

LAS SOCIEDADES DE HECHO E IRREGULAR (CON REFERENCIA A LA SOCIEDAD COLECTIVA COMERCIAL)

ÓSCAR TORRES ZAGAL
Universidad Central

1. El Código Civil de 1855, en su artículo 2057, inciso primero señala: “Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes”; la declaración del legislador de no poder subsistir como contrato alguno, remite al cuasi contrato de comunidad (hecho voluntario lícito, no convencional que genera obligaciones) definida en el artículo 2304 del Código Civil, que señala: “La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato”. La división y liquidación de este cuasi contrato se sujeta a las reglas de la partición de la herencia.

2. La Sociedad Colectiva Comercial, se forma, existe y prueba por escritura pública y debe inscribirse su extracto en el Registro de Comercio de su domicilio, en el término de 60 días contados desde la fecha de ésta (art. 350 C. de Comercio).

3. El “Contrato de Sociedad” consignado en un Documento Privado no produce otro efecto entre los socios que el de obligarlos a otorgar la escritura pública antes que la sociedad dé principio a sus operaciones (artículo 351 Código de Comercio). A esta figura se la conoce con el nombre de Conversión del Negocio Jurídico (sobre el tema «La Conversión del Negocio Jurídico en el Derecho Mercantil, María Dora Martinic G., Ed. Jurídica, 1968). «En nuestro concepto, la conversión es la transmutación que opera por el ministerio de la ley, en cuya virtud un negocio jurídico nulo produce los efectos de un negocio de tipo distinto, o aun, sus propios efectos, permitiendo a las partes satisfacer el fin que perseguían con el primero, aunque tal satisfacción no sea integral» ob. cit. pág. 34.

4. Los conceptos de Sociedad de Hecho e Irregular o Anómala, no son conceptos unívocos en la Doctrina y en la Jurisprudencia, esto es, se trata de nociones distintas con matices particulares. La Doctrina distingue la noción de anomalías societarias,

como género e identifica como dos especies distintas a la sociedad de hecho y la sociedad irregular.

La Corte Suprema, en sentencia de 5 de julio de 1940 (R.D.J. XXXVIII, Sec. 1º, pág. 173) declaró «La nulidad de una sociedad colectiva comercial por haberse omitido las solemnidades que la ley prescribe, da origen a una sociedad de hecho entre los socios...» Esta noción en la sentencia transcrita, vincula la sociedad de hecho como la ineficacia causada por el simple atentado a la formalidad del acto jurídico constitutivo.

La Corte de Apelaciones de Bordeaux, en una sentencia de 14 de mayo de 1990 (Revue des Sociétés, N° 4 Dalloz, pág. 592), declaró que «Sociedad de Hecho es una sociedad que por la intención común de sus miembros, está destinada a no ser objeto de formalidades legales y, por lo tanto, a funcionar sin tener personalidad jurídica. De carecerse de esta intención, las partes en causa se encuentran en la situación de una sociedad en formación...»

El autor argentino, Enrique Zaldívar señala que «debe entenderse por sociedad de hecho aquélla que carece, en absoluto, de instrumento fundacional.» (Anomalías Societarias, «Adbocatus» pág. 67, Córdoba Rep. Arg.) y por sociedad irregular, siguiendo a Saúl Argeri, debe entenderse a «aquella que a pesar de instrumentada, está viciada en su constitución por no satisfacer alguna de las formalidades impuestas por la ley» (Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa, pág. 368, Astrea Bs. Aires, 1982).

5. El nuevo artículo 357 del Código de Comercio (incorporado por la Ley N° 19.499 de 11 de abril de 1997) prescribe: «La Sociedad que adolezca de nulidad por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 350 gozará de personalidad jurídica y será liquidada como una sociedad si consta de escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado. Todo ello, sin perjuicio del saneamiento del vicio en conformidad con la ley.

Los socios responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho».

El artículo 350 ordena que «La sociedad colectiva se forma y prueba por escritura pública inscrita en los términos del artículo 354»; esta última disposición obliga a inscribir un extracto de la escritura de constitución, en el término de 60 días contados de la fecha de ésta, en el Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la sociedad.

El nuevo artículo 355 A del Código de Comercio, dispone: «La omisión de la escritura pública de constitución o de modificación, o de su inscripción oportuna en el Registro de Comercio, produce nulidad absoluta entre los socios, con la salvedad de lo dispuesto en los artículos 356, inciso primero, y 361, inciso primero.

El cumplimiento oportuno de la inscripción producirá efectos retroactivos a la fecha de la escritura».

El artículo 356 dispone que «La sociedad que no conste de escritura pública, o de instrumento reducido a escritura pública, o de instrumento protocolizado, es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada.

No obstante lo anterior, si existiere de hecho dará lugar a una comunidad. Las ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán y la restitución de los aportes se efectuará entre los comuneros con arreglo a lo pactado y, en subsidio, de conformidad a lo establecido para la sociedad.

Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta; y no podrán oponer a los terceros la falta de los instrumentos mencionados en el inciso primero. Los terceros podrán acreditar la existencia de hecho por cualquiera de los medios probatorios que reconoce este Código; y la prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.

6. CASUÍSTICA DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

- 1° Se otorgó la sociedad por escritura pública e inscripción de extracto en Registro de Comercio en tiempo, pero existe vicio formal en cuanto a falta de cumplimiento o cumplimiento imperfecto de las menciones que la ley ordena incluir en la respectiva escritura (art. 1° inciso 3° Ley N° 19.499).
- 2° Se otorgó la sociedad por escritura pública, con omisión de extracto inscrito en Registro de Comercio.
- 3° Se otorgó la sociedad por escritura pública, con inscripción de extracto en Registro de Comercio fuera de plazo.
- 4° Se otorgó la sociedad por instrumento privado que se redujo a escritura pública.
- 5° Se otorgó la sociedad por instrumento privado, protocolizado.

En estos casos estamos frente a una sociedad irregular, ya que se ha gestado con transgresión a las formas típicas que la ley prescribe.

7. CONCEPTO DE VICIO FORMAL Y VICIO DE FONDO

Vicio Formal: «Considérense vicios formales aquéllos que consisten en el incumplimiento de alguna solemnidad legal, tales como la inscripción o publicación tardía del extracto de la escritura, o la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto de las menciones que la ley ordena incluir en las respectivas escrituras, como, por ejemplo, lo relacionado con la razón social» (art. 1°, inciso 3°, Ley N° 19.499).

El artículo 9° de la Ley N° 19.499, señala que no constituye vicio formal y en su letra e) consagra la regla general subsidiaria. «En general, las disconformidades no esenciales que existan entre las escrituras y las inscripciones o publicaciones de sus respectivos extractos. Se entiende por disconformidad esencial aquella que induce a una errónea comprensión de la escritura extractada». Indudablemente los mayores problemas interpretativos, para los jueces y abogados, surgirán en relación de delimitar cuándo estamos frente a un vicio formal, sanable, y cuándo no estamos frente a un vicio formal de acuerdo a las reglas del artículo 9° de la ley.

Vicio de Fondo: «Los defectos relativos al contenido de las escrituras no se consideraran vicios formales, sino de fondo, si implican la privación de algún elemento esencial al concepto de sociedad o algún vicio de carácter sustancial de general aplicación a los contratos» (art. 1° inciso 4° Ley N° 19.499). Son elementos esenciales al contrato de sociedad, la existencia de dos o más personas, la estipulación de aporte (capital social), el ánimo o voluntad de formar la sociedad o compañía (affectio societatis) (art. 2053 C. Civil); y, son elementos de la esencia o existencia comunes a todo acto jurídico, la capacidad legal, la voluntad libre de vicios, una causa lícita, el objeto lícito y las solemnidades en los actos jurídicos que se exigen ciertas formas típicas en consideración a la naturaleza del mismo.

8. PRINCIPIOS GENERALES DE LA NULIDAD EN LA LEY N° 19.499

8.1. La nulidad regulada por la Ley N° 19.499, relativa a la existencia de Vicios Formales en la constitución o modificación de una sociedad comercial y de responsabilidad limitada, admite saneamiento: «La nulidad derivada de vicios formales, que afecte la constitución o modificación de una sociedad, puede ser saneada del modo que se señala en esta ley.» (art. 1, inciso 1°). La Ley N° 19.499, en su artículo 3° establece un procedimiento para sanear la nulidad, con los siguientes requisitos: a) Que se otorgue una escritura pública en la cual se corrija el vicio de la constitución o modificación; y b) Que un extracto de la Escritura de Saneamiento sea inscrito y, si fuere el caso, publicado, en el plazo que corresponda, según sea el tipo de sociedad que se trate (el art. 4° de la ley señala las menciones que debe contener el extracto).

No es posible sanear la nulidad por vicio formal, a consecuencia de la ejecución voluntaria del «contrato» de sociedad (art. 358 del C. de Comercio).

8.2. Para que la nulidad por vicios formales que afecte la constitución o modificación de una sociedad sea sanable, es requisito esencial que estos actos consten de escritura pública, o instrumento reducido a escritura pública o protocolizado (arts. 1°, inciso 5° y 356 C. de Comercio). De no concurrir esta circunstancia, se produce una nulidad de pleno derecho y si existiere de hecho da lugar a una Comunidad, con responsabilidad solidaria para sus comuneros frente a terceros.

8.3. Saneada la nulidad por vicio formal de conformidad a la ley, ésta produce efecto retroactivo a la fecha de las escrituras públicas o de la protocolización aludidas. Pero si se trata de una modificación que no haya sido oportunamente inscrita y, es su caso publicada, el saneamiento producirá efecto retroactivo a la fecha de la inscripción o publicación tardía, y si ambas formalidades se practicaron con retraso, a la fecha en que se haya realizado la última (art. 2°).

8.4. El procedimiento de saneamiento que contempla la ley, puede practicarse «aún después de que la nulidad haya sido hecha valer en juicio, pero antes de que quede ejecutoriada la sentencia de término» (art. 7°).

8.5. La acción y excepción de nulidad prescribe en el plazo de dos años, contados desde la fecha del otorgamiento de la escritura. Esta prescripción corre contra toda clase de personas y no admite suspensión alguna. Vencido este plazo prevalecen las disposiciones de la escritura sobre las del extracto (art. 6°).

8.6. La nulidad fundada en vicios formales que afecte la constitución o modificación de una Sociedad, una vez que ésta se encuentre disuelta, no puede alegarse en juicio (art. 10). Esta disposición es lógica, ya que una vez que ha operado una causal de disolución, la sociedad entra en proceso de liquidación y no tiene sentido alegar y obtener una declaración jurisdiccional de nulidad.

8.7. Consagración del Principio No hay Nulidad sin Perjuicio. Este principio, común al sistema de nulidades, el legislador lo incorporó de modo expreso en la ley, en su artículo 8° que dispone: «La alegación de que una sociedad o su modificación es nula por afectarle un vicio de carácter formal, será desestimada si no se acredita en el proceso que la existencia de ese vicio causa un efectivo perjuicio de carácter pecuniario a quien lo hace valer.». Este mismo principio se aplica en materia de

nulidad procesal en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y artículo 77 de la Ley N° 18.092, sobre Letra de cambio y Pagaré, que señala: «El tribunal podrá desechar la nulidad de un protesto cuando el vicio no hubiere causado un efectivo perjuicio al que lo invoca.»

En relación a este principio, es ilustrativa la conceptualización del procesalista Hugo Pereira Anabalón, que expresa que «El quebrantamiento de las formas no deriva en nulidad si no hay perjuicio» y agrega: «Es también principio universalmente aceptado por la doctrina, que la infracción de normas de requisitos formales no trasciende a la invalidación de los respectivos actos si la parte que la invoca no ha experimentado perjuicio, postulado que se sintetiza en el antiguo aforismo francés «pas de nullité sans grief.»

(Derecho Procesal del Trabajo, pág. 320, Cono Sur, Santiago 1984).

8.8. Por el hecho de existir un vicio formal, que afecte a la constitución o modificación de una sociedad colectiva comercial, no es causal eximente de responsabilidad para sus socios frente a terceros que hayan contratado con ésta. En efecto, conforme a lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 357 del C. de Comercio, los socios responderán solidariamente frente a terceros «con quienes hubieren contratado a nombre e interés de la sociedad de hecho». Siguiendo las explicaciones del Profesor Rafael Lasalvia Copene, en este caso se protege a los terceros, consagrándose la Teoría Integral de la Apariencia, en virtud de la cual no puede exigírseles a los terceros que contratan con la sociedad, investigar si la sociedad se encuentra o no bien constituida.

8.9. En relación a los terceros, también se consagra una regla de responsabilidad, al disponer el artículo 359 del C. de Comercio que «El que contrate con una sociedad que no ha sido legalmente constituida, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones.»

9. CONCLUSIÓN

La Ley N° 19.499, publicada en Diario Oficial de fecha 11 de abril de 1997, que establece normas de procedimiento para sanear vicios formales y que modificó el Código de Comercio y otros cuerpos legales, que pueden afectar a las Sociedades Comerciales y de Responsabilidad Limitada, en su constitución y modificación, vino a llenar un vacío legal que la práctica jurídica ya había resuelto por la vía de la llamada «repactación del pacto social», que consistía en modificar la sociedad viciada en un tópico cualquiera y en esta virtud sanear los vicios de que padecía, volviendo a otorgar un texto refundido de la sociedad, cumpliendo con las solemnidades que la ley exigía al tipo societario. Entendemos que esta solución práctica de la «repactación» de la sociedad viciada, tuvo su origen en los negocios bancarios, ya que los Bancos al detectar la existencia del vicio, a fin de materializar un negocio bancario con una sociedad sana, exigían esta solución.

En tanto se publico la ley referida, comenzaron las interpretaciones vía doctrina, las que indudablemente continuaran y serán materia en el corto plazo de las primeras interpretaciones jurisprudenciales, cuando se presenten conflictos de interés en relación a la nulidad, existencia, presencia de vicio de forma o de fondo, o ausencia

de vicios formales. Frente a esta realidad, resulta destacable la incorporación a nivel legal del principio «no hay nulidad sin perjuicio patrimonial». Asimismo, habría sido deseable que el legislador hubiese sujetado la litis a procedimiento sumario, a fin de evitar la ritualidad del juicio ordinario de común aplicación conforme a lo dispuesto por el artículo 3º del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, podemos señalar que sigue en pie la máxima de que no puede pedírsele al legislador rasgos de genialidad, cada vez que pretende resolver una necesidad jurídica o regular un instituto.