Tampoco existirán relaciones internas entre la sociedad y los socios, pues como dice MESSINEO, estas sociedades impersonales, no están constituidas.

Lo mismo cabe decir de las sociedades en comandita por acciones y de las de responsabilidad limitada.

De este modo, puede aceptarse que de una manera general, no se reconoce la existencia de sociedades irregulares de origen cuando en alguna forma se ha limitado la responsabilidad de los socios. Y si se trata de irregularidad sobrevenida, se faculta a los socios, accionistas, acreedores de éstos, administradores o directores, miembros del Consejo de Vigilancia a pedir la disolución de la sociedad, bajo sanción de responder personal y solidariamente por la operaciones practicadas desde el momento en que se produjo la irregularidad (art. 340).

Como se ha visto, la ley en forma expresa, sólo atribuye personalidad jurídica a la sociedad debidamente inscrita (2da. parte del art. 1º).

Administración de la sociedad irregular.— En orden a la administración de estas sociedades, deben considerarse los as-

pectos internos y externos de la misma, o sean los aspectos de gestión y representación; el hecho de si la representación es atribuída a alguno o algunos de los socios, y si ella debe ejercitarse conjunta o separadamente por los designados.

Desde el punto de vista externo, es decir, en relación a los terceros con quienes los administradores contratan a nombre de la sociedad, aquéllos pueden considerar válidamente como representantes a cualquiera de los administradores, sin que puedan oponérseles las limitaciones de la representación, salvo, desde luego, que se acredite que los terceros tenían conocimiento de tales pactos limitativos. La norma protege, pues la buena fé, la ignorancia de tales convenios. Si el tercero conocí la verdadera situación de la administración, no hay nada que proteger. Hay, pues, como se desprende de lo dispuesto en el apartado 2º del art. 344 una presunción *iuris tantum*, que beneficia a los terceros, facultándoles al mismo tiempo para la interposición de las acciones que tuvieran que hacer valer contra la sociedad.

Como se ha expresado, la administración de la sociedad puede encargarse a cada uno de los socios administradores para que la ejercite en forma separada; o en forma conjunta a varios socios. Estos supuestos no están considerados en forma expresa en la ley en relación con la sociedad irregular.

En ausencia de pacto sobre el particular, se reputa que la administración corresponde a los socios en forma separada (art. 344). Esta es la regla general; y en tal hipótesis se reconoce el derecho a cada socio administrador a oponerse a la operación que otro pretende llevar a cabo, antes que se haya realizado.

La oposición se resolverá por el voto mayoritario de los socios, computándose la mayoría, de acuerdo a la parte atribuida a cada socio en las utilidades.

Si se trata de administración conjunta, se requiere la unanimidad de los socios administradores para llevar adelante las operaciones sociales, y si se hubiese convenido que para la administración o para determinados actos es necesario el consentimiento de la mayoría, ésta debe computarse de acuerdo a la participación que corresponde a los socios en las utilidades.

Si se trata de administración conjunta, ningún administrador aisladamente puede realizar acto alguno, salvo que se pretenda evitar un daño inminente a la sociedad. Se observaría al respecto el mismo régimen establecido para los administradores de las sociedades colectivas én el 2º apartado del art. 29.

En cuanto a la revocación del administrador cabría considerar dos situaciones: a) la del administrador nombrado en el contrato; b) la del administrador nombrado por acto posterior y decidir si en el primer caso, se requiere justa causa y si la revocación puede ser solicitada judicialmente por cualquiera de los socios y si en el segundo, puede revocarse al administrador *ad libitum*. Asimismo si en este último caso, debe requerirse acuerdo mayoritario. Se admite que así debe ser puesto que en una sociedad, como en cualquier agrupación societaria, debe imperar la ley de las mayorías.

De las relaciones entre los socios y con terceros.— La ley de Sociedades Mercantiles, considera los efectos de la irregularidad sobre todo en las relaciones con terceros.

En las relaciones entre los socios, el contrato de sociedad mantiene su eficacia vinculante.

Del contrato surge un primer derecho de los socios a pedir la regularización del contrato, (art. 339), que no es sino una consecuencia del derecho más general de pedir la formalización de los actos informales (art. 8º de la ley de Sociedades Mercantiles). En segundo lugar, pueden pedir su separación de la sociedad y la liquidación de la cuota que les corresponde.

Asimismo, del contrato resultan obligaciones que los socios deben satisfacer. La principal es efectuar los aportes a que se hubieran obligado, en partes iguales sino se hubiese hecho determinación en otro sentido (art. 341º).

Además, los socios pueden pedir la disolución de la sociedad (art. 339º).

Frente a terceros, la situación es diversa. En primer lugar, los socios de la sociedad irregular responden, en forma personal, solidaria e ilimitada, si la irregularidad es de origen.

De donde derivan varias consecuencias:

a) el acreedor social tiene acción directa contra el socio sin subordinarla a la preventiva infructuosa excusión del patrimonio social, no pudiendo en consecuencia ser paralizada su acción por ninguna excepción que interponga el socio demandado expone SCIALOJA;

b) la acción puede ser interpuesta no sólo contra los representantes de la sociedad irregular sino también contra la sociedad y personalmente contra los socios en forma simultánea, en razón de la solidaridad y de la ilimitación de responsabilidad de ellos;

c) quienes invoquen la representación de una sociedad irregular de origen y, en general quienes se presenten como perteneciendo a la sociedad y actuando en su nombre, responden también en forma solidaria e ilimitada, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar (art. 340º, última parte).

En consecuencia, el tercero que contrata con el socio de una sociedad irregular no tiene por qué fundar en las condiciones del contrato social las facultades de representación del socio que contrata en nombre de la sociedad.

La acción de los acreedores particulares de los socios puede hacerse valer en concurrencia con los acreedores sociales, salvo los privilegios que pudieran corresponder a los créditos según su naturaleza (art. 345º). Esta disposición se justifica porque no puede oponerse a los acreedores la existencia de un pacto que les perjudica. En el supuesto examinado, el fondo social no puede considerarse dotado de la autonomía propia de los entes jurídicos.

Como, de otro lado, el contrato de sociedad no inscrito no tiene por qué perjudicar a terceros (art. 342º, Párrafo 2), no se puede oponer dicho contrato a los acreedores de los socios. De este modo, ellos pueden intentar todas las acciones conducentes a realizar su crédito; y si se produjera concurrencia entre el acreedor particular del socio y un acreedor social, ambos estarán respecto de su deudor en igual situación, salvo los privilegios que emanen del título mismo.

Otra consecuencia de este mismo principio de la no oponibilidad a los terceros del contrato social es la contenida en el párrafo 2º del art. 339º, cuando expresa que los socios que se separan de la sociedad irregular no quedan liberados de las obligaciones contraídas que importen vínculo obligatorio para ellos.

Disolución, liquidación y quiebra de la sociedad irregular.— Tratándose de la disolución de estas sociedades es necesario tener en cuenta, igualmente, la situación de los socios y de manera especial de terceros, pues en muchos casos éstos quedarían indebidamente perjudicados si se aceptaran todos los casos de rescisión parcial o total que se consideran para la disolución de la sociedad regularmente constituida.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que los pactos celebrados por los terceros con la sociedad irregular importan un vínculo para todos los socios singulares; de modo que si éstos se separan de la sociedad no quedan liberados de responsabilidad frente a los terceros.

Puede ocurrir así, que sociedades irregulares disueltas internamente, siguen existiendo para terceros, mientras sus créditos no sean satisfechos.

Como se ha visto, en resguardo del derecho de los terceros, el art. 339º, 2ª parte, impide a los socios pedir la disolución de la sociedad, para evitar las graves consecuencias que podrían derivar de la disolución pedida por un socio. Así ocurriría en el caso de que por el conocimiento insuficiente de la estructura de la sociedad, del objeto social, o de los poderes de los representantes, los terceros que contrataron con la sociedad hagan valer una responsabilidad del patrimonio social por operaciones diversas de aquellas previstas y queridas por los socios singulares (BOLAFFIO - ROCCO - VIVANTE).

Como consecuencia del reconocimiento de la existencia de las sociedades irregulares, la ley (art. 347º) obliga a la inscripción de su disolución en el Registro Mercantil. Es ésta la forma idónea de prevenir a los terceros que una sociedad que ha estado funcionando como tal, ha dejado de existir. Así se pondría fin, en forma legal, a la actividad de una sociedad que ha estado actuando en forma anormal, originando inseguridad en el tráfico económico.

Tratándose de los socios, que se supone están debidamente informados del contenido del pacto y de las vicisitudes de la sociedad, la disolución surte efectos cualquiera que sea la forma en que tomen conocimiento de ella, sin que sea necesario observar formalidad de ningún género.

En cuanto a la liquidación, las sociedades irregulares deben sujetarse a lo previsto en el pacto social y en su defecto, a las reglas generales contenidas en la ley de Sociedades Mercantiles.

En el aspecto externo debe observarse en todo caso, las disposiciones de la ley, en cautela de los derechos de terceros, pues la falta de publicidad de la escritura de sociedad y de sus estatutos coloca a aquellos en situación desventajosa, lo que no ocurre respecto a las disposiciones legales, cuyo conocimiento está al alcance de todos.

Empero, si las disposiciones del pacto social disponen un régimen más favorable a los acreedores, como sería una liquidación más rápida y viable que la establecida en la ley, deben adoptarse tales disposiciones.

Con arreglo a lo dispuesto por el Código de Comercio en su art. 1º y a la ley de Quiebras, la sociedad irregular no po-

dría ser declarada en quiebra, pues la mencionada ley se refiere a la *persona* natural o jurídica; y si no se reconoce esta calidad a las sociedades irregulares no procederá su declaratoria en ese estado.

De esta imposibilidad legal resultaban serios perjuicios a los que ha puesto remedio la ley de Sociedades Mercantiles al admitir en su art. 350º que procede la declaratoria en quiebra de las sociedades irregulares.

Aun cuando no se acepte que las sociedades irregulares tengan personalidad jurídica su existencia de hecho y su actividad justifica la disposición del art. 350º, que tiende a proteger a quienes contrataron de buena fe con la sociedad, reputándola normalmente constituida.

En cuanto a los efectos de la quiebra en relación con los socios, debe alcanzar a todos ellos. En relación con los socios que de buena fé limitaron su responsabilidad, se plantea el problema de si puede admitirse esa limitación. Al efecto debe tomarse en cuenta no sólo que el pacto social establezca esa forma de responsabilidad y que los socios de buena fé consideraron que tal era la forma de responsabilidad de dichos socios, sino también la existencia de datos reales, objetivos, que de manera suficiente puedan llevar al convencimiento de los terceros que la responsabilidad del socio era limitada.

Para RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, la quiebra de la sociedad irregular debe ser calificada como culpable, si, por otras razones, no le corresponde la de fraudulenta, por haberse omitido las formalidades legales, lo que autoriza a ser severos en la calificación, principalmente en defensa de los terceros.

De la declaratoria de quiebra surgen problemas que se relacionan con la condición de los socios colectivos en las sociedades de esta clase, y en las comanditarias.

En relación con las primeras, habría que admitir que la declaratoria de quiebra de la sociedad importa igual situación para los socios que la forman.

Si se trata de sociedad en comandita simple tampoco hay duda respecto a los socios comanditados, a los que se aplicarían las de los socios colectivos. Es con referencia a los socios comanditarios que se plantea el problema.

Hay quienes sostienen que es de aplicación el régimen propio de las sociedades regulares, o sea, la limitación de la responsabilidad de los comanditarios; mientras otros se inclinan por la supresión de esa limitación. VIVANTE, fundándose en que no

habiendo publicidad de la razón social en la que se comprende todos los socios menos los comanditarios, considera que no hay base para que se consideren excluidos a éstos socios de la responsabilidad ilimitada. De otro lado, peligraría el crédito público y la buena fé, si se permitiera a los socios comanditarios utilizar el nombre del comanditado, su posición, su crédito y luego defraudar a los terceros al paralizar cualquier reclamación de éstos con la pretendida limitación de su propia responsabilidad.

Aplicando el principio de la apariencia jurídica, puede obtenerse dos consecuencias: si el socio comanditario actuó en nombre de la sociedad o permitió la inclusión de su nombre en la razón social, o si de cualquier otro modo apareció frente a terceros como socio y no sólo como socio comanditario, debe responder sin limitación de responsabilidad.

Si, por el contrario, el socio comanditario de sociedad irregular se comportó siempre como el socio comanditario de una sociedad regular y se manifestó como tal, se aplicarían a éste los principios generales de la sociedad comanditaria y responderá limitadamente sostiene RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ.