

DISTINCION ENTRE SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES

por WILLIAM VILLA URIBE

“La sociedad puede ser *civil* o *comercial*. Son sociedades *comerciales* las que se forman para negocios que la Ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades *civiles*.” (Artículo 2.085 del Código Civil.)

Nuestro Código Civil reconoce expresamente dos tipos o clases diferentes de sociedad, las civiles y las comerciales. Luego de reconocer unas y otras, entra a diferenciarlas diciendo que las sociedades comerciales son las que se *forman* para negocios que la ley califica de actos de comercio. Todas las demás sociedades, esto es, las que no se forman para celebrar y desarrollar operaciones comerciales, son sociedades civiles.

Formar una sociedad equivale a *constituirla*. Es pues, según nuestro Código Civil, al constituirse la sociedad, en el acto de formación, acto que da nacimiento a la persona jurídica, el momento en que se define de una vez la naturaleza Civil o Comercial de la sociedad. Dicha naturaleza estará determinada por los actos que la sociedad se propone ejecutar para realizar su objeto. De modo, pues, que es el objeto de la sociedad el que de antemano ha de configurar los actos de la persona jurídica, la civilidad o la comercialidad de dichos actos. Lo primero es el objeto; luego vienen los actos. En otras palabras pudiéramos decir que el objeto es la causa de los actos. De manera pues que para determinar el carácter de una sociedad es necesario comenzar por el conocimiento de su objeto. Una vez conocido su objeto se sabrá qué actos tendrá que realizar la sociedad para su desarrollo y realización.

Conocidos los actos, viene una nueva etapa: su clasificación en civiles o comerciales.

El artículo 2.085 del Código Civil define a la sociedad comercial como aquella que se forma para negocios que la ley califica de actos de comercio. ¿Qué son actos de comercio? Nuestra ley no define el acto de comercio. Se contenta con hacer una enumeración simplemente declarativa de tales actos en el artículo 20 del Código de la materia. Con fundamento en el artículo 20 podríamos decir que sociedad comercial es aquella que en forma habitual se ve obligada a ejecutar uno o más de los actos allí enumerados para realizar su objeto, siendo sociedad civil la que sólo en forma accidental se vea en la necesidad de ejecutar actos de comercio para la realización de su objeto.

Por muy científico y racional que sea el criterio de distinguir por su objeto las sociedades civiles y las mercantiles, su aplicación práctica presenta dificultades. En efecto, muchas sociedades realizan a la vez actos que encajan en el concepto civil y operaciones que entran en la esfera comercial. ¿Cómo determinar en tales casos su naturaleza? Según un primer sistema, la sociedad de objeto complejo ha de ser reputada comercial, aun cuando las operaciones comerciales sean menos importantes o frecuentes que las civiles, salvo cuando los actos de la primera categoría tengan sólo por objeto hacer posibles los de la segunda. Según otro sistema, se reputan civiles las sociedades que se forman para negocios mixtos, salvo si las partes declaran que quieren sujetarse a las reglas de las mercantiles. Finalmente, según un tercer sistema, hay que atender, para aplicar el carácter de las sociedades, al objeto principal de las mismas, o sea a sus actos más frecuentes o más importantes; de acuerdo con este sistema —que nos parece el más aceptable—, ciertos actos de comercio aislados no pueden conferir a una sociedad que se dedique de modo principal a operaciones puramente civiles el carácter de sociedad mercantil.

No son las partes, los fundadores de una sociedad, quienes resuelven arbitrariamente de su fisonomía o naturaleza; ellos no son libres de calificar a la sociedad de civil o comercial; cuando más podrán estipular que la sociedad que se contrae, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad comercial. (Artículo 2.086 del Código Civil.)

Pero no podrían, a la inversa, estipular que la sociedad comercial por su naturaleza se rigiera por las normas aplicables a

las civiles (1); la sociedad siempre sería comercial; el no cumplir con los requisitos legales propios de las sociedades mercantiles, no le cambia la naturaleza al acto jurídico-social; estaríamos en presencia de una sociedad comercial irregular, y eso es todo. Las sociedades han de distinguirse pues por el negocio o especulación a que se dediquen, según sean a no actos de comercio. Hé ahí la importancia del artículo 2.085.

Nuestro Código Civil, descarta en esta forma dos posibilidades jurídicas en la calificación del carácter de las sociedades: la calidad de civiles o comerciantes de los socios y la voluntad arbitraria de los mismos para catalogarlas. En cuanto a lo primero, se ha tenido por axiomático que la condición de los socios no determina el carácter civil o comercial de una sociedad; puede constituirse una sociedad civil entre comerciantes, así como, a la inversa, puede establecerse una sociedad mercantil entre quienes no sean comerciantes.

Si bien es cierto que por disposición legal expresa, entre nosotros puede estipularse que la sociedad que se contrae, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de las sociedades comerciales, tal estipulación no cambia la naturaleza civil de la sociedad que continúa siendo civil; el ejemplo lo da el mismo Código Civil al disponer que las sociedades civiles anónimas se rijan por las mismas reglas de las comerciales anónimas, sin que

(1) "Lo que la ley no permite —dice Estasén— es que estas sociedades que se dedican al lucro o a la especulación (compañías mercantiles), y esencialmente comerciales por el propósito que tuvieron los fundadores al crearlas, por el que persiguen los socios y por los actos que realizan, tomen forma de sociedad civil, o sea, se constituyan con arreglo a los preceptos del Código Civil únicamente, y prescindan de los requisitos y formalidades del Código de Comercio. Una sociedad civil, según el objeto a que se consagre, puede transformarse en sociedad mercantil; lo que no cabe es que una sociedad mercantil tome forma de sociedad civil, porque las sociedades que practican actos de comercio, y a cuya formación presidió la idea de dedicarse al comercio, tienen carácter mercantil siempre, y durante su vida jurídica han de conservar la forma que el derecho mercantil exige para las entidades que viven bajo sus dominios y que están sujetas a sus preceptos." (*Tratado de las sociedades mercantiles*. Número 108, Pág. 120.)

"Siendo la sociedad civil por su objeto —piensa Burón— puede revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio, de colectivas, comanditarias y anónimas, con la aplicación de las disposiciones de éste y de las civiles; pero no se halla precepto análogo para el caso de que la sociedad sea mercantil por su objeto y tenga forma civil, sin duda porque no existe la misma necesidad. En efecto, la razón de que se constituyan sociedades en forma mercantil y con objeto civil, es que no habiendo en lo civil la variedad de ésta en cuanto a la responsabilidad limitada de los socios, que hay en el comercio, puede convenir a los contratantes, aunque el objeto sea civil, adoptar en el contrato la forma mercantil; pero no que siendo el objeto mercantil tengan para qué recurrir a la forma civil, porque en ésta, como la responsabilidad es siempre la misma, no se acomoda tan bien a sus conveniencias particulares." (*Derecho Civil Español*, III, número 1.400. Páginas 769 y siguientes.)

por ello se entienda que las sociedades anónimas hayan de ser siempre comerciales. En síntesis, podríamos concluir: Las sociedades civiles que toman la forma de mercantil se distinguen esencialmente de las sociedades mercantiles por su objeto, pues éstas realizan operaciones comerciales y aquellas operaciones civiles.

Entre nosotros no existe confusión teórica pero, en cambio, se presenta en la práctica un problema que engendra toda clase de vicios en un infinito número de sociedades, consistente en que los socios fundadores de una compañía, al constituirla, no saben distinguir la naturaleza de la sociedad que se funda; el problema se agrava si se tiene en cuenta que la mayor parte de nuestros notarios no son abogados, profesión que, en principio, debiera ser requisito indispensable para ejercer tan importante cargo. Se presentan ante el notario los fundadores de una sociedad y ocurre que en los casos en los cuales la finalidad social pueda ofrecer alguna duda respecto a la naturaleza de la sociedad, generalmente por ignorancia, se atienen incondicionalmente a lo que los contratantes desean; y declaran mercantil o civil a la sociedad, según el gusto de éstos. Desde ese mismo instante nace a la vida una sociedad irregular, lo cual podría evitarse fácilmente si el notario al estampar su firma fuera a la manera de un perito con autoridad capaz de suplir la falta de conocimientos jurídicos de los contratantes. El remedio para éste y muchos otros males hubiera sido la aprobación por el Congreso colombiano del proyecto de ley presentado en las sesiones de 1942 por el doctor Alfonso Restrepo Moreno (1).

(1) PROYECTO DE LEY

por la cual se dictan varias disposiciones sobre reglamentación de la abogacía.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Artículo 1º Desde la fecha en que la presente ley entre en vigencia, no podrán ser admitidos como apoderados en negociaciones civiles, criminales, administrativas o contencioso-administrativas, ni ser nombrados curadores *ad-litem*, partidores de bienes, defensores, ni patronos o voceros en asunto criminal, sino los abogados titulados y los que con anterioridad a dicha vigencia hubieren obtenido la correspondiente matrícula de acuerdo con las Leyes 62 de 1928 y 21 de 1931.

Artículo 2º Se requiere ser abogado titulado para el desempeño de los siguientes cargos:

a) Magistrado de Tribunal Contencioso-administrativo; Juez Superior, de Circuito, de Tierras y de Menores; Juez Municipal de ciudad de más de veinte mil habitantes; Procurador General de la Nación; Procurador Delegado en lo Civil y en lo Penal; Fiscal del Tribunal y de Juzgado Superior; Notario o Personero de capital de Departamento;

Con el laudable propósito de simplificar y dar una fórmula más sencilla que sirva para distinguir la naturaleza jurídica de las sociedades, algunos tratadistas se han dado a la tarea de hacer la diferenciación —por las actividades más conocidas y frecuentes en las relaciones jurídico-sociales— entre las sociedades del derecho mercantil y las del derecho civil.

Según Gay de Montellá, sociedades mercantiles son “las que, además de adoptar una forma de las establecidas en el Código de Comercio, tienen por objetivo el cumplimiento de actos comerciales, la compra y venta de primeras materias, mercaderías, bienes mobiliarios, la creación y transformación de productos, los transportes, construcciones, explotaciones de servicios públicos o privados, etc. Sociedades civiles son las que tienen por objeto la compra y venta de inmuebles, los estudios preparatorios de fundación de una sociedad mercantil (por ejemplo, sociedades de estudio de un negocio o empresa, sindicatos de iniciativa), etc.” (*La vida económica y financiera de las sociedades anónimas.*)

“En principio general —dice Ponsá Gil— se consideran como civiles las sociedades constituídas para la explotación del valor de un inmueble, el cultivo del suelo o la venta de sus productos, perteneciendo en propiedad el objeto explotado a la sociedad y podrán hacerse transformaciones en esos productos para mejorar-

b) Secretarios de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de Tribunal Superior y de lo Contencioso-administrativo, y

c) Secretario de Juez Superior, de Circuito, de Tierras o de Menores, de ciudades de más de treinta mil habitantes.

Mientras no fuere posible proveer el cargo de secretario de un Juzgado cualquiera, o de Juez Municipal, con abogado titulado, podrán ser designados los abogados recibidos y los estudiantes de Derecho que hubieren aprobado el último año de su carrera mientras subsista la respectiva licencia para ejercer la profesión.

Artículo 3º Los notarios no podrán autorizar el otorgamiento de escrituras públicas, referentes a actos o contratos, excepción hecha de testamentos cuya cuantía sea o exceda de mil pesos, sin que la correspondiente minuta lleve la firma responsable de un abogado titulado. En la matriz de la escritura y en las copias que se expidan de ésta, se dejará constancia del nombre del abogado que intervino en la minuta. Esta disposición no será aplicable cuando en el lugar en donde fuere otorgada la escritura, no existiere abogado titulado en ejercicio, caso en el cual se dejará constancia de ese hecho.

En los Despachos de las Notarías se mantendrá una lista, en lugar visible, de los abogados titulados que hubieren obtenido su inscripción.

Los notarios que infringieren esta disposición serán castigados con una multa de cien pesos y con la suspensión de su empleo por un mes.

Artículo 4º No podrán litigar en causa propia, si no se hallaren inscritos como abogados, los extranjeros; ni los nacionales que fueren titulares de derechos, en virtud de cesiones hechas con menos de tres meses de anterioridad a la fecha de la presentación de la respectiva demanda.

Artículo 5º En los términos de la presente ley quedan modificadas las leyes números 62 de 1928 y 21 de 1931.

Artículo 6º Esta ley regirá desde su promulgación.

los o aumentar su valor en venta, pero si la transformación fuese tan intensa que convirtiere en una nueva mercancía, en un nuevo producto el objeto explotado, podría constituir una industria agrícola y convertir en comercial el concepto de la sociedad, como, por ejemplo, la sociedad que fabrica azúcar con la remolacha de su propiedad. No se considera acto comercial, en cambio, la destilación del vino por el propietario de la uva.” (*Sociedades*, número 62, pág. 107.)

José Castán sostiene que “las sociedades que se dedican a la industria mercantil o a cualquiera de las industrias que se ven obligadas a practicar constantemente actos de tráfico, son de naturaleza mercantil. Las otras son de naturaleza civil, a menos que, aparte de las operaciones productivas propias de la industria a que se dediquen, ejerzan habitualmente actos característicos de la industria mercantil”.

Después de un breve estudio del tema que hemos venido tratando, el doctor Antonio Rocha, en una de sus magníficas conferencias dictadas en la Facultad de Derecho del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, concluyó diciendo: “Por regla general puede decirse que las especulaciones agrícolas e inmobiliarias son civiles y las industriales o de cambios son mercantiles.”

Entiende Thaller que el legislador, para dar claridad al concepto y determinación de los actos de comercio, debía establecer una regla general y tres excepciones: la regla general sería que toda profesión que persiguiese un lucro estaría sometida al derecho comercial; las excepciones habían de ser: 1ª Los oficios de los artesanos. 2ª Las carreras liberales. 3ª Las explotaciones agrícolas o forestales. (*Traité elementaire*, N° 14, pág. 14 de la 4ª edición.)

¿Y qué importancia práctica —nos preguntamos— tiene la distinción entre las sociedades civiles y las mercantiles?

Infinidad de consecuencias prácticas resultan de esta distinción. Desde el nacimiento de una sociedad, desde el mismo acto constitutivo, entran en juego una serie de consecuencias que trataremos de compendiar lo más sucintamente posible.

1. Las sociedades civiles son esencialmente consensuales. Nacen a la vida libremente, cumpliendo en esta forma su misión jurídico-económica. Basta el cruce de voluntades para formar el consentimiento y nacer a la vida una persona jurídica. Puede otorgarse un simple documento privado en caso de que las sumas

aportadas por los socios excedan de \$ 500. Es decir, siguen las reglas generales del derecho civil, conforme a las cuales todo acto jurídico no solemne, todo acto jurídico consensual, nace y opera válidamente fuera de todo molde o formalidad, restringiéndose la prueba testimonial o de indicios basados en testimonios, cuando el valor del acto jurídico exceda a la suma antedicha. El escrito se exige *ad-probationem* y no *ad-solemnitatem*. Bien entendido que si entre los aportes de los socios hay inmuebles o derechos reales en inmuebles, los estatutos de una sociedad civil deben pasarse ante el notario y registrarse como toda escritura pública, conforme a lo dispuesto por los artículos 2.577 y 2.652 del Código Civil.

Las sociedades comerciales, en cambio, cualquiera que sea su valor, mayor o menor de \$ 500, y aun cuando entre los aportes no haya inmuebles o derechos reales sobre los mismos, se forman y prueban por escritura pública registrada conforme al Código Civil. (Artículo 465 del Código de Comercio.) Además, el extracto de la escritura debe ser registrado en la Cámara de Comercio y publicado conforme a las prescripciones establecidas en los artículos 469 y 470 del Código de Comercio.

La omisión de cualquiera de éstas, que el artículo 473 califica de *solemnidades*, así como su tardío cumplimiento, produce la nulidad absoluta entre los socios.

2. Las sociedades comerciales están obligadas a llevar los libros de comercio en los términos establecidos por el Código de la materia (artículos 27 y 59) con la fuerza probatoria que se les asigna. Las sociedades civiles no tienen obligación de llevar libros de comercio.

3. En la escritura social de las sociedades mercantiles debe expresarse los nombres de los socios encargados de la administración y del uso de la razón social. En la sociedad civil bien puede no expresarse quién o quiénes han de administrarla, caso en el cual la ley presume que todos los socios se han concedido recíprocamente la facultad de administrarla.

4. Cuando las sociedades civiles no pueden satisfacer sus deudas se les aplican las disposiciones sobre concurso de acreedores, en tanto que a las mercantiles se les aplican las disposiciones sobre quiebra cuando cesan en el pago de sus obligaciones.

5. En las sociedades civiles la prescripción de las acciones se rige por las reglas ordinarias establecidas en el Código Civil. En las mercantiles existen plazos especiales, más cortos, conforme

a lo establecido por el Código de la materia. (Artículos 545 a 549.)

6. En cuanto al régimen fiscal o impositivo, la constitución de una sociedad civil por documento privado, en que no hay aporte de inmuebles, sólo causa un impuesto de timbre de \$ 0.05 por cada \$ 100 de capital, según la tarifa del Decreto Legislativo número 92 de 1932. En cambio la formación de una sociedad comercial, como ha de otorgarse necesariamente por escritura pública, da lugar a un impuesto de registro de \$ 0.20 por cada \$ 100 del capital nominal, según lo ordena la Ley 52 de 1920, más un recargo adicional equivalente al 10 por 100 del valor de dicho impuesto de registro, recargo establecido por la Ley 128 de 1941. Como se ve, es mucho mayor el costo de formación de una compañía comercial que el de una civil cuando puede constituirse por documento privado.

Empero, si la sociedad civil se hace por escritura pública, ya porque así lo quieren los socios, ya porque haya aporte de inmuebles, ella causa el mismo impuesto de constitución que una comercial, pues se le aplica la misma tarifa de registro, o sea la exigida por las Leyes 52 de 1920, artículo 1º, ordinales l), ll) y m), y 128 de 1941, artículo 10. Entonces la única diferencia, siempre en favor de la sociedad civil, sería el costo de las formalidades del extracto de los estatutos que entrega el notario y que debe inscribirse en la Cámara de Comercio y publicarse, requisito exigido como solemnidad a las compañías mercantiles.

7. En las sociedades colectivas civiles los socios responden ante terceros por las deudas sociales “a prorrata de su interés social y la cuota del socio insolvente gravará a los otros, a menos que se haya pactado solidaridad”, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil. En cambio, los socios de una compañía comercial colectiva son “solidariamente responsables de todas las obligaciones legalmente contraídas bajo la razón social”, de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio, sin que en ningún caso puedan los socios derogarla por convención.