

Anomalías societarias: la nulidad de sociedades (el pacto viciado)

Max Salazar Gallegos

1. Introducción

La problemática planteada respecto del tema elegido, según la legislación peruana,¹ constituye específicamente la de la nulidad del pacto social, esto es, la del acuerdo que da nacimiento a un ente corporativo societario (ya que a otros tipos corporativos podemos también referirnos), integrado en escritura pública notarial e inscrito en el registro mercantil. Esta, enmarcada en lo que no puedo referirme sino como a vicisitudes propias en la constitución de un sujeto de derecho societario que ocupa y genera efectos públicos y privados de tremenda connotación y que, por ende, necesita de nuestra atención en aras de dilucidar los alcances positivos y negativos que de ello devienen y, si es posible, la interpretación que mejor se avenga a la seguridad jurídica (y del tráfico mercantil).

Entiendo que la dificultad radica en la distinción entre los vicios de forma y los de fondo al momento de la constitución de una sociedad personificada. Y ello es así porque, reiteramos, la regulación societaria aparentemente ha reservado sus pronunciamientos hacia las sociedades que alcanzan el registro, y, por tanto, generan la personalidad (jurídica), inscripción que concede, constituye y genera derechos *ex novo*; mas la ley hace *mutis* respecto a aquellas otras que, sociedades también, no concluyen el *iter* constitutivo de manera mandatoria regular, esto es, con la inscripción registral (y, por ende, carecen de personalidad), por lo que se manifiestan en la práctica como sociedades irregulares o internas.

En muy apretadas cuentas, se ha de verificar ello cuando el pacto social (la decisión de crear una sociedad que integra al Estatuto²) contenga uno o más de los siguientes vicios, considerados *numerus clausus*,³ o de nulidades tasadas, a saber:

1 Lo que sigue del párrafo es un resumen casi estricto del texto legal peruano.

2 Lo cual es en algunos casos discutible, pues en las sociedades *de facto*, o de hecho, este estatuto no es sino aparente, o virtual. Allí es donde ante la no materialización del negocio (la constitución de facto) o, si se quiere, su falta de instrumentalización, referirse al Estatuto resulta tácito.

3 Esta solución ha sido adoptada por la mayoría de los Estados, entre ellos los de América y Europa, y, por supuesto, no se asimilan ni reproducen de manera exacta los casos conforme a la legislación peruana. Así, por ejemplo, la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 16 de septiembre de 2009, que señala: Considerando: [...] (10) Es necesario, con el fin de garantizar la seguridad jurídica en las relaciones entre la sociedad y los terceros, así como entre los socios, limitar los casos de nulidad, así como el efecto retroactivo de la declaración de nulidad y fijar un plazo breve para la oposición de terceros a esta declaración [...].

[(i) incapacidad de gestante, o ausencia de su consentimiento, (ii) objeto ilícito; (iii) estipulaciones ilegales u omisión de las obligatorias; y/o (iv) omisión de tipicidad], que estarán sujetos a declaración judicial civil en proceso abreviado mediante sentencia firme, donde el demandante será todo aquel que tenga legítimo interés, y la demandada será la propia sociedad, antes del plazo de caducidad acotado por ley, y siempre que antes de ello la causa no haya sido eliminada formalmente, o cuando la omisión pueda ser suplida por norma vigente y no haya sido condición esencial para la celebración del pacto.

Conforme a lo acotado, pueden ya vislumbrarse una serie de instituciones y efectos sobre los que intentaremos escudriñar posiciones, a la vez de enmarcar el camino con los conceptos más afines que permitan favorecer una explicación y cauce cuyas consecuencias sean las más eficientes para la mayoría.

Del mismo modo, verificaremos cómo es que esta institución debe ser entendida y aplicada al caso de sociedades que devienen irregulares y respecto de las no inscritas, lo mismo que para aquellos casos no tipificados.

Sin embargo, hacemos nota respecto a que el estudio de la institución es extenso, por lo que resulta imposible agotar aquí todas las cuestiones relacionadas.

En estas líneas definiremos primero los conceptos esenciales para, luego, comentar de manera sucinta cada artículo de la ley que regula esta materia.⁴

2. Conceptos preliminares

2.1. La sociedad

Es evidente que antes de pasar al análisis de la institución de la nulidad en sede societaria, sus presupuestos, elementos, requisitos y efectos, resulta indispensable verificar y conocer la institución jurídica de la sociedad como tal.

Artículo 12. La legislación de los Estados miembros solo podrá organizar el régimen de nulidades de sociedades en las condiciones siguientes: a) la nulidad deberá ser declarada por resolución judicial; b) la nulidad solo podrá declararse en los casos contemplados en los incisos i) a vi): i) la falta de escritura de constitución o la inobservancia de las formalidades de control preventivo, o bien de la forma pública, ii) el carácter ilícito o contrario al orden público del objeto de la sociedad, iii) la ausencia, en la escritura de constitución o en los estatutos, de indicaciones relativas a la denominación de la sociedad, o a las aportaciones, o al importe del capital suscrito, o al objeto social, iv) la inobservancia de las disposiciones de la legislación nacional relativas al capital social mínimo desembolsado, v) la incapacidad de todos los socios fundadores, vi) el hecho de que, contrariamente a la legislación nacional que regule la sociedad, el número de socios fundadores sea inferior a dos.

Aparte de estos casos de nulidad, las sociedades no estarán sometidas a ninguna causa de inexistencia, de nulidad absoluta, de nulidad relativa o de anulabilidad. Esta norma reemplazó a la Primera Directiva del Consejo (68/151/CEE) de 9 de marzo de 1968, que en su oportunidad regulaba la materia de manera casi idéntica.

⁴ Podrá verificarse que en el Perú el tratamiento de esta figura es muy escaso, por lo que por todos me remito a Enrique Elías Laroza (1998a) y a Ricardo Beaumont Callirgos (2007). En ambos casos, coincido en que las causas y la figura misma de la nulidad societaria no es asimilable a la institución civil para actos y contratos, como lo justifico en este trabajo. Permítaseme entonces la remisión subsecuente a doctrina y legislación extranjera, haciendo incidencia en los modelos regionales inspirados en la misma tradición jurídica como son el argentino, el uruguayo, el mexicano, el español, entre otros, en los que me apoyaré en adelante.

Conforme al artículo primero de la Ley General de Sociedades Peruana de 1998, Ley 26887 (en adelante, LGS): «Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas».

Las características esenciales del instituto jurídico reunidas allí son: a) Pluralidad de socios; b) Convención inicial de un corporativo; c) aportes valorizados diferenciados, y sus repercusiones en las relaciones internas y externas, y sus plazos; d) ejercicio común de actividades; y, e) la naturaleza de las actividades dispuestas. Estas notas particulares guardan íntima y estrecha relación con las causales de nulidad regidas por el artículo 33 de la LGS y que analizaremos más adelante.

Sin perjuicio de ello, hemos de mencionar las graves omisiones de la ley, como son las menciones al lucro, mercantilidad, organización, aportes mínimos, entre otros; y la aparente contradicción con otros artículos de la misma ley, cuestiones estas últimas respecto de las cuales nos pronunciaremos también más adelante.

2.1.1. Pluralidad de socios

Como se puede observar, resulta obvio que la ley imputa pluralidad de personas para la constitución de una sociedad cuando usa la palabra «quienes». De ahí los predicamentos se suceden desde el momento en que se discute si la pluralidad de socios constituye *per se* una condición *sine qua non* de permanencia de la sociedad.

Esta no es una cuestión menor, pues tiene gran incidencia en la figura de la nulidad, ya que, como veremos luego, una de las causales de la misma es la ausencia de consentimiento válido o incapacidad de un número de fundadores que determine que la sociedad no cuente con la pluralidad exigida por ley. Lo mismo tiene relación con la discusión de la unipersonalidad, hace ya tiempo en debate.

En efecto, y citando a la propia LGS en sus artículos 4 (específico sobre la pluralidad de socios), 407 (sobre causales de disolución) y 423 (causales de irregularidad), podemos prever lo siguiente:

Artículo 4.- Pluralidad de socios. La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo.

No es exigible pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por ley. (Cursivas nuestras)

La LGS expresamente dispone entonces que hay casos en los que puede admitirse la creación de un ente societario que carezca de pluralidad, así como otros en los que, luego de constituida, se pierda esa pluralidad sin que ello afecte su existencia inmediata, ni que a partir de ello se verifique un destino indubitablemente fatalista de la misma.

En primer lugar, la pluralidad no es esencial para que una sociedad se constituya *ab initio* en todos los casos, como tampoco *in medias res* y/o *in extremis* para que subsista.⁵

5 Obviamente, se desprende la distinción entre la constitución societaria reglamentaria afecta al sis-

Esto último debe ser concordado a su vez con los artículos 76 y 77 del Código Civil, que en materia de personas jurídicas reconoce dos sistemas de constitución aplicables, entre ellos el que las produce mediante la promulgación de una ley *ad hoc* (véase Ennecerus-Kipp-Wolff, 1974; Spota, 1968; Ferrara, 1929).⁶ En consecuencia, una ley peruana puede perfectamente crear, autorizar y regular una sociedad con un solo socio. De hecho, ello ha sucedido en varias oportunidades, como son

tema normativo, propia de los particulares, de la constitución societaria afecta al sistema de concesión (o simple), propia de la administración pública. No hay discusión alguna respecto al segundo caso y la unipersonalidad que puede acarrear.

6 Este último señala, con razón: «[...] los hombres no pueden producir por su voluntad sujetos de derecho; esta es la misión del Estado, dominio suyo. El reconocimiento, por lo tanto, tiene eficacia constitutiva, y no solo en las corporaciones, sino también en las fundaciones». Valga apuntar que esta cita corresponde a un momento en el que las concepciones jurídicas confundían los conceptos de sujeto de derecho y persona, cuestión que posteriormente se diferenció.

La ley reconoce estos dos sistemas, aun cuando la historia y la doctrina cronológicamente han recogido otros más, siendo tres los sistemas de constitución de personas jurídicas societarias (y no societarias) más estudiados:

- a. El sistema de libertad de constitución o de libertad de asociación;
- b. El sistema de concesión, o puro o estatal, y;
- c. El sistema normativo, reglamentario o de determinaciones normativas.

El sistema de libre constitución predica que las personas deciden su unión para cumplir un fin determinado con un instrumento reglamentario corporativo —el pacto y estatuto—; así, de una parte acuerdo y de otra parte una ley interna que expresa principalmente determinados elementos: (i) fines (lícitos, valiosos y posibles), (ii) formación del patrimonio, y (iii) organización social, todo lo que da lugar al nacimiento de un nuevo ente; obviamente, contando de por medio con una declaración unánime de voluntad de los miembros para hacerlo así, y siempre que estos últimos tengan la capacidad necesaria para obligarse en ese sentido y entre sí (presupuesto), lo que reconoce el Estado como válido y vinculante; sin necesidad de procedimiento burocrático; por su parte, el *sistema de concesión* reconoce al corporativo capacidad jurídica en virtud de concederle directamente personalidad el Estado (normalmente mediante la promulgación de una ley) sin trámite previo alguno, esto definido desde dos vertientes: (i) la que supone un control absoluto y directo sobre las actividades, y (ii) la que reconoce lo obvio, la capacidad del Estado para crear personas jurídicas; y finalmente el *sistema de las determinaciones normativas o normativo*, atribuye personalidad y por ende capacidad jurídica a un ente cuando se cumplen determinados requisitos legales, expresamente reglamentados, cumplimiento que es atestiguado por un acto administrativo de autoridad —que comprueba si las condiciones exigidas por la ley se han cumplido—, generalmente por medio de la inscripción en un registro de carácter público. Es así que se produce el nacimiento de la persona jurídica. Si se analiza, siempre es una concesión pública la que origina el nacimiento del ente. Bajo el segundo sistema el Estado puede organizar como mejor requiera la estructura corporativa, y bajo el último sistema los privados están limitados a las estructuras tipificadas previamente establecidas para conformar los corporativos. Algunos autores reconocen también un cuarto sistema, el de *Control Permanente*, donde el Estado no solo regula la autorización y funcionamiento de la sociedad, sino que también las somete a inspección constante, cuyo incumplimiento acarrearía efectos nocivos para la organización, incluyendo su liquidación. En el Perú se reconocen la aplicación de los sistemas de concesión y normativo conforme se desprende del articulado del Código Civil citado, y el correspondiente de la LGS, la ley de EIRL y de la Ley de Cooperativas. En todos los casos, es el Estado quien concede la personalidad jurídica. De ahí que la personalidad jurídica nace con la inscripción en el registro público, que es efectuada por funcionario público, el registrador, y es a través de ese acto administrativo por el que se concede la personalidad, creándose derechos *ex novo*. Para el caso del nacimiento de la personificación societaria, el registro cumple una función constitutiva de derechos, y no declarativa, como ocurre casi en la generalidad de los otros registros públicos (de bienes muebles e inmuebles), que obviamente por su propia naturaleza son distintos.

los casos de la Ley 29314 que crea Fame SAC, y la Ley 30469, que crea Seman Perú SAC, como ejemplos recientes.

Obviamente, para efectos y ejecución por parte de los privados, parece forzosa la pluralidad *ab initio*, tal como se encuentra dispuesto en el texto de la ley.

In medias res, el artículo 407 de la LGS determina: «Causas de disolución: La sociedad se disuelve por las siguientes causas: [...]. Falta de pluralidad de socios, si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida», a su vez, el artículo 408 señala: «[...] La sociedad en comandita simple se disuelve también cuando no queda ningún socio comanditario o ningún socio colectivo, salvo que dentro del plazo de seis meses haya sido sustituido el socio que falta [...]».

Ya nos hemos pronunciado antes respecto a la distinción entre la figura de la disolución (una institución única) de las causas que la justifican (varias, según lo prevea cada ley corporativa), donde estas últimas constituyen los presupuestos de aquella (Salazar Gallegos, marzo de 2016).⁷ Las causas de disolución se verifican, conforme decisión de política legislativa, mediante: (i) actos jurídicos, (ii) hechos jurídicos y (iii) actos procesales, según el caso, todos ellos formales, taxativos, de acuerdo con ley y/o el estatuto social. En teoría (y según la ley), se produce una causa de disolución, luego de lo cual se puede adoptar una decisión que la supere o que la convalide. Si no hay acuerdo, la consecuencia es la irregularidad. Si lo hay (acuerdo), la solución implica la liquidación y posterior inscripción registral de la extinción societaria.

Existe poca coincidencia de criterios respecto de la disolución misma y sus causas, pues mientras que algunos autores señalan que en tanto el estatuto y el pacto societario pueden ampliar el universo de causas señaladas por ley o tasadas, estas dejan de ser taxativas, y que, en la mayoría de los casos, pero no en todos, ni obligatoriamente, dan inicio al procedimiento de liquidación de relaciones jurídicas de la sociedad, que es posterior a ellas. Estas (causas) se constituyen en supuestos que determinan en algunos casos la liquidación posterior de la sociedad (que implica resolver las relaciones jurídicas de las mismas y hacer líquido en lo posible el patrimonio), y luego la extinción de la persona jurídica (que se produce indefectiblemente a través de una inscripción registral, que verifica la legalidad del cumplimiento de la liquidación, para luego, en virtud de acto administrativo, cerrar la partida electrónica de la sociedad, con lo que se produce su muerte).

En este sentido, la figura jurídica de la disolución, aisladamente considerada, se manifiesta primero como una condición o estado jurídico de la organización societaria inscrita, que incurre en causal determinada por ley o el estatuto. En la mayoría de casos, y por aplicación de principios generales, ineludiblemente el principio de conservación o continuidad corporativo (o de empresa), esta causal es factible de ser superada, en un plazo no tan claramente dispuesto.⁸

No obstante, si la causal permanece, la solución legal, que se manifiesta como una sanción, es la irregularidad societaria, cual es el efecto que se produce en la

⁷ En la doctrina nacional conviene revisar Elías Laroza (1998a y 2015), Montoya Alberti (2003) y Beaumont Callirgos (2007).

⁸ No es del todo precisa la ley en este aspecto, y al parecer no puede serlo, pues la exacta manifestación temporal de cada causal no es fácil de conocer y comprobar.

organización y sus actos, la misma que puede ser declarada de forma privada o pública, y que puede operar de pleno derecho.

No ocurre entonces que la sociedad «se disuelva» propiamente, expresión esta última equívoca, que podría llevarnos a pensar en una situación de inoperatividad o en la disolución *ipso facto* del vínculo entre los socios o de la sociedad, lo que en la práctica no se produce, pues la organización afectada por la causal podría seguir operando si así lo quisiese, manteniendo sus relaciones jurídicas y/o generando nuevas; y los socios podrían preservar sus relaciones con y para con la sociedad, y entre sí por la llamada *affectio societatis* (véase Salazar Gallegos, 2007; Halperin, 2000, 294-297; Ferrero Diez Canseco, 1998, p 18; Hundskopf Exebio, 2004a, p. 16; Fernández Sessarego, 1990a).

Los efectos de la irregularidad entonces están contenidos en el artículo 424 de la LGS, que prescribe: «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, en general, por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad [...]».

Mención importante es aquella que debe distinguir entre causales de disolución denominadas de pleno derecho y otras pertinentes como las contenidas en el estatuto, el pacto, o acuerdo expreso, o de otra procedencia, donde se reconoce que la primera ocurre por solo imperio de la ley, es decir, *ipso iure*, sin necesidad de pronunciamiento por parte de la sociedad, pero al igual que las otras, está sujeta a regularización, salvo, obviamente, lo prescrito por la LGS en el numeral 7 del artículo 407. Así lo ha entendido el Tribunal Registral peruano conforme al Pleno L, que además indicó: «[...] debe señalarse que la Ley no desconoce los actos que realizan estas sociedades, incluso el artículo 428 reconoce como válidos los contratos que celebren las sociedades irregulares con terceros, de ahí que resulta justificable no descartar una posición interpretativa que tiende a la conservación de la sociedad y por ende al tráfico mercantil»; y que: «Las sociedades irregulares por haber incurrido en causal de disolución prevista en la Ley, pacto social o estatuto no pierden el derecho a regularizarse», lo que verifica que no distingue de aquellas que operan de pleno derecho.⁹

9 Además del Pleno Registral L, realizado entre el 3 y el 5 de agosto del año 2009, debe citarse en paralelo a la Dirección General de los Registros y del Notariado española que a igual razón, en su Resolución de 12 de marzo de 2013 (entre muchas otras), contiene como doctrina consolidada, que: «[...] la expresión “disolución de pleno derecho”, expresión procedente del artículo 152 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, [...], hace referencia a la mera circunstancia de que la sociedad entra en disolución por la concurrencia del supuesto previsto en la Ley sin que sea preciso una previa declaración social al respecto. De este modo se distingue la disolución de la sociedad derivada de un acuerdo societario (meramente voluntario, artículo 368 de la Ley de Sociedades de Capital, o provocado por la concurrencia de causa de disolución, ex artículo 362 de la propia ley), de aquellos otros supuestos en que la disolución se produce “ipso iure” al concurrir el supuesto previsto legalmente (por ejemplo, disposición transitoria primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales)». Recuérdese que la LGS peruana sigue y es tributaria en muchísimos aspectos de la legislación y doctrina españolas.

Entonces, y aun cuando se haya perdido la pluralidad, se haya incurrido en causal de disolución y se haya sancionado a la sociedad con la irregularidad, esta puede seguir funcionando, y ello también lo reconoce textualmente la ley.¹⁰

Hemos de recordar también que incluso el acuerdo de disolución es revocable (LGS, artículo 437),¹¹ cuestión tributaria del principio de conservación o continuidad, nuevamente; además, y en consecuencia, cualquier procedimiento de liquidación en marcha puede también dejarse sin efecto, salvo lo antes apuntado para la causal que se fundamenta en resolución judicial firme de la Corte Suprema de Justicia.

Particular mención merece el hecho de que la falta de pluralidad de socios y el funcionamiento de sociedades bajo tal régimen han empujado a una parte de la doctrina nacional para que abogue por la institucionalidad de la sociedad unipersonal (véase Robilliard D'onofrio, 2011; Montoya Stahl, 2010),¹² más allá de su comprobada vigencia en otras latitudes.¹³ En ese sentido, el Anteproyecto de Ley General de Sociedades peruana de 2018 (ALGS) la ha comprendido.¹⁴ Esto, obviamente, tendría efecto inmediato en la regulación de la nulidad societaria.

Al respecto, conviene mencionar que la falta o necesidad de plurilateralidad subjetiva como característica de la sociedad no es más un mito. Desde la composición de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRL) y, luego, la aprobación de la Sociedad Unipersonal en distintos ordenamientos (si bien similares, no iguales, y de posible funcionamiento paralelo), producto primero de una necesidad práctica del tráfico mercantil, luego de un sinceramiento de las relaciones jurídicas (desterrando simulaciones, como las sociedades de favor o cómodo), la unipersonalidad se ha impuesto. Obviamente, esto ha desatado debates y disquisiciones teóricas, habiéndose incluso recurrido al expediente argumental del excesivo dogmatismo en materia corporativa, que rechazamos. Por el contrario, esto no es otra cosa que el devenir de la dinámica empresarial y societaria, y la adaptación de las instituciones jurídicas a la realidad, que no implica necesariamente descoordinación conceptual.¹⁵

Sobre lo mismo, en absoluto comulgamos con la teoría del patrimonio separado, que, de fundamento inicial civil, pasó a orientar una explicación en puridad económica (si bien eficiente en esos aspectos, insuficiente en materia jurídica).

10 LGS, «Artículo 428.- [...] Son válidos los contratos que la sociedad celebre con terceros».

11 LGS, «Artículo 437.- Revocación de acuerdo de disolución

La revocación del acuerdo de disolución voluntaria se inscribe por el mérito de copia certificada del acta de la junta general donde conste el acuerdo y la declaración del liquidador o liquidadores de que no se ha iniciado el reparto del haber social entre los socios».

12 Y fuera, Francisco López del Rey (2008), Eduardo Jequier Lehuedé (2011), Fabio Andrés Bonilla Sanabria (2008), entre muchos otros.

13 En la Unión Europea, la Directiva 2009/2012 7CE; antes, la duodécima directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989. Lo mismo en Chile, Argentina y otros.

14 ALGS 2018, «3.2. La sociedad anónima y la sociedad comercial de responsabilidad limitada pueden constituirse con el acuerdo de dos o más personas, naturales o jurídicas, o mediante un acto unilateral. En estas formas societarias no es exigible la pluralidad de socios».

15 Conviene revisar en nuestro medio a Paolo Robilliard D'onofrio (2011) y Alfonso Montoya Stahl (2010).

Y es que el negocio jurídico societario, como desarrollamos con mayor pulcritud en el siguiente numeral (2.1.2.), es un acto de organización, y este hoy día se entiende y hace referencia tanto a la estructura funcional del tipo corporativo y su gestión como a la composición personal misma del ente. De ahí también que la personalidad jurídica como acto administrativo concesional público no dependa de la pluralidad en esencia (aspecto estrictamente formal), y se pueda hacer referencia a la asociatividad personal basada justamente en la organización corporativa.

Del mismo modo, los derechos fundamentales de asociación, empresa y contratos, como fundamento de las organizaciones, merecen revisión, pues, como antes hemos puesto de manifiesto, el Tribunal Constitucional, según su composición, no ha sido consistente al respecto (Salazar Gallegos, 2015a). Creemos, en esta línea, que el derecho de asociación es suficiente para explicar ello.¹⁶

No es menor hacer mención a que el principio puede encontrarse anclado a diversas normas en el ordenamiento jurídico peruano vigente, a saber: la ley de EIRL; las Sociedades de Propósito Especial, reguladas en la Ley de Mercado de Valores (LMV), artículo 327; el Estado como socio, según la LGS, artículo 4; la décimo cuarta disposición final de la L. 26702 sobre Cajas Municipales de Ahorro y Crédito; y en el CC, la Fundación; todas como claros ejemplos de corporaciones, algunas societarias, de un solo socio.

Como ha de observarse, si la pluralidad ya no constituye un elemento material o parte del mismo para un corporativo, la discusión sobre la nulidad por falta de pluralidad devendría irrelevante u ociosa, y por demás costosa.

Finalmente, debe entenderse que la pluralidad de socios puede estar conformada tanto por personas naturales y/o jurídicas. La misma regla sirve para asociaciones y otras personas jurídicas, salvo remisión contraria de la ley especial.

2.1.2. La convención inicial y el nacimiento del ente societario (corporativo)

Algunos autores han reconocido que cuando la norma acotada señala que las partes «convienen en aportar», ello significaría que la LGS se ha decantado expresa y decididamente por la teoría contractualista que justifica la existencia de sociedades, y, en casos concretos, justificar a su vez una teoría de sociedad-contrato.

Esta referencia, como también veremos, resulta de vital importancia, pues, llegado el caso, determinaría en teoría la funcionalidad de la aplicación de reglas del derecho de los actos jurídicos en general y/o de los contratos a la institución de la nulidad societaria, especialmente a las irregulares, que, como ya hemos señalado, no son mencionadas en la normativa societaria que solo aplica a las sociedades inscritas.

2.1.2.1. La naturaleza de las corporaciones y el contrato de sociedad

Particularmente, he entendido que los sistemas pilares fundamentales del derecho

¹⁶ Conviene revisar, para mayor ilustración, a Francesco Galgano (2004) y Sofía Salas Murillo (1998), entre otros.

civil patrimonial, es decir, la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil, resultan por sí mismos y en conjunto insuficientes para explicar el funcionamiento y existencia de las corporaciones, aun cuando hay quienes abogan por lo contrario.

Tales sistemas no completan la explicación a las preguntas de rigor respecto a una sociedad: ¿cómo aseguramos la cohesión de grupos organizados en el tiempo y su estabilidad, es decir, su permanencia en el tiempo, su duración?; ¿cómo hacemos para que el grupo como organización de sujetos sobreviva a los miembros, de existencia finita?; ¿cómo asignamos bienes diferenciados a un fin (corporativo) organizado sin que exista un propietario (si la corporación no es una persona, ¿qué es?)? El patrimonio debe estar unido a «alguien», un sujeto, no a un objeto; ¿cómo enfrentamos la regla de unidad de patrimonio? Es decir, la separación de propiedad de una persona, de tal forma que evidenciamos su destino puramente empresario y no lo asignemos a su masa patrimonial como un todo único; y ¿qué sucede con la copropiedad?, ¿cómo evitamos que un condómino solicite su liquidación, el reparto y se acabe la indivisión de ese patrimonio, cual es la regla general?; ¿cómo asignarles valor a estos entes y/o su patrimonio?; ¿cómo es que le trasladamos bienes y en qué calidad (derecho, préstamo, uso, propiedad) a este ente y que fracción le entregamos?; ¿cómo hacemos para organizar los actos y tomar decisiones sin el acuerdo de todos los miembros (numerosos)?, entre otros.¹⁷

Es el régimen de sociedades, y de manera más precisa el derecho corporativo o de personas jurídicas, el que presenta reglas que superan las limitaciones apuntadas en las interrogantes antes expuestas, y de ahí su autonomía, desarrollo y estudio diferenciado.

De las múltiples teorías que se han esgrimido al respecto,¹⁸ la sociedad contrato es rebatida inmediatamente por la sociedad sujeto (no necesariamente persona), donde los sistemas de: (i) propiedad (en las sociedades no hay copropiedad, hay un patrimonio separado titularizado por la sociedad, que responde individualmente, y los acreedores tienen preeminencia sobre aquel con relación a los socios —que no son propietarios de la sociedad—, y está sujeto a liquidación) (Kraakman, y otros, 2004); (ii) responsabilidad (que no es personal de los socios ni de sus gestores, sino del sujeto corporativo societario individualmente considerado, y este sujeto y

17 Conviene revisar a Henri y Léon Mazeaud, y Jean Mazeaud (1959).

18 La teoría de la ficción (Savigny); Ihering, que propugna a los miembros de la persona jurídica como destinatarios finales, donde la *forma sirve como mecanismo* para la consecución de un fin común de los miembros. La forma no tiene intereses ni fines, el derecho sirve a sus destinatarios; la teoría de los patrimonios de afectación de Brinz y Bekker, que señalan que debe hablarse *de destinación* y no de destinatarios. Así, la persona jurídica disimula la existencia de un patrimonio afectado a un fin; Gierke, con su teoría orgánica, donde la persona jurídica tiene vida propia. Es una persona compuesta por órganos. Se trata de un organismo social; Kelsen, con la teoría pura del derecho, donde la persona jurídica figura como centro ideal de imputación de normas; Cossio, con su teoría egológica, donde la persona jurídica es igual a sus miembros. Su existencia está en el hombre; la teoría tridimensional de Fernández Sessarego, en la que la persona jurídica se constituye como una organización de personas con fin valioso, formalizada en una inscripción, gravitando: 1. Conducta humana intersubjetiva: pluralidad, 2. Valores jurídicos: fin, y 3. normas jurídicas: reconocimiento; la teoría contractualista, la teoría institucionalista, entre otras.

su patrimonio (autónomo) responde por las obligaciones sociales (que deviene del establecimiento de relaciones jurídicas también individualizadas), generando una imputabilidad identificada en un ente distinto y capaz, ya que las relaciones jurídicas se establecen con aquel); y, (iii) contratos (los fundadores hacen declaraciones paralelas que generan un sujeto de derecho, ente capaz, y no le son aplicables las reglas de validez, nulidad, y otras de los actos jurídicos); no explican por sí solos ni en conjunto la forma, tipicidad, ni relaciones jurídicas internas ni externas que se generan por el nacimiento del sujeto societario; ello lo hace el derecho corporativo, con reglas propias.

Incluso ante el escenario de la muerte de todos los supuestos contratantes (socios), la sociedad pervive, y ha de ser liquidada para, solo entonces, solicitar su extinción.

Del mismo modo, la consecuencia de la toma de acuerdos por mayoría y no por unanimidad, y la propia naturaleza de la adopción de acuerdos, así como las reglas de separación y exclusión de socios, entre otras, distingue la realidad societaria de la relación contractual a la que se referían Hobbes y, en su caso, Locke.

Y si bien algunos contratos típicos generan sujetos de derecho limitados, como lo son para la administración tributaria, por ejemplo, los fondos de inversión de oferta privada, los fondos mutuos de inversión en valores, los patrimonios fideicometidos de sociedades tituladoras, y los contratos de colaboración empresarial que conllevan contabilidad independiente (entre ellos los *joint ventures*,¹⁹ la asociación en participación²⁰ y los consorcios²¹), todos estos tienen capacidad limitada;²² no los hay de los que generan sujetos de capacidad amplia, como lo son las sociedades. Esto mismo califican otros entes reguladores que pertenecen al aparato estatal, como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.²³

19 Expresamente considerados como tales en la Ley General de Minería (a mi juicio, erróneamente).

20 LGS, «Artículo 440.- Contrato de asociación en participación.

Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución».

21 LGS, «Artículo 445.- Contrato de Consorcio.

Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía».

22 El artículo 21 del TUO del Código Tributario establece que tienen capacidad tributaria las personas naturales o jurídicas, comunidades de bienes, patrimonios, sucesiones indivisas, fideicomisos, sociedades de hecho, sociedades conyugales u otros entes colectivos, aunque estén limitados o carezcan de capacidad o personalidad jurídica según el derecho privado o público, siempre que la Ley le atribuya la calidad de sujetos de derechos y obligaciones tributarias.

En el mismo sentido, el Informe N.º 165-2009-SUNAT/2B0000: «[...] debe tenerse en cuenta que conforme a lo señalado en la Norma XI del Título Preliminar del TUO del Código Tributario, las personas naturales o jurídicas, sociedades conyugales, sucesiones indivisas u otros entes colectivos, nacionales o extranjeros, domiciliados en el Perú, están sometidos al cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho Código y en las leyes y reglamentos tributarios.

Fluye de la norma antes glosada que determinados entes colectivos pueden tener capacidad tributaria, aun cuando carezcan de personería jurídica y, en tal sentido, ser sujetos de derechos y obligaciones tributarias en tanto así lo disponga la normatividad correspondiente».

23 Resolución SBS N.º 789-2018 (Prevención de Lavado de Activos), cuando define que los entes jurídicos son: «i) patrimonios autónomos gestionados por terceros *que carecen de personalidad jurídica o*

Las nociones anteriores, de corte contractualista, se quiebran ante la existencia de un sujeto diferenciado, distinto a los socios que «pactan». Y es que ese pacto tiene un único propósito, y genera de manera inmediata un sujeto de derechos, lo que distancia una idea contractual destinada a generar una relación de cambio *versus* la idea de organización funcional. El concepto de sujeto generaría una separación formal, y absoluta, que haría imposible referirse a un contrato. Obviamente, se rechazan de manera liminar las pseudonociones de contrato *sui generis*, que trafican en contra de una precisión conceptual y definición que permita identificar la naturaleza de la institución y que constituyen, entre otras, un fallido *tour de force*.

Y la sociedad no es cualquier sujeto, sino que es un ente con capacidad general, que obra en diversos campos, tal como así le ha sido reconocido. La persona jurídica societaria goza de derechos fundamentales, conforme antes se deducía expresamente del artículo 3 de la Constitución Política del Perú (CPP) de 1979, y hoy del artículo 2 de la CPP de 1993, conforme lo ha desarrollado a su vez el Tribunal Constitucional (TC).²⁴

No distinguiendo la expresión sociedad en sentido estricto de sociedad en sentido lato, o el acto constitutivo negocial y la sociedad como persona jurídica.

2.1.2.2. La sociedad inscrita, regular o personificada y sus efectos

En el caso de su registro, la personalidad se hace evidente, y las consecuencias jurídicas (del registro) resultan identificables con meridiana claridad.

ii) contratos en los que dos o más personas, que se asocian temporalmente, tienen un derecho o interés común para realizar una actividad determinada, *sin constituir una persona jurídica*. Se consideran en esta categoría a los fondos de inversión, fondos mutuos de inversión en valores, patrimonios fideicomitidos y consorcios, entre otros determinados por la Superintendencia» (*cursivas nuestras*).

24 Exp. N° 4972-2006-PA/TC:

9. «En la lógica de que toda persona jurídica tiene o retiene para sí un conjunto de derechos, encuentra un primer fundamento la posibilidad de que aquellos de carácter fundamental les resulten aplicables. En el plano constitucional, por otra parte, existen a juicio de este Colegiado dos criterios esenciales que permiten justificar dicha premisa: a) *La necesidad de garantizar el antes citado derecho a la participación de toda persona en forma individual o asociada en la vida de la nación, y b) La necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho e, incluso, el de dignidad de la persona, permitan considerar un derecho al reconocimiento y tutela jurídica en el orden constitucional de las personas jurídicas.*

10. Con respecto a lo primero, queda claro que, si a toda persona natural se la habilita para que pueda participar en forma individual o asociada, mediante diversas variantes de organización (principalmente personas jurídicas) es porque estas últimas retienen para sí una multiplicidad de derechos fundamentales. En otras palabras, el ejercicio del derecho a la participación en forma asociada (Derecho de asociación) solo puede resultar coherente cuando la propia Constitución no niega, sino que, antes bien, permite la existencia de derechos fundamentales que garanticen su eficacia. No existe otra conclusión posible, pues de lo contrario se tendría que admitir un absurdo como el de un derecho que, siendo fundamental en su reconocimiento y estructura, carezca, no obstante, de incidencias o garantías en el orden constitucional.

11. Con respecto a lo segundo, este Colegiado considera que el no reconocimiento expreso de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas no significa tampoco y en modo alguno negar dicha posibilidad, pues la sola existencia de un Estado democrático de derecho supone dotar de garantías a las instituciones por él reconocidas [...].

El nacimiento y reconocimiento de la sociedad *per se*, pues, permite verificar distintos principios esenciales en materia de corporaciones. Así, reconoce la dualidad existente entre la persona jurídica y sus miembros, que permite verificar la función del *principio de alteridad* (Breccia et al., 1992), que de manera muy sucinta revela la distinción entre el corporativo y quienes lo conforman; aun cuando resulta de mucha más utilidad en los entes carentes de personificación y en aquellos que, gozando de tal categoría, devienen irregulares.

Al mismo tiempo, se asume la capacidad inherente a cada uno de ellos (Espinoza Espinoza, 2014), siendo sujetos diferentes la corporación (como sujeto de derechos singular), de quienes la conforman (sus socios, quienes a su vez constituyen cada cual un sujeto de derechos singularizado), pues la capacidad es consustancial a cada uno de manera individualizada y exclusiva, como entes distintos.²⁵

Se reconoce también, en consecuencia, el *principio de separación patrimonial* —si hay sujetos distintos, las esferas patrimoniales también lo son, dado que la propietaria del patrimonio de la corporación es ella misma (De Castro y Bravo, 1981), o también llamado *principio de radical separación entre la entidad y sus miembros* (Lyon Puelma, 2006)—. Otros afirmarán que se corrobora el *principio de autonomía patrimonial* —supeditado a su vez en sus efectos a la formalización del ente como regular o irregular, y al tipo social— con autonomía patrimonial perfecta o imperfecta, con socios comanditarios o colectivos (Espinoza Espinoza, 2014)—.²⁶ Y sigue el *principio de unidad patrimonial* (a cada individuo, ente o sujeto, le corresponde un único y exclusivo patrimonio individualizado).

Finalmente, observamos la aplicación en este caso de la *responsabilidad limitada* de los socios y administradores —que no constituye un principio, sino una consecuencia, que viene dispuesta como resultado de la autonomía patrimonial, que, en el caso particular de las sociedades anónimas, y las sociedades de responsabilidad limitada, por ejemplo, es perfecta, total o absoluta, como también se le llama—, por mandato de la ley. No ocurre lo mismo en otros tipos societarios donde los socios responden de manera subsidiaria, solidaria e ilimitada de las obligaciones sociales.

Si tuviéramos que hacer un breve resumen o listado sobre los efectos que produce el nacimiento de la sociedad personificada en el registro, es importante poner en evidencia lo siguiente:

1. Crea derechos *ex novo*, al conceder la personalidad jurídica como tal. En este caso, y contrario a la mayoría de registros, el de sociedades es constitutivo de derechos. Por tanto, constituye y declara la existencia de un nuevo sujeto de derechos, centro de imputación unitaria ideal de deberes y derechos (Fernández Sessarego, 1990b);²⁷ en este caso, una persona jurídica. Debe recordarse que la personificación no es consustancial a todos los sujetos de derecho distintos al

²⁵ Conviene revisar Espinoza (2014) y Fernández Sessarego (1990a).

²⁶ También, Javier de Belaúnde López de Romaña (2003).

²⁷ También, legislativamente amparado en: artículo 6 de la LGS; artículo 77 del CC, ya citados.

hombre individualmente considerado,²⁸ sean estos reconocidos por la normativa de manera particular o no.²⁹

2. Genera capacidad general al ente. En realidad, esta le es inherente, como ya hemos precisado (véase Espinoza, 2003; Páez, 1964).
3. La identificación anterior viene dispuesta por ley y se atribuyen al nuevo sujeto características materiales que lo individualizan del resto de entidades, tales como el abrir una partida registral única³⁰ y exclusiva, y establecer un nombre también único, denominación o razón social, que no puede coincidir con la de ninguna

28 «[...] En este sentido, un sujeto de derecho es una categoría jurídica *per se*, y si bien las personas jurídicas son sujetos de derecho, no son los únicos que existen (en todo caso, forman parte de una estandarización formal), pues para encontrarnos con este tipo de realidades, basta reconocer ciertos elementos unívocos que les son comunes. Los sujetos de derecho no siempre surgen, entonces, como consecuencia de un acto estatal y/o sistema que reconozca su calidad de tal; por lo que no son *numerus clausus*, como sí ocurre con las personas jurídicas. Existen pues sujetos de derecho personificados y sujetos de derecho no personificados» (Salazar Gallegos, 2004, pp. 60-61).

29 Sujetos de derecho apreciados normativamente son aquellos que dispone el CC en los artículos 124, 127, 130 y demás aplicables, cuando legitima a la asociación, fundación y comité no inscritos —lo que a nuestro parecer es un error en el *nomen iuris* y en la técnica legislativa, pues se es asociación, fundación o comité o no se es— y el artículo 423 de la Ley General de Sociedades, Ley 26887, al reconocer a las sociedades irregulares; no obstante los sujetos de derecho no personificados constituyen *numerus apertus*, por lo que el reconocimiento aludido por las normas citadas no cierra el universo de estudio. Vale aquí mencionar al maestro sanmarquino Carlos Fernández Sessarego, cuando señala: «Sujeto de derecho es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa deberes y derechos. En la experiencia jurídica —en la dimensión existencial— este ente o centro de referencia normativo no es otro que el ser humano, antes de nacer o después de haber producido este evento, ya sea que se le considere individualmente o como organización de personas. Es decir, el centro de referencia normativo tiene como su correlato a la vida humana, a los seres humanos en relación. El término «sujeto de derecho» resulta así genérico al designar cualquier modalidad que asuma la vida humana, en cuanto dimensión fundamental de lo jurídico. La expresión «persona» se reserva, en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías de sujeto de derecho que reconoce el CC. Nos referimos con el término «persona» al hombre, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el Código menciona como «natural», y en el segundo ante la persona colectiva conocida como «persona jurídica» (1990a, p. 28). Debo hacer precisiones al último texto citado: (i) El CC no reconoce únicamente cuatro categorías de sujeto de derecho, sino varias: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y las organizaciones de personas no inscritas son reconocidas por el articulado del CC como entes capaces, pero no expresamente como sujetos. En este sentido, se ha planteado que: «Con ello no se quiere decir que solo son sujetos de derecho los reconocidos como tales por el libro primero del CC peruano. En efecto, la sociedad conyugal, así como la unión de hecho, son otros centros de imputación de derechos y deberes» (Espinoza Espinoza, 2014); adicionalmente han existido y existen otros sujetos de derechos reconocidos por otras leyes, como sucede con el Código Procesal civil, el código tributario, etc.; y (ii) La noción de colectividad asimilada a la personalidad jurídica está superada por la ley y por ende el derecho, como se colige de la existencia legal de entes que carecen de dicha pluralidad de miembros, que ya hemos citado en este trabajo.

30 Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN, Reglamento del Registro de Sociedades – (RRS), Título Preliminar, Artículo III. Principio de especialidad: «Por cada sociedad o sucursal se abrirá una partida registral en la que se extenderá su primera inscripción, que será la del pacto social o la decisión de establecer una sucursal, respectivamente, así como los actos inscribibles posteriores relativos a cada una. [...]».

otra realidad semejante.³¹ Este último efecto es conocido por la doctrina como «principio de unidad de la denominación» (Rojo, 2017, p. 187). Asimismo, es atendible el «principio de libre elección» (2017, p. 189)³² para escoger este, precepto que de acuerdo a ley y reglamentos registrales no es de carácter absoluto.

4. Identifica y delimita propiedad y derechos, así como garantías, mediante el reconocimiento de una esfera de autonomía patrimonial del ente creado —perfecta o imperfecta³³— distinta de acuerdo con el tipo de persona jurídica del que se trate; así, en algunos casos como consecuencia de esta última mención, se imputa responsabilidad limitada (Kraakman, y otros, 2004, pp. 7-8); de esta forma, los derechos cedidos a favor del nuevo ente (ahora propietario), bajo cualquiera de las formas típicas permitidas por la ley, se diferencian de los derechos que corresponden a sus *shareholders* (socios) y gestores, y no se confunden con los de estos últimos. La persona jurídica, ente individual, es titular de sus propios bienes y derechos, y es libre de usarlos, transferirlos y entregarlos como garantía a terceros (2004, p. 7); a esta función se la ha denominado el «principio o regla de garantía»; del mismo modo, esta atribución de propiedad establece una segunda regla o principio denominado «protección de liquidación», que asegura que los socios no puedan por iniciativa propia privar o retirar su porcentaje de participación respecto de la masa de activos que conforman el patrimonio de la persona jurídica, forzando la liquidación completa o parcial del ente.³⁴ La misma condición regiría respecto a los acreedores personales de esos titulares en relación con los activos de la persona jurídica (2004, pp. 7-8).

31 LGS, artículo 9. «La sociedad tiene una denominación o una razón social, según corresponda a su forma societaria. En el primer caso puede utilizar, además, un nombre abreviado.

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, salvo cuando se demuestre legitimidad para ello.

Esta prohibición no tiene en cuenta la forma social. [...]».

RRS, artículo 15. «No es inscribible la sociedad que adopte una denominación completa o abreviada o una razón social igual a la de otra preexistente en el índice. [...]».

32 Existen, entre otras, limitaciones al principio en función al contenido, estructura, y disponibilidad de la denominación o razón social.

33 Estaremos ante autonomía patrimonial perfecta en caso los miembros y administradores no respondan junto a la persona jurídica por las deudas que esta última contraiga; y nos encontraremos ante un caso de autonomía patrimonial imperfecta cuando los miembros respondan efectivamente con su patrimonio de manera solidaria e ilimitada junto a la persona jurídica por las obligaciones de esta última. Esta distinción viene referida por la regla de derecho que regula cada tipo en particular y se encuentra plasmada por lo tanto en nuestras leyes. Para una mejor comprensión del instituto me remito a Espinoza Espinoza (2004), quien ya ha tratado el tema. Las reglas de derecho sobre el particular se encuentran contenidas en el artículo 78 del CC: «La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas», y 31 de la LGS: «El patrimonio social responde por las obligaciones de la sociedad sin perjuicio de la responsabilidad personal de los socios en aquellas formas societarias que así lo contemplan».

34 Salvo por supuesto excepciones notables, como es la atención a un procedimiento de transformación del tipo regulado por ley, o de fusión e incluso en el caso de una escisión, donde se permite, bajo determinados supuestos, la separación del socio inconforme, identificando así un derecho de separación. Este derecho se encuentra regulado por la LGS en sus artículos 338, 356, y 385, respectivamente, para cada una de las modalidades de reorganización indicadas.

5. Identifica la organización y el régimen, por tanto, responsabilidad funcional de carácter administrativo, civil y penal, al interior de la persona jurídica y al exterior, ante los grupos de interés o *stakeholders* (proveedores, acreedores, usuarios, consumidores e intermediarios) (Hansmann & Kraakman, 2000, pp. 3-5). Esta característica también permite identificar el tipo corporativo. Cada tipo asociativo guarda su propia estructura funcional, de una parte obligatoria, en tanto la ley le impone una organización de carácter imperativo a efectos de establecer su reconocimiento, y de otra parte convencional, en tanto permite que la organización mínima exigida por ella pueda ser complementada por los particulares a comodidad, siempre y cuando no desnaturalicen el tipo³⁵ que lo hace identificable respecto del resto.
6. Provee a los seres humanos que persiguen un fin, a través de una determinada actividad, de una forma legal (vehículo corporativo) para llevarlo cabo, la misma que posee atributos característicos (Hansmann & Reinier, 2004, p. 2).
7. Integra al circuito (legal) de manera formal al sujeto (Dooley, 1995, pp. 24-25); así este primero se inserta al interior del mundo de las leyes de manera pacífica y regular, situándose dentro del espectro consagrado especialmente para ese efecto, y en segundo lugar se distancia de aquellas realidades que funcionan al margen del mismo.
8. Le atribuye un haz normativo específico y especial; de esta forma le son aplicables las reglas de derecho propias del instituto formado; es decir, aquellas que se han diseñado para identificar el tipo social.
9. Minimiza costos de transacción para la organización de la producción de servicios y bienes, lo mismo que para las operaciones comerciales o de fiducia con terceros (Posner, 1998, pp. 371-372);³⁶ esto mediante la creación de un mecanismo centralizado para la toma de decisiones —como es la organización de la persona jurídica (Hansmann & Reinier, 2004, pp. 11-12)— y su identificación en el espectro jurídico registral que reduce en consecuencia el costo del circuito negocial.
10. Permite la identificación de la titularidad de las externalidades o efectos difusión de manera más fácil, así como su internalización (Samuelson, 1999), como consecuencia de que cualquier tercero puede fácilmente acceder al registro de la persona jurídica societaria.
11. Como consecuencia de la creación y reconocimiento de la persona jurídica societaria legalmente posicionada en el espectro jurídico y la atribución de autonomía patrimonial a la misma —sea perfecta o imperfecta—, establece la preferencia con respecto a los activos que la conforman a favor de los acreedores de la misma. Los acreedores tienen en esos bienes una garantía y preeminencia para el cobro respecto de dichos activos —propiedad de la persona jurídica— en relación con

35 Por ejemplo, en el caso de una sociedad anónima, la LGS estipula que su estatuto puede contener, además de las disposiciones legales de carácter obligatorio, otros pactos lícitos que se estimen convenientes para la organización de la sociedad (artículo 55, numeral 11, literal 'A'); e igual ocurre en una asociación regulada por el CC, donde este último establece que en su estatuto la asociación debe expresar los demás pactos lícitos y condiciones que se establezcan (artículo 82, numeral 9).

36 En igual sentido, Ronald H. Coase (1937).

los acreedores personales de los socios de la persona jurídica (Hansmann, 1996). Así, los socios detentan y poseen un vínculo relacional de propiedad respecto de diversos títulos (acciones o participaciones) que se constituyen como nexo causal para la satisfacción de sus intereses, normalmente de índole lucrativa, y, como tal, les otorgan derechos de carácter económico, político y mixto.

12. Otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos, lo que afecta a los terceros, aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento de los mismos.³⁷ Por ende, permite oponer derechos de manera válida y segura, de tal modo que favorece el tráfico jurídico.
13. Garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de la inscripción.³⁸
14. Presume la exactitud y validez de la inscripción.³⁹
15. Otorga fe pública registral, por lo que la nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que origina la inscripción no perjudica el derecho anterior a estos hechos adquirido por tercero en virtud de lo inscrito en un tiempo y lugar determinados;⁴⁰ es decir, asegura el movimiento del tráfico de manera eficaz, dotando una vez más de seguridad a las transacciones.⁴¹

2.1.2.3. La sociedad no inscrita o irregular

A la par de la sociedad inscrita, y como ya hemos hecho referencia, se manifiesta y se comprende en la ley a la sociedad irregular.

Como hemos explicado *in extenso* en otro acápite, la sociedad irregular se encuentra tipificada en la LGS, artículo 423 (Salazar Gallegos, 2018).

La ley verifica dos tipos de sociedad irregular: a) la originaria y b) la sobrevenida o derivada.

- a) La sociedad irregular originaria o de origen, también denominada no inscrita: se manifiesta en dos subgrupos: (i) las sociedades instrumentalizadas y (ii) las no instrumentalizadas o también reconocidas como sociedades de hecho.

Estas sociedades no terminaron el procedimiento de constitución (*iter* constitutivo) conforme las formalidades de ley hasta su inscripción (artículo 5, LGS), y, por tanto, carecen de la concesión de la personalidad jurídica. La distinción entre ellas radica, como hemos señalado, en que las primeras (instrumentalizadas) se encuentran atestiguadas por documento inscrito, mientras que las segundas no.

37 Principio de Publicidad Material conforme al artículo I del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP) - Res. Nº 195-2001-SUNARP/SN del 23 de Julio de 2001; y artículo 2012º CC: «Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones».

38 Principio de Publicidad Formal consagrado en el artículo II del Título Preliminar del RGRP.

39 Principio de Legitimación consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del RGRP.

40 Principio de Fe Pública Registral consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar del RGRP.

41 Esto ya lo habíamos puesto de manifiesto en Max Salazar Gallegos (2006).

Por esto mismo, en las primeras se identifica una irregularidad de forma, que resulta en una informalidad relativa, ya que existe pacto *societatis* instrumentalizado, pero no inscrito, y las segundas (*de facto*) resultan de una informalidad absoluta; de ahí que la problemática esencial de estas últimas sea su probanza.

Nos encontramos ante la distinción de la sociedad en sentido estricto (la personificada) y la sociedad en sentido amplio (no personificada), donde toda sociedad inscrita posee personificación, pero se admite la existencia de aquella sociedad que no ha alcanzado la misma, no por ello menos sociedad.

Las irregulares se constituyen y designan de esa manera en contraste con la figura de la sociedad regular, cual es la inscrita en el registro y por ende personificada. En el caso de las irregulares de origen, se reconoce como válido al *pactum societatis*, que da nacimiento al corporativo societario. Resulta claro y es aceptado que, para estos efectos, la forma no es constitutiva de derechos (Romero, 2012).

- b) La sociedad irregular sobrevenida o derivada: este fenómeno se manifiesta en aquellas sociedades que efectivamente sí completaron el procedimiento de constitución conforme las formalidades de ley, incluyendo su registro, pero que posteriormente incurrieron en una causal de disolución que no fue purgada y, por tanto, devinieron irregulares. Este tipo de sociedad irregular no presenta mayor problema en el análisis de la nulidad, ya que se encuentran comprendidas dentro de los preceptos del artículo 33 de la LGS.

Como es fácil observar, la LGS no se refiere a la nulidad de sociedades irregulares no inscritas o de origen, lo que plantea interrogantes que contestaremos más adelante.

2.1.3. Aportes valorizados diferenciados y sus repercusiones en las relaciones societarias internas y externas

Si bien no lo señala expresamente la norma, el aporte, que ha de tener contenido económico valorado, y de preferencia realizable, constituye una obligación del socio. Este le otorga la calidad de tal y determina su posición con respecto a los demás socios, y en consecuencia le genera derechos y deberes al interior y exterior de la sociedad al aportante.

Así el socio (unidad independiente) se integra como tal en la sociedad (también unidad independiente), merced a su inversión materializada en el aporte, que genera una relación jurídica entre ellos como sujetos de derecho diferenciados. Dicho estatus resulta a su vez independiente de otras posiciones internas como las de administrador (director y/o gerente), trabajador, prestador de servicios o apoderado, y las de *stakeholder* en general. Y en cada posición pueden generarse derechos y obligaciones distintos, ya sean estos de crédito u otros, que deban saldarse en caso del fenecimiento de relaciones jurídicas de manera concertada o por mandato de la ley.

Esto tiene especial incidencia en la nulidad de sociedades, ya que la institución predica a su vez que, de presentarse la misma, cuando las necesidades de la liquidación lo exijan (y es difícil pensar en situaciones ajenas a tales supuestos), «quedan sin efecto todos los plazos para los aportes y los socios estarán obligados a cumplirlos, de inmediato» (artículo 36 *in fine*).

Resulta importante notar que esta obligación no discrimina en el valor de dichos aportes ni en las condiciones bajo las cuales se hayan comprometido (entre ellas, las modalidades como el plazo), lo cual puede generar consecuencias y costos importantes para quien debe cumplir, como para quien ha de exigir, ya que estos pueden estar sujetos a las modalidades de condición y/o plazo, que se verían seriamente afectadas ante tales circunstancias. La norma no lo dice, pero una mejora hubiese sido referirse expresamente a los dividendos pasivos.

Asimismo, y en el entendido de que las normas de nulidad societaria, una vez declarada, gatillan la liquidación, esta supone a su vez la preferencia de los acreedores y, dependiendo de la causal y de la buena fe de aquellos relacionados, el no pago a los actores de mala fe, la obstrucción a la devolución del aporte, y el destino del patrimonio post liquidación (no necesariamente afectado a favor de los aportantes), respecto de lo cual la ley no hace ninguna discreción, siendo ello necesario.

2.1.4. Ejercicio común de actividades

Extrañamente, y a nuestro criterio de manera equivocada (lo mismo que el CC⁴²), la ley define a la sociedad como el ejercicio común de actividades de los socios. Esto es parcialmente solventado en el anteproyecto de Nueva Ley General de Sociedades peruana del 2018 (ALGS), pero aún con imperfecciones.⁴³

Y constituye una equivocación porque los socios *per se* no están obligados a ejercer ninguna actividad en, para o por el corporativo, más allá de la que corresponde a honrar su aporte, además de prestaciones accesorias libremente pactadas, y la que pueda derivarse de su estatus como tales.

Siendo ello así, y en el entendido de que la sociedad se constituye como un sujeto de derecho diferenciado, centro unitario ideal de deberes y derechos, titular de sus propias posiciones jurídicas, el ejercicio en mención se reduce al cumplimiento del objeto social y otras actividades relacionadas, que coadyuven a la realización de sus fines,⁴⁴ de acuerdo con el principio de determinación.⁴⁵ Esto tiene gran reper-

42 CC, «Artículo 80.- Definición. La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo».

43 ALGS, 2018: «[...] 1.1. La sociedad es una persona jurídica constituida con el aporte de bienes o servicios para el ejercicio de actividades económicas. [...]». Nótese que, si bien se elimina la errónea referencia a la «actividad común», hoy dispuesta en el texto de la LGS vigente, se hace una alusión equivocada a la personalidad jurídica societaria, que es fruto de una concesión pública, y no de la convención privada.

44 LGS, «Artículo 11.- Objeto social. La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en estatuto.

La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas.

La sociedad podrá realizar los negocios, operaciones y actividades lícitas indicadas en su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.»

45 En nuestro medio, recomiendo revisar para mayor amplitud Fernández Gates (2010); Elías Laroza (1998b); Hernández Gazzo (2007); Hundskopf Exebio (2004b); Montoya (2014) y Salazar Gallegos (2015b).

cusión sobre la nulidad, conforme lo expuesto en el numeral 2 del artículo 33 de la LGS, y que analizaremos más adelante.

Entendemos, asimismo, que ello no trafica en contra del reconocimiento doctrinario que se ha efectuado respecto de los deberes fiduciarios de los socios.⁴⁶

2.1.5. La naturaleza de las actividades dispuestas

Un extraño giro conceptual se verifica de la estipulación normativa del artículo 1 de la LGS cuando se refiere a la sociedad y al ejercicio de actividades económicas.

Conforme lo desarrollado líneas atrás, ya hemos determinado que la sociedad no es ni verifica un ejercicio común de actividades por parte de los socios, sino que estas son independientes del corporativo, y por la sociedad.

Es menester señalar que la doctrina y los más altos tribunales en el Perú concuerdan en que el derecho fundamental a constituir corporaciones y personas jurídicas de cualquier tipo es uno solo, y en nuestro caso se encuentra dispuesto en el numeral 13 del artículo 2 de la Constitución Política.⁴⁷ Este derecho es transversal a tales formas. Si el derecho a constituir una organización jurídica corporativa es único, han de haber otras distinciones que alejan la concepción de sociedad del resto de formas o tipos corporativos, por lo que la referencia efectuada a simples actividades económicas resulta insuficiente y ha tenido en la práctica consecuencias generales adversas, como a continuación verificaremos.

Esto es de particular interés en la institución de la sociedad nula, pues la LGS, como hemos señalado, no menciona en ninguno de sus artículos el lucro, la mercantilidad, la actividad comercial, ni la obtención de ganancias distribuibles como elementos característicos de las formas que regula, y tampoco supedita estas actividades a la forma societaria. Esto es importante, porque podría entenderse que relativiza la apreciación de la omisión de la forma obligatoria como causal de nulidad del pacto (numeral 4, artículo 33, LGS).

Del mismo modo, esto incide también en la nulidad dispuesta en el numeral 2 del artículo 33 de la LGS, en lo que a su objeto y actividades contrarias a la ley interesa como causales de nulidad (nótese, desde ya, la disyunción que hacemos al respecto).

2.1.5.1. La mercantilidad y las corporaciones

Así, la mercantilidad aparenta ser una característica que diferencia a las sociedades del resto de corporaciones. Sin embargo, la LGS no establece dicho criterio con claridad, el que no menciona ni logra establecer de manera palmaria (ya sea en su vertiente objetiva o subjetiva, que no se ha hecho evidenciar), y, por el contrario,

⁴⁶ Generalmente aceptado en el derecho continental, particularmente en España, conviene revisar Iraculis Arregui (2013), que cita las posiciones más relevantes.

⁴⁷ CPP, «Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...] 13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa». En este sentido, el Tribunal Constitucional Peruano, STC, Exp. N° 4938-2006-PA/TC, 19/07/06, FJ. 10; STC, EXP. N° 08766-2006-PA/TC, 11/08/08, FJ. 9; [STC, EXP. N° 03071-2009-PA/TC, F.7, entre otras.

difícilmente aparenta hacer gravitar el objeto que podría ser considerado inherente de las mismas sobre la forma.

Esta última cuestión adopta gran relevancia a raíz de la resolución del Tribunal Registral (TR) que ha señalado que una asociación (constituida al amparo del CC, y cuya constitución se encuentra expresamente causalizada por ley a un fin no lucrativo, conforme al artículo 80 del CC) no solo podría realizar actividad mercantilista,⁴⁸ sino que puede integrarla como normativa interna y pública en sus estatutos, y esta cuestión hace evidente la absoluta disociación entre los criterios civiles y mercantiles de regulación de corporaciones (*i.e.*, los sistemas germánico y latino); entre otras razones que ya he esbozado antes (véase Menéndez & Rojo, 2017; Salazar Gallegos, 2017).

Este rasgo se encuentra también relacionado con la nulidad dispuesta por el numeral 2 del artículo 33 de la LGS, y hasta con el numeral 3.

2.1.5.2. Criterios causales y estructurales de corporaciones

Como ya hemos explicado, por una parte, las asociaciones, en paralelo a las sociedades, basan su organización en la causa fin que las justifica, en su caso una finalidad no lucrativa. Esta posición se repite en el comité y la fundación como tipos legales corporativos regulados en el CC de 1984. *Ergo*, podemos validar y concluir que el Código Civil peruano se sujeta al criterio o principio causalista de constitución de personas jurídicas, de origen latino.

De manera paralela, a su vez, la LGS de 1998 no causaliza a las sociedades que regula y, como hemos establecido, la palabra lucro no tiene mención alguna en todo el texto de la ley, como tampoco la actividad mercantil, ni la comercial; como no sujeta las relaciones de los socios a un derecho *ad nutum* a las ganancias,⁴⁹ en lo

48 Resolución N° 79-2016-TR-L.

49 Max Salazar Gallegos: Las fusiones, modificaciones estructurales o reorganización: funciones, razones que ameritan su regulación, leyes aplicables y sus efectos. Breve referencia a la sucesión universal corporativa. «El paralelo con las sociedades se verifica cuando la LGS, y parte de la doctrina, han descartado la concepción Principio del Fin Lucrativo de las corporaciones; ello, para trascender en sus diferencias estructurales y dinámicas en torno al tipo social, comprendiendo que resulta ineludible ignorar en todos los casos que prácticamente todas las instituciones que concurren e interactúan en cualquier segmento de las actividades de una comunidad, plaza o mercado (con fines lucrativos o no), busquen resultados positivos a su funcionamiento, que les permitan seguir realizando sus actividades y cumplir con su objeto social, los que no pueden ser otros más que utilidades. El destino de esas utilidades es lo que define finalmente la naturaleza de las instituciones, y no su obtención per se, que es finalmente, el objetivo o fin último que se persigue.

La distinción de corporaciones, con o sin fines de lucro —que hace distancia entre la base germánica y latina en materia de corporaciones—, es de carácter didáctico legal, y está basada en el factor resultante de la organización y reparto de beneficios internos entre los miembros que las conforman, lo que se hace únicamente entre ellos, siendo que en puridad, de acuerdo con su funcionamiento, aisladamente considerados los resultados de la empresa de sus miembros, siempre se buscará el fin de lucro como expresión de una gestión eficiente y resultado esperado para continuar en actividades. Se ha dicho al respecto que “[...] es de por sí evidente que ésta habrá de generar algún tipo de ingresos que le permita seguir realizando los actos encaminados a lograr su fin”.

De ahí que se haya hecho la distinción entre lucro objetivo y lucro subjetivo. El primero designa la posibilidad de obtener beneficios de la actividad de una corporación para la misma corporación,

que su antecesora sí tenía una posición definida.⁵⁰

La actual ley aparenta basar su concepción de sociedad en el objeto. Pero actividad económica desarrollan todas las corporaciones (con o sin fines de lucro), así como las personas naturales (con negocio o empresas unipersonales), y si se traslada ello mismo al ámbito contractual, incluso los niños realizan actividad económica.

Existen en ello posiciones doctrinarias expuestas, plasmadas en las leyes societarias de distintos territorios, donde los fundamentos para considerar un ente como sociedad —su naturaleza— son de diversa índole. En algunos casos es la actividad —el objeto— la que grafica la mercantilidad; en otros, la tipología —la forma—. Nuestra legislación no la ha definido de manera diáfana, pero parece inclinarse por la actividad (puramente económica), y no por la forma.⁵¹

Para evitar contradicciones entre el régimen especial de sociedades como entes corporativos y sus semejantes, debo concluir que el criterio usado en la LGS es el estructural, de origen germano (que tiene una aplicación neutra). Esto se refleja con mayor claridad cuando verificamos que es el objeto social en las sociedades el que determina su mercantilidad, y no su forma,⁵² que aparece como neutral. La sociedad ha de definirse en nuestra ley, reitero, por el ejercicio de actividades económicas.⁵³

cuestión indispensable para su subsistencia y desenvolvimiento. Estos no están sujetos a reparto entre los miembros del corporativo. La segunda expresión —lucro subjetivo— implica la posibilidad de que, una vez obtenidos los beneficios por parte de la corporación, el excedente de los mismos pueda ser repartido entre los miembros de la misma.

El Principio de Causalidad o Causal de corporaciones —que es transversal a todas las formas organizacionales no lucrativas—, y que se opone al Principio estructural de origen germánico —que importa y se refleja en la LGS, por ejemplo, conforme al artículo 1° de esta última—.

El primer principio hace depender la organización y el objeto de la misma del fin último —causal—, que ha sido, como su propio nombre lo indica, causalizado, en este caso, hacia la persecución de un fin no lucrativo. La corporación entonces está destinada a perseguir fines no lucrativos. La LGS por su parte, no sujeta los tipos sociales que regula al ánimo de lucro como elemento causal; de hecho, la palabra lucro no aparece en ninguna parte de esta última ley. Según esta, la corporación societaria se funda en un concepto amplio para el ejercicio en común de actividades económicas. La LGS no prevé expresamente tampoco, un derecho *ad nutum* al reparto de dividendos, si es que el lucro ha de visualizarse por esa senda.

50 D.S. 003-85-JUS (TUO de la LGS), antigua ley general de sociedades, «Artículo 1.- [...] Las utilidades netas, si las hubieren, se distribuyen entre todos los socios».

51 Conforme al artículo 1 de la LGS.

52 Léase a este efecto a Elías Laroza (1998b), quien señala: «La nueva LGS abandona la concepción según la cual la naturaleza de las sociedades civiles y mercantiles es considerada distinta. Las dos formas de sociedades civiles contempladas en la LGS son tratadas como una forma societaria más. A pesar de que se mantenga la nomenclatura tradicional, actualmente solo existe una distinción meramente formal entre las sociedades mercantiles y las civiles».

53 LGS, «Artículo 1.- La Sociedad. Quienes constituyen la Sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas».

No así en otras circunscripciones, como España,⁵⁴ Italia,⁵⁵ Alemania⁵⁶ o Bélgica.⁵⁷

La omisión de la ley en definir esto ha dado como resultado no solo aquella doctrina registral ya anotada y a nuestro juicio equivocada, que asimila las actividades de entidades no lucrativas con actividades económicas propias de sociedades (que conlleva resultados poco oficiosos), sino a discusiones en sede judicial respecto al derecho al reparto de utilidades, la imposibilidad de imputar opresión societaria, entre otros.

Por ello, a la pregunta de si esto es importante para definir la regulación, debemos contestar que sí, ya que todos los conflictos internos y externos, de forma y fondo, entre *shareholders*, *stakeholders*, gestión y socios, socios entre sí, fidelidades, obligaciones, derechos, minoritarios *versus* mayoritarios, *deadlocks* o puntos muertos, distribución de dividendos y otros más, sus alcances y sus soluciones, implican determinar a qué tipo y contenido de relaciones jurídicas y derechos nos estamos refiriendo, y si cabe arbitrar sobre los mismos.

Esto, como es obvio, ha de hacer consonancia con las nulidades sobre el objeto social que regula la LGS.

2.1.5.3. Las formalidades y las sociedades

No es indiferente en absoluto que la LGS haga mención a la nulidad del pacto social y a su vez lo sujete a su inscripción en el registro. El título del artículo que da inicio a la regulación de la nulidad (artículo 33), sin embargo, puede generar confusión, ya que se refiere simplemente a la nulidad del pacto social.

La sociedad como tal es fruto y se crea con el pacto, a saber, el acuerdo de los socios fundadores que es exteriorizado (con especial atención a ello, pues la publicidad es el pivote sobre el cual se desarrolla). De ahí la distinción entre las formalidades *ad solemnitatem*, que distingue a las sociedades personificadas (artículo 6 de la LGS) de las sociedades *per se*, cuya realidad está sujeta *ad probationem* (artículos 5, 6, 7 y 423 de la LGS).

Siguiendo lo desarrollado, que a su vez se afinca en el texto legal, en materia de sociedades las formalidades son esencialmente *ab probationem*, y no *ab solem-*

54 En España, por ejemplo, el objeto es indiferente, y así lo afirma la ley: Ley de Sociedades de Capital. «Artículo 2. Carácter mercantil. Las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil».

55 CC Italiano: «Artículo 2247, Contratto di società».

Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica *allo scopo di dividerne gli utili* (dividir las ganancias).

«Art. 2249, Tipi di società. Le società che hanno per oggetto l'esercizio di *un'attività commerciale* (2195) devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei Capi III e seguenti di questo Titolo. (...)» (los tipos son comerciales).

56 Ley Alemana de Sociedades por acciones (Aktiengesellschaft).

57 Wetboek van vennootschappen en verenigingen (Código de Empresas y Asociaciones).

[Will bring about dramatic changes, including (in due course) the abolition of some of the current corporate forms], «Artículo 1: 1. Una corporación se constituye por un acto jurídico entre una o más personas, llamadas socios, que realizan un aporte. Cuenta con un capital y está sujeta al ejercicio de una o más actividades bien definidas. Uno de sus objetivos es pagar o entregar a sus socios una ganancia de capital de manera directa o indirecta».

nitatem. Esto tiene especial importancia en las causales de nulidad expresamente atribuidas por ley, y en la solución de las nulidades de aquellas irregulares, y las de hecho, que la ley no menciona.

Así, las formalidades en la generalidad de corporaciones no tienen carácter constitutivo de derechos, sino declarativo. Ello funciona de esa manera, comprendiendo que la validez del pacto social no se sujeta a su instrumentalización, ni se castiga su ausencia con nulidad.⁵⁸ En consecuencia, podemos referirnos a la sociedad no personificada, como es el caso de la sociedad irregular de origen; y también y en clara opción, a las sociedades *de facto*, que constituyen prueba plena de aquello (artículo 423 de la LGS). Lo mismo, en el régimen general de actos jurídicos se distinguen las formalidades del acto jurídico (artículo 144 del CC).⁵⁹

Las sociedades requieren del cumplimiento de requisitos formales y sustanciales para su existencia regular (nos referimos estrictamente a las inscritas). Los requisitos formales están relacionados con las solemnidades que han de observarse, y los sustanciales lo harán en correspondencia al contenido normativo que debe respetar el negocio societario, la estructura fundamental que lo reconoce como tal, que es distinta a la forma en que dicho contenido se exterioriza (Cabanellas de las Cuevas, 1997).

En el caso de las sociedades, la forma prescrita por la ley no es sancionada con nulidad (no confundir con lo estipulado en el numeral 4 del artículo 33 de la LGS, que se refiere, como más adelante explicamos, a la tipicidad). Conuerdo entonces en que la inobservancia de los requisitos formales, en materia societaria, equivale a la irregularidad de origen; y la falta de requisitos sustanciales, a la nulidad (que ha de ser declarada) (1997).

Distinto es el caso de la personalidad jurídica, que la LGS hace depender exclusivamente de la inscripción.

Luego, al ser *ab probationem*, la regulación más apropiada ha de ser la de nulidad de inscripción registral, porque las situaciones previas son dejadas de lado sin justificación alguna, como si se tratara de otro tipo de ente, cuando son lo mismo, sujetos corporativos, en este caso «sociedades», que gozan de la misma naturaleza.

2.1.5.4. La concesión de la personalidad jurídica a la sociedad

En este punto de reflexión, ya se puede vislumbrar de manera más clara la concepción de la personalidad jurídica para las sociedades. Esta, verificamos, no se aparta de los preceptos que antes o después se han dispuesto para los distintos tipos corporativos en el Perú.

Conforme al artículo 6 de la LGS: «La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción».

58 Para una mejor ilustración sugiero ver Cabanellas de las Cuevas (1994) y Morillo Montilla (2012).

59 CC, «Artículo 144.- Forma *ad probationem* y *ad solemnitatem*.

Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto».

De ahí la distinción entre el sujeto personificado y el no personificado. La personalidad jurídica deviene de una concesión pública (de la personalidad) como elemento validante (y efectos registrales vinculantes) y al mismo tiempo contradictorio con el régimen de nulidades (que implica inscripción válida, es decir, conforme a control de legalidad pública, pero, paradójicamente, sujeta a revisión judicial).

Ello responde, como hemos acotado antes, al denominado *sistema de las determinaciones normativas*, que atribuye personalidad y por ende capacidad jurídica a un ente cuando se cumplen determinados requisitos legales, cumplimiento que es atestiguado por un acto administrativo de autoridad (la calificación registral, es decir, ejerciendo el control de legalidad, tributario del principio homónimo), que comprueba si las condiciones exigidas por la ley (en este caso, la LGS) se han cumplido, por medio de la inscripción en un registro de carácter público. Es con esta última atestiguación que se produce el nacimiento de la persona jurídica societaria. Esto es una concesión pública fruto de un acto administrativo, o lo que también en doctrina denominados el elemento formal, más allá de los elementos materiales que también inciden en la conformación del corporativo.

Esto se repite en el articulado del Código Civil⁶⁰ y el que corresponde a las leyes de la EIRL⁶¹ y de cooperativas.⁶² En todos los casos, es el Estado el que concede la personalidad jurídica. De ahí que la personalidad jurídica nazca con la inscripción en el registro público, que es efectuada por funcionario público, el registrador, y es a través de ese acto administrativo por el que se conceda la personalidad jurídica, creándose derechos *ex novo*. Para el caso del nacimiento de la personificación societaria, el registro cumple una función constitutiva de derechos, y no declarativa, como ocurre casi en la generalidad de los otros registros públicos (de bienes muebles e inmuebles), que obviamente, por su propia naturaleza, son distintos.

Entonces se deduce perfectamente que los privados no pueden crear personas jurídicas societarias ni de cualquier otra clase por voluntad propia o individual, pues la autonomía de las mismas carece de la potestad necesaria para ello, aptitud que se reserva la ley. Del mismo modo, y en consecuencia, los privados tampoco pueden extinguir una persona jurídica por voluntad propia, sin control de legalidad previo, como protección a los intereses de terceros. Sin embargo, lo que los particulares sí pueden crear es una sociedad *per se*, sin perjuicio de que aun en este último caso, es la misma ley la que reconoce el alcance de estos actos y sujetos consecuentes.

60 Código Civil, «Artículo 76.- Régimen legal de las personas jurídicas.

[...] La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación».

«Artículo 77.- Principio de la persona jurídica.

La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley».

61 D.L. 21621 (1976), Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada – EIRL.

«Artículo 13.- La Empresa se constituirá por escritura pública otorgada en forma personal por quien la constituye y deberá ser inscrita en el Registro Mercantil.

La inscripción es la formalidad que otorga personalidad jurídica a la Empresa, considerándose el momento de la inscripción como el de inicio de las operaciones».

62 D. Leg. 85 (1981), Ley General de Cooperativas.

«Artículo 4.- Toda organización cooperativa adquirirá la calidad de persona jurídica, desde su inscripción en los registros públicos [...]».

3. La nulidad diseñada por la LGS y las causales típicas

Reseñadas ya las particularidades de la sociedad como categoría jurídica, con y sin personalidad (jurídica), podemos analizar mejor la nulidad societaria.

Así, la LGS regula la nulidad del pacto social y sus alcances en los artículos 33 al 37, respecto de los cuales haremos algunos comentarios a continuación, insistimos, conscientes del espacio limitado.

Artículo 33.- Nulidad del pacto social

Una vez inscrita la escritura pública de constitución, la nulidad del pacto social sólo puede ser declarada:

1. Por incapacidad o por ausencia de consentimiento válido de un número de socios fundadores que determine que la sociedad no cuente con la pluralidad de socios requerida por la ley;
2. Por constituir su objeto alguna actividad contraria a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres; sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 410;
3. Por contener estipulaciones contrarias a normas legales imperativas u omitir consignar aquellas que la ley exige; y,
4. Por omisión de la forma obligatoria prescrita.

3.1. Generalidades de la nulidad societaria

El régimen de nulidad societaria consagrado en la Ley General de Sociedades peruana, entonces, determina que, ante uno o más vicios estructurales o de fondo en el negocio jurídico corporativo⁶³ (artículo 33); luego del cumplimiento de las estipulaciones normativas constitutivas de carácter procedimental administrativo (artículos 2, 3, 4, 5 y otros de la LGS) que es calificado y atestiguado por funcionario público, y que culminan con la inscripción registral que concede la personalidad jurídica (artículo 6, LGS) en plazo prescrito (artículo 16, LGS), y siempre que tal no se haya subsanado (artículo 34, LGS), es posible que quien goce de legítimo interés, presente demanda de nulidad del pacto social contra la propia sociedad, antes de transcurrido el plazo de caducidad (artículo 35 de la LGS), la misma que, de resultar favorable a la pretensión y cuando quede firme: (i) ordena su inscripción en el registro, (ii) disuelve de pleno derecho la sociedad y (iii) da inicio a la liquidación de la misma; sin que surta efectos frente a terceros de buena fe (artículo 37).

Tal como se puede apreciar, y en estricta observancia a la regulación contenida en la LGS, se presentan varias interrogantes al respecto que tienen que ver con las instituciones allí consagradas y sus consecuencias, además de aquellas que omite y conviene revisar (*v.g.*, la nulidad en las sociedades irregulares, otros casos de nulidad, el perfeccionamiento de los supuestos ya regulados, entre otros).

⁶³ Que dice de lo que serían presupuestos (numeral 1 del artículo 33) y contenidos (numerales 2 al 4 del artículo 33) de un acto jurídico al amparo del CC.

3.2. La nulidad civil

En primera instancia, de acuerdo con el CC, los actos nulos (afectados de nulidad absoluta⁶⁴) no producen efectos jurídicos, porque, al nacer inertes, no se integran al circuito legal. Esta concepción no se perjudica ante la situación en que las partes decidan o cumplan las obligaciones referidas o ejecuten determinados actos relacionados con los mismos, o a su vez sean terceros los que se vean expuestos a determinados funcionamientos prácticos de aquellos.⁶⁵

64 CC, «Artículo 220.- Nulidad absoluta.

La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación».

65 IX Pleno Casatorio Civil, F. IV, 6.1. «24. Finalmente, en el tercer nivel se practica el juicio de eficacia, en donde se verificará si el negocio jurídico produce efectos jurídicos o no; en este nivel se debe considerar que un negocio válido, en principio, es idóneo para desencadenar sus efectos, pero no necesariamente será así, pues el negocio podría estar sujeto a un plazo o condición suspensiva, o dejar de producir sus efectos a consecuencia de eventos sobrevenidos (v.gr.: resolución del contrato), o dejar de producir algún efecto específico a consecuencia de no haberlo ejercitado oportunamente (v.gr.: prescripción extintiva). Asimismo, se debe considerar que un negocio inválido, en principio, no desencadenará sus efectos, pero no siempre será así, como sucede, por ejemplo, con el negocio anulable el cual produce efectos precarios que podrían tornarse en definitivos por convalidación o por prescripción extintiva de la acción de anulación (Bigliuzzi, Breccia, Busnelli & Natoli, p. 994) [...] 27. Si lo que se busca es determinar si dentro de un proceso de otorgamiento de escritura pública, el Juez puede o no realizar un control de validez del negocio jurídico que se pretende formalizar, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 220 del Código Civil, según el cual: “La nulidad [...] puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta”. 28. Lo primero que se advierte es que la norma hace referencia solo a una de las dos clases de invalidez: la nulidad, mas no a la anulabilidad. La nulidad es la forma más grave de invalidez que, de acuerdo con el artículo 219 del Código Civil, puede ser demandada cuando el negocio jurídico presenta las siguientes patologías: a) falta de manifestación de voluntad; b) incapacidad absoluta de la parte que lo celebró; c) objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable; d) fin ilícito; e) simulación absoluta; f) ausencia de la forma solemne; g) declaración expresa de nulidad; e) contravención al orden público o a las buenas costumbres. La nulidad es un remedio que busca tutelar intereses generales, a diferencia de la anulabilidad que más bien busca tutelar intereses particulares⁷⁵, de ahí que, por ejemplo, la nulidad no es susceptible de confirmación, mientras que la anulabilidad sí lo es. Pero estos no son los únicos rasgos que diferencian a ambas categorías, podemos mencionar, además, que: (i) el negocio nulo no produce efectos, mientras que el negocio anulable genera efectos precarios; (ii) el negocio nulo no precisa de una sentencia para no producir efectos (sentencia meramente declarativa), a diferencia de lo que sucede con el negocio anulable que dejará de producir sus efectos (precarios), en forma retroactiva hasta su celebración, una vez que quede firme la sentencia que declare la anulación (sentencia constitutiva) (artículo 222 del Código Civil); (iii) la nulidad puede ser peticionada por las partes que celebraron el negocio, por quien tenga algún interés o por el Ministerio Público (artículo 220 del Código Civil), en tanto que la anulabilidad solo puede ser peticionada por la parte que se considere afectada; (iv) la acción de nulidad prescribe a los 10 años (artículo 2001.1 del Código Civil) y la acción de anulabilidad prescribe a los 2 años (artículo 2001.4 del Código Civil); (v) el negocio nulo —ya está dicho— no puede ser convalidado, mientras que el negocio anulable sí puede serlo por medio de la confirmación (artículo 230 Código Civil); y, (vi) la nulidad puede ser apreciada de oficio por el juez (artículo 220 del Código Civil) mientras que la anulabilidad no».

Podemos o no estar de acuerdo con estos asertos, pero lo que no podemos negar es que constituyen el estado de cosas ante las cortes peruanas hoy.

El desarrollo de estos actos a nivel de la experiencia fáctica, en modo alguno subsana sus vicios, atacados que fueran los mismos por la nulidad absoluta a que la ley los confina,⁶⁶ y esto opera aun cuando aceptáramos la tesis de que, nulos que fueran, producen ciertos efectos, ya sean puramente fenomenológicos y/o jurídicos. Sobre el particular comparto la tesis de quienes afirman que los actos nulos tienen relevancia jurídica.⁶⁷ Y es importante apuntar que el transcurso del tiempo tampoco los convalida.

Al cumplimiento voluntario de aquellos en la práctica no se les otorga un efecto jurídico. Así, la nulidad se produce de pleno derecho, por lo que no está sujeta a confirmación alguna (es un acto nulo, atacado por vicio insubsanable, por ello nulo absoluto, como se expresa en el CC), y poco menos a convalidación.

Lo nulo no produce efectos jurídicos.⁶⁸ La sentencia de la demanda de nulidad que se produzca (en caso de interponerse demanda en juicio) no hará sino pronunciarse por la declaración de la misma (no constituye la nulidad), y constatada que fuera la causal, que, si bien es importante como elemento material formal de atestiguación por parte de autoridad pública, no suma ni resta al valor del negocio como tal.⁶⁹

66 CC, «Artículo 219.- Causales de nulidad absoluta.

El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa».

67 Para mejores y mayores disquisiciones teóricas me remito a Walter Vásquez, Rómulo Morales y Freddy Escobar.

68 «Si bien existen algunas diferencias entre las opiniones transcritas, lo cierto es que tales diferencias no pueden ser catalogadas como esenciales. Por el contrario, no resulta dificultoso notar que dichas opiniones tienen una coincidencia fundamental: el negocio nulo no produce, desde su celebración, los efectos que como negocio debería producir. Si hay una discrepancia entre las partes al respecto, será necesaria la intervención del juez o árbitro, quien deberá verificar la presencia de la causal de nulidad. Si declara la nulidad, ello significará que el negocio nunca produjo los efectos que le corresponderían justamente por la presencia de la causal. Si el juez o árbitro no declara la nulidad, pues debe considerarse que el negocio siempre produjo tales efectos, toda vez que la causal nunca estuvo presente. Todo ello sin perjuicio de que el negocio nulo puede producir los llamados efectos no negociales, que son establecidos directa y únicamente por la ley, no dependiendo en absoluto de la voluntad de las partes plasmada en el negocio, tal como en su momento lo advirtió León Barandiarán, y lo resaltan los profesores Torres y Escobar» (Ninamanco Córdova, 2012). También revisar, sobre estos aspectos, Escobar Rozas (2010) y Taboada (1998), entre otros.

69 CC, «Artículo 220.- Nulidad absoluta.

La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación».

No obstante, las disquisiciones anteriores, si bien precisas, como es notorio, fluyen de la concesión regulatoria civil de la nulidad, entendida para actos jurídicos y contratos. Pero la circunstancia de la sociedad es muy distinta.

3.2.1. La nulidad y el pacto per se o el alcance de la institución jurídica societaria

Y es que, como ya hemos mencionado, la regulación societaria peruana aparenta partir de una concepción contractual de la sociedad (puesta en tela de juicio por importante doctrina nacional⁷⁰ desde hace mucho tiempo, ya aún más la extranjera, como veremos en adelante) cuando regula la «nulidad del pacto social», es decir, del acuerdo de constitución del corporativo. Sobre esto mismo, ya hemos recalado, manifestándonos en contra (*et supra* 2.1.2.1 y seguido).

Esta posición no solo se ve confirmada por la doctrina más atendible, sino por el propio texto legal, que, como veremos, no estima tal concepto (contractual), que es más bien cercano a lo que un economista esgrimiría en torno a estos fenómenos. No es ajeno a ello considerar la teoría del nexo contractual, por ejemplo, que explica las relaciones generadas por aquellos entes corporativos por sus efectos prácticos, mas no jurídicos. Idealizar un corporativo como un nexo de contratos resulta ilustrativo para entender en parte el concepto de sociedad, pero es insuficiente para abarcarlo; así como no puedo reducir la explicación de un contrato a una mera relación libre de intercambio en el mercado, que es lo que un economista también haría, con el respeto que me merece esa rama del saber.

Aquel pacto (societario), fruto de un negocio jurídico de carácter plurilateral y de prestaciones autónomas, no es un contrato, sino un negocio jurídico de organización (lo que, nótese, admite incluir a las sociedades unipersonales, que no son contractuales), que se manifiesta como tal ante la comunidad, y que requiere jurídica y económicamente de dicha exteriorización, porque está destinado a configurar, y de hecho produce como efecto inmediato, un sujeto de derechos típico, proclive a relacionarse con terceros (las corporaciones constituyen vehículos jurídicos para realizar antes y en principio transacciones a través de los mismos, no en los mismos, para generar a su vez efectos obligacionales sobre ellas, entendidas como entes independientes y de responsabilidad autónoma⁷¹). Si fuese un vehículo de mera organización interna, claramente se entendería y configuraría necesariamente como un contrato en el sentido del artículo 1351 del CC,⁷² y sus efectos se reducirían a las partes únicamente.⁷³

70 «Si bien el texto corresponde a una concepción contractual de la sociedad, actualmente en retroceso en la doctrina societaria, es gráfico al establecer los problemas prácticos que encontraría la aplicación plena de las disposiciones sobre nulidad del acto jurídico [...]» (Elías Laroza, 1998a).

71 Las distinciones de responsabilidad corporativa perfecta o imperfecta en nada trafican en contra de esta conclusión.

72 CC, «Artículo 1351.- Definición. El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

73 CC, «Artículo 1363.- Relatividad del contrato. Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles».

En ese sentido, nuestras ideas al respecto permanecen cercanas a la tesis de Hauriou, y concordamos con la noción misma de la institución, la que sugerimos más bien, comprende en este caso una categoría jurídica concreta ya señalada y reconocida por el ordenamiento y la doctrina más especializada: un sujeto diferenciado que se constituye como un centro unitario de deberes y derechos, de capacidad muy amplia, conductor de intereses a su vez amplios, y a los que se atribuyen derechos fundamentales.

De otro modo, resulta también evidente, desde un punto de vista objetivo, que la LGS no califica jurídicamente como contrato a la sociedad y, por el contrario, acertadamente esta eliminó tal determinación que estaba comprendida en el texto de su antecesora.⁷⁴ Del mismo modo y en paralelo, el texto del actual del CC de 1984 no define a los tipos de personas jurídicas que regula, ni a la institución misma (de persona jurídica) como contrato, lo que sí podíamos observar en su antecesor.⁷⁵ Hay pues concordancia lógica en la legislación peruana de entes corporativos,⁷⁶ que ha relegado conscientemente el concepto e idea de sociedad-contrato de los textos legales.

Más aún: hoy la teoría contractual societaria resulta fuertemente distanciada del pensamiento doctrinario más conspicuo, y de la legislación societaria, cuando esta última ampara a la sociedad unipersonal, donde la concepción de pacto desaparece.

En suma, la institución jurídica societaria implica la composición de una persona de organización típica, vehículo jurídico a través del cual los seres humanos satisfacemos múltiples intereses para cumplir nuestros fines. Este ente escapa y está destinado primordial y sustancialmente a relacionarse con terceros ajenos a los propios socios del mismo, es decir, que sin importar a la vez su particular estructura o calidad (psicobiológica o jurídica), son entes separados, que constituyen unidades de referencia jurídica independientes.

Entendido que fuera esto, y conforme a las razones expuestas a lo largo de este trabajo, es comprensible verificar que las normas civiles de nulidad de actos jurídicos resultan de muy difícil (sea dicho imposible) aplicación al pacto social, a la organización societaria como entidad jurídica, y a la inscripción en el registro público (a cargo de la administración pública) como productora de situaciones y efectos jurídicos *erga omnes* (generados por un acto administrativo público: la inscripción registral), en este caso, de la concesión (pública) de la personalidad jurídica, y, por ende, de derechos *ex novo*, que, huelga mencionar, no son fruto de la voluntad privada.

Se verifican en la composición de la sociedad, entonces, efectos jurídicos internos y externos propios de la concesión de la personalidad (en redundancia llamada jurí-

74 L. 16123, D. Leg. 311 y T.U.O. aprobado por DS 003-85-JUS. Título Preliminar. «Artículo 1.- Por el contrato de sociedad, quienes la constituyen convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica, en cualquiera de las formas reguladas por la presente ley. [...]».

75 CC 1936, L. 8305. «Artículo 1686.- Por la sociedad dos o más personas convienen en poner en común algún bien o industria, con el fin de dividirse entre sí las utilidades.

Cada uno de éstos contribuirá con su industria o con otros bienes». Nótese que no solo califica erróneamente como contrato a la sociedad, sino que determina el derecho a la utilidad o dividendo según se haya aprobado su reparto.

76 Tampoco la Ley de Cooperativas, D. Leg. 85, lo hace; menos aún la Ley de EIRL, DL 21621. Es decir, no es un dato legislativo la doctrina del contrato de organización que genere una persona jurídica.

dica) que quiebran de manera conceptual, legal y jurídica el principio de relatividad contractual, por ejemplo.

De esta constatación palmaria se hace imposible hacer coincidir y a la vez hacer referencia a escenarios civiles de anomalías relacionadas con supuestos de ineficacia inicial o estructural, que suponen los actos nulos, su invalidez, o actos inexistentes (categoría que, además de no encontrarse plasmada legislativamente en el CC, muchos desconocen⁷⁷), sea cual fuera la posición que se adopte. Por el contrario, estas figuras podrían ser de aplicación más cercana a las sociedades irregulares, aunque ya veremos más adelante que no es esa la solución más eficiente que ha de darse a tales fenómenos.

Y es que, en sociedades inscritas o también denominadas regulares, a pesar de los vicios a los que se refiere el artículo 33 de la LGS, al encontrarse inscritas en el registro público, se constituyen como personas jurídicas para todo efecto legal y económico (ver *et supra* 2.1.2.2.), lo que supone su validez y eficacia como acto, premunidas a su vez por presunciones legales *iure et de iure*, oponibles *erga omnes* (y de ahí la gravitación de los principios de publicidad, buena fe y legitimación registral⁷⁸), sin dejar de mencionar la intangibilidad de los asientos registrales (que ha de abarcar el título archivado), también avalada por ley.⁷⁹

Entonces: (i) contra un acto administrativo registral (que implica el ejercicio de control de legalidad, por tanto, validez⁸⁰), (ii) que supone la concesión pública de personalidad, y (iii) las garantías legales que el Estado otorga a dicha inscripción,

77 V Pleno Casatorio Civil, F. 4.5. 160. De esta manera, el supuesto de la inexistencia, el cual implica la reacción del ordenamiento ante un supuesto de vicios sumamente grave, y que, conforme lo hemos precisado precedentemente, fue originalmente ideada respecto de supuestos normativos en donde no se establecía la nulidad del negocio, no es de aplicación entre nosotros, primero porque no se encuentra regulada en la normativa civil, y en segundo término porque en nuestro caso particular no existe ninguna laguna normativa; toda vez que es de aplicación, ante los supuestos que no señalan taxativamente la nulidad, la aplicación de la nulidad tácita o virtual».

78 CC, «Artículo 2012.- Principio de publicidad.

Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones».

«Artículo 2013.- Principio de legitimación.

El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez».

«Artículo 2014.- Principio de buena fe registral.

El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos».

79 L. 26366.- Crean el Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos.

«Artículo 3.- Son garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos:

a) La autonomía de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones registrales;
b) La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme;
c) La seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparan en la fe del Registro; y,
d) La indemnización por los errores registrales, sin perjuicio de las demás responsabilidades que correspondan conforme a ley».

80 CC, «Artículo 2011.- Principio de rogación y legalidad.

difícilmente podemos oponer la nulidad civil, diseñada para actos jurídicos, no administrativos.

De hecho, respecto a cancelación de asientos registrales, y nulidad de inscripción, esta solo se produce y corresponde exclusivamente por mandato de órgano jurisdiccional, que debe declarar la invalidez de los asientos registrales.

Conforme lo acotado, la teórica nulidad del acto no es privada, sino pública. En consecuencia, y por los mandatos legales ya citados, ninguno de los vicios acusados en el artículo 33 de la LGS afecta la existencia del corporativo, que se supone válido y de estructura perfecta ante la comunidad. De ahí, resulta imposible que se produzca, aun con sentencia judicial firme y favorable a la admisión de tales supuestos, la retroactividad que se pudiera o debiera alcanzar respecto a otro tipo de actos civiles, pues la producción de efectos legales no proviene de la voluntad privada, sino del registro, y no es interna, sino que se produce *erga omnes*.

No hay tampoco resolución inmediata porque, como no puede ser de otro modo, lo que se ha de ordenar en sede judicial es el inicio de procedimiento de la liquidación (un corporativo no desaparece ni se borra de la existencia por mandato judicial, ya que ha nacido merced a otro acto administrativo especialísimo, rodeado de presunciones inatacables) para que, a su conclusión ordenada (o en quiebra), se inscriba la extinción (esta sí, la desaparición del corporativo), que se constituye a su vez como otro acto administrativo atestiguado por funcionario público.

Tampoco hay rescisión, ya que la existencia del ente resulta innegable, así como su eficacia, y las causales de nulidad son única y exclusivamente las previstas por la LGS, que, como norma especial, regula y se impone sobre la materia.

Contrario también al sistema civil, la nulidad del pacto social es subsanable, pues si bien existe interés personal, también lo hay público y este se decanta en el principio de conservación de la empresa, que es transversal a las formas corporativas; y por supuesto, no es imputable de oficio (lo que sí ocurre en el régimen general).⁸¹

Importantísimo mencionar que la nulidad no puede viciar a su vez los negocios celebrados de buena fe con terceros basados en la validez de la persona jurídica societaria. Esto en sociedades, ha de tenerse en cuenta, no solo se extiende a los actos que se produzcan posteriores a la inscripción, una vez desplegada la personalidad jurídica, sino incluso a los previos, y aquí no nos referimos únicamente a los denominados actos necesarios,⁸² sino a los actos de preinscripción no necesarios,

Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos». En este sentido, los títulos registrales sujetos a calificación han de cumplir, primero, con lo establecido en el artículo 2011 del CC para su acceso al registro, y se verifican entonces (i) la legalidad de los documentos presentados y que constituyen el título con sus formalidades; (ii) la capacidad de los otorgantes; y (iii) la validez del acto. En el mismo sentido, el artículo V del TP del Reglamento General de los Registros Públicos, y el artículo 32 del mismo cuerpo legal.

81 CC, «Artículo 220.- Nulidad absoluta.

La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación».

82 Ley N° 19.550, Argentina, «Artículo 183. Los directores solo tienen facultades para obligar a la socie-

avalados por el CC y la LGS,⁸³ y comunes en la legislación societaria comparada.⁸⁴ De ahí que estas circunstancias constituyan una de las razones para iniciar un procedimiento ordenado de liquidación de relaciones jurídicas en sede societaria, ya que la actividad relacional del corporativo con terceros no se limita a su nacimiento como persona, sino que se extiende incluso válidamente al tiempo de su formación.

3.3. De quién hemos de declarar la nulidad

Tal como se encuentra dispuesto en el primer párrafo del artículo bajo comentario (artículo 33), al referirse y regular la nulidad del pacto social, no se hace referencia a todas las sociedades existentes, habilitadas para el tráfico y reconocidas por ley, sino solo a las sociedades inscritas, es decir, que hayan alcanzado la categoría de personas jurídicas merced al registro.

dad respecto de los actos necesarios para su constitución y los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo. Los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables por estos actos mientras la sociedad no esté inscrita.

Por los demás actos cumplidos antes de la inscripción serán responsables ilimitada y solidariamente las personas que los hubieran realizado y los directores y fundadores que los hubieren consentido». Del mismo modo, en trabajo de nuestra autoría (Salazar Gallegos, marzo de 2018, pp. 297-314).

83 LGS, «Artículo 7 «Actos anteriores a la inscripción.

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 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».

84 Véase, al respecto, la Ley General de Sociedades Mercantiles de México.

«Artículo 7. [...] Las personas que celebren operaciones a nombre de la sociedad, antes del registro de la escritura constitutiva, contraerán frente a terceros responsabilidad ilimitada y solidaria por dichas operaciones».

Ley N° 16060, Uruguay, «Artículo 21. (Responsabilidad de los socios, los administradores y los representantes). Los socios, los administradores y los representantes serán solidariamente responsables por los actos y contratos celebrados a nombre de la sociedad en formación, sin poder invocar el beneficio de excusión del artículo 76 ni las limitaciones que se funden en el contrato social. Dicha responsabilidad cesará en cuanto a los actos indispensables para la constitución de la sociedad cuando ésta se haya regularizado y respecto de los demás, una vez ratificados por la sociedad.

Tratándose de sociedades anónimas, esta responsabilidad recaerá sólo sobre los fundadores y promotores en su caso».

Real Decreto Legislativo N° 1/2010, España, «Artículo 36.- Responsabilidad de quienes hubiesen actuado. Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad».

Ley N° 19.550, Argentina, «Artículo 183. Los directores solo tienen facultades para obligar a la sociedad respecto de los actos necesarios para su constitución y los relativos al objeto social cuya ejecución durante el período fundacional haya sido expresamente autorizada en el acto constitutivo. Los directores, los fundadores y la sociedad en formación son solidaria e ilimitadamente responsables por estos actos mientras la sociedad no esté inscrita.

Por los demás actos cumplidos antes de la inscripción serán responsables ilimitada y solidariamente las personas que los hubieran realizado y los directores y fundadores que los hubieren consentido».

Esto deja de lado una serie de fenómenos de carácter societario que analizaremos líneas adelante, pero sobre las que vale la pena mencionar al respecto, con base en lo que ya hemos revisado hasta aquí, y que en la idea de nulidad societaria (del pacto) no hay juicio de invalidez (en todo caso relativa) sobre la sociedad misma, ya que la ley reconoce (i) la institución de la irregularidad de origen (instrumental) y (ii) la de la sociedad *de facto* (no instrumental). Tampoco hay juicio de invalidez sobre (iii) la sociedad inscrita con vicios, o (iv) la sociedad inscrita sobrevenida en irregular, ya que en estas dos últimas surte pleno efecto la inscripción y se rigen por las garantías que de ellas devienen. Aún más la invalidez resulta relativizada incluso en la llamada sociedad en formación.

En los cuatro casos expuestos, a todas estas formas se les reconocen efectos vinculantes interna y externamente, con plena capacidad, desde su constitución.

Esto tiene su base en distintas consideraciones:

- a. Al reconocerse *per se* a la sociedad, se da cuenta de su nacimiento como sujeto; por tanto, se considera oponible. Recuértese que las formas en el derecho societario peruano son *ab probationem*, no *ab solemnitate*, ya que la ley reconoce a la sociedad de hecho (estemos o no de acuerdo con ello), y no castiga con desaparición o la falta de efectos jurídicos a la irregularidad de origen. La irregularidad recibe en principio la sanción dispuesta por la falta de privilegios de orden patrimonial —léase, responsabilidad limitada—, pero no su desconocimiento como tal ni su falta de capacidad para producir y generar efectos (léase contratos y relaciones jurídicas en general), ya que, incluso estando atacada por la causal de disolución y posterior irregularidad, puede seguir funcionando, manteniendo sus relaciones jurídicas y generando nuevas de manera indefinida.
- b. La sociedad persona jurídica genera efectos *erga omnes*. Y es que aquí nos referimos a una inscripción registral.

Nuevamente, en todos los casos la ley concede la categoría jurídica, llanamente de sujeto, o de persona. Por ende, nos referimos a un centro de imputación diferenciado.

Luego, lo que la idea de la nulidad societaria predica, una vez sancionada por un juez (única autoridad que puede hacerlo), es la resolución ordenada de las relaciones jurídicas previamente establecidas, de las internas y externas, es decir, un procedimiento de liquidación. No se desconocen los actos previos. De hecho, para liquidar se permite, como no puede ser de otro modo, generar nuevos actos.

Y en esto también hay aquello que se ha dicho respecto de que la subjetividad societaria es siempre plena, y debe serlo.⁸⁵ No es menos sociedad la no inscrita que la inscrita (o registrada), si bien las prerrogativas de ley son distintas en por lo menos dos puntos basales: 1) no gozan de responsabilidad limitada (y sobre esto también hemos de discutir en función de los distintos tipos o formas; la limitación consensual de la responsabilidad por cláusulas penales; la renuncia a derechos; y otros); y 2) penden sobre estas la espada de Damocles que implica la solicitud de disolución (artículo 426 de la LGS).

85 Cfr. Resolución 704 -2009-SUNARP-TR-L.

Tal como señala el primer párrafo del artículo 33 de la LGS y es pacífico en la doctrina, y también en la legislación comparada, las causales de nulidad se constituyen como un *numerus clausus*.

3.4. La nulidad por incapacidad o ausencia de consentimiento válido

Cuando el numeral 1 del artículo 33 de la LGS se refiere al número de socios fundadores y pluralidad, su conservación parece concordante con las reglas establecidas en los artículos 223⁸⁶ y 1434 del CC para la nulidad y resolución de actos y contratos plurilaterales (el principio de conservación de actos jurídicos se encuentra presente allí, pero cabe destacar que en materia de sociedades se constata el de conservación de empresa o de la actividad empresarial, que es aún más riguroso) donde las prestaciones de cada uno de ellos van dirigidas a la consecución de un fin común. En esto hay sistemática, pero es claro que el artículo 1434 solo nos sirve como ejemplo paralelo, ya que no se trata de una norma que pueda ser aplicada y sea consustancial a sociedades, por las razones ya expuestas líneas atrás, absolutamente contrarias a la pretendida «contractualización» del derecho societario, concepción ajena al sistema peruano de personas jurídicas, donde ni siquiera las decisiones adoptadas por sus órganos se constituyen como tales (los acuerdos societarios no son contratos), lo que analizaremos en un próximo trabajo.

En este sentido, es importante señalar que el artículo 223 del CC, si bien cercano, parece generar conflicto con el numeral 1 del artículo 33 de la LGS, toda vez que este último vincula la capacidad y ausencia de consentimiento solamente a la pluralidad de miembros (exigencia de nuestra LGS, salvo para el caso del Estado como único socio), mientras que el primero dispone una variante vinculada a la participación esencial de un agente *que intervenga en el acto plurilateral*.

La omisión (que no es otra cosa) de la LGS es importante, y merece recalcar sobre la misma, pues la regla del artículo 223, del año 1984, es anterior a la del 33, del año 1997, lo que hace más grave el entuerto. Es conocido que esto tendría especial gravedad y concordancia con la estipulación basada en el aporte en usufructo u otro título que fuese el objeto que se hubiese propuesto explotar⁸⁷ la sociedad; o en la calidad gravitante de un miembro y/o gestor, por ejemplo, cuestiones reconocidas no solo por la práctica mercantil, la normativa interna y la legislación extranjera, sino, y en consecuencia, por la doctrina más atingente (Nissen, 2015). No solo ello, sino que es atendible, ya que constituye un supuesto de anotación general en los actos plurilaterales.

Asimismo, y como no puede ser de otro modo, dicha regla es de aplicación en la legislación comparada, como es el caso de la Ley General de Sociedades argen-

86 CC, «Artículo 223.- Nulidad en el acto plurilateral.

En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias».

87 LGS, artículo 30.

tina – LGSA⁸⁸ (antes ley de Sociedades Comerciales; aunque vale mencionar que desde el año 2014 su normativa ampara la sociedad unipersonal, si bien solo la de por acciones, lo mismo que ocurre en Chile⁸⁹), y la Ley de Sociedades Comerciales Uruguayas,⁹⁰ no así en la ley española, por ejemplo.

Caso interesante de mencionar es el de la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana (LGSM), donde rige el principio de conservación de empresa a ultranza, y no pueden declararse nulas las sociedades inscritas en el registro público de comercio, salvo que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos.⁹¹

Otro aspecto importante por señalar es que la ausencia de consentimiento válido referida por el numeral 1 del artículo bajo comentario es vinculante con los vicios de la voluntad, esta vez manifiestos en los artículos 201 al 218 del CC, esto es, el error, dolo, intimidación y violencia.

Por supuesto, el régimen de incapacidad aludido será el prescrito en el Libro I del CC, sobre derechos de las personas.

No es menor anotar que otras legislaciones asumen otros supuestos adicionales de nulidad relacionados con la incapacidad o ausencia de consentimiento y, en general, el vínculo que en teoría debería unir a los socios, y que en consecuencia el vicio quiebre la relación.⁹²

Este último podría ser el caso de la participación indispensable de alguno de los socios, ya sea por su aptitud intrínseca (*key man*) o su aporte esencial por su naturaleza o mayoritario al capital. Esto está relacionado también con las nociones de revisión del valor de los aportes.

3.5. La nulidad por objeto ilícito

Cuando en el numeral 2 del artículo 33 de la LGS se refiere al objeto, ello debe entenderse como el objeto social, que se distingue de las actividades que pueden ser más amplias y no expresas, conforme al artículo 11 de la misma norma.

88 LGSA, «Principio general.

Artículo 16.- La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad, anulación o resolución del contrato, salvo que la participación o la prestación de ese socio deba considerarse esencial, habida cuenta de las circunstancias.

Cuando se trate de una sociedad de dos socios, el vicio de la voluntad hará anulable el contrato. Si tuviese más de dos socios, será anulable cuando los vicios afecten la voluntad de los socios a los que pertenezcan la mayoría del capital».

89 Código de Comercio, artículo 424.

90 Ley, 16060. «Artículo 24. (Nulidad o anulación del vínculo de un socio). La nulidad o anulación que afecte el vínculo de alguno de los socios no producirá la nulidad del contrato, salvo que la participación de ese socio deba considerarse indispensable, habida cuenta de las circunstancias.

La sociedad será anulable cuando la nulidad afecte el vínculo de socios a los que pertenezca la mayoría del capital o aquella quede reducida a un solo integrante o quede desvirtuado el tipo social adoptado».

91 LGSM, «Artículo 2.- Las sociedades mercantiles inscritas en el Registro Público de Comercio, tienen personalidad jurídica distinta de la de los socios.

Salvo el caso previsto en el artículo siguiente, no podrán ser declaradas nulas las sociedades inscritas en el Registro Público de Comercio. [...]».

92 La legislación argentina y la uruguaya, por ejemplo.

Como señalamos antes (*et supra* 2.1.4.), el artículo citado y ya fraseado (cita 44), que reiteramos aquí, expresa el principio de determinación del objeto social, concepción que ha de ser complementada con el artículo 26 del Reglamento de Registro de Sociedades (RRS):⁹³

Artículo 11.- Objeto social La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitos cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto. La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas. La sociedad podrá realizar los negocios, operaciones y actividades lícitas indicadas en su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.

El objeto social se entiende entonces como las actividades lícitas constituidas por negocios y operaciones que la persona jurídica societaria ha expuesto públicamente que realizará para alcanzar sus fines, y admite los actos relacionados con el mismo. Consta inscrito en el registro, de tal manera que se constituye aparentemente como válido, lícito y determinado.⁹⁴

Entonces, este objeto ha sido a su vez estudiado por varios operadores jurídicos de manera previa, por lo menos un notario público, y además el registrador, quien efectúa el control de legalidad.

Cuando la nulidad se refiere al objeto como actividad, lo que debemos entender es que incluye perfectamente lo establecido por el artículo 11. Pero allí mismo surge un problema, cual es la interpretación relativa a su alcance, o a la omisión de referencia normativa más amplia.

93 Resolución N° 200-2001-SUNARP-SN, 2001.

94 Como he anotado en otro trabajo previo: «Tal precisión, su exteriorización y accesibilidad a través del registro, es requerida, se argumenta, principalmente porque se contrapone a fórmulas genéricas y ambiguas, de tal manera que al determinarse: (i) sirve para informar a las personas que desean participar y/o participan en la sociedad respecto del riesgo asumido, sean socios de cualquier clase, lo mismo a los socios minoritarios; (ii) delimita la actuación y responsabilidad de los gestores y/o administradores; e (iii) impone transparencia a la gestión, lo que coadyuva a la supervisión y regulación de los actos de la sociedad, y por ende al control del ente regulador/fiscalizador en su caso; más allá de otras razones legales atendibles. En resumen, este escenario, de inscripción y observancia del Principio, su exteriorización y accesibilidad, permite que todos los *stakeholders*, esto es, interesados afectados o que puedan afectar a la ppjj por las relaciones que mantienen con ella (según lo propuso R. E. Freeman), incluidos sus administradores y socios (si cabe la precisión, según Keay, Andrew, «Tackling the issue of the corporate objective: an analysis of the United Kingdom's "Enlightened Shareholder Value Approach"» [2007] SydLawRw 23; (2007) 29(4) Sydney Law Review 577), puedan acceder a dicha información, y por tal, conocer dicho objeto social, lo que facilitará adoptar una decisión supuestamente racional (J. E. Stiglitz) y eficiente respecto de dichas mismas relaciones que los afectan o puedan hacerlo» (Salazar Gallegos, 2015b).

Como hemos observado a lo largo de este trabajo, la sociedad es un sujeto pleno, capaz y, por lo tanto, si bien ha de circunscribir sus actividades al objeto determinado e inscrito (artículo 11 de la LGS), no resulta extraño que no solo ejecute aquellos y además «actos relacionados», sino que puede hacerlo ampliamente y con excepción a los mismos (recuérdense la validez de los actos *ultra vires*, conforme al artículo 12 de la LGS).

Esta es una de las circunstancias fácticas de difícil enjuiciamiento y de entrampamiento respecto a sus alcances. Y es que, además de que las sociedades pueden optar por una multiplicidad de actividades que comprendan su objeto (absolutamente lícito), no hay determinación absoluta sobre aquellas actividades relacionadas, y su concepción exacta conllevaría costos transaccionales altísimos. De hecho, las diferentes actividades y tamaños de empresa conducen a su vez a distintos actos relacionados, y se discutiría además su validez, y su naturaleza de relacionados y/o complementarios, que no son lo mismo ni producen los mismos efectos.

La excepción también incluye a las actividades que, sin ser parte de su objeto explícito (determinado) y no estar relacionadas al mismo, cabe la posibilidad de que ejecute la sociedad. Entonces, para comprenderlas en la institución de la nulidad, tendríamos que ampliar la concepción de la figura al objeto manifiesto, u objeto *de facto*.⁹⁵ Esto a su vez genera el problema de probar la habitualidad, pues no es que se trate de una actividad aislada y no recurrente, sino de aquella que se produce de manera ordinaria y regular.

Por estas razones, dada su complejidad y su difícil y costosa constatación, por ejemplo, es que otorgamos validez a los actos *ultra vires*.⁹⁶

Lo que sí podemos verificar claramente es que el artículo pudo perfeccionarse, incluyendo los casos de objeto no declarado,⁹⁷ o no determinado, y el *de facto*, aun cuando en el caso de la determinación aquella pueda inferirse de las exigencias del artículo.

Creemos que lo mismo sucede en los casos de su ilicitud (objeto claramente ilícito y por tanto contrario al precepto normativo del artículo 11), de actividades ilícitas (por la misma razón acotada para la ilicitud genérica), de objeto puramente prohibido (la realización de actos que se encuentran establecidos expresamente como prohibitivos), y de objeto prohibido en razón del tipo (referidos a actividades que se encuentran limitadas a algún tipo de sociedad, como es el caso de las sociedades anónimas y la Ley de Mercado de Valores o la Ley General de Banca, Seguros y AFP).⁹⁸

Observamos, sin embargo, que la expresa referencia normativa, a la vez de otorgarle mayor institucionalidad, le generaría precisión, mayor claridad y un largo ahorro de costos a los privados y al aparato estatal, en particular a las cortes judiciales, arbitrales y al registro público.

95 Revisar a estos efectos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 de julio de 2015. Si bien jurisprudencia extranjera, ayuda a vislumbrar los alcances y desarrollo que ha tenido ya en la doctrina esta figura, y su uso práctico.

96 LGS, artículo 12.

97 Fórmula que asume, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital española, cuando señala la nulidad por no expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público.

98 La expresión citada en el segundo párrafo del artículo 11 de la LGS me parece poco feliz en este aspecto, por lo que puede y debe ser más precisa.

La misma ley argentina ampara expresamente en su régimen de nulidad las cuestiones de objeto ilícito, el objeto lícito con actividad ilícita, y el objeto prohibido.⁹⁹ Por su parte, la ley uruguaya de sociedades comerciales ampara la nulidad de la actividad ilícita y prohibida.¹⁰⁰ Asimismo, la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana, asimismo, incluso incluye un supuesto de nulidad que puede devenir sobrevenido (por contradictorio que resulte ello), salvo que se interprete en razón de sus inicios, cuando prescribe la sanción dirigida a las sociedades que ejecuten habitualmente actos ilícitos.¹⁰¹

En el caso del objeto lícito con actividad ilícita, esta última, obviamente, ha de probarse como tal, sin perjuicio de que forme un porcentaje más o menos importante del total de actos producidos. Es decir, puede ser que toda la actividad sea ilícita, o solo una parte de ella.

Del mismo modo, esas ilicitudes pueden devenir habituales o no. Cada caso ha de analizarse para ello en concreto.

Finalmente, y sobre esto mismo (actividades llevadas a cabo por la sociedad) pero no menos importante, la doctrina repara en las sociedades de objeto imposible (véase Cabanellas de las Cuevas, 1997; Verón, 2010).

De igual importancia en relación con el objeto y sus limitaciones por el orden público, debemos indicar que este «es un conjunto de principios de diversa naturaleza que constituyen el pilar fundamental de la estructura y funcionamiento de la sociedad» (Espinoza Espinoza, 2011).¹⁰²

99 Ley de Sociedades Comerciales. Ley Nº 19.550:

«Objeto ilícito.

Artículo 18.- Las sociedades que tengan objeto ilícito son nulas de nulidad absoluta. Los terceros de buena fe pueden alegar contra los socios la existencia de la sociedad, sin que éstos puedan oponer la nulidad. Los socios no pueden alegar la existencia de la sociedad, ni aún para demandar a terceros o para reclamar la restitución de los aportes, la división de ganancias o la contribución a las pérdidas. [...] Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita.

Artículo 19.- Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos 3ro. y 4to. del artículo anterior.

Objeto prohibido. Liquidación.

Artículo 20.- Las sociedades que tengan un objeto prohibido en razón del tipo, son nulas de nulidad absoluta. [...].

100 Ley de Sociedades Comerciales. L. 16060. «Artículo 23. (Objeto ilícito. Objeto prohibido). Serán nulas las sociedades cuyo contrato prevea la realización de una actividad ilícita o prohibida, sea con carácter general o en razón de su tipo».

101 México, Ley General de Sociedades Mercantiles, «Artículo 3.- Las sociedades que tengan un objeto ilícito o ejecuten habitualmente actos ilícitos, serán nulas y se procederá a su inmediata liquidación, a petición que en todo tiempo podrá hacer cualquiera persona, incluso el Ministerio Público, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar».

102 Asimismo, el Tribunal Constitucional, Exp. Nº 3283-2003-AA/TC ¶F. 28. El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad».

Esta limitación constituye una prohibición de carácter general en relación con el objeto, pues el concepto aludido debe verificarse según las circunstancias de la sociedad.

En lo que concierne a las buenas costumbres, se ha dicho que estas «constituyen la adecuación de la conducta humana a las reglas de la moral dentro de un contexto social determinado. [...] Y como las costumbres cambian de una época a otra y de un lugar a otro, puede ser inmoral, hoy en día, lo que no se consideraba inmoral ayer, y viceversa; o bien, una cosa es considerada inmoral en un país y no en otro» (Espinoza Espinoza, 2011).¹⁰³

Resulta evidente la relatividad del concepto, y que un objeto sea contrario al orden público sería de más fácil examen, que el objeto contrario a las buenas costumbres. Es menester relacionar este precepto a lo señalado en el título preliminar del CC.¹⁰⁴

Finalmente, y aun cuando el numeral 2 del artículo 33 no lo señale de manera expresa, debemos entender que allí se incluye la causa ilícita, entendida como la finalidad o función económico-social que ha de cumplir el negocio societario.

3.5.1. Responsabilidad personal, reparto de cuota de liquidación y culpabilidad del gestor y del socio

Una cuestión de especial relevancia que no ha sido establecida en la ley es la responsabilidad de los gestores y de los socios por la nulidad declarada. No solo ello, sino que tampoco se ha determinado qué sucede con la cuota de liquidación y los daños causados a propios y extraños.

Si bien la sociedad ha de ingresar a un procedimiento liquidatorio ordenado, este supone en principio la resolución de las relaciones jurídicas existentes, el cumplimiento de las obligaciones pendientes, y la satisfacción de los créditos concedidos, e incluso la posibilidad de realización de nuevos actos jurídicos, para, luego, de existir un haber neto post liquidación, distribuirlo entre los socios según su cuota porcentual.

Entonces, entre estas operaciones cabe el pago de obligaciones de distinta índole contraídas con los gestores y/o socios (sueldos, beneficios, deudas comunes, préstamos, distribución de dividendos, beneficios de fundadores, etcétera), y, como hemos apuntado, repartir la cuota de liquidación —si la hubiere— entre estos últimos.

Para el caso, por ejemplo, de una sociedad cuya nulidad se funda en el objeto y/o actividad ilícita, no resulta equitativo que los socios puedan acceder a tales satisfacciones, dado el origen ilegal del patrimonio.

Entonces, es menester establecer un régimen especial y expreso en la LGS que señale las responsabilidades correspondientes para aquellos que resulten culpables, imponiendo la responsabilidad subsidiaria, solidaria e ilimitada por las obligaciones

103 Del mismo modo y sobre la costumbre como fuente de derecho en el Perú, conviene revisar Rubio Correa (2006).

104 CC, «Artículo V. - Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico. Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

sociales, los daños y perjuicios causados, negando la cuota de liquidación, además de la disposición a las arcas estatales o de la beneficencia pública de todos los demás beneficios, en lo que exceda el sufragio de las obligaciones determinadas con terceros.¹⁰⁵

3.6. La nulidad por estipulaciones contrarias a normas legales imperativas u omisión de las exigidas

El numeral 3 del artículo 33 de la LGS consagra la nulidad por «contener estipulaciones contrarias a normas legales imperativas u omitir consignar aquellas que la ley exige».

Este numeral refiere tanto al pacto como al estatuto social, dado que, si bien el uno contiene al otro, es posible plasmar en ambos directrices reglamentarias para la sociedad y los socios. Estas se podrían constituir como tales de manera evidente, o ha de necesitarse mayor o menor esfuerzo para dilucidar su invalidez.

Nótese que, distante de las causales de los numerales 1 y 2, esta solo podría ser aplicable a una sociedad instrumentalizada, ya que se requeriría validar de manera objetiva y material tales contravenciones.

El precepto obviamente también constituye una limitación a la autonomía privada,¹⁰⁶ de tal forma que esta encuentra un coto en los dos principios enunciados,

105 Uruguay. Artículo 28 de la Ley 16.060.

106 Sobre este concepto, el TC lo ha relacionado de manera limitada en varias sentencias, con el valor de los contratos. TC, Exp. N.º 03682-2012-PA/TC. «F.4. Como este Tribunal ya ha establecido, la autonomía de la voluntad es la base para el ejercicio del derecho fundamental a la libre contratación (Cfr. STC N.º 02175-2009-PA/TC) y se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes *de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendiente a la creación de una norma jurídica con interés particular* (Cfr. STC N.º 00047-2004-PI/TC) [...] F.7. En ese sentido, los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, por otro, todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano (Cfr. STC N.º 00858-2003-AA/TC)». Igualmente, TC - EXP. N.º 02175-2011-PA/TC, «F.7 Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de destacar que el derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2º, inciso 14), y 62º de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: “a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual —que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)—, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato” [SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52; STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2]. Desde esta perspectiva, según este Tribunal, “el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo —fruto de la concertación de voluntades— debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público» (STC 7339-2006-PA/TC, fundamento 47). F. 8. El contenido mínimo o esencial del derecho a la libre contratación, según ha señalado este Tribunal [SSTC N.º 0004-2004-AI/TC, N.º 0011-2004-AI/TC, N.º 0012-2004-AI/TC, N.º 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, N.º 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y N.º 0027-2004-AI/TC (acumulados), fundamento 8], está constituido por las siguientes garantías: Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante.

que tienen que ver con la contravención a las normas imperativas y la omisión de las obligatorias.

Finalmente, el numeral 3 del artículo 33, al señalar como causal de nulidad la omisión de la consignación de normas que la ley exige, deja un espacio importante para coincidir con el numeral 4, que regula la tipicidad societaria, pues podría ser la falta de tales disposiciones (esenciales) la que permita la identificación del tipo.

3.7. La nulidad por omisión de la forma y justificación de la tipología societaria en *numerus clausus*

Cuando en el numeral 4 del artículo 33 de la LOGS refiere la expresión «Por omisión de la forma obligatoria prescrita», obviamente se refiere al tipo legal corporativo y no a las formalidades del acto constitutivo, lo que separa los artículos 2¹⁰⁷ y 5¹⁰⁸ de la LGS, donde este último distingue «formalidad» de «forma».

Como ya hemos comentado antes, es siempre y únicamente el Estado quien concede la personalidad jurídica mediante determinados sistemas, y este, en ejercicio de sus potestades, ha establecido un limitado número de formas que los particulares pueden adoptar para alcanzar la personalidad y a la vez viabilizar actividades a través de una persona jurídica; luego, estas constituyen *numerus clausus*.

Mantener este universo limitado y cerrado de entes corporativos es eficiente y necesario, a efectos de favorecer el tráfico jurídico y limitar los costos de transacción; es decir, dinamizar la contratación. Así, internamente los socios y gestores conocen las reglas internas y públicas aplicables al corporativo, y externamente sucede lo mismo con una serie de *stakeholders*.

Entonces, la tipicidad funciona para la seguridad jurídica, la transparencia de la organización, la posición válida de derechos, la seguridad del tráfico y el dinamismo comercial.¹⁰⁹

Del mismo modo, tal estandarización permite calificar de manera bastante unifor-

Autodeterminación para decidir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento], la materia objeto de regulación contractual [...].

107 LGS, «Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la Ley.

Toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley. Las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley.

La comunidad de bienes, en cualquiera de sus formas, se regula por las disposiciones pertinentes del Código Civil». Recordemos que la LGS regula 5 formas de sociedades típicas. Si a regímenes legales especiales debemos referirnos, las sociedades creadas por ley, y las reconocidas por la ley general de minería son dos claros ejemplos.

108 LGS, «Artículo 5.- Contenido y formalidades del acto constitutivo.

La sociedad se constituye por Escritura Pública, en la que está contenido el pacto social, que incluye el estatuto. Para cualquier modificación de éstos se requiere la misma formalidad. En la escritura pública de constitución se nombra a los primeros administradores, de acuerdo con las características de cada forma societaria.

Los actos referidos en el párrafo anterior se inscriben obligatoriamente en el Registro del domicilio de la sociedad.

Cuando el pacto social no se hubiese elevado a escritura pública, cualquier socio puede demandar su otorgamiento por el proceso sumarísimo».

109 Conviene revisar Masferrer (2007), y Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño (2007).

me los títulos de inscripción de sociedades, a su ingreso en el registro.

A cada tipo le viene impuesta una estructura y régimen funcional individual, de una parte obligatoria, en tanto la ley impone a cada forma una organización particular de carácter imperativo, a efectos de establecer su composición estructural y su reconocimiento (típico), y de otra parte convencional, en tanto la ley permite que la organización mínima exigida por ella pueda ser complementada por los particulares a comodidad, siempre y cuando no desnaturalicen el tipo¹¹⁰ que lo hace identificable respecto del resto. Es a través del funcionamiento de esta estructura orgánica que se despliegan las relaciones del ente y, por ende, se atribuyen las posiciones y responsabilidades jurídicas consecuentes.

En nuestro país la sociedad anónima, la sociedad comercial de responsabilidad limitada, la sociedad en comandita simple, la sociedad colectiva, la sociedad civil, entre otras, constituyen tipos sociales aceptados; esto es, expresa y taxativamente regulados y tipificados por ley. Por regla general, entonces, los particulares no pueden organizar un tipo desconocido. Aunque existe una excepción a la regla general, y es que, si bien los particulares deben admitir solo los tipos reconocidos, el Estado puede, de manera subsecuente, mediante una ley, crear un nuevo tipo social, producto de su *ius imperium*.

Como también habíamos señalado de manera previa (*et supra* 2.1.2.2), la tipicidad implica la atribución de un conjunto normativo específico al corporativo, las que identifican el tipo social. Estas reglas son a la vez supletorias a la voluntad de las partes.

Por ende, la tipicidad proviene de la voluntad del legislador. La estructura impuesta permite diferenciar una sociedad de otra.

De ahí se deduce claramente que los particulares no cuentan con el poder ni con la capacidad de organizar entes atípicos, y que la autonomía privada se encuentra por tanto limitada en estos aspectos.

De estos comentarios también se deduce que la norma pudo referirse asimismo a la nulidad por atipicidad. Esta última cuestión, por demás, se encuentra mejor tratada en el RRS y el CC, cuando se identifica a las sociedades extranjeras, cuyos tipos, obviamente, no han de coincidir con los nacionales, y lo que se hace es simplemente reconocer su existencia, siguiendo la teoría de la incorporación o del lugar de constitución (sede) conforme al derecho internacional privado (artículo 2073 del CC) (véase Vives Chillida, 1998).

Además, ha de entenderse que la forma es una distinguida por la ley, de manera integral; entonces, la estructura corporativa ha de aparecer completa, no en apariencia, ni parcial, por lo que resulta esencial que se presenten todos los elementos tipificantes (elementos diferenciadores del tipo), y, por tanto, que se pueda apreciar que los fundadores han adoptado una forma típica reconocida.¹¹¹ Esto se ha de distanciar de

110 Por ejemplo, en el caso de una sociedad anónima, la LGS estipula que el estatuto de la misma puede contener, además de las disposiciones legales de carácter obligatorio, otros pactos lícitos que se estimen convenientes para la organización de la sociedad (artículo 55, numeral 11, literal 'A'); e igual ocurre en una asociación regulada por el CC, donde este último establece que en su estatuto la asociación debe expresar los demás pactos lícitos y condiciones que se establezcan (artículo 82, numeral 9).

111 Tal como lo han hecho notar Furiasse y Luján (2015). En el mismo sentido, Cabanellas de las

los elementos no tipificantes de una sociedad; es decir, los generales y transversales a todas las sociedades. De ahí también la cuestión de reconocer requisitos esenciales tipificantes, como a su vez lo hace el artículo 17 de la ley argentina, por ejemplo.

En este mismo sentido, resulta interesante lo planteado a su vez por la legislación uruguaya, que sanciona con nulidad aquellas estipulaciones contenidas en el pacto o el estatuto que tengan por objeto desvirtuar el tipo adoptado.¹¹²

Las últimas menciones sobre atipicidad y falta de estipulaciones exigidas por ley son de especial relevancia, pues dejan muy claro cómo es que el régimen de sociedades puede verse afectado gravemente por la apariencia y seguridad que a su vez le imprime el registro. Nótese que esto es de casi imposible apreciación en el régimen de las sociedades de hecho o *de facto*, que imponen costos elevadísimos a la administración pública para su reconocimiento, por lo que no parece adecuado mantener su vigencia.

3.8. Aspectos registrales de la nulidad del pacto y el asiento de inscripción

Nada señala el artículo 33 de la LGS respecto a la distinción entre nulidad de asiento registral y nulidad del pacto social, que son esencialmente distintas. En general, un asiento puede anularse, mientras que el acto sobre el que se generó puede pervivir, por ejemplo, ya que la nulidad de la inscripción no genera de por sí la nulidad de un título.¹¹³ Sin embargo, esta situación, que en derechos reales puede ser virtualmente válida, en sociedades sería inconsistente, ya que la materia en discusión es la nulidad del pacto, por lo cual no ha de sobrevivir dentro o fuera del registro. Esto es concordante con lo indicado en el Reglamento General de los Registros Públicos,¹¹⁴ y es que el juez, al fallar por la nulidad del pacto, estaría, en términos registrales, promoviendo la nulidad del título, que conlleva en consecuencia la cancelación de la inscripción, sin perjuicio de que, en este caso especialísimo, ha de observarse previamente el procedimiento de liquidación, como ya lo hemos señalado.

Ello es consecuente con el enfoque que le otorga la LGS a la nulidad, esto es, nulidad del pacto, y no del asiento (tampoco de la inscripción o del título); y ello porque, además de lo acotado, la nulidad del pacto conlleva la desaparición de la personalidad y la sociedad como categorías jurídicas. Lo mismo la cancelación de asiento por invalidez, que debe considerarse subsumida en la nulidad del pacto, que, en todo caso, se rige por la misma regla judicial.¹¹⁵

Cuevas (1997).

112 Numeral 1 del artículo 25 de la Ley 16.060.

113 Res. 493-2009-SUNARP-TR-L.

114 Reglamento General de los Registros Públicos (RGRP), «Artículo 99.- Cancelación por nulidad del título

La nulidad del título supone la nulidad de la inscripción o anotación preventiva extendidas en su mérito, siendo la resolución judicial que declare dicha nulidad, título suficiente para la cancelación del asiento respectivo».

115 RGRP, «Artículo 107.- Cancelación por declaración judicial de invalidez

Quien tenga legítimo interés y cuyo derecho haya sido lesionado por una inscripción nula o anulable, podrá solicitar judicialmente la declaración de invalidez de dicha inscripción y, en su caso, pedir la can-

Obviamente, se puede solicitar de manera anticipada la anotación de la demanda de nulidad en la partida registral de la sociedad. Las anotaciones de demandas se constituyen en asientos provisionales y transitorios cuya finalidad es reservar prioridad y advertir al público la existencia de una eventual causa, en este caso, de la cancelación de la inscripción, por la nulidad del pacto y, en consecuencia, de la sociedad misma. En su caso, la sentencia firme se retrotraerá a la fecha de la anotación.¹¹⁶

Es importante señalar que, en el caso de sociedades, la demanda de nulidad caduca (artículo 35), por ende, también la de cancelación del asiento, cuestión muy distinta al caso del registro de propiedad donde no prescribe.¹¹⁷

Es evidente que la superación de la causal (artículo 34) afecta la inscripción registral, y los derechos de propios (socio y gestores) y extraños (terceros vinculados bajo cualquier tipo de acto), ya sea porque tales emanan del mismo registro o de las declaraciones dispuestas expresa o tácitamente en tales actos, lo que a su vez incide en la responsabilidad.

3.9. El Código Civil y la nulidad del pacto social y de la personalidad jurídica

El CC, en clara omisión, no se preocupa en absoluto del problema de la nulidad de las corporaciones que regula, sean estas personificadas o no. El articulado no hace tampoco remisión obligada alguna a reglas del libro de acto jurídico o al de contratos.

No es menor recordar lo que hemos mencionado líneas antes, y es que esta norma no le atribuye a la persona jurídica ni a los entes que regula la característica o naturaleza de contrato, lo que sí hacía su antecesora, eliminando tal referencia el legislador.

No obstante lo expuesto, de la lectura y revisión de los postulados del artículo 33 de la LGS se observa que los mismos no generan conflicto con la regulación propia de la asociación, ni con el comité, por ejemplo.

Entendemos que, al no haber legislación especial, hemos de aplicar el régimen societario, imperfecto, de nulidad del pacto social, a los tipos regulados en el CC con las distancias propias de las reglas contenidas en esta última norma y las características de dichas formas corporativas, con el fin de no generar contradicción entre un régimen y el otro.

relación del asiento en mérito a la resolución judicial que declare la invalidez.

La declaración de invalidez de las inscripciones sólo puede ser ordenada por el órgano jurisdiccional. Cancelación por declaración judicial de invalidez».

En el mismo sentido, Res. 349-2014-SUNARP-TR-L, donde se indicó que la declaración de invalidez de los asientos registrales y, por tanto, su cancelación, compete exclusivamente al Poder Judicial, para ello debe presentarse la resolución judicial que así lo disponga.

116 Resolución N° 547-2011-SUNARP-TR-A.

117 Casación N° 2398-2015-Cajamarca.

3.10. Sociedades creadas por ley y la nulidad

Conforme ya se ha determinado, el Estado puede crear sociedades mediante la promulgación de una ley *ad hoc*,¹¹⁸ y someterlas a las disposiciones de la LGS, en lo que le fuere aplicable.

Estas sociedades pueden inscribirse en el registro de personas jurídicas creadas por ley. Sin embargo, estas sociedades no se crean por escritura pública, y no obtienen su personalidad con base en el registro, sino por mandato expreso de su ley de creación. La inscripción registral las premune de una doble publicidad, es decir, aunada a la que supone su promulgación (publicidad legal propiamente dicha) en primera instancia, se suma la publicidad registral, donde la oponibilidad surge con la primera.

Como es evidente, la nulidad societaria, tal como se encuentra dispuesta en el artículo 33 de la LGS, no sería oponible en este caso, ya que no existe pacto alguno al cual referirse, como tampoco escritura.

Las sociedades creadas por ley pueden seguir dos derroteros: (i) se rigen por lo dispuesto en su ley de creación para una o más de sus vicisitudes; o (ii) se rigen por el régimen general, lo que tendría que haber sido dispuesto por la ley de creación.

No resulta obligatorio, aunque sí aconsejable, que se inscriban en el registro.

Resulta lógico arribar a esa conclusión toda vez que las sociedades creadas por ley (artículos 76 y 77 del CC) son tributarias de un sistema distinto de creación de personas jurídicas, apartándose del sistema normativo (reglamentarista), para seguir el sistema concesional directo o puro de constitución en un solo acto.

3.11. Sociedades creadas al amparo de la Ley General de Minería

Conforme al texto de la Ley General de Minería (LGM) y su reglamento, se pueden constituir sociedades legales. Entre ellas, las sociedades mineras contractuales se inscribirán obligatoriamente en el Registro Público de Minería (artículo 184 de la LGM), y la sociedad minera de responsabilidad limitada será constituida de oficio por el jefe del Registro Público de Minería por razones de superposición y titularidad del petitorio, y será inscrita en dicho Registro por el mérito de copia certificada de la resolución que la declare constituida (artículo 187 de la LGM).

Es obvio que, tratándose de un puro acto administrativo, concesional, de imposición, forzosa, o lo que también se ha dado en llamar asociación compulsiva, no habrá pacto ni escritura pública que nos sirva de referencia para deducir nulidad alguna, sino que habrá que seguir lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

La nulidad como se encuentra plasmada en la LGS no es aplicable a las sociedades mineras creadas por el solo acto administrativo, pero debería ser asequible para aquellas que son producto de un acuerdo entre partes.

118 XIII Pleno Registral, Res. N° 516-2005-SUNARP-TR-L.

3.12. Sociedades irregulares de origen instrumentalizadas y la nulidad

Las reglas de nulidad del LGS son de aplicación para las sociedades escrituradas e inscritas. ¿Qué sucede entonces con las sociedades irregulares de origen instrumentalizadas, es decir, aquellas que, ya sea en minuta o en escritura pública, no alcanzan la inscripción registral o, dicho de otro modo, no finalizan las formalidades a las que se refiere el artículo 5 de la LGS, es decir, el *iter* constitutivo?

Una primera aproximación a este problema nos podría llevar a afirmar que regiría para estas la normativa general, esto es, el CC, en lo que corresponde a nulidad de acto jurídico y/o contratos. Pero, como hemos determinado, una sociedad irregular no es un contrato, es un ente, un sujeto de derechos; *ergo*, una corporación con plena capacidad (no limitada como en otros casos). En consecuencia, la LGS incurriría en grave omisión.

Del mismo modo y abonando en este sentido, si aplicáramos la normativa general de nulidad de actos o contratos, regresaríamos sobre la discusión y efectos de la nulidad civil diferenciada de la nulidad societaria, la imposibilidad de la retroactividad, de la resolución inmediata, la falta de subsanación, la no imputabilidad de oficio, entre otros, que a su vez generarían un doble régimen de nulidad de sociedades que serían contradictorios entre sí, lo que no es lógico ni eficiente.

Recuérdese que, en ambos casos — (i) sociedad inscrita y (ii) sociedad no inscrita—, la LGS reconoce la validez, vigencia y oponibilidad del sujeto societario *per se* como construcción jurídica frente a terceros, y su plena capacidad, que incluye su vocación relacional. La diferencia gravita en la inscripción, que otorga la categoría de persona jurídica. Pero ambos, reiteramos, sujetos de derechos, y ambas sociedades predispuestas a las formas permitidas y regladas en la LGS. Sobre esto también se ha discutido, y sobre cómo la técnica de personificación se enfrenta a la de sujeto no personificado como categorías jurídicas (Monoreo Pérez & Molina Navarrete, 2006).

Por tanto, y en aras de la concordancia, lógica y sistematización, convenimos en que a la irregular no le son aplicables las reglas generales de nulidad contenidas en el CC, sino que hay un solo régimen de origen y sustancia societaria al respecto.

Así, esto se entiende porque hay una solución que se verifica en el propio texto de la LGS, y es que la irregular se encuentra afectada en primera instancia por la inobservancia de las formalidades de constitución, y, por tanto, se sitúa sujeta a la solución especial y acordada para tales casos, que es la regularización o, en su defecto, la liquidación, siendo que esta última conllevaría al mismo destino que la declaración judicial de nulidad. La regularización sobrelleva los efectos de la purga de los vicios que puedan encontrarse en el corporativo, y solo de subsistir estos de manera posterior a ella se acometerían las reglas de la nulidad. Del mismo modo, si se decidiera por la liquidación, ya no tendría aparentemente sentido pronunciarse respecto a la nulidad, habida cuenta de que el corporativo estaría condenado a desaparecer resolviendo las relaciones jurídicas de las que forme parte.

No obstante, queda y subsiste la omisión ya anotada respecto a la culpa y responsabilidad por los vicios de nulidad que hagan relación con actos contrarios a la ley, que requerirían de particular atención.

De este modo, la irregular por escritura pública con vicios, se regiría por la ley de la irregularidad (artículo 423 de la LGS). Y tales vicios (de nulidad) no se consideraran más graves que la irregularidad misma. De hecho, como hemos verificado, la solución legal es la regularización, que debería purgar en principio todos los vicios, o la disolución, que llevaría al mismo destino que la declaración judicial de nulidad (artículo 426 de la LGS).

Si se regulariza la sociedad, ello supone su inscripción en el registro público, y se purgarían los vicios, pero si aun así mantiene o genera nuevo vicio de nulidad, entonces recién se aplicarían las normas de nulidad del pacto.

En uso de la regla de liquidación o regularización (426), esta última (regularización) salvaría el vicio o lo haría visible para luego imputar nulidad, si es que aún no ha caducado el plazo para demandar. Las reglas de nulidad ordinaria (CC) no serían viables, ya que se trata de un sujeto de derechos, y las consecuencias generarían resultados no armónicos con el régimen general de nulidad societaria.

Así, la irregularidad se configura como una patología transversal societaria en la que se subsume la nulidad, por lo cual han de aplicarse primero las reglas de regularización o liquidación para después, y solo en el caso de la regularización conforme, aplicar las reglas especiales de la nulidad.

3.13. Sociedades irregulares de origen no instrumentalizadas

Líneas atrás hemos hecho mención también al caso de las sociedades *de facto*. Estas se encuentran reguladas y consentidas de manera asistemática en el artículo 423 de la LGS, y se constituyen como aquella fenomenología societaria donde no hay formalidad alguna reconocida para su existencia más allá del pacto social por convención oral, es decir, no instrumentalizado, y cuya principal complejidad, en relación con la nulidad, radica en su probanza. Sin embargo, hay sociedad, conforme la ley lo prevé.

Ahora bien, un pacto oral aislado no significa nada si no viene acompañado de un despliegue de actos consecuentes y atingentes que permitan determinar y atribuir con marcada certeza la existencia de la sociedad, es decir, la alteridad. Por ello, la ley exige que se verifiquen «dos o más personas que actúan de manera manifiesta en sociedad».

En tal caso, constituye una obviedad señalar que resulta casi imposible aplicar el régimen de nulidad establecido en la LGS a este grupo, pues la sola existencia como sociedad de la *de facto* resulta en un expediente complejo e incierto que habrá de dilucidar un juez. Es decir, el juez ha de pronunciarse por el reconocimiento mismo de la existencia de esta entidad, para luego abocarse a las causas específicas señaladas por la ley. Por ello, la normativa especial no ampara la nulidad de estos entes.

La falta de instrumento en las sociedades *de facto* impediría la determinación de los supuestos contenidos en el artículo 33 de la LGS, salvo la falta de voluntad, pero ello no la haría oponible ante terceros; por tanto, la solución para las mismas sería el camino de la regularización, es decir, el artículo 426 de la LGS. Si luego de la regularización el vicio subsiste, lo que resulta difícil dado que se tramitaría con control de legalidad en sede registral, se demandaría la nulidad.

No cabe ya referirse a la caducidad del vicio de origen de la *de facto* en este supuesto, ya que el plazo para la misma se computaría desde la inscripción.

No podemos dejar de señalar nuevamente la inutilidad de la figura de la *de facto*, ya que favorece: (i) la informalidad, (ii) la falta de diligencia, (iii) la falta de seguridad jurídica y del tráfico; e (iv) incrementa absurdamente los costos de transacción.

Su reconocimiento parece basado únicamente para defensa de la regla de copropiedad, pues la regla de la responsabilidad (limitada) no existe en estas.

3.14. Nulidad de sociedades que no han exteriorizado actuación

Conforme lo expuesto de manera precedente, respecto de sociedades que no han exteriorizado actuación alguna, caben los casos de (i) las inscritas, cuya regulación no hace distinción sobre este aspecto, sino sobre el vicio nulificante propiamente; y (ii) las no inscritas, que, como hemos explicado, se sujetan a la regla de regularización.

4. La improcedencia de la nulidad

De acuerdo con el artículo 34 de la LGS, sin perjuicio a lo señalado por el artículo 33:

[...] la nulidad del pacto social no puede ser declarada:

1. Cuando la causa de ella ha sido eliminada por efecto de una modificación del pacto social o del estatuto realizada con las formalidades exigidas por la ley, o,
2. Cuando las estipulaciones omitidas pueden ser suplidas por normas legales vigentes y aquéllas no han sido condición esencial para la celebración del pacto social o del estatuto, de modo que éstos pueden subsistir sin ellas.

El artículo hace alusión a dos escenarios que han de tenerse en cuenta para la conservación del ente: (i) la posibilidad de la purga de la causal de la que se trate, que deberá efectuarse mediante la modificación estatutaria o del pacto correspondiente, lo que formalmente implica el otorgamiento de la escritura pública respectiva, y su inscripción en el registro; y, (ii) el reconocimiento de que el acto puede preservarse también siempre que se verifiquen omisiones que puedan suplirse por la regla de derecho público, o que no se trate de condiciones esenciales, es decir, que no sean tipificantes, ni que dejen acéfalo el régimen de la sociedad.

Evidentemente, esto tendrá que ser evaluado en su oportunidad por el juez competente, ya que dicho examen corresponde efectivamente a la autoridad.

Sin embargo, el artículo no señala si esto es posible antes de la demanda, o si podría ocurrir durante el proceso, y en este último caso, hasta qué etapa se podría producir, ya que ello en teoría podría subsanarse hasta antes de la sentencia (¿y qué ocurriría en vía de apelación?). Un proceso largo generaría costos prohibitivos que harían insubsistente *de facto* la sociedad.

Del mismo modo, es importante señalar que cuando en el numeral 1 se hace referencia a las formalidades, debió implicar con claridad directamente a la inscripción registral, obviamente.

Cuestión no menor que ha de destacarse resulta del hecho de que la regla omite inexplicablemente pronunciarse respecto al cambio en la responsabilidad de los socios y gestores (por determinación del tipo o ausencia del mismo, por ejemplo), y si esto afecta o no la relación de estos frente a terceros (Estado, acreedores, contrapartes, consumidores y, en general, *stakeholders*) una vez superada la causal de nulidad, si así fuera.

5. Caducidad de la pretensión de nulidad del pacto social

Conforme al artículo 35 de la LGS, la demanda de nulidad del pacto social se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y solo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro.

Sobre ello, parece una solución eficiente tramitar la demanda de nulidad del pacto por el proceso abreviado, siendo este el más breve de los procesos, y con las formas más sencillas. Sin embargo, como ya hemos puesto de manifiesto, este tendría que ser muy corto para reducir los efectos negativos del cuestionamiento a la validez del pacto, sino, en el peor escenario, hacerlo prohibitivo, ya que la paralización de una sociedad es muchísimas veces lo mismo que la quiebra.

Cuando la normativa regula que la demanda se dirige en contra de la sociedad, la ley reconoce y verifica la existencia como sujeto y la capacidad consustancial de la misma, así como su validez para actuar y ser parte del proceso, sin perjuicio del vicio que en sede de nulidad la aqueja. En ello denota una vez más de manera nítida su distinción con el régimen civil.

Cuestión que llama la atención es aquel aspecto que señala que la demanda solo puede ser incoada por personas con legítimo interés, habiéndose obviado que ello se haga de oficio y/o por el Ministerio Público, como sí se hace en el artículo 220 del CC; y en esto último no es que deba existir identidad con el régimen de nulidades del acto jurídico, sino que en este caso sí ha de manifestarse o ha de hacerlo el interés de la comunidad en general y, por ende, el régimen legal interesado y dirigido a expulsar, hacer de manifiesto o sanear aquello que no goza de regularidad en el sentido estricto de la expresión. En cualquier caso, si se hace un paralelo con el régimen civil, no se trataría de un supuesto de nulidad absoluta, sino de una relativa (artículo 222 CC).

No resulta poco relevante tampoco señalar, sobre este mismo aspecto, que la legislación regional sí aprecia la iniciativa e interés del Estado en la nulidad, abriendo la posibilidad de que sea este a través de sus instituciones el que haga suya la demanda respectiva.

Una respuesta para no haberse regulado ello así, desde la perspectiva nacional, podría transitar por inmunizar a la sociedad de una intervención pública que pueda resultar invasiva o inútil, además de no otorgar segundas oportunidades, dado que

es ella misma (la autoridad pública) la que da lugar al nacimiento de la inscripción viciada; pero ello relegaría el mérito de su actuación a una apreciación absolutamente negativa y poco certera.

La caducidad se ha dispuesto de manera expresa a los dos años de la inscripción en el registro (artículo 35 LGS), lo que teóricamente elimina cualquier incertidumbre sobre la validez de la sociedad pero, al mismo tiempo, introduce al tráfico una anomalía que normaliza en un plazo muy corto. Dependiendo del vicio, esta sería más o menos importante.

6. De los efectos de la sentencia de nulidad

De acuerdo con el artículo 36 de la LGS:

La sentencia firme que declara la nulidad del pacto social ordena su inscripción en el Registro y disuelve de pleno derecho la sociedad. La junta general, dentro de los diez días siguientes de la inscripción de la sentencia, designa al liquidador o a los liquidadores. Si omite hacerlo, lo hace el juez en ejecución de sentencia, y a solicitud de cualquier interesado. La sociedad mantiene su personalidad jurídica solo para los fines de la liquidación.

Cuando las necesidades de la liquidación de la sociedad declarada nula así lo exijan, quedan sin efecto todos los plazos para los aportes y los socios estarán obligados a cumplirlos, de inmediato.

Resulta evidente que la sentencia de nulidad, para poder acceder al registro, ha de quedar firme para ello, ya sea porque no sea materia de impugnación o porque, siéndolo (en los plazos y formalidades procesales requeridas), se trate de instancia final.

Dice la ley que la inscripción de la sentencia en el registro disuelve la sociedad de pleno derecho, lo que no constituye un aserto preciso, como explicaremos en adelante.

La inscripción de la sentencia en el registro es obligatoria, y lo es evidentemente en la partida de la sociedad.

Luego, esto, conforme lo citado, debe producir un efecto curioso: «disuelve de pleno derecho la sociedad». La anotada es una fórmula ya hace mucho tiempo criticada desde esta misma tribuna, como también por la doctrina comparada, y que poco eco ha tenido en la legislación internacional, habida cuenta de su inutilidad.

La disolución de pleno derecho ha sido comprendida de tres maneras distintas: (i) como una causal de disolución que no requiere de expresión adicional o mancomunada por parte de la sociedad para conducirse como tal, es decir, sin necesidad de una declaración previa o de un acto (jurídico o procesal) o hecho adicional, sino que opera *per se* (artículo 407), tal como lo ha ratificado el Tribunal Registral Peruano y, (por todas) la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) española en su oportunidad;¹¹⁹ (ii) como la resolución de la relación jurídica interna

119 DGRN del 28 de mayo de 2018.

societaria o *pactum societatis* y *afectio societatis* concomitante; y, (iii) como la imposibilidad de seguir operando como ente societario.

Es importante anotar, una vez más, que la idea de la disolución de pleno derecho de la sociedad no transita por el camino de la consecuente desaparición inmediata de la corporación, ni de la inexistencia de la misma, como tampoco del desconocimiento ni inmediata resolución de las relaciones jurídicas (contractuales, laborales, de responsabilidad civil, administrativas, de consumo, penales y otras) con terceros, sino por el camino, más largo y burocrático, de la liquidación y posterior extinción (sujeta a inscripción) de la misma.

Reconocida doctrina comparada se ha pronunciado señalando que los efectos de una disolución *ipso jure* no pueden ser trasladados al campo societario (Richard, 1999).

La sentencia de nulidad entonces debería declarar la disolución como tal, entendida como causal eficiente de la liquidación y, por ende, el inicio de esta última, la liquidación, como procedimiento, designando directamente a aquel o aquellos quienes se han de abocar a este último trámite (como lo establece la solución argentina, por ejemplo, en el artículo 18 de la Ley General de Sociedades de ese país).

La sentencia no puede declarar la extinción de la sociedad porque esta nació con un acto distinto, también de orden público, cual es la inscripción, como hemos analizado líneas atrás.

La regla establece que es la junta general, dentro de los 10 días siguientes de la inscripción de la sentencia, la que designa al liquidador o a los liquidadores. Si omite hacerlo, lo hace el juez en ejecución de sentencia, y a solicitud de cualquier interesado. Esta es una norma perfectible, ya que puede ser más eficiente apartando la decisión de la junta y sometiéndola al mismo juez que declara la nulidad, lo que evitaría dilaciones y demás costos innecesarios.

Del mismo modo, la norma establece que la sociedad mantiene su personalidad jurídica solo para los fines de la liquidación. Aquí vale retrotraer lo que ya hemos apuntado antes, y es que la personalidad de la sociedad es consustancial a su inscripción, basada en el sistema normativo, y se mantiene mientras no se inscriba la extinción de la misma en el registro. Pero la regla de derecho impone un régimen limitante, y es que dicha personalidad se mantiene solo para cumplir con la liquidación, es decir, resolver las relaciones jurídicas externas e internas del corporativo, a efectos de dejar allanado el camino para la extinción.

Esto a su vez quiere decir que la sociedad no puede purgar ya la nulidad, luego de la sentencia.

7. La nulidad declarada y los terceros de buena fe

Conforme al artículo 37 de la LGS, «la sentencia firme que declara la nulidad del pacto social o del estatuto no surte efectos frente a los terceros de buena fe».

Debemos recordar al respecto que entre pacto social y estatuto hay una relación de contenido eficiente, como se indica en el artículo 5 de la LGS cuando señala que la sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto so-

cial, que incluye el estatuto. Esto también se puede verificar con meridana claridad en el artículo 54 de la misma norma y en otros.¹²⁰

Esta situación, cabe señalar, se encuentra relativizada en el caso de sociedades *de facto*, pues en estas últimas se reconoce el pacto, pero se desconoce el estatuto.

Sin perjuicio de ello, la pretensión, de acuerdo con el artículo 35, es de nulidad de pacto social, que obviamente ha de contener el estatuto. Entonces, cabe confusión en la expresión utilizada por el legislador cuando señala «la nulidad del pacto social o de estatuto», desde la perspectiva que la nulidad invocada es del pacto, es decir, del acuerdo que ha de dar nacimiento al corporativo. El pacto incluye al estatuto; entonces, la declaración de nulidad del primero no solo contiene la del segundo, sino que lo arrastra indefectiblemente, y no puede ser de otro modo en una relación de causa-efecto.

Como ya hemos puesto de manifiesto, la sentencia que declara la nulidad no hace desaparecer la sociedad, ni manifiesta su inexistencia, ni resuelve *ipso facto* las relaciones jurídicas y/o actos jurídicos que unen a la sociedad con terceros, interna ni externamente.

Del mismo modo, y resulta obvio, que los contratantes de buena fe, conforme al registro, y las seguridades y presunciones que lo rodean, contrataron bien, conforme debe hacerse coincidir con el artículo 2013 y 2014 del CC.

En tanto lo que se abre es el procedimiento de liquidación, este implica, por lo menos en teoría, la satisfacción de las obligaciones con terceros. Lógicamente, esto se sujeta a las patologías propias empresariales como son la insolvencia y la quiebra.

En este sentido, la fórmula utilizada es poco ajustada a derecho, pues la sentencia firme alcanza a toda la comunidad en general.

8. Conclusiones

La nulidad se constituye como la del acuerdo que da nacimiento a un ente corporativo societario inscrito en el registro mercantil. Esto es, la constitución de un sujeto de derecho societario que ocupa y genera efectos públicos y privados.

La dificultad radica en la distinción entre los vicios de forma y los de fondo al momento de la constitución de una sociedad personificada.

120LGS, «Artículo 54.- Contenido del pacto social

El pacto social contiene obligatoriamente:

1. Los datos de identificación de los fundadores. Si es persona natural, su nombre, domicilio, estado civil y el nombre del cónyuge en caso de ser casado; si es persona jurídica, su denominación o razón social, el lugar de su constitución, su domicilio, el nombre de quien la representa y el comprobante que acredita la representación;
2. La manifestación expresa de la voluntad de los accionistas de constituir una sociedad anónima;
3. El monto del capital y las acciones en que se divide;
4. La forma como se paga el capital suscrito y el aporte de cada accionista en dinero o en otros bienes o derechos, con el informe de valorización correspondiente en estos casos;
5. El nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores; y,
6. El estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad».

La regulación societaria ha reservado sus pronunciamientos al respecto únicamente hacia las sociedades que alcanzan el registro y, por tanto, generan la personalidad (jurídica), donde la inscripción concede, constituye y genera derechos *ex novo*.

La ley no regula aquellas otras sociedades que no concluyen el *iter* constitutivo con la inscripción registral y, por ende, carecen de personalidad, es decir, sociedades irregulares e internas.

La nulidad se ha de verificar cuando el pacto social contenga uno o más de los siguientes vicios, considerados *numerus clausus*, o nulidades tasadas: (i) incapacidad del gestante, o ausencia de su consentimiento, (ii) objeto ilícito, (iii) estipulaciones ilegales u omisión de las obligatorias; y/o (iv) omisión de tipicidad.

La nulidad está sujeta a declaración judicial civil en proceso abreviado, y el demandante será todo aquel que tenga legítimo interés, y la demandada será la propia sociedad, antes del plazo de caducidad acotado por ley, y siempre que antes de ello la causa no haya sido eliminada formalmente, o cuando la omisión pueda ser suplida por norma vigente y no haya sido condición esencial para la celebración del pacto.

Las características esenciales de la definición de sociedad en el LGS son: a) pluralidad de socios; b) convención inicial de un corporativo; c) aportes valorizados diferenciados, y sus repercusiones en las relaciones internas y externas, y sus plazos; d) ejercicio común de actividades; y, e) la naturaleza de las actividades dispuestas. Estas notas guardan íntima y estrecha relación con las causales de nulidad regidas por el artículo 33 de la LGS.

La pluralidad de socios no constituye *per se* una condición *sine qua non* de permanencia de la sociedad, cuestión que tiene gran incidencia en la figura de la nulidad, y lo mismo con la discusión de la unipersonalidad. Si esta última rigiera, cabría relativizar tal causal. La LGS dispone casos en los que puede admitirse la creación de un ente societario que carezca de pluralidad, así como otros en los que, luego de constituida, se pierda esa pluralidad sin que ello afecte su existencia inmediata.

La falta de pluralidad de socios y el funcionamiento de sociedades bajo tal régimen han empujado a una parte de la doctrina nacional para que abogue por la institucionalidad de la sociedad unipersonal, lo que tendría efecto inmediato en la regulación de la nulidad societaria.

La personalidad jurídica como acto administrativo concesional público no depende de la pluralidad de socios en esencia (aspecto estrictamente formal), y se puede hacer referencia a la asociatividad personal basada justamente en la organización corporativa.

Los derechos fundamentales de asociación, empresa y contratos, como fundamento de las organizaciones, merecen revisión. Creemos que el derecho de asociación es suficiente para explicar ello.

Si la pluralidad ya no constituye un elemento material o parte del mismo para el nacimiento de un ente corporativo, la discusión sobre la nulidad por falta de pluralidad devendría irrelevante u ociosa, y por demás costosa.

Los sistemas pilares fundamentales del derecho civil patrimonial, es decir, la propiedad, los contratos y la responsabilidad civil, resultan por sí mismos, y en conjunto, insuficientes para explicar el funcionamiento y existencia de las corporaciones.

La noción de sociedad contrato es rebatida por la sociedad sujeto (no necesariamente persona).

Si bien algunos contratos típicos generan sujetos de derecho limitados, como lo son para la administración tributaria, por ejemplo, los fondos de inversión de oferta privada, los fondos mutuos de inversión en valores, los patrimonios fideicometidos de sociedades tituladoras y los contratos de colaboración empresarial que conllevan contabilidad independiente (entre ellos los *joint ventures*, la asociación en participación y los consorcios), todos estos tienen capacidad limitada; no los hay de los que generan sujetos de capacidad amplia, como lo son las sociedades.

Las nociones de corte contractualista se quiebran ante la existencia de un sujeto diferenciado, distinto a los socios que «pactan». Ese pacto tiene un único propósito, y genera de manera inmediata un sujeto de derechos, lo que distancia una idea contractual destinada a generar una relación de cambio, *versus* la idea de organización funcional. La sociedad no es cualquier sujeto, sino que es un ente con capacidad general, que obra en diversos campos, tal como así le ha sido reconocido. En el caso de su registro la personalidad se hace evidente, y las consecuencias jurídicas de la misma.

En el entendido de que las normas de nulidad societaria, una vez declarada, gatillan la liquidación, esta supone a su vez la preferencia de los acreedores y, dependiendo de la causal y de la buena fe de aquellos relacionados, el no pago a los actores de mala fe, la obstrucción a la devolución del aporte, y el destino del patrimonio post liquidación (no necesariamente afectado a favor de los aportantes), respecto de lo cual la ley no hace ninguna discreción, siendo ello necesario.

La naturaleza de las actividades dispuestas

Un extraño giro conceptual se verifica de la estipulación normativa del artículo 1 de la LGS cuando se refiere a la sociedad y al ejercicio de actividades económicas.

Esto es de particular interés en la institución de la sociedad nula, pues la LGS, como hemos señalado, no menciona en ninguno de sus artículos el lucro, la mercantilidad, la actividad comercial, ni la obtención de ganancias distribuibles como elementos característicos de las formas que regula, y tampoco supedita estas actividades a la forma societaria. Esto es importante porque podría entenderse que relativiza la apreciación de la omisión de la forma obligatoria como causal de nulidad del pacto (numeral 4, artículo 33 de la LGS).

Del mismo modo, esto incide también en la nulidad dispuesta en el numeral 2 del artículo 33 de la LGS, en lo que a su objeto y actividades contrarias a la ley interesa como causales de nulidad.

La actual ley aparenta basar su concepción de sociedad en el objeto.

Para evitar contradicciones entre el régimen especial de sociedades como entes corporativos y sus semejantes (v.g. los contenidos en el CC), debo concluir que el criterio usado en la LGS es el estructural, de origen germano (que tiene una aplicación neutra). La omisión de la ley en definir esto ha dado como resultado no solo aquella doctrina registral ya anotada y a nuestro juicio equivocada, que asimila las actividades de entidades no lucrativas con actividades económicas propias de socie-

dades (que conlleva resultados poco oficiosos), sino a discusiones en sede judicial respecto al derecho al reparto de utilidades, la imposibilidad de imputar opresión societaria, entre otros. Esto, es obvio, ha de hacer consonancia con las nulidades sobre el objeto social que regula la LGS.

La sociedad como tal es fruto y se crea con el pacto, a saber, el acuerdo de los socios fundadores que es exteriorizado. De ahí la distinción entre las formalidades *ad solemnitatem*, que distingue a las sociedades personificadas (artículo 6 de la LGS) de las sociedades *per se*, cuya realidad está sujeta *ad probationem* (artículos 5, 6, 7 y 423 de la LGS).

En materia de sociedades las formalidades son esencialmente *ab probationem*, y no *ab solemnitatem*. Esto tiene especial importancia en las causales de nulidad expresamente atribuidas por ley, y en la solución de las nulidades de aquellas irregulares, y las de hecho, que la ley no menciona.

Así, las formalidades en la generalidad de corporaciones no tienen carácter constitutivo de derechos, sino declarativo. Ello funciona de esa manera, comprendiendo que la validez del pacto social no se sujeta a su instrumentalización, ni se castiga su ausencia con nulidad.

En el caso de las sociedades, la forma prescrita por la ley no es sancionada con nulidad (no confundir con lo estipulado en el numeral 4 del artículo 33 de la LGS, que se refiere a la tipicidad). La inobservancia de los requisitos formales, en materia societaria, equivale a la irregularidad de origen; y la falta de requisitos sustanciales, a la nulidad (que ha de ser declarada).

Al ser *ab probationem*, la regulación más apropiada ha de ser la de nulidad de inscripción registral.

Se deduce perfectamente que los privados no pueden crear personas jurídicas societarias ni de cualquier otra clase por voluntad propia o individual, pues la autonomía de las mismas carece de la potestad necesaria para ello, aptitud que se reserva la ley. Del mismo modo, los privados tampoco pueden extinguir una persona jurídica por voluntad propia, sin control de legalidad previo, ello, como protección a los intereses de terceros.

Aquel pacto (societario), fruto de un negocio jurídico de carácter plurilateral y de prestaciones autónomas, no es un contrato, sino un negocio jurídico de organización (lo que admite incluir a las sociedades unipersonales, que no son contractuales), que se manifiesta como tal ante la comunidad, y que requiere jurídica y económicamente de dicha exteriorización, porque está destinado a configurar, y de hecho produce como efecto inmediato, un sujeto de derechos típico, proclive a relacionarse con terceros. Si fuese un vehículo de mera organización interna, claramente se entendería y configuraría necesariamente como un contrato en el sentido del artículo 1351 del CC, y sus efectos se reducirían a las partes únicamente.

Es evidente, desde un punto de vista objetivo, que la LGS no califica jurídicamente como contrato a la sociedad, y, por el contrario, acertadamente esta eliminó tal determinación que estaba comprendida en el texto de su antecesora. Del mismo modo, y en paralelo, el texto del actual CC de 1984 no define los tipos de personas jurídicas que regula, ni la institución misma (de persona jurídica) como contrato, lo que sí podíamos observar en su antecesor. Hay concordancia lógica en la legislación

peruana de entes corporativos, que ha relegado conscientemente el concepto e idea de sociedad-contrato de los textos legales.

Entendido esto, es comprensible verificar que las normas civiles de nulidad de actos jurídicos resultan de muy difícil (sea dicho imposible) aplicación al pacto social, a la organización societaria como entidad jurídica, y a la inscripción en el registro público (a cargo de la administración pública) como productora de situaciones y efectos jurídicos *erga omnes* (generados por un acto administrativo público: la inscripción registral), en este caso, de la concesión (pública) de la personalidad jurídica y, por ende, de derechos *ex novo*, que no son fruto de la voluntad privada.

Tal constatación hace imposible hacer coincidir y a la vez hacer referencia a escenarios civiles de anomalías relacionadas con supuestos de ineficacia inicial o estructural, que suponen los actos nulos, su invalidez o actos inexistentes (categoría que, además de no encontrarse plasmada legislativamente en el CC, muchos desconocen).

Las sociedades inscritas, a pesar de los vicios a los que se refiere el artículo 33 de la LGS, al encontrarse inscritas en el registro público, se constituyen como personas jurídicas para todo efecto legal y económico, lo que supone su validez y eficacia como acto, premunidas a su vez por presunciones legales *iure et de iure*, oponibles *erga omnes*, sin dejar de mencionar la intangibilidad de los asientos registrales.

Entonces, (i) contra un acto administrativo registral (que implica el ejercicio de control de legalidad, y por tanto, validez), (ii) que supone la concesión pública de personalidad, y (iii) las garantías legales que el Estado otorga a dicha inscripción, difícilmente podemos oponer la nulidad civil, diseñada para actos jurídicos, no administrativos.

Respecto a cancelación de asientos registrales, y nulidad de inscripción, esta solo se produce y corresponde exclusivamente por mandato de órgano jurisdiccional, que debe declarar la invalidez de los asientos registrales.

La teórica nulidad del acto no es privada, sino pública. En consecuencia, ninguno de los vicios acusados en el artículo 33 de la LGS afecta la existencia del corporativo, que se supone válido y de estructura perfecta ante la comunidad. De ahí resulta imposible que se produzca, aun con sentencia judicial firme y favorable a la admisión de tales supuestos, la retroactividad que se pudiera o debiera alcanzar respecto a otro tipo de actos civiles (de nulidad), pues la producción de efectos legales no proviene de la voluntad privada, sino del registro, y no es interna, sino que se produce *erga omnes*.

No hay tampoco resolución inmediata porque, como no puede ser de otro modo, lo que se ha de ordenar en sede judicial es el inicio de procedimiento de la liquidación (un corporativo no desaparece ni se borra de la existencia por mandato judicial, ya que ha nacido merced a otro acto administrativo especialísimo, rodeado de presunciones inatacables) para que, a su conclusión ordenada (o en quiebra), se inscriba la extinción (esta sí, la desaparición del corporativo), que se constituye a su vez como otro acto administrativo atestiguado por funcionario público.

Tampoco hay rescisión, ya que la existencia del ente resulta innegable, así como su eficacia, y las causales de nulidad son única y exclusivamente las previstas por la LGS, que, como norma especial, regula y se impone sobre la materia.

Contrario al sistema civil, la nulidad del pacto social es subsanable, pues si bien existe interés personal, también lo hay público y este se decanta en el principio de conservación de la empresa, que es transversal a las formas corporativas; y, por supuesto, no es imputable de oficio (lo que sí ocurre en el régimen civil general).

La nulidad no puede viciar a su vez los negocios celebrados de buena fe con terceros basados en la validez de la persona jurídica societaria. Esto, en sociedades, no solo se extiende a los actos que se produzcan posteriores a la inscripción, una vez desplegada la personalidad jurídica, sino incluso a los previos, y aquí no nos referimos únicamente a los denominados actos necesarios, sino a los actos preinscripción no necesarios. De ahí que estas circunstancias constituyan una de las razones para iniciar un procedimiento ordenado de liquidación de relaciones jurídicas en sede societaria, ya que la actividad relacional del corporativo con terceros no se limita a su nacimiento como persona, sino que se extiende incluso válidamente al tiempo de su formación.

Al referirse y regular la nulidad del pacto social, no se hace referencia a todas las sociedades existentes, habilitadas para el tráfico y reconocidas por ley, sino solo a las sociedades inscritas, es decir, que hayan alcanzado la categoría de personas jurídicas merced al registro.

En la idea de nulidad societaria (del pacto) no hay juicio de invalidez (en todo caso relativa) sobre la sociedad misma, ya que la ley reconoce (i) la institución de la irregularidad de origen (instrumental) y (ii) la de la sociedad *de facto* (no instrumental). Tampoco hay juicio de invalidez sobre (iii) la sociedad inscrita con vicios, o (iv) la sociedad inscrita sobrevinida en irregular, ya que en estas dos últimas surte pleno efecto la inscripción y se rigen por las garantías que de ellas devienen. Aún más, la invalidez resulta relativizada incluso en la llamada sociedad en formación. En los cuatro casos expuestos, a todas estas formas se les reconocen efectos vinculantes interna y externamente, con plena capacidad, desde su constitución.

Lo que la idea de la nulidad societaria predica, una vez sancionada por un juez (única autoridad que puede hacerlo), es la resolución ordenada de las relaciones jurídicas previamente establecidas, de las internas y externas, es decir, un procedimiento de liquidación. No se desconocen los actos previos.

Tal como lo señala el primer párrafo del artículo 33 de la LGS, las causales de nulidad se constituyen como un *numerus clausus*.

Cuando el numeral 1 del artículo 33 de la LGS se refiere al número de socios fundadores y pluralidad, su conservación parece concordante con las reglas establecidas en los artículos 223 y 1434 del CC para la nulidad y resolución de actos y contratos plurilaterales (el principio de conservación de actos jurídicos se encuentra presente allí, pero cabe destacar que en materia de sociedades se constata el de conservación de empresa o de la actividad empresarial, que es aún más riguroso) donde las prestaciones de cada uno de ellos van dirigidas a la consecución de un fin común. En esto hay sistemática, pero es claro que el artículo 1434 solo nos sirve como ejemplo paralelo, ya que no se trata de una norma que pueda ser aplicada y sea consustancial a sociedades, por las razones ya expuestas líneas atrás, absolutamente contrarias a la pretendida «contractualización» del derecho societario, concepción ajena al sistema peruano de personas jurídicas, donde ni siquiera las decisiones

adoptadas por sus órganos se constituyen como tales (los acuerdos societarios no son contratos), lo que analizaremos en un próximo trabajo.

Es importante señalar que el artículo 223 del CC parece generar conflicto con el numeral 1 del artículo 33 de la LGS, toda vez que este último vincula la capacidad y ausencia de consentimiento solamente a la pluralidad de miembros (exigencia de nuestra LGS, salvo para el caso del Estado como único socio), mientras que el primero dispone una variante vinculada a la participación esencial de un agente *que intervenga en el acto plurilateral*.

Otras legislaciones asumen otros supuestos adicionales de nulidad relacionados con la incapacidad o ausencia de consentimiento y, en general, el vínculo que en teoría debería unir a los socios, y que en consecuencia el vicio quiebre la relación. Este último podría ser el caso de la participación indispensable de alguno de los socios, ya sea por su aptitud intrínseca (*key man*), o su aporte esencial por su naturaleza o mayoritario al capital.

Cuando en el numeral 2 del artículo 33 de la LGS se refiere al objeto, ello debe entenderse con el objeto social, que se distingue de las actividades que pueden ser más amplias y no expresas. Cuando la nulidad se refiere al objeto como actividad, lo que debemos entender es que incluye perfectamente lo establecido por el artículo 11. Pero allí mismo surge un problema, cual es la interpretación relativa a su alcance, o a la omisión de referencia normativa más amplia. La sociedad es un sujeto pleno, capaz, y, por lo tanto, si bien ha de circunscribir sus actividades al objeto determinado e inscrito, no resulta extraño que no solo ejecute aquellos y además «actos relacionados», sino que puede hacerlo ampliamente y con excepción a los mismos —actos *ultra vires*, por ejemplo—. El artículo 33 pudo perfeccionarse, incluyendo los casos de objeto no declarado, o no determinado, y el *de facto*, aun cuando en el caso de la determinación aquella pueda inferirse de las exigencias del artículo.

Lo mismo sucede en los casos de su ilicitud (objeto claramente ilícito y por tanto contrario al precepto normativo del artículo 11), de actividades ilícitas (por la misma razón acotada para la ilicitud genérica), de objeto puramente prohibido (la realización de actos que se encuentran establecidos expresamente como prohibitivos), y de objeto prohibido en razón del tipo, referidos a actividades que se encuentran limitadas a algún tipo de sociedad.

En el caso del objeto lícito con actividad ilícita, esta última ha de probarse como tal, sin perjuicio de que forme un porcentaje más o menos importante del total de actos producidos. Es decir, puede ser que toda la actividad sea ilícita, o solo un aparte de ella.

Del mismo modo, esas ilicitudes pueden devenir habituales o no. Cada caso ha de analizarse para ello en concreto. Finalmente, y sobre esto mismo, pero no menos importante, la doctrina repara en las sociedades de objeto imposible.

Resulta evidente que un objeto contrario al orden público sería de más fácil examen que el objeto contrario a las buenas costumbres. Es menester relacionar este precepto con lo señalado en el título preliminar del CC.

Aun cuando el numeral 2 del artículo 33 no lo señale de manera expresa, debemos comprender que allí se incluye la causa ilícita, entendida como la finalidad o función económico-social que ha de cumplir el negocio societario.

Cuestión de especial relevancia no establecida en la ley es la responsabilidad de los gestores y de los socios por la nulidad declarada. Tampoco se ha determinado qué sucede con la cuota de liquidación y los daños causados a propios y extraños. Es menester establecer un régimen especial y expreso en la LGS que señale las responsabilidades correspondientes para aquellos que resulten culpables.

El numeral 3 del artículo 33 de la LGS consagra la nulidad por «contener estipulaciones contrarias a normas legales imperativas u omitir consignar aquellas que la ley exige».

Este numeral refiere tanto al pacto como al estatuto social, dado que, si bien el uno contiene al otro, es posible plasmar en ambos directrices reglamentarias para la sociedad y los socios. Estas se podrían constituir como tales de manera evidente, o ha de necesitarse mayor o menor esfuerzo para dilucidar su invalidez.

Nótese que, distante a las causales de los numerales 1 y 2, esta solo podría ser aplicable a una sociedad instrumentalizada, ya que se requeriría validar de manera objetiva y material tales contravenciones. El precepto también constituye una limitación a la autonomía privada.

El numeral 3 del artículo 33, al señalar como causal de nulidad la omisión de la consignación de normas que la ley exige, deja un espacio importante para coincidir con el numeral 4, que regula la tipicidad societaria, pues podría ser la falta de tales disposiciones (esenciales) la que permitan la identificación del tipo.

Cuando en el numeral 4 del artículo 33 de la LGS refiere «Por omisión de la forma obligatoria prescrita», se refiere al tipo legal corporativo y no a las formalidades del acto constitutivo. En ello, la tipicidad funciona para la seguridad jurídica, la transparencia de la organización, la posición válida de derechos, la seguridad del tráfico y el dinamismo comercial. Del mismo modo, su estandarización permite calificar de manera uniforme los títulos de inscripción de sociedades, a su ingreso en el registro. De estos comentarios también se deduce que la norma pudo referirse asimismo a la nulidad por atipicidad.

Además, ha de entenderse que la forma es una distinguida por la ley, de manera integral, y la estructura corporativa ha de aparecer completa, no en apariencia, ni parcial, por lo que resulta esencial que se presenten todos los elementos tipificantes (elementos diferenciadores del tipo), y, por tanto, que se pueda apreciar que los fundadores han adoptado una forma típica reconocida.

En este sentido, resulta interesante lo planteado a su vez por la legislación uruguaya, que sanciona con nulidad aquellas estipulaciones contenidas en el pacto o el estatuto que tengan por objeto desvirtuar el tipo adoptado.

Las últimas menciones sobre atipicidad y falta de estipulaciones exigidas por ley dejan muy claro cómo es que el régimen de sociedades puede verse afectado gravemente por la apariencia y seguridad que a su vez le imprime el registro.

El CC, en clara omisión, no se preocupa en absoluto del problema de la nulidad de las corporaciones que regula, personificadas o no. El articulado no hace tampoco remisión obligada alguna a reglas del libro de acto jurídico o al de contratos. Del mismo modo, esta norma no le atribuye a la persona jurídica ni a los entes que regulan la característica o naturaleza de contrato, lo que sí hacía su antecesora, eliminando tal referencia el legislador.

Entendemos que, al no haber legislación especial, hemos de aplicar el régimen societario, imperfecto, de nulidad del pacto social, a los tipos regulados en el CC con las distancias propias de las reglas contenidas en esta última norma y las características de dichas formas corporativas, con el fin de no generar contradicción entre un régimen y el otro.

El Estado puede crear sociedades mediante la promulgación de una ley *ad hoc*, y someterlas a las disposiciones de la LGS, en lo que le fuere aplicable. Estas sociedades pueden inscribirse en el registro de personas jurídicas creadas por ley. Sin embargo, no se crean por escritura pública, y no obtienen su personalidad a partir del registro, sino por mandato expreso de su ley de creación. Como es evidente, la nulidad societaria, tal como se encuentra dispuesta en el artículo 33 de la LGS, no sería oponible en este caso, ya que no existe pacto alguno al cual referirse, como tampoco escritura.

Las sociedades creadas por ley pueden seguir dos derroteros: (i) se rigen por lo dispuesto en su ley de creación para una o más de sus vicisitudes; o (ii) se rigen por el régimen general, lo que tendría que haber sido dispuesto por la ley de creación.

La nulidad, como se encuentra plasmada en la LGS, no es aplicable a las sociedades mineras creadas por el solo acto administrativo, pero debería ser asequible para aquellas que son producto de un acuerdo entre partes.

Una sociedad irregular no es un contrato: es un sujeto de derechos, *ergo*, una corporación con plena capacidad (no limitada como en otros casos). En consecuencia, la LGS incurriría en grave omisión. Del mismo modo, y abonando en este sentido, si aplicáramos la normativa general de nulidad de actos o contratos, regresaríamos sobre la discusión y efectos de la nulidad civil diferenciada de la nulidad societaria, la imposibilidad de la retroactividad, de la resolución inmediata, la falta de subsanación, la no imputabilidad de oficio, entre otros, que a su vez generarían un doble régimen de nulidad de sociedades que serían contradictorios entre sí, lo que no es lógico ni eficiente. Por tanto, y en aras de la concordancia, lógica y sistematización, a la irregular no le son aplicables las reglas generales de nulidad contenidas en el CC, sino que hay un solo régimen de origen y sustancia societaria al respecto.

Así, esto se entiende porque hay una solución que se verifica en el propio texto de la LGS, y es que la irregular se encuentra afectada en primera instancia por la inobservancia de las formalidades de constitución y, por tanto, está sujeta a la solución especial y acordada para tales casos, que es la regularización o, en su defecto, la liquidación, siendo que esta última conduciría al mismo destino que la declaración judicial de nulidad. Si se regulariza la sociedad, ello supone su inscripción en el registro público, y se purgarían los vicios; pero si, aun así, mantiene o genera nuevo vicio de nulidad, entonces recién se aplicarían las normas de nulidad del pacto.

En el caso de las sociedades irregulares de origen no instrumentalizadas, constituye una obviedad señalar que resulta casi imposible aplicarles el régimen de nulidad establecido en la LGS, pues la sola existencia como sociedad de la *de facto* resulta en un expediente complejo e incierto que habrá de dilucidar un juez. La falta de instrumento en las sociedades *de facto* impediría la determinación de los supuestos contenidos en el artículo 33 de la LGS, salvo la falta de voluntad. La solución para

las mismas sería el camino de la regularización, es decir, el artículo 426 de la LGS. Si luego de la regularización el vicio subsiste, se demandaría la nulidad.

Respecto de sociedades que no han exteriorizado actuación alguna, caben los casos de (i) las inscritas, cuya regulación no hace distinción sobre este aspecto, sino sobre el vicio nulificante propiamente; y, (ii) las no inscritas, que, como hemos explicado, se sujetan a la regla de regularización.

Sobre la improcedencia de la nulidad, el artículo hace alusión a dos escenarios que han de tenerse en cuenta para la conservación del ente: (i) la posibilidad de la purga de la causal de la que se trate, y (ii) el reconocimiento de que el acto puede preservarse también siempre que se verifiquen omisiones que puedan suplirse por la regla de derecho público, o que no se trate de condiciones esenciales, es decir, que no sean tipificantes, ni que dejen acéfalo el régimen de la sociedad. Evidentemente, esto tendrá que ser evaluado en su oportunidad por el juez competente, ya que dicho examen corresponde efectivamente a la autoridad. Sin embargo, el artículo no señala si esto es posible antes de la demanda, o si podría ocurrir durante el proceso, y, en este último caso, hasta qué etapa se podría producir, ya que esto en teoría podría subsanarse hasta antes de la sentencia. Del mismo modo, cuando la norma hace referencia a las formalidades, debió implicar con claridad directamente, como resulta obvio, la inscripción registral.

Cuestión que ha destacarse resulta del hecho de que la regla omite inexplicablemente pronunciarse respecto al cambio en la responsabilidad de los socios y gestores (por determinación del tipo o ausencia del mismo, por ejemplo), y si esto afecta o no la relación de estos frente a terceros una vez superada la causal de nulidad, si así fuera.

Conforme al artículo 35 de la LGS, la demanda de nulidad del pacto social se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y solo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución en el Registro. Parece una solución eficiente tramitar la demanda de nulidad del pacto por el proceso abreviado, siendo este el más breve de los procesos, y con las formas más sencillas. Sin embargo, este tendría que ser muy corto para reducir los efectos negativos del cuestionamiento a la validez del pacto, sino en el peor escenario, hacerlo prohibitivo, ya que la paralización de una sociedad es muchísimas veces lo mismo que la quiebra. Cuando la normativa regula que la demanda se dirige en contra de la sociedad, la ley reconoce y verifica la existencia como sujeto y la capacidad consustancial de la misma, así como su validez para actuar y ser parte del proceso, sin perjuicio del vicio que en sede de nulidad la aqueja. En ello denota una vez más de manera nítida su distinción con el régimen civil. Cuestión que llama la atención es aquel aspecto que señala que la demanda solo puede ser incoada por personas con legítimo interés, habiéndose obviado que ello se haga de oficio y/o por el Ministerio Público.

La sentencia de nulidad, para poder acceder al registro, ha de quedar firme para ello, ya sea porque no sea materia de impugnación o porque, siéndolo (en los plazos y formalidades procesales requeridas), se trate de instancia final.

Dice la ley que la inscripción de la sentencia en el registro disuelve la sociedad de pleno derecho, lo que no es preciso. La inscripción de la sentencia en el registro

es obligatoria, y lo es evidentemente en la partida de la sociedad. La anotada es una fórmula ya hace mucho tiempo criticada. La sentencia de nulidad debería declarar la disolución como tal, entendida como causal eficiente de la liquidación y, por ende, el inicio de esta última, la liquidación, como procedimiento, designando directamente a aquel o aquellos quienes se han de abocar a este último trámite. La sentencia no puede declarar la extinción de la sociedad, porque esta nació con un acto distinto, de orden público, cual es la inscripción.

La regla establece que es la junta general, dentro de los 10 días siguientes de la inscripción de la sentencia, la que designa al liquidador o a los liquidadores. Si omite hacerlo, lo hace el juez en ejecución de sentencia, y a solicitud de cualquier interesado. Esta es una norma perfectible, ya que puede ser más eficiente apartando la decisión de la junta y sometiéndola al mismo juez que declara la nulidad, lo que evitaría dilaciones y demás costos innecesarios. Del mismo modo, la norma establece que la sociedad mantiene su personalidad jurídica solo para los fines de la liquidación. Esto impone un régimen limitante, personalidad solo para cumplir con la liquidación, es decir, resolver las relaciones jurídicas externas e internas del corporativo, a efectos de dejar allanado el camino para la extinción. La sociedad no puede purgar la nulidad luego de la sentencia.

La sentencia firme que declara la nulidad del pacto social o del estatuto no surte efectos frente a los terceros de buena fe. En ello cabe confusión desde la perspectiva de que la nulidad invocada es del pacto, es decir, del acuerdo que ha de dar nacimiento al corporativo. El pacto incluye al estatuto; entonces, la declaración de nulidad del primero no solo contiene la del segundo, sino que lo arrastra indefectiblemente, y no puede ser de otro modo en una relación causa-efecto. La sentencia que declara la nulidad no hace desaparecer la sociedad, ni declara su inexistencia, ni resuelve *ipso facto* las relaciones jurídicas y/o actos jurídicos que unen a la sociedad con terceros. Los contratantes de buena fe, de acuerdo con el registro, y las seguridades y presunciones que lo rodean, contrataron bien, conforme debe hacerse coincidir con los artículos 2013 y 2014 del CC. En tanto lo que se abre es el procedimiento de liquidación, este implica la satisfacción de las obligaciones con terceros. Lógicamente, esto se sujeta a las patologías propias empresariales como son la insolvencia y la quiebra.

En resumen:

- a) La sociedad inscrita se rige por la nulidad de pacto (vicios claramente ubicables) en sede judicial, conforme la regla del artículo 33 de la LGS.
- b) La sociedad inscrita devenida irregular se rige por (i) la nulidad de pacto o (ii) la liquidación. Se liquida o regulariza por regla del artículo 426, y en la regularización se puede purgar el vicio. Si el vicio subsiste y no ha caducado, cabe demanda de nulidad según artículo el 33 de la LGS.
- c) La sociedad de hecho no contiene instrumento, lo que impide su determinación; salvo falta de voluntad, no se aplicarían las reglas de nulidad, sino su regularización; si el vicio subsiste y no ha caducado, se demandaría la nulidad según el artículo 33 de la LGS. Las reglas de nulidad ordinaria (CC) no serían viables, ya que es un sujeto de derechos, y las consecuencias generarían resultados no armónicos con el régimen general de nulidad.

- d) La sociedad irregular de origen no está sujeta a la nulidad, sino que rige regla de liquidación o regularización, y esta última (regularización) salvaría el vicio o lo haría visible para luego imputar nulidad. Las reglas de nulidad ordinaria (CC) no serían viables, ya que es un sujeto de derechos y las consecuencias generarían resultados no armónicos con el régimen general de nulidad.
- e) La sociedad irregular de origen instrumentalizada en la que media delito (fe pública o suplantación de identidad) no se sujeta a las reglas de nulidad, y no constituye un acto jurídico societario válido (contrario a todos los demás supuestos), y exige declaración judicial en sede penal. Aquí no cabe aplicar el artículo 33 de la LGS. Es una omisión de la LGS.

Bibliografía

- Beaumont Callirgos, R. (2007). *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Bonilla Sanabria, F. A. (2008). Unipersonalidad societaria: a propósito de un debate actual en el derecho colombiano. *Mercatoria*, 7(1).
- Breccia, U., Bigliuzzi Geri, L., Busnelli, F., & Natoli, U. (1992). *Derecho civil*. Tomo I (Vol. I). F. Hinestrosa, traducción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (1994). *Derecho societario*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (1997). *Derecho societario*. Tomo 6. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Chillida, J. V. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. Madrid: CIADI.
- Coase, R. H. (1937). *The nature of the firm*. *Economica* (new series), Vol. 4, Issue 16, p. 386-405. London.
- De Belaúnde López de Romaña, J. (2003). *Código Civil Comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídicas Editores.
- De Castro y Bravo, F. (1981). *La persona jurídica*. Madrid: Civitas.
- Dooley, M. (1995). *Fundamentals of corporation law*. New York: The Foundation Press Inc.
- Elías Laroza, E. (1998a). *Ley General de Sociedades comentada*. Lima: Normas Legales.
- Elías Laroza, E. (1998b). El objeto social, los alcances de la representación y los actos «Ultra Vires» en la Nueva Ley de Sociedades. *Revista Derecho y Sociedad*, 13, 7-12.
- Elías Laroza, E. (2015). *Derecho societario peruano*. Volumen II. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Enneccerus-Kipp-Wolff. (1974). *Tratado de derecho civil. Parte general I*. Primer Tomo. Barcelona: Bosch.
- Escobar Rozas, F. (2010). Causales de nulidad absoluta. Artículo 219. En *Código Civil comentado*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Espinoza Espinoza, J. (2001). *Derecho de las personas*. Tercera edición. Lima: Editorial Huallaga.
- Espinoza Espinoza, J. (2011). *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Grijley.
- Espinoza Espinoza, J. (2014). *Derecho de las personas. Personas jurídicas y organizaciones de personas no inscritas*. Séptima edición. Lima: Instituto Pacífico.

Fernández Gates, C. (2010). Revisión de los requisitos de constitución y procedimiento de inicio de actividades de sociedades en el Perú: sugerencias con miras a una posible mejora en su tramitación y una mayor simpleza en su regulación. *Revista Advocatus*, 23, 173-188.

Fernández Sessarego, C. (1990a). *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Cuarta edición. Lima: Cultural Cuzco.

Fernández Sessarego, C. (1990b). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Lima: Universidad de Lima Publicaciones.

Ferrara, F. (1929). *Teoría de las personas jurídicas* (pp. 746-754). Madrid: Editorial Reus.

Ferrero Diez Canseco, A. (1998). Las formas especiales de Sociedad Anónima en la nueva Ley General de Sociedades. *Revista Themis, segunda época*, 37, 17-33.

Furiasse, R., & Luján, M. D. (2015). La omisión de requisitos esenciales no tipificantes en la nueva regulación. Omisión por falta de adecuación. Propuestas. *Revista Estudios de Derecho Empresario*, vol. 11.

Galgano, F. (2004). Le categorie generali. Le persone. La proprietà. En *Diritto civile e commerciale*. Cuarta edición. Padova: CEDAM.

Halperin, I. (2000). *Curso de derecho comercial*. Cuarta edición, vol. I. Buenos Aires: Depalma.

Hansmann, H. (1996). *The ownership of enterprise*. Londres: The Belknap Press of Harvard University Press.

Hansmann, H., & Kraakman, R. (2000). *The essential role of organizational law*. Working Paper.

Hansmann, H., & Reinier, K. (2004). What is corporate law? En R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig ... E. Rock, *The anatomy of corporate law*. Oxford: Oxford University Press.

Hernández Gazzo, J. L. (2007). La actividad empresarial de las sociedades anónimas y el alcance de la representación societaria: cuestionamiento a la determinación del objeto social. *Ius et Veritas*, 35, 228-240.

Hundskopf Exebio, O. (2004a). La exclusión de accionistas por falta de pago de aportes. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 70.

Hundskopf Exebio, O. (2004b). Precisiones sobre el objeto social, los actos ultra vires y la afectación del interés social de las sociedades anónimas. En O. Hundskopf Exebio, *Derecho comercial. Temas societarios*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Iraculis Aregui, N. (2013). *Conflictos de interés del socio*. Madrid: Marcial Pons.

Jequier Lehuedé, E. (2011). Unipersonalidad y sociedad con un solo socio: alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno. *Ius et Praxis*, 17(2).

Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K. Kanda, H., Pargendler, M., Ringe, W., & Rock, E. (2004). *The anatomy of corporate law*. Oxford: Oxford University Press.

López del Rey, F. (2008). Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de la sociedad unipersonal. *Anales de Derecho*, volumen 26.

Lyon Puelma, A. (2006). *Personas jurídicas*. Cuarta edición. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Masferrer, L. G. (2007). El rasgo personalista o capitalista de las sociedades comerciales no pertenece al tipo. Un avance en la delimitación de conceptos: tipicidad societaria y relación asociativa en sociedades comerciales. En *X Congreso Argentino de Derecho Societario: VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa* (pp. 185-193). Córdoba.

Mazeaud, H. L., & Mazeaud, J. (1959). Los sujetos de derechos. Las personas. En *Lecciones de derecho civil. Parte primera*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.

Menéndez, A., & Rojo, Á. (2017). *Lecciones de derecho mercantil*. Decimoquinta edición, volumen I. Navarra: Civitas.

Monoreo Pérez, J. L., & Molina Navarrete, C. (2006). Estudio preliminar. En F. Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*. Granada: Editorial Comares.

Montoya Alberti, H. (2003). Causales de disolución y la liquidación societaria en la Ley General de Sociedades. En *Tratado de derecho mercantil* (pp. 1273-1298). Lima: Gaceta Jurídica Editores.

Montoya Stahl, A. (2010). «Uno es compañía...»: la conveniencia de regular la sociedad unipersonal en el Perú. *Ius et Veritas*, 40.

Montoya, A. (25 de agosto de 2014). *En contra de la determinación obligatoria del objeto social*. Recuperado de IUS 360: <https://ius360.com/privado/corporativo/en-contra-de-la-determinacion-obligatoria-del-objeto-social/>

Morillo Montilla, N. (2012). Responsabilidad de las sociedades irregulares frente a terceros contratantes. *Comercium (Revista Venezolana de Postgrado de Derecho Mercantil)*, 2.

Ninamancco Córdova, F. (2012). El problema de los efectos del negocio jurídico nulo: actualidad del pensamiento de José León Barandiarán. *Revista del Foro – Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Lima*. Lima: CAL.

Nissen, R. A. (2015). *Curso de derecho societario*. Tercera edición. Buenos Aires: J. L. Depalma, Ed.

Páez L., J. (1964). *Tratado teórico-práctico de las asociaciones*. Tercera edición. Buenos Aires: EDIAR.

Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

Richard, E. H. (1999). En torno a la «nulidad absoluta» de sociedad y el sistema jurídico de las relaciones de organización. *Revista Cuadernos de Derecho*, 14, 95-111.

Richard, E. H., & Muiño, O. M. (2007). *Derecho societario*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Robilliard D'onofrio, P. (2011). La E.I.R.L. y su fallida misión de hacer frente a las sociedades de favor. *Ius et Veritas*, 42.

- Rojo, Á. (2017). Las sociedades mercantiles. En A. Menéndez & Á. Rojo, *Lecciones de derecho mercantil*. Navarra: Civitas.
- Romero, J. I. (2012). *Sociedades irregulares y de hecho*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rubio Correa, M. (2006). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Salas Murillo, S. (1998). Los elementos configuradores del concepto de asociación en el derecho español. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, Facultad de Derecho.
- Salazar Gallegos, M. (2004). ¿Unificación, transformación, fusión o creación de personas jurídicas? *Actualidad Jurídica*, tomo 123, 60-61.
- Salazar Gallegos, M. (marzo de 2006). Los sistemas de constitución de las personas jurídicas de derecho privado. La existencia, el registro y sus repercusiones en el tráfico jurídico. *Actualidad Jurídica*, 49-55.
- Salazar Gallegos, M. (2007). Libertad de asociación. El tipo legal (corporativo), la titularidad de los miembros de una persona jurídica (lucrativa o no) y los mecanismos de acceso y salida de los que la componen en relación de la denominada *affectio societatis*. *JUS Doctrina & Práctica*, 481-496.
- Salazar Gallegos, M. (junio de 2015a). Derecho de asociación, libertades, limitaciones e intervención estatal. *Gaceta Constitucional*, tomo 90.
- Salazar Gallegos, M. (junio de 2015b). El objeto social y los fines en las sociedades y asociaciones: su relación con la separación de los socios. *Actualidad Civil*, 12, 102-113.
- Salazar Gallegos, M. (marzo de 2016). Los conceptos de disolución y liquidación en sociedades y organizaciones no lucrativas. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, tomo 33, 155-167.
- Salazar Gallegos, M. (febrero de 2017). Fusiones y adquisiciones atípicas de sociedades y organizaciones no lucrativas. *Actualidad Civil*, 3(32), 333-391.
- Salazar Gallegos, M. (abril de 2018). Anomalías societarias: la sociedad irregular. *Actualidad Civil*, 46, 247-274.
- Samuelson, P. (1999). *Economía*. Madrid: McGraw-Hill, Inc.
- Spota, A. (1968). El sujeto de derecho. En *Tratado de derecho civil. Parte general*. Tomo I, volumen 3, 219-230. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Taboada, L. (1998). Causales de nulidad del acto jurídico. *Themis*, 11.
- Verón, A. V. (2010). *Ley de Sociedades comerciales comentada*. Buenos Aires: La Ley.