

PUBLICIDAD DE HECHO Y PERSONALIDAD JURIDICA

Eugenio Xavier de Mello ()*

Sumario

La personalidad jurídica de que se dota a las sociedades comerciales es un instrumento al servicio de los fines de los socios que les permite proyectar, a través de una presencia externa unificada, los intereses comunes a todos ellos (interés social) diferenciándolos de los de cada participante (interés individual). Dicha personalidad, sin perjuicio de que pueda desempeñar un papel importante en las relaciones de cada socio con la sociedad, nace y se sustenta en y para el relacionamiento colectivo externo, del cual dependerá que el nuevo sujeto cumpla la función que le fue asignada. De allí la relevancia que posee la exteriorización de la sociedad por medio de la publicidad de derecho o de hecho. La primera es la que resulta de la inscripción registral o de las publicaciones que la ley ordena. La segunda es la que se origina cuando personas legitimadas a tales efectos (normalmente uno o más socios), otorgan actos o contratos en nombre de la sociedad, haciendo pública de esa manera la existencia de la misma.

I. La proyección externa de las sociedades comerciales

Las sociedades comerciales nacen no para desarrollar una actividad meramente interna, sino para cumplir las actividades externas previstas en el contrato social (objeto). En efecto, las relaciones internas, es decir las establecidas por los socios entre si y con la sociedad,

(*) Director del Instituto de Derecho Comercial. Facultad de Derecho. Universidad de la República, Uruguay.

solo se explican y justifican en función del relacionamiento externo de ésta. El fin social, considerado por la doctrina como el elemento causal del negocio, que es la obtención de ganancias y su distribución entre los participantes, solo puede alcanzarse a través de la actuación externa, careciendo por tanto las relaciones internas de todo fundamento económico y jurídico, si se las considera por si solas. A su vez, la personalidad jurídica atribuida a las sociedades es un instrumento al servicio de los fines de los socios, que les permite proyectar los intereses comunes a todos ellos (interés social) diferenciándolos de los de cada participante (interés individual), a través de una presencia externa unificada.

Dicha personalidad, sin perjuicio de que pueda desempeñar un papel importante en las relaciones de cada socio con la sociedad, nace y se sustenta en y para el relacionamiento colectivo externo, del cual dependerá que el nuevo sujeto cumpla la función que le fue asignada.

Por otra parte, para que la sociedad pueda operar en el medio, deberá adquirir bienes y derechos y contraer obligaciones, lo que requerirá no solo que la misma actúe por medio de personas legitimadas para representarla, sino también que éstas, al hacerlo, invoquen el nombre de aquella (contemplatio dómine)⁽¹⁾.

Pero no siempre, quienes acuerdan la realización de actividades económicas de interés común y repartirse los beneficios resultantes, desean hacerlo mediante la presentación externa del conjunto de los participantes como un sujeto de derecho diferenciado. En efecto, pueden preferir que dichas actividades sean realizadas a su propio nombre por uno o algunos de ellos, sin perjuicio de que estos últimos luego trasladen a los demás la parte que les corresponde en lo referidos beneficios. En tales casos no estaremos ante una sociedad regular, irregular ni de hecho⁽²⁾, sino ante un negocio en participación, ya sea éste nominado (sociedad accidental o en participación) o innominado

(1) Si los representantes, aun estando legitimados a tales efectos, celebraran los actos y contratos con terceros en nombre propio, la sociedad no resultaría vinculada sino que quienes se convertirían en partes de las relaciones jurídicas generadas, serían dichos representantes.

(2) Tampoco de una sociedad nula ni de una atípica, ya que también en estos casos se requiere la exteriorización.

(sociedad en participación no accidental u otros, ya sean de naturaleza asociativa o no asociativa)⁽³⁾.

Para determinar dentro de cual de esas dos categorías cabe ubicar la relación de colaboración o cooperación establecida entre las partes del negocio, resultará por tanto esencial establecer la forma en la que las mismas han decidido conectarse con el medio externo y efectuar en relación a éste las actividades de interés común (aquellas de las que resultará eventualmente la obtención de las ganancias a ser distribuidas entre los participantes).

A los efectos de esa determinación, puede atenderse ya sea al contenido del acuerdo, a la forma en la que el mismo es ejecutado, o a ambas, lo que dependerá de la posición que se asuma al respecto.

Una primera posición, denominada como "estructuralista", considera que para calificar adecuadamente al negocio, debe tenerse en cuenta el momento genético de la relación⁽⁴⁾.

Al analizar el contenido del negocio, podrá determinarse si las partes convinieron, ya sea expresamente o en forma tácita por ejemplo adoptando un tipo social determinado, que la sociedad se exteriorizara como tal en todos los actos y contratos a realizar⁽⁵⁾ o acordaron que las

(3) En relación a la "sociedad oculta", expresa Garrigues que "no se trata de una sociedad irregular, porque esta supone una sociedad que se manifiesta como tal frente a los terceros a quienes se da a conocer la existencia de la sociedad, en cuyo nombre se actúa".

(4) La importancia del contenido del acuerdo original, aunque referida a la distinción entre las sociedades irregulares y las sociedades en formación, fue destacado en la Comisión de la Cámara de Representantes que analizó la redacción del proyecto de ley que sería luego aprobada como ley N° 16.060 (sesión del día 21 de julio de 1988), por el Profesor José Ferro Astray, cuando manifestó que si dos o más personas celebran un contrato de sociedad con la idea de no cumplir los requisitos de forma, la sociedad será irregular desde su origen, y no una sociedad en formación que luego se convierte en irregular.

(5) En ese caso la sociedad será regular, si se otorgó contrato escrito adoptándose un tipo social de los admitidos por la ley y además se cumplieron en tiempo los restantes requisitos de forma establecidos, conforme el tipo (inscripción registral y eventualmente aprobación administrativa y/o publicación); en formación si se otorgó contrato escrito adoptándose un tipo social de los admitidos y aunque no se cumplió alguno o ninguno de los demás requisitos de forma, todavía se está en tiempo para hacerlo; irregular si se otorgó contrato escrito adoptándose uno de dichos tipos pero vencieron los plazo indicados sin que se

relaciones externas serían manejadas por uno o más participantes actuando en nombre propio y no de la sociedad (caso en el cual se tratará de un negocio en participación).

Una segunda posición, que podríamos llamar “funcionalista”, pone el acento sobre la fase funcional de la relación, a cuyos efectos se tiene en cuenta si la estructura creada por el negocio original (red de relaciones internas entre los participantes), se exterioriza efectivamente como tal ante los terceros, ya sea mediante la publicidad de derecho (dando lugar a sociedades regulares) o a través de la publicidad de hecho, producida mediante los actos y contratos efectuados en su nombre por las personas habilitadas a esos efectos (representantes). Para esta posición no podrá haber sociedad irregular o de hecho si más allá de lo que se haya previsto en el contrato social, la actuación externa como sociedad no se concretó. La personalidad jurídica atribuida a éstas sociedades supone que se produzca una imputación normativa diferenciada de la que corresponde a los socios, imputación que solo puede derivar de la realización de actos en su nombre por quienes están legitimados a tales efectos. La mayoría de la doctrina se enrola detrás de esta segunda posición.

Cabe también una tercera posibilidad: la de atender simultáneamente a los dos momentos, el genético y el funcional (posición “mixta”), requiriéndose que tanto en uno como en el otro, se ponga de manifiesto la forma de actuación externa que permitirá caracterizar la relación⁽⁶⁾.

cumplieran todos los demás requisitos de forma; de hecho si el contrato fue verbal o atípica si el contrato se documentó por escrito pero se adoptó un tipo social no reconocido por la ley nacional. La ley uruguaya equipara a los efectos de su régimen legal a las sociedades de hecho, a las irregulares y a las atípicas. Sección V de la LSC, art. 36.

(6) Debe tenerse presente que aún si se opta por privilegiar el momento genético sobre el funcional, la forma de actuación efectiva de las partes durante la ejecución del contrato será fundamental. En efecto, dicha forma de actuación será el mejor indicador de la intención de la mismas al contratar (art. 296 numeral 4° del Código de Comercio). Por ello, si a la vista y paciencia de las demás partes, la operativa posterior se realiza por alguna o algunas de ellas actuando en nombre de la sociedad, ésta será de hecho si el contrato era verbal, o irregular si el mismo era escrito. Pero si dicha operativa la realiza alguna o algunas de las partes en su propio nombre, y esa es la forma normal de actuar, deberá entenderse que el

II. Publicidad de derecho y de hecho

Algunas legislaciones establecen en forma expresa que la personalidad jurídica de la sociedad nace recién cuando se cumplen los requisitos de publicidad de derecho previstos por la legislación (inscripción registral, y según el tipo social de que se trate, eventual publicación), careciendo las sociedades en formación y las sociedades irregulares o de hecho precisamente por no haberlos cumplido, de esa personalidad. Otras legislaciones contienen normas no del todo claras al respecto, lo que ha dado lugar a discusiones doctrinarias acerca de si dichas sociedades están dotadas o no de personalidad. En cambio, en otras legislaciones, como ocurre con la uruguaya, se establece que la personalidad de las sociedades comerciales nace con el contrato social (ley N° 16.060 arts. 2 y 42), es decir sin necesidad de que se de cumplimiento a los requisitos de publicidad mencionados (que serían solo requisitos de regularidad)⁽⁷⁾.

¿Debe deducirse de ello que en el derecho uruguayo todo acuerdo de voluntades que cumpla con los requisitos del art. 1° de la LSC N° 16.060 (esencialmente el compromiso de realizar aportes y de distribuirse las ganancias y pérdidas), es una persona jurídica, sin requerirse ningún tipo de publicidad?

A nuestro juicio, del conjunto de la legislación societaria vigente y de los principios generales de derecho privado resulta lo contrario. En efecto, para que una sociedad respecto de la cual no se ha efectuado "publicidad de derecho" mediante la inscripción registral y la eventual publicación, adquiera la personalidad jurídica, no bastará con que se haya celebrado el contrato social, como surgiría del análisis aislado del art. 2° de la ley citada, sino que la sociedad deberá haber realizado efectivamente la "publicidad de hecho" consistente en su exteriorización "jurídica" como tal⁽⁸⁾.

contrato celebrado consiste en un negocio en participación, no naciendo en tales condiciones, un nuevo sujeto de derecho, por faltar la publicidad de hecho derivada de la actuación en nombre colectivo.

(7) Según el art. 2, "la sociedad comercial será sujeto de derecho desde la celebración del contrato social y con el alcance fijado en esta ley".

(8) No sería suficiente con que los terceros conocieran la existencia de la sociedad, sino que sería necesario que en todos los actos y contratos se actuara frente a ellos en forma unitaria.

Así lo entienden, en la doctrina uruguaya, Rodríguez Olivera⁽⁹⁾ y Mezzera Álvarez⁽¹⁰⁾. La jurisprudencia argentina se ha pronunciado reiteradamente en el mismo sentido⁽¹¹⁾. En la doctrina argentina, el punto ha sido tratado con singular precisión, ente otros, por Richard, según el cual “no basta la existencia de negocios en común para caracterizar la existencia de una sociedad de hecho entre las partes”. En efecto, “no basta la existencia de un fin común, de aportaciones, de fin lucrativo en el reparto de ganancias y soportación de pérdidas, si no media actuación a nombre colectivo o sea imputable a un sujeto distinto de las personas que lo integran”, siendo que “la personalidad se alcanza mediante algún grado de exteriorización que evite toda incertidumbre”. “La comunidad de fin y actividad, propias de los contratos asociativos, si se les agrega la actuación común bajo una organización y con formación de un patrimonio, se caracteriza y justifica la existencia de un nuevo sujeto de derecho, tales elementos son los que generan el contenido normativo de la categoría conceptual sociedad. Es la actuación o gestión colectiva, en interés común y a nombre colectivo”. “La actuación a nombre colectivo o sea imputable a un sujeto distinto a los propios socios...es un elemento fundamental para la configuración de una sociedad de hecho”⁽¹²⁾. “Si la actividad es clandestina y no exteriorizada públicamente (actividad pública en común), no estaríamos frente a una sociedad de hecho, sino quizás frente a otro negocio, como podría ser una sociedad accidental u oculta”⁽¹³⁾.

Según Broseta Pont, la sociedad irregular nace cuando habiéndose omitido un requisito de forma “la relación de sociedad se manifiesta externamente porque se explota una actividad mercantil o industrial

(9) Nuri Rodríguez Olivera, *Curso de Sociedades comerciales*, T. I, p. 108.

(10) Rodolfo Mezzera Álvarez, *Curso de Derecho Comercial*, T. II., Vol. 1, Mont. 1980, p. 83.

(11) Ver en Adriana Claudia Man y Marta Pardini. *Ley de Sociedades Comerciales. Anotada con Jurisprudencia*. Tomo I. Bs. As. 1991 ps. 313 y ss.

(12) Efraín Hugo Richard. Ob. Cit. ps. 6 a 9 y 14

(13) Efraín Hugo Richard. Ob. Cit. ps. 18 y 19. Es cierto que si en las sociedades accidentales el gestor hace conocer el nombre de los socios con su consentimiento, estos quedarán obligados (art. 486 de la ley N° 16,060), pero ello no alterará la naturaleza del negocio que los mismos celebraron entre si, ni convertirá la relación resultante en una sociedad de hecho, ni dará lugar por tanto al nacimiento de una nueva persona jurídica .

en su nombre..."⁽¹⁴⁾. Quiere decir que la sociedad irregular se comporta, interna y externamente, del mismo modo que la regular⁽¹⁵⁾. En cambio, si la sociedad es solamente "interna" y "no se manifiesta hacia el exterior"... "el gestor responde personalmente, puesto que no aparece como un gestor social", mientras que "en la sociedad de hecho dos o más personas actúan frente a terceros en calidad de socios". Ahora bien, si solo actúa una de las partes y en su nombre particular frente a los terceros, lo que existirá será una asociación o cuenta en participación⁽¹⁶⁾. En igual sentido se pronuncia Rodríguez y Rodríguez⁽¹⁷⁾.

Cuando la doctrina distingue la sociedad de hecho de la sociedad en participación, aclara unánimemente que la diferencia principal entre ellas radica precisamente en que en la segunda, el socio gestor actúa en su propio nombre ante terceros, asumiendo frente a los mismos la suma de las obligaciones y responsabilidades resultantes de las operaciones realizadas. No podría ser de otra manera, ya que para una persona pueda obligar a otra se requiere, no solo que tenga el poder necesario a tales efectos, sino también que invoque al contratar el nombre de su representado (*contemplatio domine*)⁽¹⁸⁾. Es solo la actuación por los representantes de la sociedad de hecho (cualquiera de los socios, art. 38 de la ley N° 16.060), en nombre de la sociedad, la que explica y justifica la responsabilidad de ésta como sujeto de derecho, así como la solidaria de los socios y administradores.

Cuando falta el elemento "exteriorización", porque los actos y contratos fueron celebrados por uno de los "socios" a nombre personal y sin invocar a la sociedad, cabe descartar la existencia entre las partes

(14) Manuel Broseta Pont. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid 1991. ps. 176 y 177

(15) Dylson Doria. *Curso de Direito Comercial*. Sao Paulo 1981 p. 136

(16) Ricardo Sandoval López. *Derecho Comercial*. Tomo I. Santiago de Chile 1997 ps. 267 y 381

(17) Joaquín Rodríguez y Rodríguez. *Tratado de Sociedades Mercantiles*. p. 147 citado por Nuri Rodríguez Olivera. Ob. Cit. ps. 112 y 113.

(18) Como dice Gamarra, si se omite el "obrar en nombre ajeno", "los efectos jurídicos del acto que realiza el gestor se producen para éste". "Cuando el gestor actúa a nombre propio, como sucede en el contrato de comisión, resulta personalmente obligado". *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XV Mont. 1973 ps. 135 y 136.

de una sociedad de hecho, lo que impone determinar cual es la naturaleza de la relación que las une, a cuyos efectos caben dos posibilidades: que se trate de una sociedad accidental o en participación, o que se trate de un negocio en participación innominado. Para distinguir entre una y otra alternativa, cabría recurrir al elemento "accidentalidad", presente según el texto legal en la primera pero no necesariamente en el segundo. A esos efectos, se deberá tener en cuenta la tendencia actual a flexibilizar el alcance del término "accidental" de forma que el mismo pueda abarcar situaciones más o menos duraderas. La ley uruguaya N° 16.060, siguiendo al Código de Comercio nacional (derogado en esta parte) y a la ley argentina de sociedades, confunde dos notas independientes entre si como lo son la accidentalidad y la participación⁽¹⁹⁾, en virtud de lo cual se ha propuesto flexibilizar la nota de accidentalidad, la cual es además de por si imprecisa, siendo esa la tendencia que se observa en la jurisprudencia argentina, compartida por Nissen⁽²⁰⁾.

Por ello autorizada doctrina destaca que una sociedad en participación, "bien podría ser accidental y prolongarse indefinidamente, estando el plazo y el objeto indisolublemente unidos, cualquiera sea la medida del tiempo en que la operación haya de quedar terminada o demore en terminar, si bien se ha dicho que la transitoriedad no constituye un elemento esencial, toda vez que puede darse en otras figuras societarias..."⁽²¹⁾. En la doctrina nacional, ha señalado Mezzera que aunque los contratantes, al convenir constituir entre ellos una sociedad en participación, adoptaran como objeto de la misma una negociación continuada no individualizada, mientras la sociedad continúe actuando a nombre individual del socio gestor

(19) Miguel U. Rocca. *Derecho Comercial*. Tomo III. Sociedades 1, Mont. 1947 p. 99, 103, 104, y 106.

(20) Ricardo A. Nissen. *Ley de Sociedades Comerciales*. Tomo 5 Bs. As., 1996 p. 198. Comentarios de Ricardo Augusto Nissen en Adriana Claudia Man y Marta Pardini. Ob. Cit., p. 379 a 381.

(21) Mariano Gagliardo, "Existencia y prueba de la sociedad accidental o en participación", en *Derecho Societario*, Ad-Hoc. p. 37, quien cita en su apoyo a Zavala Rodríguez, Malagarriga, Rivarola, Fontanarrosa, y varios precedentes judiciales

sin exteriorizarse como tal sociedad, la misma no perderá su carácter de en participación ni pasaría a ser una sociedad irregular⁽²²⁾.

Ahora bien, si se entendiera que el requisito de que la sociedad accidental o en participación se cree para realizar negocios determinados y transitorios es esencial, y que la transitoriedad debe ser tomada en sentido estricto, una sociedad que cumpliera su objeto a lo largo de un extenso lapso, aunque actuara ante terceros por medio de un gestor, no podría ser nunca una sociedad de esa clase; pero como tampoco se trataría de una sociedad de hecho, precisamente por faltar el requisito de la exteriorización, estaríamos ante un negocio en participación innominado y atípico, que se regiría por los principios generales en materia societaria y en lo pertinente, por las normas de las sociedades accidentales o en participación, por ser las que regulan el supuesto de hecho más cercano. La posibilidad de los negocios en participación innominados, ha sido admitida expresamente por diversos autores, entre los que cabe citar a Farina⁽²³⁾ y a Richard. Este último se opone a la posibilidad de que se considere a "un contrato participativo atípico como sociedad de hecho o sociedad atípica y por tanto devenida de hecho...", ya que ello tendría consecuencias inadmisibles, no previstas por las partes⁽²⁴⁾.

La ley admite expresamente la existencia y validez de los contratos innominados (art. 1260 del CC uruguayo). Éstos se rigen por las normas generales en materia de contratos, así como, en su caso y por analogía, por las especiales del contrato o de los contratos nominados con los que presenten mayor similitud. No cabe duda entonces de que, siempre que estén presentes los elementos de validez de los contratos, los particulares pueden celebrar convenios sin

(22) Rodolfo Mezzera Álvarez, *Curso de Derecho Comercial*. Mont, 1976, p. 175

(23) Juan M. Farina, *Contratos Comerciales Modernos*, Bs. As., 1993, ps. 324 y 338.

(24) Efraín Hugo Richard, Ob. Cit., ps. 12 y 13. Los negocios en participación pueden presentarse bajo distintas modalidades, como es el caso de las sociedades accidentales o en participación o de negocios en participación o parciarios innominados (caso por ejemplo del empleado habilitado, del prestamista cuya contraprestación se calcula sobre las utilidades o de sociedades en participación que no son accidentales, entre otros).

denominación o regulación legal expresa, sean o no similares a contratos nominados y típicos.

En este marco, es evidente que resultan válidos y eficaces todos los contratos por los cuales dos o más sujetos pacten que uno de ellos realizará a su propio nombre una determinada actividad económica, y que los demás participarán de los resultados pero sin aparecer ante los terceros. Esos contratos pueden ser o no de naturaleza asociativa.

III. Conclusiones

Mediante la publicidad, las partes del negocio societario ponen de manifiesto en la esfera externa su voluntad colectiva de asumir para la entidad que los nuclea y con cargo al patrimonio de ésta, los derechos y obligaciones emergentes de los actos realizados en cumplimiento del objeto social. Mientras las sociedades regulares se exteriorizan por la inscripción y eventualmente por la publicación, las sociedades en formación, las nulas, las irregulares o de hecho y las atípicas, lo hacen por medio de la publicidad de hecho derivada de su actuación como sociedades en sus relaciones jurídicas con los terceros⁽²⁵⁾. Respecto de estas últimas sociedades, la publicidad de hecho sería condición de su personalidad.

Ahora bien, si interpretando aisladamente el art. 2º de la ley N° 16.060, se prefiere ubicar el nacimiento de la personalidad en el momento en que se celebra el contrato social, deberá tenerse en cuenta que para que dicho nacimiento se produzca, será necesario que en el referido contrato se haya previsto expresamente o que resulte claramente del mismo ya sea por el tipo social adoptado o por el contenido del acuerdo social, que la sociedad actuará como tal en sus relaciones externas. En efecto, si desde un comienzo las partes acordaron que su relación no se exteriorizará, resultaría absurdo que en base a una interpretación simplificada del art. 2º citado, se le atribuyera personalidad jurídica.

(25) Si bien las atípicas, en virtud de un error en los controles del Registro, pueden ser inscriptas, ello constituye una posibilidad muy remota.

Aún desde esa perspectiva, la forma de actuación que se adopte en la etapa de ejecución del negocio será fundamental para determinar, en caso de duda, cual fue la intención común de las partes en el momento de contratar, esto es si las mismas quisieron celebrar un contrato de sociedad con proyección externa dotando a la entidad resultante de personalidad jurídica, o se propusieron otorgar un negocio en participación, ya sea este nominado o innominado.