



Constitución de sociedades

TRATAMIENTO NORMATIVO
EN PAÍSES DE IBEROAMÉRICA

ESPECIAL

PÁG. 2 REQUISITOS CONSTITUTIVOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES EN EL DERECHO ESPAÑOL. **JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO**

PÁG. 3 RETO DEL DERECHO SOCIETARIO EN EL PERÚ. **MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN**

PÁGS. 4 Y 5 LA EXISTENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA PRIVADA EN LA REGULACIÓN ARGENTINA. **DANIEL ROQUE VÍTOLO**

PÁG. 6 LA SOCIEDAD COMERCIAL CONSTITUIDA EN URUGUAY. **JENIFER ALFARO BORGES**

PÁG. 7 SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES EN CHILE. **JAIME ALCALDE**

PÁG. 8 LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN COLOMBIA. **CAMILO ENRIQUE CUBILLOS GARZÓN**



EN EL DERECHO ESPAÑOL

Tipicidad y requisitos constitutivos de las sociedades mercantiles

La inscripción registral no trae consigo efectos comunes para todas las sociedades.



JOSÉ MIGUEL
EMPID IRUJO

CATEDRÁTICO
EMÉRITO DE
DERECHO
MERCANTIL
UNIVERSIDAD DE
VALENCIA.
MIEMBRO
FUNDADOR DEL
IBERODEMER.

A la hora de analizar la importante cuestión de la tipicidad societaria hay que partir de lo dispuesto en el Art. 122 del Código de Comercio (en adelante, C. de C.), en el que aparecen dichos tipos con arreglo a un orden de exposición congruente con su surgimiento histórico. En tal sentido, se menciona, en primer lugar, la sociedad regular colectiva, comúnmente denominada sociedad colectiva; en segundo lugar, se alude a la sociedad comanditaria, distinguiendo dos modalidades de ella: simple y por acciones, que describen, en realidad, sociedades distintas. Tanto la sociedad colectiva como la comanditaria simple se regulan por el C. de C.

A continuación, aparece mencionada la sociedad anónima y, tras ella, la sociedad de responsabilidad limitada, ejemplos los dos de sociedades de capital y reguladas ambas en la LSC.

Esta enumeración de formas de sociedad mercantil se refiere a los tipos generales o universales, lo que no impide la existencia

en el ordenamiento español de muchas otras sociedades especiales, objeto de regulación particular. En la gran mayoría de los casos se trata de sociedades anónimas, cuyo régimen jurídico común (contenido en la LSC) suele ser objeto de modificación a fin de atender debidamente las circunstancias especiales de cada figura.

De esos tipos generales o universales solo la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada tienen amplia acogida en la realidad empresarial. En particular, esta última es, podríamos decir, la “sociedad general” del tráfico mercantil en la actualidad, quedando reservada la anónima para las sociedades cotizadas en Bolsa, sin perjuicio de su existencia en la práctica, aunque muy restringida, para entidades cerradas.

Tipicidad y autonomía de la voluntad

Aunque literalmente pueda entenderse otra cosa, no parece posible la creación autónoma de sociedades diferentes a las

contempladas en el Art. 122 del C. de C. Solo cabe que la autonomía de la voluntad establezca cláusulas o pactos en los estatutos sociales con motivo de la constitución de cada sociedad mercantil, siempre que no se opongan a las normas imperativas ni contradigan los principios esenciales de cada tipo societario.

Acercas de la personalidad jurídica

La segunda cuestión que debe analizarse se refiere a los requisitos legalmente establecidos para su constitución. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el C. de C., por un lado, y en la LSC, por otro, con referencia específica a las sociedades de capital.

Ambas regulaciones contemplan la fundación de las sociedades mercantiles como un negocio jurídico de carácter organizativo, tradicionalmente plurilateral, si bien cabe la constitución de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada por un solo sujeto. En cualquier caso, los requisitos formales son

comunes y consisten en el otorgamiento de una escritura pública (documento autorizado por un notario) y en su consiguiente inscripción en el Registro mercantil.

Una vez cumplidos los requisitos organizativos, la sociedad mercantil, cualquiera que sea el tipo elegido, gozará de personalidad jurídica “en todos sus actos y contratos”, según establece el Art. 116 del C. de C. A este precepto general debe añadirse lo dispuesto en el Art. 33 LSC, según el cual “con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido”. Las diferencias entre ambos preceptos requieren una explicación.

La atribución de personalidad jurídica en el C. de C. a todas las sociedades prescinde de las diferencias de régimen entre ellas en materia de responsabilidad por las deudas sociales. En las sociedades colectivas y comanditarias simples (personalistas) no se produce una tajante separación entre la esfera social y la esfera individual de los socios, de manera que los socios (colectivos) responderán subsidiariamente de las obligaciones contraídas por la sociedad. En las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (capitalistas), “los socios no responden de las deudas sociales” (Art. 1 LSC).

A manera de conclusión

Parece evidente, por lo tanto, que la inscripción registral no trae consigo efectos comunes para todas las sociedades. En el caso de las sociedades personalistas, la inscripción es meramente declarativa, y sus efectos, en cambio, serán constitutivos para las sociedades capitalistas. Efectos meramente declarativos en el caso de las sociedades personalistas, en tanto que sus efectos serán constitutivos en el caso de las sociedades capitalistas.

Surge, entonces, la pregunta en torno a la calificación que quepa otorgar a las sociedades no inscritas en el Registro mercantil, y que actúen en el tráfico con publicidad meramente fáctica (las llamadas sociedades irregulares). La cuestión tiene especial interés en el caso de las sociedades que pretendan ser capitalistas, de acuerdo con el Art. 39 LSC; a su tenor, “se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil”, dependiendo de si la sociedad en cuestión llevaba a cabo una actividad empresarial o no.

A todo lo indicado habría que añadir, para terminar, la novedad que supone la digitalización. Se permite en derecho español la constitución telemática de la sociedad de responsabilidad limitada, con estatutos sociales preestablecidos, cuyo régimen esencial se contiene en los Arts. 40 bis a 40 quinquies LSC. Es una tarea pendiente extender la tramitación electrónica a la constitución de la sociedad anónima.



AUTONOMÍA PRIVADA Y REGISTRO

Constitución de sociedades

El reto del derecho societario ante nuevas formas de organización empresarial.

Se dice que la interrogante ¿qué es primero, el huevo o la gallina? planteó a los filósofos de la antigüedad la reflexión acerca de cómo se originó la vida y el universo. Traslado esta reflexión a la existencia de las personas jurídicas, específicamente de las sociedades y planteo la pregunta: ¿Qué es primero, el acuerdo de voluntades o la inscripción en el registro público? En principio, no hay una respuesta única, dependerá de cada legislación.

Regulación peruana

En el caso peruano, el artículo 77 del Código Civil (CC) establece que la existencia comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley; y en la Ley General de Sociedades (LGS), en el artículo 6, se señala que la sociedad adquiere personalidad ju-



MARÍA ELENA
GUERRA
CERRÓN

DOCTORA EN
DERECHO. DOCENTE
EN LA UNMSM Y EN
LA UNIVERSIDAD DE
LIMA. MIEMBRO DEL
IBERODEMER.

rídica desde su inscripción en el Registro y se mantiene hasta que se inscribe su extinción. Así, podría afirmarse que sin inscripción no hay persona jurídica/sociedad y tampoco personalidad jurídica. Sin embargo, en el segundo párrafo del referido artículo 77 también se hace mención a la “persona jurídica” sin inscripción, lo mismo ocurre con la “sociedad”, en el artículo 7 de la LGS, que reconoce su existencia antes de la inscripción.

Autonomía de la voluntad y registro

De la interpretación sistemática de las disposiciones antes citadas se puede distinguir dos dimensiones en la existencia de la persona jurídica/sociedad: una, por la sola autonomía de la voluntad; y otra, por la inscripción en el registro.

Por la autonomía de la voluntad se constituye o se funda una sociedad y se puede actuar en su nombre. Esta sociedad es un sujeto de derecho y tiene personalidad jurídica, puesto que puede actuar por sí misma, como se desprende del contenido del artículo 18 del Código Procesal Civil –respecto a la persona jurídica irregular– esta puede ser demandada y por lo tanto ejercer su defensa, así también puede ser demandado directamente su representante, administrador, director u otro sujeto por actos realizados en nombre de la persona jurídica. Como puede verse hay sociedad, pero sin tipo societario. En este caso, no existe inseguridad jurídica, puesto que la ley ha establecido que la responsabilidad de los socios es personal, ilimitada y solidaria, como sucede con la sociedad colectiva.

La existencia por inscripción en el registro está vinculada con la elección de uno de los tipos societarios establecidos en la LGS o en leyes especiales; por ejemplo, si se trata de una sociedad anónima, solo se producirá los efectos de la responsabilidad limitada de los socios, previa inscripción.

Cuando se menciona que la LGS no asume una postura doctrinaria respecto a la naturaleza de la sociedad –contractual o institucional–, en mi opinión no habría razón para distinguirla. La LGS establece las reglas de constitución, tipos societarios, lineamientos de actuación de los órganos societarios, organización, desarrollo, proceso de liquidación y extinción de sociedades, y estas, en lo que corresponde, se aplican

DESAFÍO PARA EL DERECHO SOCIETARIO

No suelo recurrir solo a la legislación extranjera para sustentar una idea porque primero, y lo más importante, es reconocer la realidad nacional y en lo posible desarrollar un “prototipo” de la figura propuesta para evaluar si sería adecuada para nuestro contexto y cuáles serían las ventajas y desventajas, y qué normas complementarias se necesitarían para su efectividad. De ahí, a manera de comentario, reitero mi disconformidad con la “sociedad unipersonal” para el Perú y sostengo que se debería trabajar con el EIRL y pensar, por ejemplo, en clases de EIRL con las que se puede diseñar un “prototipo de EIRL” con acciones.

En este tema, en algunos países de América Latina, como Argentina, para ser reconocido como un sujeto de derecho y tener personalidad jurídica (como se puede leer en el actual Suplemento Jurídico) no se requiere de la inscripción en el registro y, con ello se ha dado término a la “sociedad de hecho”, la “sociedad irregular” o la “sociedad en formación”, entre otros. En Uruguay, igualmente, por acuerdo de voluntades se constituye una sociedad y tiene la calidad de sujeto de derecho.

de manera obligatoria a las sociedades inscritas y a las no inscritas. El empresario (sociedad) es libre de elegir cómo desea desarrollar la actividad societaria: como sociedad no inscrita donde formalmente no se reconoce un tipo societario, pero nada obsta que esta se organice y funcione, por ejemplo, como una sociedad anónima; o que decida constituirse y registrarse como una sociedad anónima.

A manera de conclusión

Considero que se debe poner más énfasis en la persona jurídica/sociedad no inscrita, así se reconocería la atipicidad societaria. Esto no implicará inseguridad jurídica, puesto que, como ha sido antes señalado, la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria recaen en los socios.

El derecho, especialmente el derecho comercial/societario, no puede ignorar la realidad y tiene que dar soluciones prácticas a las diferentes formas de emprendimiento y de empresa, en armonía con el principio recogido en la Constitución Económica del pluralismo económico.

**DANIEL
ROQUE
VITO**

DOCTOR EN
DERECHO POR
LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DE
CÓRDOBA, DOCTOR
HONORIS CAUSA POR
LA UNIVERSIDAD
NACIONAL MAYOR
DE SAN MARCOS,
PROFESOR EMÉRITO
DE LA UNIVERSIDAD
DE BUENOS AIRES
(UBA), MIEMBRO
FUNDADOR DE
IBERODEMÉR.

En el derecho positivo argentino –con referencia a la materia que regulaba la personalidad jurídica de los entes ideales– el Código Civil redactado en su momento por Vélez Sarsfield en 1869, y puesto en vigencia en 1871, había sido ya reformado, pues la ley 17.711–del año 1968– introdujo un interesante cambio en la redacción del artículo 33 de aquel código –hoy derogado– el cual en su inciso 5º agrupaba una serie de especies de construcciones jurídicas sin método alguno, colocando determinadas dudas en relación al carácter de sujeto de derecho de las personas jurídicas de carácter privado.

Sin embargo, en su redacción bajo la ley 17.711, el artículo 33, inciso 2º, del Código Civil derogado calificaba como personas jurídicas de carácter privado a las sociedades civiles y comerciales o entidades que, conforme a la ley, tuvieran capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requirieran autorización expresa del Estado para funcionar.

La persona jurídica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por la ley 26.994 en el 2015 ha venido a innovar en este campo:

Así:

a) El art. 141 define a las personas jurídicas como “... todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.”

b) El art.142 señala que “... la existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla.”

c) Y, finalmente, el art. 143 establece que la persona jurídica “...tiene una personalidad distinta de la de sus miembros...” y que dichos miembros “...no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial...”

El principio de especialidad

Las personas jurídicas –bajo el nuevo código– son creadas con uno o más fines que los fundadores se proponen alcanzar o desarrollar, y es para la obtención de dichos fines que –a través de la ley– se les reconoce subjetividad jurídica.

La doctrina ha visto en esta circunstancia un factor limitativo de la capacidad –o legitimación para actuar– de las personas jurídicas, las cuales nunca podrían estar legitimadas para actuar en una esfera ajena a la de sus finalidades.

Este principio, llamado de “especiali-

dad” se funda en que el ejercicio de operaciones extrañas al objeto y fines de la institución implicaría un cambio de este objeto y de esos fines, lo cual no sería válido sino en las condiciones y casos previstos en los estatutos.

La “especialidad” impone –entonces– una limitación intrínseca a la legitimación para obrar de las personas jurídicas privadas; es decir, no restringe la actuación del sujeto ideal para determinadas especies o categorías de actos, sino que les están prohibidos algunos de ellos, cuando se consideren desvinculados de las finalidades que persiguen dichas personas jurídicas.

El Código derogado, siguiendo la doctrina de SAVIGNY a este respecto, había establecido en su artículo 35 que “[...] las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece [...]”. En la aplicación del principio debía actuarse prudencialmente –según es doctrina aceptada– admitiendo capacidad o legitimación para actuar para todos aquellos

actos que tuvieran relación directa o indirecta con el cumplimiento de los fines de las propias personas jurídicas.

Se ha juzgado asimismo que son las propias entidades ideales privadas quienes están en la mejor situación para apreciar si un determinado acto conviene o no a la obtención de sus finalidades, no siendo válidas las objeciones que oponga el intérprete, fundadas en su particular criterio de oportunidad.

Finalmente, cabe destacar que en materia societaria –bajo la ley 19.550– se dispone que los actos de los administradores obligan a la sociedad, siempre que no sean al objeto notoriamente extraños social –art. 58, LS–.

En este sentido, la ley 26.994 –que sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que puso en vigencia la ley 27.077– ratifica el principio de especialidad al consagrar –como norma general– en el texto del art. 141 que la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones que el Código confiere a las personas jurídicas

EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

La existencia de la persona jurídica privada

La decisión de establecer su nacimiento desde el momento de su constitución, elimina los problemas y cuestiones controversiales que se derivan del fenómeno llamado de sociedad “en formación”.

privadas, lo es “...para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.”

Los efectos otorgados con carácter jurídico a la voluntad en la creación de las personas jurídicas privadas dentro del marco de las formalidades o tipos admitidos por el legislador –principio de adecuación–, o aún por fuera de ellos, adopta como criterio general que, excepto disposición en contrario, la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades, o –en ciertos casos admitidos por la ley– por la declaración unilateral de voluntad, como es el caso de las sociedades anónimas unipersonales o las sociedades por acciones simplificadas unipersonales (SAS).

La Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de 2015 ha señalado que la trascendencia de la prerrogativa de crear sujetos y separar patrimonios dada a los particulares justifica diseñar un control con suficiente amplitud, cuya importancia –se ha indicado– tampoco puede ser desconocida en el plano sociológico, ya que es común la creencia



“Las personas jurídicas –bajo el nuevo código– son creadas con uno o más fines que los fundadores se proponen alcanzar o desarrollar, y es para la obtención de dichos fines que –a través de la ley– se les reconoce subjetividad jurídica”.

en el medio social de que lo que ha sido inscripto en un registro público es algo que existía ya con anterioridad, que sería válido y por eso se lo inscribió –más allá de que el registro del instrumento no tenga efecto saneatorio de los vicios que pudieran afectar a la constitución del sujeto de derecho ideal–.

Sin embargo, el control de legalidad debe ser separado de aquel de oportunidad, mérito o conveniencia que puede ser ejercido en la creación y funcionamiento de determinadas personas jurídicas cuyo objeto o forma de operar –por ejemplo, recurriendo al ahorro público– tienen repercusión sobre intereses públicos o generales de la comunidad.

Lo cierto es que el Código distingue dos conceptos diferenciados en forma clara:

i) La existencia de la persona jurídica, que es un concepto vinculado al nacimiento de dicha persona jurídica, la que –bajo el principio de adecuación– hace que jurídicamente la persona jurídica nazca como tal en el mismo acto constitutivo –la capacidad jurígena de la voluntad a la que aludieron los redactores de la norma–; y

ii) El funcionamiento, que es la legitimación para que la persona jurídica pueda desarrollar en forma efectiva los actos vinculados con su objeto, es decir, desplegar la actividad que conforma el fin de su creación –legitimación que también es adquirida por la persona jurídica, como

A MODO DE CONCLUSIÓN

La decisión de un país o de un sistema legislativo de admitir que, tanto las personas humanas como las personas jurídicas privadas puedan –mediante declaraciones de voluntad y adecuándose a los requisitos impuestos por la normativa– tener la capacidad jurígena de hacer nacer un nuevo sujeto de derecho sin necesidad de inscripción alguna es –claramente– una decisión de mérito o conveniencia de naturaleza discrecional, y algo reservado al criterio del propio legislador.

La pregunta que cabe hacerse es si una decisión de tal naturaleza afecta la seguridad jurídica.

Desde nuestro punto de vista la respuesta debe ser negativa. Si la seguridad jurídica es un principio fundamental del Derecho que consiste en la certeza y previsibilidad que tienen las personas respecto de las normas jurídicas y de la actuación del Estado, entendiendo que ello significa que los ciudadanos pueden saber de antemano cuáles son las reglas que rigen su conducta, qué consecuencias jurídicas tendrán sus actos y que esas reglas no se aplicarán de manera arbitraria ni sorpresiva, es claro que tal decisión no afecta dicha seguridad jurídica en modo alguno.

Por otra parte, la decisión de establecer el nacimiento y la existencia de la persona jurídica desde el momento de su constitución, elimina los pro-

blemas y cuestiones controversiales que se derivan del fenómeno llamado de persona jurídica o sociedad “en formación”, lo cual constituye una suerte de limbo jurídico y normativo que genera incertidumbre en las relaciones jurídicas que se establecen entre el momento constitutivo del ente ideal y su definitiva inscripción en el registro pertinente –normalmente el Registro Público–.

En los primeros diez años de vigencia del Código –al menos en Argentina– no se han presentado inconvenientes interpretativos ni hay jurisprudencia relevante vinculada a cuestiones planteadas por socios, asociados o administradores de personas jurídicas privadas en este campo; tampoco se han encontrado reclamos significativos de terceros fundados en este motivo.

Finalmente, cabe consignar que en la tradición jurídica argentina –desde 1972, año en el cual se sancionó la entonces denominada Ley de Sociedades Comerciales, hoy llamada Ley General de Sociedades– se ha considerado que las personas jurídicas privadas –y en especial las sociedades– comienzan su existencia desde el momento de su constitución, más allá de que antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación no hubiera una norma específica y concreta que expresamente así lo dispusiera.

regla general, al momento del acto de constitución, salvo que requiera de autorización estatal para funcionar, como es el caso de las asociaciones civiles y fundaciones–.

La contrapartida de admitir el nacimiento de la persona jurídica privada por la mera declaración de voluntad

Ahora bien, como contrapartida de ese reconocimiento de la existencia de la persona jurídica privada desde el momento de su constitución, el Código Civil y Comercial de la Nación contiene una norma de seguridad, cual es la del art. 144 sobre “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Esta limitación es una contrapartida armónica de la regla que contiene el artículo 54, párrafo 3º de la Ley General de Sociedades 19.550 –en consonancia con el art. 144 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aunque con alguna sutil diferencia en su redacción– en el sentido de que la estructura jurídica que brinda la ley y la capacidad gestante que deposita en los socios para la creación de un nuevo sujeto de derecho no le son dadas en forma absoluta, sino que constituyen un mero recurso técnico que

obedece a determinados propósitos y fines que la sociedad como persona jurídica privada –en su actuación– no puede extralimitar.

De allí que en aquellos casos en los cuales la actuación de la persona jurídica privada que encubre la consecución de fines ajenos a su objeto o finalidad, o constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros –derechos de “cualquier persona” dice el Código–, se imputará directamente a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Y esta es la contrapartida de la disposición contenida en el art. 141 del Código, el cual dispone –como lo señalamos– que la aptitud para adquirir derechos y obligaciones de las personas jurídicas privadas otorgada por la ley lo es para “... el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”, lo que se encuentra perfectamente alineado con la norma contenida en el art. 2º de la ley 19.550 que dispone que “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en la esta ley.”

PERSONALIDAD JURÍDICA CON INDEPENDENCIA DE SU REGISTRACIÓN

La sociedad comercial constituida en Uruguay

La libertad en materia societaria comienza con la decisión de operar bajo una forma jurídica societaria típica o no típica, ambas con personalidad jurídica desde la celebración del contrato social aún verbal.



JENIFER
ALFARO
BORGES

DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES. REPRESENTANTE EN URUGUAY DE DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION (DRBF). MIEMBRO DEL IBERODEMER.

El derecho uruguayo centra la regulación de las sociedades comerciales en dos normas: la Ley 16.060 de sociedades comerciales y otras formas asociativas, y la Ley 19.820 para las sociedades por acciones simplificadas (SAS).

La Ley 16.060 no consagra expresamente la autonomía de la voluntad y únicamente en algunas disposiciones establece expresamente si admite o no el pacto en contrario. Ello ha derivado en discusiones doctrinarias sobre el carácter de orden público de sus disposiciones. Para SAS, la ley consagra expresamente dicho principio.

Reconocimiento de la personalidad jurídica

La personalidad jurídica de las sociedades constituidas en Uruguay comienza con el otorgamiento del negocio jurídico fundacional (contrato social o estatuto) aún verbal. Ello incluye tanto a aquellas constituidas cumpliendo la pluralidad inicial (2 o más fundadores) que se re-

CONCLUSIÓN

En Uruguay, la libertad en materia societaria comienza con la decisión de operar bajo una forma jurídica societaria típica o no típica, ambas con personalidad jurídica desde la celebración del contrato social aún verbal. Dentro de las sociedades típicas la referida libertad se ejerce en la elección concreta de un tipo social. Luego, ya en la definición del contenido del contrato social o estatuto existe una discutida autonomía de la voluntad en general,

quiere con carácter general, como a la SAS que admite su constitución por un solo fundador persona física o jurídica, mientras no se trate de una sociedad anónima.

La ley reconoce la calidad de sujeto de

con la excepción de las SAS, para las cuales la ley la consagra expresamente. La sociedad comercial no inscrita (de hecho o irregular) no ha generado una problemática significativa, siendo especialmente penalizada por la ley societaria (responsabilidad agravada, representación indistinta de los socios sin considerar los pactos que establezcan otra forma de actuación, disolución y receso en cualquier momento a pedido de cualquier socio).

derecho a la sociedad de hecho, es decir aquella que no cuenta con contrato social escrito, así como a la sociedad en formación (sociedades con contrato escrito y que, estando en plazo, no han culminado el procedimiento para adquirir el tipo social),

las irregulares (fuera de plazo para concluir el trámite del tipo social elegido) y atípicas (no se adaptan a un tipo previsto por la ley uruguaya). Durante el tiempo previo a la adquisición del tipo social, las sociedades pueden incluso adelantar el cumplimiento de su objeto social, bajo responsabilidad solidaria, directa e ilimitada de sus fundadores, socios y administradores (únicamente en el caso de las sociedades en formación se prevé el cese de dicha responsabilidad mediante ratificación de lo actuado por parte de la sociedad una vez concluido el trámite).

Así, la ley uruguaya no requiere la inscripción registral para que la sociedad sea sujeto de derecho, pero sí para adoptar el tipo social. Para la sociedad anónima (SA) requiere, además, la aprobación del estatuto por el órgano estatal de control, seguida por la inscripción en el Registro de Comercio (plazo 30 días desde la aprobación), culminando con la publicación de un extracto en el diario oficial y otro diario del lugar del domicilio social (dentro de los 60 días del registro). Finalmente, la Sociedad de Responsabilidad Limitada (SRL), luego de su inscripción, debe cumplir con la publicación en los mismos términos que la SA.

Más allá de que existe libertad para la redacción del estatuto ante escribano público (con las limitaciones previstas legalmente), para la constitución de SAS la ley prevé la posibilidad de utilizar un estatuto modelo con un trámite registral más expedito y una constitución por medios digitales (en este último caso sin intervención notarial preceptiva).

Tanto en SA y SRL, los aportes solo pueden consistir en obligaciones de dar bienes susceptibles de ejecución forzada (para la SAS parte de la doctrina discute si es posible aportar trabajo). No se admite el aporte de prestigio personal. En los tres tipos, los aportes en dinero pueden ser parcialmente diferidos (diferentes porcentajes mínimos de integración inicial)

Experiencia uruguaya sobre la sociedad comercial no típica

El modelo uruguayo basado en la personalidad jurídica desde el acuerdo de voluntades incluso verbal ha resultado ser una solución práctica para la operativa y evitar los problemas que se generaban por una entidad sin personalidad que debía, por ejemplo, recibir aportes en el acto fundacional. Respecto de terceros, ha resultado suficiente la penalización consistente en la responsabilidad directa, solidaria e ilimitada de sus socios y administradores. Corresponde aclarar que la sociedad de hecho es consecuencia de una decisión fiscal y poco informada: los fundadores generalmente no advierten que ha surgido otro sujeto de derecho del cual son partícipes, por cuyas obligaciones son responsables y respecto del cual todos los socios cuentan con la representación indistinta.



“Los registros existentes para las distintas personas jurídicas existentes en Chile son muy variados. Temporalmente, el primero de ellos es el Registro de Comercio”.

Esta naturaleza fue cambiando durante el siglo XX y ellas quedaron configuradas como asociaciones sin ánimo de lucro, hasta que la Ley 19.832 eliminó esa referencia de su concepto. El Ministerio de Economía, Fomento y Turismo considera que las cooperativas tienen fin de lucro porque están tipificadas como empresas y, además, deben distribuir excedentes a sus asociados. Solo dos de ellas quedan explícitamente descritas sin ánimo de lucro: las cooperativas de agua potable rural y las cooperativas escolares.

Carácter constitutivo del registro
Las sociedades y las cooperativas están sujetas a un sistema de formalización que acredita su existencia y vigencia ante terceros. El registro tiene siempre un carácter constitutivo, vale decir, solo una vez practicado el asiento, se entiende que la respectiva persona jurídica goza de personalidad ante el derecho. La única excepción son las sociedades colectivas civiles, donde la personalidad jurídica nace de la celebración del contrato.

Los registros existentes para las distintas personas jurídicas existentes en Chile son muy variados. Temporalmente, el primero de ellos es el Registro de Comercio, donde se inscriben las sociedades de cualquier clase, las cooperativas y las empresas individuales de responsabilidad limitada. Se trata de un registro en formato físico y de libro único, llevado en cada comuna o agrupación de comunas en la que se encuentre un juzgado de letras. Para acceder al registro es necesario que el acto conste en escritura pública y que se efectúe una publicación en el Diario Oficial. Desde el 2013 hay en paralelo un Registro de Empresas y Sociedades a cargo del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, en el cual pueden inscribirse casi todas las sociedades (solo se excluyen las sociedades anónimas abiertas) y las empresas de responsabilidad limitada. Este registro simplifica los trámites y se estructura mediante formularios en línea que deben ser suscritos por los interesados o por un notario, si aquellos no tienen firma electrónica avanzada, los cuales se van incorporando de inmediato al registro. Según las estadísticas de agosto del 2025, de las nuevas empresas constituidas en el país, el 8.6% escogió el sistema tradicional y el 91.4% optó por el régimen simplificado.

PERSONALIDAD JURÍDICA Y REGISTRO

Seguridad jurídica de las sociedades en Chile

El sistema registral mercantil en ese país aporta escasa legalidad. En el Registro de Comercio, la calificación registral que realiza el conservador es mínima.

Las formas de empresa tienen en Chile un régimen fragmentado. Rige para ellas un principio de tipicidad, lo que significa que los interesados en constituir una nueva empresa deben adaptarse a las formas jurídicas reconocidas por el ordenamiento, sin perjuicio de la autonomía de la voluntad que se les reconoce para configurar los estatutos. Se transita así desde un orden público mucho más estricto para ciertas figuras (por ejemplo, las sociedades anónimas abiertas) a un campo de libertad con muy pocas restricciones para otras (por ejemplo, respecto de la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad por acciones).

Tipología societaria

Chile carece de una ley general de sociedades. Los textos más importantes en la materia son el Código Civil (sociedad colectiva civil), el Código de Comercio (sociedad colectiva comercial, coman-



JAIME
ALCALDE

PROFESOR
ASOCIADO DE
DERECHO PRIVADO,
PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE.

ditada simple y por acciones, y por acciones), y las leyes 3918 y 18.046 (sociedad de responsabilidad limitada y anónima, respectivamente). A ellas se agrega la empresa individual de responsabilidad limitada, regulada por la Ley 19.587. Existen también algunas leyes especiales para determinadas clases de sociedades, como sucede con las mineras (Código de Minería), de garantía recíproca (Ley 20.179) o las anónimas deportivas profesionales (Ley 20.019), entre otras.

Existe consenso en que las sociedades requieren ánimo de lucro como un elemento de su esencia. Este lucro subjetivo consiste en la atribución individual de los beneficios obtenidos entre los socios, que no puede ser puramente moral y debe ser apreciable en dinero. La jurisprudencia identifica el interés social con la maximización de este beneficio repartible.

Dentro de este esquema, un caso curioso son las cooperativas. El Decreto con

A MANERA DE COLOFÓN

El sistema registral mercantil en Chile aporta escasa legalidad. En el Registro de Comercio, la calificación registral que realiza el conservador es mínima, pues solo puede negarse a inscribir cuando no corresponde el documento a la nomenclatura que procede o no se le exhibe copia autorizada. En el Registro de Empresas y Sociedades, ella no existe porque no existe ninguna intermediación entre la suscripción de los formularios y su incorporación al registro. Esto se evidencia a propósito del fin de la personalidad jurídica. A diferencia de la mayoría de los ordenamientos comparados, en Chile solamente en materia de personas jurídicas sin fines de lucro, en el Reglamento del Registro Comercio y en el Reglamento de la Ley General de Cooperativas existe alguna referencia a un acto inscribible, el cual no resulta exigible. Tampoco la normativa tributaria soluciona el problema, puesto que el término de giro es un trámite que debe practicarse cuando se produce la disolución, con independencia de lo que dure después la liquidación.

Fuerza de Ley 5, del 2003, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, las define como asociaciones que de conformidad con el principio de la ayuda mutua tienen por objeto mejorar las condiciones de vida de sus socios. La primera ley de cooperativas (Ley 4058) se refería a ellas como una forma especial de sociedad.



EJE CENTRAL DEL DERECHO
PRIVADO CONTEMPORÁNEO

La personalidad jurídica en Colombia

Su función de unidad de imputación y de separación patrimonial se legitima cuando persigue fines jurídicos válidos.



**CAMILO
ENRIQUE
CUBILLOS
GARZÓN**

ABOGADO Y ESPECIALISTA EN DERECHO DE LOS NEGOCIOS, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA; MÁSTER EN DERECHO DE EMPRESA Y DIPLOMA DE ESTUDIOS AVANZADOS, UNIVERSITAT POMPEU FABRA DE BARCELONA; Y DOCTORADO EN DERECHO, UNIVERSITAT DE VALENCIA. CECUBILLOS@YAHOO.ES. [HTTPS://ORCID.ORG/0009-0008-4634-8471](https://orcid.org/0009-0008-4634-8471). MIEMBRO DEL IBERODEMER.

La Personalidad Jurídica (P. J.) constituye un eje central del derecho privado contemporáneo; concebido como la ficción de la obra de Savigny, pasando por la noción dogmática analítica y llegando a la instrumentalización dada en la jurisprudencia colombiana mediante la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo (L. V. C.), advirtiendo la tensión constante entre la seguridad jurídica y la justicia material. Estas líneas analizarán los fundamentos teóricos y las aplicaciones jurisprudenciales de la P. J., resaltando su evolución y vigencia (1).

Construcción de la naturaleza

La concepción inicial de la P. J. estuvo marcada por el debate entre ficción y realidad. Savigny sostuvo que solo el individuo podía ser sujeto de derechos y obligaciones; mientras Gierke afirmaba la existencia de una “voluntad real” en los entes colectivos; Ferrara la concebía como una enteología jurídica y Luchaire lo adoptaba con una visión negativa.

El marco normativo colombiano, heredado del Código de Bello, conservó la visión de Savigny, aunque la jurisprudencia fue ampliando su alcance reconociendo que la P. J. podía evolucionar como sujeto

de derecho, ya fuera mediante la voluntad autónoma (Zitelmann) o a través de los intereses protegidos (Jhering).

La doctrina condicionó aquellas posturas, a un “centro unitario de imputación” de derechos y deberes. Kelsen lo hizo como una enteología normativa, Ferrara como dogma, y luego, autores como D’Alessandro, Hart o Scarpelli la presentaron como dogma analítico adaptable.

En Colombia, la definición de P. J. la consagra el artículo (art.) 633 del Código Civil, que la considera como una ficción capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. El art. 98 del Código de Comercio (C. Co.) estableció que las sociedades –ya fueran de personas (Cia. y SenC), de capitales (S. A., S. C. A. y Ltda.) o S. A. S.– adquirirían la P. J. con la inscripción de su acto constitutivo en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio (art. 98 y 111 C. Co.) (art. 2 y 5 Ley 1258/2008 S. A. S.). Sin embargo, la verdadera seguridad no proviene del registro formal, sino de la ausencia de Fraud (anglosajón) en el manejo de la P. J.

Evolución

La ficción suscitó debates sobre su eficacia real; la Corte Constitucional, en

CONCLUSIÓN

La P. J. no es un dogma ni artificio legal; su función de unidad de imputación y de separación patrimonial se legitima cuando persigue fines jurídicos válidos. Entretanto, si se convierte en instrumento de Fraud o abuso, el Derecho no debe amparar. El L. V. C. denota reparación cuando no existen medios eficaces; la P. J. mantiene su vigencia como sujeto autónomo de derechos y deberes, pero no es absoluto, ya que si la justicia material y la buena fe lo exigen, la ficción admite la responsabilidad sin valorar tanto el Registro Mercantil sino deteniéndose mejor en el Fraud.

Sentencia T-476 de 1992, precisó que el Estado no crea la P. J., sino que la reconoce, en tanto refleja una realidad social preexistente. Pero para las P. J. su existencia depende del cumplimiento de requisitos legales, como lo destacó el Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia del 2016.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-396 de 1993, consideró que la P. J. es sujeto de derechos y deberes por su autonomía, racionalidad y porque promueve

“En Colombia, la definición de P. J. la consagra el artículo 633 del Código Civil, que la considera como una ficción capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones”.

la sociabilidad humana. Otros fallos de la misma corporación, como las sentencias T-411 y T-496 de 1992, reforzaron esta visión.

El trayecto doctrinal y jurisprudencial forjado desde las teorías de la ficción debe reconocerse; la “Corte de Oro” (1936-1939) insistió en la moralización y relativización del derecho; por esto, en las decisiones actuales conviene considerar aquellos antecedentes para no debilitar el andamiaje de la P. J.

En la práctica, la P. J. actúa como instrumento técnico que asegura la separación patrimonial entre socios y sociedad, ofreciendo una unidad de imputación, pero el hermetismo también puede ser escenario de abusos, lo que exige mecanismos de control.

Allanamiento

El L. V. C. surgió como reacción al uso Fraud de la P. J.; pero la Ley 222/95 previó que, cuando una empresa unipersonal se utilizara en Fraude a la Ley o en perjuicio de terceros, responderían solidariamente socios y administradores (art. 71, parágrafo). Esta concepción es objeto de mi crítica, ya que el L. V. C. no debió nacer como un mecanismo de responsabilidad directa frente a los administradores –para ello ya existen las acciones sociales e individuales–, sino como una herramienta de última ratio frente al Fraud.

La Superintendencia de Sociedades lo entendió como una medida de fiscalización judicial (Sentencia 801-000015 del 2013), mientras que la Corte Constitucional, en Sentencia C-865 de 2004, lo aceptó cuando la sociedad se usaba en perjuicio de terceros y en desconocimiento de la buena fe contractual.

El L. V. C., no implica desconocer la existencia de la P. J., sino limitar sus efectos cuando se invoca indebidamente; tratándose de una medida excepcional y no de un mecanismo ordinario de resarcimiento.

[1] Cfr. Cubillos Garzón, Camilo Enrique. “La Persona Jurídica. De Savigny a la jurisprudencia”. *Revista e-mercatoria*. 22, 1 (jun. 2023), 93-113. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v22n1.04> “Precisiones al correr el velo de una persona moral”. *Revista e-mercatoria*. 15, 2 (dic. 2016), 3-18. DOI: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/5061/version/4774/6098>