

Informe de Investigación

TÍTULO: SOCIEDADES IRREGULARES Y DE HECHO

Subtítulo: Fusión de sociedades

Rama del Derecho: Derecho Comercial	Descriptor: Sociedades Mercantiles
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Sociedades irregulares y de hecho, fusión de sociedades, presupuestos.
Fuentes: Doctrina Normativa Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 06/10

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	1
2. DOCTRINA.....	2
Sociedades Irregulares.....	2
Sociedades de Hecho.....	3
Diferencia entre sociedad de hecho y sociedad irregular.....	4
Régimen Jurídico.....	4
Sobre la comprobación de la existencia de las sociedades de hecho.....	5
3. NORMATIVA.....	7
Código de Comercio.....	7
4. JURISPRUDENCIA.....	8
Distinción entre sociedad de hecho y sociedad irregular.....	8
La liquidación.....	12
Distinción entre sociedad mercantil de hecho y sociedad civil de hecho.....	13
Elementos de la sociedad de hecho.....	16
5. DISPOSICIONES REGISTRALES.....	17
Guía de calificación registral para la fusión de sociedades.....	17
Criterios sobre cancelación de asientos registrales en caso de sociedades irregulares.....	19

1. RESUMEN

El presente informe de investigación desarrolla las figuras de las sociedades mercantiles irregulares y de hecho, reguladas en el Código de Comercio vigente, se exponen sus principales supuestos y características, la normativa citada y extractos jurisprudenciales que adicionan e interpretan éstas



normas para su adecuada aplicación en la práctica. Por último, se incluyen disposiciones emitidas por el Registro Nacional que hacen referencia al objeto de ésta investigación.

2. DOCTRINA

Sociedades Irregulares

[UBILLA ARCE]¹

“Por sociedad irregular, debemos entender, según González Fallas “Viene a ser aquella que no está inscrita en el Registro Mercantil, y se ha exteriorizado frente a terceros, ya sea conste o no en escritura pública y pretende actuar con personalidad jurídica.”

En la base de esta definición se refleja una marcada y constante confusión que entre los distintos autores predomina, y es la de afirmar que la sociedad irregular, puede o no constar en escritura pública. Esto resulta falso, por lo menos a nivel de derecho positivo costarricense, no es cierto.

En Costa Rica, la sociedad irregular, única y exclusivamente puede constar en escritura pública ; esto debe quedar claro. El mismo artículo 19 del Código de Comercio, tantas veces aquí citado, prescribe que la constitución de la sociedad debe consignarse en escritura pública. Y el 22 ibídem, refiriéndose a las sociedades irregulares, señala que mientras no se haya efectuado la publicación y la inscripción a que se refiere el artículo 19, las resoluciones, los pactos y los documentos sociales, no producirán efecto alguno en perjuicio de terceros.

Ahora bien, la publicación de la cual se refiere el artículo 22 del Código de Comercio, es a la publicación en extracto de la constitución social en el periódico oficial La Gaceta y no podríamos publicar ésta, ni mucho menos inscribir en el Registro Mercantil a la sociedad, si la constitución no



consta en escritura pública, precisamente porque así lo prescribe el numeral 19 del Cuerpo de Leyes citado. Y por ser la escritura pública, el documento idóneo en nuestro derecho, para lograr la inscripción.”

Sociedades de Hecho

[UBILLA ARCE]²

“Para nosotros, y a la luz de nuestro Ordenamiento Jurídico, son los vicios formales los que conducen a la irregularidad, no los vicios de contenido, tengámoslo presente. Los vicios de contenido, cuentan con su propio régimen, el relativo a la nulidad, tal el caso de vicios del consentimiento , el dolo, el error, la violencia. Se trata de supuestos esenciales, cuya omisión o violación provoca nulidad o inexistencia del acto o contrato.

(...)

*Estas afirmaciones, nos conduce a manifestar, que **la sociedad de hecho, es tan sociedad comercial , como lo es la anónima o la de responsabilidad limitada.** Estructuralmente, presenta los mismos elementos esenciales como cualquier otra relación societaria.*

Lo que separa a una sociedad de hecho de aquellas otras sociedades típicas e inscritas, es la violación al procedimiento formal, no sólo regularizatorio,tal el caso de la sociedad irregular , sino también constitutivo, puesto que no está instrumentada.

Por ello, en el instrumento, por ende en la ausencia del problema de tipicidad, difiere de las irregulares. Si las irregulares presentan un vicio en el procedimiento formal regularizatorio, las de hecho lo presentan en el procedimiento formal constitutivo.”



Diferencia entre sociedad de hecho y sociedad irregular

[FALLAS MONGE]³

“Ha existido mucha confusión en la legislación y jurisprudencia, en cuanto al significado de sociedad de hecho y sociedad irregular; notamos que en la sociedad irregular, existe un pacto expreso pero no se han cumplido las formalidades de ley, en cambio en la sociedad de hecho no encontramos siquiera un pacto social escrito.

Malagarriga al hablar de las sociedades irregulares dice que pese a mediar un contrato escrito, y desprenderse de éste, que se trata de sociedades con relación a las cuales deben ser cumplidas las formalidades de publicidad, dichas formalidades han sido omitidas, sea voluntariamente, sea por inadvertencia; al hablarnos de las sociedades de hecho dice, que son aquellas en las que por lo general ni siquiera ha mediado un contrato escrito, y que derivan su existencia de una empresa llevada en común. (...) Podemos decir que existe sociedad irregular por dos causas principales:

- a) por falta de publicación de la escritura de constitución y,*
- b) por falta de inscripción de la sociedad en el registro mercantil.*

Por el contrario la sociedad de hecho nace debido a un pacto verbal entre los socios.”

Régimen Jurídico

[UBILLA ARCE]⁴

“Las sociedades de hecho, participan, junto con las irregulares, del mismo régimen jurídico a aplicar. Este régimen, más comúnmente conocido como el régimen de la irregularidad, está



previsto por nuestro Código de Comercio en los numerales 22 y 23 del mismo.

Consiste en dotar a los terceros de las más amplias garantías frente al ente social que habiendo se exteriorizado funcioban irregularmente, imponiéndole a los socios, e incluso a la misma sociedad como veremos luego, responsabilidad de tipo solidario e ilimitado.

El Código prevé este tipo de responsabilidad para los llamados "socios fundadores". Por ello debemos de entender, a todos aquellos que de una u otra forma hayan concurrido a la constitución social, aunque ésta fuese de hecho.

En nuestro sistema, veda la ley, la posibilidad de eximir de responsabilidad a aquél, que no siendo socio, en sentido técnico, ni gestor, haya participado en la formación de la sociedad, si bien nominalmente.

De manera que, mientras no se hayan efectuado el procedimiento formal constitutivo regularizatorio para las sociedades de hecho, tan sólo formal regularizatorio para las sociedades irregulares, los documentos, los pactos y las resoluciones no producirán efecto alguno legal en perjuicio de terceros, según lo dispone también el artículo 22 del Cuerpo de Leyes citado.

Frase esta última que en su oportunidad, nos llevó a afirmar que se refería a un especial reconocimiento de personalidad jurídica de la sociedad en todo aquello que beneficiara a los terceros."

Sobre la comprobación de la existencia de las sociedades de hecho

[CERTAD MAROTO]⁵

“Para comprobar la existencia de una sociedad de hecho es necesario que sean demostrados, por un lado, el elemento objetivo, representado por la existencia de un fondo común (constituido por el aporte de bienes o servicios con el riesgo común de las ganancias y de las pérdidas) y por el otro, el elemento subjetivo de la “affectio societatis”, sea la intención de los contratantes de estrechar entre ellos un vínculo de colaboración con la finalidad de alcanzar un interés común. Sin embargo, no creemos necesario que los socios hayan manifestado de un modo expreso su voluntad de unirse en sociedad.”

El Tribunal de Milán ha reafirmado la tesis, hoy pacífica en la jurisprudencia italiana, según la cual las sociedades de hecho no pueden ser consideradas personas jurídicas: los bienes de los socios, consecuentemente ha observado el Tribunal, no pasan a propiedad de una distinta

persona jurídica, sino que continúan perteneciendo a los socios. Entre éstos, además, -siempre según los jueces milaneses- no existe una relación de copropiedad “pro indiviso”, tal y como sucede en la comunidad ordinaria: los caracteres del fenómeno tornan evidente la diferencia existente entre la propiedad social y la propiedad pro-indiviso.

Sin embargo, no nos parece exacto seguir al pie de la letra el razonamiento del Tribunal milanés cuando distingue entre propiedad social y propiedad pro-indiviso. Y ello en atención a las agudas observaciones de Pugliatti y Rescigno acerca de la dificultad de reconocer en el ente, que no sea organizado con carácter corporativo, sólo “una pluralidad numérica, que refleje y multiplique la unidad individual”⁶⁸.

Como quiera que sea, debemos recalcar que aun en la sociedad de hecho se hace necesario distinguir entre sociedad y socio. La existencia de una sociedad de hecho no inhibe al socio a concluir contratos y asumir obligaciones por cuenta propia, obligándose sólo a sí mismo y dejando al ente social totalmente fuera de tales relaciones.



Además tenemos que, para que la relación social de hecho -no correspondiente a una situación de derecho.- se considere existente frente a terceros, en modo tal que pueda válidamente afirmarse que las obligaciones contraídas por quienes se comportan como socios constituyen obligaciones sociales, garantizadas por el patrimonio social los individuales de todos y cada uno de los socios, es necesario que, de parte de estos últimos, existan manifestaciones tales de engendrar en los terceros que con ellos tratan, el convencimiento de la efectiva existencia y responsabilidad el aparato social.

Ahora bien; para comprobar la existencia d la sociedad de hecho, a tenor del artículo 23 de nuestro Código de Comercio, son válidos todos y cada uno de los medios probatorios comunes.”

3. NORMATIVA

Código de Comercio

ARTÍCULO 19.- La constitución de la sociedad, sus modificaciones, disolución, fusión y cualesquiera otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública, publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil.

ARTÍCULO 22.- Mientras no se hayan efectuado la publicación y la inscripción a que se refiere el artículo 19, las resoluciones, los pactos y los documentos sociales, no producirán efecto alguno legal en perjuicio de terceros, y los socios fundadores responderán solidariamente a dichos terceros de las obligaciones que en tales circunstancias se contrajeren por cuenta de la compañía. Cualquier socio podrá gestionar la inscripción de la escritura y si prueba su actividad en ese



sentido, cesará la responsabilidad en cuanto a él, desde el momento en que inició gestiones formales para la inscripción.

ARTÍCULO 23.- A falta de escritura social, los terceros interesados podrán acreditar la existencia de la sociedad de hecho y las condiciones bajo las cuales haya funcionado, por todos los medios probatorios comunes.

Igual derecho tienen los socios a efecto de comprobar el contrato entre ellos.

4. JURISPRUDENCIA

Distinción entre sociedad de hecho y sociedad irregular

[SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁶

"IV.-La Sala de Casación en sentencia N° 68 de las 15 horas 30 minutos del 24 de julio de 1980 consideró: "Es necesario diferenciar lo que podría ser una sociedad "irregular" y una sociedad de "hecho", máxime que a veces se usan indistintamente las dos denominaciones, además de que algunos autores consideran como la misma cosa ambas entidades jurídicas. En realidad, según las más modernas definiciones, como por ejemplo, la contenida en el "Vocabulario Jurídico" de Henri Capitant, Ediciones DE PALMA, Buenos Aires, 1979, la SOCIEDAD DE HECHO es "sociedad de intereses que resulta entre dos o más personas de una colaboración análoga a la que es consecuencia de un contrato de sociedad, pero que tiene lugar sin acto escrito y regular ...". Por lo contrario, la sociedad irregular propiamente dicha bien puede ser aquella en que se han cumplido algunos requisitos que exige nuestra legislación comercial, artículos 19 a 22 del Código de Comercio, pero que aún le faltan uno o varios de tales requisitos. De lo anterior tendría que concluirse que la sociedad irregular es más fácil de probar, dado que existe un documento básico

de convenios social, al cual no le faltan sino algunas formalidades, como la publicación en el periódico oficial o la inscripción en el Registro Mercantil, para alcanzar plena validez y constituir una persona jurídica nueva, pero que ya contiene lógicamente todos los elementos contractuales que caracterizan a la sociedad que han formado los interesados y que, por supuesto, son en sí mismos la mejor prueba de la sociedad formada entre ellos".

V.- También en sentencia N° 50 de las 15 horas y 30 minutos del 9 de setiembre de 1983, esta sala expresó: "La sociedad mercantil es un esquema legal organizativo de capital y trabajo para la realización colectiva de una cierta actividad que puede ser la producción de bienes o servicios dirigidos a un mercado o al mero intercambio de esos bienes o servicios. Según lo disponía la Ley de Sociedades Comerciales de 1909 y lo dispone hoy el Código de Comercio, las sociedades deben ser constituidas en escritura pública que debe ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en extracto en el periódico oficial. Actualmente en nuestro ordenamiento, las sociedades en nombre colectivo, de responsabilidad limitada, en comandita o anónimas, constituidas en escritura pública y en observancia de las demás formalidades establecidas por el Código de Comercio, se reputan comerciales por la forma, independientemente de su finalidad y de la actividad que realizan, si han sido inscritas, en virtud de lo dispuesto por los artículos 5° párrafo c) y 17 del citado cuerpo normativo. Para determinar la naturaleza y régimen legal a que se encuentran sometidas las sociedades no constituidas de acuerdo con las disposiciones de la legislación comercial, debe acudirse al análisis de la actividad que despliegan, a fin de comprobar si la índole de la misma es comercial o no. La actividad económica regulada por el Derecho Comercial, abarca lo que es comercio en sentido económico estricto, pero va más allá, para comprender la producción industrial. Esa actividad económica regulada por el Derecho Comercial es la actividad de intermediación entre un mercado de oferta y un mercado de demanda de bienes y servicios, que transforma materia prima o producto semielaborado en producto semielaborado o final, o que simplemente especula (en sentido técnico económico) con bienes o servicios dentro de un mercado. La actividad agrícola permanece fuera del ámbito de aplicación del Derecho mercantil, porque aún cuando la misma se desenvuelva hacia un mercado de demanda, no proviene de un mercado de oferta. El empresario agrícola trabaja sobre elementos naturales como la tierra, los animales o el bosque, elementos que no pueden identificarse con un mercado de oferta en sentido económico. Por tanto, una sociedad no formada de acuerdo con las previsiones formales de la legislación comercial, pero que efectivamente desarrolla una actividad de intermediación entre



mercados de oferta y demanda, de naturaleza mercantil, es una sociedad mercantil en sentido sustancial, en razón de la naturaleza de la actividad que desarrolla (Artículo 5° inciso a) del Código de Comercio). Dicha sociedad comercial puede ser una sociedad irregular o una sociedad de hecho. Sociedad mercantil irregular es aquella constituida en escritura pública que no ha sido inscrita en el Registro Mercantil. Mientras no se haya realizado la inscripción correspondiente el contrato de sociedad y cualquiera otro documento social, no producen ningún efecto legal en perjuicio de terceros, según lo dispuesto por el artículo 22 del Código de Comercio. Ello significa que dicho contrato social es plenamente válido y eficaz desde el momento mismo de su celebración, con respecto a los socios y terceros, en todo lo que les beneficie. En este sentido debe interpretarse lo dispuesto por el numeral 27 del Código de Comercio. Los Tribunales pueden admitir como prueba un contrato de sociedad formalizado en escritura pública que no ha sido inscrita, si el mismo es invocado en juicio contra alguna de las partes que lo suscribieron, de acuerdo con lo establecido por el artículo 478 del Código Civil. Sociedad mercantil de hecho es aquella unidad organizativa de capital y trabajo dirigida a un mercado, que no ha sido constituida en escritura pública ni con arreglo a las formalidades legales sobre la materia, y que ha nacido espontáneamente, de hecho, sin que las partes se hayan propuesto su nacimiento. Las partes en un momento dado se encuentran de hecho actuando en sociedad. La existencia y funcionamiento de la sociedad que el artículo 23 del Código de Comercio denomina "de hecho", pueden demostrarse por todos los medios probatorios comunes, según ese mismo texto lo dispone. Por lo tanto no incurre en error alguno, el Juez que tiene por demostrado un contrato de sociedad de esta índole con base en un documento privado suscrito por las partes, sin que exista escritura, inscripción o publicación, pues ese género de formalidades se exigen para que la sociedad pueda nacer como persona jurídica, mas no en cuanto al contrato en sí mismo, que tendrá la eficacia y los efectos que correspondan, una vez probado conforme al artículo 23. Debe considerarse, por último, que una sociedad no fundada de acuerdo con las previsiones formales de la legislación mercantil, que desarrolla una actividad no comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comercial, es una sociedad civil a la que, dada la naturaleza de su actividad, no puede ser aplicada disposición alguna del Derecho Comercial". Y esa misma sentencia de esta Sala, en cuanto al contrato de sociedad sostuvo que: "Según la doctrina más moderna, el contrato de sociedad es un contrato a fin común, de características fundamentalmente opuestas a los contratos de cambio o económicos, que son aquellos en los que se considera que entre la prestación y la contraprestación debe existir un equilibrio económico. Así, en los contratos a fin común las prestaciones de cada una de las partes pueden ser de distinto valor y contenido, porque lo

importante es que las mismas sean idóneas para alcanzar el fin común que persiguen las partes, cual es el ejercicio de una empresa económica. En los contratos a fin común, los contratantes encuentran su contraprestación en el resultado final de la actividad de la empresa, por lo que en ellos no se aporta en beneficio único de las demás partes, sino también en beneficio propio. Todas las ya citadas características de los contratos a fin común conllevan al hecho que en los mismos, la nulidad que afecta el vínculo de una de las partes, su prestación o la regulación que se le da a la misma por estipulaciones contractuales, no implica nunca la nulidad del resto del contenido del contrato, siempre que la nulidad no afecte prestaciones o convenciones que sean esenciales e indispensables para la consecución del fin común que motivó la existencia del contrato".

VI. La sociedad de hecho se encuentra prevista en el Código de Comercio en su artículo 23, donde se faculta a tercero para demostrar su existencia, en el entendido de que dichos terceros como interesados pueden ser acreedores de la misma, y en tal virtud su reclamación se dirigiría contra la sociedad o contra los socios, o contra ambos en forma simultánea, pero como dicha norma no prevé el orden o prelación en que ello debe operar deberá el tercero dirigirse tanto judicial o extrajudicialmente contra la sociedad y contra los socios, y solo contra ellos cuando la relación contractual o extracontractual hubiere sido con la misma Sociedad de hecho, lo cual no obsta para que también lo haga contra los socios cuando la Sociedad pudiere ser insolvente, dada la solidaridad que une a los socios con la sociedad. En la sociedad irregular la norma del Código de Comercio encargada de su previsión es el numeral 22, en donde igualmente responderá la sociedad frente a terceros de las obligaciones contractuales o extracontractuales contraídas respecto de terceros, quienes tendrán la ventaja de contar con el pacto social de la Sociedad que por no haberse efectuado la publicación o no haberse practicado la inscripción en el Registro Mercantil ello no puede en modo alguno perjudicar a esos terceros interesados, por lo que la Sociedad deberá responder frente a ellos, y en igual forma los socios fundadores deberán responder en forma solidaria respecto de dichos terceros de las obligaciones que en tales circunstancias se contrajeran por cuenta de la Compañía o de los socios a nombre de ésta, y naturalmente al operar dicha solidaridad el tercero estaría facultado para demandar indistintamente a la sociedad o a los socios, e incluso a ambos con el objeto de lograr una mayor cobertura en cuanto a su reclamo. Tanto en la sociedad de hecho como en la irregular la demanda personal a quienes puedan figurar como socios, o lo sean en forma efectiva, implicaría soslayar las dimensiones de los artículos 19 a 23 del Código de Comercio, pues el contrato de sociedad une a

los socios en un conjunto de relaciones jurídicas, consecuencia de sus estipulaciones contractuales orientadas a la constitución de una empresa, cuyo ejercicio se manifiesta a través de la actividad económicamente organizada a desplegar por la Sociedad."

La liquidación

[SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁷

"II.- Es posible la existencia de distintas sociedades de hecho según la actividad a la cual se dediquen, entre ellas cabe distinguir inicialmente la comercial y la civil, pues ambas tienen normas específicas encargadas de prever tales tipos societarios (artículo 23 del Código de Comercio y 1198 del Código Civil), pudiendo incluirse dentro de las civiles cualquier otra no mercantil sin regulación propia, por ejemplo las agrarias y las artesanales. La importancia de la actividad se vincula con la naturaleza jurídica de la sociedad de hecho, y en último análisis con las normas a aplicar para determinar su disolución, y más concretamente los criterios para la liquidación patrimonial del haber social. Por lo general estas sociedades han funcionado entre personas con un vínculo de conocimiento, confianza y amistad muy estrecho. Son comunes entre familiares, amigos cercanos o íntimos, donde el vínculo parece eximirles de establecer formalidades, aún cuando éstas pueden ser urgidas cuando surgen problemas de cualquier naturaleza entre los socios. Si resulta común entre familiares y amigos, con mayor razón entre una pareja, ya sea unidos por un vínculo matrimonial o producto de una relación de hecho. Para el matrimonio legalmente se ha creado la ficción de la sociedad de gananciales cuya disolución surge cuando el matrimonio es declarado disuelto o nulo, pero no beneficia al cónyuge culpable. **Contrariamente, para el matrimonio de hecho o unión de hecho el legislador no ha sentado las bases para determinar jurídicamente la forma de liquidar el patrimonio de la familia de hecho, y por esto la jurisprudencia frente a la ausencia de normativa tampoco la ha reconocido ni ha fijado pautas para la liquidación del patrimonio** (Sentencia de Casación N° 60 de las 14 horas 30 minutos del 27 de julio de 1973 y Sala Segunda de la Corte, N° 131 de 15 horas 50 minutos del 23 de julio de 1985, entre otras), pero ello no excluye, en modo alguno, la discusión en torno a la sociedad de hecho entre cónyuges de hecho, eliminado cualquier elemento de familiaridad, como podría resultar también con otros familiares o amigos íntimos, pues no sería dable excluir a los

cónyuges de hecho de buscar esa declaratoria si le resulta lícito a cualquier otro. En este caso serían aplicables las normas de las sociedades civiles, contempladas en los artículos 1196 a 1250 del Código Civil. Lo anterior no solo porque el ordenamiento ha conocido ya muchas normas donde se refiere a la familia de hecho (recientemente, por ejemplo, la Ley N° 7142 de 8 de marzo de 1990), sino porque la figura de la sociedad permite resolver algunos casos.

III.- Naturalmente si la sociedad de hecho civil entraña una figura negocial entre dos o más personas donde han aportado capital, ya sea éste representado por dinero, créditos o bienes, para el cumplimiento de un fin común, con colaboración análogas, en aportes de trabajo y administración, sin que medie acto escrito, la prueba de la existencia del contrato de sociedad se regirá por las normas generales para probar los contratos. Para la liquidación deberá demostrarse la forma como esa sociedad se administra, los derechos y obligaciones de los socios entre sí, los acreedores existentes para su desarrollo, los aportes de capital y trabajo, y todos los demás extremos dentro de los cuales deberían incluirse las obligaciones con terceros, pues si en este tipo de sociedad cada socio tiene la facultad de pedir la liquidación tanto de la sociedad como de las operaciones verificadas, ésta al decretarse deberá considerar todos estos elementos, pues, salvo que se hubieren tomado disposiciones probadas respecto de una liquidación igualitaria, ello no podría decretarse porque no es norma general de las sociedades la igualdad de aportes, trabajo, administración y responsabilidades. Esto es supuesto fáctico necesario para poder aplicar las normas correspondientes del Código Civil en cuanto a liquidación, que no pueden limitarse a la sola existencia."

Distinción entre sociedad mercantil de hecho y sociedad civil de hecho

[SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁸

"III.- Pese a lo extenso del recurso y de los diferentes aspectos abordados, la Sala tiene vedado entrar al análisis de cuestiones de fondo, tendientes a que se reconozcan al actor, hoy su sucesión, la condición de socio industrial y sus consecuencias, así como la existencia de una sociedad de hecho de la familia Bolaños Pacheco, que instrumentalizó las sociedades mercantiles constituidas



originalmente por los progenitores para el desarrollo de un patrimonio común. Ello por cuanto, lo que se discute es la excepción de prescripción que, a las pretensiones de la demanda interpusiera la parte accionada. En ese sentido, los agravios ajenos a ese pronunciamiento han de ser soslayados, para orientar la decisión en punto a establecer si las pretensiones del actor son de orden civil o mercantil, como presupuesto indispensable para determinar si el plazo prescriptivo a aplicar es de cuatro años, como se dispuso en el fallo que se impugna, o de diez, como lo aduce el recurrente. Para el Juzgado, que las analiza puntualmente, se entremezclan pedimentos civiles y comerciales. El Tribunal, por su parte, estimó que giran en torno a la participación del actor en las sociedades codemandadas y por ende a su derecho a participar del patrimonio, esto es, de los bienes generados en esa actividad. Esta Sala, luego de un estudio detallado del escrito de demanda, llega a la conclusión de que el pronunciamiento solicitado es confuso y ambiguo. En efecto, por un lado se pide una declaratoria de simulación, de copropiedad, de derecho a utilidades proporcionales, de la mitad del capital social de las sociedades coaccionadas, a los bienes, valores y mejoras en las fincas, y por otro, se reclama una rendición de cuentas, un patrimonio familiar de hecho, y de una sociedad de hecho, con reconocimiento de los daños y perjuicios. Pese a ello, sin lugar a dudas, en todo cuanto se pretende, hay un vínculo común: el reconocimiento de una sociedad de hecho de la familia Bolaños Pacheco, de la cual el actor pretende derivar los derechos en las sociedades formalmente constituidas. Para este Órgano decisor, no es posible, ante la presencia de sociedades mercantiles -codemandadas en este proceso-, constituidas al amparo de la ley, admitir la existencia de una sociedad de hecho, en tanto que el recurrente aboga porque se admita en los términos en que lo prevé la legislación civil. De esta manera, siempre, en aras de determinar la naturaleza civil o mercantil del proceso, es menester recordar que las sociedades de hecho pueden ser de carácter civil o mercantil. Al respecto, esta Sala, en la sentencia no. 364 de las 14 horas 10 minutos del 26 de diciembre de 1990, que cita la no. 50 de las 15 horas 30 minutos del 9 de setiembre de 1983, y en la que el recurrente apoya parte de sus agravios, señaló que a) Las sociedades constituidas en escritura pública y en observancia de las demás formalidades establecidas por el Código de Comercio, se reputan comerciales por la forma, con independencia de su finalidad y de la actividad que realizan. b) Existen distintas sociedades de hecho según su giro, distinguiéndose inicialmente la comercial y la civil, previstas por su orden, en los artículos 23 del Código de Comercio y 1198 del Código Civil, en el que se pueden incluir cualquiera otra no comercial sin regulación propia. c) Una sociedad no formada o constituida "...de acuerdo con las previsiones formales de la legislación comercial, pero que efectivamente desarrolla una actividad de intermediación entre mercados de oferta y demanda, de naturaleza mercantil, es una sociedad



mercantil en sentido sustancial, en razón de la naturaleza de la actividad que desarrolla (Artículo 5º inciso a) del Código de Comercio). Dicha sociedad comercial puede ser una sociedad irregular o una sociedad de hecho. Sociedad mercantil irregular es aquella constituida en escritura pública que no ha sido inscrita en el Registro Mercantil. [...] Sociedad mercantil de hecho es aquella unidad organizativa de capital y trabajo, dirigida a un mercado, que no ha sido constituida en escritura pública ni con arreglo a las formalidades legales sobre la materia, y que ha nacido, espontáneamente, de hecho, (sic) sin que las partes hayan propuesto su nacimiento. Las partes en un momento dado se encuentran de hecho actuando en sociedad. La existencia y funcionamiento de la sociedad que el artículo 24 del Código de Comercio denomina "de hecho", pueden demostrarse por todos los medios probatorios comunes, según ese mismo texto lo dispone. ...". d) Asimismo, una sociedad no fundada o constituida con las previsiones formales de la legislación mercantil "... que desarrolla una actividad no comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho Comercial, es una sociedad civil a la que, dada la naturaleza de su actividad, no puede ser aplicada disposición alguna del Derecho Comercial ... ". En criterio de esta Sala es factible, al margen de las formalidades legales para la creación y funcionamiento de una sociedad mercantil, la existencia de una sociedad de hecho de ese carácter, atendiendo, a aspectos de naturaleza sustantiva como su actividad y unidad organizativa, sin que, acota la Sala, ello se desnaturalice en el supuesto de que, como se aduce en la demanda, ésta gire alrededor de empresas formalmente constituidas. El contrato societario podría aplicarse al derecho mercantil, civil y agrario, por cuanto es un tipo de contrato asociativo donde se busca una comunidad de intereses, común a algunas ramas del derecho. Como ya lo ha señalado esta Cámara (voto 364-90 ídem), por lo general tales sociedades funcionan entre personas con un vínculo de conocimiento, confianza y amistad muy estrecho, se agrega, más por uno familiar que, incluso, se constituyen en eximentes de formalidades, aún y cuando estas puedan ser urgidas cuando acaecen problemas de cualquier naturaleza entre los socios. Y es que, la existencia y funcionamiento de la sociedad de hecho, como se indicó supra, puede demostrarse por todos los medios probatorios comunes; derecho que le asiste a los socios, por disposición del artículo 23 del Código de Comercio, a efecto de comprobar el contrato entre ellos. Las formalidades exigidas para la constitución de una sociedad (escritura pública e inscripción entre otras), son para que pueda nacer como persona jurídica "...más no en cuanto al contrato en sí mismo, que tendrá la eficacia y los efectos que corresponda, una vez probado conforme al artículo 23. ..." . No admitir lo anterior, sería desconocer la razón de ser de esa figura jurídica, reconocida y desarrollada tanto por la doctrina cuanto por la jurisprudencia y regulada por el ordenamiento jurídico, en amparo de ese tipo de

relación societaria. Contrario a ello, el Tribunal consideró que no era posible derivar una sociedad de hecho en este caso, por cuanto las sociedades mercantiles; tal y como sucedió en la especie, según recuento de las diferentes actas constitutivas, debe ajustarse a los requerimientos exigidos por el Código de Comercio. Pese a esa afirmación que, se reitera, no comparte esta Sala, lo cierto es que no es suficiente para quebrar el fallo, por el contrario, ello pone en evidencia que la demanda gira en lo medular alrededor de aspectos eminentemente mercantiles, pues la base de la mayoría de sus peticiones, descansa en el reconocimiento de esa sociedad de hecho que instrumentalizó en sus actuaciones a las empresas constituidas al amparo de la ley y a sus derechos de socio industrial que por esa vía, estima, llegó a consolidar. En esta línea de pensamiento, los supuestos errores de hecho y de derecho que se le imputan al Tribunal en la valoración de la prueba, resultan ajenos al punto en conflicto. Pues como se adelantó, atañen al reconocimiento de cuestiones propias de un análisis de fondo de los extremos debatidos, a saber: la existencia de una sociedad de hecho, la forma en que desarrollaron sus actividades lucrativas las sociedades formalmente constituidas, la manera como la familia Bolaños Pacheco manejó sus negocios, el aporte del actor –socio industrial- y de sus hermanos en el desarrollo de la actividad mercantil, el acuerdo al que llegaron con su padre, sobre la distribución de las empresas, los alcances de ese acuerdo de finiquito, pese a no haber sido suscrito y el reconocimiento de la calidad de socio del actor de la sociedad de hecho. El análisis de todo cuanto se ha dicho, refleja que la pretensión del actor en esencia, procura el reconocimiento de derechos mercantiles de carácter patrimonial (sociedad de hecho, condición de socio) que por tal, está afecta a la prescripción cuatrienal dispuesta en el artículo 984 del Código de Comercio, tal y como, por razones distintas lo acordó el Tribunal.”

Elementos de la sociedad de hecho

[TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA]⁹

"V.- Para determinar la existencia de una sociedad de hecho, ya este Tribunal y Sección ha indicado que: "...es importante reseñar, primeramente, los elementos del contrato societario. Dichos elementos -en sentido amplio-, están conformados por una comunidad: a) de medios; en el



sentido de que no basta que las partes aporten bienes o servicios para el desarrollo de una actividad de colaboración y auxilio sino que es necesario además que cada aporte ingrese en un fondo común perteneciente a todos los socios y dotado de una más o menos amplia autonomía patrimonial (y, consecuentemente, que las aportaciones no permanezcan en el patrimonio de una sola parte); b) de poderes; en el sentido de que no basta la participación de todos los contratantes en una actividad común, pues necesario es que la titularidad de la empresa no se limite a una sola persona física: en otras palabras, la voluntad determinativa de la actividad misma debe envolver a todos los participantes del pacto societario; y c) de utilidades; en el sentido de que los resultados positivos de la actividad social deben recaer sobre todos los participantes del ente. También se requiere la existencia de un “animus coeundae societatis”, entendida como la intención de los contratantes de crear un vínculo de colaboración para el logro de un fin común, consistente en la realización de beneficios que deberán ser repartidos conforme a los cánones impuestos por el mismo pacto constitutivo. (Consultar en este sentido, CERTAD MAROTO (Gastón) Las más complejas formas de colaboración orgánica: Las relaciones Asociativas, Criterios de distinción a la luz de la jurisprudencia italiana y nacional, San José, 1977, Colegio de Abogados, Primera Edición, p.23)...” (Voto N° 357 de las nueve horas veinte minutos del 19 de setiembre del 2002).”

5. DISPOSICIONES REGISTRALES

Guía de calificación registral para la fusión de sociedades

[REGISTRO NACIONAL]¹⁰

A) Requisitos Generales

1. Dos o más sociedades

a. Se integran para formar una sola o para que prevalezca una de ellas, cesando las constituyentes que no prevalecen en el ejercicio de su personalidad jurídica individual (ait. 220 C.



Comercio)

b. La fusión debe acordarse en Asambleas Generales Extraordinarias de cada sociedad a fusionar, las que se protocolizarán (puede ser en único instrumento notarial) e inscribirán en el Registro, previa publicación de iui edicto en La Gaceta (arts. 221 y 222 del C. Comercio)

B) Requisitos Específicos

1. Nace nueva entidad

a. Para la nueva entidad, producto de la fusión, deberán establecerse sus estatutos y los nombramientos de sus administradores (Art. 18 C. Comercio)

2. Por absorción

a. Prevalece una de las entidades a fusionar, deberá en su caso modificarse el capital de ésta última, incluyendo en él. el monto de los capitales de las entidades absorbidas (ait. 220 del Código de Comercio).

3. Fiscalización

a. Cuando se trate de entidades sujetas a fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras, deberán ser previamente autorizadas por ésta (art. 128. inciso u) Ley No. 7558)



4. Empresa Individual de Responsabilidad Limitada

a. Puede fusionarse con otra u otras empresas individuales que pertenezcan al mismo dueño, o bien con sociedades en que sea el único accionista o cuotista. en cuyo caso deberá modificarse la cláusula correspondiente al capital de la empresa prevaleciente, a efecto de incorporar en la misma el monto de capital de las empresas absorbidas, o bien establecerse totalmente los estatutos de la nueva empresa o sociedad, en caso de que se dé tal circunstancia (Arts. 221 y 222 C. Comercio)

Criterios sobre cancelación de asientos registrales en caso de sociedades irregulares

[REGISTRO NACIONAL]¹¹

1) Criterios que se deben tomar en cuenta para la Cancelación de Asientos Registrales.

Sin perjuicio de otros criterios de cancelación de asientos conforme a la ley, deben tomarse en cuenta los siguientes, a efecto de aclarar algunos aspectos relacionados con el Código Notarial.

(...)

1.g) Sociedades de hecho o irregulares.

En los casos en que personas jurídicas no inscritas, actúen disponiendo o adquiriendo un determinado inmueble, se debe cancelar el asiento de presentación.



FUNDAMENTO:

Tanto una sociedad de hecho como una sociedad irregular, participan de una misma característica cual es la no inscripción en el respectivo Registro de Personas Jurídica Siendo así, y tomando en cuenta el artículo 84 del Código Notarial, no es procedente dar publicidad a actos o contratos en donde las "personas jurídicas" que comparecen carecen frente a terceros de legitimación para actuar, debido a que no tienen personaría inscrita alguna, ante lo cual es necesario recordar la necesidad de que dicha inscripción exista acorde con el artículo 19 del Código de Comercio que dice:

"La constitución de la sociedad sus modificaciones, disolución, fusión y otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública, publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil."

De lo anterior deriva que una persona jurídica, desde el acto de su constitución, hasta otorgamiento de distintos poderes, debe inscribirse no, solo para tener efectos frente terceros , sino que debe sufrir ese proceso como requisito constitutivo de validez y eficacia.

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 UBILLA ARCE Dennis. De la problemática técnico jurídica de las sociedades de hecho mercantiles. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica. 1991. Pp. 94-96.
- 2 UBILLA ARCE Dennis. De la problemática técnico jurídica de las sociedades de hecho mercantiles. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica. 1991. Pp. 115-117.
- 3 FALLAS MONGE Lidia. Sociedades Irregulares. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica. 1984. Pp 83-85.
- 4 UBILLA ARCE Dennis. De la problemática técnico jurídica de las sociedades de hecho mercantiles. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica. 1991. Pp. 122-123.
- 5 CERTAD MAROTO Gastón. Las más complejas formas de colaboración orgánica: Las relaciones asociativas. Editorial Juritexto. 3era Edición. San José. Costa Rica. 1999. Pp 55-67.
- 6 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas diez minutos del doce de diciembre de mil novecientos noventa. Resolución N 351.
- 7 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las catorce horas diez minutos del veintiséis de diciembre de mil novecientos noventa. Resolución N 364.
- 8 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta y cinco minutos del veintiséis de setiembre de dos mil ocho. Res. 000652-F-S1-2008.
- 9 TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA .- San José, a las nueve horas cincuenta minutos del veintinueve de setiembre de dos mil seis.- Resolución N 293.
- 10 REGISTRO NACIONAL. Consultado en la web el 01/06/2010. Disponible en http://www.registracional.go.cr/personas_juridicas/Documentos/PJ_Guia_Calificacion_Registral.pdf
- 11 REGISTRO NACIONAL. Consultado en la web el 01/06/2010. Disponible en http://www.registracional.go.cr/personas_juridicas/Documentos/PJ_Normativa/PJ_Circulares_Criterios/PJ_CircularesCriterios1999.pdf