

“¿Sociedades anónimas irregulares?” Apuntes sobre la Ley General de Sociedades

*Herve Michell Aquino Espinoza **

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política UNMSM.

SUMARIO

1.- Introducción	495
2.- El concepto de “sociedad” en nuestra LGS	498
3.- El proceso constitutivo de la sociedad anónima: análisis del iter constitutivo	502
4.- La llamada “sociedad irregular”	505
5.- Responsabilidad limitada en materia de sociedades	507
6.- El concepto de “persona jurídica” en la formulación de la llamada responsabilidad limitada	509
6.1. La personalidad jurídica en la noción de sociedad anónima	511
7.- Sociedades irregulares en la legislación argentina	512
8.- La llamada sociedad irregular (continuación)	513
9.- Nuestra definición de sociedad anónima	516
10.- Conclusiones y recomendaciones	518

1. Introducción

Saber si un grupo de personas que trabajan colectivamente en una actividad empresarial sin culminar con todas las etapas del proceso constitutivo para la creación o constitución de una “sociedad” es una “sociedad anónima irregular” a la cual le falta sólo un elemento formal, o, una sociedad sin modelo definido, o una “asociación” de personas más o menos estable que realizan dicha actividad, o en todo caso, sólo un “grupo organizado” sin personería jurídica.

* El presente artículo es parte de la tesis que el autor realizó para optar el título de abogado.
Mi agradecimiento a los Doctores **Ricardo Beaumont Callirgos** y **César Ramos Padilla** por los consejos y recomendaciones para la elaboración del presente artículo.

dica que tiene actuación conjunta, es una cuestión de importancia, pues la resolución a tal interrogante definirá cuál es el régimen jurídico a aplicarse.

Aunque el fenómeno socio-económico anteriormente señalado, a pesar de haberse mencionado una serie de alternativas, tiene en la actualidad un determinado tratamiento normativo ya que la Ley General de Sociedades¹ en el artículo 423° señala que es irregular “la sociedad” que no se ha constituido e inscrito conforme a ley o cuando se actúa en “sociedad” sin serlo, creemos, sin embargo, que tal reconocimiento merece un estudio.

Nosotros, consideramos que la regulación dada en nuestra LGS a las llamadas “sociedades irregulares” puede no coincidir con lo que la misma estableciera sobre el proceso constitutivo. En ese sentido, la realización del presente trabajo pretende dilucidar si el reconocimiento de las llamadas “sociedades irregulares”, tal y como está regulado en nuestra LGS, apareja o no contradicción con el tratamiento que se le ha dado en la ley a la etapa constitutiva, y, a su vez, a verificar si el mismo concuerda con el concepto que, entendemos, se debe tener de los institutos jurídicos llamados “sociedad anónima” y “persona jurídica”.

Luego de firmado el pacto social, redactado el estatuto respectivo y elevada la minuta a escritura pública, los pactantes, acompañados de ese ímpetu que caracteriza todo inicio empresarial, han emitido papeles membretados con la denominación² acordada más la sigla SAC; han realizado algunas operaciones comerciales y celebrado algunos contratos en “representación” de la misma; pero, sin hasta ese momento haber solicitado la inscripción de la “sociedad anónima cerrada” en el registro respectivo³. Ante tal situación, nuestra interro-

¹ Desde ahora nuestra Ley General de Sociedades, Ley 26887, publicado el 09 de diciembre de 1997 es LGS.

El comentario que realizaremos en esta oportunidad sólo se limitará al estudio de las sociedades anónimas.

² La denominación social podría ser entendida como el nombre de fantasía de la Sociedad Anónima que requiere y recibe protección legal.

³ Pude haber otros supuestos mas: Otros supuestos fácticos que también merecen el análisis que venimos realizando serían cuando no se haya otorgado la escritura pública y sólo se cuente con la minuta de constitución, también se puede decir lo mismo cuando haya transcurridos sesenta días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de la escritura pública de constitución; 2. Cuando transcurridos treinta días desde que la asamblea designó al o los firmantes para otorgar la escritura pública sin que éstos hayan solicitado su otorgamiento; 3. Cuando transcurridos más de treinta días desde que se

gante esta en saber si estamos ante una "sociedad anónima irregular" porque le falta un requisito formal; ante una sociedad catalogada de "irregular" que actúa como sociedad anónima, ante una "sociedad" pero sin modelo definido, ante una asociación o sólo una agrupación de personas.

Aunque de acuerdo al numeral 3 del artículo 423° de la LGS,⁴ en el ejemplo dado estaremos ante una "sociedad irregular", es muy probable que quienes contrataron con aquellos quienes dijeron ser sus "representantes" lo hicieran bajo el entendido que se trataba de una "sociedad anónima cerrada" (SAC) que actuaba en el mundo de los negocios como tal, y que, sólo después de averiguado resultó ser "irregular" y no, como ellos creían, en un comienzo, una SAC. Así, entonces, creemos que el título dado a nuestro artículo no es una exageración nuestra, sino una interrogante válida, generada justamente por el reconocimiento normativo a procesos constitutivos de actividades empresariales que no culminaron con el modelo societario elegido. En este caso el de la sociedad anónima.

Cabe mencionar que en una explicación diferente a la que nosotros esbozaremos en el presente artículo están las que el destacado profesor Carlos Fernández Sessarego hace de las organizaciones de personas no inscritas del Código Civil. Explicación que en opinión del Dr. Palma Navea⁵ son de aplicación a las "sociedades irregulares" tratadas por nuestra LGS. Dentro de la tesis del maestro san marquino se reconoce a las organizaciones de personas no inscritas del Código Civil como una "nueva categoría" de sujeto de derecho, la cual, debe ser entendida como una nueva figura jurídica formalmente diversa a la tradicional persona jurídica. Dentro de esta postura se entiende que si bien el "ente", la organización estable de personas, no es considerada un centro unita

otorgó la escritura pública de constitución, sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro; 4. Cuando transcurridos treinta días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el Registro.

⁴ **Artículo 423°.- Causales de irregularidad.**- Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. En cualquier caso, una sociedad adquiere la condición de irregular: 3. Transcurridos más de treinta días desde que se otorgó la escritura pública de constitución, sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro.

Hay dos supuestos más contemplados en nuestra LGS pero estos requieren de otro análisis.

⁵ PALMA NAVEA, José Enrique, "La Sociedad Irregular en la Nueva Ley General de Sociedades", en la Revista de la Facultad de Derecho y CCPP de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 56, N° 2, Lima, 1998, pág. 48.

rio de imputación de deberes y derechos como sucede con las personas jurídicas, su reconocimiento y regulación como una figura jurídica distinta permite que se le dote de una “determinada subjetividad”. Así, dentro de este desarrollo doctrinario se dice que la organización de personas es la que tiene la subjetividad jurídica autónoma, que al no constituirse como unidad normativa de imputación de derechos y deberes, es el patrimonio de dicha organización no inscrita la que se mantiene como un fondo común que responderá por las obligaciones contraídas. Así pues, en resumen se puede sostener que dentro de esta posición existiría una determinada especie de sujeto de derecho que, sin cumplir con la formalidad de la inscripción, llegaría a gozar de subjetividad jurídica, y como consecuencia de ello, capaz de asumir derechos y obligaciones⁶.

Regresando a nuestra explicación, si bien nosotros también participamos de la idea que es necesario que se regule la actuación de un grupo de personas que desarrollan actividades empresariales en forma conjunta sin cumplir con la totalidad de los requisitos legales para la constitución de una persona jurídica determinada, esta situación no puede comprender la noción de sociedad, así sea llamada o adjetivada de “irregular”. Consideramos que dar una solución de este tipo para regular tales supuestos no pueden conllevar el desconocimiento de las reglas que la propia LGS estableciera dentro del proceso constitutivo. Veamos por qué.

2.- El concepto de “sociedad” en nuestra LGS

Desde nuestro punto de vista, para saber a qué considera nuestra LGS “sociedades irregulares” debe conocerse primero qué entiende ésta por “sociedad”. Al respecto, es de observar que el artículo 1° de la LGS⁷ no nos ofrece una definición de ésta, ni tampoco nos dice cuál es la naturaleza jurídica de su constitución. La LGS se limita sólo a señalarnos cuales son los dos elementos comunes de toda clase de sociedad, es decir, en dicho artículo se nos habla de la realización de un aporte de bienes o servicios y del ejercicio de una actividad económica en forma conjunta. En la actual LGS, se ha omitido referirse expresamente al tema de la naturaleza jurídica de las sociedades argumentándose que mientras el debate doctrinario continúe sobre asunto tan discutible y emi-

⁶ Conf. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, Editorial Cuzco, Lima, 1992, pág. 219 y ss.

⁷ Artículo 1o.- La Sociedad.- “Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas...”

nentamente teórico, es preferible la fórmula práctica de guardar silencio. Sobre el mencionado dilema, sin embargo, es de señalar que a lo largo de la historia siempre se consideró que “la sociedad” tenía naturaleza contractual; sólo desde fines del siglo XIX esa afirmación fue objetada por varios autores. Surgieron diversas teorías que asignaron a “la sociedad” una naturaleza jurídica especial que no permitía incluirla dentro del concepto tradicional del “contrato”. A modo de enumeración solamente, dentro de las diversas teorías que se ensayaron para negar la naturaleza contractual del acto constitutivo tenemos: la teoría del acto social constitutivo, también llamada teoría unilateral del acto fundacional; la teoría del acto complejo; la teoría del acto colectivo, la teoría de la institución, entre otras.

Para Garrigues –refiriéndose al origen del cuestionamiento– lo que hizo dudar a la doctrina, tanto antigua como moderna, de si la sociedad era o no un verdadero contrato, fue ver que por ese acto se daba origen a una persona jurídica o, al menos, a una organización, que ya no dependía del contrato originario, sino que tenía su propio estatuto, que podía ser modificado sin la voluntad de los primeros contratantes⁸.

Cuestionando las teorías no contractualistas del acto constitutivo de la sociedad, para Mascheroni, la elaboración de las mismas responden –dice– en última instancia, a una imagen restringida y aun distorsionada de la institución contractual. Señala que la raíz de este problema doctrinario –más aparente que verdadero– se encuentra en la orientación interpretativa de la institución contractual que surgiera del Código Civil Francés de 1811 (Art. 1101). Según el referido autor, el estudio y la elaboración de la doctrina del contrato se realizó sólo a partir del contrato de cambio y de su especie por excelencia, el de compraventa. Sostiene que esta concepción restringida de la teoría contractual sólo puede explicar y desarrollar debidamente la teoría de los contratos bilaterales y sinalagmáticos, pero resulta insuficiente para abordar las convenciones multilaterales, de las que el contrato de sociedad es arquetipo. Como las construcciones normativas enraizadas en el Código napoleónico –que presidió y orientó la codificación del siglo XIX–, señala el mismo autor, siguieron a la ley civil francesa en su concepción puramente bilateral del contrato, éstas se elaboraron en torno al paradigma de la “compraventa”, sobre los modelos romanos; de ahí que los comentaristas del derecho privado francés y de los sistemas codifi

⁸ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, México, 1940, pág. 328.

cados que recibieron su influencia fueron los que patrocinaron tesis extrañas a la concepción contractualista de la sociedad⁹.

En la actualidad en casi todos los países predomina decididamente la tesis contractual de la naturaleza jurídica de la constitución de la "sociedad" y, a pesar de no haberse señalado expresamente en la LGS que la sociedad tiene un origen constitutivo de naturaleza contractual, lo cierto es que ésta no ha podido abandonar tal postura. A lo largo de su articulado es fácil constatar que se hacen referencias de ese tipo¹⁰.

Como consecuencia de la discusión que surgiera acerca de la naturaleza jurídica del proceso constitutivo, en doctrina, son múltiples las definiciones jurídicas que se han pretendido aplicar a "la sociedad". Para algunos, por ejemplo, enfocándola desde una perspectiva meramente instrumentalista, es sólo el "medio" jurídico elaborado para el logro de fines económicos (en nuestra opinión una visión puramente contractual de la sociedad)¹¹. Para otros, por el contrario, dando más importancia a la subjetividad que adquiere la "organización" jurídica establecida, se trata de un *sujeto de derecho*, persona jurídica, que surge de una manifestación de voluntad formalizado por un contrato¹². Al respecto es de referir que si bien ambas definiciones son correctas, esa disparidad de posicio-

⁹ Conf. MASCHERONI, Fernando, *El vínculo accionista - Sociedad Anónima y el contrato de suscripción*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1970, pág. 23 a 26.

Mascheroni señala también que la parcialización o fragmentación del enfoque contractual surge de un déficit de óptica. Dice que si se contempla analíticamente los diversos contratos legislados por el derecho privado cabe una clasificación primordial que atiende a la naturaleza y finalidad de las prestaciones comprometidas en la convención y si se atiende a esta clasificación se puede hablar de contratos conmutativos (o de cambio) y de contratos asociativos. En los primeros existiría una reciprocidad en las prestaciones, doy para que des (do ut des; do ut facias); los contrayentes se encontrarían en la situación de contrapartes puesto que sus intereses serían naturalmente encontrados y distintos los fines perseguidos por cada uno de ellos; en los segundos, las partes se vincularían constituyendo una entidad destinada a la consecución de un fin común (el objeto social), al cual afectarían sus respectivos aportes patrimoniales, que reunidos constituirán el patrimonio (capital) de la entidad jurídica así engendrada (Mascheroni 1970: 26).

¹⁰ A este respecto MONTROYA MANFREDI, Ulises, considera que a pesar de no haberse optado por el reconocimiento de la naturaleza contractual de la sociedad, que la LGS no ha podido abandonar tal postura. Ver *Derecho Comercial*, Tomo I, Lima, 1998, pág. 405.

¹¹ Para el profesor español Garrigues, por ejemplo, "la sociedad es el instrumento jurídico de conjunción de medios económicos que exceden la capacidad del hombre aislado". GARRIGUES, Joaquín, Op. Cit. pág. 306.

¹² Como RICHARD, por ejemplo. Citado por GOMERO RIGACCI, Carlos, "El Contrato de Sociedad". En libro compilación *Contratos*, editorial Rao, Lima, 2000, pág. 403.

nes obedecen, creemos, a que para la formulación de sus conceptos se prioriza uno de los dos elementos que la naturaleza jurídica de "sociedad" importa, es decir, el elemento contractual y el elemento organizativo.

Nosotros, partícipes de reconocer que existen esos dos elementos en toda "sociedad", compartimos la idea de que cuando se recoge la visión organizativa, que asciende a *corporación*¹³ como sucede en el caso de la *sociedad anónima*, se debe preferir hablar de la entidad "ideal" que se presenta en el mundo jurídico como "persona", y, no ya del contrato y las relaciones personales que de él nacieron¹⁴. Las legislaciones elaboradas en torno a nuestro instituto se inclinan por tal reconocimiento. La LGS es un ejemplo de ello, pues es una norma que nos habla del empresario que no es persona natural. Nos habla de los sujetos que nacen, es cierto, de un acuerdo de voluntades (origen contractual), pero que realizan actividades económicas como otra persona más, como otro sujeto de derecho.

Ahora, se podrá decir, y hay muchos que así lo repiten, que lo que nuestro ordenamiento jurídico regula en realidad al hablar de "sociedades" es un fenómeno económico-social realizado por el hombre y para el hombre, materializado en la organización de esfuerzos personales. Tal afirmación es cierta y en rigor no podría ser de otra manera porque como sabemos todo el derecho gira en torno a la persona humana y su actividad; sin embargo, no se debe olvidar que sobre ese suceso o fenómeno, el derecho, es la ciencia que ha elaborado todo un lenguaje especializado para su regulación. Ha creado categorías jurídicas determinadas para regular tal situación. Y si la principal consecuencia de esa regulación es contar con la presencia de un nuevo "sujeto de derecho", entonces, lo lógico es que se hable en ese lenguaje jurídico. Creemos que hacerlo así es necesario ya que con ello conseguiremos darle a nuestra disciplina una mayor coherencia en el manejo de sus instituciones y conceptos.

La LGS, si se observa con atención, es una norma que regula la constitución (nacimiento contractual), funcionamiento (órganos), desarrollo (sucursales, transformaciones, fusiones, etc.) liquidación e inevitable extinción, (muerte) de las sociedades, en un proceso, salvando evidentes diferencias, parecido al de las personas naturales. La persona jurídica así, entonces, es una creación del derecho, explicada y justificada por necesidades económicas y sociales.

¹³ Corporación.- Nombre que proviene de un atributo específico que se confiere a este tipo de sociedades, el de la *incorporation* o el de la *personalidad jurídica*, en nuestro idioma.

¹⁴ Conf. GARRIGUES, Joaquín, op., cit., pág. 307.

En definitiva, el derecho en una determinada etapa de su evolución, consideró necesario crear o aceptar a la *persona jurídica* y visto las cosas en ese sentido, consideramos entonces *a priori* que el elemento jurídico más importante que la noción de "sociedad" importa es su calidad de persona jurídica, la cual se adquiere una vez culminado el proceso constitutivo. Esta posición la explicaremos y mantendremos a lo largo del desarrollo del artículo.

3.- El proceso constitutivo de una sociedad anónima: análisis del *iter constitutivo*

Como reza el título de este apartado lo que haremos a continuación será el análisis de los artículos 5º, 6º y 7º de la LGS para la constitución de una sociedad anónima. Estos artículos son, en buena cuenta, el *iter constitutivo* necesario que debe seguirse para la formación de una sociedad anónima y también (aunque no es nuestro estudio) de cualquier sociedad regulada en la LGS¹⁵.

Según el artículo 5º de la LGS,¹⁶ toda sociedad anónima se constituye necesariamente por escritura pública, la cual contiene el pacto social y los estatutos respectivos¹⁷. Según el Artículo 6º, la *sociedad anónima* adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y se mantiene hasta que se inscribe su extinción. De tal redacción, es bueno indicar, se entendería que la *sociedad anónima* sólo adquiriría personalidad jurídica desde el momento de su inscripción en el Registro de Sociedades. Y, finalmente, según el artículo 7º¹⁸

¹⁵ Entiéndase, sociedad comercial de responsabilidad limitada, sociedad colectiva, sociedad en comandita, sociedad civil, etc.

¹⁶ Artículo 5o.- Contenido y formalidades del acto constitutivo (parte pertinente).- La sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto.

¹⁷ El pacto social, como nos lo señala el profesor RICARDO BEAUMONT CALLIRGOS, contiene la declaración de voluntad de los socios dirigida a constituir la sociedad anónima, los datos que permiten identificar a los otorgantes, la voluntad de éstos de fundar una sociedad anónima, las aportaciones que cada uno de ellos realiza o promete realizar a la sociedad y el número de acciones recibidas en su representación del aporte, el nombramiento y datos de identificación de los primeros administradores, los estatutos sociales y cualesquiera otros pactos lícitos y condiciones especiales que los socios fundadores estimen conveniente incluir siempre que no se oponga a la ley.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, *Comentarios a la Ley General de Sociedades*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 170.

¹⁸ Artículo 7o.- Actos anteriores a la inscripción (parte pertinente).- La validez de los actos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro está condicionada a la inscripción y a que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes. Si

la validez de los actos celebrados en nombre de la sociedad anónima antes de su inscripción en el registro respectivo, estarían condicionadas a la realización de tal acto y a su ratificación por la *misma sociedad* dentro de los tres meses siguientes a su inscripción.

Ahora, si analizamos la redacción del artículo 6° de la LGS, que regula los efectos de la inscripción, pareciera ser que ésta nos conduce a pensar que la sociedad, en este caso anónima, existe ya, desde antes de la inscripción, y adquiere con ese acto, solamente un atributo de la cual estaba desprovista anteriormente: su personalidad jurídica. Tal redacción, así, nos induciría a pensar que la inscripción de la escritura pública de constitución en el registro respectivo es un acto externo al proceso constitutivo, complementario y posterior a ella, pues, la sociedad existe sin ese requisito catalogado de este modo de meramente "formal".

Al respecto es de señalar que la calificación formal por efecto del cual se llega a ser considerado *sujeto de derecho* no puede ser susceptible de medición. De acuerdo a nuestro ordenamiento nosotros entendemos que se es persona o no se es, no puede haber etapas intermedias. Por ello, aún cuando el pacto social contiene ya la declaración de voluntad de los accionistas dirigida a constituir la *sociedad anónima*, los datos que permiten identificar a los otorgantes, entre otros elementos, y los estatutos, las reglas y órganos imprescindibles para el funcionamiento corporativo de la sociedad, antes de la inscripción de la misma no puede pensarse que haya una sociedad anónima sin personalidad jurídica o, peor aún, una "sociedad" sin modelo societario definido y, además, "sin personalidad". La cuestionada redacción del artículo 6 nos induce a pensar que eso es posible.

Para nosotros, si bien para la constitución de cualquier sociedad anónima se requiere de un documento público, la escritura, este sólo elemento no basta para dar por terminado el proceso constitutivo; falta la inscripción para que surja el nuevo sujeto de derecho, para que surja la sociedad anónima como tal. Entendemos que para el caso de la sociedad anónima, de la interpretación conjunta de los artículos antes señalados, a pesar de su cuestionada redacción, la inscripción tiene eficacia constitutiva¹⁹.

se omite o retarda el cumplimiento de estos requisitos, quienes hayan celebrado actos en nombre de la sociedad responden personal, ilimitada y solidariamente frente a aquéllos con quienes hayan contratado y frente a terceros.

¹⁹ Conf. El requisito de la inscripción de la escritura de constitución en los Registros Públicos, es la formalidad más importante del proceso de fundación de una sociedad, es una formalidad

El condicionamiento de la eficacia de los actos celebrados a nombre de la sociedad anónima, antes de su inscripción, a su ratificación, afirman la postura que venimos sosteniendo. El hecho de que los actos celebrados a nombre de "la sociedad" antes de su inscripción, estén sujetas a su necesaria ratificación por la propia sociedad anónima (ya inscrita) y dotada de subjetividad propia, significa que esos actos y contratos celebrados antes de la inscripción de la escritura, no tienen ninguna eficacia respecto de la *sociedad anónima* que todavía no existe jurídicamente. En efecto, dicha ineficacia es tal que si se omite o retarda el cumplimiento del requisito de la inscripción, lo que sucederá es que quienes celebraron esos actos en nombre de la sociedad anónima, así sean las personas indicadas en la escritura como los representantes de la misma, responderán personal, ilimitada y solidariamente frente a los terceros con quienes se haya obrado²⁰.

De la propia LGS pueden desprenderse otras dos razones más que confirman la eficacia constitutiva de la inscripción. Por ejemplo, La no culminación del proceso constitutivo con la inscripción, trae como otra de sus consecuencias, la ausencia del carácter mínimo presente en toda sociedad anónima: la falta de un patrimonio social diferenciado del patrimonio de cada aportante. Mientras esa diferenciación no suceda lo que encontraremos será un "fondo común" pero no un "capital" cuya titularidad le correspondería a la *sociedad anónima* constituida. Asimismo, también por la falta de inscripción de la sociedad anónima, se da la ausencia de otro de los elementos propios de la sociedad anónima, la división del capital social en acciones. Sin la inscripción, la emisión y entrega, o si se quiere, suscripción de acciones, no es posible. No se puede dar. A este respecto, el Artículo 87° de la LGS, señala que la emisión de certificados de acciones y la enajenación de éstas antes de la inscripción registral de la sociedad es nula.

constitutiva del derecho de la sociedad a la personalidad jurídica, pues ésta sólo puede adquirirse con la inscripción registral. Elías Laroza citado por PALMA NAVEA, José Enrique, op. cit., pág. 149.

²⁰ Artículo 71o.- Responsabilidad de los fundadores (parte pertinente).- En la etapa previa a la constitución los fundadores que actúan a nombre de la sociedad o a nombre propio, pero en interés y por cuenta de ésta, son solidariamente responsables frente a aquellos con quienes hayan contratado.

Los fundadores quedan liberados de dicha responsabilidad desde que las obligaciones asumidas son ratificadas por la sociedad dentro del plazo señalado en el artículo 7o. A falta de pronunciamiento de la sociedad dentro del citado plazo, se presume que los actos y contratos celebrados por los fundadores han sido ratificados.

Es de referir que estamos hablando de la eficacia, no de la validez de los actos. Estos en materia de sociedades no adolecen de nulidad.

Concordante con el criterio que venimos señalando, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la causa vista en audiencia pública el 6 de noviembre de 1996, Casación N° 970 - 96 / LIMA, en el primer considerando de la sentencia emitida el 7 de noviembre del mismo año, estableció que “toda sociedad anónima, como persona jurídica, tiene como acto constitutivo la inscripción en Registros Públicos del Contrato Social que debe constar en escritura pública”.

Así pues, podemos sostener que el elemento jurídico más importante que la noción de sociedad importa es su calidad de persona jurídica. La idea principal del análisis desarrollado es que el concepto de persona jurídica es utilizado como un concepto que resume íntegramente la reglamentación de la sociedad anónima. La lectura del *iter constitutivo* así nos lo debe indicar. En nuestra LGS, el régimen establecido para la “sociedad anónima” debe ser aplicable sólo como consecuencia de su inscripción en el registro respectivo, como consecuencia de su calidad de persona jurídica, no antes.

4.- La llamada “sociedad irregular” en nuestra LGS

Sobre las llamadas “sociedades irregulares”, en la LGS, libro IV, Normas Complementarias, hay toda una Sección dedicada a ellas. La Quinta. Si bien el artículo 423° de la LGS define y diferencia los conceptos de *sociedad irregular y de hecho*, entendiendo que una sociedad es irregular cuando no se ha constituido conforme al *iter* que hemos señalado, o cuando se han dado los supuestos de irregularidad establecidas en dicho artículo²¹, y, *sociedad de hecho*, cuando, justamente, hay una situación de hecho en la que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido. Nosotros no entraremos a diferenciarlas porque nuestra LGS las somete al mismo tratamiento legal. Son tratadas como si fueran “sociedades irregulares”²².

²¹ Hay 2 causales más pero no los mencionamos porque entendemos son supuestos que requieren de otro análisis.

²² Una definición de irregularidad en materia de sociedades puede ser la que nos alcanza Colombres, citado por Alberto Víctor Verón, este autor nos dice que la irregularidad resulta de cualquier vicio esencial de la forma constitutiva, de la no utilización de la forma instrumental requerida, del incumplimiento de exigencias de publicidad, incluidas la registral y, la ausencia de un acto de autorización, aprobación u homologación son causales también de irregularidad. Para Joaquín Garrigues el concepto de *sociedad irregular* es lógicamente la antítesis de la *sociedad regular*. Esta última nace de la concurrencia de un doble requisito: el otorgamiento de una escritura pública y la inscripción de esa escritura en el registro mercantil. A esta inscripción se la dota de un efecto adicional al de la publicidad material positiva y es la de

Ahora bien, también nuestra LGS, en su artículo 423°, entiende que una sociedad es irregular cuando no se ha constituido e inscrito conforme a la LGS o cuando: 1. Transcurridos 60 días desde que los socios fundadores han firmado el pacto social sin haber solicitado el otorgamiento de la escritura pública de constitución; 2. Transcurridos 30 días desde que la asamblea designó al o los firmantes para otorgar la escritura pública sin que éstos hayan solicitado su otorgamiento; 3. Transcurridos más de 30 días desde que se otorgó la escritura pública de constitución, sin que se haya solicitado su inscripción en el Registro; 4. Transcurridos 30 días desde que quedó firme la denegatoria a la inscripción formulada por el Registro.

De lo transcrito entonces el concepto de “sociedad irregular” tal y como lo entiende nuestra LGS surge de la ausencia del otorgamiento de la escritura pública o de su no inscripción en los Registros Públicos²³. Y la consecuencia primordial de esa irregularidad, según el Artículo 424° de la LGS, es que los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la “sociedad irregular” son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y todo acto jurídico realizado desde que se produjo la irregularidad. Precisándose que si la irregularidad existe desde el momento de la constitución, los socios (en nuestra opinión pactantes) son también responsables²⁴.

otorgar personalidad jurídica a la sociedad, convirtiéndola en sujeto de derecho. Afirma Garrigues que las sociedades que cumplen con ese doble requisito son sociedades regulares o legales. Las que no lo cumplen, son irregulares, pero no ilegales, porque el propio código les reconoce ciertas consecuencias.

Citados por LAROZA, Elías, *Derecho Societario Peruano*, Tomo III, Editorial Normas Legales, Lima, 1999, pág. 133.

²³ Hay 2 causales más pero no los mencionamos porque son supuestos que requieren de otro análisis. Para nosotros en estos dos supuestos tal vez sí podría hablarse de irregularidad y ello porque el régimen elaborado para determinado modelo societario si se llegó a aplicar. Esto sucede cuando: a) La SA se ha transformado o ha modificado su organización sin observar las formalidades exigidas por la ley; y b) Cuando continúa en actividades, a pesar de haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley, el pacto social o el estatuto.

²⁴ La mencionada responsabilidad, según el mismo artículo, comprende tanto el cumplimiento de la respectiva obligación así como la indemnización por los daños y perjuicios, causados por actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros. Finalmente el mismo artículo habilita a los terceros, y cuando proceda a la sociedad y los socios, para que puedan plantear simultáneamente las pretensiones que correspondan contra la sociedad, los administradores y, cuando sea el caso, contra los socios, siguiendo a tal efecto el proceso abreviado.

Así entonces, si la importancia normativa, según nuestra LGS, de reconocer a las “sociedades irregulares” es la no limitación de la responsabilidad personal de los que supuestamente actúan en sociedad, entonces el tema a examinar es el de la responsabilidad en materia de sociedades y el del **efecto que tiene darle la categoría de Persona Jurídica a la sociedad anónima**. Definir el grado y tipo de responsabilidad patrimonial es entonces el punto de partida para entender el dilema de la llamada *sociedad irregular*. Pero, previamente, antes de ingresar al tema de la responsabilidad, es de observar que la responsabilidad por “irregularidad” es la misma que la que se estableció para quienes celebran actos en nombre de la “sociedad” no inscrita. En nuestra opinión de una “sociedad” que todavía no existe como tal. Esta observación es oportuna porque nos permite señalar *a priori* que se trata de la misma consecuencia ante situaciones similares, las mismas que recibe el mismo cuestionamiento y la misma solución.

5.- Identificando la responsabilidad limitada en materia de sociedades

Primero, como lo refiere Galgano, queremos expresar que asumir responsabilidad limitada en materia de sociedades significa, en términos económicos, no correr ningún riesgo distinto del de perder la suma o el bien aportado. Es decir, significa, salvar en caso de insolvencia de la sociedad el propio patrimonio restante. Y en términos jurídicos responsabilidad limitada significa que el aportante no está obligado patrimonialmente más que ha efectuar el aporte establecido en el pacto social; y, como consecuencia de ello, que **esa obligación que asumió es sólo ante la sociedad**²⁵.

Dicho lo anterior, para nuestro estudio, conveniente señalar entonces que que *responsabilidad limitada y persona jurídica* son conceptos jurídicos distintos, que no tuvieron un origen conjunto. Estas figuras aunque siempre presentes al mismo momento no tienen los mismos efectos jurídicos. De estas dos figuras el de la responsabilidad limitada fue el que se desarrolló primero en el tiempo, luego vino el de persona jurídica.

Históricamente, como también lo refiere Galgano, en la época romana, y luego, en toda la época medieval, existían algunas figuras asociativas cuyos miembros gozaban del beneficio de la limitación de la responsabilidad sin que la idea del grupo como “ente o “sujeto” distinto de los miembros estuviera conce

²⁵ Conf. GALGANO, Francesco, op., cit., pág. 206.

bida, es decir, sin que la noción de *persona jurídica* estuviera elaborada todavía²⁶. Según el mismo autor, en aquellas épocas no se conocían otros *sujetos de derecho y deberes* que no fueran los *seres humanos* y sólo se distinguían los derechos y deberes que correspondían a cada uno como individuo (*res communis pluribus uti singuli*) de los derechos y deberes correspondientes a los individuos en cuanto miembros de un grupo organizado (*res communis pluribus uti universi*). Dentro de este esquema, y en un lógico razonamiento, los derechos y los deberes del individuo particular que integraba un grupo comercial, sólo podían ser regulados de manera distinta a la situación singular, dándose el beneficio de la responsabilidad limitada dentro del grupo organizado²⁷.

En la época moderna, como lo refiere Alex Rubner, en los procesos de conformación de asociaciones o agrupaciones comerciales la regla en los Estados Unidos era la responsabilidad ilimitada del comerciante individual en las operaciones comerciales. En este periodo la limitación de la responsabilidad del hombre de negocios era la excepción, era un privilegio soberano. Su aceptación y generalización tuvo su proceso, no ocurrió en forma instantánea.

En sus comienzos, la limitación de la responsabilidad fue un privilegio mal visto, pues es de advertir que en aquellos momentos no era fácil desterrar la idea tradicional y bien arraigada de que un hombre de negocios que se precie de honrado no debía limitar su responsabilidad comercial²⁸. Si bien, como los historiadores lo recalcan, la creación de las sociedades anónimas influyó mucho en el desarrollo económico del siglo XIX, pues el sencillo procedimiento de limitar la responsabilidad comercial de los empresarios aceleró en gran medida la organización de firmas de gran envergadura, la regla era la situación anterior.

Posteriormente, cuando ya se veía las ventajas que esta forma de hacer negocios traía, se dijo que el hecho de que la gerencia no coincidiera con la propiedad de los bienes puestos a la actividad empresarial produce con más celeridad las innovaciones industriales en las empresas; se dijo también, que con dicha medida se lograba que gente de talento, carente de suficientes recursos financieros propios, encontrara una oportunidad para dirigir aventuras comerciales ambiciosas, mientras que los capitalistas encontraban salida a sus

²⁶ Conf. GALGANO, Francesco, op., cit., pág. 258.

²⁷ Ibid.

²⁸ RUBNER, Alex, *El Accionista en la Trampa*, Título original *The Ensnared Shareholder*, traducción de Cecilio Sánchez Gil, Editorial Anaya, España, 1971, pág. 20.

reservas financieras colocándolas en proyectos nuevos sin necesidad de saber para ello una palabra sobre los procesos técnicos puestos en juego²⁹. Siguiendo este criterio, con el tiempo se logró imponer el canto de gloria en honor de la responsabilidad limitada y se llegó a convertir en el denominador común en las operaciones comerciales, ahora llamadas empresariales.

Ahora bien, es de tener en cuenta que lo referido en los periodos antes señalado es acertado porque en esos momentos la responsabilidad limitada era responsabilidad limitada en sentido propio; esto es, responsabilidad del comerciante asociado limitada al bien o al aporte destinado por él a formar la actividad empresarial³⁰. Asumir responsabilidad limitada en materia de agrupaciones sin, todavía, la formulación del concepto persona jurídica, era en verdad, como lo mencionáramos anteriormente, no correr ningún riesgo distinto del de perder la suma o el bien aportado y no estar obligado patrimonialmente más que ha efectuar el aporte establecido.

Con la formulación del concepto persona jurídica, como lo veremos más adelante, la situación descrita cambiaría.

6.- El concepto “persona jurídica” en la formulación de la llamada responsabilidad limitada.

El concepto “persona jurídica” es de origen relativamente reciente. Según Galgano su formulación inicial se remonta a la primera mitad del siglo XIX (1800 – 1850) y su elaboración más completa e ingreso al lenguaje legislativo son de la segunda mitad del siglo XX (1950 – 2000).

Explicando la razón o justificación del surgimiento o creación de la “persona jurídica” en el lenguaje jurídico, el maestro italiano Tullio Ascarelli, dijo hace buen tiempo ya, que el derecho recurriría a la creación de la “persona jurídica” solamente cuando lo considere oportuno, cuando trate de regular finalidades en relación a las cuales varias personas se relacionan entre sí, y un patrimonio es separado para un destino propio. Señaló el maestro italiano que frente a esas finalidades era muy oportuno considerar como **“sujeto” de la norma a un nuevo “ente” que cumpliera sus propios cometidos por medio de órganos creados a propósito y no de los individuos singula**

²⁹ Conf. RUBNER, Alex, op., cit., pág. 20.

³⁰ GALGANO, Francesco, op., cit., pág. 258.

res; ya que éstos, podían cambiar continuamente y, además, porque de otra manera la protección de dichas finalidades resultaría exagerada y muy complicada³¹.

A lo dicho por Ascarelli, Yadarola agregaba que la existencia de una "persona jurídica" se hallaba condicionada a la concurrencia de tres elementos esenciales y también suficientes para su configuración: **el primero**, la existencia de un patrimonio autónomo separado del patrimonio de cada individuo, distinto y desvinculado de la situación de cada sujeto que pueda haber contribuido a formar aquél; **el segundo**, la presencia de órganos de actuación en la vida de las relaciones jurídicas, integrados, como es natural, por sujetos humanos, ya que el derecho no actúa sino por medio de ellos, ni vive, sino en las relaciones en las que el ser humano es el destinatario último del interés protegido por las normas jurídicas, y; **tercero**, normas jurídicas que expresa o implícitamente, reconozcan la autonomía patrimonial y la existencia de los órganos de expresión de la voluntad colectiva³².

De lo señalado, es de verse entonces que el surgimiento del concepto persona jurídica nace, pues, para lograr la **unificación subjetiva** de una diversidad de intereses individuales y permitir el desarrollo de actividades comerciales en conjunto.

Ahora, es importante no dejar de vista que con la incorporación del concepto dentro del lenguaje jurídico no sólo se logra la pretendida unificación subjetiva, sino además de ello, ocurre un fenómeno de importancia. En efecto, es de observar que la **importancia jurídica** de decir que una "sociedad" tiene personalidad jurídica equivale a decir que ella constituye un *sujeto de derecho* distinto de las personas que la constituyeron y, por ende, **tercera persona con respecto a éstos**, con lo que, la responsabilidad limitada de los comerciantes o empresarios que actuaban en sociedad deja de ser responsabilidad limitada al aporte realizado y se convierte en una total irresponsabilidad por las deudas de la sociedad constituida, pues, las deudas de la sociedad no son deudas de éstos, sino obligaciones ajenas, de un tercero³³.

³¹ Conf. ASCARELLI, Tullio. *Sociedades y Asociaciones Comerciales*, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Ediar editores, Buenos Aires, 1947, pág. 50 y 51.

³² En el prólogo a la obra de ASCARELLI, Tullio, Op., cit., XII y XIII.

³³ Conf. GALGANO, Francesco, op., cit., pág. 258 y 259.

Así, es de resaltar que si bien el concepto de “persona jurídica” no fue el que introdujo el beneficio de la responsabilidad limitada en materia de sociedades con su incorporación se produjo una lógica metamorfosis de responsabilidades.

En nuestra legislación, a pesar de la explicación formulada, es de observar sin embargo, que los efectos de la personalidad de la *sociedad anónima* en la formulación de la responsabilidad de los socios, asociados o accionistas no esta siempre presente. Un claro ejemplo de esto es que en nuestra LGS se sigue hablando de responsabilidad limitada de los asociados o socios de la *sociedad anónima* con respecto a las obligaciones de la sociedad que constituyen. Se puede señalar que así la irresponsabilidad de la que habláramos anteriormente no es una característica inmanente, siempre presente a la autonomía subjetiva de la personalidad jurídica de la sociedad que explicáramos³⁴.

Así, si bien, no podemos incluir dentro de nuestro análisis a todos los modelos societarios contemplados en la LGS, respecto de la Sociedad Anónima sí podemos afirmar que no se respeta la autonomía subjetiva que esta tiene como *sujeto de derecho* distinto a los accionistas.

6.1.- La personalidad jurídica en la noción de sociedad anónima

Si bien como se vio de lo redactado anteriormente la concepción de la sociedad anónima como persona jurídica no fue el fundamento de la limitación de la responsabilidad del accionista, sino su justificación teórica que se le dio *a posteriori*, es de señalar sin embargo que esa justificación no fue casual, sino intencionada, pues gracias a ella la responsabilidad limitada del accionista deja de ser considerada como un “beneficio” en sentido propio, un “privilegio”, una “excepción” al principio general de la responsabilidad patrimonial ilimitada en materia societaria, y se transforma en aplicación del principio general³⁵. Con la incorporación del concepto “persona jurídica” en

³⁴ Conf. PALMER OLIDEN, Carmen Julia. *El abuso de la responsabilidad limitada por los socios de las sociedades anónimas*, Estudio de derecho comparado, Gaceta Jurídica, Tomo 80-B, Julio, Lima, 2000, pág. 38.

En nuestra LGS, existen, por ejemplo, sociedades reguladas de modo tal que hace de sus socios ilimitadamente responsables por las obligaciones sociales. Este fenómeno sucede, por ejemplo, en el caso de las sociedades colectiva, civil y en comandita por acciones –en referencia a los socios no comanditarios- regulados por nuestra LGS.

³⁵ Conf. GALGANO, Francesco, op., cit., pág. 259. Para Galgano, en una visión interesantísima y que compartimos plenamente, el concepto de persona jurídica cumple en este caso la función de ocultar la perpetuación de una condición jurídica de privilegio: el beneficio de la responsabilidad limitada.

la sociedad anónima, se logra entender y aceptar la idea de que ésta es una persona distinta a los accionistas y que las deudas de la *sociedad anónima* no son deudas de los accionistas sino de la sociedad, quien responde con su patrimonio³⁶.

En nuestra normativa, si bien nuestra LGS, artículo 51³⁷ liga la responsabilidad limitada del accionista como un elemento trascendental de la sociedad anónima, esa responsabilidad "limitada", después de la explicación dada, entendemos ahora, no es tal; pues, concordante con lo anteriormente referido, no puede hablarse de una limitada responsabilidad personal del accionista, sino, con mejor técnica, debería decirse que éstos no tiene responsabilidad y que de las obligaciones sociales responde sólo la sociedad anónima con su patrimonio. No hacerlo así demostraría que el dilema de la personalidad jurídica de la *sociedad anónima* no ha sido bien asimilado en nuestra LGS.

7.- Sociedades irregulares en la legislación argentina

Si bien es cierto que en otros países, como la Argentina por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia reconocen personalidad jurídica a las "sociedades irregulares" y a las "sociedades de hecho". Ese reconocimiento sin embargo, tiene una explicación, se debe a que en sus ordenamientos legales no se establece que la inscripción en el registro público respectivo sea una condición ineludible para que surja la personalidad jurídica de la sociedad³⁸. Sin embargo, a pesar de ser ese el reconocimiento, es de observar que la personalidad de dichas sociedades es catalogada por un sector de la doctrina como "precaria y limitada". Precaria porque se disuelve cuando cualquiera de los socios lo requiera, y limitada porque ciertos efectos de esa personalidad no se producen³⁹. No compartimos este criterio ya que como lo dijimos anteriormente el ser sujeto de derecho no puede ser sujeto de medición, se es o no se tal.

³⁶ GALGANO, Francesco, Ob. Cit. Pág. 258 y 259. Con dicho logro, ahora se puede afirmar sin mayor preocupación, que en una sociedad anónima, el accionista no responde de las obligaciones sociales con su propio patrimonio, ya que se trata de obligaciones ajenas, o sea, como cuando el señor X no responde de las obligaciones del señor Y.

³⁷ Artículo 51o.- Capital y responsabilidad de los socios.- En la sociedad anónima el capital está representado por acciones nominativas y se integra por aportes de los accionistas, quienes no responden personalmente de las deudas sociales. No se admite el aporte de servicios en la sociedad anónima.

³⁸ LAROZA, Elías, op., cit., pág. 1143

³⁹ Conf. LAROZA, Elías, op., cit., Tomo III, pág. 1144.

Explicando el reconocimiento de las referidas "sociedades", Rivarola, al comentar el proceso de constitución de las sociedades mercantiles en la legislación argentina, refiere que: *al imponer la ley ciertas condiciones para que el "ente" sea admitido como sujeto de derecho, su nacimiento no se produce simultáneamente con la creación del "ente" que ha de ser ese sujeto; el citado autor refiere que éstos actos se dan en dos momentos diversos, el nacimiento de la persona refiere es posterior a la creación del ente, por ello, concluye señalando que si bien hasta el segundo instante no existe el sujeto jurídico, la entidad económica sí puede considerarse ya existente*⁴⁰. Este autor refiere también que el estado intermedio entre la voluntad de crear el ente jurídico y el reconocimiento de esa entidad como sujeto de derechos, es lo que la ley por abreviación llama *constitución provisoria de sociedad*.

Dentro de esta línea, otro tratadista argentino, sobre temas de derecho comercial, Fernando Mascheroni, refiere que la concesión de la personalidad jurídica no es otra cosa que el reconocimiento por parte del Estado de la preexistencia de la "entidad" constituida por acuerdo entre sus socios fundadores y no por acto del soberano. En la Argentina, refiere Mascheroni, la sociedad anónima existe como sociedad, aunque fuere *irregular o de hecho*, antes del acto administrativo que otorga la autorización para su funcionamiento, y sigue existiendo después del acto que cancela dicha autorización. Refiere asimismo que la intervención del Estado se limita a examinar por medio de los Tribunales Registrales si han sido cumplidos aquellos preceptos legales que exige la normatividad argentina para que la inscripción del ente, ya existente, se lleve a cabo⁴¹.

8.- La llamada "sociedad irregular" (continuación)

Teniendo en cuenta las explicaciones que hiciéramos sobre el proceso constitutivo y del concepto "persona jurídica" en la limitación de la responsabilidad en materia de sociedades, diremos que el reconocimiento de las "sociedades irregulares", expresada como se ha visto en términos de responsabilidad individual, es un error. En verdad, consideramos que no puede haber "sociedad" e "irregularidad" al mismo tiempo. La llamada "sociedad irregular", tal y como está regulada en nuestra LGS, rompiendo el esquema lógico establecido

⁴⁰ Conf. RIVAROLA, Mario, *Sociedades Anónimas*, Tomo II, Buenos Aires, 1943, pág. 255.

⁴¹ Conf. MASCHERONI, Fernando, *El vínculo accionista - Sociedad Anónima y el contrato de suscripción*, Ediar Editores, Buenos Aires, 1970, pág. 30.

sobre la personalidad jurídica de la sociedad anónima, que se adquiere con la inscripción registral, crea la ficción de un "ente" que, desprovisto de personalidad jurídica, llega a gozar de "cierto grado de subjetividad", cuando, en rigor, tal reconocimiento no es posible, pues la idea de que antes de la culminación del proceso constitutivo haya una "sociedad" sin personalidad y modelo definido, llamada "irregular" y luego de la inscripción una sociedad anónima con personalidad no es técnicamente aceptable. No puede haber una fase intermedia. Se es o no se es sociedad.

Dentro de este criterio por ejemplo, no se puede afirmar que la llamada "sociedad irregular" sea un sujeto distinto de los que intervinieron en el contrato, ni de los que dicen ser sus representantes, ya que, como hemos visto, después de analizado el *iter constitutivo* se debería entender que todavía no hay sujeto de derecho⁴².

En las llamadas "sociedades irregulares" de nuestra LGS están ausentes un grupo de elementos que son propios de toda sociedad anónima correctamente constituida. Así por ejemplo, la sociedad anónima, calificada como persona jurídica, es un sujeto distinto de las personas de los accionistas, y por ello necesaria titular de los bienes que los participantes aportaron al patrimonio de la sociedad; en la "sociedad irregular", en cambio, se da una simple comunidad, que supone necesariamente una pluralidad de titulares. En ésta agrupación o si se quiere asociación no ocurre el cambio de titularidad sobre los "aportes" que se efectuaron; pues éstos no se transfirieron, siguen siendo de los pactantes, sólo que se afectaron a un determinado objetivo. Asimismo es de referir que cuando el accionista aporta de su peculio para constituir la sociedad anónima, los "aportes" que éste realiza lo hace en calidad de propiedad, del patrimonio de cada suscriptor pasa a favor del patrimonio de la sociedad; en la llamada "sociedad irregular" en cambio, como no hay sujeto constituido no puede transferirse⁴³.

⁴² Al respecto la *Jurisprudencia* de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la Casación N° 970 - 96 / LIMA, en el tercer considerando de su sentencia emitida el 7 de noviembre del mismo año, estableció que *"el mero hecho de que un grupo de personas naturales trabajen colectivamente en una actividad empresarial y para lo que han aportado determinadas sumas de dinero, no puede calificar como una sociedad anónima, porque no ha existido el acto constitutivo de la misma, pudiendo en todo caso reputarse tales acciones como tratativas tendientes a la celebración del contrato social"*.

⁴³ Este cambio de derechos, que nosotros rescatamos se reconoce en el artículo 78° del Código Civil. Aplicable para nuestro caso, provoca como principio o regla incuestionable de toda sociedad anónima, que ninguno de los accionistas, ni todos ellos tengan derecho al patrimonio de la sociedad, acceso a su uso, goce o disposición.

Ligado con el punto anterior, es de referir también, que no habiendo nuevo sujeto tampoco puede haber un patrimonio diferenciado: el capital social por un lado y el capital de cada accionista, el personal, por el otro, de ahí que los acreedores pueden satisfacer sus deudas con el patrimonio de los propios pactantes y desde luego con los del fondo afectado a la actividad empresarial. Con lo que como otra consecuencia de ello no puede plantearse el beneficio de la excusión.

En las llamadas “sociedades irregulares” como no hay órganos societarios reconocidos, tampoco puede haber voluntad social, sólo voluntad conjunta de los pactantes.

El hecho que la LGS reconozca que los pactantes y representantes de la “sociedad irregular” son personal e ilimitadamente responsablemente por los contratos y actos celebrados por ellos, pero en “representación” de la sociedad, es aceptar (sin ser, tal vez, esa la intención de los legisladores) que no hay sujeto distinto a ellos y que la mal llamada “sociedad irregular” no es más que un contrato asociativo y no constitutivo.

Así pues no se dan los elementos que Yadarola y Ascarelli dijera en la *sociedad irregular*. Como lo dijéramos anteriormente, la idea principal del proceso constitutivo es que el concepto de persona jurídica es utilizado como un concepto que resume íntegramente la reglamentación de la sociedad anónima aplicable sólo como consecuencia de su inscripción en el registro respectivo, como consecuencia de su calidad de sujeto de derecho, no antes.

En el ejemplo que planteáramos al comienzo de nuestro artículo, saber que una “sociedad anónima cerrada” no es tal, sino sólo una “sociedad irregular” que por propia calificación de la LGS no tiene modelo societario definido, es un reconocimiento que crea confusión, pues no sólo simula la actuación de un grupo de personas vinculadas por un contrato al de una “sociedad anónima” constituida; sino, además de ello como un agravante de tal situación, **ocurre que a ese “modelo”, llamado *irregular*, se le aplican las reglas de otro modelo societario reconocido con nombre propio en la LGS, que en rigor nunca se buscó constituir**. En efecto, se le llega a asignar un régimen distinto, el de la “sociedad colectiva”⁴⁴.

⁴⁴ La sociedad colectiva como sabemos es considerada la sociedad mas personalísima de la que se encuentran en la LGS y la regla general en este modelo societario, según el Artículo 265 de la ley, es que los socios responden en forma solidaria e ilimitada por la obligaciones sociales.

9.- Nuestra definición de sociedad anónima

Si bien, como lo dijéramos anteriormente, en nuestro ordenamiento la Sociedad Anónima no tiene definición legal se puede decir de la misma que esta es una forma particular y determinada de organizar esfuerzos personales con el objetivo de obtener un beneficio económico, efectuando para ello aportes monetarios para conseguirlo; sin embargo, ésa no sería una definición jurídica, sino puramente económica que no sólo sería aplicable a la sociedad anónima, sino a cualquier figura societaria contemplada en nuestra LGS y hasta, por que no, ya que la misma es extensiva, a los contratos asociativos que no constituyen personas jurídicas.

Así pues, si bien la conformación de una sociedad es un fenómeno económico y social que responde a una necesidad de esa naturaleza, lo cierto es que el derecho, es la ciencia que ha postulado las bases de su regulación y actuación. Incorporando nueva simbología o terminología en su vocabulario esta ciencia ha elaborado toda una estructura jurídica con el objeto de tener un manejo coherente de la institución y diferenciarla de otras con las cuales se puede asemejar (como el de la comunidad y el de asociación). Así atendiendo a esta verdad, podemos decir que si la consecuencia jurídica más importante del acto constitutivo de una "sociedad anónima" es la presencia de un nuevo sujeto de derecho dotado de personalidad jurídica, lo lógico sería aceptar que nuestra LGS dé una definición de sociedad anónima girando en torno a dicho elemento. El de ser persona jurídica.

Para la "sociedad anónima" hay una expresa declaración legislativa que la califica como "persona jurídica" y la diferencia de las personas físicas que actuaron en su proceso constitutivo. Con dicha declaración se crea un sujeto distinto al de las personas de los accionistas y este sujeto es el que necesariamente se hace titular de los bienes que los accionistas participantes aportaron. Así pues, se debe entender que en este caso ya no hay un grupo de personas realizando actividad empresarial, una comunidad, sino que la sociedad anónima erigida por el legislador en sujeto de derecho es el único titular de los aportes efectuados y, el empresario que entro en el mundo de los negocios asumiendo compromisos, gastos y otros respaldados por su capital social.

Así, una definición que creemos recoge en gran parte lo antes dicho es la de Bolaffio, para quien la Sociedad Anónima es por sobre todo aquella "*persona jurídica que ejerce el comercio bajo una designación objetiva, con la sola garantía del capital social a cuya constitución concurren los socios*

hasta el importe a que limitan su propia responsabilidad por las obligaciones sociales"⁴⁵. (Claro que aquí hay que precisar que el criterio de responsabilidad que se expresa no es el mismo que nosotros planteamos y hemos señalado en el presente artículo).

Compartiendo nuestra visión del instituto, es de mencionar que en el derecho comparado (v. gr. Estados Unidos), la sociedad anónima es definida como una *corporation*, tomando el nombre de un atributo específico que se le confiere, como es el de la *incorporation* o el de la personalidad jurídica, usando la correspondiente expresión nuestra⁴⁶. Pero, no sólo los Estados Unidos con un sistema jurídico distinto al nuestro (*common law*) trata el instituto como nosotros lo entendemos; en Chile también se reconoce que la sociedad anónima es por sobre todo un persona jurídica⁴⁷. En dicho país se entiende que la sociedad esta formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables. Ver la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, Artículo 1°.

Finalmente, queremos precisar aquí, lo que hace un momento expusieramos sobre la persona jurídica. Esta es una creación del derecho y no una simple ficción, como quería la teoría de clásica de Savigny, porque eso haría suponer que es algo ficticio o irreal. Y no es así. El derecho no ha pretendido que la persona jurídica sea una cosa igual a la persona humana; no ha pretendido equipararla a ésta por completo. Si así hubiera sido habría consagrado una ficción, suponiendo ficticiamente que la persona jurídica es un ente igual al individuo, al hombre de carne y hueso, dotado de conciencia y voluntad; sin embargo, la ley no ha querido semejante cosa, sino que ha erigido a ciertos conglomerados de personas con la calidad de sujetos de derecho, realizando de este modo una labor de creación jurídica⁴⁸. Es el ordenamiento jurídico quien la crea; y esa creación está explicada y justificada por necesidades económicas y

⁴⁵ Citado por AVILES CUCURELLA, Gabriel, *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1947, pág. 103.

⁴⁶ Conf. GALGANO, Francesco, op., cit., pág. 205.

⁴⁷ Referido por BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, op., cit., pág. 161. En dicho país se entiende que la sociedad esta formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo por sus respectivos aportes y administrada por un directorio integrado por miembros esencialmente revocables. Ver la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, Artículo 1°.

⁴⁸ MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo, *Curso de Derecho Comercial*, Tomo II, Editorial Medina, Buenos Aires, 1957, pág. 27 y 28

sociales. Como se dijo, el derecho en una determinada etapa de su evolución, consideró necesario crear o aceptar a la persona jurídica para regular el fenómeno y su importancia es tal que sin dicho instituto la protección de dichas finalidades resultaría complicada.

10.- Conclusiones y recomendaciones

Para nosotros la actual LGS es una norma valiosa e importante. Los logros y aciertos, de los destacados juristas que participaron en la elaboración de la misma son una muestra de ello y nosotros lo reconocemos. Dentro de ese enfoque, el objetivo del presente artículo ha sido sólo ofrecer una visión de las sociedades anónimas y su proceso constitutivo. Consideramos que el elaborar nuestra propia interpretación del fenómeno asociativo contribuye al desarrollo de nuestra disciplina; consideramos que todos tenemos derecho a elaborar nuestra propia interpretación jurídica del fenómeno asociativo, puesto que éste no es más que un proceso de interpretación de la realidad.

Concluimos nuestro trabajo recalcando que la consecuencia jurídica más importante del acto constitutivo de una sociedad anónima es la presencia de un nuevo sujeto de derecho dotado de personalidad jurídica. La no culminación de procesos constitutivos no implica la noción de sociedad, sino, sólo la de un contrato que generaría vínculos asociativos entre los que participaron en ella, con lo que no puede haber sociedad e irregularidad al mismo tiempo.

En atención a la postura planteada, por último, nos atrevemos a recomendar la incorporación del articulado siguiente en la LGS:

“Artículo 50.- La sociedad anónima es aquella persona jurídica que ejerce actividad empresarial bajo una denominación social determinada; actúa a través de sus órganos y de acuerdo a las disposiciones de su estatuto y, supletoriamente a los dictados en esta ley. Sus deudas se responden con la garantía de su capital social y los accionistas tienen una pluralidad de derechos frente a ella, dependiendo de la clase de acciones que suscribieron y de lo que los estatutos reconocen a las mismas.

BIBLIOGRAFÍA

- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (1998) *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. 1° edición. Gaceta Jurídica editores. Lima.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises (1998) *Derecho Comercial*. Tomo I. Novena Edición. Editorial Grijley. Lima.
- ELIAS LAROZA, Enrique (1999) *Derecho Societario Peruano*. Tomo I y III. 1° edición. Editora Normas Legales. Lima.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (1992) *Derecho de las Personas*. 5° edición. Cultural Cuzco. Lima.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1984) "La Transformación del Derecho de Propiedad". Revista Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año X. N° 32.
- DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMANAÑA, Javier (1998) "Reforma del Código Civil y las Personas Jurídicas". En *Reforma del Código Civil. Doctrina y Propuestas*. 1° edición. Gaceta Jurídica Editores. Lima.
- PALMER OLIDEN, Carmen Julia (2000) "El abuso de la responsabilidad limitada por los socios de las sociedades anónimas". Estudio de derecho comparado. Gaceta Jurídica. Tomo 80-B. Julio. Lima.
- PALMA NAVEA, José Enrique (1998) "La Sociedad Irregular en la Nueva Ley General de Sociedades". En *Revista de la Facultad de Derecho y CCPP Universidad San Marcos*. Vol. 56. N° 2. Lima. 1998.

- GALGANO, Francesco (1999) *Derecho Comercial. Sociedades. Volumen II. Editorial Temis. Colombia.*
- GARRIGUES, Joaquín (1993) *Curso de Derecho Mercantil. 9º edic. Editorial Porrúa. México. 1º edic. 1940.*
- ASCARELLI, Tulio *Sociedades y Asociaciones Comerciales. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediar editores. Buenos Aires.*
- MASCHERONI, Fernando (1970) *El vínculo accionista – Sociedad Anónima y el contrato de suscripción. Editorial Cangallo S.A. Buenos Aires.*
- RUBNER, Alex (1971) *El Accionista en la Trampa. Título original The Ensnared Shareholder. Traducción Cecilio Sánchez Gil. Ediciones Anaya. España.*
- AVILES CUCURELLA, Gabriel (1947) *Derecho Mercantil, Barcelona.*
- RIVAROLA, Mario (1942) *Sociedades Anónimas. Tomo II. Editorial Ateneo. Buenos Aires*
- MEZZERA ALVAREZ, Rodolfo (1957) *Curso de Derecho Comercial, Tomo II, Buenos Aires.*

Legislación empleada:

Ley General de Sociedades
Código Civil.