

LAS SOCIEDADES IRREGULARES

José Enrique Palma Navea

Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

I. INTRODUCCION

El nacimiento, fundación, formación o constitución de la Sociedad, en nuestro ordenamiento legal se encuentra sujeto al cumplimiento de determinadas formalidades. El artículo 5º de la Ley General de Sociedades establece que la Sociedad se constituye por escritura pública, en la que debe estar necesariamente contenido el pacto social y el estatuto, debiéndose inscribir dicho acto en el Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos.

De esta manera, el acto de constitución de una sociedad, resulta ser un acto jurídico formal, pues para su realización la ley determina el cumplimiento de una forma determinada.

Al respecto, el doctor Enrique Elías Laroza¹ señala que la formación de una sociedad, es un acto solemne, por lo que la ley exige que éste conste por escritura pública, hecho que va más allá de una simple formalidad requerida para algunos contratos, y que interesan principalmente a quienes los celebran. Constituir una sociedad y dotarla de personalidad jurídica, agrega, es crear un ente que puede involucrar posteriormente a cientos o miles de nuevos socios que no intervinieron en la fundación y, que puede entrar en relaciones contractuales y económicas con una multitud de personas naturales o jurídicas; por lo que es necesario que el pacto social y el estatuto sean conocidos públicamente y que cualquier persona pueda también conocer públicamente el texto de la escritura de constitución.

Precisa Elías Laroza², en relación al requisito de la inscripción de la escritura pública de constitución en los Registros Públicos, que ésta es la formalidad más importante del proceso de fundación de una sociedad, que por lo demás es una formalidad constitutiva del derecho de la sociedad a la persona-

¹ ELIAS LAROZA, Enrique. «Ley General de Sociedades Comentada.» Editora Normas Legales S.A. Lima, 1998, pág. 26.

² ELIAS LAROZA, Enrique. Ob. Cit. pág. 27.

lidad jurídica, pues ésta sólo puede adquirirse con la inscripción registral; es decir, la inscripción, completa el proceso de publicidad que la ley exige para toda sociedad, iniciado con el otorgamiento de la escritura pública.

Ahora bien, establecida la solemnidad que debe observarse para la constitución de una sociedad, consideramos necesario determinar si esa formalidad constituye o no un requisito de validez del acto de constitución.

En principio, si bien es exacto señalar que los artículos 6º y 7º de la Ley General de Sociedades establecen que la personería jurídica de la sociedad se adquiere desde el momento de su inscripción en los Registros Públicos y, que la validez de los actos celebrados en nombre de ésta, antes de su inscripción se encuentra condicionada a tal hecho y a que sean posteriormente ratificados por la sociedad; no podemos dejar de tomar en consideración las disposiciones del artículo 423º, que indica (en los mismos términos en que lo hacía el artículo 385º de la derogada Ley General de Sociedades), que la sociedad que no se ha constituido por escritura pública e inscrito en los Registros Públicos, es una *sociedad irregular*.

Como podemos apreciar, la ley, aunque con una serie de restricciones y limitaciones como lo veremos más adelante, le reconoce a la sociedad irregular no sólo una calidad y condición específica, sino que también establece determinadas consecuencias, respecto de sus relaciones entre los socios de la denominada sociedad irregular y, entre ésta con terceros; por lo que podemos afirmar sin lugar a dudas que, el acto por el cual se forma o constituye una sociedad sin observar las formalidades exigidas por la ley, y que por ende adquiere la condición de irregular, es un acto jurídico válido.

En este punto, consideramos importante distinguir entre la irregularidad y la nulidad del pacto social de la sociedad. Según lo establece el artículo 33º de la Ley General de Sociedades, se puede declarar la nulidad del pacto social de una *sociedad inscrita* por las siguientes causas: (i) por incapacidad o por ausencia de consentimiento válido de un número de socios fundadores que determine la falta de pluralidad de socios requerida por la ley; (ii) por constituir su objeto social alguna actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; (iii) por contener -el pacto social- estipulaciones contrarias a normas legales imperativas o no consignar aquellas que la ley exige y; (iv) por omisión de la forma obligatoria prescrita por la ley.

En principio debemos señalar que, la declaración de voluntad para constituir validamente una sociedad, debe ajustarse a los requisitos generales exigidos para cualquier acto jurídico. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que el «contrato» o acuerdo de sociedad es un acto jurídico *sui generis*, no sólo por su estructura, sino también porque éste va dirigido a la creación de una personalidad jurídica distinta a la de los socios, la cual entra inmediatamente en relación con terceros, mediante la celebración de otros contratos, razón por lo que la doctrina de nulidad de los contratos por vicios de la voluntad ha de ser admitida con grandes reservas. Por otra parte, hay que contemplar que la nulidad afecta no solo al contrato como conjunto de declaraciones, sino también a la sociedad misma como sujeto que desarrolla una actividad lucrativa³.

De otro lado, si revisamos el inc. 4º del mencionado artículo 33º, referido a la causal de nulidad del pacto social por omisión de la forma obligatoria prescrita, se nos presentan ciertas dudas, respecto de la existencia y validez del acto de formación de una sociedad irregular que hemos sostenido líneas arriba.

Sin embargo, para disipar tales dudas el doctor Enrique Elías Laroza⁴ con acierto señala, que la causal de nulidad del artículo 33º inc.4º se refiere al hecho de que una sociedad no adopte una de las formas societarias previstas por la ley. Es decir que, en este caso la ley regula la nulidad del pacto social cuando se contravienen las disposiciones del artículo 2º, que exige que las sociedades deben adoptar necesariamente alguna de las formas previstas por la Ley General de Sociedades. Entonces, hecha esta precisión, la causal de nulidad del pacto social a que se contrae el inciso 4º (del artículo 33º), no esta referida a la inobservancia de las formalidades exigidas por el artículo 5º para el acto constitutivo, esto es el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en los Registros Públicos. Ello resulta obvio, si se toma en cuenta que, en líneas generales, las causales de nulidad contempladas en el tantas veces mencionado artículo 33º, están orientadas a facultar al Juez a declarar la nulidad cuando la persona jurídica constituida mediante un pacto social nulo e *inscrito* en los Registros Públicos, adolece de un defecto que haga que su operatividad no se ajuste a las disposiciones legales, como es el caso de la falta de pluralidad de socios, del objeto ilícito o, la contravención a normas de carácter imperativo.

³ GARRIGUES, Joaquín. «Curso de Derecho Mercantil». Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1993. págs. 343 - 344.

⁴ ELIAS LAROZA, Enrique. Ob. Cit. pág. 83.

II. CONCEPTO DE SOCIEDAD IRREGULAR

El concepto de sociedad irregular lógicamente ha de ser la antítesis del de sociedad regular. Esta última nace de la concurrencia de un doble requisito: (i) el otorgamiento de una escritura pública y, (ii) su posterior inscripción en los Registros Públicos. Más aún, a la inscripción registral se la dota de un efecto adicional al de la publicidad material positiva, que consiste en otorgarle a la sociedad personalidad jurídica. En tal sentido, las sociedades que cumplan con ese doble requisito serán sociedades regulares o legales. En tanto, aquellas que no lo cumplan, serán irregulares, pero no ilegales, pues la ley les reconoce determinadas consecuencias, distinguiéndose el aspecto interno (relaciones de los socios entre sí), del aspecto externo (relaciones de la sociedad con terceros)⁵.

En relación a las consecuencias reconocidas por la ley a las sociedades irregulares, como lo señala el maestro Garrigues, debemos distinguir en primer término el aspecto interno. La falta de elevación a escritura pública del contrato de constitución de sociedad, o su no inscripción en los Registros Públicos, no implica la invalidez o nulidad del acto, pues como ya lo hemos visto y, según lo establecen los artículos 425°, 426°, 427° y 428°, el pacto social, el estatuto e incluso los convenios o acuerdos celebrados entre los socios, mantienen plena validez entre ellos.

Respecto al aspecto externo, cabe señalar que, si bien la irregularidad de la sociedad supone la presencia de consecuencias trascendentes, fundamentalmente en relación a la personalidad jurídica de la sociedad -toda vez que ésta se adquiere única y exclusivamente con su inscripción en los Registros Públicos-, debemos destacar que la ley reconoce, aunque con grandes limitaciones, la validez del acto de constitución y, consecuentemente la existencia de la sociedad irregular. Así, el artículo 424° establece que quienes actúan en nombre de la sociedad son **solidariamente** responsables con ésta.

En consecuencia, podemos afirmar que la sociedad irregular es un ente, que si bien no tiene la calidad de persona jurídica, la ley le reconoce existencia y le concede subjetividad jurídica.

En efecto, el doctor Carlos Fernández Sessarego⁶, refiriéndose a las

⁵ GARRIGUES, Joaquín. Ob. Cit. págs. 338 - 339.

⁶ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. «Derecho de las Personas». 5ª Edición. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima. 1992. págs. 220 - 221.

organizaciones de personas no inscritas, reguladas por el Código Civil, y cuyas apreciaciones son perfectamente aplicables a las sociedades irregulares tratadas por la Ley General de Sociedades, señala esclarecedoramente y relevándonos de mayores comentarios que, *«es dable advertir que la regulación de dichas organizaciones de personas no significa la creación de otras tantas personas jurídicas, sino simplemente el que se les otorga subjetividad, al determinar el Código algunas normas de conducta intersubjetiva aplicables a la asociación, al comite y a la fundación, que no cumplen con la formalidad legal de constituirse como personas mediante instrumento inscrito. Se trata pues, de reconocer a nivel normativo la existencia en la realidad social de una nueva categoría de sujetos de derecho, formalmente diversos a la tradicional persona jurídica. La distinción radica en que esta especie de sujeto de derecho, por no haber cumplido con la formalidad de la inscripción -a partir de la cual tiene existencia legal la persona jurídica-, no constituye un centro unitario de imputación de deberes y derechos según la operación formal de reducción a la unidad ideal de una pluralidad de personas naturales actuantes, para el efecto de atribuir situaciones jurídicas a dicho centro normativo. Las indicadas organizaciones se mantienen, por tanto, como pluralidad de personas naturales a las cuales el Código concede subjetividad jurídica. Este reconocimiento normativo faculta a dicha pluralidad -sin dejar de ser tal- a celebrar determinados actos jurídicos y a comparecer en juicio. Al no constituirse como unidad normativa de imputación de derechos y deberes, el patrimonio de dichas organizaciones no inscritas se mantiene como un fondo (...). Esta situación origina, a su vez, que el fondo común responda por las obligaciones contraídas y que los integrantes de tales sujetos de derecho se constituyan como responsables solidarios de las obligaciones asumidas (...).»*

III. CAUSALES DE IRREGULARIDAD

Como lo explica el maestro Ulises Montoya Manfredi⁷ las sociedades irregulares pueden serlo por su origen, o por causa sobreviniente.

El artículo 423º señala las causales por las cuales una sociedad puede ser considerada irregular, bien por que no se ha constituido e inscrito con arre-

⁷ MONTOKA MANFREDI, Ulises. «Derecho Comercial» Tomo I. Novena Edición. Editora y Distribuidora Jurídica Grijley EIRL. Lima. 1998. pág. 725.

glo a ley, o por que habiendo tenido la calidad de regular, no ha observado determinadas exigencias legales.

En ese sentido, se consideran sociedades irregulares por su origen, aquellas que no se han constituido e inscrito de acuerdo a las formalidades exigidas por la ley, siendo las causas de irregularidad de origen, las siguientes:

- i Sí transcurridos sesenta (60) días desde que los socios fundadores suscribieron el pacto social, no se solicitó el otorgamiento de la escritura pública de constitución;
- ii Sí transcurridos treinta (30) días desde que la asamblea designó al o los firmantes para otorgar la escritura pública, éstos no solicitaron su otorgamiento;
- iii Sí transcurridos más de treinta (30) días desde que se otorgó la escritura pública de constitución, no se solicitó su inscripción en los Registros Públicos; y
- iv Luego de transcurridos treinta (30) días desde que quedó firme la denegatoria de la inscripción formulada por los Registros Públicos.

De otra parte, se consideran sociedades irregulares por causa sobrevenida, a aquellas que:

- i Se han transformado o han modificado su organización sin observar las formalidades exigidas por la ley; y
- ii Continúan en actividades, a pesar de haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto.

En relación a la irregularidad por causal sobrevenida, consideramos oportuno referirnos a lo establecido en la Primera y Segunda Disposiciones Transitorias de la Ley General de Sociedades.

De acuerdo con lo prescrito por la Primera Disposición Transitoria, modificada por la Ley N° 26977, las sociedades deberán adecuar su pacto social y su estatuto a las disposiciones de la Nueva Ley General de Sociedades, en la oportunidad de la primera reforma que efectúen a los mismos o, a más tardar el 31 de diciembre de 1999. Por su parte, la Segunda Disposición Transitoria dispone que al vencimiento de dicho plazo, las sociedades que no se hubieran adecuadas a la ley, devendrán en *irregulares*. Vemos entonces, que la falta de adecuación de una sociedad a las disposiciones de la Nueva Ley General de Sociedades, constituiría una causal sobrevenida de irregularidad.

Sobre el tema de la adecuación a la nueva ley, comentario a parte nos merece la modificación o ampliación del plazo de adecuación introducida por la Ley N° 26977, pues a nuestro criterio este excesivo plazo (31.12.99) no sólo ha desnaturalizado la finalidad que buscó primigeniamente el legislador, sino que al establecerse un plazo tan lato se ha generado en la colectividad incertidumbre y confusión en relación a las leyes a aplicar.

No obstante lo antes mencionado, no podemos negar la necesidad de prorrogar el plazo de adecuación inicialmente fijado en la ley, fundamentalmente por el desconocimiento de abogados y empresarios de la nueva normatividad societaria, sobre todo en algunas provincias del país; por lo que estimamos que un plazo razonable para la adecuación de las sociedades a la nueva ley, hubiera sido hasta el 31 de marzo de 1999.

IV. EFECTOS DE LA IRREGULARIDAD

A fin de entender los efectos de la irregularidad, debemos distinguir entre las relaciones internas (a nivel de socios y entre éstos con la sociedad), de las relaciones externas (entre la sociedad con terceros), que se presentan en toda sociedad.

En el primer caso, el pacto social, el estatuto y los acuerdos o convenios entre los socios mantienen plenos efectos, de manera tal que los socios quedan obligados a efectuar los aportes y las prestaciones a que se hubieran comprometido en el pacto social o en acto posterior, en todo lo que sea necesario para dar cumplimiento al objeto social o, en caso de liquidación de la sociedad, para cubrir las obligaciones contraídas con terceros (artículo 425°). Igualmente los socios pueden solicitar alternativamente la regularización o formalización de la sociedad irregular o, su disolución y liquidación (artículo 426°), quedando facultados, incluso, a separarse de la sociedad si la junta general no aceptará la solicitud de regularización o disolución (artículo 427°). En este último supuesto, el derecho de solicitar la disolución y liquidación de la sociedad irregular alcanza también a los acreedores de la sociedad.

En el segundo caso, el artículo 424° señala que los administradores, representantes y en general quienes se presenten frente a terceros actuando en nombre de la sociedad irregular, son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, por los actos jurídicos realizados por ésta, ya sea que la irregularidad se haya producido en el momento de la

constitución de la sociedad, o que ésta se haya producido por causal sobreviniente.

De otra parte, el artículo 428° prescribe que las relaciones internas en las sociedades irregulares que se dan entre los socios y, aquellas relaciones entre éstos y la sociedad, se rigen por el pacto o acuerdo del que éstas se hubieran derivado y, supletoriamente por las disposiciones de la Ley General de Sociedades. De la misma manera, el pacto social, el estatuto, y los convenios o acuerdos entre socios y sus modificaciones, así como las consecuencias que de ellos se deriven, son validos entre los socios. Empero, éstos no perjudican a los terceros, quienes pueden utilizar lo establecido en ellos -pacto social, estatuto, convenios o acuerdos- en todo lo que les favorezca, no pudiendo oponerse ningún acuerdo o contrato que tienda a limitar o excluir la responsabilidad de los socios o los administradores.

V. ADMINISTRACION Y REPRESENTACION DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

La administración de la sociedad irregular, corresponde a sus administradores y representantes designados en el pacto social o en el estatuto o en los acuerdos celebrados entre los socios, presumiéndose que los socios y administradores, se encuentran facultados individual e indistintamente para realizar actos de carácter urgente y para solicitar medidas cautelares en procesos judiciales.

Sin embargo, los terceros podrán considerar como representante de la sociedad irregular a cualesquiera de los socios o administradores, sin que se pueda oponer contra éstos las limitaciones de la representación; salvo que se demuestre que el tercero tenía conocimiento de los pactos o acuerdos que determinaban la representación de la sociedad. En este caso, la ley protege la buena fe, es decir la ignorancia o desconocimiento de los terceros de tales pactos o acuerdos⁸.

En este sentido, el distinguido profesor universitario Ricardo Beaumont Callirgos⁹, citando a Fernando Sánchez Calero, señala que el régimen de administración de las sociedades irregulares, es compatible y similar al de la socie-

⁸ MONTROYA MANFREDI, Ulises. Ob. Cit. pág. 728.

⁹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Ob. Cit. pág. 723.

dad colectiva, en la que salvo disposición distinta del pacto social, la administración de la sociedad corresponde, separadamente e individualmente, a cada uno de los socios, pues esta atribución va de la mano con la condición de socio, y debe ejercitarse en forma personal. Sin embargo, el pacto social, puede establecer que la administración se ejercida en forma conjunta, caso en el cual se requerirá de unanimidad de los socios administradores para realizar la gestión y representación de la sociedad.

VI. DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

Teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento legal reconoce la existencia de la sociedad irregular y, que la actividad desarrollada por ésta puede generar no solo relaciones entre los socios, sino también con terceros, la ley regula la disolución y liquidación de estas sociedades.

De esta manera y, dada su condición de irregular, la ley (artículo 429º) establece que la disolución de este tipo de sociedades puede tener lugar sin observar las formalidad exigidas para las sociedades regulares, pudiéndose acreditar este estado (disolución), entre los socios y frente a terceros, por cualquier medio probatorio. Es decir, que para declarar la disolución de una sociedad irregular no es necesario observar los requisitos establecidos para el efecto en la ley, el pacto social, el estatuto, o los acuerdos o convenios celebrados entre los socios.

Cabe señalar que, sólo se inscribe la disolución de aquellas sociedades que hubieran estado inscritas en los Registros Públicos, esto es aquellas sociedades que habiendo sido regulares, por causa sobreviniente devinieron en irregulares.

En relación al proceso de liquidación de las sociedades irregulares, debemos mencionar que éste debe sujetarse a las disposiciones del pacto social y de la Ley General de Sociedades.

Es de destacar, que los acreedores de la sociedad irregular, que concurren al proceso de liquidación, no están limitados para ejercer las acciones, conducentes a obtener el cobro de sus acreencias, contra los socios, administradores o representantes de la sociedad, ello en razón de la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada que mantienen éstos frente a los acreedores.

Para concluir este breve análisis, consideramos oportuno referirnos a las disposiciones del artículo 432º de la Ley General de Sociedades, el cual señala que la insolvencia o la quiebra de la sociedad irregular se sujeta a la ley de la materia, es decir por el Decreto Legislativo 845 - Ley de Reestructuración Patrimonial.

Sobre el particular, debemos resaltar que el D.L. 845 (artículo 1º) define como empresa a «toda organización económica y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, con el objeto de producir bienes y o prestar servicios, *establecida de hecho* o constituida en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional». El artículo 2º del referido cuerpo legal señala que la Ley de Reestructuración Patrimonial establece las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, disolución y liquidación, y quiebra de empresas.

Vemos pues que el D.L. 845, a diferencia que la derogada Ley de Reestructuración Empresarial (D.L. 26116), ha contemplado para los efectos de los procesos concursales regulados en ella, a las sociedades de hecho, también llamadas sociedades irregulares, las cuales pese a no tener personalidad jurídica, pueden ser declaradas en estado de insolvencia, y determinarse en relación a ellas la reestructuración de su patrimonio o su disolución y liquidación extrajudicial.

Ahora bien, teniendo en consideración la responsabilidad personal, solidaria e limitada que la ley determina para los socios de este tipo de sociedades, debemos destacar que también es facultad de los acreedores, solicitar la insolvencia individual o conjuntamente de los socios.

Finalmente, si durante el proceso de liquidación se extinguiera el patrimonio de la sociedad irregular y quedaran acreedores impagos, el liquidador deberá solicitar al Juez Civil, la quiebra judicial de la sociedad. En este caso, el Juez en un proceso sumarisimo, luego de confirmar la extinción del patrimonio de la sociedad, declarará la quiebra de la misma y, la incobrabilidad de sus adeudos.

Concluido el proceso de quiebra, se tendrá por extinguida a la sociedad irregular, inscribiéndose en los Registros Públicos únicamente la extinción de aquellas sociedades inscritas.