

EL CONTRATO DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

MARIA ISABEL NAVARRO SANCHEZ
MIREYA ISABEL NUÑEZ JUVINAO

Trabajo presentado como requisito
parcial para optar al título de
Abogado.

Director: Dr. Carlos LLanos S.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1990

DR 029977



Barranquilla, 1.990

Señor
DECANO
Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
Ciudad.

Estimado Doctor:

Por medio del presente escrito me permito rendir concepto favorable al trabajo de Tesis realizado por las alumnas MARIA ISABEL NAVARRO SANCHEZ y MIREYA ISABEL NUÑEZ JUVINAO y denominado " EL CONTRATO DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA", por reunir los requisitos establecidos por los estatutos de nuestra Universidad de manera concreta por la Facultad de Derecho.

Agradeciéndole de antemano la designación para tan interesante tema, me suscribo de usted.

Cordialmente,

CARLOS LLANOS SANCHEZ
Director de Tesis.

DIRECTIVA

RECTOR

DOCTOR JOSE CONSUEGRA

SECRETARIO GENERAL

DOCTOR RAFAEL BOLAÑOS

DECANO

DOCTOR CARLOS LLANOS SANCHEZ

DIRECTOR DE TESIS

DOCTOR CARLOS LLANOS

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1990

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, 1990

DEDICATORIA

A mis progenitores y a todos los que en una u otra forma contribuyeron a mi realización personal.

MARIA ISABEL NAVARRO SANCHEZ.

DEDICATORIA

A mis adorados padres Victor y Cristina; a ellos que con esfuerzos y amor siempre estuvieron brindándome su apoyo incondicional para que este triunfo se hiciera realidad.

A mi querida abuela, a ella que toda la vida ha vivido para nosotros, siempre brindándome su apoyo, confianza y cariño.

A mis inigualables hermanos Helda, Roberto e Ivette, que siempre han estado presente compartiendo los momentos de mi vida.

A victor Andrés pequeña criatura, que ha llegado en el momento justo de nuestras vidas a llenarlas de amor y ternura.

A Lourdes, una gran amiga que siempre ha compartido con nosotros la dicha y los sinsabores de la vida, hoy te invito a compartir nuestra alegría.

A mis tías y primos, quiero hacerles saber que comparto con ustedes este triunfo.

A santa Marta, ciudad que me vió nacer y crecer, hoy retorno a tí, con la esperanza de poder brindarte lo mejor de mí.

A ti espíritu Santo, que no me dejastes claudicar y que nunca me haz abandonado.

MIREYA ISABEL NUÑEZ JUVINAO

AGRADECIMIENTOS

Valga esta oportunidad para expresar mis más sinceros agradecimientos al Doctor Carlos LLanos Sánchez, Decano de la Facultad de Derecho, a los Doctores Rodolfo Pérez y Juan Pablo Arrieta, eminentes profesores de nuestra facultad de la Corporación Universitaria Simón Bolívar y a nuestra querida Barranquilla que me brindó su hospitalidad por cinco años , a todos mil y mil gracias.

MARIA ISABEL NAVARRO SANCHEZ.

AGRADECIMIENTOS

Sea esta la oportunidad que se me brinda para darle mis más sinceros agradecimientos al Doctor Carlos LLanos Sánchez, Decano de la Facultad de Derecho.

A los Doctores Juan Pablo Arrieta, José María Armenta, Rodolfo Pérez, Erenesto Ariza y en general al grupo de distinguidos profesores que me colaboraron para que este final se hiciera realidad.

A Edith Bernier porque en todos los momentos en que más la necesitamos estuvo ella allí presente. Muchísimas gracias.

MIREYA ISABEL NUÑEZ JUVINAO.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCION	
1. REQUISITOS DE FONDOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD	1
1.1 CAPACIDAD LEGAL	1
1.2 CONSENTIMIENTO	5
1.3 OBJETO LICITO	7
1.4 CAUSA LICITA	8
2. REQUISITO DE FORMA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD	10
2.1 ESCRITURA PUBLICA	10
2.2 REGISTRO DE LA ESCRITURA PUBLICA EN LA CAMARA DE COMERCIO	24
2.3 PERMISO DE FUNCIONAMIENTO	26
2.3.1 Superintendencia de Sociedad.	27
2.3.2 Superintendencia bancaria	28
2.4 EFECTOS LEGALES DE LA OMISION DE LOS REQUISITOS DE FORMA	32

	Pág
2.4.1 Falta de escritura pública	32
2.4.2 Falta de registro de la escritura social en la cámara de comercio	35
2.4.3 Falta de permiso de funcionamiento	36
3. LOS CONFLICTOS DE SOCIOS	38
3.1 PROBLEMAS DE TECNICAS LEGISLATIVA	38
3.2 ESTATUTOS	40
3.3 STATUS DEL SOCIO	41
3.3.1 Derechos patrimoniales o económicos	42
3.3.2 Derechos de administración	43
3.4 PROTECCION DE SOCIOS	44
3.5 EXCLUSION Y RETIROS DE SOCIOS	49
4. LA PARTICIPACION	51
4.1 OPCION LEGAL	51
4.1.1 La esencia y los antecedentes capitalistas de la participación	52
4.2 SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO POSITIVO NACIONAL	55
4.3 LA CONFIDENCIALIDAD	57
4.4 GLOSAS AL TIPO DE CONTRATO	64
4.5 DISOLUCION DEL VINCULO	66
CONCLUSION	
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

La sociedad de responsabilidad limitada es el tipo de asociación propia para los pequeños comerciantes permite que se agrupen en tal forma que puedan explotar adecuadamente una actividad comercial. Por legal requiere del lleno de una serie de requisitos consagrados en el estatuto comercial, son de sumo cuidado porque al omitirse alguno que sea imprescindible puede ocasionar una irregularidad a este contrato de sociedad.

A nivel familiar son muchas las sociedades que operan y existen en nuestros medios, hay quienes basandose en la responsabilidad de los socios que es limitada pretenden deudas para la sociedad y luego someterse a un concordato burlando muchas a creencias para ello la ley ha establecido sanciones.

1. REQUISITOS DE FONDOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

1.1 CAPACIDAD LEGAL

De conformidad con el inciso 2o. del art. 1502 del C.C. "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra de tal modo que la capacidad para ser socio de una compañía radica en el precepto anterior. No obstante, los menores adultos y los menores impúberes siendo incapaces legalmente podrán formar parte de las sociedades en las que no quede comprometida ilimitadamente su responsabilidad con la autorización de otras personas, es decir, através de sus representantes legales (art. 103 de Co).

Significa esto, que tanto los menores adultos como los menores impúberes no podrán ser socios de Sociedades Colectivas de hecho irregulares, ni tampoco gestores de las sociedades En Comandita, ya que en estos casos su responsabilidad sería solidaria e ilimitada. Por el contrario, si podrán ser socios en las Sociedades Anónimas, de responsabilidad limita

da y comanditarios en las dos modalidades En comandita, por cuanto en dichos tipos la responsabilidad va hasta el monto de sus aportes. Debe destacarse que cuando el aporte de los menores consista en derechos reales sobre inmuebles, es necesaria la previa autorización judicial.

Ahora bien, el art.102 del C. de Co. establece la plena validez de las sociedades formadas entre cónyuge y entre padres e hijos, norma ésta que puso fin a las controversias suscitadas en razón de que tal contrato sería nulo por aplicación de los arts. 1852 del C.C. y 3o. de la Ley de 1932 según los cuales respectivamente: "es nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados, y entre el padre y el hijo de familia"; "son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial".

Por consiguiente, si la legislación comercial permite a los cónyuges aportar toda clase de bienes a la sociedad que forman entre sí o con otras personas, lo mismo que a los padres y a los hijos, de ninguna manera podría pedirse la nulidad del contrato social constituido por aquellas personas, por cuanto el aporte de un bien hecho a una sociedad no implica su transferencia, venta o donación de un socio a otro, sino la integración del capital social de la persona jurídica que

se forma distinta de los asociados.

No solo las personas naturales son capaces de asociarse, pues la capacidad opera también respecto de las personas jurídicas, por ello es admisible que una sociedad sea socia de otra; debe advertirse que el art. 295, exige a las sociedades mercantiles el voto unánime de la responsabilidad solidarias e ilimitada de cada uno de los socios que caracteriza este tipo social.

Es conveniente referirnos enseguida a las Incapacidades Particulares, las cuales son según el último inciso del art. 1504 del C.C., las prohibiciones impuestas por la ley a ciertas personas para ejecutar ciertos actos. De modo que en relación con el tema que venimos exponiendo, la ley comercial prohíbe expresamente ser socios de una sociedad a las siguientes personas:

- 1.- Superintendente Bancario, superintendente de Sociedades y Superintendentes Delegados. No pueden ser socios de ningún establecimiento sujeto a su vigilancia y control, ni ser dueños directa o indirectamente de los mismos (Ley 45 de 1923, art. 19 y 20). El art. 286 del Código de Comercio prohíbe al Superintendente de Sociedades y a sus delegados directamente o por interpuesta persona, conservar o adquirir derechos, partes de interés, cuotas o acciones en las socieda

des y sus delegados directamente o por interpuesta persona, conservar o adquirir derechos, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades vigiladas, ni negociar en forma alguna con ellas.

2.- El revisor fiscal. No puede ser socio de la misma compañía o de alguna de sus subordinadas; tampoco podrá ser revisor fiscal de cualquiera de las anteriores cuando sea socio de la matriz (art. 205 C. de Co. ord. 1).

3.- Las sociedades subordinadas. No podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen (art. 262 C. de Co.). En relación con las personas jurídicas (Compañías de Seguros Bancos, Corporaciones de Ahorro y Vivienda, etc), existen también incapacidades particulares y limitaciones para hacerse socios de otra, las cuales están consagradas en normas especiales que no consideramos en este curso.

Es oportuno recordar que la capacidad de la sociedad como lo dijimos al comienzo, se circunscribe al desarrollo de su objeto social (art. 99); consecuentemente su campo de acción está limitado a las actividades indicadas en la cláusula del objeto social y en el evento de que en tal cláusula no se permite su ingreso a otra sociedad, no tendrá des

de luego capacidad para asociarse. Así las cosas, la incapacidad de la sociedad estriba en la celebración de negocios diferentes o no acordes con su objeto social, lo cual producirá la nulidad absoluta en sus actos o negocios.

1.2 CONSENTIMIENTO.

El consentimiento constituye la manifestación de la voluntad esto es el acuerdo de las partes en el contrato que van a realizar ; de allí que el artículo 101 del C. de Co., exija como requisito para la validez del contrato social el consentimiento exento de vicios, vale decir, libre de coacciones físicas o morales.

Los vicios son el error, la fuerza y el dolo; debe anotarse que el estatuto comercial no consagra nada especial concerniente a la fuerza y al dolo, razón por la cual se aplicarán a este respecto las normas generales del Código Civil, las cuales consideramos muy someramente.

La fuerza es todo acto capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tal acto le infunde temor de verse expuesta ella misma, su consorte o algunos de sus descendientes o ascendientes a un mal irreparable y grave (art. 1513 C.C), así pues la fuerza ejercida sobre uno de los contratantes viciará su consentimiento.

El dolo por su parte, es la intención de causar un daño, pero para que vicie el consentimiento debe ser realizado por el contratante y no por su tercero (art. 1515 C.C)

Con respecto al error, el Código Mercantil contempla tres casos especiales:

1. Error esencial: Para que el error se considere esencial y por ende vicie el consentimiento, debe en primer lugar versar sobre los móviles determinantes del acto o contrato y en segundo lugar, ser esos móviles comunes o conocidos por las partes (art. 101); se trata entonces de un error en la causa, entendida esta como el motivo que induce al acto o contrato, es decir, que si dos o mas personas consienten en construir una sociedad movidos o motivados por la exploración de un objeto que posteriormente resulta privativa del Estado y no de los particulares, estaríamos frente a un error esencial y a un consentimiento viciado en las personas.

2. Error a cerca de la persona de uno de los asociados. Este error solamente vicia el consentimiento, cuando el contrato es celebrado en consideración a las condiciones personales de quienes intervinieron en él, como es la Sociedad Coléctiva respecto a cualquiera de los socios y en la comanditaria respecto a los gestores o coléctivos (art.107) v.gr ser socio de uno de estos tipos sociales una persona que haya sido

declarada en interdicción.

3. Error acerca del tipo de sociedad. Según el inciso 2o. del art. 107, este error constituye vicio del consentimiento solamente en los eventos:

a.- Cuando la sociedad sea distinta de la que el socio entendió contraer, y

b.- Si como consecuencia del error, el socio asumió una responsabilidad superior a la que tuvo intención de contraer como cuando creyó ingresar a una Sociedad de Responsabilidad Limitada y asoció a una Colectiva.

En efecto, tal previsión es necesaria ya que el consentimiento que prestan los asociados debe ser íntegro, incluyendo no sólo las personas con las que se celebra el contrato y el objeto de la sociedad, sino las responsabilidades que se adquieren, puesto que en las Sociedades Limitadas su responsabilidad va hasta el monto de sus aportes mientras que en las colectivas es solidaria e ilimitada.

1.3 OBJETO LICITO

Al tenor del art. 1517 del C.C.: "Toda declaración de la voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata

de dar, hacer o no hacer. El mero uso de las cosas o tenencia puede ser objeto de la declaración". De suerte que el objeto del contrato de sociedad que no debe contravenir la ley o el orden público, no se limita solamente a su objeto social sino que incluye aportes y las actividades; de ahí pues que el art. 104 del C, de Co, establezca la ilicitud del objeto respecto del contrato social desde tres ángulos:

- Las prestaciones a que se obliguen los asociados esto es: los aportes que los socios hagan a la sociedad y todas las demás obligaciones que contraigan en el contrato social, deben ser lícitas so pena de nulidad absoluta. Vr. gr, no se pueden aportar cosas que no estén en el comercio.
- Las prestaciones a que se obligue la empresa: La actividad económica organizada también es incluida para efectos de su ilicitud.
- Las prestaciones a que se obligue la actividad social: Es decir, el objeto social que va a desarrollar la sociedad como persona jurídica individualmente considerada de los socios.

1.4 CAUSA LICITA

La causa es el motivo que induce al acto o contrato, pero

si tal causa es prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público, será ilícita (art. 1524 C.C). De suerte que la causa del contrato social será el interés, el propósito que induce a quienes van a asociarse, a adquirir la calidad de socio.

El art. 104 del C. de Co. prevé que la causa es ilícita cuando además de contrariar la ley o el orden público, es común y conocida por todos los socios; de esta manera se protege a los socios que desconocen la mala fe que motiva a los demás asociados.

2. REQUISITO DE FORMA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

2.1 ESCRITURA PUBLICA

El art. 110 C.de Co. manda que la sociedad se constituya por escritura pública contentiva de las siguientes indicaciones:

1.- El nombre y domicilio de los otorgantes. Si es persona natural deberá expresarse su nacionalidad e identificación, si se trata de una persona jurídica se indicará además la ley decreto o escritura de la que se deriva su existencia, pero puede ocurrir que quienes concurren a otorgar la correspondiente escritura lo hagan en virtud de la representación, caso en la cual deberán manifestar los datos de las personas que representan y acreditar su actuación como tales.

Téngase en cuenta que es importante la identificación del estado civil del otorgante y de su nacionalidad, para efectos de ubicar el aporte en relación con la sociedad conyugal (si es casado) y si se trata de un aporte de capital extranjero

o nacional.

2.- La identificación del tipo de sociedad que se constituye y el nombre de la misma de acuerdo con las normas pertinentes.

Véamos el nombre que pueden emplear cada uno de los tipos societarios:

a) En las sociedades colectivas el nombre se forma por la razón social seguida de las expresiones "y Cía", "Hermanos", y "E Hijos" u otras análogas si no está incluido el nombre de todos los socios, pues la razón social, se forma con el nombre completo o el solo apellido de alguno o algunos de los socios (art.303).

En el evento de que un tercero permita la inclusión de su nombre en la razón social, responderá ante los terceros que contraten con la sociedad (art. 303). Si un socio fallece o cede totalmente su interés en la sociedad, su nombre o apellido podrá seguirse utilizando en la razón social, pero agregándose la palabra y "sucesores", siempre que los herederos del fallecido o el cedente así lo autoricen (arts.304 y 305 C de Co.)

Pensamos que el término "sucesores" previsto en el art. 305

ibídem, es impreciso, por cuanto éste es propio de los herederos llamados por la ley a suceder en todo o en parte los bienes del causante y, en este caso se aplica para quienes ceden la totalidad de sus partes de interés.

b) En las Sociedades En Comandita Simple y En Comandita por Acciones el nombre está compuesto por la razón social, la cual se forma con el nombre completo o el solo apellido de uno o más socios colectivos (gestores), acompañado de la expresión "y Compañía" o la abreviatura "&Cía", pero seguido siempre de la abreviatura "S en C" o "S.C.A", la primera si es simple y la segunda si es por acciones.

La pretermisión de estas últimas especificaciones trae como consecuencia la presunción de derecho de que una u otra son sociedades colectivas (art.324) y, por ende, la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios comanditarios. En cuanto al socio comanditario o al extraño a la sociedad que tolere la inclusión de su nombre en la razón social, responderá como socio colectivo (art. 324 inc. 2 C de Co.).

c) En las Sociedades de Responsabilidad Limitada la razón o denominación social se seguirá de la palabra "Limitada" o su abreviatura "Ltda". Su omisión, producirá la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios ante terceros (art. 357).

d) En las Sociedades Anónimas el nombre se forma por la de nominación social seguida de la palabra "anónima" o de la abreviatura "S.A". Si la sociedad se forma se inscribe o se anuncia sin esta especificación, los administradores responderán solidariamente de las operaciones sociales que se celebren (ar. 373).

La identificación del tipo societario y del nombre de la sociedad en la escritura pública, reviste dos aspectos relevantes:

El primero, es evitar la presencia de un vicio del consentimiento, como cuando alguno de los socios haga parte de una sociedad distinta de la que él entendió contraer, así creyendo que ingresó a una Sociedad de Responsabilidad Limitada, se asoció a una Sociedad Colectiva (inc. 2 art. 107 C. de Co.).

Y el segundo, que el nombre de la sociedad sea idéntico o similar al de otra, pues esto último se prestaría a confusiones y causaría perjuicios que generarían el ejercicio de acciones tendientes a proteger el nombre comercial. De ahí que las Cámaras de Comercio están obligadas a no inscribir a un empresario o establecimiento comercial con el mismo nombre de otro ya inscrito y cuya inscripción esté vigente (art. 35 C. de Co.).

3.- El domicilio de la sociedad y el de las sucursales que se establezcan. Los socios tienen libertad de señalar el domicilio social puesto que la ley no obliga su establecimiento en un lugar determinado, con excepción de las compañías petroleras cuyo domicilio deber ser Bogotá. Para determinar el domicilio debe tenerse en cuenta tanto el lugar donde han de desempeñarse los negocios sociales, como en el que se encuentren los órganos administrativos de la sociedad.

La indicación del domicilio de la sociedad y de sus sucursales en la escritura de constitución nos señala:

- a) La Cámara de Comercio ante la cual debe efectuarse el registro de la escritura, de sus reformas y de los libros de la sociedad.
- b) El lugar en el cual han de realizarse los aportes.
- c) La competencia del juez en los procesos que se sigan contra la sociedad. Como la sociedad puede cambiar de domicilio será necesaria entonces la reforma del contrato y si dicho cambio implica pasar a la jurisdicción de una Cámara de Comercio diferente, deberán inscribirse todos los documentos registrados en la primera, en la segunda. Igual sucederá en el evento de que las Cámaras de Comercio sean cambiadas de jurisdicción por acto de gobiernos.

En conclusión, la sociedad tiene sólo un domicilio principal (donde funcionan permanentemente los órganos de administración y representación), y uno, dos o más domicilios secundarios según el número de sucursales que tenga.

4.- El objeto social, el cual consiste en la definición de la empresa o negocio que va a realizar la sociedad, haciendo se una enunciación clara y completa de las actividades principales que va a ejecutar la compañía. La estipulación de actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tenga relación directa con el objeto social, será ineficaz.

El señalamiento claro y preciso del objeto social en la escritura requiere importancia por varios aspectos:

- a) La capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de su objeto social, estudiado al comienzo de este curso (art. 99 C. de Co.).
- b) Contribuye a la formación del nombre en las sociedades que se identifican con la denominación social.
- c) Como la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios debe ajustarse a las estipulaciones del contrato social conforme al régimen de cada sociedad, la falta de tal estipulación traerá como consecuencia que quienes

la representen puedan celebrar o ejecutar todos los actos y contratos, comprendidos dentro del objeto social (art. 196).

d) En cuanto a las Sociedades Anónimas, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social, salvo estipulación en contrario (art. 438).

f) Está contemplada como causal general de disolución de la sociedad, la imposibilidad de desarrollar la empresa social por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto (numeral 2 art. 218 C. de Co.).

Tengamos en cuenta que el objeto social debe ser determinado, lícito y posible.

Determinado, por cuanto se exige la enunciación clara y completa de las actividades principales a que se va a dedicar la sociedad.

Lícito, esto es conforme a la ley, a las buenas costumbres y al orden público (recuérdese que su ilicitud acarrea la nulidad absoluta) y posible, tanto desde el punto de vista físico, comercial y legal.

5.- El capital social. La ley exige que en la escritura de

constitución se indique el capital de la sociedad, cómo se divide, el valor y la clase de aporte que hace cada uno de los socios, la forma y el plazo para cancelar las cuotas debidas por los asociados, la cual no podrá exceder de un año. Debe señalarse en las Sociedades por Acciones el capital autorizado, suscrito y pagado y el valor nominal de las acciones que representan el capital social.

La indicación del capital social tiene importancia respecto del conocimiento que permite de la responsabilidad de los socios, en las sociedades en que aquella se limita al monto de sus aportes.

No sobra advertir que el capital social puede ser objeto de aumento o disminución a través de una reforma estatutaria como se verá en el capítulo siguiente.

6.- La administración de la sociedad. Deben especificarse las atribuciones y facultades de los administradores; la norma da a entender que los socios pueden reservarse facultades administrativas, pero en realidad esta reserva puede hacerse en favor de la junta o asamblea de socios, pero no de uno o más asociados en particular. La precisa determinación de las atribuciones y facultades de los administradores sociales, es importante para efectos de la responsabilidad derivada de su gestión.

7.- Lo relativo a la asamblea o junta de socios. En cuanto a la manera y época de convocar a sesiones ordinarias o extraordinarias y a la forma de deliberar y tomar decisiones. Téngase en cuenta que la asamblea o junta de socios es el órgano máximo de la sociedad y tal denominación se dá de acuerdo al tipo societario, vale decir, que en las sociedades de personas será junta de socios y en las sociedades de capital, asamblea de accionistas.

8. Inventarios, balances y utilidades sociales. Es necesario indicar en la escritura social, las fechas en que deben hacerse inventarios y balances generales y la forma en que han de distribuirse las utilidades de cada ejercicio con determinación de las reservas.

Recuérdese que la ley prevé la elaboración del balance por lo menos una vez al año, de suerte que se pueden estipular en el contrato social balances trimestrales o semestrales.

9.- Duración de la sociedad y causales de disolución anticipada. Debe señalarse el lapso de vida de la sociedad, el cual comienza a contarse desde la fecha en que se otorgue la escritura social hasta la fecha en que se estipule la disolución de la misma.

Es de advertir que el término previsto para la duración de

la sociedad en el contrato, es prorrogable por acuerdo de los socios y antes de que éste expire, desde luego que dicha prórroga implicará una reforma estatutaria.

Respecto de las causales de disolución anticipada, se está permitiendo por el legislador que además de las causales generales y especiales para cada tipo societario, los socios estipulen otras en el contrato para disolverse anticipadamente.

10.- En la escritura social se señalarán los parámetros a seguirse en el proceso de liquidación una vez disuelta la sociedad, con indicación de los bienes que hayan de ser distribuidos en especie o de las condiciones en que a falta de dicha indicación puedan hacerse en esta forma. Sin embargo, la aclaración que hace la norma respecto a la restitución de bienes en esta modalidad, es criticable por cuanto es difícil prever cuáles puedan repartirse al liquidarse la sociedad, pues ella puede durante su vida disponer libremente de los bienes aportados en propiedad no estando obligada a conservarlos. Lo que sí es admisible es que durante el período de liquidación, la asamblea o junta de socios decida la distribución en especie de bienes existentes en ese momento.

11.- Arbitraje. Señalar en la escritura, si en caso de controversia que surja con respecto a los socios entre sí o

con la sociedad, aquellas serán sometidas a la decisión de árbitros o de amigables componedores.

El arbitraje nace en virtud de la cláusula compromisoria o del compromiso. La primera es, la estipulación mediante la cual las partes renuncian a someter sus diferencias eventuales a la decisión de los jueces de la República (jurisdicción ordinaria), y en cambio la encargan a personas idóneas (tribunal de arbitramento), cuyo fallo se denomina Laudo, el cual hace las veces de una sentencia y reproduce los mismos efectos que ésta. El segundo es, el pacto que hacen las partes una vez presentado el conflicto actual, para que sea dirimido por árbitros y no por jueces, y su decisión se denomina también Laudo; el compromiso puede pactarse antes de iniciarse proceso judicial o después de iniciado pero sin que se haya dictado sentencia de primera instancia.

Por otra parte, la llamada amigable composición, consiste en que las partes confían la solución de sus controversias actuales o eventuales a la decisión de terceras personas, quienes actúan no como jueces sino como amigables componedores, pues su decisión no es una sentencia si-o que tiene el carácter de una transacción, cuyo efecto es el de cosa juzgada.

12.- Representante legal. Debe expresarse su nombre y domi

cilio precisando sus facultades y obligaciones, si esta función no corresponde por la ley el contrato a todos a algunos de los socios. La sociedad como persona jurídica requiere de una o varias personas que la representen en sus relaciones con terceros. No es de olvidar que a falta de estipulación expresa sobre facultades del representante legal, la ley presumirá que podrá celebrar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social.

13.- REvisor fiscal. Es obligatorio en las Sociedades En Comandita por Acciones, Anónimas y en las sucursales de Sociedades Extranjeras, debiéndose señalar en la escritura social sus facultades y obligaciones; en las demás sociedades es potestativa la existencia de este funcionario.

14.- Otras cláusulas. Estipular todo aquello que no contraría las normas imperativas que regulan cada sociedad, a fin de reglamentar las relaciones a que da origen el contrato.

Vistas las estipulaciones que manda el art. 110 C. de Co., es necesario aclarar que si se omite alguna de ellas o se han señalado en forma incompleta o contrariando el régimen legal del respectivo tipo social, los socios podrán otorgar escrituras adicionales antes de que se haga la inscripción en el registro mercantil de la escritura inicial.

Ahora bien, en el evento de que en la escritura de consti

tución no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgarse un poder por escritura pública que se registrará en la Cámara de Comercio del lugar en que opera la sucursal. A falta de este poder, se entenderá que los administradores están facultados igual que los de la principal, para obligar a la sociedad en desarrollo de todos los negocios sociales (art. 114 C. de Co.)

Siendo la sociedad un contrato, es perfectamente legal la realización de la promesa de tal pacto. La promesa no es otra cosa que el acuerdo de voluntades con el objeto de celebrar con posterioridad un contrato de sociedad mercantil y deberá hacerse por escrito, con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad, pero la condición no podrá tardar más de dos años en cumplirse, so pena de tenerse por fallida (art. 119 C. de Co.).

Con relación a los promitentes, el inciso segundo del artículo citado, prevé su responsabilidad solidaria e ilimitada respecto de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal que se pacte para ella. Además de que deberán cumplir con la obligación de hacer impuesta por el art. 861 del C. de Co., el cual estipula: "la promesa de celebrar un negocio produci

rá obligación de hacer. La celebración del contrato prometido se someterá a las reglas y formalidades del caso".

En ésta oportunidad para referirnos a los promotores de la sociedad, quienes responderán solidaria e ilimitadamente de las obligaciones contraídas para constituir la, y en el evento de que ésta no se perfeccione no tendrán acción alguna contra los presuntos constituyentes, según lo consagra do en el art. 140. Los promotores, son aquellas personas que elaboran estudios previos de factibilidad de la empresa social, de la posibilidad del objeto social, de los gastos de inversiones, del capital necesario para iniciar la sociedad, etc.

Los efectos de la escritura pública. El primer efecto del otorgamiento de la escritura pública contentiva del contrato social, es que la sociedad nace como persona jurídica, es decir, como sujeto de derechos y obligaciones distinto de los socios individualmente considerados. Este punto ya fue explicado cuando estudiamos la personalidad jurídica de la sociedad.

La segunda consecuencia del elevamiento de la escritura social y las adicionales cuando se corrige o enmienda la inicial, será la no admisión de pruebas alguna contra ellas frente a la sociedad y a terceros, aunque se trate de jus

tificar la existencia de pactos no expresados (art. 118).

2.2 REGISTRO DE LA ESCRITURA PUBLICA EN LA CAMARA DE COMERCIO

Otorgada la escritura pública se cumple con el primer requisito formal. El segundo formalismo lo consagra el art. 111 del C. de Co. "Copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada también en las Cámaras de Comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, sino pertenecer al mismo distrito de la Cámara del domicilio principal".

De conformidad con el art. 26 del C. de Co., el registro mercantil tiene por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exige tal formalidad y su finalidad es darle publicidad a los actos, documentos y libros que en él inscriban.

El art. 34, a su vez señala el procedimiento a seguirse para el registro de las escrituras de constitución de las socieda

des: Exige en primer lugar que copia de la escritura se archive en la Cámara de Comercio del domicilio principal y, en segundo lugar que se deje constancia de la entrega de la copia de la escritura social con especificación del nombre, clase y domicilio de la sociedad en un libro especial, así como el número de la escritura, la fecha y notaría de su otorgamiento.

La ley no señala plazo alguno para efectuarse el comentado registro pero sí establece que mientras la escritura no sea registrada en la Cámara respectiva, será inoponible el contrato a terceros aunque se haya consumado la entrega de los aportes por parte de los socios (art. 112); de otro lado, el art 116, prohíbe a las sociedades iniciar actividades en desarrollo de la empresa social sin que se haga el registro mercantil de la escritura de constitución y el civil cuando haya aporte de inmuebles.

Por consiguiente, el incumplimiento del mencionado requisito genera como sanción la inoponibilidad del contrato social a terceros (art. 112 C. de Co.), y en cuanto a los administradores que realicen actos dispositivos sin cumplir con dicho registro, producirá su responsabilidad solidaria ante la sociedad y ante terceros de las operaciones que celebren o ejecuten por cuenta de la sociedad (parágrafo del art. 116).

De lo anterior se concluye que el efecto de la omisión del registro de la escritura social en la Cámara de Comercio, es la inoponibilidad del contrato a terceros en favor de éstos por no haberse dotado de la publicidad exigida, pero en ningún caso, debe entenderse que su omisión implique la inexistencia de la personalidad jurídica de la sociedad ni tampoco su invalidez.

Una vez hecho el registro de la escritura social, no podrá impugnarse el contrato sino por defectos o vicios de fondo, es decir, por falta de capacidad, por vicios de consentimiento o por ilicitud en el objeto y en la causa (art. 115).

2.3 PERMISO DE FUNCIONAMIENTO

Este último requisito se exige para las sociedades sometidas al control y vigilancia del Estado, las cuales deben obtenerse un permiso especial por parte de la entidad vigilante para poder funcionar, así lo dispone el art. 116 del Código Mercantil "las sociedades no podrán iniciar actividades en desarrollo de la empresa social sin que se haga el registro mercantil de la escritura de constitución y el civil cuando haya aporte de inmuebles, ni sin haber obtenido el permiso de funcionamiento de la Superintendencia de Sociedades, cuando se trate de sociedades que conforme a la ley requieren dicho permiso antes de ejercer su objeto".

Conviene precisar que las entidades facultadas para ejercer el control y vigilancia de las sociedades son la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Bancaria, las cuales ejercen tal función en desarrollo del numeral 15 del art. 120 de la Constitución Nacional.

2.3.1. Superintendencia de Sociedades. Por vía de ejemplo mencionaremos algunas sociedades que están sometidas a la inspección y vigilancia de esta Superintendencia:

1.- Las sucursales de sociedades Extranjeras (Ley 44 de 1981 art. 10.)

2.- Todas aquellas sociedades, cualquiera que sea su forma en las que una o varias de las compañías sometidas a su vigilancia tengan el 20% o más de su capital (Ley 44 de 1981, art. 20.).

3.- Las Sociedades Comerciales por sometimientos voluntario cuando lo solicite un número plural de asociados que posea el 20% o más de su capital social (Literal C, art. 267).

3.- Las Sociedades En Comandita por Acciones cuyas partes alícuotas se negocian en bolsa de valores (Decreto 1171 de 1980, art. 10.)

5.- Todas las Sociedades Comerciales no sometidas al control

de la Superintendencia Bancaria cuyos valores se encuentren inscritos en bolsa de valores (art. 3o. Ley 44 de 1981).

6.- Las sociedades en cuyo capital participa la inversión extranjera (art. 10. Decreto 688 de 1967).

7.- Todas aquellas sociedades cualquiera que sea su forma, cuyos activos totales a 31 de diciembre de 1980 fueren iguales o superiores a la suma de ciento cincuenta millones de pesos (art. 1o. literal a, Decreto 2059 de 1981).

8.- Las Sociedades Comerciales en cuyo objeto se contempla como actividad principal la prestación de servicios de transporte aéreo, de personas, correo o carga (literal f, art. 1 Decreto 2059 de 1981).

Con relación al numeral 7o., cabe advertir que una vez la sociedad se halle en tal evento, estará obligada a obtener permiso de funcionamiento para continuar desarrollando su objeto, en virtud de lo establecido en el art. 268 del C. de Co.

2.3.2 Superintendencia Bancaria. De conformidad con el art. 2o. del Decreto Extraordinario 1939 de 1986, corresponde a la Superintendencia Bancaria la inspección y vigilancia de:

1.- Los establecimientos bancarios, cajas de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, instituciones de carácter financiero que administran el sistema de tarjetas de crédito, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, fondos ganaderos, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, cooperativas de seguros que desarrollen actividades financieras, compañías de seguros y de reaseguros, intermediarios de seguros, sociedades de capitalización y demás personas naturales y jurídicas sobre las cuales la ley le atribuye control permanente.

2.- Banco de la República

3.- El fondo de garantía de institución financieras.

Antes de la vigencia del nuevo Código de Comercio, era necesario para conceder permiso de funcionamiento a las sociedades sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades, que previamente copia de la escritura social se inscribiera en el registro mercantil de la Cámara de Comercio competente. Vale decir, que las etapas a seguir eran las siguientes:

- a) Otorgamiento de la escritura pública de constitución;
- b) Inscripción de la copia de la escritura social en el registro mercantil;

c) Y por último la obtención del permiso de funcionamiento

El criterio actual de la doctrina es el de que dicho permiso debe ser precedente a la inscripción de la escritura social en el registro mercantil, por cuanto sin este permiso la sociedad no puede iniciar actividades en desarrollo de su objeto social (art. 116 C. de Co.), y además el art. 270, prevé que presentados los documentos necesarios "dentro de los diez días siguientes la Superintendencia de Sociedades, concederá el permiso de funcionamiento, si los estatutos se conforman a las prescripciones legales y si se han cumplido los requisitos exigidos por la ley en relación con la forma de compañía adoptada".

Este último precepto está en concordancia con el fin previsto para la función de inspección y vigilancia, cual es el de que las sociedades se ajusten en su formación y funcionamiento a las leyes y decretos e igualmente, el de que cumplan sus propios estatutos según las normas del código y de leyes posteriores (art. 266); así como la omisión del permiso invocado, acarreará las consecuencias estipuladas en los arts. 550 276 y parágrafos del art. 116 del C. de Co., los cuales explicaremos más adelante, cuando estudiemos lo pertinente a los efectos de la pretermisión de las formalidades que venimos analizando en este capítulo.

De otra parte, para obtener permiso de funcionamiento, la solicitud deberá acompañarse de copia notarial de la escritura o escrituras de constitución de la sociedad debidamente registrada si fuera el caso; de un certificado expedido por un banco del país en que conste que se ha abierto cuenta a nombre de la sociedad y se ha consignado la parte del capital suscrito que se haya pagado; y de una constancia del gerente y del revisor fiscal cuando se han hecho aportes en especie en la que certifique que la sociedad ha recibido dichos bienes. Si la sociedad no tiene revisor fiscal, el certificado será suscrito por todos los socios. (art. 269).

Una vez presentados los documentos citados antes, la superintendencia dentro de los diez días siguientes tomará una de estas decisiones (art. 270 C de Co.):

1. Conceder el permiso de funcionamiento si la sociedad cumple con todos los requisitos legales esenciales de fondo, y las indicaciones del art. 98, 101 y 110 C de Co.
2. Otorgar permiso de funcionamiento provisional cuando la sociedad ni ha cumplido con todos los requisitos o ha omitido algún subsanable, mientras se corrigen las irregularidades presentadas.
3. No conceder el permiso de funcionamiento por que los re-

quisitos legales omitidos no son saneables.

En conclusión la sociedad que esté sometida al control y vigilancia de la Superintendencia de sociedades después de haber obtenido su permiso de funcionamiento, podría iniciar actividades de conformidad con el art. 116 del C del Co y el art. 268 que dice: Las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia no podrán ejercer su objeto sin un permiso de funcionamiento de la misma Superintendencia que solamente otorgará cuando su constitución se ajuste a las leyes. Tratándose de sociedades no sometidas inicialmente a dicha vigilancia, deberán obtener también el permiso una vez queden bajo vigilancia.

2.4 EFECTOS LEGALES DE LA OMISION DE LOS REQUISITOS DE FORMA

La omisión de las formalidades legales que venimos estudiando genera una serie de defectos previstos por la ley, los cuales entraremos a examinar.

2.4.1. Falta de Escritura Pública : Según el art. 498 del C. de Co., la Sociedad Comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública; de suerte que si se omite estaremos frente a la denominada sociedad de Hecho, la cual tiene su propia regulación y por no ser esta persona jurídica, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas

para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídos a cargo de todos los socios de hecho y todas las estipulaciones acordadas producirán efectos entre ellos (art. 499)

En cuanto a su existencia, la sociedad de hecho podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley (art. 498 y art. 628 del C del Co).

Como todos y cada uno de los socios de hecho responden solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas, las cláusulas tendientes a limitar su responsabilidad se tienen por no escritas .

De ahí que los terceros no puedan hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o en favor de todos los asociados o de cualquiera de ellos (art. 501 C del Co).

Siendo la sociedad de hecho, una sociedad mercantil que reune todas las condiciones de existencia y de validez, puede ocurrir que por no cumplir estas últimas condiciones se solicite su declaración judicial de nulidad; si tal declaración se produce, esta no afectará los derechos de buena fé que hayan contratado con ella, ni tampoco exonerará a los terceros ni a los asociados del cumplimiento de las obligaciones asumidas (art. 502).

Según el art. 504 del C del Co., los bienes de la sociedad

de hecho estarán especialmente afectos al pago de las obligaciones contraídas en interés de la sociedad, sin perjuicio de los créditos que gocen de prelación para su pago. En consecuencia, sobre tales bienes serán preferidos los acreedores sociales a los acreedores personales de los socios (art. 504).

Ahora bien, la liquidación de la sociedad de hecho, podrá pedirse en cualquier tiempo por cada uno de los asociados; de modo que la acción que tienen los socios frente a la sociedad de hecho es la de solicitar su liquidación y por ende el pago de su participación en ella. (art. 505 C del Co.). No obstante la liquidación podrá hacerse por todos los asociados nombrando un liquidador quien se presumirá ser mandatario de aquellos con facultades para presentarlos durante la liquidación (art. 506)

No sobra precisar que las sociedades de hecho deben registrarse en la Cámara de Comercio, así como todos los socios de conformidad con el art. 31 del Código Comercial "tratándose de sociedades la petición de matriculas se formulará por el representante legal dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura pública de constitución o a la del permiso de funcionamiento, según el caso, y acompañará tales documentos.

El mismo plazo señalado en el inciso primero de este artículo se aplicará a las copropiedades o sociedades de hecho o irregulares debiendo en este caso inscribirse todos los comuneros o socios.

2.4.2 Falta de Registro de la Escritura Social en la Cámara de Comercio;: La omisión de este requisito legal de publicidad trae como sanción la inoponibilidad del contrato social a terceros, vale decir, nos hallamos frente a la denominada Sociedad Inoponible. Tal consecuencia está prevista de la regla 4a del art. 29 del Código en comentario, los actos y documentos sujetos a registro no producirán efectos respecto de terceros sino a partir de la fecha de su inscripción.

Asi mismo los artículos 112 y 901 en su orden determinan la referida sanción mientras la escritura social no sea registrada en la Cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad, será inoponible el contrato a terceros, aunque se haya consumado la entrega de los aportes de los socios, será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija

Recuerdese que la finalidad del registro mercantil es la de revestir la publicidad todos los actos, libros y documentos que en él se inscriban (art.26 C del Co.)

Resumiendo, la sociedad inoponible es aquella que se ha constituido por escritura pública y ha obtenido el respectivo permiso de funcionamiento, si fuera el caso, pero no se ha registrado en la Cámara de Comercio copia de su escritura de constitución trayendo como consecuencia que los socios res-

ponderán en forma personal solidaria e ilimitada,

2.4.3 Falta de permiso de Funcionamiento: La sociedad que se constituya por escritura pública y se registre en la Cámara de Comercio pero no obtenga el permiso de funcionamiento, la ley considera como irregular (art.500 C del Co.).

Además de que dicha pretermisión, producirá para los socios su responsabilidad solidaria e ilimitada por las operaciones que celebren, lo mismo para sus administradores cuando realicen actos disponibles por cuenta de la sociedad de acuerdo con el parágrafo del art.116 del C de Co.

El art. 276 ord. 1o, faculta la Superintendencia para decretar la disolución de una sociedad cuando haya obtenido permiso para ejercer su objeto o para continuar ejerciéndolo. Así mismo el art.500 impone a la Superintendencia la obligación de decretar de oficio ó a petición de interesado, la disolución y liquidación de las sociedades irregulares.

Es preciso hacer la distinción de que existen sociedades cuyo permiso de funcionamiento es previamente necesario a su iniciación de actividades, y otras en las que la obligación de obtenerlos surge con posterioridad a su funcionamiento, ya sea por voluntad de los asociados o por disposición legal; suerte que estas últimas requerirán el permiso para continuar desarrollando actividades.

Puede ocurrir que la Superintendencia suspenda el permiso de funcionamiento de una compañía sometida a su control en los siguientes eventos (art.271 C del Co):

1. Por no cumplir su objeto o excederse de los límites previstos en el contrato.
2. Por no llevar regularmente sus libros de contabilidad, los de actas y los de registro de acciones;
3. Cuando reincida en el cumplimiento de las obligaciones previstas en el art.19 de C de Co y en las demás impuestas por leyes posteriores ; recuérdese que la Sociedad Comercial debe cumplir con las obligaciones del comerciante -consagradas en el art. 119;
4. Cuando no se hagan las reservas legales o se distribuyan utilidades no justificadas por balances fidedignos, aprobados por la junta de socios o la asamblea general.

3. LOS CONFLICTOS DE SOCIOS

3.1 PROBLEMAS DE TECNICA LEGISLATIVA

Por la falta de una jurisdicción especial destinada a resolver los conflictos comerciales y por el costo y escasa difusión de los tribunales de arbitramento, es indispensable que el abogado asesor tenga muy presente el famoso aforismo popular de "que más vale un mal arreglo que un buen pleito". No es prudente llevar a nuestros clientes en conflicto a largos procesos judiciales que únicamente conducen al deterioro económico de la empresa, al menoscabo del patrimonio de los socios y a impedir el cumplimiento de los fines de producción de bienes o de prestación de servicios fijados en el objeto social.

Las normas positivas del derecho mercantil han regulado el aspecto externo de la sociedad, dejando al margen el aspecto interno, olvidando la regulación del trabajo del socio en el seno de la empresa, las relaciones de la sociedad con sus administradores y las de los socios entre sí. Es necesario que el derecho societario abarque a la sociedad en todos sus

aspectos en forma uniforme y regule la actividad social en una forma integral; pero mientras este vacío legislativo no se llene corresponde a los estatutos sociales regular en lo posible estos aspectos.

El derecho comercial ha evolucionado teniendo en cuenta la transformación de las realidades económicas presentadas a través de los tiempos. Actualmente ser aportante al capital de las sociedades comerciales no es exclusivo de las altas clases sociales o de la burguesía, por lo que la legislación debe estar encaminada a garantizar a los socios, cualquiera que sea el monto de su aporte, el derecho no sólo a percibir utilidades, sino a conocer claramente la forma como se administra el peculio social. No se puede seguir pensando que los intereses de la sociedad tienen un valor superior al del accionista o socio individual, ya que en últimas no es con ánimo de beneficencia, sino con ánimo de lucro que se participa en una sociedad comercial. Por tal razón, los dos derechos, el de la sociedad y el del socio deben coexistir armónicamente, ya que lo beneficia a la sociedad en últimas beneficia al accionista y viceversa. Nuestra legislación comercial contiene una serie de principios y derechos: el *ánimus societatis*, derecho de inspección, el derecho al voto, o el derecho al dividendo, que, sin embargo, a menudo en la práctica se ven manipulados por "administradores" en forma tal que los derechos de los socios minoritarios se convierten

en letra muerta.

3.2 ESTATUTOS

En nuestro país se ha acostumbrado la utilización de modelos de estatutos, los cuales son usados por legos y colegas, sin un análisis que permita adecuarlos a las particulares necesidades de los socios constituyentes y a las características del objeto social en forma que resulte promisorio el futuro desarrollo de la sociedad. En mi opinión una de las mayores causas de la persistencia y duración de los conflictos de socios es la falta de estatutos sociales que regulen eficazmente las relaciones de los socios constituyentes o futuros. Es tal la práctica de la utilización de minutas que se ha olvidado que los estatutos son el único instrumento que tienen las sociedades y los socios para regular libremente las relaciones contractuales y es en tales estatutos donde deben estar claramente fijadas las reglas del juego. Cuando se presentan los conflictos de socios, por lo general, nos encontramos con estatutos transcriben inútil y literalmente artículos del código de Comercio y nada estipulan respecto a punto o puntos susceptibles de conflicto. En el momento de la constitución de la sociedad, todo es euforia, optimismo y proyectos; por tal razón, es el abogado asesor y las proyecciones del objeto social, para establecer las normas estatutarias que regulen las singularidades de cada sociedad.

3.3 STATUS DEL SOCIO

Se define como tal la condición jurídica de un asociado en una compañía comercial que presupone la determinación de sus derechos y obligaciones y fija la posición del titular frente a la sociedad.

Ascarelli, ha sostenido que dentro del ámbito de la organización del ente jurídico llamado sociedad existe la calidad de status de socio, que da lugar a relaciones jurídicas que, consideradas en forma unitaria son el presupuesto de una serie de derechos y obligaciones (ASCARELLI, Tulio, Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas, colección estudios jurídicos, México 1951, pág 105 y ss).

No hay acuerdo total entre los autores sobre el concepto status; algunos lo entienden y configuran como una relación jurídica, otros lo ven simplemente como un valor terminológico que reúne las cualidades o condiciones aplicables a una situación jurídica.

Brunetti, dice que aunque el concepto de status de socio es muy discutido, es él concretamente, el que atribuye la propiedad del capital en cuanto abraza el conjunto de derechos, funciones y facultades correspondientes al socio frente a la sociedad, adaptándose mejor a un concepto unitario (BRUNETTI,

Antonio, Tratado de Derecho de las Sociedades, Editorial Uteha, Tomo III, Págs 525 y ss).

La doctrina moderna se divide entre los que consideran que la noción de status sólo es aplicable a la relación que se establece entre el individuo y los ordenamientos jurídicos necesarios o permanentes como el Estado y la familia y no a la sociedad es una organización esencialmente voluntaria, no necesaria. Pero otros sostienen que el status es noción que reconoce una posición o condición jurídica igual para quienes están comprendidos en idéntica situación de la cual se derivan los mismos derechos e iguales obligaciones, como es el caso de las sociedades.

De las distintas normas que regulan las diferentes especies de sociedad se derivan los siguientes derechos inherentes a la calidad de socio, unos de contenido patrimonial o económico, otros de contenido jurídico o de administración relativos a la gestión social, concretándose fundamentalmente en los siguientes:

3.3.1 Derechos patrimoniales o económicos.

a) Derecho a obtener de la sociedad la prueba de su participación de capital y de su calidad de socio o accionista.

b) Derecho a la limitación de la responsabilidad, hasta el

importe de aportación , en los casos en que tal responsabilidad es limitada.

c) Derechos de los beneficios o utilidades.

ch) Derecho a participar preferentemente en los aumentos de capital.

d) Derecho a los intereses por el capital entregado, si estos han sido pactados para la etapa preoperacional de la compañía.

e) Derecho en la liquidación a la entrega de la cuota del patrimonio social que esté después de deducidas las deudas sociales.

f) En las sociedades de capital o mixtas, derecho a la negociación de su participación en la sociedad, y si lo encuentra pactado, derecho de preferencia en la negociación.

3.3.2 Derechos de Administración:

a) Derecho de tomar parte en las juntas o asambleas de socios ordinarias y extraordinarias, y en sus decisiones.

b) Derecho de inspección y vigilancia de las operaciones sociales.

c) Derecho al examen del balance y de los estados financieros pudiendo aprobarlos o improbarlos.

ch) Dependiendo del tipo de sociedad, derecho a administrar la sociedad o, participar en la designación de los administradores de la sociedad.

d) Derecho a ejecutar aquellas facultades que la ley o los estatutos especialmente reconocen a determinado grupo de asociados.

3.4 PROTECCION DE SOCIOS.

Los derechos que nuestra normatividad legal acuerda para los socios minoritarios, como todos sabemos, se toman nugatorios al presentarse un conflicto de socios.

El artículo 188 del Código de Comercio dispone que las decisiones de una Junta de Socios o Asambleas General debidamente convocadas, que se adopten con el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, obligarán a todos los socios, aun a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general se ajusten a las leyes y a los estatutos. El profesor Joaquín Garrigues, comentando similar disposición de la ley española dice: "Este principio de sumisión a la mayoría no es absoluto ni incondicional. El propio precepto de la ley antes citado subraya que esa sumisión ha de

ser precisamente en los asuntos propios de la competencia de la Junta. Quedan, pues, al margen de la voluntad de la mayoría los asuntos que notoriamente excedan de la competencia de la Junta general. Esta competencia se manifiesta en el aspecto interno de la sociedad y significa que la asamblea tiene una autoridad superior a todos los demás órganos sociales y un poder decisivo sobre todos los asuntos vitales de la sociedad. Pero hacia el exterior, la competencia de la asamblea está limitada por el resto de los derechos de tercero y al de los socios cuando aparecen como terceros (Garrigues, Joaquín . Temas de Derecho Vivo, Ed. Tecnos, S.A., 1978 Pág 96). Estando en todo de acuerdo con lo manifestado por el profesor Garrigues, es importante anotar que la famosa regla de oro que predicán y aplican las mayorías para adoptar decisiones societarias, no siempre puede someter a las minorías, ya que cualquier determinación que se adopte con abuso del derecho no puede obligar a un accionista, cualquiera que sea la votación con la que se adopte. El abuso del derecho no puede obligar a un accionista, cualquiera que sea la votación con la que se adopte. El abuso del derecho es un concepto que no sólo deberá aplicarse a las decisiones que tomen las mayorías, sino también a las negativas sistemáticas que en las sociedades de dos socios pueda adoptar un socio titular por ejemplo, del cinco por ciento del capital de una sociedad frente al voto del socio que tenga el noventa y cinco por ciento, negativa que enerva toda decisión por

cuanto el artículo 161 del código de Comercio, conduce a exigir en este caso la unanimidad para toda determinación. Si similar actuación puede presentarse en sociedades con más de dos socios.

La limitación que el abuso del derecho produce en relación con facultades en apariencia legales, nace de la dolosa intención en su ejercicio, que desvía la razón de ser de su consagración en la ley. Esta teoría que aparece en la doctrina de los tratadistas, tiene en derecho colombiano consagración expresa en el artículo 830 del Código de Comercio y ya existía implícita en varios artículos del Código Civil. El maestro Josserand, quizá el más conspicuo de los sostenedores de esta teoría, ya afirmaba que "cada uno de los derechos tiene un fundamento y una misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto no son absolutos sino relativos, deben ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira; no siendo lícito imprimirlas una falsa dirección sin abusar de ellos con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación. (JOSSE RAND, De l'esprit des droits et de leur relative. Théorie dite l'abus des droits-1927), Aplicando esta teoría en el desarrollo del derecho societario es innegable que el socio afectado por decisiones

tales como un aumento desproporcionado en el salario o ingresos de los socios mayoritarios; el no reparto de utilidades, la creación excesiva de reservas que impida el consecuente reparto de dividendos, el cambio sustancial del objeto social de una compañía, dan derecho a los minoritarios para impugnar las decisiones abusivas adoptadas por la mayoría, buscando además el resarcimiento de perjuicios.

Aplicando esta teoría en beneficio de las mayorías, podría invocarse como motivo de retiro de un socio, su manifiesta e irrazonable actitud que implida el desarrollo social o lo afecte gravemente.

Teniendo en cuenta lo anterior, los límites del dominio de la mayoría resultan no sólo de la ley y de los estatutos sociales, sino de los principios generales del derecho que impiden que los derechos de las minorías sean menoscabados por resolución de la mayoría que ignore la finalidad social. Las jurisprudencias francesas, alemana, suiza y española han fallado en reiteradas oportunidades en favor del accionista perjudicado, basándose ya sea en la teoría del abuso del derecho o del derecho adquirido. No escapa a nadie la dificultad para obtener en nuestro medio a través de un proceso judicial la impugnación de los actos sociales cometidos con abuso del derecho, más cuando en las últimas sentencias en que la Corte ha tenido oportunidad de sentar doctrina respec

to de asuntos comerciales se ha negado a fallar en el fondo pretextando fallas en las técnicas de casación del recurrente, al no invocar como violado al artículo 822 del Código de Comercio que prescribe que, salvo disposiciones expresas, las obligaciones y negocios mercantiles se regulan por las normas del derecho civil.

(Proceso Rizeries Francaises C. Godin - Montpellier, 29 de diciembre de 1.909; Schweizaer: Die Schw. Aktien- Ges, 1935 Corte Suprema de Francia de 1961).

Limitación indivisibilidad del voto. Nuestro Código de Comercio ha buscado restringir el derecho de voto de quien detenta más del veinticinco por ciento del capital de la sociedad permitiendo que tal limitación sea renunciada por los accionistas constituyentes de la sociedad (artículo 428), limitación que no se aplica en determinado caso a las sociedades de economía mixta (artículo 466). Sin embargo, aunque esta restricción esté expresamente fijada en sus estatutos sociales, puede tornarse inane ya que cualquier persona que conozca el tema termina detectando el Poder en una sociedad dividiendo la titularidad accionaria en menos del porcentaje nuestra ley limita. En mi opinión, la ley debe fijar normas legales que protejan a los socios minoritarios y no intentar establecer irritas limitaciones a los mayoritarios, que pueden ser evadidas con mucha facilidad. Respecto a la división de votos en las reuniones ordinarias o extraordinarias

de las sociedades comerciales considero que el voto es indivisible. Un accionista poseedor de un paquete accionario debe votar siempre en una sola dirección y no puede ser representado sino por un solo apoderado ya que el paquete accionario de un solo titular es indivisible, como claramente se deduce de la prohibición de actuar através de interpuestas personas, en el caso del artículo 428 del Código de Comercio

Este principio se aplica indiscutiblemente en las sociedades limitadas, cuando el artículo 359 establece que cada socio tendrá tantos votos cuantas cuotas posea en la compañía.

3.5 EXCLUSION Y RETIROS DE SOCIOS.

El llamado "status de socio" varía según el tipo de sociedad y aparece evidente este grupo cuando existen grupos de sociedades de diferentes clases integradas por los mismo socios formando entre ellos una empresa común, situación en la cual es impracticable, las figuras de retiro y exclusión de socios, establecidas en nuestra legislación comercial para las sociedades, salvo las anónimas y las asimiladas a ellas.

Teniendo en cuenta que los artículos 297 y 298 del Código de Comercio, que señalan las causas que dan lugar a la exclusión de socios se podría decir que genericamente un socio puede ser excluido de una sociedad de personas o mixtas cuando se realizan actos competitivos a la sociedad, tiene claros conflictos de intereses con esta o utiliza los bienes de la firma social para su beneficio personal.

4. LA PARTICIPACION

4.1 OPCION LEGAL.

No toda actividad de colaboración económica a nivel empresarial o de búsqueda de la obtención de utilidades en la celebración de uno o varios actos de comercio, o en el desarrollo de una empresa mas o menos estable, requiere ser ejecutada bajo la forma de sociedad típica, por acciones o comanditaria, colectiva o de responsabilidad limitada.

La legislación Nacional recoge- a veces con acierto y en ocasiones defectuosamente- una forma xontractual que ha denominado PARTICIPACION Ó CUENTAS EN PARTICIPACION, y la regula como alternativa de asociación entre personas comerciantes que, movidas por la expectativa de percibir utilidades, unen intereses y esfuerzos hacia la búsqueda de un resultado económico exitoso.

Esta alternativa existente desprovista de las formalidades que para su constitución, operación y terminación rodean a las sociedades, merece ser analizada y considerada, no sólo desde su aspecto legal o teórico, sino como salida práctica a situaciones que no requieren los trámites y formalismos de los tipo sociales mas frecuentes a los cuales se acude

en veces irreflexiblemente, e innecesariamente en ocasiones.

4.1.1. La Esencia y los Antecedentes Capitalistas de la Participación:

Como resultado de la participación se dota la Gestor, o a su sociedad o a su empresa, de medios y recursos que le permitan desenvolverse con mayor movilidad en la actividad comercial. El participante activo suministra capacidad económica a la visión gerencial del administrador y da su consentimiento contractual sobre la base de que el aporte está sometido a un riesgo, pues de la operación de los negocios se producirán resultados prósperos o adversos. El capital involucrado (utilizando la denominación adoptada por el Código español) puede deteriorarse o perderse, o puede conservarse o incrementarse, como resultado del manejo que de él haga el Gestor.

Es evidente la semejanza que aquí se presenta con una forma social típica: La de las sociedades comanditarias. En esta se unen la gestoría de un socio colectivo y las aportaciones de unos socios capitalistas para desarrollar el objeto social en forma permanente y constante. Por la juntura del capital y del trabajo los socios aspiran a establecer y dirigir con éxito una empresa social cuyos frutos han de traslucirse, tarde o temprano, en reparto de utilidades durante la existencia social o en beneficios acumulados representados en los remanentes sociales al momento de la liquidación de la compañía.

Mientras que la participación, por los mismos medios, se busca idénticos fines, con la diferencia de que la existencia

del capitalista debe conservarse oculta, casi que cláandestina, y de que para la legislación colombiana la relación entre los asociados tienen un marcado carácter fugaz y transitorio.

O sea, en las comanditarias el gestor obra a nombre de la sociedad comprometiendo además su responsabilidad personal, permitiendo que se conozca la identidad de los comanditarios bien mediante el registro público mercantil o bien mediante los registros que se efectúan en el libro de comanditarios o de accionistas en las comanditarias por acciones; lo que contrasta con que la participación el gestor actúa en su propio nombre, bajo su responsabilidad personal única, arriesgando su patrimonio en las resultas de las operaciones realizadas vinculando directa y secretamente las aportaciones efectuadas por los capitalistas, y ocultando el hecho de que detrás de su actividad yace el esfuerzo patrimonial de otras personas!

Pero en ambas figuras asociativas aparece un elemento común se han hecho aportes, de capital o de industria, con ánimo de lucro, por personas animadas por la obtención de un beneficio económico que compense su esfuerzo, material o inmaterial.

Integración que no es, ni mucho menos, nueva .

Como lo menciona Fedérico Lara Peinado, en la codificación

de Hammurabi (artículos 98 y 99 a 101) sexto rey de la primera dinastía de Babilonia, grabada 1700 años antes de Cristo en lajas de piedra (diorita negra) uno de cuyos ejemplares fue encontrado en 1.901 en Irán por la misión arqueológica dirigida por J. de Morgan, la sociedad comercial, que tenía todas las características de una comandita, se formaba entre un damgarum o un socio capitalista y un shamallum o viajante comercial a quien el primero le confiaba dinero o productos (aceite, cereales o lana por lo común) para la compraventa de los mismos buscando una ganancia dineraria. Contra la entrega del producto o metales se precisaba el requisito de un documento escrito, los bienes entregados pasaban a ser propiedad del agente comercial bajo cuya responsabilidad se efectuaban las operaciones mercantiles. El recibido debía siempre devolver doblado el capital al comerciante, salvo casos excepcionales o de fuerza mayor (asalto de ladrones) que debía justificar mediante juramento ante la divinidad.

Según el mismo código Babilónico. comentado por Lara Peinado, el mercader o comerciante no podía intervenir en la gestión comercial de su agente, pero tenía derecho al control de las ganancias o pérdidas, así como a recibir la mitad de los beneficios obtenidos. En caso de que el agente negase haber recibido dinero o manipulase la cantidad debía restituir el damgarum hasta tres veces el dinero recibido; por contra, si el comerciante negaba haber recibido el dinero de la sociedad, liquidado contra recibo, debía pagar a su agente seis veces el importe del mismo. En el momento de la disolución de la sociedad comer

cial, los socios debían presentar las cuentas a un juez y confirmarlas con su juramento, despues se procedía a la liquidación y se repartían los beneficios. Dado el contexto del código hay que señalar que estas sociedades mercantiles no se estipulaban para una serie de años, sino, que eran mas bien societas unius rei, esto es una sociedad pactada para un solo viaje o empresa comercial, disolviendose la misma tras finalizar el viaje y haberse repartido las ganancias resultantes.

4.2 SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO POSITIVO NACIONAL.

El Código de Comercio Colombiano que rigió hasta 1.971 (el del Estado de Panamá adoptado por la ley 57 de 1,887) reguló la asociación o cuentas en participación de manera casi idéntica a la hoy vigente:

Con las siguientes diferencias de forma:

- a) Las operaciones e- que toman interés los comerciantes pueden ser "múchas" y "sucesivas" y no simplemente varias, tras luciendose como posible una relación social permanente; operaciones que no tienen que ser "determinadas"
- b) Se prevén los efectos de la "cesión en forma" que el "Gerente" puede efectuar a favor de los terceros y de los participes inactivos, para permitir a estos sustituirse en los derechos

procesales del gerente (art. 632) contrastando con los términos restrictivos aparentemente imperativos de la legislación actual (los terceros solamente tendrán acción contra el administrador del mismo modo que los partícipes inactivos carecerán de ella contra terceros).

La Corte Suprema de Justicia por aquellas calendas, no miró con simpatía la existencia de un vínculo contractual permanente, no obstante el reconocimiento en la ley "muchas operaciones sucesivas" y que opinó (casación de 24 de abril de 1.921) que la sociedad de hecho formada entre comerciantes para la explotación de una industria (fabricación de jabón) no puede calificarse de asociación o cuentas en participación, la cual es accidental y no tiene carácter permanente.

La Comisión Gubernamental creada para reformar el Código, en su proyecto de 1.958, no menciona la participación o la asociación ni como forma de sociedad ni como contrato reglado positivamente. No obstante la actual regulación de la participación se incluye en el texto final del Código de 1.971 con las siguientes características: es un contrato consensual de colaboración esporádica en desarrollo del cual un socio, bajo su nombre y responsabilidad personales, ejecuta una o varias operaciones con el ánimo de compartir entre socios, unos conocidos y otros ocultos que requieren ser comerciantes, los resultados exitoso o adversos de la empresa; y regido en lo compatible y en lo contemplado en la convención o en el código,

por las normas de las sociedades comanditarias simples. La existencia del contrato, y sus cláusulas o provisiones pueden probarse por cualquier medio reconocido en la ley, debiendo el gestor en cualquier momento rendir cuentas de la operación y resultados de la empresa por él manejadas. La participación está desprovista de personalidad y, por ende de nombre, patrimonio y domicilio. La responsabilidad del gestor es limitada a la del partícipe inactivo. Que hade permanecer oculto sin relevar o autorizar que se conozca su calidad de asociado está limitada al valor de su aportación.

Regulación legal que merece los siguientes reparos:

La confidencialidad:

No aparece atenuación en la legislación nacional a la rigidez de la norma de que basta que el partícipe inactivo revele su calidad de asociado o autorice que sea conocido, para que su responsabilidad deje de ser limitada al valor de su aportación y se torne en solidaria e ilimitada, conjunta con el gestor. Cuando la existencia de la participación es notoria, puede afirmarse que en su naturaleza y en sus defectos aquellas se convierten en sociedad de hecho (art. 498 del Código de Comercio). Basta el conocimiento público sobre la asociación de un inversionista dentro de los negocios o de las operaciones desarrolladas por él gestor, derivada de la intención del partícipe inactivo, para que esa circunstancia tan ajena a los

términos de la convención determine la existencia de una sociedad en la ley colombiana, por lo menos de manera expresa y se configuren la solidaridad del partícipe no gestor.

La jurisprudencia extranjera, basadas en ocasiones en normas menos rigurosas que la nacional, ha atenuado la drásticidad de los efectos derivados de la simple revelación de la existencia de otra persona asociada. La Corte Suprema de Justicia francesa ha dicho que los acreedores no conocen el participante y no pueden accionar directamente contra él, aun cuando si llegaren a conocerlo, salvo el caso, de que se hubiere inmiscuido en las operaciones; en Bélgica la Clandestinidad de la participación no implica la ignorancia de la misma por los terceros sino la prohibición de actuar colectivamente y de usar una razón social. Y en Alemania el partícipe inactivo no pierde tal carácter a menos que se demuestre la intención de inducir a los terceros a contratar mediante la publicidad de su vínculo.

Para la legislación colombiana, la solidaridad, se origina en la suma de dos circunstancias: Una subjetiva, la intención o consentimiento del partícipe inactivo en que su asistencia sea conocida; y otra objetiva: que los terceros perciben tal existencia. Por lo tanto, si terceros tienen noticia de la participación en forma accidental o de fuentes que no suponen la adquiescencia del partícipe inactivo, la responsabilidad suya continuará limitada a su aporte.

Sería mas conveniente adoptar el principio de que la responsabilidad del partícipe inactivo continúe excluida de las operaciones del gestor frente a terceros, no obstante estos conocer la existencia de la participación, siempre y cuando el socio inactivo o inversionista no intervenga en la administración y manejo de las operaciones y no se vincule directamente a la ejecución de los actos separados o de la empresa misma por que (en que se perjudica al tercero contratante si sabe que detrás del gestor existe un interés de terceros en los resultados de las operaciones? y por que Cual sería la razón para justificar que del mero conocimiento de la existencia de los socios privados se derive la responsabilidad solidaria pasiva entre todos ,los participantes? Este es un punto que merece revisión legal.

Socios Comerciantes: En España y Chile, como en Colombia, se exige que todos los socios sean comerciantes, El partícipe inactivo puede no ser comerciante en Alemania, Perú, Ecuador, Venezuela, Argentina, Brasil, Méjico y Uruguay. El gestor requiere estar revestido solo de las calidades y capacidades propias de la operación propuesta, en Argentina y Francia. Para la legislación Italiana, en la cual la Codificación civil regula todas las instituciones de derecho privado, es irrelevante la calidad de los socios siempre y cuando gocen de la capacidad general. Según nuestro código, tanto el gestor como los capitalistas deben preocuparse profesionalmente en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles (artículos 10,20 a 22 del Código de Comercio). Luce por demas

lógica la existencia de que el gestor sea comerciante, pues las operaciones son de comercio y se desarrollan personalmente en su propio nombre, afectando su patrimonio personal lo que no aparece razonable es requerir que el comanditario o, participe oculto, como mero inversionista excluido del manejo de relaciones con tercero, tengan que ser comerciantes para que la participación se perfeccione como tal. Pues es perfectamente posible, y ocurre las mas de las veces, que quien guarda reserva sobre su participación no reúna las calidades de comerciante y como tal no esté inscrito en el registro público mercantil, pues se trata de alguien que esporádicamente o en forma relativamente estable, quiere vincular una inversión patrimonial a la empresa que el participe activo o aparente gestor o gerente o administrador, ejecuta en su propio nombre vinculando a aquel en forma privada y confidencial.

Cual es entonces la consecuencia de que el participe inactivo no sea comerciante? Ni la doctrina ni la jurisprudencia coinciden en una solución.

Para unos, el contrato no sería el de participación regido por el Código de Comercio, sino que se trata de una convención válida, innominada, expuesta al rigorismo romántico regida por el derecho común y no por las disposiciones especiales del derecho mercantil (casación de 31 de julio de 1897).

Otra disposición contraria, es la contenida en el siguiente fallo de la corte (1.952) Ponente doctor José Manuel Vargas:

En la definición se dice que este es un contrato por el cual dos o mas comerciantes toman interés en una operación mercantil, y de esta palabra comerciantes se ha tomado pie para decir que solo entre los del gremio puede existir la asociación; de modo que la convención no es eficaz sino entre comerciantes, y si en ella participan quienes no merezcan este calificativo, la convención no se rige por las disposiciones en estudio, siendo el pacto nulo, se agrega que, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, la sociedad forma personalidad jurídica, y como la asociación no se le atribuye esta calidad, no se puede subsistir jurídicamente y viene a reglarse por las disposiciones de la comunidad, por ser ineficaz la convención.

El Código no exige, ha dicho el doctor Felix Cortés para celebrar cualquiera operación mercantil últimamente, la calidad del comerciante todo el que tenga capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para celebrar operaciones mercantiles, las que se califican de tales, objetivamente consideradas, y no en razón de las personas que en ellas intervienen (artículo 10). Por consiguiente si la operación que va a desarrollarse, por medio de la asociación, es de suyo un acto de comercio, los partícipes toman la calidad de comerciantes para ese negocio, en caso de que por su pro

fesión no merezca la calificación general de tales. Anular un contrato de asociación solo por que los que lo celebran no esten ordenaria y profesionalmente al comercio, es exigir para este único convenio una capacidad especial no considerada en la ley; en otros términos es crear una incapacidad que modifica fundamentalmente las normas que rigen tan importante materia, y esto sin base jurídica alguna. Conviene insistir en el particular, naturalmente el Código de comercio fué expedido para su propia materia y para las personas dedicadas profesionalmente a ese ramo de actividades, de modo que al referirse a quienes celebran un contrato mercantil usa como término genérico la palabra comerciantes, pero no es sentido restringido como es obvio. Tanto mas correcta sea esta interpretación cuanto que, segun se ha dicho, la incapacidad no puede surgir sino de un texto expreso que no se encuentra en el caso en estudio, y se repite; quien no siendo comerciante ejecuta una operación mercantil, para los efectos de esa operación y para las normas que la rigen, es un verdadero comerciante, aún cuando no poseen sobre él las obligaciones generales impuestas a los del, gremio.

Debe, pues, concluirse que tal contrato puede celebrarse por toda persona capaz aun con anterioridad al acto no estuviere matriculada o catalogada como comerciante.

Frente a la posibilidad de que una persona natural o jurídica que no sea profesionalmente comerciante intervenga como participante inactivo se han puesto, pues dos soluciones: El contrato

si es el de participación regido por el Código de Comercio ya que para sus efectos el partícipe asume temporalmente la calidad de comerciante; o el contrato no es el de participación sino que como negocio jurídico válido deviene en una forma contractual atípica e innominada, si no en una sociedad de hecho.

Regimen Fiscal: En lo referente a la materia tributaria, impuestos nacionales de renta y complementarios y ventas impuestos municipales y departamente el sujeto pasivo de la, obligación lo es el partícipe activo o gestor, en quien recae el deber de satisfacer la obligación sustancial de pago del tributo, y cumplir con todos los requisitos formales relacionados con cada uno de los impuestos. Idéntica es la posición del Gestor o gerente frente a las contribuciones de valorización, tasas y demas cargas fiscales.

4.4 GLOSAS AL TIPO DE CONTRATO.

La jurisprudencia (francesa) revela a veces al lado de antiguas prácticas que se han conservado, como las ventas en común realizadas por comerciantes, otras modernas; entre estas pueden citarse las participaciones entre comerciantes en vino para la venta de sus cosechas, entre negociantes en piedras preciosas y perlas que hacen compras y ventas en participación a causa del precio muy elevado de estas mercancías entre compañías de electricidad que se distribuyen consorcio de emisión para la colocación de acciones y obligaciones; entre industriales cuyos acuerdos revisten a veces la forma de participación; entre empresarios teatrales y editores de periódicos, y finalmente entre las compañías de seguros y de reaseguros (Georges Ripert, tratado elemental del Derecho Comercial).

En Colombia la participación se utiliza como forma convencional para regular operaciones específicas, individuales en ocasiones repetitivas a veces. De que se mantenga oculta la identidad y la actuación del partícipe inactivo pueden surgir ventajas y desventajas; ventajas al ampliar la posibilidad de que determinados inversionistas por motivos subjetivos o de conveniencia, fiscales o de seguridad personal, entre otros, hagan viables negociaciones promovidas por el Partícipe Activo y ejecutadas bajo la única responsabilidad de este; y al no someterse a la ejecución y el desarrollo de una operación o de una

una empresa al rigorismo y formalismo que rodean la constitución de una sociedad típica; desventajas por cuanto la sombra de la participación pueden mimetizarse fondos procedentes de actividades ilegales, por que con su complicidad pueden ocultarse incompatibilidades legales y morales impedimentos, y por la relativa desprotección judicial en que queda el Participante Inactivo al enfrentarse a un consorcio indelgado y una justicia inoperante por su morosidad.

Es así como en la práctica se aglutinan los esfuerzos del gestor y del inversionista bajo la modalidad de una sociedad accidental o transitoria, en la ejecución de actividades como el desarrollo de proyectos inmobiliarios, la promoción de programas habitacionales, la ganadería en sus diversas manifestaciones (la cría, el levante, la ceba y hasta la lidia), la presentación de espectáculos artísticos, la construcción de obras públicas por la vía de consorcio secretos, la contratación mediante licitación, y las negociaciones bursátiles.

A título de mera orientación pragmática, como anexo agrego una minuta para un contrato de participación cuyo objeto es la construcción, gerencia y mercadeo de un edificio de apartamentos, habiéndose suplantado por información imaginaria la que corresponde a la realidad en cuanto -a las partes, los títulos, modalidades específicas y demás cláusulas convencionales.

4.5 DISOLUCION DEL VINCULO.

La participación se rige, en primera instancia, por lo acordado entre las mismas partes. Por lo tanto, antes de las causales legales de disolución de la participación, se encuentran las contractuales, dependiendo de las circunstancias que rodean las operaciones a realizarse y del interés de los partícipes que en ciertos hechos preestablecidos pongan fin al Vínculo social. No obstante la remisión que hace el artículo 514 del Código de Comercio a las normas sobre las sociedades comanditarias simples, que indirectamente vincula también a las de las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada (art.341 del Código de Comercio) deja un poco para la imaginación y es suficientemente comprensiva y extensa como para que la mayoría de los casos no sea necesario adicionar motivos de terminación diferentes a las que se enumeran a continuación.

Si la participación cesa por las mismas causales que imponen la disolución de las sociedades comanditarias simples (art.513 y 514 del Código del Comercio), la desaparición de una de las categorías de los partícipes (el Gestor o el Inactivo). y las pérdidas que reduzcan el patrimonio de una cifra igual o inferior a la tercera parte del capital o de las sumas aportadas a la negociación, impondrán la terminación del contrato, según los artículos 333 (3o.) y 342 del Código del Comercio. También

suponen la disolución de la relación las causales que determinan la disolución de las sociedades colectivas cuando éstas se produzcan con relación al socio gestor o Participante Activo: su muerte, incapacidad sobreviniente, quiebra, enajenación forzosa del aporte y renuncia o retiro injustificado.

Y como a las sociedades comanditarias simples se extienden las normas de las compañías de responsabilidad limitada en lo referente a los comanditarios, se disolverá la participación cuando el número de participes inactivos exceda a veinticinco.

También son aplicables las causales genéricas de disolución (art. 514 y 218 del Código del Comercio): la imposibilidad de desarrollar las operaciones propuestas, o la terminación de las mismas; la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye el objeto del contrato, el vencimiento del término de duración, la confusión en una misma persona de la calidad de participante inactivo y de gestor, y la decisión de los participes o de autoridad competente (jurisdiccional o arbitral).

CONCLUSION

La ley exige que las sociedades de responsabilidad limitada al conformarse deben hacerse con un número máximo de socios que son 25 so pena de convertirse en una causal de disolución, resulta este tipo de sociedad además que la responsabilidad de los socios está limitada a sus respectivos aportes. Por ser esta forma de asociación idónea para los pequeños y medianos comerciantes y por ser los que más operan hablando numéricamente hemos resuelto desarrollarla no como un requisito más para optar al título de abogado, sino como un documental completo que sirva de consulta a todos los estudiosos del derecho y a todos los que estén en la actividad mercantil.

BIBLIOGRAFIA

NARVAEZ, José Ignacio. Introducción al derecho mercantil.
Editorial Legis, Bogotá 1.983.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Comercio. Editorial Temis
Bogotá 1986.

PINZON, Gabino. Las "Sociedades Comerciales. Editorial te
mis Bogotá 1.988.

SANTANOWKY, Marcos. Tratado de derecho comercial Astrea
1974.

USECHE LOPEZ, Carlos Arturo. Código de Comercio concordato
anotado, editorial Colombiana Ltda, Bogotá 1978.

VIVANTE, Cesar. Tratado de derecho mercantil, Madrid 1932