

OSVALDO CONTRERAS STRAUCH

INSTITUCIONES
DE DERECHO
COMERCIAL
TOMO I

La primera edición de esta obra, publicada en marzo de 2004 por la Universidad Diego Portales, se agotó rápidamente, lo que impulsó al profesor Osvaldo Contreras Strauch a trabajar en la elaboración de una segunda, considerablemente ampliada, revisada y puesta al día, que se publica esta vez bajo el sello de nuestra casa editorial.

La obra excede con mucho el marco del interés docente y está destinada a satisfacer las necesidades generales del ámbito profesional, entre otras razones, porque es la única en su género que aborda con extensión los principales contratos mercantiles, compraventa, transportes y seguros, y que además los analiza tanto desde su perspectiva nacional como internacional.

La Primera Parte está dedicada a analizar la naturaleza, historia, características y clasificaciones del comercio y del Derecho Comercial, enfatizando las características generales del Derecho Comercial chileno, para abordar, luego, el examen de los llamados actos de comercio.

En la Segunda se estudia la figura del comerciante, la empresa mercantil y las sociedades, perfilando las diferencias que existen entre estas y la noción del establecimiento de comercio, de gran importancia pero absolutamente exento, en Chile, de reglamentación legal. Aquí se aborda también el examen de la regulación de la actividad comercial y, en particular, de los nuevos textos legales sobre la defensa de la libre competencia y la protección de los derechos de los consumidores, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo. Por último, en esta parte se estudian todos los tipos de sociedades, civiles y mercantiles, existentes en la legislación chilena.

Este primer tomo termina con la tercera parte de la obra, dedicada a la teoría general de las obligaciones mercantiles, partiendo por su concepto y siguiendo con sus características y su fuente, tanto la forma tradicional, el contrato, como aquella que es creación del Derecho Comercial, los títulos valores o títulos de crédito.

OSVALDO CONTRERAS STRAUCH

INSTITUCIONES
DE DERECHO
COMERCIAL

TOMO I



LexisNexis

TOMO I

INSTITUCIONES DE DERECHO COMERCIAL - OSVALDO CONTRERAS STRAUCH



INSTITUCIONES DE DERECHO COMERCIAL - TOMO I
OSVALDO CONTRERAS STRAUCH
Lima 18 x 24 cm
192 p.
16 x 24 cm



9 789562 385829



LexisNexis

En forma supletoria a lo previsto en la ley, se aplican a la empresa individual de responsabilidad limitada las disposiciones legales y tributarias aplicables a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, incluyendo las normas sobre sancionamiento de vicios de nulidad, establecidas en la ley N° 19.499.

DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

CAPÍTULO IX LA SOCIEDAD COLECTIVA CIVIL

Párrafo primero

102. GENERALIDADES. CONCEPTO

No corresponde en propiedad al Derecho Comercial el estudio de la Sociedad Colectiva Civil, pero por razones didácticas, hemos creído de utilidad referirnos aquí, aunque sea brevemente, a este instituto propio del Derecho Civil, toda vez que la sociedad colectiva comercial se funda sobre la base de la colectiva civil y aquella es el sustento, a su vez, de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, que es una de las más importantes especies de sociedades en uso hoy en día.

Así, muchas disposiciones de la Sociedad Colectiva Civil se aplican supletoria o directamente a las mercantiles, como es el caso de las causales de disolución, que no están tratadas en el Código de Comercio, que al efecto se remite al Código Civil.

En cuanto al concepto, podemos decir que la sociedad colectiva es *aquella en que todos los socios administran por sí o por un mandatario elegido de común acuerdo* (art. 2061, inciso 2° del Código Civil).

103. FORMACIÓN DE LA SOCIEDAD

En el Derecho Civil, la sociedad colectiva es un contrato simplemente consensual. Así se desprende del artículo 2053 Código Civil, el que, en lo pertinente, establece que por este contrato "...dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira...", sin establecer formalidad alguna para materializar tal estipulación. En la práctica, sin embargo, tratándose la sociedad de un contrato de tracto sucesivo que está destinado a regir una institución que puede durar muchos años y que va a interrelacionarse jurídicamente con muchos terceros, es absolutamente recomendable mate-

rializarla en un texto escrito. Una sociedad constituida verbalmente, difícilmente va a poder funcionar en la práctica.

104. DURACIÓN O VIGENCIA DE LA SOCIEDAD

Los socios son libres de estipular la duración de la sociedad. Pero si nada dicen sobre la época en que comienza, "se entenderá que la sociedad principia a la fecha del mismo contrato" y si nada dicen sobre la fecha de su expiración, "se entenderá contraída por toda la vida de los asociados salvo el derecho de renuncia".

Pero las sociedades que se formen para la ejecución de un negocio de duración limitada, se entenderán contraídas "por todo el tiempo que durare el negocio" (artículo 2065 del Código Civil).

105. DIVISIÓN DE GANANCIAS Y PÉRDIDAS

El principio general es que los socios pueden fijar las reglas que estimen convenientes para la división de las ganancias y pérdidas (art. 2066 del Código Civil).

A falta de estipulación expresa, se entenderá que la división de ganancias y pérdidas será a prorrata de los aportes de cada socio al fondo social.

Si uno de los socios contribuye sólo con su industria, servicio o trabajo y no se hubiere convenido la cuota que le deba corresponder en los beneficios sociales, a falta de acuerdo, la cuota será fijada por el juez, y si ninguna estipulación haya determinado la cuota que le quepa en las pérdidas, se entenderá que no pierde otra cosa que su industria, trabajo o servicio.

El Código Civil establece que la distribución de beneficios y pérdidas no estará vinculada a la gestión de cada socio ni respecto de cada negocio en particular, así como también los negocios en que la sociedad sufre pérdidas deberán compensarse con aquellos en que reporta beneficios, de tal modo que la proporción de beneficios y pérdidas que corresponda a los socios, recaerá sobre el resultado del negocio en su conjunto. El "corte" se produce con el respectivo Balance Anual.

106. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA CIVIL

1. *Principio general:* El principio básico es que la administración de la sociedad puede confiarse a uno o más de los socios, sea por el contrato de sociedad o por un acto posterior unánimemente aceptado.

2. *Gerente Estatutario:* Si el o los socios administradores son designados en el pacto social, las facultades administrativas de dicho socio o socios forman parte de las condiciones esenciales de la sociedad, a menos de expresarse otra cosa en el contrato.

En tal caso, el socio o socios encargados de la administración no pueden renunciar a su cargo, salvo por causa prevista en el contrato o aceptada unánimemente por los demás. Tampoco pueden ser removidos de su cargo sino en los casos previstos en el contrato o por causa grave, entendiéndose por tal, la que los haga indignos de confianza o incapaces de administrar útilmente, pudiendo en tal caso solicitar su remoción cualquiera de los socios, debiendo justificar la causa.

Si la causal no está prevista en el contrato, la renuncia o remoción del gerente estatutario pone fin a la sociedad.

No obstante, en dicho evento podrá continuar la sociedad si todos los socios convienen en ello y en la designación de un nuevo administrador o en que convengan que la administración corresponderá en común a todos los socios. Asimismo, podrá también continuar la sociedad si, habiendo varios socios administradores, se remueve o renuncia uno y se acuerda unánimemente que ejerzan la administración los que restan (artículo 2073).

3. *Administración conferida por acto posterior:* Si la designación del administrador se efectúa por acto posterior al Estatuto, el administrador podrá renunciar o ser revocado según las reglas generales.

4. *Administración conferida a dos o más socios:* Cuando se designa como administradores a dos o más socios, sea por el contrato de formación de sociedad o por convención posterior, en principio se entiende que cada uno de los administradores podrá ejecutar por sí solo cualquier acto administrativo.

Pero si se les hubiere ordenado actuar en conjunto, no podrán obrar separadamente ni aun a pretexto de urgencia.

5. *Facultades de los administradores:* El administrador debe ceñirse a los términos del mandato y en todo lo no previsto por éste, se entenderá que el mandatario no tiene otras facultades ni podrá contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de la sociedad (artículo 2067 Código Civil).

El administrador es obligado a cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad, pero no puede empeñarlos, ni hipotecarlos ni alterar su forma, aun cuando parezca conveniente.

El administrador que obra dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios obliga a la sociedad, pero si obra fuera de sus facultades, él sólo será responsable (artículo 2079 Código Civil).

Obrando dentro de sus atribuciones y de las restricciones legales, podrá actuar incluso contra el parecer de los otros socios.

Sin embargo, si el acto aún no ha producido sus efectos legales, la mayoría de los consocios podrá oponerse al acto.

6. *Obligación de rendir cuentas:* El o los socios administradores están obligados a rendir cuentas de su gestión, en los períodos designados en el acto de su designación y a falta de norma al respecto, anualmente. (art. 2080 Código Civil).

7. *Regla subsidiaria de carácter general:* Si no se ha conferido poder de administración a uno o más de los socios, se entenderá que cada uno ha recibido de los otros el poder de administrar con las facultades generales de administración contempladas en el Párrafo 4º del Título XXVIII, del Libro 4º del Código Civil.

Deberán observarse especialmente en este caso las reglas siguientes:

1º. Derecho de oposición: Cualquier socio podrá oponerse a los actos administrativos de otro mientras esté pendiente su ejecución o no hubiere producido efectos legales;

2º. Derecho a servirse de los bienes sociales: Cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas sociales debiendo ocuparlas según su destino ordinario y sin perjuicio ni de la sociedad ni de los demás socios;

3º. Obligación de contribuir a las expensas sociales: Todo socio que ejerce actos de administración, podrá obligar a los demás socios a contribuir con las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales.

4º. Prohibición de hacer alteraciones en los inmuebles sociales: Ningún socio podrá hacer innovaciones en los inmuebles sociales sin el consentimiento de los demás.

107. OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS ENTRE SÍ. EL APORTE

1. Obligación de efectuar el aporte

Esta es una obligación del socio para con los demás socios, pero también para con la sociedad misma, de modo que podrán reclamar su entrega aquéllos o ésta.

Los aportes de bienes se pueden efectuar en propiedad o en usufructo y en uno y en otro caso, los frutos pertenecen a la sociedad desde el momento del aporte.

El socio que retarde la entrega de su aporte, aun por culpa leve, es obligado a resarcir a la sociedad todos los perjuicios que le haya causado el retardo. En esta obligación está comprendido el retardo en el aporte del servicio industrial del socio que tenga este carácter.

Aportada una cosa en propiedad, el riesgo de la cosa pertenece a la sociedad desde el momento de la tradición. Si se aporta en usufructo, la pérdida o deterioro de la cosa, no imputables a culpa de la sociedad, afectará al socio que hace el aporte.

Si el aporte consiste en el usufructo de cosas fungibles; en cosas que se deterioran por su uso, en cosas tasadas o cuyo precio se ha fijado de común acuerdo, o en materiales de fábrica o artículos de venta pertenecientes al negocio o giro de la sociedad, pertenecerá la propiedad a ésta, con la obligación de restituir al socio su valor, valor que será el que tuvieren las cosas al tiempo del aporte, a menos que hayan sido aportadas apreciadas, caso en el que se deberá el valor de apreciación.

Sea que aporte un bien en propiedad o usufructo, el socio que lo efectúa es obligado al saneamiento de la evicción.

2. Efectividad del aporte

El aporte debe ser real y efectivo. De allí que si en el acto constitutivo de la sociedad se asegura a una persona que ofrece su industria una cantidad fija, que deberá pagársele íntegramente aun cuando la sociedad se halle sufriendo pérdidas, la cantidad ofrecida se mirará como retribución o pago de la industria "y el que la ejerce no será considerado como socio" (art. 2086 CC).

Asimismo, si se le asigna una cuota del beneficio eventual, el socio industrial no tendrá derecho a ella si la sociedad se encuentre sufriendo pérdidas, aunque se le haya asignado esa cuota como precio de su industria.

3. Exigencia de un aporte mayor que el pactado

No podrá exigirse a ningún socio que aporte más que lo pactado. Pero si por circunstancias sobrevinientes no pudiere alcanzarse el objeto social sin dichos aportes extraordinarios, el socio que no consienta en efectuarlos deberá hacerlo si sus consocios lo exigen.

Párrafo segundo

108. CESIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS SOCIEDADES COLECTIVAS. LAS SOCIEDADES PARTICULARES

Los socios de una sociedad colectiva están afectos a una prohibición, consagrada en el Código Civil, de enajenar sus derechos sociales sin el consentimiento de los demás socios y la participación activa de éstos en el

contrato respectivo (artículo 2088 del Código Civil). Esa prohibición se extiende a los socios de todo tipo de sociedades colectivas, civiles o comerciales, e incluso a las colectivas de responsabilidad limitada.

En ese tipo de sociedades, entonces, no es posible, bajo ninguna forma o concepto, que los socios puedan transferir sus derechos sociales sin el consentimiento de los demás consocios.

En relación a este tema, cabe analizar la disposición contenida en el párrafo final del citado artículo 2088 del Código Civil, que establece una figura especial, pocas veces considerada con suficiente detención.

En efecto, esta disposición contempla lo que se denomina "Sociedades Particulares" que no son propiamente sociedades sino que asociaciones. Respecto de éstas, cabe señalar que las asociaciones o cuentas en participación son contratos en los que dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas que ejecuta uno de ellos a su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuentas y dividir con su o sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida (artículo 507 del C. de Comercio).

Volviendo con el artículo 2088 del Código Civil, éste contempla que el socio de una sociedad colectiva que, como hemos dicho, no puede transferir sus derechos sociales a un tercero, puede, sin el consentimiento de los demás socios, asociarse con un tercero, respecto de su participación en la sociedad y lo que ocurre en ese caso es que se forma, en el lenguaje del Código "una sociedad particular", que sólo será relativa a la parte del socio en la sociedad colectiva.

En realidad no se forma ninguna alianza o vínculo entre esa persona extraña a la sociedad, y la sociedad misma o los otros socios, sino que simplemente una relación que vincula al socio que ha decidido participar de sus utilidades y la tercera persona ajena a la sociedad con la que éste se ha asociado.

Por ejemplo, ese tercero no podrá exigir directamente a la sociedad que le pague beneficios y, desde otro punto de vista, la sociedad no podrá exigirle que contribuya a las pérdidas porque éste es ajeno a ella. Es decir, no existe ninguna relación oficial entre ese tercero y los socios y la sociedad misma. El vínculo es únicamente entre esa persona (tercero) y el socio que se relacionó con él al amparo de esta figura legal.

109. LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS ENTRE SÍ, Y DE ÉSTOS CON LA SOCIEDAD

El artículo 2089 del Código Civil establece que todos los socios tienen derecho a que la sociedad les reembolse las sumas que aquéllos le hubieren

—según la terminología del Código— "adelantado" con conocimiento de ella, vale decir, de la sociedad, por obligaciones que ese socio hubiere contraído para los efectos de realizar los negocios sociales.

En otras palabras, para que los socios tengan el derecho de que la sociedad les reintegre el dinero que ellos hayan puesto, es preciso de que se trate de negocios sociales realizados por el socio en nombre, por y para la sociedad y que estén incluidos en su rubro u objeto social.

Del mismo modo, el socio tiene derecho a que la sociedad le pague los perjuicios que pudiera haber sufrido en razón de haber ejecutado actos por y para la sociedad y que, con motivo de ellos, el socio se ha expuesto y ha sufrido un perjuicio personal.

Así por ejemplo, si el socio proporciona un vehículo de su propiedad para transportar bienes que pertenecen a la sociedad y ese vehículo sufre un accidente prestando ese servicio, la sociedad deberá pagarle dichos daños.

La ley señala que los actos ejecutados por los socios y los productos que deriven de ellos, cuando dichos actos sean ejecutados en el interés común de la sociedad, pertenecen a ella y, por lo tanto, si uno de los socios ejecuta actos que, en definitiva, son más lucrativos para la sociedad, que le proporcionan a ésta un mayor ingreso de dinero, no por ello le confieren al socio la facultad de pedir en los beneficios sociales una participación mayor que aquella que está estipulada en el pacto social.

Esta disposición, contemplada en el artículo 2091 del Código Civil, debe ser objeto de un análisis muy de fondo respecto de sus virtudes y desventajas.

En efecto, cuando se forma una sociedad es necesario la existencia de la "affectio societatis" y esto no es otra cosa que la intención consciente, reflexionada, meditada, de compartir la suerte en común con otras personas en un negocio determinado y ello adquiere mucha importancia tratándose de las sociedades de personas, en las cuales, como su nombre lo indica, más importantes son las personas que el capital.

En las sociedades de capital (v.gr. sociedades anónimas), las relaciones sociales son más impersonales, no así en las sociedades de personas y, por lo tanto, una de las causas por las cuales se pierde la affectio societatis se produce cuando sucede con frecuencia excesiva el caso a que se refiere el artículo 2091, vale decir, cuando uno de los socios es el que, permanente o constantemente, obtiene para la sociedad mayores beneficios que los demás. En definitiva, se produce invariablemente el fenómeno de que dicho socio comienza a preguntarse por qué siempre es él quien más contribuye, y a discurrir que de acuerdo a la proporción acordada no le corresponde una participación "justa" en los beneficios sociales ni proporcionada a sus esfuerzos. Ahí es cuando se pierde la affectio societatis, esto es, la intención de perseverar en la sociedad.

Pero, por otro lado, no podía la ley sino establecer la disposición del artículo 2091, porque si no existiera esta norma habría una permanente indefinición sobre cuál es la participación que le corresponde a cada uno de los socios.

Por el contrario los socios son responsables de los perjuicios que ellos ocasionen por culpa leve, y, para hacer más fuerte esta obligación la ley ha dicho que el socio que causa perjuicios a la sociedad no puede oponer en compensación a las sumas que deba pagar por concepto de tales perjuicios, el derecho a percibir los emolumentos que su industria o su trabajo hayan procurado a la sociedad en otros negocios, a menos que dicha industria o dicho trabajo correspondan a un giro distinto al giro social. En otros términos, si el socio hace una gestión por cuenta de la sociedad, pero esa gestión corresponde exactamente al giro de la sociedad, no podría ese socio que ha ejecutado un acto comprendido dentro del giro social, compensar con el fruto de ese trabajo, los perjuicios que él le hubiere causado a la sociedad.

En cambio, si esos beneficios provienen de un acto ejecutado por un socio, cuya naturaleza sea distinta de los actos que corresponden al giro social, se permite la compensación y la razón es muy simple: cuando el socio está haciendo la compensación con algo ajeno al giro social, que él ha hecho en beneficio de la sociedad, en realidad está compensando con algo por lo cual él tendría, teóricamente al menos, un crédito en contra de la sociedad, porque ningún socio está obligado a ejecutar gestiones ajenas al giro social. En ese caso se permite la compensación, porque tanto el perjuicio causado por el socio como el beneficio que proviene de una actividad ajena a una actividad social, son "ajenos" al giro social.

110. OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS RESPECTO DE TERCEROS

El principio general es que, cuando los socios contratan a su propio nombre y no en nombre de la sociedad, no la obligan respecto de terceros y la ley dice que no la obligan ni aun en razón del beneficio que ella reporte del contrato.

Como consecuencia, el tercero no podrá reclamar nada en contra de la sociedad sino que directamente en contra del socio que ha actuado, porque este socio ha actuado a nombre propio y no a nombre de la sociedad.

Sin embargo, este principio, aparentemente absoluto, tiene una limitación bastante importante en el párrafo final del primer inciso del artículo 2094 del Código Civil. Allí se dice que el acreedor podrá intentar contra la sociedad sólo las acciones del socio deudor, lo que significa, en el fondo, una subrogación. Se trata de que el socio que actúa a su propio nombre puede haber ejecutado ese acto en beneficio de la sociedad: el actuó en nombre propio, se obligó en forma propia, pero lo que él pretendía era que los beneficios de sus actos fueran a parar

en beneficio de la sociedad. Si eso ocurre, el tercero podrá ejercer en contra de la sociedad los mismos derechos que tendría aquel socio: "perseguir que la sociedad le reembolse el importe de los gastos".

La obligación de ésta, de reembolsar al socio que ejecuta tales actos en beneficio de la sociedad lo que haya gastado, proviene del artículo 2089 que, como hemos dicho, expresa que cada socio tendrá derecho a que la sociedad le reembolse las sumas que él hubiere adelantado con conocimiento de ella por las obligaciones que para los negocios sociales hubiere contraído legítimamente y de buena fe.

Por lo tanto, frente a la sociedad, el tercero que contrató con el socio, actuando éste a su propio nombre, no tiene acción directa en contra de la sociedad. Por subrogación de derechos, tiene las acciones de que el socio dispone para cobrarle a la sociedad a título de reembolso.

¿Cuándo se entiende que el socio contrata a nombre de la sociedad?

Es necesario que el socio lo manifieste en todos los casos de un modo explícito.

Digamos que la regla general, la forma obvia en que un socio contrata a nombre de la sociedad, o se entiende que contrata a nombre de ella, es cuando él mismo lo manifiesta de un modo explícito (art. 2094, inciso segundo) o "cuando las circunstancias lo manifiesten de un modo inequívoco".

Para no dejar sombra alguna de duda respecto de lo que ha querido decir con la expresión "de un modo inequívoco", el legislador dice que en caso de cualquier duda al respecto se entenderá que la obligación ha sido contraída a nombre propio por el socio, por lo tanto la regla sigue siendo que, para que el socio obligue a la sociedad, tiene que actuar por ella y manifestarlo así, y que sólo puede suponerse que actúa en nombre de la sociedad—cuando no lo manifiesta de un modo ostensible— en los casos en que de las circunstancias del contrato se llegue a la conclusión ineludible de que realmente estaba actuando a nombre de ella.

Podría darse el caso de que un socio actúe en nombre de la sociedad, pero sin poder suficiente, vale decir, él es apoderado, pero sus facultades no son suficientes para convenir en el contrato que celebró por su cuenta.

En este caso, el socio obliga a la sociedad subsidiariamente, o sea, él es el obligado principal y la sociedad es obligada en subsidio suyo, sólo hasta concurrencia del beneficio que el acto le hubiere reportado a la sociedad. La ley establece que las disposiciones de este artículo comprenden al socio exclusivamente encargado de la administración (inciso final del art. 2094); es decir, no sólo en caso de que todos o algunos de los socios fueran administradores, sino también en el evento de que sea uno solo el socio encargado y él solo sea el que actuó fuera de su mandato, o sin poderes suficientes, o hubo dudas respecto a si contrató a nombre propio o de la sociedad.

Si la obligación es válidamente contraída, ella, esto es, la sociedad, resulta obligada plenamente frente a los terceros y en este caso se aplica la regla general que caracteriza a este tipo de sociedades: el hecho de que los socios responden indefinidamente, con todo su patrimonio, de las deudas sociales.

Esta regla básica está contemplada en el artículo 2095 del Código Civil en la siguiente forma: "Si la sociedad colectiva es obligada respecto de terceros —recordemos que estamos en el supuesto de que es válidamente obligada respecto de terceros— la totalidad de la deuda se dividirá entre los socios a prorrata de su interés social y la cuota del socio insolvente gravará a los otros".

Supongamos, por ejemplo, que una sociedad de este tipo contrae una deuda por fertilizantes por la suma de cuatro millones de pesos, que hay cuatro socios, todos tienen un 25% de participación en las utilidades y pérdidas y a raíz de calamitosos eventos propios de la naturaleza, la totalidad del fertilizante, de las semillas y del trabajo, se perdió porque el sembrado, supongamos, se quemó con heladas, no se pudo cosechar y la sociedad, que ya se encontraba en mala situación económica, a raíz de esto cerró con pérdidas y no tiene nada con qué responder de esa deuda. En este caso, la deuda social grava a los socios y éstos están obligados a pagarla en la misma proporción en que participaban de las utilidades y pérdidas. Por lo tanto, cada uno de ellos responderá, en principio, por \$1.000.000, puesto que son cuatro socios; pero podría haber un socio caído en insolvencia y en ese caso ese millón de pesos grava a los otros por iguales partes, por lo tanto cada uno de los otros tres responderá por \$1.333.333.

Dijimos que la sociedad colectiva civil se diferenciaba de la sociedad colectiva comercial en cuanto a que *en la sociedad colectiva comercial la responsabilidad de los socios no sólo es indefinida sino también solidaria*.

En efecto, en la Sociedad Colectiva Civil la responsabilidad es conjunta y el artículo 2095 del Código Civil, en su inciso segundo, señala que no se entenderá que los socios son obligados solidariamente o de otra manera que a prorrata de su interés social, sino cuando así se exprese en el título de la obligación y ésta se haya contraído por todos los socios o con poder especial de ellos.

Los acreedores de un socio no tienen acción sobre los bienes sociales, porque la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios que la componen.

Por excepción la tienen en los siguientes casos:

- a) Por hipoteca anterior a la sociedad;
- b) Por hipoteca posterior, cuando el aporte del inmueble por el socio a la sociedad no conste inscrito en el Registro de Propiedad respectivo, y
- c) Pueden ejercer las acciones indirecta y subsidiaria que les concede el artículo 2094 del Código Civil, que se refiere a que el acreedor de un socio

puede intentar contra la sociedad las acciones que este último tuviera en contra de ella por concepto de reembolso de gastos y desembolsos incurridos o de perjuicios sufridos por concepto de gestiones hechas en beneficio social, legítimamente y de buena fe. Estas acciones están indicadas en el artículo 2089 del Código Civil.

Párrafo tercero

111. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA CIVIL

No nos referiremos aquí a las causales de su disolución, porque las que contempla el Código Civil, en los artículos 2098 y siguientes, se aplican también a la sociedad colectiva comercial por mandato del artículo 407 del Código de Comercio y, en consecuencia, las estudiaremos al tratar esta última, en los números 148 y siguientes.

CAPÍTULO X
LA SOCIEDAD COLECTIVA COMERCIAL

Párrafo primero

112. LA FORMACIÓN DE LA
SOCIEDAD COLECTIVA COMERCIAL. LA ESCRITURA SOCIAL

La sociedad colectiva comercial se forma y prueba por escritura pública, inscrita en extracto, en los términos del artículo 354 (art. 350 del Código de Comercio).

Asimismo, la disolución de la sociedad que se efectuare antes de vencer el término estipulado, la prórroga de éste, el cambio, retiro o muerte de un socio, la alteración de la razón social y, en general, toda reforma, ampliación o modificación del contrato deberán ser reducidos a escritura pública, también inscrita en extracto en la forma prescrita en el aludido artículo 354 (inciso segundo del artículo 350). Por su parte, el artículo 360 señala que estos hechos no producirán efectos respecto de terceros, sino desde la fecha en que se deje constancia de su ocurrencia en la forma indicada en el artículo 350.

El contrato que conste de un documento privado no tendrá mas valor que obligar a los socios a otorgar la escritura pública antes que la sociedad dé comienzo a sus operaciones (artículo 351).

La escritura pública de constitución de sociedad deberá contener, conforme al artículo 352, las siguientes menciones:

1. Los nombres, apellidos y domicilios de los socios.
No requiere esto de mayores explicaciones.
2. La razón o firma social;

La razón social constituye el sinónimo jurídico del nombre en el caso de las sociedades. Constituye la expresión idiomática con la que se identifica jurídicamente a ésta.

3. La designación de los socios encargados de la administración y uso de la razón social;

Al respecto cabe recordar las distintas posibilidades de administración que contempla la sociedad colectiva civil a que anteriormente nos hemos referido.

4. El capital de la sociedad y la forma en cómo es y/o será enterado, por cada uno de los socios, ya sea que el aporte consista en dinero, créditos o cualquier otra clase de bienes, debiendo considerarse el valor que se les asigna a los bienes muebles o inmuebles y, a lo menos, la forma en que debe hacerse su justiprecio, es decir, la evaluación de los aportes consistentes en bienes muebles o inmuebles;

5. El objeto social, es decir, las negociaciones sobre las que versará el giro de la sociedad.

6. La parte de los beneficios y pérdidas que se asigne a cada socio capitalista o industrial, lo cual significa especificar cuáles son los montos o proporción de los derechos de cada uno de los socios en la sociedad, lo cual determina, a su vez:

A. Su derecho a participar en las utilidades;

B. Su obligación de contribución en las pérdidas, y

C. De lo que le corresponda recibir en el momento en que se disuelva y liquide la sociedad, una vez restituido su aporte de capital.

Cada socio es, respecto de su aporte, acreedor de la sociedad. Por lo tanto el capital no es un activo de la sociedad sino que, por el contrario, es una deuda de ella para con sus socios.

7. La época en que la sociedad debe principiar y disolverse; esto es, el término de vigencia de la sociedad.

8. La cantidad que puede tomar anualmente cada socio para sus gastos particulares. Las utilidades, si es que las hay, se deben repartir una vez al año, lo que no impide que los socios tomen cantidades a cuenta de las ganancias que les pueda corresponder, las que se anotan en la cuenta particular de cada socio con la sociedad, en la contabilidad de estas instituciones. Recordemos que existe una cuenta con cada uno de sus acreedores y deudores, registrada en el libro mayor o de cuentas corrientes.

Así los socios, por lo tanto, también tienen una cuenta corriente con la sociedad a que pertenecen y en ésta se anotan (se acreditan) los préstamos que el socio le otorgue a la sociedad, ya que ésta puede optar por pedir préstamos a los socios en vez de pedir prestado a bancos o a terceros. Si así lo hace, se anota a favor del socio ese crédito que ha otorgado a la sociedad.

Por el contrario, cada vez que uno de los socios retira algo para su consumo particular, eso se anota (se debita) en su cuenta corriente particular y a final de año, según los resultados del ejercicio, el socio tendrá la posibilidad de consolidar esa cuenta y dejarla en cero, siempre que la sociedad haya tenido utilidades, pudiendo cobrar el excedente, si lo hay o, por el contrario, estar en

la obligación —teóricamente al menos— de tener que devolver, saldar su cuenta, si es que los resultados del ejercicio son malos.

En nuestro país tenemos un sistema de indexación automática, llamada comúnmente "reajuste de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor" (I.P.C.). Este sistema está incluido en nuestro sistema tributario lo que permite a las sociedades, al confeccionar su balance anual, incrementar el valor del capital según el aumento producido por la variación del I.P.C. (Tributariamente esto se denomina "reajuste del capital propio"). Ello es un beneficio en favor de la sociedad y de los socios en su calidad de contribuyentes porque, de lo contrario, la variación del capital que fuera equivalente al alza del I.P.C. sería considerada utilidad, sin serlo realmente.

9. La forma en que se debe verificar la liquidación y división social:

Las causales de liquidación y disolución están reguladas en el Código Civil y no en el Código de Comercio. Las estudiaremos más adelante.

10. La escritura social debe establecer si las diferencias que ocurren durante la vigencia de la sociedad deben ser sometidas a la resolución de árbitros arbitradores o no, y en caso afirmativo, cómo debe hacerse el nombramiento de los árbitros encargados de resolver estas diferencias.

Cabe hacer presente a este respecto que el artículo 415 del Código señala que si se omite en la escritura esta mención, "se entenderá que las cuestiones que se susciten entre los socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución, serán sometidas a compromiso."

11. El domicilio de la sociedad. Este no tiene por qué ser el domicilio de los socios, ni tampoco el lugar en donde se celebró el contrato y/o se otorgó la escritura. Es el lugar en que los socios pactan, que va a tener el asiento principal de sus operaciones y ello determinará, por consecuencia jurídica, cuál será el Conservador de Comercio en que habrá de practicarse la inscripción social, determinará ciertas publicaciones que habrá que hacer, en los casos en que la ley lo requiere, el lugar en donde habrá de iniciar sus actividades tributarias, dónde llevará su contabilidad, etc.

12. Los demás pactos que acordaren los socios.

113. LA INSCRIPCIÓN SOCIAL. EL EXTRACTO

La escritura social no basta para la validez de la sociedad colectiva comercial. Además, debe inscribirse en el Registro de Comercio un extracto de ella, al que se refiere el artículo 354 del Código de Comercio.

Este extracto de la escritura social deberá inscribirse en el registro de comercio correspondiente al domicilio de la sociedad y contendrá las indica-

ciones expresadas en los números uno, dos, tres, cuatro, cinco y siete del artículo 352, más la fecha de la respectiva escritura y la indicación del nombre y domicilio del escribano (o "Notario"), ante quien hubiere sido otorgada. Esta inscripción debe efectuarse dentro del plazo de 60 días corridos siguientes a la fecha de la escritura pública de sociedad.

En consecuencia, las menciones obligatorias del extracto son:

1. Nombres, apellidos y domicilio de los socios.
2. Razón o firma social.
3. Los socios encargados de la administración, y del uso de la razón social.
4. El capital social y la forma como es enterado por los socios.
5. El objeto social; y
6. Época en que la sociedad debe principiar y disolverse.

Dos disposiciones del Código son pertinentes de mencionar ahora: la primera, la del artículo 353, según la cual "...no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras de constitución de sociedad ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella".

La segunda, la del artículo 357, que prescribe que la sociedad que adolezca de nulidad por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 350 -falta de escritura social que cumpla cabalmente con lo dispuesto en el artículo 352 y/o de inscripción del mismo en el registro de comercio- gozará de personalidad jurídica y será liquidada como una sociedad si consta de escritura pública o de instrumento privado reducido a escritura pública o protocolizado. Todo ello, sin perjuicio del saneamiento del vicio en conformidad con la ley.

El Código, en la forma como ha quedado luego de la modificación que le introdujo la ley N° 19.499, sobre saneamiento de vicios de nulidad de sociedades, exige en estos casos, sin embargo, que al menos la formación de la sociedad conste de escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado.

Por último, es menester destacar que el artículo 359 del Código de Comercio dispone que "... el que contratare con una sociedad que no ha sido legalmente constituida, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones", lo que constituye la expresión clara de la voluntad del legislador de permitir el funcionamiento de estas sociedades imperfectamente constituidas, toda vez que desaparece la única fuente de interés que pudieran tener terceros en pedir la declaración de nulidad de este tipo de sociedades imperfectamente constituidas.

Nos referiremos con mayor detalle a estos temas en los párrafos que siguen.

Párrafo segundo

114. SANEAMIENTO DE LOS VICIOS DE NULIDAD QUE AFECTAN A SOCIEDADES. EXPOSICIÓN GENERAL

La ley N° 19.499, publicada en el Diario Oficial del 11 de abril de 1997, estableció un procedimiento para permitir el saneamiento de los vicios de nulidad de tipo formal que afecten la constitución o modificación de una sociedad.

Sus disposiciones son aplicables solamente a las sociedades colectivas mercantiles, a las de responsabilidad limitada, a las en comandita simples mercantiles, a las en comandita por acciones y a las sociedades anónimas.

Su artículo primero declara que para los efectos de la ley se consideran vicios formales aquellos que consisten en el incumplimiento de alguna solemnidad legal, tales como la inscripción o publicación tardía del extracto o la falta de cumplimiento o cumplimiento imperfecto de las menciones que la ley ordena incluir en las respectivas escrituras, señalando como ejemplo, lo relacionado con la razón social.

Para proceder al saneamiento de la nulidad por vicios formales es necesario que los actos de constitución o modificación de una sociedad consten de escritura pública o instrumento reducido a escritura pública o protocolizado, según corresponda.

115. VICIOS QUE NO PUEDEN SER SANEADOS. COMUNIDAD

Según el nuevo texto del artículo 356 del Código de Comercio, introducido por la aludida ley N° 19.499, 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, si existiere de hecho dará lugar, no a una "sociedad de hecho" sino a una comunidad, en la que 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 las reglas prescritas para la sociedad.

Los miembros de dicha comunidad responderán solidariamente frente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta y no podrán oponerles como defensa la falta de los instrumentos legales indicados en el inciso primero del citado artículo 356.

Los terceros podrán acreditar el hecho de la existencia de esta sociedad absolutamente nula —que legalmente constituye una comunidad— por medio de todos y cualquiera de los medios probatorios que contempla el Código de Comercio y la prueba que rindan se apreciará según las reglas de la sana crítica.

La ley señala que no son vicios formales que puedan acogerse al procedimiento general de saneamiento que ella contempla, los que por su trascendencia no se consideran vicios formales sino de fondo, como son los relativos al contenido de las escrituras, si implican la privación de algún elemento esencial al concepto de sociedad, o algún vicio de carácter sustancial de general aplicación a los contratos.

Por su parte, el artículo 9º señala que tampoco constituyen vicios formales de nulidad de una sociedad o de sus modificaciones, pero esta vez por su intrascendencia, y que por lo tanto no requieren ser saneados, los errores que pueden contener las correspondientes escrituras públicas o sus extractos inscritos o publicados que a continuación se indican:

- a) Los errores ortográficos o gramaticales o la contracción o resumen de palabras, si de ello no puede derivarse dudas en cuanto al sentido de la estipulación, regla que se aplicará aunque se incurra en expresiones que constituyen una formalidad legal;
- b) Los errores cometidos en la individualización de socios, accionistas o representantes, si de ello no pueden derivarse dudas en cuanto a la identidad de la persona de que se trata;
- c) Los errores numéricos o de cifras o porcentajes que manifiestamente no sean de carácter sustancial;
- d) Los errores en los datos o características de los aportes, si de ello no puede derivarse dudas en cuanto a su determinación, y
- e) En general, las disconformidades no esenciales que existan entre las escrituras y las inscripciones o publicaciones de sus respectivos extractos, entendiéndose por disconformidad esencial aquella que induce a una errónea comprensión de la escritura extractada.

Estos vicios, que hemos llamado intrascendentes podrán subsanarse en cualquier momento, mediante escritura pública otorgada por cualquiera que sea titular de derechos sociales o administrador de la misma sociedad en ese momento.

116. OPORTUNIDAD EN QUE PRODUCE EFECTO EL SANEAMIENTO

El saneamiento del vicio de nulidad producirá efecto retroactivo a la fecha de las escrituras públicas o de la protocolización aludidas precedentemente,

salvo si se trata de una modificación que no haya sido oportunamente inscrita y, en su caso, publicada, situación en la cual 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.

117. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PARA EFECTUAR EL SANEAMIENTO

De acuerdo al artículo 3º de la ley en comento, la sociedad quedará saneada una vez que se cumplan los siguientes requisitos:

a) En primer término, que se otorgue una escritura pública en la cual se corrija el vicio de la constitución o modificación, según corresponda. La ley señala expresamente que no será necesario reproducir íntegramente el estatuto social. Al otorgamiento de esta escritura deberán concurrir quienes sean los titulares de los derechos sociales al tiempo del saneamiento de la constitución o modificación, lo que significa reconocer tácitamente que el saneamiento puede pedirse incluso aunque haya habido de por medio una transferencia de tales derechos.

Si el vicio incide en una cesión de derechos sociales deberán concurrir a esa escritura, además, el cedente o sus causahabientes y quienes al tiempo del saneamiento sean los titulares de los derechos materia de la cesión.

Tratándose de sociedades anónimas o en comandita por acciones, la formalidad se entenderá cumplida mediante la escritura pública a la que se reduzca el acta de la junta extraordinaria de accionistas en la cual, mediante acuerdo adoptado con los quórum y mayorías necesarias para reformar el estatuto social, se corrija el vicio incurrido en la constitución o modificación.

En las sociedades en comandita por acciones será necesario, además, que concurren los socios colectivos que sean los titulares de los derechos sociales en la forma establecida en el párrafo segundo de la letra A del artículo 3º, esto es, quienes sean titulares de los derechos sociales al tiempo del saneamiento y si se trata de sanear una cesión de derechos sociales entre este tipo de socios, deben concurrir el cedente o sus causahabientes y quienes sean titulares de los derechos materia de la cesión al tiempo del saneamiento.

b) En segundo término, un extracto de la escritura de saneamiento deberá ser inscrito y, en su caso, publicado en el plazo que corresponda según el tipo de sociedad de que se trate.

De acuerdo al artículo 4º de la ley, el extracto de la escritura de saneamiento deberá contener:

- i. La fecha de la escritura extractada, esto es, la extendida para sanear el vicio, y el nombre y domicilio del notario ante el cual se otorgó;
- ii. Según sea el caso, la fecha de la escritura pública que contenga el acto que se sana o de la escritura de protocolización del documento que contenga el acto que se sana o de la escritura pública a que se redujo ese acto y el nombre y domicilio del notario ante el cual se otorgó.
- iii. Un extracto de las modificaciones mediante las cuales se corrija el vicio de que se trata.

118. SANEAMIENTO DE NULIDADES CONSISTENTES EN FALTA DE INSCRIPCIÓN O PUBLICACIÓN OPORTUNA

El inciso final del artículo 3º de la ley N° 19.499 expresa que en aquellos casos en que la causa de la nulidad de la constitución de una sociedad consista en la falta de oportuna inscripción o publicación del extracto de la respectiva escritura, la corrección del vicio se entenderá cumplida con la inscripción y, en su caso, la publicación oportuna de la escritura de saneamiento.

En otros términos, la escritura a que se refiere la letra A) del artículo 3º deberá limitarse a dejar constancia de la falta de oportuna inscripción y publicación, y de la voluntad de los comparecientes de sanear este vicio, de acuerdo al procedimiento contenido en la ley N° 19.499, mediante la efectiva ejecución de tales actos, esto es, la inscripción y, en su caso, la publicación correspondiente.

119. SANEAMIENTO DE VICIOS DE NULIDAD DE SOCIEDADES REGIDAS POR LEYES ESPECIALES

Si las sociedades afectadas por vicios formales de nulidad son de aquellas regidas por leyes especiales, el saneamiento de la nulidad deberá someterse, además, a las mismas formalidades que su constitución o modificaciones, en su caso. A título ejemplar la ley menciona a las sociedades anónimas a que se refieren los artículos 126, 127, 130, y 131 de la ley N° 18.046, esto es, las compañías aseguradoras y reaseguradoras, las sociedades anónimas administradoras de fondos mutuos, las bolsas de valores (artículo 126) y las sociedades administradoras de fondos de pensiones (artículo 130).

No están mencionadas en la ley, pero deben acogerse a este procedimiento también los bancos, sociedades financieras, instituciones de salud previsional y almacenes generales de depósito.

El saneamiento de los vicios requerirá, en estos casos, de una resolución aprobatoria de la Superintendencia correspondiente y que el certificado que ésta otorgue, sea inscrito y publicado en la forma prescrita en las normas legales correspondientes.

Revisaremos estas normas durante el estudio de las sociedades anónimas.

120. PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD POR LOS VICIOS QUE SE INDICAN

El artículo 6º de la ley N° 19.499 señala que, después de dos años contados desde la fecha del otorgamiento de la respectiva escritura, no podrá ser hecha valer la nulidad de la constitución o modificación de una sociedad derivada de:

- a) omisiones de que adolezca el extracto inscrito o publicado;
- b) contradicciones entre dicho extracto y la correspondiente escritura pública, y
- c) defectos en la convocación o desarrollo de juntas de accionistas de sociedades anónimas o en comandita por acciones.

El párrafo final del referido artículo señala que esta prescripción correrá contra toda persona y no permitirá suspensión alguna.

Es importante destacar que esta disposición señala, además, que vencido ese plazo las disposiciones de la escritura prevalecerán sobre las del extracto.

121. OPORTUNIDAD PARA EFECTUAR EL SANEAMIENTO

El saneamiento que establece la ley podrá practicarse en cualquier momento, aun después de que la nulidad haya sido hecha valer en juicio, pero antes de que quede ejecutoriada la sentencia de término.

122. RECHAZO DE LAS ALEGACIONES DE NULIDAD QUE SE INDICA

El artículo octavo de la ley señala que la alegación de que una sociedad o su modificación son nulas por un vicio de carácter formal, será desestimada por el tribunal 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.

Asimismo, la ley señala que no podrá alegarse en juicio la nulidad fundada en vicios formales que afecten la constitución o modificación de una sociedad una vez que ésta se encuentre disuelta.

123. TRATAMIENTO LEGAL DE LAS NULIDADES QUE
AFECTAN AL CONTRATO SOCIAL EN LAS SOCIEDADES COLECTIVAS

Como ha quedado expresado, para formar una sociedad de esta naturaleza es menester, conforme a lo que exige el inciso primero del artículo 350, la suscripción de una escritura pública cuyas menciones están estampadas en el artículo 352 y, además, es preciso hacer de ella un extracto que debe contener ciertas menciones estipuladas en el artículo 354, el que indica que ellas son las contenidas en los números uno, dos, tres, cuatro, cinco y siete del artículo 352, todos del Código de Comercio. Ese extracto, autorizado por el mismo notario ante el cual se extendió la escritura de constitución de sociedad, debe ser inscrito en el Registro de Comercio del domicilio de la sociedad dentro del plazo fatal de 60 días corridos a contar de la fecha de la escritura.

El inciso segundo del artículo 350 señala que en la misma forma deberá procederse, en general, en caso de toda reforma, ampliación o modificación del contrato, mencionándose en particular los casos de disolución anticipada de la sociedad, de la prórroga del término de su vigencia, de la alteración de la razón social o de cambio, retiro o muerte de un socio.

Ahora bien, el artículo 355-A del Código establece que 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.

La primera de dichas disposiciones—el artículo 356 del Código de Comercio— señala que si el vicio consiste en la falta de escritura pública, o de instrumento reducido a escritura pública o de instrumento protocolizado, habrá una nulidad de pleno derecho que obstará a que dicha sociedad pueda subsistir ni siquiera en el carácter de sociedad de hecho, ni podrá acogerse a las normas sobre saneamiento, teniendo el carácter de una mera comunidad, conforme a las normas señaladas en el mismo artículo.

En cuanto a la cita que el artículo 355-A hace al inciso primero del artículo 361, hay que hacer presente que todo lo que se dice respecto a nulidad por vicios en la constitución de una sociedad, se extiende también a las modificaciones de sociedad que no cumplan con las formalidades prescritas por el inciso segundo del artículo 350, con la diferencia que aquí no podemos hablar de nulidad de la sociedad, porque ésta ya está constituida, sino de nulidad del acto modificatorio, lo que se traduce en su ineficacia frente a terceros en la forma prescrita en el artículo 361 del Código, el cual expresa que "la modificación cuyo extracto no ha sido oportunamente inscrito en el Registro de Comercio no producirá efectos ni frente a los socios ni frente a terceros,

salvo el caso de saneamiento en conformidad a la ley y con las restricciones que ésta impone. Dicha privación de efectos operará de pleno derecho, sin perjuicio de la acción por enriquecimiento sin causa que proceda."

En cambio, el inciso segundo de dicha disposición señala que la modificación oportunamente inscrita pero que adolezca de vicios formales, producirá efectos tanto frente a los socios como a terceros mientras no haya sido declarada su nulidad, y en caso de que así ocurra, tal declaración no producirá efecto retroactivo y sólo regirá para las situaciones que ocurran a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que la contenga.

Según dispone el artículo 358, la ejecución voluntaria del contrato de sociedad no purga la nulidad de que éste adolezca por incumplimiento de solemnidades legales. Ello, sin perjuicio del derecho a impetrar el saneamiento regulado por la ley N° 19.499, al que pudiere acogerse, y la protección legal de los intereses de los terceros que contrataren con esta sociedad aparentemente existente, que consagra el artículo 357, al señalar que los socios responderán de los actos ejecutados a nombre y en interés de esta sociedad, a la que expresamente califica como sociedad de hecho.

Desmenuzando con mayor detalle el alcance de las disposiciones que regulan la nulidad de la constitución y la modificación de una sociedad colectiva, las causales por las cuales se produce nulidad pueden ser las siguientes:

1. Falta de escritura pública o de instrumento: los socios no suscribieron escritura, sino que pretendieron formar la sociedad consensualmente o por simple instrumento privado.

La sociedad es nula de pleno derecho, no admite saneamiento, no subsiste ni siquiera en el carácter de sociedad de hecho y entre quienes pretendieron constituirla en calidad de socios se forma una comunidad gobernada por las reglas del artículo 356 del Código de Comercio.

2. La sociedad consta aparentemente de escritura pública pero el instrumento público respectivo es nulo porque no cumple con los requisitos exigidos por el Código Orgánico de Tribunales para su validez como escritura pública. A nuestro juicio se produce el mismo efecto que el señalado en el caso precedente.

3. La sociedad consta de escritura pública, de instrumento reducido a escritura pública o de instrumento protocolizado, pero hay incumplimiento de alguno de los requisitos de forma prescritos en el artículo 350 del Código. Admite ser saneada en conformidad a las reglas de la ley N° 19.499 y entretanto goza de personalidad jurídica y es tratada como sociedad de hecho.

En esta situación se encuentran los siguientes casos:

a) Si en vez de escritura pública, que es lo que específicamente requiere el Código, la sociedad consta de instrumento reducido a escritura pública o de instrumento protocolizado.

b) Si a la escritura social le falta alguna de las menciones esenciales señaladas en el artículo 352, aspecto típico de defecto formal, salvo si la mención omitida es la contemplada en el N° 11 del artículo 352, toda vez que por prescripción del artículo 355, si en la escritura social se hubiere omitido el domicilio social, se entenderá que la sociedad está domiciliada en el lugar de otorgamiento de aquélla.

c) Si falta el extracto o éste omite alguna de las menciones esenciales que prescribe el artículo 354, que a su vez son las de los números 1,2,3,4,5, y 7 del artículo 352.

d) Omisión de la exigencia de inscribir el extracto en el Registro de Comercio.

e) Inscripción del extracto fuera del plazo legal de 60 días.

f) Inscripción del extracto ante un Conservador de Comercio que no es el competente y lo es aquel que corresponde al domicilio de la sociedad.

124. EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD. CARACTERÍSTICAS

El fundamento de la nulidad en las sociedades se encuentra en la necesidad de proteger los intereses de los terceros que contratan con la sociedad y, además, en el interés del legislador en que los contratos contengan menciones mínimas obligatorias para evitar que ellos puedan ser fuente de operaciones de tipo fraudulento.

También el legislador está pretendiendo otorgar a las sociedades una mecánica orgánica clara para los socios, para evitar que ellas sean fuente de conflictos o divergencias entre ellos, porque si tal cosa sucediera constantemente, se atentaría contra la estabilidad de una institución que constituye la base del funcionamiento del sistema económico. Hay que tener en cuenta que aun cuando puedan haber más empresarios individuales que societarios, la verdad es que la mayor parte de las operaciones importantes en materia mercantil, que se desarrollan en cualquier país, están a cargo de sociedades y no de empresarios individuales; por lo tanto la sociedad mercantil es el mecanismo jurídico de mayor uso dentro de nuestro sistema económico, el que asume las más importantes iniciativas de inversión para la explotación de los diversos rubros de actividad que son indispensables para el desarrollo de la economía y de ninguna manera puede el legislador dejar que estén afectas a situaciones de permanente y generalizada inestabilidad.

125. ESTATUTO JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES NULAS

Salvo el caso de la nulidad que emana de la constitución de una sociedad que no consta ni de escritura pública ni de instrumento reducido a escritura pública ni de instrumento protocolizado, que es una nulidad que opera de pleno derecho y es insubsanable, al tenor de lo prescrito por el artículo 356 del Código, las que provienen de las otras causales que hemos enumerado admiten saneamiento y están sujetas al estatuto legal que contempla el artículo 357 del Código.

Esta disposición establece que la sociedad que adolezca de nulidad por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 350 —que no sea la falta absoluta de escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado— gozará de personalidad jurídica y será liquidada como una sociedad, sin perjuicio de la posibilidad que ella tiene de acogerse a las normas sobre saneamiento que contempla la ley N° 19.499.

El inciso segundo de esta disposición agrega que los socios de las sociedades que adolezcan de estos vicios "...responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho".

Es decir, a pesar de que la sociedad es, en estos casos, nula, tiene las siguientes características especiales:

- Goza de personalidad jurídica;
- Es considerada una sociedad de hecho;
- Será liquidada como una sociedad;
- Puede acogerse al procedimiento legal de saneamiento de sociedades; y
- Sus socios se constituyen solidariamente responsables frente a los terceros que hayan contratado con ella, de manera que éstos no quedan en la indefensión.

126. CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS DE LA NULIDAD DE LAS SOCIEDADES

Fuera de los casos contemplados en el inciso primero del artículo 356 del Código, en que la nulidad opera de pleno derecho y es insubsanable, el resto de las causales de nulidad contempladas en nuestra ley son de derecho estricto por lo que no es admisible ningún tipo de aplicación amplia o extensiva y, además, deben ser graves.

En efecto, si se trata de vicios menores, no constitutivos de "vicios formales de nulidad" de aquellos mencionados en el artículo 9° de la ley N° 19.499, estamos en presencia de lo que esta ley llama simples "errores" que

no requieren siquiera de saneamiento. En esta situación se encuentran los errores ortográficos, o impropiedades en la individualización de los socios, contracciones de nombres o siglas, etc.

La nulidad social es una nulidad absoluta, que emana del incumplimiento de requisitos establecidos por vía de validez y solemnidad.

Sin embargo, a pesar de ser una nulidad absoluta, tiene algunas particularidades que son las siguientes.

1. La nulidad puede ser alegada por vía de acción o de excepción, por cualquiera de los socios, aun cuando éstos conozcan el vicio que invalida a la sociedad, o que deban saberlo, como dice el Código Civil.

2. También pueden solicitarla los terceros, con la limitación de que no pueden hacerlo para eludir el cumplimiento de sus obligaciones para con ella (artículo 359).

3. La nulidad no se purga por la ejecución voluntaria del contrato de sociedad por incumplimiento de solemnidades legales, sin perjuicio del derecho a impetrar el saneamiento en conformidad a la ley respectiva (artículo 358).

Alcances de la nulidad y conflictos que plantea el pedirla

Reiteramos que la nulidad de la Sociedad Colectiva, una vez declarada, tiene efectos restringidos en la medida en que los terceros no se ven afectados. Es decir, el hecho que se declare la nulidad de una sociedad no implica el que ésta y los socios van a poder quedar en la impunidad en cuanto a las obligaciones que han contraído. Por el contrario, la ley ha querido proteger el interés de los terceros y ellos podrán actuar en contra de los socios directamente, quienes responden solidariamente de las obligaciones contraídas por la sociedad.

Por su parte, tampoco los terceros podrán eludir el cumplimiento de sus obligaciones a pretexto de dicha nulidad según dispone el artículo 358, vale decir, a pesar de que la sociedad es nula, el tercero que se ha obligado para con ella sigue en la necesidad de cumplir con sus obligaciones, con lo cual podemos ver que las normas relativas a la nulidad de la sociedad, siendo absoluta, tiene diferencias frente a la nulidad absoluta por causas de forma en cualquier otro contrato.

Si hay un tercero que pide la nulidad de la sociedad, con este fin puede oponerse a ella tanto el propio socio como los demás y también cualquier otro tercero a quien le convenga que la sociedad subsista.

De acuerdo a las reglas que ya estudiamos, los terceros pueden oponer frente a otros terceros la inobservancia de las solemnidades estatuidas para la formación de la sociedad con la que han contratado, y a su vez, aquel tercero que pretenda que la sociedad está bien constituida, tendrá que acreditarlo para

defender sus intereses. El conflicto entre dos terceros sobre la existencia, inexistencia o nulidad de la sociedad se produce cuando uno de ellos tiene un crédito que goza de privilegio, caso en el cual le interesa que la sociedad no sea nula para conservar dicho privilegio. Al acreedor común, en cambio, le interesa que se declare la nulidad, porque de esa manera cae también el privilegio constituido, de modo tal que puede haber conflicto entre socios, socios con terceros, entre terceros y la sociedad y también entre terceros entre sí.

Por último existen relaciones entre los acreedores personales de los socios y acreedores sociales. A éstos les conviene que la sociedad no sea declarada nula mientras, por el contrario, a los acreedores de los socios les conviene que la sociedad sea declarada nula porque aumenta el patrimonio en contra del cual pueden ejercer sus acciones.

En ambos casos, deberá probar sus alegaciones quien las alegue conforme a la clásica norma de prueba contenida en el artículo 1698 del Código Civil que señala que incumbe probar las obligaciones o su extinción el que alega aquéllas o ésta.

127. SOCIEDADES DE HECHO, SOCIEDADES NULAS Y SOCIEDADES IMPERFECTAS

El inciso final del artículo 357 califica expresamente de sociedad de hecho a aquella que adolezca de un vicio de nulidad por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 350, si consta de escritura pública, o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado.

Definitivamente, entonces, en nuestro ordenamiento jurídico la sociedad de hecho está plenamente reconocida.

La sociedad de hecho es una sociedad nula que existe frente a los terceros como medio ideado por el legislador para amparar los intereses de los terceros.

Se llama sociedad de hecho porque siendo nula no puede ser una sociedad de derecho. Pero es una entidad que existe jurídicamente en el medio en que se desenvuelve y, particularmente, frente a los terceros.

Analizando con mayor detención el tema relacionado con las sociedades en cuya constitución ocurrieron vicios, es necesario distinguir tres tipos de situaciones que derivan en la existencia de sociedades nulas, imperfectas y de hecho propiamente tales.

A. Las Sociedades Nulas por vicios de fondos

Son aquellas que se han celebrado con prescindencia de algunos de los requisitos esenciales a todo acto o contrato, esto es, el consentimiento —sin

vicios-, capacidad de las partes, existencia de un objeto —que ese objeto sea lícito— y causa lícita. También son nulas aquellas sociedades en las que se ha infringido uno de los requisitos propios y particulares del contrato de sociedad, que afectan a la esencia misma de éste, como si falta el aporte; o no hay derecho a participar de las ganancias u obligación de contribuir a las pérdidas; o no hay *affectio societatis*, es decir, intención verdadera de formar sociedad.

El profesor Raúl Varela Varela decía que estas sociedades eran a las cuales les faltaba la columna vertebral en función de la cual se sostenían. Realmente estos vicios son de la gravedad más absoluta posible.

La ley N° 19.499 ha venido a dar consagración legal a esta tesis. En efecto, el inciso cuarto del artículo 1° de esa ley señala que "los defectos relativos al contenido de las escrituras no se considerarán vicios formales, sino de fondo, si implican la privación de algún elemento esencial al concepto de sociedad o algún vicio de carácter substancial, de general aplicación a los contratos".

No siendo formales, dichos vicios no admiten saneamiento.

Estas sociedades son nulas absolutamente, a pesar de lo cual las consecuencias que acarrea esta nulidad no son iguales a las de cualquier contrato porque la nulidad declarada no produce efectos retroactivos.

La materia está regulada en los artículos 2058 y 2057 del Código Civil, el primero de los cuales indica que "...la nulidad del contrato no perjudica a las acciones de terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de esa sociedad, si existiere de hecho".

Es de hacer notar que la expresión "si existiere de hecho" no significa que el legislador se esté refiriendo a las sociedades que son propiamente de hecho, sino simplemente alude a la existencia fáctica de la sociedad, aunque padezca de vicios insubsanables, de forma o de fondo, los contemplados en el artículo 356 inciso primero del Código y en el inciso cuarto del artículo 1° de la ley N° 19.499.

Por su parte, el artículo 2057 señala que si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad ni como donación ni como contrato alguno, cada socio podrá pedir que se liquiden las operaciones anteriores y sacar sus aportes, lo cual implica reconocer la existencia de la sociedad hasta el momento en que se constate legalmente el efecto, porque si se han de liquidar operaciones, es porque éstas existieron, ya que, de lo contrario, nada tendría que liquidarse.

Pensamos que en el caso de las sociedades nulas que estamos analizando, aunque la ley no lo dice, se desprende del artículo 2057 del Código Civil que lo que habría de existir aquí es una especie de comunidad.

A pesar del criterio de la doctrina, y del profesor Varela en particular, en este caso tan grave de nulidad, hay quienes sostienen que nos encontraríamos frente a un simple hecho jurídico, vale decir, a un acto que jamás ha tenido caracteres o visos de juridicidad. Sin embargo, las normas legales más arriba citadas nos llevan a la conclusión de que algún efecto se produce durante el tiempo que esta sociedad actuó y que es correcto y válido estimar que el calificativo jurídico de lo que allí ha existido es el de una comunidad.

Por lo demás, el nuevo artículo 356 califica de comunidad a la sociedad que se ha intentado formar sin siquiera escritura pública, ni instrumento reducido a escritura pública ni protocolizado y pensamos que dicha situación es a lo menos de gravedad similar a las situaciones que emanan de vicios esenciales de tipo no formal.

Pensamos, pues, que las prescripciones de los incisos segundo y tercero del artículo 356 del Código, deben, por tanto, ser también aplicados a este tipo de sociedades.

B. LAS SOCIEDADES IMPERFECTAS POR UN VICIO DE FORMA LEGALMENTE INSUBSANABLE

Son aquellas en que los socios que han tenido la intención precisa de formar una sociedad, que han consentido en su formación, voluntaria o involuntariamente han omitido alguna de las formalidades prescritas en los artículos 350, 352 y 354, no constando su formación ni en escritura pública, ni instrumento reducido a tal, ni protocolizado.

Este tipo de sociedades adolecen, como acabamos de decirlo, del mismo tipo de nulidad que las sociedades propiamente nulas analizadas en la letra A precedente.

El artículo 356 del Código señala que ellas son nulas de pleno derecho, no podrán ser saneadas y si de hecho existieren formarán una comunidad.

Dicha disposición agrega que, en este caso, las ganancias y pérdidas se repartirán y soportarán con arreglo a lo pactado y, en subsidio, de conformidad a lo establecido para la sociedad. Lo mismo respecto de la restitución de los aportes que deba efectuarse entre los comuneros.

Por último, y de acuerdo con el inciso final del artículo 356, los miembros de dicha comunidad responderán solidariamente frente a los terceros con quienes hubieren contratado por cuenta y en interés de la sociedad nula, sin que les sea dado oponer el vicio como defensa frente a las pretensiones de los terceros.

Los terceros podrán acreditar la existencia de la sociedad nula utilizando todos los medios de prueba reconocidos por el Código de Comercio y la

prueba será apreciada por los tribunales de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Si bien la sana crítica no está definida ni en la citada ley ni en el Código de Comercio, hay consenso en el foro en cuanto a que resulta posible recurrir al concepto contenido en el artículo 430 del Código del Trabajo, según el cual, al apreciar las pruebas según las reglas de la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas y los antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

C. LAS SOCIEDADES DE HECHO PROPIAMENTE TALES

En la terminología actual del Código, luego de las reformas introducidas por la ley N° 19.499, son sociedades de hecho aquellas que adolecen de nulidad por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 350, pero que constan de escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado.

Las sociedades de hecho gozan de personalidad jurídica y serán liquidadas como una sociedad, sin perjuicio de que pueden optar al procedimiento para sanear el o los vicios de que adolezcan en conformidad a las normas de la ley N° 19.499.

Al igual que en todos los actos de sociedades nulas y/o imperfectas, los socios de las sociedades de hecho responderán solidariamente frente a los terceros con quienes hubieren contraído obligaciones a nombre y el interés de la sociedad de hecho.

El aspecto más importante que caracteriza a las sociedades de hecho es que gozan legalmente de personalidad jurídica, lo que implica que constituyen un sujeto de derecho diferente a los socios que la componen, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones válidamente.

Con esta disposición legal se ha zanjado la duda que existía con anterioridad al respecto, puesto que algunos sostenían que la sociedad de hecho no podía tener personalidad jurídica porque este atributo o característica estaría reservada a las sociedades válidas. Sin embargo, la mayoría de la doctrina, partiendo por la italiana, le reconocía este atributo, porque la personalidad jurídica está concebida por la ley, sobre todo, para proteger los intereses de los terceros que contratan; para que quede claramente establecido desde el punto de vista jurídico que existe un sujeto de derecho que puede contraer obligaciones.

Tan así, que desde el punto de visto práctico las sociedades de hecho tienen un funcionamiento idéntico a las sociedades que cumplen con todos los requisitos legales: tienen razón social, pueden contratar y contraer obligaciones o ejercer derechos, otorgar garantías; tienen domicilio, nacionalidad y pueden incluso comparecer en juicio, circunstancia que será, probablemente, una de las situaciones peligrosas para su subsistencia, toda vez que ese será el momento en que alguien va a alegar la nulidad de la sociedad.

No obstante, respecto de esto último, hay que tener presente que de acuerdo al nuevo texto del artículo 359 del Código, el que contratare con una sociedad que no ha sido legalmente constituida, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones.

Párrafo tercero

128. EL FONDO O CAPITAL SOCIAL. LOS APORTES

El Fondo Social o Capital Social es el patrimonio que se forma con el conjunto de los aportes que efectúan los socios y representa los recursos con que va a contar la sociedad para poder alcanzar las metas que constituyen el objeto social.

Por lo tanto, el fondo o capital social proviene del cumplimiento que los socios hagan de su obligación de efectuar el aporte. Cuando señalamos los requisitos especiales del contrato de sociedad decíamos que uno de los más importantes era el aporte y en realidad si priorizamos las distintas obligaciones de los socios, podríamos decir que ésta es la más importante, debido a que, a lo menos, cumplir con el aporte estipulado es la primera obligación que ellos contraen.

La ley establece una serie de normas relacionadas con la forma que pueden revestir los aportes de los socios que conforman el fondo o capital social.

En efecto, el artículo 376 del Código de Comercio dice que, como regla general, pueden ser objeto de aporte el dinero, los créditos, bienes muebles o inmuebles, las mercedes, los privilegios de invención, el trabajo manual, la mera industria y, en general, toda cosa comerciable capaz de prestar alguna utilidad.

Partiendo de la base de que el aporte debe ser lícito, es decir, debè estar constituido por algo que esté dentro del comercio humano, que las personas pueden efectuar sin contravenir ni el orden público ni las buenas costumbres, todo aquello que preste alguna utilidad para la sociedad puede ser objeto de aporte.

Las cosas que se pueden aportar pueden serlo en propiedad o en usufructo, que se entiende como el goce de una cosa con la facultad de poder extraer de ella su uso o beneficio natural.

129. OPORTUNIDAD PARA EFECTUAR EL APORTE

En cuanto a la oportunidad en que debe efectuarse el aporte, hay que examinar lo que se haya pactado en el acto fundacional, en el contrato que dio origen a la sociedad, y así tenemos que se da la posibilidad de que podría pactarse efectuar el aporte al contado, a plazo, o en parte al contado y en parte a plazo, existiendo también una posibilidad, bastante común en la práctica, consistente en que los aportes se efectúen a medida de las necesidades de la empresa, pero siempre dentro de un determinado plazo.

El artículo 378 del Código, en su inciso segundo, dice que, a falta de estipulación, la entrega del aporte se hará en el domicilio social, luego que la escritura de sociedad esté firmada.

Esto significa que el Código ha establecido una regla supletoria de la voluntad de las partes; en otros términos si las partes nada dicen respecto de la oportunidad en que debe hacerse el aporte, éste será efectuado tan pronto como se firme la escritura. A su vez, la ley también señala el lugar en que debe hacerse el aporte e indica que ese lugar va a ser el del domicilio social.

Si un socio retarda la entrega del aporte, está ocasionando a la sociedad un perjuicio y también, de un modo indirecto, está dañando, causando un perjuicio, al resto de los socios, porque el fracaso comercial de la sociedad, que puede provenir de la falta del capital necesario para ejecutar sus operaciones, implica el fracaso comercial de los socios también. Es por eso que el artículo 379 expresa que el retardo en la entrega del aporte, cualquiera que sea la causa que lo provoque o justifique, autoriza a los demás socios para excluir de la sociedad al socio moroso o bien para proceder ejecutivamente en su contra. En consecuencia, se puede exigir el cumplimiento forzado de la obligación de efectuar el aporte. La obligación de cumplir con efectuar el aporte tiene el mismo carácter de toda deuda: hay que cumplirla y la falta de cumplimiento autoriza a los acreedores, que son los demás socios, para ejercer su derecho correlativo.

El Código habla de que los socios pueden proceder ejecutivamente contra la persona y los bienes del socio, pero a estas alturas del desarrollo de la ciencia jurídica y de la vigencia en nuestro país del Pacto de San José de Costa Rica, que ampara los derechos de las personas, no nos imaginamos que se pueda perseguir a la persona misma del socio para que éste cumpla con la obligación

de entregar el aporte, de modo que, hoy en día, no encuentra justificación que se contemple la posibilidad de un apremio personal contra el socio moroso, ni tiene tal disposición efecto alguno.

Pero en todo caso, apartándose de los aspectos fuera de época que presenta la redacción del Código, lo que está claro es que el aporte no es una contribución voluntaria, sino una obligación de los socios, legalmente respaldada, cuyo incumplimiento trae, entre otras cosas, la consecuencia de que es posible intentar en contra del socio moroso la acción destinada a exigir el cumplimiento del aporte o la posibilidad de excluirlo de la sociedad.

De modo tal que, aun cuando no se da muy frecuentemente, resulta admisible que la propia sociedad demande a uno de sus socios por la circunstancia de que no ha efectuado su aporte.

Cualquiera que sea el caso, además, el socio moroso no sólo responde del aporte mismo, sino de pagar los perjuicios que el retardo haya causado a la sociedad.

130. COSAS EN LAS QUE PUEDE CONSISTIR EL APORTE

El aporte puede consistir en cosas muebles o inmuebles, presentes o futuras.

Tratándose de cosas muebles, éstas pueden ser corporales o incorpóreas, porque también es posible aportar derechos. Entre los derechos que especialmente menciona el artículo 376, están los créditos, las patentes o privilegios de invención, las marcas y modelos comerciales, los modelos de utilidad, un contrato de licencia, el conocimiento de un nuevo negocio, tecnología en general, derechos a una concesión fiscal, municipal o particular, la cesión de contratos, etc.

La disposición legal es muy amplia, porque admite el aporte de su propio trabajo por aquellas personas que tienen conocimiento sobre una determinada forma de elaborar o fabricar algo. También es admisible el que una persona aporte su trabajo sin que tenga conocimientos especiales, porque puede ocurrir que los otros socios no están en situación de poder trabajar personalmente para la sociedad y les interesa que un socio, persona de su confianza, esté a cargo del negocio en cuerpo presente.

Se ha discutido en doctrina si es posible que otro tipo de actividades sean susceptibles de ser aceptadas como aporte: un oficio público, la influencia política, la designación de la autoridad pública en un puesto público. Al respecto, si bien no hay una solución absoluta y directa dentro de la legislación relativa al contrato de sociedad, existe una doctrina bastante clara que emana del artículo 377 del Código, el cual expresa que los oficios públicos de

corredores, agentes o cualquier otro que sea servido en virtud de nombramiento del Presidente de la República no puede ser materia de un aporte.

Es lógica la existencia de esta limitación pues de lo contrario ello significaría la aceptación institucional de la corrupción, por lo que sostene-mos que todo aporte de influencias sería contrario a las buenas costumbres, y por lo tanto inadmisibles en derecho.

No existe otra disposición en el Código de Comercio, pero en diversos cuerpos legales existen normas similares que llevan al mismo resultado, entre ellas la que registra la ley de sociedades anónimas y la propia Constitución Política de la República, que consagra diversas inhabilidades y prohibiciones que afectan a los parlamentarios y que conllevan la idea de impedir el tráfico de influencias a beneficio económico particular.

Tratándose de bienes corporales muebles o inmuebles, el aporte se perfecciona con la tradición; por lo tanto, si se trata de bienes muebles, bastará con su entrega material y tratándose de bienes inmuebles, será necesaria la inscripción del aporte del inmueble a la sociedad. Por lo tanto, si uno de los socios se compromete a aportar un bien inmueble, la escritura social debe contener la individualización completa del bien raíz aportado, incluidas todas las cláusulas necesarias que permitan inscribir directamente el aporte en el Conservador con el solo mérito de dicha escritura o que ella esté seguida de una escritura de aporte, en la que el socio que se comprometi-ó a aportar ese bien raíz concreta su compromiso mediante la transferencia del bien raíz a la sociedad. En general, es esta última la alternativa más usada en la práctica.

Si se trata de derechos personales, es decir de créditos, el aporte se efectúa según las normas sobre la tradición de los derechos personales que contempla el título XXV del Libro IV del Código Civil sobre la Cesión de Derechos. Se efectúa la tradición mediante la entrega del título que hace el cedente a la sociedad y si se trata de créditos personales no endosables es necesario, además, la notificación judicial del deudor. Así está previsto en el Código Civil en las normas ya señaladas, que, a su vez, reitera el Código de Comercio, que también regula la cesión de créditos mercantiles.

Una vez efectuada la tradición la sociedad pasa a ser propietaria de las cosas o derechos dados en aporte, situación que es semejante a la que se produce de una manera más pura y simple cuando el aporte consiste en una suma de dinero, que se materializa sólo mediante la entrega del dinero al encargado de la caja social.

Cuando se trata del aporte de una determinada labor, trabajo o industria que se obliga a ejecutar el socio, estamos en presencia de un aporte más complejo, porque en esencia estamos en presencia de un aporte de tracto sucesivo.

131. AVALUACIÓN O ESTIMACIÓN DEL APORTE

Se pueden presentar dificultades en relación a la evaluación de las cosas que se dan en aporte, dificultad que nunca se produce cuando el aporte consiste en una suma de dinero. Por ejemplo, cuánto vale el auto, camión o máquina que se aporta; la tecnología, el establecimiento de comercio o el local comercial que se transfieren.

Existen diversas formas para resolver los problemas que se pueden presentar al respecto. Una de ellas es la de que los bienes aportados se avalúen directamente en la escritura social, que es lo más simple de todo. También es lícito que el bien dado en aporte no se entregue apreciado, pero se establece la forma cómo se va a determinar su valor. Por último, se puede nombrar a un perito que habrá de avaluar los bienes aportados.

En todo caso, el N° 4 del artículo 352 señala que en la propia escritura de constitución de sociedad debe asignarse el valor de los aportes que consistan en muebles o inmuebles y la forma en que deba hacerse el justiprecio de los mismos aportes en caso que no se les haya asignado valor alguno.

En cualquier caso el valor debe corresponder a aquel que las especies tengan a la fecha de su aporte.

Si las cosas tienen naturaleza fungible, están expuestas a deterioro por el uso o si se trata de cosas tasadas o cuyo precio se ha fijado de común acuerdo, pertenecerán a la sociedad, pero la sociedad contrae la obligación de devolver cosas de la misma especie o calidad al término de la sociedad o de restituir al socio su valor.

Esta misma norma es aplicable tratándose de aportes en usufructo.

Los aportes son irrevocables y, por lo tanto, ya sea que se trate de bienes dados en propiedad o usufructo, el socio no puede pedir su devolución excepto en caso de un usufructo temporal; por lo tanto lo único que él tiene es un crédito en contra de la sociedad por su aporte.

132. EMBARGABILIDAD O INEMBARGABILIDAD DEL APORTE

Desde el punto de vista judicial tiene una gran importancia el tema relativo a lo que puede hacer el acreedor de un socio para perseguir los bienes que éste haya aportado a una sociedad.

El artículo 2465 del Código de Civil consagra el Derecho de Prenda General de los Acreedores, que se traduce en que los acreedores tienen el derecho de perseguir sus créditos en todos los bienes presentes o futuros del deudor con excepción de los inembargables.

El tema que estamos analizando consiste en determinar, entonces, si un acreedor que tiene el derecho de prenda general y que quiere perseguir a un socio deudor, puede embargar los bienes que el deudor-socio haya aportado a la sociedad, o si puede efectuar otro tipo de embargo de semejante naturaleza, en particular, si puede embargar los derechos sociales, la participación del socio en la sociedad.

Todas estas interrogantes están resueltas por el artículo 380 del Código de Comercio que dice que los acreedores personales de un socio no podrán embargar durante la sociedad el aporte que éste hubiere introducido, pero les será permitido solicitar la retención de la parte de interés que en ella tenga éste, para percibirla al tiempo de la división social.

Los acreedores personales del socio no pueden, entonces, embargar los bienes del socio que éste dio en aporte a la sociedad y la respuesta que da la ley es perfectamente lógica, porque la sociedad es una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados y, por lo tanto, la dueña de los bienes muebles o inmuebles que éstos hayan aportado es, pues, la sociedad. El acreedor tiene, entonces, un derecho muy limitado en contra del socio, ya que lo único que puede hacer es retener los derechos, la proporción de su interés social, para percibirla al tiempo de la división social.

Según la doctrina que ha sostenido alguna parte de la jurisprudencia, minoritaria, basándose en normas generales, el acreedor del socio podría también embargar lo que le corresponda al socio moroso por concepto de repartos de utilidades en la sociedad. Como la norma que específicamente se relaciona con la materia es la del artículo 380, que no menciona ese derecho, otra parte de la doctrina, mayoritaria hasta el momento, se ha pronunciado por negar ese derecho a los acreedores, de manera tal que lo único que podrían embargarles es su cuota de derechos de participación social, para obtener en la repartición a la época de disolución de la sociedad.

Nosotros nos pronunciamos por aceptar el embargo de lo que el socio obtenga por repartos de utilidades, porque los repartos de utilidades que efectúa una sociedad consisten en sumas de dinero que la sociedad acuerda pagar a cada socio según su cuota de participación social y dichas sumas dejan entonces de ser sociales; pasan a ser del socio y por lo tanto nada impide, a nuestro juicio, el que sean embargadas por los acreedores personales de aquél.

133. RELACIÓN ENTRE LOS APORTES EFECTUADOS Y LA PARTICIPACIÓN EN LAS UTILIDADES Y PÉRDIDAS

Los socios que participan del aporte tienen la facultad de dividirse entre sí las ganancias y pérdidas en la forma en que lo hayan estipulado y a falta de

acuerdo, la participación de las utilidades y la contribución a las pérdidas se efectuará a prorrata de sus respectivos aportes.

El artículo 383 expresa que en cuanto a las ganancias y pérdidas correspondientes al socio industrial se estará en primer lugar —como es lógico— a lo que se estipuló, pero si no hay estipulación al respecto, el socio industrial llevará en las ganancias una cuota igual a la que corresponda al aporte más módico y no soportará pérdida alguna excepto la de su trabajo, tal como dice el Código Civil.

Párrafo cuarto

134. ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA COMERCIAL. INTRODUCCIÓN

La regla básica en materia de administración de la sociedad es que ésta será administrada en la forma prevista en los estatutos sociales. Rige ampliamente la autonomía de la voluntad en materia contractual.

No existiendo tal acuerdo, hipótesis casi inexistente por lo prevenido en los artículos 352 y 354, que contemplan como menciones indispensables las relativas a la forma de administración, el Código da las siguientes reglas.

135. ADMINISTRACIÓN EJERCIDA POR TODOS Y CADA UNO DE LOS SOCIOS. MANDATO TÁCITO Y RECÍPROCO

La administración corresponde de derecho a todos y cada uno de los socios, los cuales podrán desempeñar esta administración por sí mismos o por delegados, ya sean socios o extraños.

La ley supone que cuando no hay un administrador designado en el pacto social, los socios se han conferido recíprocamente un mandato para administrar la sociedad y de obligar solidariamente la responsabilidad de todos los socios, aun sin su conocimiento ni consentimiento. Esto se conoce en doctrina como "mandato tácito y recíproco".

Usando este mandato, cada socio tiene la facultad de ejecutar los actos y contratos comprendidos dentro del giro ordinario de la sociedad y, también, todos aquellos que están destinados lógicamente a tales fines: trabajar el rubro social, explotar económicamente cierta área de la actividad mercantil con el fin de obtener un lucro, todo lo cual constituye la causa por la cual se forma una sociedad comercial.

Como esta facultad es muy amplia, aunque la ley la haya limitado a las obligaciones relacionadas con el giro ordinario de la sociedad, ese mandato es un arma de doble filo y por ello les da a los demás socios el derecho de oponerse. Pero este derecho se debe ejercer antes de que los actos estén consumados y, además, no pueden los demás socios oponerse a actos, aun los no consumados, si éstos tienen por fin conservar los bienes sociales.

Los socios se pronuncian votando y cuenta la posición que tenga a su favor la mayoría numérica, según dispone el artículo 389. Por tanto, si hay una sociedad colectiva en la cual un socio tiene el 60% y los otros cuatro tienen 10% cada uno, basta que tres de estos últimos voten por una determinada tesis para que ésta se imponga, aun cuando la otra cuente con el apoyo del socio que tenía una participación social de un 60% más la de uno de los que tenía el 10% y ambos forman en conjunto un 70% del interés social.

Lo anterior es una clara demostración de porqué este tipo de sociedades son de personas y no de capital y por lo tanto importan más aquellas que éste. Si la misma situación hubiera de ser decidida en una sociedad de capital, como lo es típicamente una sociedad anónima, la regla sería justamente la inversa, porque en las sociedades anónimas no se vota per cápita, sino por acciones. Así, por ejemplo, un socio de una S.A. que tiene un millón de acciones pesa más que novecientos mil socios que tengan una acción cada uno.

Si hay en vez de una, varias oposiciones o pareceres diferentes, la situación está contemplada en el inciso segundo del artículo 390 del Código de Comercio, el que señala que si de las deliberaciones resultan dos o más pareceres que no tengan la mayoría absoluta, los socios deberán abstenerse de llevar a efecto el acto o contrato proyectado. De este modo, si hay más de una posición y se ponen en votación estas opciones distintas, para que una de ellas pueda ser ejecutada requiere el voto conforme, numérico, de la mayoría absoluta de los socios.

El artículo 391 contempla la solución legal para el caso de que, a pesar de la oposición legal, se llevare a efecto el acto o contrato con terceros que están de buena fe, y la solución que da el legislador es que el acto produce todos sus efectos y que los socios—todos—quedan obligados solidariamente a cumplirlo, sin perjuicio del derecho de aquellos que se habfan opuesto para ser indemnizados por el socio que lo hubiere ejecutado.

Ello significa que, necesariamente, todos los socios están obligados al cumplimiento de los actos sociales, aun aquellos que se han opuesto a su celebración, porque el legislador protege a los terceros de buena fe que podrían, de no existir esta disposición, ser fácilmente burlados. Pero los socios que se opusieron al acto tienen derecho a reclamarles a aquellos que lo han

ejecutado a pesar de la oposición, por los daños sufridos, vale decir, los socios que ejecutan el acto contra la oposición de los demás son responsables de indemnizar a los demás por los perjuicios que esa operación les hubiere ocasionado.

136. ADMINISTRADORES DELEGADOS

Otra situación que puede presentarse es que no todos los socios dispongan del mandato tácito y recíproco para actuar en nombre de la sociedad, sino que en el contrato social se designe a uno o más socios a los que específicamente se les atribuye la facultad de administrar, es decir, de actuar en nombre de la sociedad.

En este caso, por voluntad de los socios, se entiende delegada la facultad de administrar en estos socios, quedando aquellos que no son administradores, inhibidos de poder actuar en representación de la sociedad. Más aún, el artículo 392 habla de que quedan inhibidos de toda injerencia en la administración social.

Estos socios administradores son denominados por la doctrina con el nombre de "socios administradores delegados" o, en general, "gerentes estatutarios", porque en estricto derecho, la facultad de administrar de la sociedad siempre, en último término, corresponde a todos los socios.

La facultad de administrar que recae en estos socios administradores delegados implica la facultad de usar la razón o firma social, pero dentro de la esfera de las atribuciones que se les hubiere conferido en el texto del pacto social, de manera tal que cualquier exceso o extralimitación de facultades en que incurran, los hará responsables frente al resto de los socios y de la sociedad, por los daños y perjuicios que pudieran resultar o derivar de estos actos ejecutados más allá de las facultades que hubieren recibido.

La designación de los socios administradores es una de las cláusulas esenciales del pacto social, que figura en el artículo 352 del Código, el cual en su número tercero exige que en la escritura de constitución social se exprese cuáles serán los socios encargados de la administración y del uso de la razón social. Además, esta mención es una de aquellas que debe figurar en el extracto que se inscribe en el Registro de Comercio.

Las facultades que tienen los socios administradores son, por regla general, las de ejecutar todos los actos correspondientes al giro ordinario de la sociedad. Su misión es tan importante que el artículo 2072 del Código Civil establece que el socio a quien se ha confiado la administración de la sociedad colectiva no puede renunciar a su cargo a menos que se trate de una causa

prevista en el propio contrato social o salvo que su renuncia sea unánimemente aceptada por el resto de los socios.

137. REMOCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

Los socios administradores pueden ser, también, removidos de su cargo y para ello tiene que cumplirse un requisito indispensable: *causa grave*. Y el Código Civil ha señalado que causa grave es aquella que los hace indignos de confianza frente al resto de los socios o los convierte en incapaces de administrar útilmente a la sociedad.

Si se produce la renuncia o remoción del socio administrador fuera de las causales legales, vale decir, si no hay una causa de renuncia prevista en el contrato o si esa renuncia no es unánimemente aceptada por los socios o si la remoción se efectúa por una causa que no sea causa grave, constituida a su vez, por un acto que lo haga indigno de confianza o incapaz de administrar, la renuncia o remoción pone fin a la sociedad.

Por el contrario, si la renuncia o remoción del administrador se produce por justa causa, la sociedad continúa, pero para ello los socios están en la obligación de designar a un nuevo administrador o, en subsidio, ponerse de acuerdo en que todos ellos van a administrar.

Si la renuncia o remoción es de uno de los varios administradores y la remoción o la renuncia es justa, también los socios pueden acordar que la administración quede radicada en el resto de los administradores que no han renunciado o que no han sido removidos.

138. FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES DELEGADOS

Los administradores delegados están facultados para ejercer todos los actos de administración que figuren dentro del título en que consta su designación y de partida, obviamente, todos los actos de administración y de conservación propios del giro social.

El artículo 395 del Código de Comercio expresa que los administradores delegados representan a la sociedad judicial y extrajudicialmente, pero si no estuvieran investidos de un poder especial, no podrán vender ni hipotecar los bienes inmuebles por su naturaleza o destino, ni alterar su forma, ni transigir ni comprometer los negocios sociales de cualquier naturaleza que fueren. Para que puedan ejercer actos de tanta entidad, como aquellos señalados en el artículo 395, es menester que se les haya otorgado especialmente tal facultad lo cual se puede hacer en dos oportunidades:

- A. En el pacto social mismo, que es la regla general; y
- B. En un poder especial, como lo señala el artículo 395.

La norma según la cual los administradores que no tienen expresa facultad no pueden vender los inmuebles sociales tiene, a su vez, una excepción. En efecto, el artículo 397 dice que no necesitan poder especial los administradores, para vender los bienes sociales, siempre que tal acto se hubiere comprendido en el género de las operaciones que constituyen el giro ordinario de la sociedad. Ello significa que si la sociedad es una inmobiliaria o constructora cuyo rubro consiste en vender inmuebles, como ese es su giro ordinario, los administradores podrán vender los bienes raíces, porque no están haciendo nada fuera de lo común, sino que, al contrario, están haciendo precisamente aquello para lo cual la sociedad ha sido constituida.

El artículo 397 agrega que, además, los administradores delegados no necesitan poder especial para tomar en mutuo las cantidades estrictamente necesarias para poner en movimiento los negocios a su cargo, para hacer las reparaciones indispensables en los inmuebles sociales; para alzar las hipotecas que los graven, o satisfacer otras necesidades urgentes no enumeradas con anterioridad, y dentro de esto cabe toda actuación que tienda a conservar los bienes sociales, aunque no esté enumerada en el artículo 397, entre las cuales podríamos señalar: interrumpir prescripciones, interponer acciones posesorias, hacer reparaciones de mayor entidad, pero que son graves y que el consultar la opinión o pedir un poder a los demás socios sea difícil u oneroso.

Como consecuencia de que los administradores representan a la sociedad judicial y extrajudicialmente, el Código de Comercio se ha encargado de contemplar una norma de orden procesal. Según el artículo 398, los administradores tienen la representación legal de la sociedad en juicio, sea que ella obre como demandante o como demandada, norma que se puede complementar con lo dispuesto en los artículos séptimo y octavo del Código de Procedimiento Civil, toda vez que son disposiciones estrictamente correspondientes entre sí.

139. ADMINISTRADORES DESIGNADOS POR UN ACTO POSTERIOR

Los administradores sociales pueden ser también nombrados por un acto posterior al pacto social. En este caso, no cabe ninguna duda de que esta designación no es aquella que constituye una cláusula esencial del pacto social. Pero para la sociedad, igualmente es necesario que haya socios administradores y, en este caso, estamos en presencia de una delegación de facultades efectuada con posterioridad al pacto social.

Las facultades de ellos son las mismas que las de los socios administradores designados en el pacto social y su amplitud dependerá, por lo tanto, de lo que diga la escritura pública respectiva de mandato, la que habrá de inscribirse en el Registro de Comercio, atendido lo que señala el artículo 22 N° 5 del Código, que estatuye que en el Registro de Comercio se tomará razón en extracto y por orden de número y fecha "... de los poderes que los comerciantes otorgaren a sus factores o dependientes para la administración de sus negocios".

Una situación interesante se produce cuando existen dos o más administradores que deben obrar de consuno y de hecho no se ponen de acuerdo.

En este caso la oposición de uno de ellos impide la consumación de los actos o contratos que el otro quiera ejecutar o haya proyectado.

En el caso de que haya desacuerdo insalvable entre los socios administradores se paraliza la ejecución del acto y los socios administradores tendrán que recurrir a la resolución del resto de los socios; pero para estos efectos, esos otros socios, que no están encargados de la administración, tendrán que plasmar su acuerdo en una instrucción específica, materializada a través de un mandato especial para que tal acto se ejecute.

Cuando no se produce acuerdo entre los socios, y a pesar de ello uno de los administradores que ha proyectado ejecutar el acto, lo hace de todas maneras, nuevamente la solución que da la ley es que el acto vale frente a terceros, porque los terceros no tienen por qué estar comprometidos por los problemas internos de la sociedad; sin perjuicio del derecho de los socios y de la sociedad de pedirle al administrador que actuó sin facultades, de responder de los perjuicios que acarrearé el cumplimiento de este acto. Pero por obvio que sea, es preciso hacer presente que, para que haya tal derecho, es preciso que el acto que ejecutó el administrador contra la oposición de los demás produzca perjuicio.

140. EXISTENCIA DE UN SOLO ADMINISTRADOR EXCLUSIVO

Si el administrador de la sociedad ha sido nombrado por una cláusula especial del propio pacto, éste puede ejecutar el acto a pesar de la oposición de sus consocios excluidos de la administración. Nos encontramos aquí frente al caso en el que hay un solo socio administrador.

Cuando hay un solo socio administrador y los demás, según el pacto social, han quedado excluidos de la administración, este socio es soberano, pues va a poder ejecutar todos los actos de administración que se le ocurran, incluso a pesar o contra la opinión del resto de los socios excluidos de la

administración. Pero con una sola limitación: no puede actuar fraudulentamente; es decir, lo único que ha excluido el legislador son los actos ejecutados dolosamente.

Ahora bien, como a pesar de lo anterior, el socio único administrador es de todas formas un mandatario, es responsable de los perjuicios que cause a la sociedad y, por lo tanto, en este caso la ley, siempre y cuando esos perjuicios sean manifiestos, permite que el resto de los socios puedan nombrar un coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad (art. 400 inciso segundo).

En cuanto a la forma como ejercen los socios el derecho para reclamar de estos perjuicios y pedir de que se apliquen las medidas que contempla la ley, ella consistirá en recurrir a la justicia ordinaria, a menos que se haya nombrado un árbitro en la escritura social, caso en el cual tendrán que acudir a lo que el árbitro dictamine, que, por lo demás es, hoy por hoy, la norma general.

141. DELEGACIÓN DEL PODER DE LOS ADMINISTRADORES

En cuanto a la delegación de los poderes de los administradores, la facultad de administración que está conferida a uno o más socios específicamente determinados, sea en el pacto social o con posterioridad a éste, es indelegable, porque constituyendo la facultad de administrar, en principio, un atributo inherente a la calidad de todo socio, la atribución de esa facultad a alguno de ellos constituye en sí misma una delegación y no es admisible la delegación de la delegación. Lo que sí es admisible es que los administradores facultados para ello puedan otorgar poderes especiales a terceras personas.

En cambio, la delegación de las facultades de los administradores extraños vale, porque si los socios se han privado voluntariamente de sus facultades de administración y se la han conferido a un tercero, en ese caso el o los terceros son los administradores y sus poderes, entre ellos, las facultades de delegación se regirán de acuerdo a las normas del mandato.

142. RENUNCIA O REMOCIÓN DEL ADMINISTRADOR

La renuncia o remoción del tercero extraño que es administrador, se regirá por las reglas del mandato ordinario porque se trata en realidad de simples mandatarios y sus derechos y obligaciones se ajustan, en general, a las reglas del mandato ordinario y, en particular, a las normas relativas a los factores de comercio. De hecho, no hay nadie que pueda ser más típicamente factor de comercio que un administrador tercero extraño designado por los socios.

La diferencia sustancial entre el administrador tercero extraño con el administrador socio está en que, si renuncia el tercero extraño a su cargo de administrador no se produce automáticamente la disolución de la sociedad, a menos que concurra un grave motivo y lo pida uno de los socios. En efecto, conforme lo señala el artículo 2108 del Código Civil, "la pérdida de un administrador inteligente es una causal que puede constituir grave motivo", que, de ser invocada por un socio como causal para renunciar a la sociedad, puede acarrear la disolución de ésta.

Salvo este caso excepcional, no se produce la disolución de la sociedad por la renuncia o por la remoción del administrador que es un tercero extraño.

Párrafo quinto

143. PROHIBICIONES A QUE ESTÁN SUJETOS
LOS SOCIOS EN LA SOCIEDAD COLECTIVA

El artículo 404 del Código de Comercio señala que los socios no pueden ejecutar los siguientes actos:

*A. Extraer del capital social o del fondo común
mayor cantidad de la asignada para sus gastos particulares*

Esto es motivo de un acuerdo o estipulación contractual, de modo que si los socios pretenden sacar más dinero que aquel pactado con los demás o de la suma que está establecida en el pacto social, están impedidos de hacerlo en virtud del N° 1 del artículo 404 que, en su inciso segundo, contempla una sanción para el caso de incumplimiento a esta norma: la extracción excesiva autoriza a los socios del que la hubiere verificado, para obligar a éste al reintegro o para obtener una cantidad proporcional al interés que cada uno de ellos tenga en el pacto social.

Como se ve, en este caso la ley no se ha preocupado tanto de la sociedad como, más bien, de que se mantenga un trato igualitario entre los socios, de modo que esta sanción legal, el que todos tengan derecho a sacar lo mismo, puede ser riesgosa para la sociedad en ciertas circunstancias.

*B. Aplicar los fondos comunes
a sus negocios particulares y usar en éstos de la firma social*

Aquí están comprendidas dos conductas en vez de una, pero ambas están unidas por una misma razón que las justifica: la sanción a la competencia desleal. Lo que ha querido el legislador es impedir que un socio haga por su cuenta lo mismo que hace la sociedad, porque obviamente esto es, o al menos

puede serlo, constitutivo de una conducta desleal. La primera manifestación del interés del legislador en evitarlo, consiste en impedir al socio sacar de los fondos sociales para sus actividades particulares y, la segunda, que éste no puede usar en sus actividades particulares de la firma social.

La sanción a las infracciones a estas prohibiciones se encuentra en el inciso segundo del N° 2: el socio que hubiere violado esta prohibición llevará a la masa común las ganancias y cargará él solo con las pérdidas del negocio en que invierta los fondos sociales extraídos, sin perjuicio de restituirlos a la sociedad e indemnizar los daños.

Esto no es todo, pues además, puede ser excluido de la sociedad.

*C. Ninguno de los socios podrá ceder a cualquier título
su interés en la sociedad y hacerse sustituir en el empleo de
las funciones que le correspondan en la administración (N° 3)*

La cesión o sustitución sin previa autorización de todos los socios es nula. Aquí encontramos la consagración legal de una de las más destacadas características de este tipo de sociedades, a la que ya nos hemos referido antes: La no cesibilidad de las acciones o derechos sociales.

Y aquí está consagrada, también, la sanción a los actos que se ejecuten en infracción a esta prohibición: la cesión no vale, es nula. Es decir, un socio no puede vender, ceder o dar a cualquier título sus derechos a un tercero extraño, sin consentimiento unánime de los demás socios. Por lo tanto para incorporar a un tercero extraño, será necesaria una modificación de sociedad que debe cumplir con todos los requisitos de los artículos 352 y 354.

La segunda prohibición contenida en esta norma se relaciona con la delegación de facultades: no puede el socio administrador hacerse sustituir en el desempeño de las funciones que le correspondan y la sanción es que el acto mediante el cual delega sus funciones es nulo.

*D. La última prohibición a que están sujetos los socios es la de
explotar por cuenta propia el ramo de industria en que opera
la sociedad y hacer sin consentimiento de todos los consocios,
operaciones particulares de cualquier especie, cuando
la sociedad no tuviera un género determinado de comercio*

El artículo 352 N° 5 establece que una de las menciones obligatorias de la escritura social consiste en señalar las negociaciones sobre las que deba versar el giro de la sociedad. Si es muy amplio o, por el contrario, muy vago o difuso el tipo de negociaciones que constituyen el objeto social, será más difícil aplicar esta parte del N° 4 del artículo 404.

La sanción a los socios que contravengan a estas prohibiciones es que, una vez más, serán obligados a llevar las ganancias al fondo común y a soportar individualmente las pérdidas que sufrieran.

Según el artículo 406, el socio industrial no puede emprender negociación alguna que lo distraiga en el ejercicio de sus funciones en la sociedad, porque el aporte de este tipo de socio consiste justamente en ello; debe consagrarse a trabajar por entero en la sociedad a la que se incorporó.

La sanción a la infracción a esta norma consiste en que dicho socio pierde las ganancias que hubiere adquirido hasta el momento de la violación.

Para que estas disposiciones no se presten para abusos de parte de los demás socios, el artículo 405 señala que los socios no podrán negar la autorización que solicita alguno de ellos para realizar una operación mercantil sin acreditar que las operaciones proyectadas le reparan un perjuicio cierto y manifiesto.

No basta, entonces, con impedir el acto u oponerse a él, sino que, además, hay que acreditar que la operación proyectada por el socio puede causarle perjuicios a la sociedad.

Párrafo sexto

144. LA RAZÓN SOCIAL

La manifestación externa de la personalidad jurídica de que goza la sociedad es la razón social. Lo que es el nombre para una persona natural, lo es la razón social para la sociedad. La individualiza y distingue de otras sociedades, sirve para contratar con terceros y cuando ella se emplea, la sociedad queda obligada para con ellos.

Cabe hacer presente que las normas del Código de Comercio relativas a la razón social se aplican a las sociedades colectivas civiles, porque el Código Civil no contiene normas propias relativas a la razón social.

El artículo 365 del Código de Comercio define a la razón social de la sociedad colectiva comercial como la forma enunciativa de los nombres de todos los socios o de algunos de ellos, a la que se le agrega las palabras "y Compañía".

La razón social debe ser veraz, no prestarse a confusiones ni indicar nombres de personas que no son socios como si lo fueran. Por lo anterior, el artículo 366 establece que sólo los nombres de los socios colectivos pueden entrar en la composición de la razón social y de que el nombre de quien ha muerto o se ha separado de la sociedad debe ser eliminado de la firma social.

Si se incorpora a la razón social el nombre de un extraño, puede hacerse responsable a éste de las obligaciones sociales, siempre y cuando haya tolerado este hecho. Es más, el artículo 367 del Código de Comercio contiene una

norma de orden penal según la cual el uso de la razón social después de disuelta la sociedad constituye un delito de falsedad y la inclusión en ella del nombre de una persona extraña es una estafa, delitos que serán castigados con arreglo al Código Penal.

Asimismo, el artículo 368 impone, al que tolera la inserción de su nombre en la razón social de una sociedad extraña, responsabilidad a favor de las personas que hubieren contratado con ella.

Todo lo anterior encuentra su fundamento en la circunstancia de que quienes contratan con la sociedad lo hacen inducidos por la razón social, que en el caso de la sociedad colectiva contiene los nombres de personas naturales que pueden ofrecer suficiente garantía económica y el artículo 370 del Código establece que los socios de la sociedad colectiva responden solidariamente —y además, en forma ilimitada— de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social.

145. USO DE LA RAZÓN SOCIAL

El uso de la razón social corresponde al socio o socios a quienes esté confiada la administración conforme a las normas que ya estudiamos, según las cuales, a falta de una delegación expresa, todos los socios podrán hacer uso de ella (artículo 371).

También puede darse el caso que el uso de la razón social sea conferido a una persona extraña a la sociedad, caso en el cual el delegatario deberá indicar los documentos públicos o privados que lo habilitan para comparecer y expresar que firman por poder.

Nuestra jurisprudencia ha sido cambiante respecto a si se puede separar la facultad de administrar, de la facultad de usar la razón social, pero la doctrina mayoritariamente estima que administrar la sociedad y usar la razón social son de hecho cuestiones imposibles de separar y que no puede haber una verdadera administración sin uso de la razón social.

En la práctica es común, casi una regla, el que en las cláusulas sobre la administración contenidas en las escrituras públicas de constitución de sociedad se diga que los administradores actuarán en representación de la sociedad anteponiendo la razón social a sus firmas. Ello porqué sólo de esa manera pueden los terceros saber que los representantes no están actuando a título personal sino que lo hacen a nombre de la persona jurídica, la sociedad.

El artículo 370 del Código de Comercio indica, por otro lado, que los socios que están mencionados en la escritura social son responsables solidariamente de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social,

lo cual demuestra la extraordinaria importancia que tiene el que los actos de administración se ejecuten de tal manera que quede absolutamente claro cuándo ellos se hacen por cuenta y en representación de la sociedad; y no hay manera alguna para hacer claridad al respecto, que no sea el que las firmas de los representantes estén indisolublemente ligadas a la razón social de la sociedad.

En la práctica ello se materializa mediante diversas modalidades las cuales consisten en que en la papelería social se señale, como es habitual, la razón social de la empresa y quien firma indique que está actuando por cuenta de ella. Otra forma es la de que, por abajo de la firma del representante legal, se indique la razón social de la sociedad por la que él está actuando o cualquier otro medio similar. Lo que verdaderamente importa es que los representantes o administradores de la sociedad deben dejar claramente establecido que ellos no están actuando a título propio. Si actúan a título propio, los terceros sólo van a poder exigir el cumplimiento de las obligaciones que se celebren a dicha persona, a título personal.

146. RESPONSABILIDAD QUE ACARREA EL ACTO REALIZADO USANDO LA RAZÓN SOCIAL

Si el administrador ha obrado por cuenta de la sociedad, el efecto que se produce es el ya referido en el artículo 370: que, en primer término, la sociedad, y en segundo término, todos los socios de ella responderán de las obligaciones que se hayan contraído, en forma solidaria, y además ilimitada, esto es, con todo su patrimonio.

Esta es la tremenda peligrosidad que para los socios tiene suscribir un contrato de Sociedad Colectiva Comercial, por la responsabilidad en que incurrirán y, por otro lado, la muy eficaz garantía que este tipo de sociedades presenta a los acreedores.

→ El Banco que le otorga un crédito a la Sociedad Colectiva Comercial no necesita pedir fianza solidaria de los socios a título personal, como es usual que lo pidan en las Sociedades Colectivas de Responsabilidad Limitada, con lo cual se altera el principio de que en estas últimas los socios responden sólo hasta concurrencia de sus aportes o de la cantidad que a más de éstos, hayan estipulado, volviendo de esa manera a ser la situación, parecida a la existente en las sociedades colectivas comunes.

Debido a que la solidaridad existe por el solo mandato de la ley, los bancos pueden otorgar crédito a este tipo de sociedades, prácticamente sin ninguna restricción, que no sea comprobar la solvencia propia de los socios.

Desde el punto de vista de los socios es una gran carga y, por lo tanto, la cantidad de sociedades colectivas comerciales que se constituyen es escasa.

La ley se ha encargado de señalar que la razón social constituye un atributo sustancial de la personalidad jurídica social y es por ello que el artículo 369 expresa que la razón social no es un accesorio del establecimiento comercial o fabril y, por consiguiente, no es transferible con él.

Como la razón social no es un simple accesorio del establecimiento de comercio, sino un factor muy importante de la personalidad jurídica social, no puede venderse separadamente de la razón social. Es más, tratándose de este tipo de sociedades, se puede transferir el interés social, estando de común acuerdo los socios, inclusive todo el interés en la sociedad, pero sin su razón social, porque en este tipo de sociedades si hay nuevos socios la ley exige que aparezca el nombre de los socios reales en la razón social, de modo que en caso de transferencia, el nombre de los socios que se retiran tendrá que salir de la razón social y el de los socios que entran, tendrá que incorporarse a ella.

Si sucediera el caso de que un tercero extraño participara en un acto o suscribiendo un documento haciendo uso indebido de la razón o firma social, la sociedad no será responsable del cumplimiento de las obligaciones que haya contraído esta persona que no tiene poder para representarla.

Pero el artículo 373 del Código, que regula esta materia, expresa que hay una limitación a esta regla: la sociedad deberá cumplir las obligaciones suscritas por un socio no autorizado para usar la firma social si la obligación contraída hubiere sido provechosa para la sociedad.

Así por ejemplo, si en una sociedad en que hay tres socios, de los cuales uno es el administrador, otro, que no es el administrador, celebra un contrato, este contrato no obliga a la sociedad; pero, sin embargo, si ese acto ha sido provechoso para la sociedad, ésta queda obligada. Pero como esto no puede cambiar las cosas al punto en que algo que parece otorgar una ventaja a la sociedad se transforme en una carga, la ley contempla una limitación: la sociedad sólo es obligada hasta concurrencia del provecho que le reporte el aludido acto.

Sin embargo, la sociedad en ningún caso es responsable de títulos o documentos que hayan sido suscritos mediante uso de la razón social si las obligaciones que en ellos se dé cuenta no le conciernen y el tercero que acepta estos documentos tenga conocimiento de dicha circunstancia, es decir, de que dichos documentos no conciernen a la sociedad (art. 374).

En este caso, lo que en verdad ocurre es que no hay un tercero que es víctima de un error o equivocación, sino un tercero que está en perfecto conocimiento de que el documento que recibió no provenía legítimamente de la sociedad.

*Párrafo séptimo*147. DISTRIBUCIÓN DE LAS GANANCIAS
Y LA PARTICIPACIÓN EN LAS PÉRDIDAS SOCIALES

Este tema no está regulado por el Código de Comercio en forma específica y más bien se aplican las normas del Código Civil.

Sin embargo, recordemos de partida que tanto la participación en las utilidades como la contribución a las pérdidas son elementos esenciales para la existencia y validez del contrato de sociedad.

Incluso una de ellas, la participación en las utilidades, es la causa del contrato, pues quienes forman una sociedad mercantil pretenden ejecutar un negocio, un rubro mercantil, con la finalidad de obtener de esa actividad un lucro, como en toda actividad comercial, en que el objeto principal es precisamente el lucro.

La participación o contribución a las pérdidas no es otra cosa que una consecuencia de esta participación en una aventura común que emprenden dos o más personas bajo una forma de asociación reconocida en nuestra legislación que les permite formar una estructura jurídica, administrativa y económica destinada a buscar utilidades del negocio y, en su caso, contribuir a las pérdidas.

Es necesario dejar claro que los socios pueden decidir repartirse las utilidades o pérdidas en la forma que libremente lo acuerden. El artículo 2066 del Código Civil señala que los contratantes pueden fijar las reglas que tengan por conveniente en caso de las ganancias o pérdidas, lo cual significa de que si hay una sociedad que tiene cuatro socios que aportaron un capital de \$10.000 por partes iguales de \$2.500, no es estrictamente forzoso que los socios estipulen que las utilidades y las pérdidas van a dividirse por iguales partes de un 25% para cada uno de ellos. A pesar de que todos colocaron lo mismo, se puede establecer que uno de ellos tenga derecho a una participación mayor en las utilidades.

Lo único que es indispensable es que ninguno de los socios pueda ser excluido absolutamente, ni de los beneficios ni de las pérdidas.

El Código Civil señala que si uno de los socios es un socio industrial y no hubiere estipulación que determine su cuota en los beneficios comunes el juez fijará cuál es su cuota y en el caso de que en la escritura social nada se diga sobre su contribución a las pérdidas se entenderá que no le cabe ninguna otra pérdida que no sea la de su industria o trabajo (art. 2069).

En cambio el Código de Comercio dice, en cuanto a las ganancias y pérdidas correspondientes al socio industrial, que en primer lugar se estará a

lo que se hubiere estipulado en el contrato y no habiendo estipulación el socio industrial llevará en las ganancias una cuota igual a la que corresponda al aporte más módico, sin soportar parte alguna en las pérdidas (art. 383).

En caso que no se hubiera estipulado un porcentaje en las ganancias y pérdidas para los socios no industriales (los capitalistas), el artículo 382 expresa que en ese caso se las dividirá a prorrata de sus respectivos aportes, por lo que en nuestro ejemplo de cuatro socios que habían aportado cada uno un 25% del capital social, a falta de estipulación corresponderá a cada uno de ellos un 25% de participación en las utilidades y el mismo porcentaje en las pérdidas.

La distribución de las utilidades y de las pérdidas conforme a la norma del artículo 2070 del Código Civil se efectúa respecto de los resultados globales de la empresa y en ningún caso respecto a negocios particulares.

Ningún socio puede exigir un porcentaje distinto de las utilidades a los otros socios por haber hecho él una gestión más beneficiosa que el resto.

La sociedad se rige, en cuanto a la distribución de utilidades y contribución a las pérdidas, por los acuerdos que se hayan adoptado por los socios o por las disposiciones legales más arriba citadas, en subsidio. Todo ello, sobre la base de los resultados anuales, sin importar los negocios particulares ni las gestiones que hayan efectuado los socios, importando única y exclusivamente los resultados anuales en su conjunto. De esta manera los negocios en los que la sociedad hubiere tenido pérdidas, se compensan con aquellos en que ha tenido utilidad de modo tal que lo que se obtiene es un estado contable anual que se refleja en un resultado que puede ser de ganancia o pérdida.

La forma normal en que la sociedad puede proceder a distribuir las ganancias y pérdidas es al término de cada período anual, según balance, pero nada impide, es más, la ley lo contempla, que los socios estipulen una forma de repartirse o de tomar para sus gastos particulares, parte del ingreso que se vaya obteniendo durante el año.

*Párrafo octavo*148. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA.
NORMAS APLICABLES

Se entiende por disolución de una sociedad el término de su existencia, el que ocurre a causa de disposiciones legales, contractuales o por voluntad de los socios.

Cabe advertir que no es lo mismo decir causales voluntarias que causales de disolución contractuales, a pesar de que el contrato se forma por la voluntad coincidente de dos o más personas.

Cuando se hace referencia a las causales contractuales, se trata de aquellas que estipularon los socios en el contrato, en tanto que, cuando hablamos de las causales voluntarias de disolución, nos referimos a aquellas que provienen de la voluntad posterior de los socios, cuando la sociedad ya está constituida.

En cuanto a las causales legales, cabe señalar que el Código de Comercio no contiene normas relacionadas a las causales de disolución de la Sociedad Colectiva.

Por lo tanto las causales de disolución de la sociedad colectiva comercial son las mismas que señala el Código Civil, como causales de liquidación de las sociedades colectivas civiles, según lo dice expresamente el artículo 407 del Código de Comercio.

149. CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES COLECTIVAS

En cualquier caso, la sociedad nace de un contrato y para los sostenedores tradicionales de la Teoría Contractual, ella es, por sobre todas las cosas, sólo esto: un contrato. Por lo tanto está sometida al derecho contractual en lo relacionado con las causales de disolución, las que se clasifican en:

- Causales de disolución voluntarias,
- Causales de disolución involuntarias,
- Causales de disolución de pleno derecho, y
- Causales de disolución por vía de resolución judicial.

Como hemos dicho, las causales de disolución de las sociedades colectivas no están reguladas por el Código de Comercio, el cual, en su artículo 407, se remite al efecto al Código Civil, diciendo que la Sociedad Colectiva se disuelve por los modos que determina el Código Civil, los que están contenidos en los artículos 2098 y siguientes de dicho cuerpo legal. Las estudiaremos a continuación.

150. 1. EXPIRACIÓN DE LA VIGENCIA Y PRÓRROGA

La primera causal de disolución de la sociedad que contempla el Código Civil es la expiración del plazo o el evento de la condición que se ha prefijado para que tenga fin (art. 2098).

Aquí estamos en presencia de una causal netamente contractual, prevista en el contrato de sociedad, ya que en él los socios tienen que estipular el lapso de vigencia que la sociedad va a tener, según el artículo 352 del Código de Comercio. Esta disposición previene que la escritura social debe expresar (Nº 7) la época en que la sociedad debe principiar y disolverse.

Es tan importante esta mención como que, además de obligatoria en el pacto social, es también de aquellas que debe contemplar el extracto que toda sociedad colectiva debe presentar para su inscripción en el Registro de Comercio.

El inciso segundo del art. 2098 del Código Civil permite a los socios que, a pesar de la existencia de un plazo o de un término de expiración previsto en el contrato de sociedad, acuerden prorrogarla, pero para que esto ocurra es necesario el consentimiento unánime de todos los socios y el cumplimiento de todas las formalidades que exige la ley para la constitución de la sociedad, por lo que en el tipo de sociedades que nos estamos ocupando (colectivas mercantiles), será preciso suscribir una nueva escritura pública, que no se llamará escritura de formación sino que de prórroga, y la consiguiente inscripción en el Registro de Comercio del extracto respectivo.

Pudiera haber a estas alturas la duda acerca de la utilidad de hacer una prórroga si hay que cumplir con los mismos trámites utilizados para su constitución, pero ésta queda fácilmente despejada si se considera que la prórroga de una sociedad evita diversos trámites, como el término de giro tributario, la obtención de un nuevo Rol Único Tributario, la iniciación de contabilidad, el contrato con los empleados, las patentes, etc., además de que permite mantener las relaciones comerciales con todos los clientes, en fin, toda una serie de relaciones jurídicas a las que se pone término cuando la sociedad se disuelve. Por lo tanto, en ningún caso puede estimarse inútil a la prórroga, sino todo lo contrario.

Una de las prórrogas más comunes que se realizan al amparo de la ley del contrato es la prórroga automática, que se materializa mediante una cláusula que se introduce al pacto social al momento de la constitución de la sociedad, en la que se establece que la duración de la sociedad será por un determinado plazo, pero que dicha vigencia se entenderá prorrogada automática y sucesivamente por períodos de tiempo contemplados en el pacto, requiriéndose, para que no opere la renovación automática, que alguno o algunos de los socios manifieste su voluntad en contrario con una razonable anticipación prefijada.

En otros términos, en este caso, para poner fin a la sociedad es necesario que uno de los socios manifieste su intención de no prorrogarla, vale decir, de impedir la prórroga automática.

Debido a que en tanto no exista la notificación de la voluntad de uno de los socios de no proseguir, en el entendimiento de todos, incluyendo a los otros socios y a las personas con las que la sociedad tiene relaciones, se piensa que la sociedad va a continuar. Por ello la notificación de que hablamos tiene por objeto darles a los demás socios algún tiempo para que

reacomoden su propia situación personal al evento de que la sociedad va a terminar.

Normalmente se pactan períodos de anticipación de seis meses o más al fin del período que estuviere en curso, para que el o los socios que no deseen prorrogar la sociedad notifiquen a los otros su voluntad en tal sentido.

La formalidad que debe utilizar el socio que no quiere continuar con la sociedad para notificar a los demás y hacer pública su voluntad, según consagra la práctica, consiste en extender una escritura pública en la que conste su declaración de voluntad, de cuyo tenor deberá notificarse al resto de los socios y, además, tomarse razón al margen de la inscripción de la sociedad en el registro de comercio.

151. 2. ACUERDO DE LOS SOCIOS

Otra causal de disolución es el mutuo disenso, es decir, el acuerdo unánime de los socios de no continuar con la sociedad y ponerle fin anticipadamente, causal ésta, contemplada en el artículo 2107 del Código Civil.

Para que el consentimiento unánime de los socios provoque la disolución anticipada de la sociedad es menester cumplir con los mismos requisitos y formalidades vistos para la constitución de la sociedad, vale decir, escritura pública y extracto inscrito al margen de la inscripción social.

152. 3. FINALIZACIÓN DEL NEGOCIO PARA EL CUAL LA SOCIEDAD FUE CONSTITUIDA

Esta no es una causal aplicable a todas las sociedades, puesto que se usa únicamente en las sociedades que se forman para la consecución de un negocio determinado, que esté sujeto a una terminación previsible en el tiempo.

El caso típico es el de las sociedades constructoras formadas para la construcción de un determinado edificio, o la ejecución de una obra pública de gran importancia.

Estas sociedades se forman para que la obra se ejecute y, terminada que sea ésta, se acaba la sociedad.

Pero podría formarse una sociedad para ejecutar una obra dentro de un plazo. En este caso, al llegar el plazo fijado antes de finalizarse el negocio no se prorroga la sociedad por esa circunstancia, sino que se disuelve (art. 2099 inciso segundo), a menos que todos los socios se pongan de acuerdo en prorrogarla.

153. 4. INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD

El artículo 2100 del Código Civil expresa que la sociedad se disuelve, asimismo, por su insolvencia y por la extinción de la cosa o cosas que forman su objeto total.

La insolvencia de una sociedad es, estrictamente, la sola comprobación financiera del mal estado económico en que se encuentra, el cual puede provenir de muchas causales distintas, siendo posible mencionar como efectos más importantes de ella, el que el pasivo es mayor que el activo o, ni siquiera eso, la sola circunstancia de que la empresa no pueda afrontar el pago de sus obligaciones por falta de liquidez.

Por lo tanto, la palabra insolvencia no coincide exactamente con el concepto de quiebra.

La quiebra es, económicamente, menos que la insolvencia, porque la quiebra es simplemente la imposibilidad de pagar las obligaciones, en tanto que la insolvencia es estar en tan mala situación económica que el negocio que se sostiene es inviable y se dirige o va camino al fracaso.

154. 5. LA EXTINCIÓN DE LAS COSAS QUE FORMAN SU OBJETO SOCIAL

Nuestro Código Civil contempla esta causal en el mismo artículo 2100 ya visto. Se aplica a ciertas sociedades en que existe un determinado bien que constituye el capital fundamental de la sociedad, sin el cual no puede sostenerse económicamente o carece de objeto proseguir las actividades.

155. 6. LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE APORTAR

Esta causal está contemplada en el artículo 2101 del Código Civil el cual expresa que si cualquiera de los socios falta por su hecho o culpa, a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato, los otros tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta.

En otros términos, se aplica al derecho societario la condición resolutoria tácita de no cumplir una de las partes lo pactado en los contratos bilaterales o plurilaterales.

El socio es obligado a cumplir con el aporte prometido, pues se trata de un deber legalmente respaldado y sancionado, pero si de hecho no cumple con su aporte, los demás socios tienen dos posibilidades: obligarle a efectuar el aporte o dar la sociedad por disuelta, y para ello, les basta con invocar la causal del artículo 2101 del Código Civil.

156. 7. PÉRDIDA DE LA COSA APORTADA EN PROPIEDAD Y USUFRUCTO

El artículo 2102 del Código Civil expresa que si un socio ha aportado la propiedad de una cosa, subsiste la sociedad aunque esta cosa perezca, a menos que sin ella no pueda continuar útilmente.

En el inciso segundo dice que si sólo se ha aportado el usufructo, la pérdida de la cosa fructuaria disuelve la sociedad a menos que el socio aportante la reponga a satisfacción de los consocios o que éstos determinen continuar la sociedad sin ella.

El Código ha puesto pues, en una situación distinta a las cosas aportadas en propiedad y a las cosas aportadas en usufructo, lo que, en estricto rigor, no pareciera ser justificado ya que no se percibe como lógico que para la sociedad sea más importante perder un mero usufructo que perder la propiedad.

La verdad es que la importancia que tenga la pérdida de la propiedad o del usufructo de una cosa, dependerá de lo que una y otra sea, de modo que resulta posible que si se trata del usufructo sobre una cosa muy importante, probablemente también lo sea la repercusión que ello tenga en la sociedad. Pero, a priori, perder un objeto aportado en propiedad es más importante que perder una cosa sobre la que sólo se tiene usufructo, y con mayor razón aún, si se trata de un usufructo temporal.

En todo caso, la disposición analizada permite dejar sin efecto la causal de disolución confiriéndole al socio aportante la posibilidad de reemplazar la cosa fructuaria por otra.

157. 8. MUERTE DE UNO DE LOS SOCIOS

La muerte de uno de los socios es una causal de disolución propia y característica de las sociedades de personas, porque en una sociedad de capital tal circunstancia generalmente no tiene ninguna influencia en la vida de la sociedad, por muy importante que el socio haya sido.

En las sociedades de capital lo que importa es el capital que se reúne, de modo que la muerte de un socio que tiene un gran número de acciones no significa nada, porque esas acciones no desaparecerán, ni los herederos del socio podrán cobrar a la sociedad su importe en dinero: se limitan a ser los nuevos dueños de ellas.

La muerte del socio sólo es importante en las sociedades de personas y las sociedades colectivas son el prototipo de este tipo de sociedades.

Lo que ocurre es que en este tipo de sociedades las personas se asocian con otras en la medida en que tienen confianza en ellas y los que no obran de

acuerdo a esta regla de oro son los que generalmente pagan muy caro su falta de prudencia.

Es tan importante el factor confianza "intuitu personae" que la muerte de un socio produce naturalmente la disolución de la sociedad de acuerdo al artículo 2103 del Código Civil.

Sin embargo, esta causal puede ser evitada, ya que el artículo 2103 contempla la posibilidad de que, por disposición de la ley o por el acto constitutivo haya de continuar la sociedad entre los socios sobrevivientes y los herederos del difunto o sin ellos.

Existe entonces, la posibilidad de que los socios, en la escritura social, establezcan una regla en contrario, vale decir, convengan en que la circunstancia de que muera un socio no va a producir la disolución de la sociedad; pero si la escritura social no dice nada, la muerte de uno de los socios produce la disolución de la sociedad.

Si los socios han alterado esta regla mediante un pacto social según el cual la sociedad continuará con los herederos, éstos son generalmente excluidos de la administración aunque el difunto haya ocupado un alto cargo. No pueden tampoco reclamar individualmente sus derechos ni ir en masa a las reuniones, sino que deben hacerse representar por un procurador común.

Puede ocurrir que el socio que fallece sufra la muerte en circunstancias que no son conocidas por el resto de los socios y, en particular, por los administradores. El inciso segundo del artículo 2103 estableció que, aun fuera de este caso, se entenderá continuar con la sociedad mientras los administradores no reciban noticia de la muerte del socio.

Si se hubiera iniciado operaciones por el difunto, éstas continuarán aun después de su muerte a menos que esas operaciones hubieran supuesto una especial aptitud de él para ejecutar ese tipo de operaciones.

En general, a menos de tratarse de sociedades que han surgido precisamente a causa del conocimiento mutuo entre los socios y de cierta situación, posición, conocimientos y aptitudes personales de ellos, que han sido motivo tenido en cuenta para celebrar el contrato, en la práctica del derecho de sociedades, se pacta habitualmente que la muerte de los socios no ocasionará la disolución de la sociedad.

Pero sí, en todas estas cláusulas, salvo en contadas excepciones, los contratantes establecen que los herederos del socio fallecido en ningún caso van a poder ejecutar actos de administración y, además, deberán hacerse representar por un mandatario común.

Si la sociedad continúa con los herederos de un socio fallecido, al conjunto de éstos les toca, en las utilidades y pérdidas, la misma cuota que le correspondía al causante.

158. 9. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE O INSOLVENCIA DE UN SOCIO

En el artículo 2106 del Código Civil, se contempla que termina anticipadamente la sociedad, asimismo, por la incapacidad sobreviviente o la insolvencia de uno de los socios.

Pero también es aceptable en estos casos que pueda continuar con el incapaz o fallido; en tal caso, el curador o los acreedores ejercerán sus derechos en las operaciones sociales.

La incapacidad se refiere a que un socio útil queda sin sus facultades mentales o físicas normales como para seguir actuando en y por la sociedad.

En cuanto a la insolvencia de uno de los socios, en el inciso segundo del artículo 2106 del Código Civil, el legislador de 1857 asimila la insolvencia a la quiebra, en circunstancias que el insolvente no es fallido, en el concepto de la actual ley de quiebras. En otros términos, no basta ser insolvente para ser declarado en quiebra.

Concretamente, el Código Civil dice que podrá continuar la sociedad con el incapaz o fallido y, en tal caso, el curador y los acreedores ejercerán sus derechos en las operaciones sociales, es decir, se admite la posibilidad que los socios convengan en prorrogar la sociedad a pesar de la insolvencia o incapacidad de uno de los socios, caso en el cual los curadores del incapaz o los acreedores del insolvente no tendrán más derecho que cobrar sus créditos o resguardar el patrimonio de la curatela en el resultado y ejercicio de las operaciones sociales.

159. 10. RENUNCIA DE UNO DE LOS SOCIOS

Esta causal está contemplada en el artículo 2108 del Código Civil, en atención a que, según la ley, la sociedad es un contrato de adhesión voluntaria, que requiere para subsistir de que se conserve entre los socios la *affectio societatis*, vale decir, la intención de unir el destino de uno con el de otras personas en cuanto concierne a las operaciones que a la sociedad le correspondan.

La *affectio societatis*, por lo tanto, se puede perder, cuando se produce desavenencia entre los socios, lo que generalmente sucede cuando se constituyen sociedades apresuradamente sin suficiente conocimiento entre los socios, o cuando la gestión social no camina bien, o se producen casos de abuso o falta de colaboración de un socio.

Por lo tanto, la ley tiene que dar algún escape a los socios que se encuentran en esta situación y ella está contemplada en el artículo 2108 del

Código Civil, que dice que la sociedad puede expirar por la renuncia de uno de los socios.

Sin embargo, el inciso segundo pone un límite a esta facultad cuando la sociedad se ha contratado por un plazo fijo o de duración limitada, caso en el cual no cabe la renuncia. En este caso, el socio que quiera renunciar debe esperar la terminación del período de vigencia de la sociedad o la ejecución del negocio para el cual fue formada la sociedad, a menos que se hubiere contemplado expresamente la facultad en el pacto social, o si hubiere grave motivo, calificando de tal al incumplimiento de las obligaciones por parte de otro socio, la pérdida de un administrador inteligente que no se pueda reemplazar, la enfermedad habitual del renunciante, que lo inhabilite para las funciones sociales, mal estado de sus negocios por circunstancias imprevistas u otras de igual importancia.

El Código Civil se ha encargado de reglamentar la renuncia del socio, porque tratándose de un derecho de ejecución individual puede causar peligrosas consecuencias. Así, el artículo 2109 expresa que la renuncia del socio no produce efecto alguno, sino en virtud de su notificación a los otros. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 2109 expresa que la notificación hecha al socio o a los socios que exclusivamente administran se entenderá hecha a todos.

A los socios a quienes no se hubiera notificado la renuncia podrán aceptarla después si les fuere conveniente o, por lo contrario, dar por subsistente la sociedad en el lapso intermedio.

El artículo 2101 agrega que no vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente, considerándose que está de mala fe el socio que renuncia para apropiarse de una ganancia que debfa pertenecer a la sociedad (artículo 2111).

Cuando ocurre una renuncia de mala fe, los demás socios están facultados para obligar al que renuncia a compartir con ellos las utilidades del negocio y a hacerle soportar a él todas las pérdidas si el negocio va mal.

El inciso final del artículo 2111 del Código Civil señala que, además, los otros socios podrán excluir al socio de mala fe de toda participación en los beneficios sociales y obligarle a soportar su cuota en las pérdidas.

El Código se refiere posteriormente, en el artículo 2112, a la renuncia intempestiva, que es aquella que efectúa un socio cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales, caso en el cual la sociedad continuará hasta la terminación de los negocios pendientes en que fuere necesaria la cooperación del renunciante.

Señala el inciso segundo del artículo 2112 que el socio, en tal circunstancia, deberá esperar un momento oportuno para renunciar.

Las renunciaciones intempestivas se asimilan, en cuanto a sus efectos, a las renunciaciones de mala fe, según expresa el inciso final del art. 2112.

El artículo 2113 del Código Civil expresa que las disposiciones de los artículos precedentes comprenden al socio que de hecho se retira de la sociedad sin renuncia, de modo que el legislador configura aquí una suerte de causal de renuncia presunta.

Se contempla esta causal para que los demás socios puedan excluir al socio que desaparece sin prestar colaboración alguna.

Por último, el artículo 2114 del Código Civil señala que la disolución no se puede alegar contra terceros, sino en los siguientes casos:

- a) Expiración de la vigencia por la llegada del día cierto fijado para la terminación de la sociedad.
- b) Notificación a terceros hecha por medio de tres avisos publicados en un periódico del departamento o de la capital de provincia, si en aquél no lo hubiere, y
- c) Cuando se pruebe que el tercero ha tomado conocimiento oportuno de ella por cualquier medio.

Antes de terminar con el tema, cabe señalar que la disolución de la sociedad requiere de un trámite formal que consiste en dejar constancia en una escritura pública de que ha operado la causal de disolución por la cual procede, escritura pública de la que tiene que hacerse un extracto que debe ser inscrito en el Registro de Comercio. En otros términos, para dejar constancia de la disolución de la sociedad se necesitan los mismos trámites que para constituir una sociedad.

La finalidad de estos trámites es la información adecuada de los terceros.

Cabe consignar que hay un solo caso de disolución en el cual no se necesita trámite alguno y éste es cuando la sociedad se disuelve por el vencimiento del plazo de vigencia pactado, no se ha previsto en el pacto social la prórroga automática y los socios tampoco la han prorrogado voluntariamente. En este caso, al solo vencimiento del plazo se disuelve la sociedad sin mayores trámites.

Párrafo noveno

160. LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES

Una cosa es la disolución de una sociedad y otra distinta es su liquidación. La liquidación es una institución jurídica que consiste en una serie o conjunto de actos cuya última finalidad consiste en poner término definitivo

a las operaciones de una sociedad que ha incurrido en una causal de disolución. Por lo tanto, comprende la terminación de las operaciones pendientes, la realización o liquidación de sus bienes, el pago de los acreedores por las deudas pendientes y el reparto del saldo, si quedare, a los socios, según su porcentaje en el interés social.

Siguiendo de cerca, entre todas, las definiciones que existen en la doctrina, a la de Cesare Vivante, diremos que la liquidación es el conjunto de operaciones posteriores a la disolución de la sociedad que son necesarias para terminar las operaciones pendientes, obtener el pago de los créditos, reducir a dinero los bienes sociales, pagar las deudas y repartir el saldo entre los socios.

Cuando la sociedad se disuelve, queda un patrimonio, que se asemeja al patrimonio de una persona natural que muere, porque al igual que las personas físicas, durante la vida de la persona jurídica ha desarrollado actividades económicas que se han traducido entre otras cosas en adquisición de bienes, en la formación de fondos de inversiones, en la celebración de contratos en virtud de los cuales la persona está en calidad de acreedor de otros y de otros contratos en los cuales está en calidad de deudor y, por último, al morir la persona natural o disolverse la jurídica existen, además de bienes, trabajos por hacer, operaciones por ejecutar, créditos por cobrar, deudas que pagar, etc. A todo ello es preciso darle fin, liquidarlo, tal y de la misma manera que como cuando muere una persona natural, es preciso realizar una serie de trámites que terminan en una partición de bienes, cuando se disuelve una sociedad es menester realizar una serie de trámites, operaciones y diligencias que constituyen la liquidación social, reglamentada en los artículos 408 y siguientes del Código de Comercio.

El primer acto jurídico consiste en la designación de la persona o personas que ejecutarán la liquidación. Aquí caben distintas posibilidades.

Si todos los socios están de acuerdo, ellos pueden hacer por sí mismos la liquidación. Según el artículo 409 del Código de Comercio, se requiere la unanimidad de los socios para que éstos puedan efectuar por sí mismos la liquidación.

De no haber acuerdo entre los socios para hacerla por sí mismos, lo cual representa la ventaja que no se tiene que pagar honorarios a nadie, es necesario designar un liquidador.

El liquidador puede ser designado por:

- A. El propio pacto social;
- B. La escritura de disolución;
- C. Por acuerdo unánime de los socios, y
- D. La última alternativa consiste en que la designación del liquidador corresponda a la justicia ordinaria.

En cualquier caso el nombramiento de liquidador puede recaer en uno de los socios o en un extraño.

El liquidador designado tiene el carácter de verdadero mandatario de la sociedad y, por lo tanto, debe ajustarse a las reglas contempladas en el título de su nombramiento, respondiendo ante los socios de sus operaciones dolosas o culpables.

Se puede decir que es el administrador de la sociedad, pero únicamente para los efectos de su liquidación.

Mientras dura el procedimiento de liquidación, la sociedad conserva su personalidad jurídica para el solo efecto de ella. No hay una regla expresa al respecto como la que contempla el Código Francés, pero diversas disposiciones legales han llevado a la unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia a determinar que la personalidad jurídica de la sociedad subsiste durante el proceso de liquidación, pero sólo para dicho efecto. Cabe mencionar a los artículos 410, 411 y 413 número 6 del Código de Comercio. El que subsista la personalidad jurídica para el solo efecto de la liquidación significa que el liquidador no puede emprender nuevos negocios porque eso no sería liquidación, pero sí puede terminar los pendientes o en estado de ejecución.

161. OPERACIONES QUE COMPRENDE LA LIQUIDACIÓN MISMA

En primer lugar, el liquidador debe finiquitar las operaciones pendientes. Eso significa que debe ejecutar los actos a los que la sociedad se comprometió mientras estaba vigente, por lo que el liquidador tiene naturalmente las facultades para llevar a término los actos que tiendan directamente al cumplimiento de su encargo, que es la liquidación. La extensión de sus facultades dependerá de lo que conste en el acto de su nombramiento. El artículo 411 inciso segundo del Código de Comercio les prohíbe, entonces, constituir hipotecas, prendas, tomar dinero a préstamo, comprar mercaderías para revender, endosar efectos de comercio, celebrar transacciones y, en general, celebrar todos los actos que son normales a la continuidad de la persona jurídica y no de su liquidación.

En segundo lugar, le corresponde al liquidador realizar los bienes sociales. La sociedad seguramente ha acumulado durante su existencia jurídica, propiedades, bienes muebles, stock de inventarios, instalaciones y puede ser dueña de marcas, patentes, licencias y, en general, todo bien mueble o inmueble que tenga valor; y el liquidador está llamado a convertir todo esto en dinero, es decir, realizar dichos bienes.

En la medida que el liquidador vaya juntando dinero, debe proceder a solucionar las deudas sociales y, al efecto, pagará a los acreedores a medida de sus vencimientos; pondrá fin al contrato de trabajo de los obreros y empleados, pagando los correspondientes finiquitos, hasta que llegue el momento en que va a ocurrir una de dos situaciones: que se acaba el dinero alcanzando sólo a pagar a los acreedores o ni eso siquiera o, por el contrario, una vez pagadas todas las deudas, sobra dinero, caso en el cual el liquidador tiene que proceder a repartirlo entre los socios a prorrata de su participación en el interés social. Aquí encontramos una muestra fehaciente de que para la sociedad, los aportes de los socios constituyen un pasivo, pues a la época de la liquidación, los socios tienen en dichos aportes un crédito contra la sociedad, que tiene la particularidad de que se hace efectivo sólo y en tanto todas las demás deudas sociales se hayan pagado.

Se paga primero a los acreedores y sólo si sobra dinero se reparte a los socios. Si sobra dinero incluso después de pagarse los aportes de los socios, el remanente se distribuye también entre ellos a prorrata de su interés social.

El artículo 413 contempla las obligaciones que corresponden a los liquidadores y expresa que ellas son:

1. Formar inventario de lo que exista al tomar posesión de su cargo, incluyendo bienes, existencias, créditos y deudas, más los libros, correspondencia y papeles de la sociedad. Esta primera obligación que debe cumplir el liquidador es equivalente a la de todos los administradores de bienes ajenos que deben rendir cuenta, como por ejemplo los síndicos de quiebras.
2. Continuar y concluir las operaciones pendientes.
3. Exigir cuentas de su administración a los que fueron gerentes o que de cualquiera otra forma hayan manejado intereses de la sociedad.
4. Liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios.
5. Deberá cobrar los créditos, percibir su importe y otorgar finiquitos a los deudores.
6. Deberá vender las mercaderías, los muebles y los inmuebles, pudiendo actuar aun cuando hubiere entre los socios un menor.
7. Deberá presentar informes de su gestión (estados de liquidación, los llama el Código), cada vez que se lo pidan los socios.
8. Al término de sus gestiones, rendir una cuenta general de su administración.

Para los efectos de cumplir con su misión, el artículo 416 del Código señala que los liquidadores representan en juicio activa y pasivamente a los asociados, queriendo haberse referido, sin duda alguna, a la sociedad en liquidación.

Resulta digno de mención que el legislador omitió consignar en este artículo la obligación de pagar las deudas sociales y repartir entre los socios el remanente si lo hay.

El artículo 414 señala que todas las cuestiones a que pudiere dar lugar la presentación de la cuenta del liquidador se someterán precisamente a compromiso.

Mientras que el liquidador responde frente a los socios con la responsabilidad del mandatario, según el artículo 410 no tiene responsabilidad frente a terceros, que no sean las responsabilidades propias que contraiga en el ejercicio de su cargo, por la sencilla razón de que el liquidador no representa a los terceros ni a los socios: representa a la sociedad en liquidación.

Por lo tanto, los acreedores no pueden criticar su gestión como liquidador, mientras que los socios podrán, incluso, pedirle indemnización de los perjuicios que resultaren de las operaciones culpables o dolosas que efectuase en desempeño de su cargo.

El derecho que tienen los socios de perseguir la responsabilidad de los liquidadores prescribe en el plazo de cinco años contados desde la disolución de la sociedad. En cuanto a las acciones que tengan en contra de la sociedad, prescriben de acuerdo a las reglas generales y como estamos en presencia de sociedades mercantiles, el término es de cuatro años.

Las cuestiones que se susciten entre los socios de una sociedad entre sí estarán sometidas a compromiso a menos que en el estatuto social se haya estipulado expresamente otra cosa.

Del mismo modo, las dificultades a que dé lugar la conducta del liquidador estarán sometidas a compromiso.

CAPÍTULO XI

SOCIEDAD COLECTIVA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

162. ORIGEN Y ESTATUTO JURÍDICO DE LAS SRL

Este tipo de sociedades no existía ni en la doctrina ni en la legislación comparada en la época en que se dictó nuestro Código de Comercio, de manera tal de que las normas que le son aplicables en particular a estas sociedades no se encuentran en él, sino en una ley complementaria.

Las sociedades de responsabilidad limitada surgieron a fines del siglo XIX y son una creación de la doctrina alemana. Hoy en día, este tipo de sociedades constituyen una forma de organización de la empresa que es ampliamente reconocida y usada en todos los países del mundo, incluso en los países anglosajones.

En nuestro país fueron introducidas por una ley especial, la Nº 3.918 del 14 de marzo de 1923.

La sociedad de responsabilidad limitada no está definida ni conceptualizada en forma alguna en esta ley, que por lo demás es una ley cortísima, que tiene tan sólo cinco artículos, de los cuales el último se limita a decir que esta ley regirá a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, de modo que lo verdaderamente importante son solamente los otros cuatro.

De hecho, cualquiera sea el caso, estas sociedades se han convertido en la forma más popular que asume la organización de la empresa, tanto mercantil como civil. La sociedad de responsabilidad limitada es aquella forma de sociedad más usada en nuestro país; en segundo lugar está la sociedad anónima cerrada, en tercer lugar la sociedad colectiva propiamente tal, en cuarto lugar la sociedad anónima abierta y en último lugar la sociedad en comandita, forma ésta que se encuentra en desuso.

La sociedad colectiva de responsabilidad limitada es básicamente una sociedad colectiva y, por lo tanto, hay que definirla de la misma forma como se define una sociedad colectiva, es decir, aquella en que todos los socios administran por sí o por mandatarios elegidos de común acuerdo. Pero, y aquí viene la diferencia, en que la responsabilidad de los socios está limitada al

monto de sus aportes o a la suma que más allá de éstos se haya determinado en el pacto social. La sola enunciación del concepto podrá dar una explicación acerca de la popularidad de este tipo de sociedades.

Mediante ellas se puede constituir una sociedad de personas, porque la gente no siempre está dispuesta a organizar una sociedad de capitales, pero que supera el problema de todas las otras sociedades de personas: la responsabilidad ilimitada de los socios por las obligaciones sociales y, en las sociedades colectivas mercantiles es, además, solidaria. *Esa es la razón del éxito de las sociedades de responsabilidad limitada: la circunstancia de que los socios responden de las deudas sociales, sólo con el monto de sus aportes o con la suma que además o por encima de sus aportes hayan establecido en el pacto social.*

Ello significa que puede hablarse de dos situaciones distintas, respecto a la responsabilidad de los socios. La primera consiste justamente en que los socios respondan sólo con aquello con que hayan aportado, y la segunda, que puedan responder, además, con una suma adicional, que tiene que establecerse o señalarse en el pacto social.

Demos un ejemplo de cada uno de los dos tipos. El primero es el caso de una sociedad de un capital de \$ 10.000.000 formada por cuatro socios que aportan lo mismo: \$ 2.500.000 cada uno. Ellos responden sólo con los 2,5 millones de pesos que han enterado o se han comprometido a enterar para completar el capital social.

El segundo es la misma situación: cuatro socios, \$ 10.000.000 de capital y cada uno de ellos se obligó a pagar \$ 2.500.000. Pero los socios pactaron que, para darle mayor respaldo a la sociedad, asumían la responsabilidad por \$ 2.500.000 adicionales, o sea, en resumen, cada uno puede llegar a perder hasta \$ 5.000.000, los \$ 2.500.000 del capital que ellos pagaron o se obligaron a pagar y otros \$ 2.500.000 adicionales.

Esta suma adicional no constituye capital, sino que es una suma constituida como respaldo de las operaciones sociales, porque obviamente los acreedores cuando vean los títulos de la sociedad, se van a dar cuenta de que ahí hay una especie de fondo de garantía formado por esta suma adicional a que se comprometen los socios y ello les va a proporcionar una mayor confianza en la capacidad de pago de esa sociedad.

163. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DE LAS SRL

En primer lugar, se trata de una *sociedad de personas*; por lo tanto no es una sociedad de capitales. De hecho es una sociedad colectiva de responsabilidad limitada, que se rige por las normas de la sociedad colectiva con las modificaciones introducidas por la ley N° 3.918.

En segundo término, y esta es la característica más importante, es una *sociedad en la cual los socios responden sólo de cierta suma de dinero y no con la totalidad de su patrimonio* como en el resto de las sociedades colectivas, la que justifica la existencia de este tipo de sociedades. Podemos decir que este es el primer gran paso que se ha dado en el desenvolvimiento del derecho comercial, hacia la constitución de empresas en las cuales los socios respondan sólo con cierto monto de dinero y no pongan en riesgo todo su patrimonio, en tanto que la forma más moderna está constituida por las empresas unipersonales de responsabilidad limitada, que solamente tienen aplicación en algunos países del mundo, entre ellos, desde hace poco, Chile, en tanto que la sociedad de responsabilidad limitada tiene amplia aplicación en todo el orbe.

La tercera característica es de que a pesar de que se trata de una sociedad de personas, *puede tener un considerable número de asociados, pero nunca más allá de cincuenta.*

La cuarta característica consiste en que *el capital social se constituye por sumas aportadas por los socios que son representativas de su interés económico en la sociedad* y que al igual que en todas las sociedades colectivas los derechos sociales no son negociables o cedibles a terceros sin el consentimiento unánime de todos los socios.

Ya habíamos dicho, cuando tratamos la sociedad colectiva, que ningún socio de una sociedad colectiva podía transferir sus derechos sociales a terceros. Sólo lo pueden hacer si se hace una modificación de la sociedad, mediante una escritura a la cual deben concurrir, con su firma y su aceptación, todos los socios. Esto quiere decir, siguiendo el mismo ejemplo de la sociedad de \$ 10.000.000 aportado por cuatro socios en la misma suma de \$ 2,5 millones cada uno, que ninguno de esos socios podrá ceder su cuota de derechos en el interés social a un tercero, sin que todos los otros socios lo aprueben. Y lo aprueban compareciendo a una escritura de modificación social y, por lo tanto, aceptando la incorporación del nuevo socio.

Por último, si bien es cierto que, en general, la sociedad de responsabilidad limitada tiene formalidades de constitución menores que las sociedades anónimas y un sistema más simple de administración, contemplan un trámite que no existe en la constitución de las sociedades colectivas. *El extracto de la escritura de constitución no sólo debe inscribirse, sino también publicarse en el Diario Oficial.*

Esa publicación también debe hacerse dentro del lapso de 60 días, contemplado en las sociedades colectivas para su inscripción. De manera que tanto la inscripción como la publicación deben hacerse dentro de dicho plazo fatal de 60 días.

Cabe decir que las sociedades de responsabilidad limitada constituyen una etapa de transición entre las sociedades colectivas, con sus ventajas y limitaciones y las sociedades de capital. Son sociedades de personas que se constituyen y sobre todo forman su capital, del mismo modo que las colectivas, pero en que la responsabilidad de los socios es equivalente a la responsabilidad que tienen los socios de las sociedades anónimas, que responden sólo con aquello que han aportado (las acciones por ellos suscritas).

El artículo primero de la ley señala que se autoriza el establecimiento de sociedades civiles y comerciales con responsabilidad limitada de los socios, distintas de las sociedades anónimas o en comandita. *Este artículo deja en claro, de partida, que las sociedades de responsabilidad limitada pueden ser civiles o comerciales*, lo que no ocurre con las sociedades anónimas, porque como vamos a ver, estas últimas siempre son mercantiles, aun cuando se formen para explotar negocios de carácter civil.

La forma de constitución de las S.R.L. consiste en una escritura pública que debe contener, además de las menciones que señala el artículo 352, que ya hemos estudiado, *la declaración explícita de que los socios responden hasta el monto de sus aportes o hasta la suma adicional que hayan estipulado*. Esta cláusula es esencial, sin la existencia de ella la sociedad no será limitada sino que colectiva y los socios responderán con la totalidad de su patrimonio.

Este tipo de sociedades, dice la ley, no puede dedicarse a negocios bancarios y el número de sus socios, no podrá exceder de cincuenta. Esta declaración del inciso segundo del art. 2º de la ley es, a estas alturas, insuficiente, porque por obra de otras disposiciones legales, hay una serie de otras actividades que no pueden desempeñar las sociedades de responsabilidad limitada. Ese es el caso, por ejemplo, de las compañías de seguros, de las AFP, de las instituciones de salud previsional, de los fondos mutuos. O sea, hay una amplia gama de negocios que están reservados exclusivamente a las sociedades anónimas, e incluso más, como lo veremos en su oportunidad, ese tipo de negocios son reservados a sociedades anónimas que tienen carácter de especial.

Como decíamos, en cuanto a la constitución de estas sociedades, existe un trámite adicional y que consiste en la publicación del extracto, en el que, fuera de las menciones señaladas en el artículo 354, debe dejarse constancia también de la limitación de responsabilidad de los socios al monto de sus aportes o a la suma que hayan establecido. Por lo tanto, esta declaración no sólo es importante en la escritura, sino que también en el extracto que, como decimos, se inscribe en el Registro de Comercio y se publica en el Diario Oficial, dentro del término de 60 días.

La circunstancia de que el extracto se publique en el Diario Oficial no es secundaria; tiene una gran importancia, porque el Registro de Comercio

existe no sólo por razones de solemnidad, sino también por razones de publicidad, no obstante lo cual encontrar dentro de él la formación o modificación de una sociedad no es una tarea simple. Partamos por decir que el Registro de Comercio existe en todos los departamentos del país y, por lo tanto, existe una cantidad considerable de Registros de Comercio. En cambio, Diario Oficial existe sólo uno, se publica y tiene alcance nacional, y ello permite que toda persona sin mayor esfuerzo, pueda enterarse de la formación o de la modificación de sociedades. Por tanto, la publicación en el Diario Oficial constituye un trámite que hace que las sociedades de responsabilidad limitada estén más al acceso del control del público en general, en los registros de empresas que llevan control de este tipo de asuntos como Dicom. En cambio buscar, dentro de esos mismos registros una sociedad colectiva no limitada es muy difícil, porque Dicom forma su base de datos sobre la base del examen diario de los ejemplares del Diario Oficial con alcance nacional; lo que no se consigue con el registro de comercio.

En cuanto a la razón social, las sociedades de responsabilidad limitada se rigen por la norma del artículo 4º, *el que dice que ella podrá contener el nombre de uno o más de los socios o una referencia al objeto de la sociedad, de modo tal que nos encontramos aquí con la primera sociedad en la cual se admite un nombre que no sea el de los socios que la formaron; pero en ambos casos debe terminar con la expresión "limitada", sin la cual los socios se convierten en solidariamente responsables de las obligaciones sociales*.

El artículo 4º termina diciendo que en lo no previsto por esta ley o por la escritura social, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las reglas establecidas en la legislación para las sociedades colectivas, siéndoles aplicables, por lo tanto, las normas respectivas de los Códigos Civil y de Comercio.

La circunstancia de que la redacción del inciso segundo del artículo 4º establece que esas normas permiten al estatuto social disponer en forma amplia, respecto de cláusulas sociales, constituye una de las fuentes principales de críticas que se les formula a este tipo de sociedades. Se dice que la libertad ilimitada que otorga dicha norma a los socios para pactar en el estatuto social las reglas bajo las cuales se va a regir la sociedad es excesiva, pasando por encima de las normas del Código Civil y del Código de Comercio. Esa norma expresa que "en lo no previsto por esta ley o por la escritura social, se aplican las normas del Código Civil y del Código de Comercio", de manera tal que hay prioridad de las normas del estatuto por encima de las normas legales del Código Civil y del Código de Comercio.

Ello constituye fuente de crítica porque, se dice, es demasiado elástico el estatuto normativo de las sociedades de responsabilidad limitada, que provie-

ne de una falta de regulación legal, consistente en una ley sumaria con cuatro artículos útiles, y, más encima, con una disposición que establece que los pactos de los socios van a estar por encima de las normas del Código Civil y del Código de Comercio, estas sociedades quedan entregadas, en definitiva, casi absolutamente, al estatuto que convengan los contratantes.

En cuanto a la administración de las sociedades de responsabilidad limitada, justamente a raíz de la libertad que confiere la ley, se admiten todas las formas de administración social que contemplan los Códigos Civil y de Comercio para las sociedades colectivas, pero siendo lícito también el uso de formas que no están contempladas para las sociedades colectivas y son más propias de sociedades anónimas, como por ejemplo, a la existencia de directorios en este tipo de sociedades.

No es excesivamente infrecuente la existencia de sociedades de responsabilidad limitada cuyo estatuto señala que la administración de la sociedad corresponderá a un directorio, forma que no contempla la administración de la sociedad simplemente colectiva y ello es perfectamente admisible aquí. Son absolutamente válidas las sociedades que contemplan el que sean administradas por un directorio, forma de administración que es absolutamente extraña a la naturaleza de las sociedades colectivas y que surge del amplio margen dejado a la libre iniciativa particular por el inciso segundo del artículo 4º de la ley.

En cuanto a las causales de disolución, no hay en la ley N° 3.918 formas especiales en relación a la forma de disolución de este tipo de sociedades. Cabe destacar, eso sí, que *por remisión que hace el inciso segundo del artículo 4º a lo que dispone el artículo 2104 del Código Civil, resulta que en caso de muerte de uno de los socios la sociedad no se disuelve, sino que continúa con los herederos del socio fallecido.* Por lo tanto, es una cláusula de la naturaleza de este tipo de sociedades, la estipulación de que la sociedad continúa con los herederos del socio fallecido. En cambio, en las sociedades colectivas comunes la situación es al revés, es decir, es cláusula de la naturaleza el que la sociedad se disuelva en caso de muerte de uno de los socios (artículo 2100).

Las cláusulas de la naturaleza son aquellas que se entienden normalmente pertenecer a un tipo contractual, pero que admiten que por la voluntad de las partes se alteren, por lo que nada impide establecer lo contrario.

SOCIEDADES EN COMANDITA

CAPÍTULO XII

LAS SOCIEDADES EN COMANDITA

Párrafo primero

164. DE LAS SOCIEDADES EN COMANDITA EN GENERAL, Y EN PARTICULAR DE LAS EN COMANDITA SIMPLES

Este tipo de sociedades tiene un origen muy antiguo; datan de la edad media y, originalmente, en el idioma castellano se llamaban contrato de comanda, que era el que celebraba un particular capitalista con un capitán de navío para realizar ciertos tipos de operaciones de comercio marítimo en las que el capitalista permanecería oculto frente a terceros, ante los cuales aparecía solamente la persona del capitán del buque.

De acuerdo con la aplicación combinada de los artículos 470 del Código de Comercio y 2061 inciso tercero del Código Civil, las sociedades en comandita son aquellas que forman una o más personas que se comprometen a llevar a la caja social un determinado aporte, obligándose sólo hasta concurrencia de éste y una o más personas que se obligan a administrar exclusivamente la sociedad, por sí o por delegados.

Estos últimos socios, llamados gestores, administran a la sociedad y son los únicos que figuran con sus nombres en la firma o razón social; en cambio los primeros, los socios anónimos o comanditarios, aportan sólo capital y no pueden administrar la sociedad.

➔ Mientras que los socios comanditarios responden sólo hasta el monto de sus aportes, los socios gestores responden igual que los socios en la sociedad colectiva comercial, es decir, ilimitada y solidariamente.

El socio gestor puede también aportar capital. No está prohibido que el socio gestor aporte capital; lo que en verdad importa es que él, además, es el único que está facultado para administrar y cuyo nombre figura en la razón social.