

El nacimiento de la sociedad comercial y el carácter no esencial de los aportes

The Emergence Of The Commercial Company And The Non-Essential Character Of The Contributions

Elkin Horacio Jurado Beltrán*

Resumen

El propósito del presente artículo es evaluar si los aportes de los asociados en una sociedad comercial son esenciales para su formación; para ello, se revisará cuáles son los elementos esenciales entendidos por la doctrina del derecho societario colombiano, la Superintendencia de Sociedades y la jurisprudencia colombiana. Se evocan la teoría contractualista clásica y la teoría de la institución societaria a efectos de explicar que el surgimiento de la persona jurídica de la sociedad comercial ocurre en el momento en el que obtiene el registro mercantil; situación que aplica para todo tipo societario, y no sólo cuando se trata de una sociedad por acciones simplificada. La anterior premisa conduce a la revisión de los elementos esenciales del contrato y permite concluir qué aportes no son esenciales para la formación de la sociedad; por su parte, la denominada *affectio societatis* sí lo es.

Palabras clave: elementos esenciales, *affectio societatis*, surgimiento de sociedad comercial, aportes

Abstract

The purpose of this document is to evaluate if the contributions of the associates in a commercial company are essential for its formation ; for this purpose, the essential elements understood by the doctrine of Colombian

39

* Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Abogado de la Universidad Externado de Colombia, profesor del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Correo: elkinh.juradob@unilibre.edu.co

corporate law, the Superintendence of Corporations and Colombian jurisprudence will be reviewed. The classic contractual theory and the theory of the corporate institution are evoked in order to explain that the emergence of the legal entity of the commercial company occurs at the time it obtains the commercial registration, a situation that applies to all types of companies, and not only when it is a simplified stock company. The above premise leads to the review of the essential elements of the contract and allows concluding which contributions are not essential for the formation of the company ; on the other hand, the so-called *affectio societatis* is.

Keywords : essential elements, *affectio societatis*, emergence of commercial company, contributions

1. El artículo 98 del Código de Comercio y los elementos esenciales del contrato de sociedad

La reciente posición de la Superintendencia de Sociedades (2019), en la cual se afirma que la *affectio societatis* no es un elemento esencial del contrato de sociedad, revive el debate sobre esta institución jurídica y sus efectos dentro de la sociedad comercial, dado que, para un sector de la doctrina nacional¹, y en la jurisprudencia de la

Corte Suprema de Justicia Sala Civil², la *affectio societatis* o *animus societatis* sí es un elemento esencial.

Más allá de si esta institución es o no un elemento esencial del contrato de sociedad, genera una oportunidad

las personas interesadas en la existencia de la sociedad, es el elemento subjetivo, que se traduce o manifiesta a través de una convención o acuerdo de voluntades, es el que distingue substancialmente a la sociedad de la simple comunidad (Pinzón, 1988, p. 14).

¹ Para Narváez, «su connotación es la de voluntad de asociarse en una constante cooperación activa y consciente, que todos los asociados manifiestan recíproca y simultáneamente, en un plano de igualdad cualitativa. (...) Desde luego, su exteriorización es indispensable en las sociedades con predominio del *intuitu personae* (por partes de interés y por cuotas), y no en las compañías por acciones en las cuales prevalece el *intuitu pecuniae* o *intuitu rei»* (Narváez, 2008, p. 129). La intención de asociarse o el *animus societatis*, sin el cual no pueden surgir relaciones de socios entre

² En las siguientes Sentencias, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, al tratar el debate sobre la existencia de sociedades de hecho, reconoce la *affectio societatis* como un elemento esencial de la sociedad: SC8225-2016 (22/06/2016), M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; 76147-3103-002-2003-00118-0 (19/12/2012), M.P. Arturo Solarte Rodríguez; 25899-3103-002-2002-00084-01 (24/02/2011), M.P. William Namén Vargas; 11001 3103 001 2002 00079 01 (25/03/2009), M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; 100131030011989-05259-01 (12/12/2005), M.P. Jaime Alberto Arrubla Paukar; 25899-3103-002-2002-00084-01 (22/05/2003), M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; 6779 (27/06/2003), M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

para abrir otro debate alterno que es, precisamente, el de los elementos esenciales de la sociedad comercial; para ello, es pertinente resaltar la diferencia entre los elementos esenciales del contrato de sociedad y los requisitos para que nazca a la vida jurídica la sociedad comercial misma; entendida ya como un ente autónomo con personería jurídica.

En primer lugar, es necesario poner en duda el hecho de que los elementos de la esencia del contrato de sociedad estén precisados inexorablemente en el artículo 98 del Código de Comercio. En efecto, se da por una verdad revelada que los elementos del contrato de sociedad mismo se encuentran dispuestos en el artículo 98 del código en mención³. Obsérvese que, en cuanto a los elementos esenciales del contrato⁴, sólo se encuentran como

referencia expresa en las disposiciones del derecho privado colombiano el artículo 1501 del Código Civil⁵; es decir, la Ley no manifiesta de manera precisa que los elementos de la esencia de un negocio jurídico se extraen o se infieren necesariamente de la definición o concepto dispuesto en la ley para un contrato. Es posible que la mayoría de veces sea así, pero hay casos donde no ocurre esto; refrendaría esta postura la situación de los denominados *contratos atípicos*, que, por carecer de disposición legal sobre su regulación, no podrían deducirse de la definición legal.

De acuerdo con lo que se está planteando, la definición o indicación de características legales del contrato, acto o negocio jurídico y la enumeración legal de los elementos de la esencia no son necesariamente correspondientes; pueden ir de la mano, como en efecto sucede con la compraventa (artículo 1849 del Código Civil) y en muchos otros casos dispuestos en el régimen de derecho privado, pero el hecho de que converjan no significa que fatalmente se correspondan.

41

³ Para la Superintendencia de Sociedades (2019), la definición del contrato de sociedad se encuentra en el artículo 98 del Código de Comercio. Para Narváez, «el artículo 98 del Código de Comercio no define qué es la Sociedad; simplemente toma la Sociedad, que es el efecto, y el contrato, que es su causa eficiente, y compendia las condiciones indispensables para que exista (Narváez, 2008, p. 129).

⁴ *Essentialia negotii* ‘lo esencial de un negocio’. Esta traducción en neutro alude a los elementos intrínsecos que determinan la naturaleza del negocio jurídico. El término *esencia*, propio de la filosofía grecorromana, indica lo que constituye el ser de algo, bien en el mundo físico, bien en el mundo jurídico, en cuyo caso se entiende lo esencial del negocio, aquello que le da entidad. Cuando falta alguno de

estos elementos, no existe el negocio jurídico (Gómez Royo, 2014, p. 106).

⁵ Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente.

finición expresa de este acuerdo y el Código de Comercio elabora una enumeración legal de los elementos esenciales (artículo 1045); después de haber reglado varios aspectos tales como características, partes, clases, etc. La Corte Suprema de Justicia Sala Civil precisa una definición del *contrato de seguro*⁶ que desborda la enumeración de elementos esenciales que el propio Código de Comercio aborda, en el artículo 1045, sobre el contrato de seguro; y, aún más, la disposición inicial del capítulo que regula el contrato de seguro, en el artículo 1036 de este mismo código.

Si una interpretación así tiene lugar en el caso del contrato de seguro que expresa de manera precisa los elementos esenciales, es válida la interpretación según la cual los elementos de la esencia del contrato de sociedad no se deducen necesariamente del artículo 98 del Código de Comercio; y se puede realizar, entonces, una interpretación heterodoxa respecto de cuáles son los elementos esenciales del contrato que origina la sociedad comercial, diferenciándolos en todo con respecto a los requisitos para que nazca a la vida jurídica la sociedad comercial como ser autónomo e independiente.

⁶ Para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, aunque el Código de Comercio vigente en el país desde 1972 no contiene en el Título V de su Libro Cuarto ninguna definición expresa del *contrato de seguro*, lo cierto es que, con apoyo en varias de las disposiciones que de dicho Título forman parte, especialmente en los artículos 1037, 1045, 1047, 1054, 1066, 1072, 1077 y 1082, puede decirse, sin ahondar en mayores detalles técnicos impertinentes para el caso, que consiste en aquel negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de trato sucesivo, en virtud del cual una persona –el asegurador– se obliga, a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta, ya sea que se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de “daños” o de “indemnización efectiva”, o que se trate de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (Corte Suprema de Justicia, 1994).

En cuanto a este último aspecto, es pertinente traer a colación la teoría clásica contractualista y la teoría de la institución de la sociedad comercial.

2. Teoría clásica contractualista y teoría de la institución de la sociedad comercial

Las sólidas creaciones contractuales de inspiración romana han afianzado en los ordenamientos jurídicos romano-germánicos gran parte de sus instituciones; estas se han recogido en códigos civiles, comerciales y de derecho privado. No obstante, el reto ha sido la adaptación, interpretación y, en algunos casos, modificación, de

cara a eventos que requieren abordarse desde diferentes perspectivas.

En la teoría clásica, el contrato está integrado por tres grupos de elementos normativos⁷ y deben concurrir en él un grupo de requisitos o condiciones⁸ para que todo el conjunto dispuesto dentro del ejercicio de la autonomía privada genere efectos jurídicos traducidos en obligaciones.

En el desarrollo de esta teoría se ubicó a la sociedad comercial dentro de la figura contractual⁹; por ende, le debían ser aplicadas las normas relativas a la institución contractual clásica del

acuerdo de voluntades. De ahí que el nacimiento, ejecución y desaparición de los efectos del contrato tiendan a refundirse con los de las obligaciones; siendo estas últimas diferentes pero concurrentes con la vida del contrato. A partir de los fundamentos desarrollados por Hauriou y Renard¹⁰, se evidenció que, a pesar de que la sociedad surge de un contrato, este da origen a una institución dotada de personalidad

⁷ «En todo contrato y, en general, en todo acto jurídico, se encuentran *elementos esenciales*, *elementos de la naturaleza del acto* y *elementos accidentales* (C.C., art. 1501) » (Lombana, 2008, p. 145).

⁸ «(...) resulta que los requisitos para la existencia de los actos jurídicos son la voluntad o el consentimiento, el objeto genérico y específico, y la forma solemne; mientras que los requisitos para la validez de aquellos son la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de la causa, y la plenitud de las formalidades prescritas por la Ley» (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 1998, p. 84).

⁹ «La idea que la sociedad se forma mediante un contrato fue suficientemente clara entre los juristas romanos; baste indicar que Gayo menciona la sociedad con la compraventa, el arrendamiento y el mandato, al hablar de los contratos que se forman por el sólo consentimiento (...). De igual modo, Justiniano incluye la sociedad entre los contratos introducidos por el *ius gentium*» (Pinzón, 1988, p. 58).

¹⁰ «Emilio Gaillard desarrolló y complementó la teoría institucional de Hauriou y de Renard, sistematizando los aspectos básicos de la interpretación institucional de las figuras societarias sobre los siguientes supuestos: 1. Del contrato de sociedad nace una institución, o sea, un organismo cuya finalidad es un interés intermedio entre los del individuo y los del Estado; ese interés es la “idea directriz” de la institución; 2. La sociedad es un sujeto de derecho, por cuanto tiene un interés legítimo distinto del de sus socios y una voluntad para defender ese interés; 3. La sociedad lleva implícita una autoridad en la búsqueda del fin común que la institución debe cumplir; 4. El poder es atribuido en vista del interés social, y no en vista de intereses individuales, sino en función del interés común. No se reparte en forma igualitaria, sino proporcionalmente a los servicios rendidos a dicho interés; 5. La institución cuenta con una pluralidad de órganos para realizar cada función del organismo societario; 6. Existe continuidad en la gestión, por cuanto la institución, implícitamente, presupone un interés perdurable y no tiende a una sola operación; 7. Las cláusulas estatutarias son simples medios para la consecución del interés social; de ahí que puedan ser modificadas según las necesidades, sin el consentimiento de la totalidad de los socios, y poniendo de manifiesto la preeminencia que tiene el interés social sobre el de los socios; y 8. La sociedad, en cuanto institución, lleva implícito un interés perdurable» (Ochoa, 2005, p. 64).

jurídica y, por tanto, un ente autónomo distinto de sus asociados¹¹.

Entre estas dos teorías se ha movido gran parte de la doctrina; no obstante, en el ámbito colombiano, se puede señalar que, en la actualidad, son mayoritariamente aceptadas las tesis contractualistas¹². Para Córdoba¹³,

la inclinación entre una u otra teoría como fundamentación de la sociedad mercantil obedece a la orientación económica y política. Aunque el presente trabajo coincide con la posición del profesor Córdoba, se considera que las dos teorías se requieren forzosamente para la fundamentación de los efectos de la sociedad mercantil; sin importar si esta es de personas o de capital y, por tanto, subyacen necesariamente en el derecho societario, en la medida en que las dos se interrelacionan sucediéndose en la explicación del contrato de sociedad y la sociedad como persona jurídica.

¹¹ «En últimas, la tesis institucional busca resaltar la función social de ciertas figuras del *derecho privado*, al procurar que este sea el instrumento idóneo para configurar la organización política, dentro de la cual debe existir una relación estrecha entre el *derecho privado* y el sistema económico» (Córdoba, 2014, p. 96).

¹² El Código de Comercio del país es inequívocamente contractualista como lo era el anterior; basta hojearlo para encontrar en su articulado las siguientes disposiciones que son suficientemente claras y enfáticas en la calificación de contrato para el acto de formación de una sociedad: 98, 101, 104, 110-14, 112, 117, 119, 123, 143, 147, 150, 160, 218 y otras muchas en las cuales se habla de estatutos con el mismo sentido de contrato (Pinzón, 1988, p. 58).

¹³ Por ello, se puede afirmar que el contractualismo clásico pertenece, sin duda, al Estado Liberal clásico, es decir, el derecho de sociedades hace caso a la libertad contractual en su máxima expresión y al sagrado derecho de propiedad; los únicos intereses presentes en la empresa y en la sociedad anónima son los de las partes en el contrato de sociedad. Por otra parte, el institucionalismo está estrechamente relacionado con la reacción a la desigualdad material creada por el paradigma anterior; por ello, el Estado debe intervenir el derecho de sociedades por medio de la Ley, pues, en la sociedad anónima, existen intereses más importantes que los de los mismos accionistas y, además, es necesario poner en igualdad real a todos los sujetos que se relacionan en el mundo económico, en particular la sociedad anónima. Así, el institucionalismo es simplemente un paradigma aplicable a la sociedad anónima,

En efecto, contraponer el contrato y la institución originada en el contrato, al parecer, sería como confrontar el título y el modo necesarios para la adquisición de un derecho real; se trata de instituciones ligadas, complementarias, pero, a la vez, con entidad propia, por lo que resulta difícil creer que puedan verse subsumidas la una en la otra, son suplementarias y subsiguientes para generar efectos jurídicos.

En este orden de ideas, se requiere primero la fuente generatriz de obligaciones que será el acto¹⁴ o negocio

perteneciente en la actualidad al Estado Social de Derecho (Córdoba, 2000, p. 174).

¹⁴ El contrato, cualquiera que sea la definición que se adopte de él, es la figura más destacada del derecho privado, el instrumento por excelencia para atender a las necesidades del tráfico jurídico y, en últimas, para la generación de

jurídico¹⁵, unilateral, bilateral o plurilateral, con la concurrencia de elementos normativos que lo integran y los requisitos o condiciones para que produzca el efecto jurídico principal que la voluntad de las partes desea; esto es, dar origen a una persona jurídica distinta a ellas, denominada sociedad comercial. Superado este primer requisito, se aviene el nacimiento de la persona jurídica, que surgiría con la inscripción en la matrícula mercantil.

3. El nacimiento de la persona jurídica societaria

Un respetable sector de la doctrina societaria en Colombia considera que, salvo las sociedades por acciones simplificadas, la sociedad comercial como persona jurídica nace con la escritura pública¹⁶. A pesar de su

obligaciones; razón por la cual, en la práctica, el estudio y la disciplina de la autonomía privada se vuelcan íntegros sobre el contrato, cuyos problemas, por lo demás, copan el ámbito de la legislación y la jurisprudencia relativa a aquellas, e incluso van más allá, al hacer sinónimos contrato y obligación (Hinestrosa, 2015, p. 237).

¹⁵ Para los efectos del presente escrito no es de interés definir si se está ante acto jurídico conforme a la teoría francesa o frente a un negocio jurídico conforme a la teoría italiana complementaria de la alemana; el interés se centra en el contrato como fuente de generación de obligaciones.

¹⁶ «La personalidad jurídica de la sociedad surge cuando es otorgada la escritura pública en la

autoridad académica, no se comparte aquí ese punto de vista; en lugar de ello, el presente trabajo considera que la persona jurídica societaria nace con la matrícula mercantil, tesis expuesta, entre otros, por los profesores Gaviria¹⁷

que consta su constitución, y no con requisitos distintos. Por eso, adolece de inexactitud la interpretación del inciso segundo del artículo 98 del Código, en el sentido de que la sociedad adquiere personalidad cuando se han cumplido todas las formalidades prescritas por la Ley. Claro que la inscripción de la escritura constitutiva en el registro mercantil se exige para que el régimen convencional sea oponible a terceros. Al respecto, cabe anotar que el Congreso de la República rechazó la iniciativa consistente en que la sociedad adquiriera personalidad jurídica con tal inscripción» (Narváez, 2008, p. 132). Para la Superintendencia de Sociedades, «se puede inferir que, cuando el inciso final del artículo 98 utiliza la expresión “una vez constituida legalmente”, se refiere al otorgamiento de la escritura pública de constitución de la Sociedad; por ello, es a partir de este momento que nace la persona jurídica como sujeto de derechos y de obligaciones» (Superintendencia de Sociedades, 2007). «Así, después de otorgada la escritura pública de constitución, debe inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social. Este requisito no tiene carácter constitutivo y, según la doctrina más difundida, no se requiere para la personificación jurídica de la sociedad. Se trata, por tanto, de un simple requisito de publicidad de alcance meramente declarativo» (Reyes, 2016, pp. 218-219). «Debe entenderse, conforme al criterio de interpretación generalmente aceptado, que la personalidad jurídica de la sociedad surge cuando se otorga la escritura pública en la que consta su constitución» (Morgestein, 2018, p. 38).

¹⁷ «La personalidad no llega tan rápido a la sociedad y sólo lo hace más tarde, cuando ha sido cumplida la diligencia indispensable de la inscripción mercantil» (Gaviria, 2004, p. 131).

y Pinzón¹⁸, e interpretación a la cual se suma este escrito, con base en los argumentos expuestos a continuación.

Si se parte de la aplicación del principio de dogmática jurídica según el cual en derecho las cosas se deshacen como se hacen¹⁹, se llega a la conclusión de que el momento en que nace la persona jurídica es cuando se obtiene el registro

mercantil, por cuanto la terminación de la personería jurídica de una sociedad ocurre cuando se cancela la matrícula mercantil, tal como afirma la Superintendencia de Sociedades:

(...) para el caso de las sociedades comerciales, la cancelación definitiva de la matrícula mercantil sólo procede cuando previamente se ha inscrito la cuenta final de liquidación; momento a partir del cual la sociedad pierde la calidad de comerciante y, como consecuencia de la liquidación, desaparece como persona jurídica para todos los efectos a que haya lugar. (Superintendencia de Sociedades, 2015)

Se ha argumentado que el registro es sólo para efectos de oponibilidad frente a terceros²⁰; sin embargo, «aunque, según el régimen general, la consecuencia sancionatoria del incumplimiento del registro de un acto jurídico sujeto a publicidad mercantil es su inoponibilidad, esta sanción debe calificarse cuando se trata del contrato de sociedad» (Reyes, 2016, p. 221). Es

¹⁸ «Es una vez creadas contractualmente las condiciones necesarias para el desarrollo de la empresa social cuando empieza la existencia legal de la persona jurídica (...). Es entonces, se repite, cuando empieza su existencia legal, no como efecto del contrato social ni como creación de los socios que se vinculan a la empresa social por medio del mismo contrato, sino como creación de la ley, como ventaja especial otorgada a los socios para facilitarles el desarrollo de la empresa social, al salvar en el campo del derecho escrito –campo meramente formal– la unidad de fines y de medios asegurada en la vida real a través del contrato, y al hacer valer ante terceros esa unidad y dar existencia a un sujeto de derechos y de obligaciones, distinto, en ese campo del derecho escrito, de los socios que hayan intervenido como autores del contrato de sociedad.» (Pinzón, 1988, p. 60).

¹⁹ *Quae sunt quod praeterit facite* es el latinajo jurídico que significa que, en derecho, las cosas se deshacen como se hacen. La Corte Constitucional, en las Sentencias C-510/08 del 21 de mayo de 2008, C-430/09 del 1 de julio de 2009 y C-439/16 del 17 de agosto de 2012, ha aplicado el principio de que, en derecho, las cosas se deshacen como se hacen. De la misma manera, se ha aplicado el principio *quae sunt quod praeterit facite* por parte del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, en Sentencia del 1 de marzo de 2018, Expediente 70001-23-33-000-2012-00182-01.

²⁰ «Ahora bien, es preciso definir cuándo se considera la sociedad constituida legalmente, ya que es a partir de ese momento que se forma como persona jurídica. Así las cosas, para la constitución legal de la sociedad se requiere tan sólo de la escritura pública, puesto que, con su registro ante la Cámara de Comercio, simplemente se está cumpliendo un requisito para darle publicidad o producir efectos frente a terceros» (Peña, 2014, p. 25).

así, en efecto, por cuanto el contrato de sociedad es un requisito para obtener la personería jurídica, pero no la persona misma.

Por otro lado, es posible creer que, cuando los diferentes tratadistas y la doctrina de la Superintendencia de Sociedades se refieren a que el registro mercantil no tiene carácter constitutivo, tal expresión alusiva a la constitución no debe ser entendida como atinente a la constitución de la persona jurídica, sino como relativa a la constitución como comerciante. Efectivamente, el hecho de registrarse no conlleva la constitución de la calidad de comerciante, pues esta se predica de quienes, conforme al artículo 10 del Código de Comercio, “profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la Ley considera mercantiles” y, cuando se hace referencia al carácter declarativo de la matrícula mercantil, se refiere al carácter declarativo de la condición de comerciante.

La matrícula no tiene función constitutiva; es decir, las personas naturales y jurídicas no adquieren mediante ella la calidad de comerciantes. (...) este estatus se obtiene por la ejecución profesional de actos de comercio con ánimo de lucro (personas naturales), por contemplar como objeto de la persona jurídica la realización de actividades mercantiles (sociedades comercia-

les, empresa unipersonal) y por la forma (sociedades por acciones simplificadas). (Castro, 2010, p.177)

Si se asume una interpretación como la propuesta, resulta coherente el sentido de las siguientes normas del Código de Comercio:

Es claro que, si los terceros ajenos al contrato no lo han conocido, este no podría producir efectos frente a ellos y, a su vez, estos deberán respetar las actuaciones ajenas realizadas en el ejercicio de la autonomía de la voluntad²¹; el sentido que posiblemente se difiere del artículo 112 del Código de Comercio está encaminado a que, si el contrato no se inscribe y, por tanto, no nace una persona jurídica, no sólo no podrán oponerse a los terceros los efectos de la persona jurídica, puesto que esta no nació, sino que, además, no se podrán oponer los efectos del contrato contentivo de la escritura pública.

²¹ «Si el postulado de la autonomía de la voluntad privada autoriza a los particulares para arreglar porción considerable de sus relaciones sociales mediante la celebración de actos jurídicos, a condición de que salva las contadas excepciones legales que ya hemos enunciado, no se pretenda imponer derechos u obligaciones a los terceros, la lógica del sistema conduce a establecer a cargo de estos el deber de respetar esos actos ajenos, o sea, el de no desconocerlos arbitrariamente (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 1998, pp. 397-398).

Además, la Corte Constitucional da a entender que, aunque la naturaleza del registro mercantil la mayoría de veces es de carácter declarativo, existen casos en los que la inscripción es constitutiva; uno de ellos es, precisamente, el establecido en el artículo 112²².

En cuanto al artículo 116 del Código de Comercio, resulta a todas luces claro que esta norma precisa los efectos propios del desconocimiento de la personalidad jurídica, dado que, si la “supuesta sociedad constituida” emprendiera actividades, implicaría no una simple inoponibilidad de los

actos que realiza, sino que tales actos no serían realizados por esa supuesta sociedad, sino directamente por los contratantes; consecuencia obvia de no existir persona jurídica alguna. Obsérvese, entonces, que la consecuencia que se impone a quienes, en el marco de un contrato societario, actúan sin el registro mercantil es la misma que cuando se levanta el velo corporativo, o sea, desconocer la personalidad jurídica del ente.

En lo relativo a la prueba, si la sociedad efectivamente existiera con la sola celebración de la escritura pública, el artículo 117 sería discordante con respecto a tal posición, puesto que este establece que la existencia de la sociedad se prueba con certificación de la Cámara de Comercio; luego, la mencionada disposición resulta un todo congruente con la tesis que se comparte en este escrito.

Por último, también es posible creer que las normas tributarias y procedimentales posteriores a la expedición del Código de Comercio impulsan la discusión en favor de considerar que es la inscripción en la matrícula mercantil el momento a partir del cual nace la persona jurídica societaria.

Nótese que, desde el punto de vista práctico, la sociedad comercial no puede operar ni ser identificable si no tiene asignado un Número de Identificación

²² « Ahora bien, a pesar de que los efectos del registro en general son simplemente declarativos, la doctrina se ha percatado de que, en ocasiones, la inscripción obra como condición *sine qua non* para la producción de los efectos jurídicos del acto inscrito, es decir, como condición de su eficacia jurídica. En este caso, las inscripciones han sido llamadas “constitutivas”. Dentro de esta clase de inscripciones constitutivas se reconocen tres posibilidades: (i) aquellas cuya omisión impide de manera absoluta la producción de efectos jurídicos; (ii) otras inscripciones cuya falta no impide la producción de efectos jurídicos, pero sí ocasiona la imposibilidad de registrar otros actos posteriores, como sucede cuando se omite el registro de la calidad de comerciante, o matrícula mercantil propiamente dicha; y (iii) aquellas cuya omisión permite que se produzcan efectos jurídicos entre las partes que interviniieron el acto llamado a registrarse, mas no frente a terceros. De esta clase son, por ejemplo, el registro de las escrituras de constitución de las sociedades o de reforma del contrato social a que se refieren los artículos 112 y 158 del Código de Comercio, respectivamente» (Corte Constitucional, 2003).

cación Tributaria (NIT) (artículo 555-1 del Estatuto Tributario); este se obtiene con el Registro Único Tributario (RUT) ante la DIAN (artículo 555-2), y los dos necesariamente son concorrentes con la matrícula mercantil. Así, para poder generar la matrícula, la Cámara de Comercio exige realizar una inscripción preliminar del RUT (PRERUT) ante la DIAN, requisito *sine qua non* para poder obtener matrícula. Por tanto, con la sola escritura pública la “supuesta sociedad” no podrá realizar ningún acto, en la medida en que no obtendrá un NIT que permita identificarla.

Desde el punto de vista procesal, conforme al Código General del Proceso, es necesario, para que adquiera la capacidad de ser parte, contar con un NIT que permita legitimar a la sociedad, y este sólo puede obtenerse si posee matrícula mercantil²³. De esta manera, una sociedad estará en capacidad de ser parte en un proceso judicial sólo si está inscrita en el registro mercantil, lo cual requiere, como puede observarse, tener un NIT.

Partir de la posición según la cual la persona jurídica nace con la matrícula

mercantil lleva a que los elementos para la existencia del contrato de sociedad sean distintos de los requisitos para que nazca a la vida jurídica la sociedad comercial y se concluya que los elementos del negocio jurídico societario o contrato de sociedad no son los ortodoxamente expuestos.

4. Elementos del negocio jurídico societario

Precisar cuáles son los elementos esenciales de un contrato permite básicamente auscultar si el contrato existe o no; luego, si es diferente la existencia del contrato respecto de la existencia de la sociedad, devendrá en que los efectos ante la ausencia de alguno de estos elementos serán diferentes. Al respecto, obsérvese cómo los efectos por la no presencia de los elementos que tradicionalmente se consideran esenciales del contrato de sociedad no generan la inexistencia de la sociedad (artículos 108, inciso 2, 125 y 218, numeral 3). De estas normas se podría concluir que, entonces, no son los mismos, puesto que, si faltando algún elemento de la esencia del contrato no se configura la inexistencia de la sociedad, sino que se presenta un efecto distinto como la nulidad o la disolución, se está en ese caso ante instituciones jurídicas distintas.

²³ « La capacidad para ser parte en el proceso dimana de la garantía constitucional de acceso a la administración de justicia y se confunde con lo que, en derecho sustancial, se llama *capacidad de goce* (o capacidad para ser titular de derechos y obligaciones) » (Rojas, 1999, p. 66).

De esta manera, resulta claro que, al ser dos instituciones jurídicas diferentes el contrato de sociedad y la sociedad misma, las obligaciones que como efecto surgen de su existencia son distintas, así comparten en un principio la misma fuente. Una forma de distinguir e individualizar las obligaciones puede darse a partir de los elementos que las integran²⁴; en este sentido, son diferentes los acreedores de las obligaciones que surgen una vez se perfecciona el contrato de sociedad²⁵, de la acreedora de las obligaciones que surgen frente a la sociedad una vez nace a la vida jurídica, es decir, cuando ya es persona, pues, en este último evento, es la persona jurídica la acreedora de la obligación, y no los

intervinientes en el negocio jurídico societario. En efecto, el acreedor que fundamentalmente espera la prestación es una persona jurídica que todavía no existe, pero se espera que exista, y que sólo con su existencia pueda exigir su ejecución forzada.

Con base en la anterior exposición, es posible concluir que los elementos esenciales del negocio jurídico societario son estos:

- a. *La affectio societatis* y
- b. la intención de participación en el riesgo de la empresa o actividad

A su vez, los requisitos para que nazca a la vida jurídica la sociedad comercial son los siguientes:

- a. El documento escrito que recoja el negocio jurídico societario con el lleno de los requisitos del tipo societario pretendido y
- b. la matrícula mercantil

Las autorizadas posiciones jurisprudenciales y doctrinales²⁶ han decantado que los elementos esenciales del

²⁴ «(...) un sujeto activo, que se denomina *acreedor*, espera fundamentalmente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado *deudor*, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea, a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero» (Hinestrosa, 2007, p. 55).

²⁵ Si nunca se inscribe el contrato de sociedad en el registro mercantil, la sociedad será *de hecho*, y las obligaciones que, efectivamente, nazcan a la vida jurídica que lleguen a surgir por el solo perfeccionamiento del contrato serán exigibles por los contratantes mismos; dependiendo de la prestación, serán ellos los acreedores o deudores, toda vez que no existe persona jurídica de la que pueda predicarse que pueda ser titular de los derechos de crédito o reales.

²⁶ Con respecto a los requisitos de la existencia o de la esencia del contrato de sociedad, Morgestein considera que, al tenor de lo consagrado en el artículo 98 del Código de Comercio colombiano, se trata de *la pluralidad de asociados, los aportes y la participación en las utilidades sociales*, a los cuales la doctrina y la jurisprudencia han agregado uno más: *el ánimo de asociarse* (Morgstein, 2018, p. 67).

contrato de sociedad son la pluralidad de socios, los aportes, la participación en las utilidades sociales y la affectio societatis (esta última es excluida por la Superintendencia de Sociedades y por un sector de la doctrina). Es el momento oportuno de revisar estas respetadas opiniones, en especial lo concerniente a la pluralidad de socios y los aportes, con una óptica distinta.

4.1 Pluralidad de socios

La pluralidad de socios no es un elemento esencial específico, dado que la necesidad de personas que expresen su voluntad y dispongan de sus intereses es un requisito de todos los negocios o actos jurídicos. Además, el debate sobre este elemento estaría prácticamente superado bajo la égida de que se trata de un negocio o acto jurídico, y no solamente de un contrato²⁷; en otras palabras, bajo el manto del negocio o acto jurídico se comprenderían tanto los contratos de sociedad de los tipos societarios del código de comercio como los actos unilaterales

²⁷ En la clasificación de los hechos jurídicos elaborada por la doctrina francesa, las acciones del hombre, mientras el derecho subjetivo las considera como hechos jurídicos, se dividen en *lícitas* e *ilícitas*, según sean conformes o contrarias a los preceptos de aquél. Cuando las de un sujeto son lícitas, y su finalidad es la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de obligaciones y derechos, se llaman *actos jurídicos*. Estos pueden ser *unilaterales* o *bilaterales* (García, 2002, p. 183).

para constituir una sociedad de una sola persona.

Vale la pena insistir en que la presencia de personas en el acto o negocio jurídico, más que un elemento de la esencia del contrato de sociedad da cuenta de una condición básica. Es obvio que todo negocio jurídico requiere de una o unas partes que manifiesten su voluntad respecto de la disposición de los intereses involucrados; sin embargo, ello no implica que sea de la esencia específica del contrato, ya que, como se anota, todos los actos o negocios requieren de personas que manifiesten su voluntad.

La pluralidad de socios es relevante sólo para la escogencia del tipo societario; pero, aun así, no deviene en un elemento de la esencia del contrato, pues tal pluralidad específica es un elemento para la validez del contrato y su inobservancia no genera inexistencia del contrato, genera nulidad del contrato²⁸ respecto del tipo específico.

²⁸ Los estudiosos en el tema de las sociedades avalan la anterior aserción, pues estiman que la falta de un mínimo de cinco accionistas, al constituirse la sociedad en comandita por acciones, representa apenas la simple omisión de un requisito de fondo del contrato, concerniente al tipo o forma de la sociedad que, si bien no constituye quebrantamiento alguno del orden general protegido con las nulidades absolutas fundadas en la ilicitud del objeto o de la causa, sí lo infringe porque transgrede una norma de carácter imperativo; teniendo en cuenta que el artículo 343 del Código de Comercio, por

4.2 Aportes

La respetada ortodoxia del derecho societario considera que los aportes son esenciales para el contrato de sociedad²⁹. No obstante, la práctica societaria, la revisión desde otra óptica de las normas societarias del código de comercio y los argumentos expuestos en este escrito permiten concluir que los aportes no son un elemento esencial del negocio jurídico societario.

Si se hace el ejercicio mental de imaginar, por ejemplo, un grupo de jóvenes emprendedores sin recursos económicos que decide constituir una sociedad, que no cuentan con activos en su patrimonio, dada su condición de hijos de familia, pero sí tienen ímpetu empresarial, seguramente la cifra

que indicarán como capital social en su contrato societario la mayoría de veces será una cifra simbólica. En el momento de perfeccionarse el contrato de sociedad probablemente estas personas manifestarán que se pagó el capital o, incluso, en un acto de perfecto apego a la norma, expresarán, sin ser cierto, que pagaron el mínimo legal del capital suscrito y que asumieron la obligación de pagar, en el término máximo legal, el saldo del capital que han suscrito. Ante esta situación, ¿se podría señalar que no existe contrato por ausencia de uno de sus requisitos de la esencia? Después de haber obtenido la matrícula mercantil, ¿asegurar que la sociedad no existe? Todo parece indicar que no.

El aporte no está definido en el Código de Comercio; sin embargo, para la presente argumentación, resulta relevante observarlo desde dos ópticas: como derecho personal³⁰ y como derecho real.³¹

cuanto determina que la sociedad en comandita “no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”, es un precepto de dicho linaje en la modalidad de los que instituyen prohibiciones, cuyo desconocimiento, sin duda alguna, genera la nulidad contemplada en el numeral primero del artículo 899 (Corte Suprema de Justicia, 1991).

²⁹ «La sociedad no surge a la vida jurídica sin aportes efectivos de los asociados. La obligación primordial de todos es cubrirle a la sociedad las aportaciones acordadas. Aportar significa contraer la obligación de dar o hacer en favor de una sociedad» (Narváez, 2008, p. 109). «Mediante los aportes los socios se vinculan a la sociedad; es su contribución o colaboración para el logro de los fines comunes» (Neira, 2006, p. 4). «Para acometer la actividad de explotación económica prevista en el objeto social se hace indispensable la integración de un fondo social con los aportes de los asociados» (Reyes, 2016, p. 143).

³⁰ «(...) los derechos personales o de crédito solamente conceden una esperanza de la prestación (débito) y una prestación para su efectividad (responsabilidad); oponibles apenas al deudor y los garantes: oponibilidad relativa. *Ius in re* e *ius ad rem*; en su orden, aquel tiende a ser duradero, indefinido; este es, de suyo, transitorio: no puede haber obligaciones indefinidas ni irredimibles» (Hinestrosa, 2007, p. 299).

³¹ Los derechos reales le otorgan al titular un señorío sobre la cosa, un poder inmediato sobre ella y una universalidad manifestada en la acción persecutoria, frente a cualquier perturbador o despojador, lo que muestra la posibilidad que tiene su titular de satisfacción plena, sin prestar atención a las relaciones que afectan a la cosa, y sin necesidad de ninguna

Así, el aporte dentro del negocio jurídico societario o contrato de sociedad, entendido como *derecho personal*, se vería como una obligación del deudor de dar o hacer, siendo el acreedor la sociedad que en el futuro surgirá con la matrícula mercantil; esta obligación es condicional suspensiva positiva³², por cuanto pende de un hecho futuro e incierto que es la existencia del acreedor. Esto quiere decir que, mientras no surja la persona jurídica no habrá nacido la obligación, y el efecto dentro del marco del contrato dependerá del estado de la condición, que puede ser pendiente, cumplida o fallida.

En el momento del perfeccionamiento del contrato de sociedad, la condición de la obligación de pagar el aporte a la futura persona jurídica de la sociedad se encontrará en estado pendiente³³

cooperación ajena: el derecho real es oponible *erga omnes* (Hinestrosa, 2007, p. 299).

³² Son condicionales aquellas cuyo nacimiento pende de un hecho futuro e incierto; cabe decir, de un hecho posterior a la fuente, pero del que no se puede saber si habrá de ocurrir o no, como el nacimiento de una persona o la llegada de un barco a puerto (Ospina, 1998, p. 23).

³³ «Su efecto propio consiste en detener no sólo la exigibilidad, sino el nacimiento mismo de la obligación. *Pendente conditione*, la obligación no existe, pero se espera que exista, si la condición se cumple: quien se obliga a pagar una suma de dinero cuando un barco llegue a puerto no debe hasta que el hecho condicional no ocurra; sólo en este momento nace su obligación. De manera que el efecto de la condición suspensiva es mucho más intenso que el del plazo suspensivo; este solamente detiene la

hasta tanto no quede en firme el acto administrativo del registro mercantil³⁴. Por ende, es difícil creer que una obligación que ni siquiera ha nacido a la vida jurídica pueda ser un elemento esencial del contrato que, a su vez, es un condicionante para que exista la persona jurídica que fungirá como acreedor; si ello se plantea en forma de pregunta, esta sería la siguiente: ¿cómo una obligación que no existe puede al mismo tiempo ser un elemento para que exista el contrato que le sirve de fuente?

Ahora bien, si el nacimiento de la obligación de pagar el aporte queda pendiente, dicha suspensión durará hasta tanto la condición quede en estado de definir si es cumplida o fallida; lo cual se sabrá, según surja o no la persona jurídica. Será cumplida si, conforme al artículo 1540 del Código Civil, se realice «(...) del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes». Al respecto, es posible concluir que el modo más racional al que se refiere la norma es con la existencia de la persona jurídica societaria; la condición será fallida,

exigibilidad de la obligación, aquella detiene su nacimiento mismo» (Ospina, 1998, p. 226).

³⁴ En cuanto al registro mercantil como acto administrativo, ver Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-051705 del 26 de Junio de 2012.

conforme al artículo 1537 del Código Civil, cuando es o se hace imposible, y tal situación probablemente tendrá lugar cuando quede en firme el acto administrativo proferido por la Cámara de Comercio, en el cual se abstenga de registrar el negocio jurídico societario.

Mientras tanto, y ello ocurre con una sociedad de hecho, la obligación de dar el aporte no habrá nacido a la vida jurídica; luego, si los asociados de hecho siguen las conductas descritas en la prestación atinentes al aporte, estos serán actos unilaterales con efectos disímiles, según se trate del acto, pero no el cumplimiento de la obligación de dar el aporte, por cuanto esta obligación no ha nacido a la vida jurídica. Por ejemplo, si uno de los asociados, con el fin de iniciar las actividades de “la empresa”, entrega una mercancía, y la persona jurídica finalmente nunca nace a la vida jurídica, ese acto no podrá reputarse como el pago de la obligación surgida en el contrato, sino que será un acto unilateral de disposición por parte de quien detentaba el derecho real.

Vale la pena insistir en que, si, teniendo en cuenta la discusión, se aceptara que la persona jurídica surge con la celebración de la escritura pública, la obligación de pagar el aporte no sería condicional, sino pura y simple, y, por ende, la obligación sería exigible. Una situación así generaría varios

problemas prácticos; entre ellos, que el acreedor de la obligación (sociedad mercantil) no podría demandar como se ha mencionado, y no sólo por carecer de los requisitos formales dispuestos en el Código General del Proceso, sino porque los otros asociados, que, en apariencia, serían los llamados a exigir el cumplimiento, no tendrían legitimación en la causa por activa, ya que no serían los acreedores de la obligación, dado que, se reitera, la acreedora de la obligación sería la sociedad.

Por otra parte, la condición cumplida, esto es, el nacimiento de la persona jurídica, que, cabe insistir, surge con la matrícula mercantil, da lugar también al nacimiento de la obligación de pagar el aporte. Esta es la razón por la cual, para la sociedad, una vez esta exista, surgen, con el artículo 125 del Código de Comercio, las posibilidades de exigir el cumplimiento de la obligación de pago del aporte.

A la postura del presente trabajo, según la cual los aportes no son elementos esenciales del contrato de sociedad, se une el punto de vista expuesto por la Superintendencia de Sociedades (2016), ante una situación en la cual en una Sociedad Anónima no se realizaron nunca los aportes. La explicación de la entidad respecto de las diferentes opciones para exigir el pago y las medidas conducentes parte de la base de la existencia de la sociedad y, por

ello, se plantea, incluso, la disolución de la sociedad, pero no concluye que se esté ante la inexistencia del contrato de sociedad.

En suma, las anteriores razones de orden jurídico sustancial llevan a considerar que el aporte no es un elemento esencial del negocio jurídico societario. Será un derecho real de la sociedad, únicamente cuando exista sociedad comercial y esta tenga la capacidad jurídica para ser titular de ese derecho; o un derecho personal, si el aporte consiste en una obligación de hacer, como en el caso de un aporte de industria.

Los aportes fueron aspectos fundamentales para las sociedades mercantiles en la génesis de la institución; cuando los únicos factores generadores de riqueza eran la tierra, el trabajo y el capital. Sin embargo, en la actualidad, la información relacionada con la tecnología es un factor aún más relevante para la producción de riqueza; de ahí que el capital intelectual sea el que marca la gran diferencia³⁵. Este

aspecto se enmarca, incluso, dentro del enfoque de la Ley 1834 de 2017, que «tiene como objeto desarrollar, fomentar, incentivar y proteger las industrias creativas. Estas serán entendidas como aquellas industrias que generan valor, en razón a sus bienes y servicios, que se fundamentan en la propiedad intelectual». Apple, Microsoft, Google, Hewlett Packard, Disney, Mattel INC, Amazon y Dell tienen en común haber sido en el momento de su nacimiento “empresas de garaje” cuyo único activo con el que contaron sus emprendedores fundadores fueron las ganas; y estas no pueden traducirse en un aporte efectivo.

En el panorama empresarial colombiano, los aportes efectivos al capital social para la creación de una empresa se evidencian, de manera precisa, si en la creación de una sociedad concurren organizaciones que ya tienen una contabilidad regular y, por ende, una información financiera; en realidad, en estos casos se precisa el aporte al capital social para desarrollar la nueva sociedad, que, en muchas ocasiones, es filial o subsidiaria del grupo empresarial. Por tanto, en empresarios nuevos, que no cuentan con la estructura organizacional, la certidumbre sobre la declaración exacta del capital inicial de la sociedad termina siendo un azar, pues contablemente se verá reflejado el aporte, pero el público no tendrá la información real y precisa de cuál es

³⁵ Rich Karlgaard, autor de varios *bestsellers* relacionados con negocios empresariales, en el prólogo de *El capital intelectual*, asegura que «hoy la creación de riqueza es un hecho mental. Las acciones de Microsoft se cotizan a diez veces su valor en libros, lo cual significa que 90% de su valor es intangible; consiste en programación electrónica, marca de fábrica y fuerza de *marketing*, cosas todas que provienen del cerebro de alguien» (Edvinsson y Malone, 1998).

el aporte social. Por lo general, los emprendimientos empresariales comienzan con microempresas, dado que no se cuenta con capital o se cuenta con muy poco, y estos, mayoritariamente, no poseen una organización con la cual tener una contabilidad regular³⁶.

El enfoque del derecho societario colombiano debe superar la visión tradicional de la sociedad mercantil como un asocio de personas que aportan capital para dar cobertura a los emprendimientos empresariales que nacen sin tener recursos. En resumen, se debe aceptar el énfasis en el individuo³⁷, y no en los bienes; para ello, es importante

que los socios emprendedores puedan manifestar con toda la confianza, sin transgredir norma alguna, la verdad de su estatus económico, y aseverar que no se hacen aportes a la sociedad.

A lo anterior se suma que la inmensa mayoría de las sociedades constituidas en Colombia son microempresas (como se observa en la Tabla 1); lo cual refleja, entonces, una tendencia abrumadoramente mayoritaria de emprendedores que requieren de mecanismos jurídicos que respondan a sus necesidades.

³⁶ «(...) al indagar sobre la contabilidad de las microempresas, la GEM encontró que más de la mitad de las microempresas encuestadas no lleva ningún tipo de contabilidad (61% en comercio, 57% en servicios y 53% en industria), lo cual da señales de una elevada informalidad. A su vez, la cuarta parte de los microempresarios tiene un contador (25% en comercio, 22% en servicios y 26% en industria) y entre 8% (comercio) y 15% (industria) tienen un *software* y un contador » (Clavijo, 2018).

³⁷ «El *individuo* es la unidad básica con la que se construye el emprendimiento. Sin embargo, el individuo por sí solo no es suficiente y requiere unirse a otros para conformar un equipo y enfrentar los retos propios del emprendimiento. Por otra parte, para que el equipo pueda crear una empresa, debe desarrollar un modelo de negocio que le permita intercambiar valor con el mercado. Para que este modelo de negocio pueda escalarse y replicarse, el equipo emprendedor debe poder recurrir a inversionistas y hablar el mismo idioma que ellos, lo que constituye una cultura de inversión» (Centro de Emprendimiento en Universidad de los Andes, s. f.).

Tabla 1

Unidades productivas por tamaño enero-diciembre 2019/2018

Tamaño	Número de empresas creadas ⁸⁴		Participación %	
	Ene-dic 2018	Ene-dic 2019	Ene-dic 2018	Ene-dic 2019
Microempresa	301.705	308.223	99,6	99,6
Pequeña	1.243	1.155	0,4	0,37
Mediana	69	70	0,0	0,0
Grande	10	15	0,0	0,0
Total	303.027	309.463	100,0	100,0

Información tomada del RUES (Registro Único Empresarial y Social)⁸⁵.

Esa mayoría de microempresas, en cuanto a capital, son un porcentaje minoritario frente a las grandes empresas⁴⁰, que se reitera, por acudir a su formación grandes inversionistas con una estructura muy organizada; reflejan de manera precisa el movimiento de activos para la integración del patrimonio del nuevo ente societario.

Que en un año no se supere el número de cien empresas medianas y grandes en el país, como lo muestra la tabla citada, evidencia, como se ha venido

anotando, la necesidad de cambiar el enfoque del societario colombiano.

4.3 La *affectio societatis* sí es un elemento de la esencia del contrato

La Superintendencia de Sociedades, en el citado concepto del 30 de diciembre de 2019, manifiesta que la *affectio societatis* no es un elemento de la esencia del contrato, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

⁸⁴ Entre enero y diciembre de 2019, se crearon 309.463 unidades productivas; 234.188 son personas naturales y 75.275 son sociedades. (CONFECAMARAS, 2020).

³⁹ «En la región Bogotá-Cundinamarca, la estructura empresarial se caracteriza por el predominio de las microempresas (96% del total de las sociedades constituidas) y por la concentración de los activos en las grandes empresas (58% del total de sociedades) » (Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, p. 22).

Parte de la base de que la definición del artículo 98 del Código de Comercio establece legalmente los elementos de la esencia del contrato de sociedad y, por tanto, se trata de una elaboración jurisprudencial; sobre este aspecto se dijo antes que no es fatalmente concluyente que dicha definición establezca

los elementos de la esencia, y el hecho de que jurisprudencialmente se haya incluido la *affectio societatis* no le quita ese carácter. En otras palabras, un contrato es un instrumento que refleja una realidad y, ya sea este típico o no, la presencia de los elementos esenciales llevará a su existencia, independientemente de la definición legal, y mucho más en el ámbito comercial, en el cual los contratos surgen de la práctica de los comerciantes. En conclusión, no vale la pena admitir la idea de que, sólo si el legislador incluye en la definición de contrato de sociedad el elemento de la *affectio societatis*, este sea esencial.

También se cita como apoyo de la exclusión de la *affectio societatis* a Reyes⁴¹; sin embargo, se entiende que ese no es el punto de vista que expone ese autor en su obra, y, en ese sentido, vale la pena tomar en consideración, como lo hace Morgestein, que, «como bien lo han advertido la mayor parte de auto-

res nacionales, el ánimo de asociarse no es un requisito contenido en el artículo 98 del Código de Comercio colombiano, sino que su origen es doctrinario y jurisprudencial» (Morgestein, 2018, p. 129). No obstante, el hecho de que se afirme que tiene origen doctrinario y jurisprudencial no implica *per se* que se niegue la consideración como elemento esencial; es posible observar que Reyes no cuestiona directamente el elemento de la *affectio societatis*, sino la claridad en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial⁴².

Finalmente, se puede reforzar la presente argumentación con el precedente jurisprudencial de la jurisdicción Argentina⁴³, citado por Reyes, en el sentido de que la *affectio societatis*, si se admite, es un elemento del mo-

⁴¹ «(...) salvo contadas excepciones, ni las sentencias judiciales ni las opiniones de los autores locales proveen suficiente claridad sobre la forma como el referido elemento tendría aplicación concreta ante situaciones fácticas específicas» (Reyes, 2016, p. 134).

⁴³ «La *affectio societatis* sólo resulta necesaria, de admitirse, en el momento de la constitución societaria, pero no necesariamente debe acompañarse ni subsistir en la vida de esta. Lo que une a los socios y constituye el elemento esencial de la sociedad es el fin común. Si este existe y, además, se encuentran reunidos los demás requisitos legales de la sociedad, ésta existirá, haya o no entre los socios confianza, simpatía, amistad, animadversión, desconfianza y odio. Por ello, los autores modernos prescinden hoy de mencionar la *affectio societatis* como elemento del contrato de Sociedad» (Reyes, 2016, p. 137).

mento de la celebración del contrato societario, posición que compagina perfectamente con la línea expuesta en el presente artículo, según la cual son diferentes los requisitos de la esencia del contrato, de las condiciones para la existencia de la sociedad.

Referencias

- Cámara de Comercio De Bogotá. (2008). *Dinámica de la inversión en la región de Bogotá- Cundinamarca 2007-2008.* Cámara de Comercio de Bogotá.
- Centro de Emprendimiento en Universidad de los Andes. (s. f.). LinkedIn. <https://www.linkedin.com/in/ceuniandes/>
- Castro, M. (2010). Derecho comercial. Universidad de los Andes.
- Clavijo, S. (2018). Resultados de la Gran Encuesta a Microempresas 2018. <https://www.Larepublica.co/Analisis/Sergio-Clavijo-500041/Resultados-De-La-Gran-Encuesta-A-Las-Microempresas-2018-2718177>
- Córdoba, P. A. (2000). La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades. *Revista de Derecho Privado*, 155-182.
- Córdoba, P. A. (2014). *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: El interés social, órganos, accionistas y administradores.* Universidad Externado de Colombia.
- Edvinsson, L. y Malone, M. (1998). *El capital intelectual.* Norma.
- García, E. (2002). *Introducción al estudio del derecho.* Porrúa.
- Gaviria, E. (2004). *Apuntes sobre el derecho de sociedades.* Señal Editora.
- Gómez Royo, E. (2014). *Fraseología jurídica latina.* Tirant Lo Blanch.
- Hinestrosa, F. F. (2007). *Tratado de las obligaciones (I).* Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. F. (2015). *Tratado de las obligaciones (II).* Universidad Externado de Colombia.
- Lombana, A. T. (2008). *Manual de obligaciones.* Ediciones Doctrina y Ley.
- Morgestein, W. I. (2018). *Derecho de sociedades.* Grupo Editorial Ibáñez.
- Narváez, G. J. (2008). *Teoría general de las sociedades.* Legis.
- Neira, L. C. (2006). *Apuntaciones generales al derecho de sociedades.* Temis.
- Ochoa, J. A. (2005). Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano, la sociedad y la empresa como institución. *Revista de derecho privado*, 47-90.
- Oficio 220-049608. (2007, 11 de octubre). Superintendencia de Sociedades.
- Oficio 220-200886. (2015, 22 de diciembre). Superintendencia de Sociedades.

- Oficio 220-036989. (2016). Superintendencia de Sociedades.
- Oficio 100-179360. (2019, 30 de diciembre). Superintendencia de Sociedades.
- Ospina Fernandez, G., y Ospina Acosta, E. (1998). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Temis.
- Ospina, F. G. (1998). *Regimen general de las obligaciones*. Temis.
- Peña, L. (2014). *De las sociedades comerciales*. Ecoe Ediciones.
- Pinzón, G. (1988). *Sociedades comerciales*. Temis.
- Reyes, F. (2016). *Derecho societario (I)*. Temis.
- Rojas, M. (1999). *El proceso civil colombiano, parte general*. Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia del 20 de agosto de 1991. Corte Suprema de Justicia. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, (238), 813-831.
- Sentencia 002. (1994, 24 de enero). Corte Suprema de Justicia Sala Civil.
- Sentencia 25899-3103-002-2002-00084-01. (2003, 22 de mayo). Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 6779. (2003, 27 de junio). Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia C-621/03. (2003). Corte Constitucional.
- Sentencia 100131030011989-05259-01. (2005, 12 de diciembre). Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 11001310300120020007901. (2009, 25 de marzo). Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 25899-3103-002-2002-00084-01. (2011, 24 de febrero). Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia 76147-3103-002-2003-00118-01. (2012, 19 de diciembre). Corte Suprema de Justicia Sala Civil.
- Sentencia SC8225-2016. (2016, 22 de junio). Corte Suprema de Justicia Sala Civil.
- Sentencia C-439/16. (2016, 17 de agosto). Corte Constitucional.
- Sentencia SC8225-2016. (2016, 22 de junio). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria.