

V. IRREGULARIDADES EN LAS SOCIEDADES *

EL FENÓMENO de las irregularidades de sociedades es muy vasto, dada la índole del negocio social; y no ha sido explorado en forma completa y sistemática en nuestro derecho y tampoco, hasta donde yo sé, en el derecho comparado. En cambio, manifestaciones de tal fenómeno de irregularidades del negocio social, como son, principalmente, la nulidad de las sociedades y el régimen jurídico de las sociedades irregulares, sí han sido estudiadas monográficamente tanto en México como en derecho francés, italiano, español, argentino.

Para abordar el tema, fijar su amplitud y sus límites y tratar de sistematizarlo, o al menos, aportar algunas ideas con esa finalidad, debemos partir del concepto de sociedad y de sus elementos, tanto en general, como un negocio jurídico —contrato según nuestra legislación— como en particular respecto a este negocio plurilateral, trascendental (en el sentido que se crea, no tanto y no sólo para tener efectos internos, con y entre los socios, sino, principalmente, efectos frente a terceros), y que da lugar a la creación de una persona moral.

En cuanto al concepto, deriva del Código Civil. El artículo 2688 del Código Civil del Distrito Federal —y como él los códigos civiles de los estados de la República— define a la sociedad: “Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.”

De tal definición también deriva la distinción de dos figuras: la asociación (que, a su vez, define el Código Civil en el artículo 2670) y la sociedad misma; y de dos clases de sociedades: las no especulativas, o sea sociedades civiles de acuerdo con la definición legal, y las

* Conferencia leída en el Coloquio sobre problemas actuales de las sociedades anónimas celebrado por la Universidad Autónoma de Nuevo León, en la ciudad de Monterrey en junio de 1982.

que sí tienen esta característica (que son las sociedades mercantiles). Estos criterios de distinción, sin embargo, no se respetan en las distintas leyes que regulan asociaciones (civiles y mercantiles) y sociedades (de una y de otra naturaleza), ni tampoco se respetan por la costumbre y por la práctica. Porque, en verdad, asociaciones hay que tienen una finalidad preponderantemente económica, como la asociación en participación, las asociaciones de productores y consumidores, las asociaciones profesionales; y también hay sociedades mercantiles cuya finalidad no es especulativa, sino de otra naturaleza (cultural, social, deportiva; inclusive de actividades profesionales que se organizan como auxiliares de otras sociedades anónimas principalmente). No existen, en cambio, sociedades civiles con fines especulativos, porque las que tal finalidad tuvieran se convertirían *ipso iure* en mercantiles. Estas situaciones anómalas plantean, sin duda alguna, problemas de irregularidades de los entes y de las figuras que constituyen los particulares.

A pesar de que ciertas notas de las definiciones del Código Civil (artículos 2670 y 2688) no siempre funcionan ni se respetan, las más de ellas sí son propias y esenciales de la sociedad; como son: la presencia de dos o más socios, la obligación mutua que asumen de combinar recursos o esfuerzos, la finalidad de ellos de realizar una actividad común.

Empero, a pesar de ser esenciales estas notas, y aunque parezca contradictorio, fenómenos corporativos *irregulares* se dan, en que con el nombre de sociedades, se constituyen y funcionan empresas de un solo socio; o sin aportaciones de los socios; o sea, la obligación que éstos asumen frente a la sociedad de proporcionarle recursos o esfuerzos, los que a su vez, adolezcan de irregularidades; o que inclusive alguna o algunas de esas aportaciones no existan; en fin, que la finalidad común de todos y cada uno de los socios tampoco exista, porque sólo haya y funcione el fin de uno de ellos, lo cual se oculta y el socio único se vale del “velo corporativo” para conseguir fines particulares que son exclusivos de ciertas sociedades: a saber, la responsabilidad limitada, la presencia de acciones, el funcionamiento de órganos sociales.

El problema de las irregularidades del negocio social debe plantearse desde un punto de vista general, para referirlo a los elementos del negocio jurídico, y desde el punto de vista particular, en relación con los elementos propios y características del contrato social. Aquellos

elementos, como bien se sabe, son el consentimiento, el objeto, el fin o causa y la forma. Éstos, los elementos particulares del contrato social, son su carácter plurilateral, su exteriorización mediante la publicidad, la personalidad, que el derecho positivo atribuye al fenómeno societario, y el hecho de que se deban distinguir dos fases del negocio, su constitución y su funcionamiento.

Por lo que toca a los elementos que son propios de todo contrato, los principios del derecho común sobre la validez, la ausencia y los vicios de que puedan adolecer esos elementos, se aplican en materia de la sociedad: nuestras leyes —civiles y comerciales— consideran a la sociedad como un contrato; de donde, a falta de disposiciones especiales de la Ley General de Sociedades Mercantiles, o del capítulo relativo a asociaciones y sociedades del Código Civil, aquellos principios contractuales se les aplicarán.

Sin embargo, la naturaleza del contrato social, o sea, el tratarse de un negocio en el que intervienen o pueden intervenir más de dos partes o socios; la creación de una personalidad propia con un patrimonio que se atribuye a esa persona moral, el cual es distinto al de cada uno de sus socios, que está destinado a la consecución de la finalidad social, la cual restringe y limita las facultades del ente; la circunstancia tan importante de que la sociedad se constituya para ejercer actividades frente a terceros; en suma, el hecho de que no estemos en presencia de un contrato de cambio, con prestaciones recíprocas y encontradas entre las dos partes que lo constituyen, sino de un contrato o negocio de organización, con una finalidad común y con prestaciones paralelas y complementarias; todo ello, motiva que dichos principios sobre la validez e invalidez de todos y cada uno de los elementos del negocio, se apliquen, más que al contrato social mismo, más que a la sociedad, a las relaciones de ella con cada uno de sus socios, es decir, a sus aportaciones —de recursos y de esfuerzos— para integrar el capital o el patrimonio social.

De ahí un principio fundamental en materia de sociedad: que la sociedad (que se exterioriza) sólo pueda ser declarada nula porque su finalidad sea ilícita. Pero, se trata, en efecto, del ente social mismo; es decir, de la persona moral formada por los socios. No se trata, en cambio, de las relaciones individuales de cada socio con ella; éstas, sí pueden estar sujetas a nulidad por falta o por vicios del consentimiento del socio al ingresar a la sociedad —dolo, violencia, error—; y por vicios o ausencia de objeto, es decir, de los bienes o servicios

que cada uno de los socios aporte o deba aportar. Inclusive, cuando la ley —el Código Civil, artículo 2692, y la Ley General de Sociedades Mercantiles, artículo 2º— habla de nulidad de la sociedad con fines ilícitos, no es para decretar que ésta procede de pleno derecho y menos para declarar inexistente a la sociedad, sino para reconocer que existe y que subsiste, si bien, que deba liquidarse.

Ahora bien, si es cierto el principio de la inanulabilidad de las sociedades que acuden a un medio de publicidad —legal o de hecho— para manifestarse; es decir, si es cierto que cuando la sociedad se inscribe en el registro o se exterioriza como tal ante terceros, no está sujeta a nulidad; también lo es que cuando no exista alguno de los elementos de existencia de dicho negocio, como el consentimiento de todos los socios o la ausencia total de aportaciones, sí cabe predicar la inexistencia de la sociedad, y la existencia de otro negocio o la simulación absoluta de ella. Pero aun en estos casos extremos, si ese fenómeno anormal llegara a inscribirse en el registro, es decir, adquirir frente a terceros la apariencia de una sociedad, habría que someterla, no al régimen propio de las nulidades que establece el Código Civil, sino al de su liquidación por imposibilidad de realizar el fin de ella (artículos 2720, fracción III, Código Civil y 229, fracción II, Ley General de Sociedades Mercantiles). Más que de inexistencia y nulidad hablaríamos de ineficacia del negocio social.

Decíamos que la sociedad que acude a un medio de publicidad, no está sujeta a nulidad. Debemos aclarar esta afirmación, y establecer alguna o algunas excepciones.

Por lo que se refiere a las sociedades mercantiles regulares, es decir, las que se inscriben en el Registro de Comercio, el párrafo segundo del artículo 2º, Ley General de Sociedades Mercantiles, es terminante: “no podrán ser declaradas nulas”. La norma exceptúa a las sociedades “que tengan un objeto —*rectius* un fin— ilícito, o que habitualmente realicen actos ilícitos”, las cuales “serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación” (artículo 3º); o sea, que aun éstas, no desaparecen, no se anulan, sino subsisten y deben liquidarse.

En cuanto a las sociedades mercantiles irregulares (en adelante, cuando hablemos de sociedades irregulares sólo nos referimos a las mercantiles), o sea, aquellas que no se inscriben en el Registro —en sus registros (de Comercio o de Cooperativas), pero que sí se exteriorizan ante terceros (párrafo tercero del artículo 2º), tampoco son nulas, ya que a pesar de que la ley no lo dice expresamente, y de que una

interpretación *a contrario sensu* del mencionado párrafo segundo del artículo 2º llevaría a afirmar que sí son nulas; por una parte, se les atribuye personalidad jurídica, lo que ya muestra con evidencia que no rige el sistema y los actos de las nulidades; y por otra parte, se reconoce la existencia y validez del negocio social tanto en las relaciones internas, es decir, en las relaciones de la sociedad —persona moral— con los socios, y de éstos entre sí; como en las relaciones externas de la sociedad frente a terceros, dado que el párrafo quinto del propio artículo 2º, impone responsabilidad directa y principal a la sociedad irregular por los actos ejecutados a nombre de ella por sus representantes y mandatarios, a quienes sólo atribuye responsabilidad *subsidiaria*.

Respecto a sociedades civiles, por una parte, el artículo 25, fracción IV les atribuye personalidad, y por la otra, el artículo 2694 establece que sólo las que se inscriban en el Registro de la propiedad, sección de sociedades, producirán efectos contra terceros. En función de estas dos normas concluimos que las sociedades civiles registradas tampoco están sujetas a nulidad.

Es dudoso, en cambio, si las sociedades civiles no inscritas están sujetas a nulidad. Desde luego, carecerían de personalidad jurídica a diferencia de las sociedades irregulares, puesto que el artículo 2694 establece que el “contrato de sociedad debe inscribirse en el Registro de Sociedades Civiles para que produzcan efectos contra terceros”; lo que equivale a condicionar al registro la atribución de personalidad; porque, en efecto, contraría al concepto y a la esencia misma de la personalidad, que el sujeto carezca de acción frente a terceros para hacer valer sus derechos; y que de la voluntad de éstos dependa reclamar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad a favor de ellos.

Que carezca de personalidad, no impone que en casos de ausencia o de vicios de consentimiento, objeto, fin o forma, la sociedad civil sea nula; no parece ser así, dado que el Código Civil —como la Ley General de Sociedades Mercantiles—, sólo habla de nulidad tratándose de objeto ilícito (artículo 2692), y en cambio, tratándose de falta de formalidades (artículo 2691) y de ausencia de alguno de los requisitos del contrato social (artículo 2693 *in fine*), preceptúa que “sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir en cualquier tiempo que se haga la liquidación” (solución también aplicable, como ya dije, tratándose de ilicitud del fin), lo que descarta la nulidad y

plantea, repito, una especial ineficacia: un régimen propio destinado a la extinción del ente que, mientras tanto, durante el procedimiento de liquidación, sigue viviendo, aunque con dicho destino inexorable.

Excepción al principio de la inanulabilidad de las sociedades que acuden a un medio de publicidad (al legal, o sea el Registro, o a una publicidad de hecho, como es la exteriorización ante terceros), es el caso de las sociedades o asociaciones, que no se exteriorizan y que, en consecuencia, carecen de personalidad jurídica.

Ambos fenómenos, personalidad del ente y anulabilidad, están íntimamente vinculados, de manera tal, que puede afirmarse que las sociedades con personalidad jurídica no son anulables (salvo esa “nulidad” especial de las sociedades ilícitas, que a mi juicio no es tal, sino, permítaseme insistir una vez más, una especial ineficacia corporativa); y que sólo cabe la nulidad de aquellas sociedades y asociaciones que carecen de personalidad propia.

¿Cuáles son éstas? Las que no acuden a un régimen de publicidad; las que no se ostentan como tales frente a terceros; las que no ofrecen la apariencia de ser sociedades, o sea, las sociedades ocultas, la asociación en participación, y otras figuras que no trascienden, no se manifiestan ante terceros, como es el caso de consorcios, de sociedades entre concubinos, entre padres e hijos, entre hermanos, para no hablar de la sociedad conyugal, que a mi juicio no es tal sociedad, sino un estado especial de “comunidad de bienes en mano común” la *Gesamte-hand* del derecho alemán.

Por lo que toca a los elementos característicos del contrato o negocio de sociedad, su carácter plurilateral es esencial en la sociedad anónima, que requiere un mínimo de cinco socios; en las cooperativas diez (artículo 1, fracción III, Ley de Sociedades Cooperativas); en las sociedades de responsabilidad limitada de interés público, cuatro (exartículo 8 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público); en las mutualistas de seguros que practiquen operaciones de vida (78 V, Ley de Instituciones de Crédito), trescientos socios; y es requisito natural en las sociedades civiles y en los otros tipos de sociedades mercantiles para las que se exige un mínimo de dos, pero que son contratos abiertos en que pueden ingresar otros socios, y desde luego pueden estar constituidas por más de dos. En cambio, un tipo de asociación, la asociación en participación, sólo puede ser bilateral; es decir, un asociado y un asociante, independientemente

de que uno u otro esté formado de varias personas (una sola parte que sería pluripersonal); y el caso de la llamada sociedad conyugal (¡a pesar del “matrimonio de tres” tan en boga!).

En nuestro sistema comercial, que el número de accionistas llegue a ser inferior al mínimo legal, o que las partes de interés se reúnan en una sola persona —sociedades esas que Mantilla Molina en un estudio recentísimo bautiza con el nombre de *heterápenicas*— es causa de disolución; y mientras la sociedad se disuelve —lo que debe comprobarse y decretarse por el órgano social competente, e inscribirse después en el Registro de Comercio (artículo 232)— tiene vida y funciona: no es nula.

Que la sociedad acuda o no a un medio de publicidad, motiva que tenga o no personalidad, pero no afecta a la existencia y validez de ella, puesto que tanto son sociedades las ocultas (que no se exteriorizan), como, por ejemplo, las llamadas *sociedades durmientes*, que se inscriben, pero que no funcionan: que están ahí, en estado cataléptico, en espera de una ocasión propicia para que sus socios —su fundador, su administrador— las echen a andar, las pongan en circulación.

En cuanto a formalidades, pese al carácter consensual de nuestro derecho, que se reconoce tanto en materia comercial (artículo 78, Código de Comercio), como civil (artículo 1796), las sociedades y asociaciones civiles y comerciales, son negocios formales: cuando menos, deben constar por escrito (artículos 2671 y 2690, Código Civil), y si son mercantiles, las reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles, sociedad en nombre colectivo; sociedad en comandita; sociedad de responsabilidad limitada; sociedad anónima y sociedad en comandita por acciones “deben además constituirse ante notario, y en la misma forma se harán constar sus modificaciones” (artículo 5º); si son cooperativas, deben formalizarse a través de “bases constitutivas”, que por supuesto son documentos escritos.

Por otra parte, el documento o la escritura deben contener una serie de requisitos, que varían en las distintas clases de sociedades; es decir, en las civiles (artículo 2693), en las mercantiles reguladas en la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículo 6º), en las cooperativas (artículo 15 de la Ley de Sociedades Cooperativas); y en los distintos tipos de aquéllas (artículos 27, 30, 52 para la sociedad en nombre colectivo y sociedad en comandita; 59, 70 para la sociedad de responsabilidad limitada, 91 para la sociedad anónima y 208 y 210 para la sociedad en comandita por acciones).

La falta de formalidades respecto a contratos bilaterales sinalagmáticos acarrea su inexistencia, si se trata de actos solemnes (*v.gr.* contrato de matrimonio), o su nulidad relativa (artículo 2228); pero ésta, “se extingue por la confirmación del acto hecho en la forma omitida” (artículo 2231), y “si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable. . . cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley” (artículo 2232).

Pues bien, este sistema no se aplica íntegramente en materia de sociedades:

En cuanto a la sociedad misma, si es civil, “la falta de forma prescrita para el contrato de sociedad, sólo produce el efecto de que los socios puedan pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad. . . ; pero mientras la liquidación no se pida, el contrato produce sus efectos entre los socios y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad la falta de forma” (artículo 2691, Código Civil).

Si la sociedad es mercantil, aunque el artículo 5º de la Ley General de Sociedades Mercantiles exige que se constituya ante notario, el párrafo tercero del artículo 2º, establece que las sociedades “consten o no en escritura pública, tendrán personalidad jurídica”, si no se inscriben en el Registro de Comercio, pero se exteriorizan frente a terceros. En consecuencia, la ausencia de formas no acarrea la nulidad de la sociedad, cuando ella acude a la publicidad de hecho.

Si se trata, en cambio, de una sociedad oculta, el pacto o contrato produce efectos entre los socios, salvo que carezca de elementos esenciales, como sería la *affectio societatis*, el fin común, las aportaciones de capital o de industria; y se aplicarán en este caso —como también creo que se aplicarán a la A en P que no se hiciera constar por escrito (artículo 254 de la Ley General de Sociedades Mercantiles)— los principios antes aludidos del Código Civil: el acto puede confirmarse o convalidarse *a posteriori*, y cabe el llenamiento tardío de la forma omitida.

En cuanto a los requisitos que el contrato de sociedad debe contener, si éste es civil rigen los principios del artículo 2691 a que antes me referí, según remisión expresa del artículo 2693: si es mercantil la solución se complica:

En efecto, de la larga serie de requisitos que enumera el artículo 6º (13 fracciones), las últimas seis —VIII a XIII— pueden faltar, según

el artículo 8º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, porque la ley los suple. Respecto a ellos no habría problema, pero ¿*q.j.* si falta alguno o algunos de los requisitos de las otras siete fracciones? ¿Su falta, acarrearía acaso la nulidad del contrato social, *i.e.* de la sociedad misma? Además, respecto a requisitos exigidos para la sociedad anónima —artículo 91— ¿qué consecuencia tendría el omitir uno o varios?

Distingamos:

Por lo que toca a los requisitos de las siete primeras fracciones del artículo 6º, el artículo 7º indica que “si el contrato social no se hubiera otorgado ante notario (otra alusión de que puede faltar la escritura pública), pero contuviese los requisitos que señalan las fracciones I a VII del artículo 6º, cualquier persona que figure como socio podrá demandar en la vía sumaria (una vía inexistente en materia mercantil) el otorgamiento de la escritura correspondiente.”

De una interpretación a contrario de esta norma, así como del artículo 8º, parecería que la falta de otro o de otros requisitos del artículo 6º (o de los artículos que fijan requisitos especiales respecto a los distintos tipos), acarrea la nulidad, por aplicación supletoria del derecho común; y sin embargo, no es así.

No es así, porque bien pudiera ser —e inclusive, es frecuente— que la escritura adolezca de omisiones de alguno o de varios de los múltiples requisitos listados en las primeras siete fracciones del artículo 6º (o de las 6 fracciones del artículo 91). *V.gr.*, que no conste el “domicilio de las personas... que constituyan la sociedad” (fracción VII), o la duración de ella (fracción III), o el criterio seguido para la valorización de los bienes que los socios aporten (fracción VI). Otros requisitos más importantes pueden omitirse, aunque ello no sea frecuente, tales como nacionalidad de los socios, la expresión de lo que cada socio aporte. Pues bien, cualquiera de los requisitos que falten, e inclusive, la falta total de ellos, no acarrea o no siempre acarrea la nulidad de la sociedad, porque, pese a ello, la sociedad puede haberse exteriorizado frente a terceros, o sea, puede ser una sociedad irregular, lo que, como dijimos, es suficiente para que tenga personalidad propia, para que el contrato social tenga efectos internos, y para que la sociedad responda con todo su patrimonio frente a terceros; o sea, que no procedería la nulidad del ente.

Además, a pesar de la interpretación de los artículos 7º y 8º de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la costumbre y la ley tanto

mercantil como civil, suplen otros elementos, además de las fracciones VIII a XIII: así, respecto a domicilio de los socios, se aplicarían los artículos 29, 30 y 33 del Código Civil; respecto a razón social o denominación, la Ley General de Sociedades Mercantiles establece un régimen especial, supletorio muchas veces, en casos de omisiones (*e.g.* artículos 53 y 59), tratándose de sociedades personales y de sociedades de responsabilidad limitada: respecto al importe del capital social, también la ley establece una excepción en el caso de la sociedad anónima que emita acciones sin valor nominal; y la “jurisprudencia cautelar” que dirían los alemanes, o sea, la práctica de los negocios, en relación con otros elementos tan importantes como la expresión de lo que cada socio aporte, aplica otros principios, como el de presumir que las aportaciones fueron en dinero y que se cubrió íntegramente el valor de acciones o cuotas.

De cualquier manera, la sanción de nulidad de la sociedad —tan impropia y contraria a la naturaleza de ella, y tan inconveniente por lo que mira a la protección de los intereses en presencia (los de la sociedad misma, los de los socios y sobre todo los de los terceros con quienes ella se relacione), me parece excesiva y desproporcionada— *preposterous*, como se diría en inglés.

Por lo que se refiere a formalidades de las modificaciones estatutarias, el principio es que éstas se protocolicen y se inscriban (artículos 5º, 260, Ley General de Sociedades Mercantiles, artículo 3071, fracción I reformado en 1979 C. Civ.). Si no se inscriben, respecto a ellas se aplica el principio propio de nuestro derecho registral: los actos que debiendo registrarse no se registren no producirán efectos en perjuicio de terceros (artículos 3007 Código Civil y 26 Código de Comercio), quienes sí podrán invocarlos en su beneficio. Si se inscriben pero adolecen de falta de formalidades (y sólo de ellas, no de omisiones de otra naturaleza, como podría ser, en casos de aumentos de capital, la violación del derecho de preferencia; o en caso de disminución, su falta de publicación en el periódico oficial), se aplicarían, generalmente, los principios que recoge el derecho civil en materia de nulidad por falta de formas: su saneamiento posterior y la posibilidad de ser ratificados y convalidados.

Conectado con problemas de nulidad corporativa y de irregularidad de sociedades, es el de los actos ejecutados por el órgano de administración, o por los representantes convencionales de la sociedad (apoderados, gerentes), en exceso del objeto o finalidad de la sociedad. Tanto

el Código Civil (artículo 26) como la Ley General de Sociedades Mercantiles (artículo 10) fijan un principio de aplicación general: “las personas morales —y quienes las representan— pueden ejercitar todos los derechos —y no más que los derechos— que sean necesarios para realizar el objeto de su institución”. Si se exceden, se da lugar a los llamados actos *ultra vires*. ¿Qué suerte corren ellos?

En nuestra doctrina, se señalan tres soluciones: la de la nulidad de esos actos, sostenida por el profesor Frisch, que además, sería absoluta, por violar principios imperativos y tal vez de orden público (como sería la capacidad limitada, o la *especialidad* de la sociedad a su fin u objeto); la tesis del maestro Mantilla Molina, de tratar esos actos como si fueran de una sociedad irregular (es decir, en los términos del artículo 2º, párrafos tercero a sexto de la Ley General de Sociedades Mercantiles); y la que yo he venido sosteniendo, de considerar que esos actos son inoponibles frente a la sociedad, salvo que ella los ratifique expresa o tácitamente por el órgano competente (que incluso podría ser la asamblea de socios y accionistas); y que en cualquier caso la sociedad pueda reclamar del representante los daños y perjuicios que ella hubiera sufrido con motivo de la ejecución de dichos actos *ultra vires* (artículos 2716 y 2583 Código Civil y 289 Código de Comercio). No habría tiempo para discutir ahora cada una de estas opiniones, permítaseme sólo decir, en pro de la opinión que sustento, que además de tener apoyo legal, es la que a mi juicio, protege mejor a los terceros y a la sociedad misma, quienes podrían resultar perjudicados en el caso de las otras dos soluciones.

SOCIEDAD IRREGULAR

La irregularidad más importante en materia de sociedades consiste en su falta de inscripción en el Registro de Comercio, a pesar de lo cual, la sociedad realice negocios jurídicos con terceros. Esto, da lugar al fenómeno de la sociedad irregular, recogido y regulado especialmente en el artículo 2º, Ley General de Sociedades Mercantiles. Sociedades irregulares son, en efecto, las que no se registran pero se exteriorizan frente a terceros, y ello, independientemente de que se hayan cumplido todas o algunas de las múltiples formalidades a que está sujeta su constitución.

Es frecuente y a veces resulta inevitable que a la falta de formalidades se agregue, y que ella culmine con, la falta de inscripción

registral: esto sucede cuando la sociedad no se constituye ante notario, y desde luego, cuando su constitución se hace a virtud meramente de un acto verbal: es obvio que en tales casos no se inscriba. Pero también sucede que habiendo los socios ocurrido ante notario y habiendo obtenido el testimonio notarial, la sociedad no se inscriba, inclusive después de obtener la orden judicial de registro en el procedimiento respectivo de homologación. Por eso afirmamos que no es elemento necesario de la sociedad irregular el que se trate de una sociedad informal.

Y también es posible que la sociedad regular, o sea, aquella que sí se registra, adolezca de defectos y omisiones formales; *v.gr.* que en la constitución sucesiva de una sociedad anónima, no se haya redactado o depositado el programa inicial (artículo 92), o que los fundadores no hayan hecho la convocatoria como se precisa en el artículo 99; o bien, que en la escritura de la constitución simultánea no conste la firma de todos los socios, o que falte alguno de los requisitos de los artículos 6º y 91 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; y que a pesar de todo la sociedad se registre: basta esto para estar frente a una S. R., con personalidad jurídica y que no podrá ser declarada nula (artículo 2º, primero y segundo párrafos).

Debe distinguirse, por tanto, el registro de la forma. Aquél, es un requisito de publicidad, que no se refiere a la existencia y validez del contrato social mismo, sino que sólo da lugar a la regularidad o irregularidad de la sociedad; la forma, en cambio, se refiere al negocio mismo. Las sociedades inscritas son las *sociedades regulares*; las no inscritas, las *irregulares*. Las sociedades con faltas o defectos formales, si están registradas son *sociedades incompletas* (incoadas las llamaría Roberto L. Mantilla Molina de manera similar a la letra de cambio; *letra incoada*) que deben completarse posteriormente. Por último, las sociedades no inscritas que, además, no cumplan con todas las formalidades (desde la falta de escritura hasta de los requisitos que les sean propios), las denominamos sociedades de hecho.

Las sociedades irregulares, además de la falta de inscripción, o sea de un elemento negativo, requieren de uno positivo: que se exterioricen como tales sociedades frente a terceros. Si no lo hacen, estamos como ya hemos dicho, ante una quinta categoría, a saber, las sociedades ocultas (porque ni se registran, ni se exteriorizan).

El régimen jurídico de la sociedad irregular lo establece el artículo 2º, párrafos tercero a sexto de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Aquel párrafo —tercero— da el concepto “sociedades no inscritas en el Registro Público de Comercio que se hayan exteriorizado como tales frente a terceros”. Exteriorizarse como tales frente a terceros, significa, a mi juicio, celebrar con éstos —no con sus propios socios— negocios, ejecutar actos jurídicos. No basta, ha dicho la Suprema Corte, llevar contabilidad e inscribir los libros ante las autoridades fiscales; tampoco, inscribirse en el padrón fiscal. Sí, en cambio, a mi juicio, anunciar su calidad de comerciante o acudir a medios de publicidad como la radio o la televisión. Celebrar contratos, decíamos ¿cuántos y cuáles? Uno basta, porque si adquiere personalidad propia al contratar con una sola persona, no resulta admisible que sólo la tenga en relación con quien negocia, y no frente a otros. Por otra parte, el precepto indica que la sociedad no inscrita se exteriorice *como tal* frente a terceros. ¿Se debe, pues, exteriorizar como sociedad no inscrita, como sociedad irregular, o simplemente como una sociedad? Es decir, la persona física que la represente en los tratos y en el contrato que se celebre con el tercero, ¿debe precisar que su representada no está inscrita en el Registro —o que aún no está—, o basta que el tercero sepa que se trata de una sociedad, aunque ignore si está inscrita? En mi opinión, esta segunda situación basta. Si se exigiera el conocimiento por el tercero de la irregularidad, no resultaría justificada la protección que le concede la ley como tercero de buena fe; además, ¿en que posición jurídica quedarían los terceros contratantes que ignoran tal situación?

El párrafo cuarto concede pleno valor al contrato social en las relaciones internas de la sociedad irregular. Cuáles son éstas: las que se establecen entre los socios y la sociedad que han creado: y ello, aun antes de que ésta se exteriorice ante terceros; o sea, inclusive durante su etapa previa de organización y si ella permanece oculta e ignorada por terceros. Relaciones internas también serían las que estableciera la sociedad con sus socios designando a éstos como administradores, representantes, gerentes; pero si esas designaciones recaen en favor de terceros, no se hablaría ya de “relaciones internas”; como tampoco, evidentemente, respecto a contratos de trabajo con quienes no sean socios.

El párrafo quinto se refiere a las relaciones con terceros. Impone a los representantes o mandatarios de la sociedad irregular, responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada por los actos jurídicos que realicen. Nótese, en primer lugar, que habla de representantes o man-

datarios; esta designación incluye a administradores y gerentes (representantes legales) y a apoderados (representantes convencionales); en cambio, no incluye al gestor oficioso, que no es representante antes de la ratificación de los actos que realice por parte del principal. La distinción es importante, porque precisa respecto a sociedades, dos momentos y dos situaciones diferentes de ellas: las sociedades que están en período de organización, sin personalidad jurídica, que en consecuencia actúan sólo a través de la gestión de negocios, a las que se refiere el párrafo tercero del artículo 7º, y las sociedades organizadas pero no inscritas que indica este párrafo quinto del artículo 2º. Aquéllas, en curso de organización, han de culminar con la inscripción registral: esperar, por ejemplo, la autorización o la concesión administrativa para operar, digamos, en materia petroquímica o de seguros, o bien, en la última etapa, estar sólo pendiente de orden judicial de inscripción. Pues bien, durante ese período no tienen aún personalidad jurídica, no son sociedades irregulares, pese a que ya el gestor hubiera celebrado contratos de arrendamiento, de trabajo, etcétera. Y entonces, si al terminar ese proceso y ese período de organización, la sociedad se inscribe, adquiere el carácter de regular y expresa o tácitamente hará suyos —ratificará— los actos celebrados por el gestor; en cambio, si entonces no se registra deberá considerarse como sociedad irregular y también se considerarán como propios los actos celebrados en su etapa organizativa, a virtud de ratificación expresa o tácita.

Debe notarse, en segundo lugar, que el párrafo quinto que comento atribuye responsabilidad personal a mandatarios y representantes, pero que ella es subsidiaria. Esto es importante porque, respecto a dicha sociedad irregular, ésta responde como deudora principal. Lo que no ocurre con la sociedad en vías de organización, ya que la norma que se ocupa de ella —7º, párrafo tercero— no habla de representante o mandatario, sino “de las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad”, ni atribuye a éstas responsabilidad subsidiaria, sino sólo ilimitada y solidaria; y ello, porque la sociedad que está en tal trance de organización —antes del parto y en el parto, no después del parto— carece de personalidad, y sólo asume responsabilidad al ratificar los actos.

Por último, el párrafo sexto del artículo 2º protege a los socios no culpables de la irregularidad de la sociedad, frente a quienes sí lo sean y frente a mandatarios y representantes. Todos responden a los

IRREGULARIDADES EN LAS SOCIEDADES

91

socios inocentes de los daños y perjuicios que sufra por la irregularidad de la sociedad.

Dichos daños pueden derivar, por ejemplo, del hecho de que la quiebra de la sociedad irregular sea culpable, nunca fortuita: que no corresponda a ella el beneficio de la suspensión de pagos (94, III, 8º y 396, VI, Ley de Quiebras), ni la terminación del estado de quiebra por convenio con los acreedores (artículo 301).