

**LA NULIDAD EN EL DERECHO
SOCIETARIO CHILENO.
UNA VISION GENERAL.
ASPECTOS PRACTICOS**

LUIS EUGENIO UBILLA GRANDI

Cuando hablamos de este tema en el derecho societario, hay que precisar que él comprende tanto el tema de la nulidad por vicios en la constitución o modificaciones de una sociedad mercantil como el de la nulidad de los acuerdos o decisiones de los órganos societarios por incumplimiento de los requisitos legales de existencia o validez.

Los vicios pueden en ambos casos, ser a su vez por infracción a requisitos de fondo o por infracción a requisitos de forma.

Esta ponencia sólo se referirá a la nulidad en el derecho societario por infracción a requisitos de forma, ya sea en la constitución o modificación de la sociedad.

Todos sabemos que en lo sustancial, tanto la nulidad absoluta como la relativa de un acto, tienen por objeto llegar a un mismo re-

sultado: la destrucción completa y retroactiva de los efectos del acto nulo.

Tal destrucción se produce sólo una vez que la nulidad ha sido declarada por sentencia ejecutoriada, de modo que, antes de que ello ocurra, el acto goza de validez presuntiva y provisional. Esto significa que, respecto de la sociedad, que mientras no sea declarada su nulidad ella funciona como válida amparada en esa presunción de validez provisional. **Con todo desde ya debe prevenirse que en el derecho chileno, en virtud de las reformas introducidas por la ley 19.499 de 11 de Abril de 1997, la nulidad en materia societaria ni provoca la referida destrucción completa ni opera con efecto retroactivo, de modo que, resulta válido preguntarse si estamos realmente en presencia de una nulidad o más bien frente a una causal legal de terminación de la sociedad, sin efectos alguno respecto de terceros.**

Conforme lo expresa el art. 2053 del Código Civil chileno: la sociedad es un contrato, desde el punto de vista del acto constitutivo pero, también es, desde el punto de vista del sujeto emergente, una persona jurídica distinta de los socios. Como contrato la sociedad debe cumplir con todos los requisitos de fondo de existencia y validez generales a todos los contratos (capacidad, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitos) y aquellos requisitos de fondo que la doctrina tradicional estima como especiales del contrato de sociedad (estipulación del aporte, participación en los resultados y la *affectio societatis*). Si hay infracción a estos requisitos estaremos en presencia de vicios de fondo generadores de nulidad absoluta por vicio de fondo. Tradicionalmente se ha enseñado en Chile que este es una cuestión de derecho común, lo que no es enteramente efectivo, asunto que no abordaré por no ser el tema de esta ponencia.¹

Por otra parte, en Chile todas las sociedades, sean civiles o mercantiles son solemnes, a excepción de la sociedad colectiva civil, lo que significa que todas ellas deben cumplir con requisitos de forma, tanto externos como internos. Los requisitos de forma externos comu-

¹ El tema está tratado en mi libro "De las Sociedades y la EIRL. Requisitos, Nulidad y Saneamiento." Editorial Lexis Nexis Chile, año 2003.

nes a todas las sociedades mercantiles en Chile, consisten en que deben otorgarse por escritura pública, cuyo extracto debe inscribirse en el Registro de Comercio del domicilio social, dentro del plazo de 60 días corridos contados desde la fecha de la escritura social (sólo las sociedades anónimas especiales hacen excepción a esa fecha de inicio del cómputo del plazo). Adicionalmente, las sociedades de responsabilidad limitada (SRL) y las anónimas (S.A.) deben cumplir con el requisito de publicar en el extracto en el Diario Oficial dentro del mismo plazo señalado precedentemente y con la misma excepción en cuanto al punto de partida del cómputo del plazo.

Cada tipo societario tiene un contenido tanto para las escrituras sociales como de los respectivos extractos, regulado por normas especiales (en forma general: arts. 352 y 354 del Código de Comercio para las colectivas, las en comanditas, aplicables también a las SRL, con las adiciones que contempla la ley 3.918 y arts. 4 y 5 para las S.A.)

Cuando se incumplen los requisitos de forma o formalidades, ya sean externas o internas, estamos por lo general frente a un vicio formal que es generador de una nulidad absoluta, a menos que la ausencia de formalidades sea tan grave —falta de escritura pública o de instrumento reducido a escritura pública o protocolizado— en cuyo caso estaremos en presencia de una nulidad que es calificada por la ley como una **nulidad de pleno derecho**, que le quita el carácter de sociedad al pacto y pasa a constituir una comunidad sujeta a reglas especiales en el derecho societario. Esta comunidad, en cuanto haya funcionado, se le denomina “sociedad de hecho” en contraposición a la “sociedad de derecho” que es la reconocida como tal por el ordenamiento jurídico (art. 356 inc. 2º del Código de Comercio, aplicable a las en comanditas — arts. 474 y 491- y a las SRL — art. 3 inc.3º ley 3.918- y a las sociedades anónimas —art. 6 A, ley 18.046).

Es conveniente tener presente que en el derecho societario chileno, lo formal abraza lo de fondo, con lo que se quiere expresar que aunque un pacto cumpla con todos los requisitos de fondo como para ser considerado una sociedad mercantil, sino no ha sido otorgado por escritura pública, instrumento reducido a escritura pública o protocolizado, estaremos en presencia de un acto nulo de pleno derecho que no

se ha incorporado al ordenamiento como sociedad y que la ley califica de comunidad regulada en forma especial. En cambio, una sociedad puede estar afectada por vicios de fondo, pero si ha cumplido con las formalidades mínimas externas antes reseñadas, que impidan aplicar la sanción de la nulidad de pleno derecho, estaremos en presencia de un pacto reconocido por el ordenamiento como sociedad y que goza por tanto de validez presuntiva y provisional.

Como ya está dicho el contrato de sociedad tiene la particularidad de hacer emerger una persona jurídica distinta de los socios, cuestión ésta que hay que tener muy presente a la hora de determinar como influye la declaración de nulidad del contrato en la persona jurídica. Este efecto del contrato ha sido así siempre desde la vigencia del Código Civil chileno, pues al redactar el art. 2053 del Código Civil, Andrés Bello siguió a Troplong y no la redacción original que tenía el art. 1832 del Código Civil francés que no hacía referencia a la personalidad jurídica emergente del contrato.

Declarada judicialmente la nulidad absoluta del contrato por vicios formales, el legislador chileno resuelve el tema expresando que la sociedad debe liquidarse, pero se liquida como una sociedad y conserva la personalidad jurídica. Esta regla se aplica a las sociedades colectivas mercantiles (art. 357 inc. 1º del Código de Comercio), a las en comanditas (arts. 474 y 491 del Código de Comercio); a las SRL (art. 3º inc. 3º ley 3.918); y a las S.A art. (6 inc. 1º de la ley 18.046).

La declaración de nulidad operará como una verdadera causal de disolución, sin efecto retroactivo, y los acreedores sociales no ven afectado de modo alguno sus créditos en contra de la sociedad —no tienen que competir con los acreedores personales de los socios— ni ven afectadas sus eventuales preferencias.

Así, a los terceros que contraten con una sociedad mercantil no les afecta que la sociedad sea válida o nula, ya que de todas formas estarán contratando con una persona jurídica que subsistirá hasta que haya terminado de todo punto la liquidación. Como muy bien lo expresa el art. 355 A del Código de Comercio, la nulidad es “entre los socios”.

Además de lo ya dicho, que de por sí parece un mecanismo suficiente para proteger a los terceros de los vicios formales que pudie-

ren afectar a la sociedad que tenga una mínima apariencia de tal, esto es, que a lo menos esté otorgada por escritura pública o por instrumento reducido a escritura pública o por instrumento protocolizado, la ley chilena contempla otros mecanismos de protección. Es así como permite el saneamiento de los vicios formales no sólo por el transcurso del tiempo (breve para varias hipótesis – art. 6 ley 19.499 y 6 inc. final ley 18.046)) sino, también, por un simple mecanismo extrajudicial.

Y aún para el caso de sociedades viciadas y no saneadas por el transcurso del tiempo o por el procedimiento extrajudicial, la ley establece otros mecanismos tendientes a impedir la nulidad. Estos mecanismos son los siguientes:

- 1) El procedimiento extrajudicial de saneamiento puede materializarse **aún después de que la nulidad haya sido hecha valer en juicio hasta antes de que quede ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad** (art. 7 de la ley 19.499). Así, los socios interesados en que no se declare la nulidad de la sociedad, no necesitan ni siquiera molestarse en contestar la demanda, podrán sanear el vicio, por el procedimiento simple y rápido que contempla la ley 19.499. Esto, evidentemente desanima cualquier intento de deducir una acción de nulidad.
- 2) Si alguna persona insistiere en demandar la nulidad de la sociedad por vicio formal, la demanda **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** (art.8 ley 19.499). Así no basta, entonces, que se invoque un vicio formal que efectivamente exista, es necesario, además, invocar y acreditar un efectivo perjuicio pecuniario a quien intenta la demanda. Este mecanismo evidentemente también desincentiva las demandas de nulidad.
- 3) Otro mecanismo para sostener la validez de la sociedad

consiste en establecer el que una serie de errores que pudieren haberse cometido al constituir o modificar la sociedad, no tengan el carácter de vicios formales generadores de nulidad absoluta y que ni siquiera es estrictamente necesario subsanar (art.9 ley 19.499). Así, por ejemplo, no constituyen vicio formal errores en los datos o características de los aportes, si de ello no puede derivarse. Lo anterior reduce de una manera no despreciable el campo de la nulidad.

- 4) Otro mecanismo para reducir aún más el campo de la nulidad, está constituido por la regla que establece el art. 359 del Código de Comercio, que 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. Así ningún interés tendrán los deudores de la sociedad de pedir su nulidad.
- 5) Finalmente y como ya está dicho, si alguien fuere lo suficientemente persistente como para pedir y obtener la declaración de nulidad absoluta por vicio formal de una sociedad, ello no afecta a terceros, no opera con efecto retroactivo, y sólo obliga a liquidar la sociedad como tal sin que se pierda la personalidad jurídica.

El análisis de las disposiciones legales permite concluir que el legislador chileno no quiere que las sociedades mercantiles se anulen e impide, aun declarada la nulidad, que ella afecte a terceros.

Quien contrate con una sociedad chilena, en apariencia válida, se encuentra ampliamente protegido por el sistema legal, todo lo cual busca facilitar y dar seguridad a los negocios. Los terceros quedarán siempre protegidos o legitimados por la apariencia que dan las formas, que en el derecho chileno, son mínimas, bastará con que la sociedad se haya otorgado por escritura pública, instrumento reducido a escritura pública o protocolizado. Ni siquiera es necesario que los terceros que contratan con la sociedad verifiquen el cumplimiento de las restantes formalidades legales.

La conclusión anterior merece si una prevención respecto de las

modificaciones sociales, ya que éstas, no obstante estar otorgadas por escritura pública, instrumento reducido a escritura pública o protocolizado, de pleno derecho no producen efectos, si su extracto no ha sido oportunamente inscrito y en su caso publicado (art. 361 del Código de Comercio, aplicable a las colectivas comerciales, a las en comanditas –art. 474 y 494 del Código de Comercio-; a las SRL – art. 3 inc. 3° de la ley 3.918-. La misma regla existe para las S.A. conforme a lo prevenido en el art. 6 de la ley 18.046). Así, entonces, si una sociedad ha sido objeto de modificaciones hay que ser mucho más meticulado en el estudio de los títulos.