

## EL RECTOR Y CLAUSTRO

del Colegio Mayor de Nuestra  
Señora del Rosario

invitan a los señores Rosaristas  
a la solemne fiesta de su Santísima  
Patrona

## LA BORDADITA

que se celebrará el domingo 16  
de octubre, a las 9 de la ma-  
ñana, en la Capilla del Colegio.

BOGOTÁ. 1955

# D E R E C H O

## De la Sociedad en Comandita Simple

LA CAPACIDAD DE LA MUJER CASADA PARA ENTRAR  
EN SOCIEDADES CON SU MARIDO.—LA DE LOS MENORES  
PARA SER SOCIOS COMANDITARIOS

Por el Profesor Dr. ANTONIO ROCHA

(Capítulo inédito de las conferencias de Derecho Comercial  
General, 1955).

Este tipo de sociedad merece del Código de Comercio una reglamentación bastante detallada y atenta, que contrasta con el poco uso que se hace de ella en la vida de los negocios. Lo mismo podemos decir de su hermana la comandita por acciones, bien que esta última forma de sociedad ha decaído menos en el favor del público.

### UTILIDAD DE LA COMANDITA SIMPLE

La comandita simple tiene una ascendencia histórica bien definida de nueve siglos en que prestó notable utilidad y aún hoy responde adecuadamente a cierto género de negocios y a la posibilidad de colocar capitales pertenecientes a personas que no quieren figurar como comerciantes o que carecen de capacidad legal para hacer directamente y por sí mismos actos de comercio que envuelven riesgos.

### VENTAJAS DE LA COMANDITA SOBRE LA COLECTIVA

La sociedad en comandita simple pertenece al grupo de sociedades de personas y no de capital; se forma como las colectivas "*intuitu personae*" y no "*intuitu pecuniae*"; frente a un problema de

solución dudosa, una comandita simple lo resuelve por las normas legales propias de la sociedad colectiva (Art. 612 del C. de Co.). Pero los riesgos de una colectiva afectan solidaria e indefinidamente la responsabilidad pecuniaria de todos y de cada uno de sus socios, exige una gran confianza recíproca e individual de los socios, las actividades del gerente obligan a todos y la insolvencia de alguno de ellos repercute sobre los otros por razón de la solidaridad; finalmente, la sociedad colectiva hace comerciante al socio y lo expone a los riesgos de la quiebra. La aludida responsabilidad solidaria e indefinida sobre los bienes personales no puestos o aportados a la sociedad es naturalmente fuente de crédito, pero esa misma circunstancia retrae al capital de organizarse en esa forma. Si hubiere un tipo de compañía en que ese riesgo lo adscribiéramos al socio gestor de los negocios, limitando en cambio la responsabilidad al mero monto de los aportes de otros socios, ese tipo de sociedad gozaría de las ventajas de crédito de las colectivas y al mismo tiempo de las de aislar los riesgos al capital aportado, con el atractivo de realizar utilidades ilimitadas. Pues bien, ese tipo de sociedad es la comandita.

#### DEFINICION DE LA COMANDITA SIMPLE

Reduciendo a la más simple expresión una sociedad en comandita, con un solo socio gestor y sólo otro aportador de capital, podría decirse que es una sociedad por la cual dos personas convienen en hacer el comercio bajo una razón social, aceptando el que va a usar de la razón social una responsabilidad ilimitada y el que coloca el capital una responsabilidad limitada al monto de su aporte.

#### NO ESTA LIMITADO EL MINIMO NI EL MAXIMO DE SOCIOS

Esta definición da una idea clara y sencilla de la sociedad en comandita, y no deja de ser cierta si aumentamos el número de socios, pues si se puede celebrar el contrato entre dos apenas, puede también celebrarse por un solo gestor y dos o más aportadores de capital, o por un solo aportador y dos o más gestores, o por uno o varios gestores que ponen también capital por su parte sin dejar de ser gestores y otro u otros colocadores de capital. Lo importante en cualquiera de estas hipótesis es saber que los gestores responden solidaria y también ilimitadamente a fuer de socios colectivos y que los otros, llamados socios comanditarios, limitan la responsabilidad a su mero

aporte, sin que por ello dejen de tener vocación ilimitada a las utilidades sociales. El Código de Comercio no la define con claridad; y la noción que da es especialmente oscura al distinguirla de la comandita por acciones.

#### ORIGEN HISTORICO

Decíamos que este tipo de sociedad ha dejado rasgos nítidos en la historia de varios siglos (1), mejor marcados que otras clases de sociedades. Dicen los autores que su nombre viene de "*commendare*", que significa confiar, depositar, conferir un mandato. En efecto, los socios comanditarios le confían al gestor el desarrollo de un negocio determinado con el capital suministrado por aquéllos, lo cual no impide que los gestores también arriesguen aportes propios. Agregan los autores que el contrato de comando nació en el siglo X de la Era Cristiana sobre las costas del Mediterráneo, cuando una persona confiaba a un comerciante o a un marino un capital en dinero o mercancías para que lo hiciera producir comprando, cambiando o vendiendo, con el atractivo de grandes ganancias y sin correr otro riesgo que la pérdida del capital comandado. Los aportadores de fondos no eran comerciantes ni por ello se convertían en tales. Al contrario, solían ser gentes cuya calidad o profesión les impedía darse al comercio o siquiera colocar dinero a préstamo, como los nobles, los sacerdotes y los empleados públicos que por ello venían a menos o incurían en censura eclesiástica.

#### LA COMANDITA SIMPLE NO VIENE DEL DERECHO ROMANO

Lyon-Caen y Renault dicen (ob. cit. N° 448): "La sociedad en comandita no proviene del derecho romano; allí existían sociedades de tipo muy aproximado, pero que tenían un objeto especialísimo: se sabe que la percepción de impuestos se confiaba a sociedad (*societates vectigalium*). Parece resultar de los textos (Pandectas) que a la cabeza de esas sociedades estaban asociados llamados *mancipes*, que contrataban con el Estado y le daban las garantías exigidas. Al lado de los *mancipes* estaban los asociados llamados *publicani* que sumi-

(1) Saleilles, *Etude sur l'histoire des sociétés en comandite*, citado por Lyon-Caen et Renault en su *Traité de Droit Commercial*, 5e. édition, tomo 2, 1ª parte, 1926; pág. 438, Librairie générale de droit et de jurisprudence; y por Georges Ripert en su *Traité élémentaire de droit commercial*, París, 1948, Librería citada, pág. 294.

“nistraban capitales y no estaban obligados sino hasta la concurrencia “de su aporte.”

#### ORIGEN MEDIOEVAL.—SUS EQUIVALENTES EN ESTADOS UNIDOS, EN INGLATERRA Y EN FRANCIA (1)

Convertidas en comandita durante las municipalidades y repúblicas italianas de la Edad Media —sin adquirir, desde luego, los lineamientos jurídicos precisos que alcanzaron a mediados y fines del siglo XIX— alcanzaron una gran popularidad, hasta cuando, ya en el presente, fueron desplazadas por las sociedades de responsabilidad limitada principalmente, y en parte por las anónimas. Mantienen, no obstante, la utilidad de permitir que los menores de edad vengan a ser socios comanditarios en circunstancias que luego explicaremos.

#### CARACTERES TIPICOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

##### JUXTAPOSICION DE GESTORES Y COMANDITARIOS

*Primero.*—Hay aquí una juxtaposición de personas ligadas entre sí por un contrato de sociedad *intuitu personae*, pero que se hallan en condición jurídica diferente: los socios *gestores* y los socios *comanditarios*. Aquéllos son en realidad socios colectivos, indefinida y solidariamente responsables de todas las obligaciones y pérdidas de la sociedad (Art. 606) y administradores exclusivos de la sociedad (Arts. 596, 611), por lo cual deben reunir las calidades necesarias para ejercer el comercio (Arts. 9, 464). Estos, los comanditarios, por el contrario, sólo responden de las obligaciones y pérdidas de la sociedad hasta concurrencia de su aporte prometido o entregado (Art. 606), y se les prohíbe ejecutar acto alguno de administración social, aún en calidad de apoderados de los socios gestores (Art. 607), por lo cual no son ni se tornan comerciantes.

(1) En Francia existen *soc. en comandita simple o por interés* (Arts. 23 y ss. del C. de Co. de 1807) como un desarrollo de las autorizadas en 1673. En EE. UU. de América y en Inglaterra se llaman *Limited partnerships*. Allí se distinguen también dos clases de socios en ellas: uno o varios *general partners* que vienen a ser nuestros *gestores* y uno o varios *limited partners* que corresponden a nuestros *comanditarios*. En Chile están reguladas por los Arts. 474 y ss., iguales a los del colombiano.

#### UN CASO DE APLICACION DEL ORDINAL 11 DEL ARTICULO 20 DEL CODIGO DE COMERCIO

Esta última es una ventaja económica y social, pues permite a personas que por su edad o condiciones personales no puedan ejercer el comercio ni administrar bienes ajenos, contribuir con su aporte a formar una empresa de comercio, siendo esta sociedad un caso de aplicación del ordinal 11 del artículo 20 del Código de Comercio; una persona sin ser comerciante, el socio comanditario, entrega bienes suyos a un administrador comerciante, al socio gestor, quien los recibe a condición de que el comanditario no administre.

#### LOS COMANDITARIOS PUEDEN PERMANECER OCULTOS ANTE LOS TERCEROS

*Segundo.*—Los nombres de los comanditarios pueden permanecer ocultos para los terceros, pues es facultativo (Art. 599) omitirlos en la escritura social y es prohibido hacerlos figurar en el extracto de la escritura que el Notario da para el registro y publicidad de la Cámara de Comercio (Arts. 599, 469 y 470). Se impone pues la costumbre de expedirles documentos de gerencia que comprueben y justifiquen su interés interno en la sociedad.

#### EL COMANDITARIO NO PUEDE FIGURAR EN LA RAZON SOCIAL

*Tercero.*—El nombre de un socio comanditario, nombre que según acabamos de ver puede no ser mencionado en la escritura y nunca en el extracto, mucho menos puede ser incluido en la *razón social* (Art. 600). Cuando estudiamos las sociedades colectivas vimos que la razón o firma social es (Art. 482) el estado civil y la personalidad de la sociedad colectiva y expresa el mandato recíproco que se confieren los socios para tratar y obligarse a los terceros. Como en las sociedades en comandita les está prohibido a los socios comanditarios ejecutar acto alguno de administración social (Art. 607), mal podría ser incluido su nombre en la razón social, ya que ésta expresa un mandato recíproco de administración. Y si el comanditario permite o tolera la inserción de su nombre allí, en la razón social, se constituye responsable de todas las obligaciones y pérdidas de la sociedad, en los mismos términos que el socio colectivo (Art. 601).

## LA RAZON SOCIAL.—COMO SE FORMA EN LAS COMANDITAS

Consecuente la ley con el significado de la razón social (estado civil de la persona jurídica sociedad y mandato recíproco de administración), ordena que ésta comprenda necesariamente el nombre de uno o más de los socios colectivos (Art. 600). Ellos sí revelan su nombre y su persona ante terceros, ellos van a ser obligados más allá de sus aportes con sus bienes individuales, ellos figurarán en el extracto y el registro, y su nombre integrará la razón social. Puede ir un nombre tras otro, como en las sociedades colectivas, o suprimir algunos y agregarle entonces al primer nombre de un socio colectivo la expresión “y compañía”: “Pérez y compañía”, por ejemplo, o “Pérez, Castro y Durán”, con tal que ellos sean todos los socios colectivos. Es tan temerosa la ley de que el nombre del comanditario sea incluido, que advierte tontamente que las palabras “y compañía” agregadas al nombre de un socio colectivo, no implican la inserción del nombre del comanditario en la razón social, ni imponen a éste responsabilidades diversas de las que tiene en su carácter de tal (Art. 600).

### PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA COMANDITA SIMPLE

*Cuarto.*—La sociedad en comandita se forma y prueba como las sociedades colectivas, por escritura pública registrada cuyo extracto se inscribe en la Cámara de Comercio y se publica en los periódicos. Es solemne como cualquier sociedad comercial, aunque su objeto sea civil. No hay sino que aplicar las reglas que describimos y analizamos cuando nos ocupamos de las sociedades colectivas. Recuérdese que, no tratándose de poner en evidencia el contenido mismo de las cláusulas sociales, caso en que la escritura registrada es la prueba adecuada, *basta* un certificado de la Cámara de Comercio para demostrar la existencia de la persona jurídica y la personería adjetiva o de representación del gerente, administrador, presidente o gestor, llámase de una u otra manera (Art. 598).

### DIFERENCIAS DE LAS COMANDITAS SIMPLES CON LA ASOCIACION O CUENTAS EN PARTICIPACION

La personalidad solemne de la sociedad en comandita y su razón social es lo que las distingue de la “asociación o cuentas en participación”. Es la “participación” un contrato que estudiaremos en la próxima conferencia. La participación no está sujeta a las solemnidades

prescritas para la constitución de las sociedades mercantiles (Art. 630), no constituye una persona jurídica y es *esencialmente secreta* (Art. 631). De ella los terceros no conocerán sino al *gestor* comerciante y no sabrán quién participa en los negocios de éste. Tampoco los terceros conocerán a los comanditarios (cuando éstos han omitido su nombre en la escritura social), pero los terceros sí sabrán que tras del gerente de la comandita hay unos socios y el monto del aporte de éstos, cuya descripción y cuantía no pueden omitirse ni en la escritura social ni en el extracto. Cuando hay contrato de cuentas en participación se negocia con una persona natural, el gestor; cuando hay comandita se negocia con una persona jurídica tan perfecta como cualquier sociedad mercantil.

## COMO FUNCIONA LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

### EL GESTOR MANEJA EL APORTE DEL COMANDITARIO

Si suponemos la forma más sencilla de comandita simple, constituida por un socio comanditario y un socio gestor, éste manejará la puesta o aporte de aquél, usando de las facultades que le confieran los estatutos y a falta de normas estatutarias puede hacer válidamente, conforme al Art. 512 del C. de Co., todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes al logro de los fines que ésta se hubiera propuesto (los Arts. 512 y 515 sobre orientación finalista y el giro ordinario de la sociedad los explicamos a propósito de las sociedades colectivas, páginas 239 y siguientes). Sabiendo pues que el gestor administra la sociedad y que en principio el comanditario lo deja obrar en actitud pasiva, empecemos por ver los derechos y obligaciones del comanditario.

### LA INACTIVIDAD DEL COMANDITARIO

Está fijada de antemano principalmente por los Arts. 605, 607 y 609, que pueden resumirse en una prohibición y en una facultad. La prohibición consiste en administrar. La facultad consiste en supervigilar la gestión ajena.

La prohibición es rigurosa y precisa. La facultad es amplia y compleja. Veamos aquélla primero.

Se prohíbe al socio comanditario ejecutar acto alguno de administración social, aun en calidad de apoderado del socio gestor (Art. 607). Si viola esta prohibición, agrega ese precepto, la sanción consiste en quedar solidariamente responsable con el gestor o gestores de todas las pérdidas y obligaciones de la sociedad, sean anteriores o posteriores a la contravención.

#### RAZONES PARA PROHIBIRLE INMISCUIRSE EN LA ADMINISTRACION

¿Por qué no puede el comanditario inmiscuirse en la administración del gestor? ¿Por qué no puede, como dice también el Art. 609, “*trabar la libre y espontánea acción de los gestores?*” Los comentadores del derecho francés explican la prohibición del comanditario para inmiscuirse en la gestión del gerente por dos aspectos (1):

#### SE PROHIBE ADMINISTRAR AL COMANDITARIO EN INTERES O PROTECCION AL GESTOR SOCIAL

Primero, la prohibición se explica por interés o protección del gestor. En otras palabras, el gestor no puede estar colocado bajo la dependencia del comanditario. Siendo el gestor indefinidamente responsable con su fortuna personal por los actos sociales y el comanditario sólo hasta su aporte, el poder debe residir donde se halla la responsabilidad.

Esta explicación no es unánimemente aceptada, porque la sanción de la transgresión debería ser lógicamente la nulidad del acto de gestión consumado por el comanditario, pues se trata, bajo esa hipótesis, de proteger al gestor. Y la sanción legal no es la nulidad, sino al contrario, extender la responsabilidad indefinida y solidaria del gestor también al comanditario que hizo acto de gerente. Los terceros que con él han contratado, en vez de perjudicarse, en vez de que su acto o contrato sea anulado, ven aumentada en su beneficio la responsabilidad del gestor con la responsabilidad solidaria e indefinida del comanditario.

(1) Estas explicaciones son pertinentes en derecho mercantil colombiano, porque nuestro artículo 607 coincide con el 27 del código francés, modificado en 1867, que dice: “*L'associé comanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, meme par voie de procuration.*”

#### LA SEGUNDA EXPLICACION ES POR INTERES DE TERCEROS ACREEDORES

La segunda explicación resulta de la crítica de la primera. Si se prohíbe al comanditario inmiscuirse en la gestión de los negocios sociales, es para no dar lugar a confusión por parte de terceros, que en este caso son los acreedores sociales; es pues en interés de terceros. Solamente los gerentes administradores pueden figurar en la razón social; eso es lo que saben los terceros; si se permitiera gerenciar al comanditario, los terceros incurrirían en confusión. Se dirá que los extraños que van a negociar con una sociedad en comandita pueden consultar la escritura social para saber quiénes son socios gestores y quiénes comanditarios y evitar así confusión. Pero ya sabemos que los nombres de los comanditarios *pueden no figurar* en la escritura social (Art. 599); y además, aunque figuren allí, la realidad de la vida comercial es que no se está exhibiendo ni consultando en todo momento o todo caso la escritura social. Los terceros que creyendo tratar con un gestor se han entendido con un comanditario, se engañan de buena fe sobre su verdadera calidad. Hay entonces una verdadera “*apariencia de mandato*”, cuyas consecuencias no sería justo cargar a los terceros, es decir, no sería justo que los terceros soportaran entonces la limitación económica de la responsabilidad del comanditario hasta el mero monto de su puesta social.

La prohibición de mezclarse en la gestión de los negocios sociales es pues la consecuencia de la que antes estableciera el Art. 600: “El nombre de un socio comanditario no puede ser incluido en la razón social.” El comanditario, no siendo comerciante, no debe ocuparse de la gestión social.

#### MEDIOS DE INTERVENCION DEL COMANDITARIO EN LA SOCIEDAD. DIFERENCIAS CON EL PRESTADOR EN MUTUO.—CONTROL Y VIGILANCIA.—CONTRATOS PERMITIDOS

Visto lo que se le prohíbe al comanditario, veamos lo que se le permite. Pues al fin y al cabo el comanditario no es un mero prestador de bienes y valores a la sociedad. Quien da dinero en préstamo a un tercero no adquiere derechos de medio sino de resultado; el prestatario usa del dinero recibido a muto a su discreción; el prestador no puede intervenir en los negocios que haga el prestatario con el dinero prestado, ni tiene éste obligaciones de medio que lo

liguen a aquél. El socio comanditario sí está ligado al socio gestor por un contrato que prevé una gestión, unos medios de acción, una actividad encaminada a realizar un fin social que es común a ambas especies de socios, y en esa gestión conlleva el interés de la devolución de su aporte y de la participación de beneficios, o más aun, de la pérdida de uno y otros. Es pues natural que tenga algunos derechos de medio, que de alguna manera participe en la gestión social. Eso es lo difícil de precisar y delimitar: hasta donde la prohibición de gestión se compagina con la del control, consejo y vigilancia.

#### DISTINCION ENTRE INMISCUIRSE Y CONTROLAR Y ACONSEJAR LA GESTION SOCIAL

La prohibición de ejecutar acto alguno de administración social (Art. 607) no va hasta exigir del comanditario un ánimo indiferente por los negocios sociales que el gestor adelanta. La prohibición de inmiscuirse no impide el consejo, el control y la supervigilancia. Algún límite jurídico debe haber entre las dos cosas. La ley dice, Art. 609, que no son actos administrativos (sic) de parte de los comanditarios: “3º El consejo, examen, inspección, vigilancia y demás actos interiores que pasan entre los socios, siempre que no traben la libre y espontánea acción de los gestores.”

El límite de lo prohibido y lo permitido está *en la representación jurídica* que implique el acto ante terceros. Administrar es obrar, pero obrar en forma que implique la representación de la sociedad. Inmiscuirse en los negocios sociales, a la manera prohibida por el Art. 607, es verificar un acto jurídico como representante de la sociedad. Por el contrario, aconsejar, inspeccionar, examinar y vigilar, no es representar a la sociedad. Es representar su propio interés de socio frente a la sociedad y no a terceros. En ello no hay lugar a equívocos ni confusiones por parte de éstos. Las mismas palabras de que el código colombiano se sirve, arriba transcritas, corroboran y dan fundamento a la idea de que la representación social es lo prohibido: el código dice, en efecto, “actos interiores que pasan entre los socios”, expresivas de la idea de que no se asuma una representación frente a terceros. Entonces también resulta un límite de actividades entre socios gestores y comanditarios: el consejo de éstos no obliga a aquéllos y el examen y supervigilancia es un medio de investigar la actividad del gestor, no de “trabarla”. Esta expresión significa en el

diccionario de la lengua: “Juntar o unir una cosa con otra, para mayor fuerza o resistencia” y también tiene la acepción de “entorpecer”. En ambos sentidos puede tomarse: los comanditarios no pueden entorpecer la acción del gestor, pero pueden unir a ésta su consejo y advertencia interna.

#### CONSECUENCIAS PRACTICAS QUE SE DESPRENDEN DE LA TEORIA ENUNCIADA CLAUSULA QUE EXIGE LA AUTORIZACION DEL COMANDITARIO PARA UN ACTO DEL GERENTE

Frente a esta distinción, ocurre pensar si es válida una cláusula del contrato social por medio de la cual ciertos actos del gestor, tomar dinero en préstamo simplemente, o desde cierta cantidad, por ejemplo, quedan subordinados a la autorización del o de los comanditarios. En la práctica de los negocios conocemos esas cláusulas, pero no la jurisprudencia a que hayan dado lugar. Esa jurisprudencia existe a propósito de sociedades colectivas, pero no para poner en duda su validez, que evidentemente la tienen allí dentro de la autonomía de las partes para contratar y su publicidad ante terceros, sino por razón de su aplicabilidad frente a un caso dado en que no ha sido clara la autorización de los demás socios colectivos, o su publicidad. En cambio sí existe jurisprudencia conocida en los tribunales franceses, que se pronuncian por la validez de esa cláusula en sociedad en comandita. En efecto, la jurisprudencia francesa declara que son válidas las cláusulas por las cuales ciertos actos del socio gestor quedan subordinados a la autorización de los comanditarios. Los franceses dicen que tales cláusulas no interesan a los terceros, porque el comanditario en ese caso no da sino una mera autorización interna; los terceros verán obrar al socio gerente y contratan con él bajo su responsabilidad personal además de la social. Y agregan que lo prohibido al comanditario es figurar en la razón social o firmar por la sociedad, contratar para ella como si verdaderamente fuese el representante de la sociedad. Entre nosotros la cláusula es sin duda válida, porque siendo pública por el pacto social es oponible a terceros, quienes, conociéndola, deben exigir del gestor que muestre o exhiba la autorización del comanditario.

#### VALIDEZ DE LA CLAUSULA DE REVOCACION DEL GERENTE POR VOTOS DE LOS COMANDITARIOS

Puede dudarse también de la validez de la cláusula por la cual la calidad de gerente de un socio gestor o colectivo de sociedades en comandita queda sujeta al consentimiento de los comanditarios, pues esta intervención de los comanditarios está muy cerca de la prohibición de inmiscuirse en la gestión social y parece algo más que consejo y supervigilancia. Pero la doctrina y la jurisprudencia francesas también la juzgan válida, por cuanto no hace equívoca ni confusa la posición de gerente frente a terceros. De otro lado, ninguna razón inhibe a los comanditarios del derecho de juzgar, criticar, censurar y deliberar, derechos que se traducen en el voto, anexo a su calidad de socio, y de orientación con su consejo, de las actividades sociales al giro ordinario y fines de la persona jurídica sociedad.

Bien se ve que los comanditarios pueden participar en la *gestión interior* de la sociedad, como dice el Art. 609, ordinal 3º, con tal que ello no implique gestión exterior y actos de representación y que los terceros no puedan confundir a un socio gestor con uno comanditario en la dirección y actividad social. Tales actos no significan *presión* que trabe la libre y espontánea acción de los gestores. Como la prohibición de inmiscuirse en la vida externa se funda en el interés de terceros, no se ve inconveniente en que el comanditario se preocupe y ocupe en la gestión interna y basta que por fuera no aparezca el comanditario realizando actos jurídicos en nombre de la sociedad. (Arts. 605, 609).

#### CONTRATOS DE COMPRA Y VENTA. ARRENDAMIENTO. ETC. DEL COMANDITARIO CON LA SOCIEDAD

El código precisa lo que el comanditario puede hacer, en los Arts. 605 y 609. Les permite obrar en virtud de contratos especiales, por su propia cuenta o ajena, celebrados *con* los socios gestores (numeral 1º). Esos contratos son celebrados con la sociedad representada por los socios gestores. El comanditario, al contratar con la sociedad, en su nombre propio o ajeno del comanditario, en ventas y compras, arrendamientos, no da lugar a equívocos, porque no juega el papel de representar a la sociedad, sino al contrario, de contraparte.

#### EL COMANDITARIO PUEDE SER COMISIONISTA DE LA COMANDITA EN PLAZA DISTINTA DE LA DEL DOMICILIO

Puede también, dice el numeral 2º del Art. 609, “desempeñar una comisión en una plaza distinta de aquella en que se encuentre establecido el domicilio de la sociedad”. Es porque el comisionista mercantil, en general, obra en nombre propio, aunque por cuenta ajena y, en caso de duda, se presume que ha contratado a su propio nombre (Art. 356, C. de Co.). La Corte Suprema ha dicho que los Arts. 356 a 361 del C. de Co. son la expresión del fenómeno jurídico denominado “*mandato sin representación*” que consulta la índole sui generis del cargo de comisionista, dada su misión en los negocios mercantiles (G. J. Nº 1917, Tomo XLIV, págs. 316 y ss.). El papel de comisionista que asume el comanditario ante terceros, con un mandato sin representación de la sociedad, le permite no revelar la representación social y no se puede suponer externamente que obra *en nombre de ella*. Es esta la manera de armonizar los artículo 607 y el ordinal 2º del 609: el primero prohíbe al comanditario ejecutar acto alguno de administración social “aun en calidad de apoderado de los socios gestores”; el segundo le permite desempeñar una comisión de la sociedad en plaza distinta de aquella en que se encuentre establecido el domicilio social; para esto último es necesario entonces que la comisión la desempeñe en nombre propio y no de la sociedad, papel que es posible al comisionista que obra con mandato pero sin representación. Además, y finalmente, la ley ha tomado la precaución de que cumpla la comisión “*en plaza distinta*”, para prevenir todo equívoco ante terceros.

#### EL COMANDITARIO PUEDE SER EMPLEADO DE LA SOCIEDAD Y AUN FACTOR DE COMERCIO

No hay motivo para pensar que la enumeración de actos permitidos al comanditario por el Art. 609 sea limitativa. Mas que el problema exégeta de la limitación, está el principio que se deduce de los casos, de que se le prohíbe asumir la representación jurídica social. Así, en varios países, que parten de las mismas bases legales, se admite que el comanditario puede celebrar contratos de trabajo con la sociedad. Se ligan a ésta con un contrato de arrendamiento de servicios, como dependiente y no como socio, por ejemplo, al frente de un taller o de una sección especial del ramo de comercio. Los factores

no pueden contratar sino expresando que obran por poder, lo que evita todo equívoco (Art. 436, C. de Co.).

#### OPERACIONES DE CREDITO ENTRE EL COMANDITARIO Y LA SOCIEDAD

Otro caso que la doctrina considera legal es que el comanditario celebre con la sociedad operaciones de crédito. Desde luego, no es probable que la sociedad sea la prestamista, a menos que lo permita su objeto social; lo normal es que el comanditario sea el prestamista de dineros o valores y la sociedad sea prestataria. Ese caso es frecuente en países en que los Bancos financian industrias locales en calidad de comanditarios; entonces, a más de su papel de comanditarios, asumen por necesidad social, el de mutuarios y financiadores con préstamos a la sociedad.

En todos los casos enumerados, por vía de ejemplo, se ve a la sociedad y al comanditario ligarse por un contrato como venta, arrendamiento de cosas, comisión, arrendamiento de servicios, préstamo, en que el vínculo es puramente contractual y no hay posibilidad de violar la prohibición impuesta al comanditario de ejecutar actos de administración en representación de la entidad sociedad, ni lugar a equívocos ni confusión de parte de terceros acerca de la persona que gerencia la sociedad.

Vista la posición de un comanditario frente a la sociedad y al gestor, veamos ahora la del gestor o gerente o administrador.

#### CONDICION JURIDICA DE LOS SOCIOS COLECTIVOS DE SOCIEDADES EN COMANDITA

Es fácil ya suponerla o deducirla después de conocer lo que los socios comanditarios pueden hacer y lo que les está prohibido: tanto lo permitido como lo prohibido se relaciona directa o inmediatamente con las atribuciones de los socios colectivos o gestores y ante todo con la gerencia o administración, que les está confiada exclusivamente a los socios colectivos.

#### DIFERENCIAS DEL INTERES DEL SOCIO COLECTIVO Y DEL COMANDITARIO EN LA VIDA SOCIAL

En efecto, en el buen éxito de la sociedad en comandita los socios colectivos o gestores están interesados de una manera distinta a los

comanditarios: los socios gestores son indefinida y solidariamente responsables de todas las obligaciones y pérdidas de la sociedad (Art. 606); si el objeto social es comercial por sí mismo, dichos socios colectivos se hacen comerciantes por gerenciarlos; las actividades y negocios sociales los hacen en nombre de la sociedad y para ella; y obligan, finalmente, al mismo tiempo que el patrimonio social su propio y personal patrimonio. El socio comanditario, en cambio, al desempeñar el papel pasivo de dejar hacer, sólo responde de las obligaciones y pérdidas sociales hasta concurrencia de su aporte (*ibidem*). Dada esa previa distribución legal de responsabilidad y de actividad, apenas es natural que el socio colectivo se llame gestor y que asuma la dirección de los negocios sociales y la representación de la compañía frente a terceros.

#### LOS SOCIOS COLECTIVOS SE RIGEN POR LAS NORMAS DE LAS SOCIEDADES COLECTIVAS

Nos resulta de otro lado también fácil de distinguir la situación del socio o socios colectivos de una comandita si recordamos que este tipo social es, como antes anotamos, de los *intuitu personae*. Los Arts. 611 y 612 lo estatuyen así en forma categórica. El último dice que en todo caso de duda la sociedad se reputará colectiva. Y el 611 prescribe que “habiendo uno o más socios comanditarios y muchos colectivos, sea que todos éstos administren de consumo, sea que uno o más administren por todos, la sociedad será al mismo tiempo comanditaria respecto de los primeros, y *colectiva relativamente a los “segundos”*. En consecuencia, a los socios colectivos de una comandita simple se les aplican las reglas de la ley de las colectivas: capacidad para ser socio, administración de pleno derecho, responsabilidad solidaria e indefinida por el uso que hagan de la razón social, en otras palabras, todo cuanto hemos dicho a propósito del socio y de la sociedad colectiva, especialmente en la “vida social” (páginas 230 a 237 y 237 en adelante de estas conferencias).

#### UN TERCERO, ADMINISTRADOR O GESTOR

Agregaremos, no obstante, algunas consideraciones especiales. La administración de una sociedad en comandita está confiada exclusivamente a los socios colectivos, como hemos dicho varias veces, pero, según el Art. 596 del C. de Co., la administración puede ejercerse

“por sí o por sus delegados”, es decir, por delegados de los socios colectivos. Y el Art. 596 agrega una frase final explicativa o aclarativa: “y en su nombre particular.” Esto quiere decir que cuando la administración se confía por el pacto social o por convenio posterior de todos los socios a una persona no socia sino extraña, ésta será considerada como un delegado particular de los socios colectivos y no, como pudiera deducirse por la redacción oscura, que los delegados extraños, administradores de la sociedad, harán uso de la razón social en su nombre particular.

En una sociedad en comandita puede colocarse pues como gerente a un tercero, pero entonces el tercero gerente debe ser considerado como el mandatario de los socios colectivos; en realidad él representa a los socios colectivos o gestores, únicos que pueden administrar; de donde también se deduce que un comanditario no podría ser gerente o delegado de los gestores.

#### SON VALIDAS LAS CLAUSULAS QUE PERMITEN A LOS COMANDITARIOS VOTAR EN LA ELECCION O REMOCION DE UN TERCERO ADMINISTRADOR

Sin embargo de que el tercero a quien se confían la administración de la sociedad es considerado como un delegado de los socios colectivos (Art. 596), los comanditarios tienen y deben tener acceso a su escogencia o a su elección, puesto que van a comprometer con su gestión sus aportes, utilidades o pérdidas. Igual intervención tienen en la remoción del cargo de administradores. Algo más, si el nombramiento del tercero es estatutario, esa cláusula forma parte integrante del contrato social y no podría ser removido ese gestor tercero sin el consentimiento de los comanditarios, puesto que no se le puede remover sin modificar el acta social que es una ley para todos. No es pues contrario al espíritu de la sociedad en comandita —que, en principio, da tanta libertad a los gestores respecto de los comanditarios— la cláusula que permite a los comanditarios votar para la elección o remoción de gerentes terceros o extraños a la sociedad.

## OTROS ASPECTOS DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

### LOS APORTES

En éstas los socios comanditarios “prometen llevar a la caja social un determinado aporte”. Casi siempre el aporte consiste en dinero, y así fue en el origen histórico de esta clase de sociedades, pero no es indispensable que entreguen dinero, sino que puede ser su aporte en especie, *in natura*, muebles o inmuebles. En la vida diaria se ve más bien que los comanditarios entregan dinero y que los socios colectivos o gestores aportan inmuebles, fábricas o industrias.

### NO HAY SOCIOS INDUSTRIALES COMANDITARIOS

No es posible, en cambio, que el comanditario aporte su capacidad, crédito o industria personal, según expresa prohibición del Art. 602. No hay pues socios industriales comanditarios. Esto porque el aporte en industria llevaría necesariamente al comanditario a manejar los negocios sociales o por lo menos a inmiscuirse en la vida social, lo que, como sabemos ya, está prohibido por el Art. 607. La única manera de que un socio comanditario ayude en la vida social con su habilidad industrial es su consejo (Art. 609) o materialmente al frente de un taller o industria mediante un contrato de prestación de servicios en que aparezca su papel de contraparte frente a los gestores, como lo vimos antes.

El código permite (Art. 602) que el socio comanditario aporte la comunicación de un secreto de arte o ciencia, con tal que no lo aplique por sí mismo ni coopere directamente a su aplicación. Esto para evitar confusiones respecto de los gestores responsables del uso de la firma social ante terceros.

### DIFERENCIAS ENTRE EL COMANDITARIO Y EL MUTUANTE

Cuando estudiamos la *affectio societatis* y el *jus fraternitatis* como elementos esenciales internos del contrato de sociedad (págs. 146 y 153), para poner de presente el carácter igualitario de los socios y distinguir la comunidad de la sociedad, vimos que sin esos elementos no hay sociedad. A esta exigencia no se escapa el socio comanditario, no obstante que a primera vista parece un simple prestador de dinero o de cosas cuya remuneración no será un interés fijo, como el

que recibe el mutuante, sino una participación de las utilidades de un negocio ajeno. Pero nó, el comanditario es un verdadero socio. Para distinguirlo del mutuante o prestador de dineros, basta observar:

a) El mutuante no participa en las pérdidas de los negocios de su deudor. El comanditario, en cambio, va en ellas, so pena de cláusula leonina que anularía la sociedad; (véase págs. 155 y ss. sobre cláusula leonina).

b) El mutuante es un acreedor de la sociedad por el capital e intereses. El comanditario tiene derecho a la devolución de su aporte a la disolución y liquidación de la sociedad, pero después de pagadas por ésta las deudas sociales y en proporción al tanto por ciento de la cuota que reciban proporcionalmente todos los socios. El no concurre con los acreedores sociales en caso de quiebra de la sociedad; y

c) El comanditario no tiene derecho al interés fijo que caracteriza al contrato de mutuo.

#### VALIDEZ DE LA CLAUSULA DE INTERES FIJO EN LAS COMANDITAS

Es bueno aclarar a este último respecto que nosotros ya sabemos que no repugna a la índole de una sociedad pactar un interés fijo para estimular la suscripción de acciones (pág. 356 y ss.). Lo que sucede es que esta cláusula no es oponible a terceros acreedores, pero suele acostumbrarse; como el comanditario está expuesto a no recibir en devolución todo su aporte, y también a que su capital sea insuficientemente remunerado, por exceso en los gastos generales de la empresa, exigen una remuneración fija, de un 6% anual, por ejemplo. Este interés fijo no podría pagársele sino a título de gastos generales e imputables a dividendos. Si se pactare en los estatutos que los comanditarios tomarán su 6% aunque no haya beneficios, se disminuiría el capital social, porque no habría ninguna suma disponible sobre la cual pagarle el interés de su aporte. Con todo, algunas jurisprudencias extranjeras admiten la validez de la cláusula con dos condiciones: que el pago del interés fijo sea sin perjuicio de créditos de extraños; y que, por consiguiente, haya habido otros aportes de socios colectivos, que vendrían a ser los que se disminuyen, a falta de utilidades, con el pago del interés fijo a los comanditarios.

#### SE PUEDE DISMINUIR EL CAPITAL DE UNA COMANDITA, SIN PERJUICIOS DE TERCEROS

Lo que acabamos de explicar acerca de la cláusula de interés fijo con que la práctica suele remunerar como estímulo el aporte de los socios comanditarios, toca con el problema de la reducción o disminución del capital social en las en comanditas simples. Es decir, si en este tipo de compañías rige la regla de la *fijeza del capital social*. Es un problema conocido por nosotros, pues nos hemos ocupado de él varias veces. Sabemos que el capital de un comerciante *particular* es flexible y variable, pues responde de sus deudas con todo su patrimonio, hoy mayor o menor que ayer, lo que se ve en sus balances anuales al compararlos (página 316). Sabemos que, por el contrario, el capital de una compañía es rígido e invariable, ya que tiene personalidad jurídica independiente de las personas de los socios y que hay una afectación de un patrimonio típico especial a esa individualidad jurídica, con quienes contratan los terceros en vista de su solvencia económica o capital (página 317). Pero las sociedades de tipo personal, de que las colectivas son símbolo, ofrecen a los terceros la ventaja económica de una responsabilidad que suma a su propio capital el personal de los socios (Art. 487, C. de Co.), por lo cual la reducción de aquél presenta menos peligros a terceros, a condición, como es obvio, de que la disminución sea inoponible a las obligaciones sociales anteriores al acto social que lo reduce. Y sabemos, finalmente, que en las sociedades anónimas o *intuitu pecuniae* la fijeza e irreducibilidad del capital social, único respaldo económico de las obligaciones sociales ante terceros (páginas 319 y siguientes, 336 y siguientes) adquiere la categoría de principio de orden público: "*El capital social, dice el Art. 568 del C. de Co., será fijado de una manera precisa e invariable, y no podrá ser disminuido durante la sociedad.*" ¿Cuál es, entonces, la norma para las encomandita simple?

La disminución del capital social en estas compañías de índole personal no está prohibida por la ley, como sí lo está para las anónimas, y las en comandita simple son personales. La respuesta es por tanto afirmativa: pueden reducir el capital. Sólo que ello implica una modificación del contrato social, lo que obliga a la compañía a otorgar al respecto una escritura pública con las solemnidades legales, según norma imperativa e indeclinable del Art. 465 del C. de Co. Ese es el medio jurídico. Mas la consiguiente publicidad del

extracto de la escritura, previo registro, publicidad y registro a cargo de la Cámara de Comercio del domicilio social (Art. 480 *ibídem*).

De acuerdo con las reglas generales de las obligaciones, esa reducción del capital social no es oponible a los acreedores anteriores de la sociedad, sino a los que posteriormente adquieran ese carácter, ya que estos últimos han podido y debido consultar la solvencia económica de la compañía antes de contratar; lo mismo será con los acreedores sociales por culpas: el capital social coetáneo a la culpa social es la medida de la responsabilidad pecuniaria.

### EL PROBLEMA DE LA CAPACIDAD DE LAS MUJERES CASADAS Y DE LOS MENORES PARA SER SOCIOS DE COMANDITAS

En conferencias anteriores nos hemos ocupado de la capacidad, incapacidad e inhabilidad de las personas naturales para ejecutar actos aislados de comercio y para adquirir la profesión de comerciantes (*páginas 83 a 98 de la parte general*); y también estudiamos los problemas de la incapacidad para celebrar contratos de sociedades (págs. 162 a 171). Poco pues nos detendremos aquí en la aplicación de tesis generales al estudio especial de la capacidad para ser socios de una comandita simple.

#### LA CAPACIDAD LEGAL NO ES LA MISMA PARA LOS GESTORES QUE PARA LOS COMANDITARIOS

La circunstancia de que este tipo de compañías se integra con dos clases de socios tan disímiles y entre quienes median profundas diferencias, como son los *gestores o colectivos*, que administran el negocio social en calidad de comerciantes, y los meramente *comanditarios*, que no se hacen por ello comerciantes y que precisamente entran a la sociedad a condición de no administrar, facilita el estudio de la capacidad. Es de advertir que las soluciones concretas del problema de la capacidad de un socio gestor o de un comanditario dependen de las ideas que se profesen sobre el problema general, que se han encauzado en escuelas contradictorias, especialmente respecto de las mujeres casadas después de la vigencia de la Ley 28 de 1932, Art. 3º.

#### DIFICULTADES LEGALES PARA QUE LA MUJER CASADA Y LOS MENORES SEAN SOCIOS GESTORES: OPINIONES COLOMBIANAS

Es obvio que no tratándose de mujeres casadas ni de menores de edad, no hay ninguna dificultad en aplicar la regla general de que pueden ser socios colectivos o gestores y con mayor razón comanditarios, todas las personas *sui juris*, ya que éstas tienen plena capacidad para obligarse contractualmente y para tomar la profesión de comerciantes. Las dificultades legales surgen para la mujer casada que quiere celebrar un contrato de sociedad con terceros por razón de la potestad marital, y para la misma calidad de casada cuando hay aportes de inmuebles en sociedades entre marido y mujer. Respecto de los menores de edad el único problema es saber si pueden ser socios comanditarios, ya que de ninguna manera podrían ser socios gestores sin habilitación de edad y licencia especial del Juez de Circuito. En ese orden nos ocuparemos de los problemas.

Después de la trascendental reforma implantada por la Ley 28 de 1932, el estatuto de los derechos civiles y comerciales de la mujer casada respecto al régimen de incapacidad general del Código Civil que precedió a esa ley, siguen trabajando en la mente de los doctri- nantes colombianos, por cierto muy distinguidos, argumentos derivados del tradicional código que obstaculizan con más o menos razón el completo imperio de la reforma. Las opiniones que conocemos permiten clasificar esos obstáculos así:

#### OBSTACULO PROVENIENTE DE LA POTESTAD MARITAL, AUN DESPUES DE LA LEY 28 DE 1932.—OPINION DE A. ZULETA ANGEL

*1ª opinión:* Obstáculo para que la mujer casada pueda ser comerciante por continuar *sujeta a la potestad marital*. La mujer casada, no separada de bienes ni divorciada, aunque tiene capacidad legal para administrar sus bienes y disponer de ellos libremente, incluso de los que adquiriera durante el matrimonio por razón de la Ley 28 de 1932, ha quedado sujeta a la potestad marital y por tanto requiere, para ser comerciante y socia gestora de una comandita mercantil, la misma licencia del marido que antes de la Ley 28 de 1932 necesitaba según los artículos 12, 13, 14 y 464 del Código de Comercio, en desarrollo de los artículos 182 a 196 del civil (1).

(1) Esta tesis la encabeza Alberto Zuleta Angel (actual Magistrado de la Corte Suprema) y la expuso en conferencias de cátedra. En la Codificación Comer-

Bien se ve que esta tesis, al fundar la incapacidad de la mujer en el hecho del matrimonio y *por subsistencia de la potestad marital*, es decir, que como decía Planiol la mujer no es incapaz por ser mujer sino por ser casada, la inhibe para celebrar contratos de sociedad no solamente con su marido sino con terceros mientras no obtengan la licencia escrita de él. Un desarrollo lógico de esta tesis sería que, a menos que el artículo 3º de la Ley 28 lo impida para sociedades con el marido en que haya aporte de inmuebles, la mujer sí podría estar en sociedad con su propio cónyuge, puesto que necesariamente éste, al comparecer con su mujer a otorgar la escritura pública, le estaría dando la licencia que la tesis en cuestión echa de menos.

Este reparo no ha tenido repercusión en el desarrollo de las sociedades en el comercio. Hace 25 años fue expedida la Ley 28 de 1932 y esos mismos en que se ve a la mujer casada celebrando contratos de sociedad de tipo personal con terceros libremente, sin licencia del marido y sin que hayamos tenido conocimiento de litigios de nulidad a ese respecto, que muy bien habrían podido presentarse por cuanto el ejercicio del comercio por parte de la mujer y sin autorización del marido traería, si la tesis objecciona fuese cierta, repercusiones patrimoniales en los bienes de la mujer exclusivamente, y no en los del marido.

#### DIFICULTAD PARA SOCIEDADES ENTRE CONYUGES CON APORTE DE INMUEBLES.—OPINION DE ARTURO TAPIAS PILONIETA

2ª opinión.—La mujer casada bien puede celebrar contratos de sociedad con terceros, sean *intuitu personae* o *intuitu pecuniae*, con aportes de inmuebles y con mayor razón de meros muebles, pero legalmente está impedida para *constituir con su cónyuge* sociedades de cualquier especie si a estas sociedades aportan bienes inmuebles

cial de Ortega Torres la transcribe (4ª edición actualizada, Editorial Temis, 1953, pág. 21). La conclusión de Zuleta Angel es así: "Ahora bien, la necesidad de la autorización del marido para que la mujer casada pueda ejercer una profesión, se desprende, no de la incapacidad civil de la mujer casada, sino de la autoridad del marido sobre la persona de la mujer. Y es que el ejercicio de una profesión por parte de la mujer no tiene únicamente consecuencias patrimoniales, sino otras que pueden presentar peligros e inconvenientes para la mujer y para la familia: peligros de orden moral e inconvenientes relacionados con los hijos, cuya educación puede fácilmente descuidarse, y aun para el mismo manejo de la casa." Alguna opinión francesa, agregamos nosotros, anota maliciosamente que la *affectio societatis* es más peligrosa cuando la mujer casada se la otorga a un tercero distinto del marido.

por parte de la mujer o del marido; empero, después de constituida la sociedad con aportes puramente muebles, sí puede la sociedad adquirir inmuebles provenientes de los cónyuges (1).

Esta incapacidad, reducida o limitada ya a la celebración de contratos de sociedad entre cónyuges con aporte de inmuebles por parte de éstos o de algún derecho relativos a inmuebles, no se fundamenta en la subsistencia de la potestad marital como la opinión anterior, sino en el texto y aun en el espíritu del artículo 3º de la Ley 28 de 1932, que dice así:

"Son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial."

Se considera aquí, y entendemos que esta es la opinión predominante en los institutos de crédito y en los Bancos, que si bien la compañía que los cónyuges funden entre sí o ambos con terceros resulta una tercera persona distinta de los cónyuges socios, y que esa tercera persona social vendría a ser la titular del dominio de los inmuebles o de algún derecho relativo a esos inmuebles, por lo cual el contrato sobre esos bienes no sería un pacto entre los cónyuges sino entre éstos con la sociedad, sin embargo, para llegar a esta última situación, a este resultado, habrían precedido arreglos y convenios entre marido y mujer relativos a los inmuebles para fijarle un precio a su aporte, para regular el régimen estatutario de administración, de liquidación y de restitución, etc., todo lo cual implica precisamente "el contrato relativo a inmuebles" que ha prohibido, bajo nulidad absoluta, el citado artículo 3º de la Ley 28 de 1932.

#### PACTOS SOBRE INMUEBLES QUE PRECEDEN A LA SOCIEDAD ENTRE CONYUGES.—LOS ARTICULOS 2079 DEL CODIGO CIVIL Y 467, ORDINAL 4º Y 552, ORDINAL 4º DEL CODIGO DE COMERCIO

Esta tesis destaca la circunstancia de que el Código Civil define la sociedad en su artículo 2079 como "un contrato por el que dos o más personas *estipulan* poner un capital u otros efectos en común. . . ." Esa *estipulación* implica el convenio entre cónyuges que quieren for-

(1) Expone y defiende esta tesis con amplitud de razonamientos el doctor Arturo Tapias Pilonieta, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en la edición de abril de 1949 de la "Superintendencia de Sociedades Anónimas", Tomo V, Nº 17, páginas 11 a 17.

mar la sociedad, que es lo prohibido por el Art. 3º de la Ley 28 cuando a inmuebles se refiere la estipulación. Y también se relleva la circunstancia de que esos pactos, arreglos o estipulaciones previas, que son verdaderos convenios de voluntad que preceden a la formación de la sociedad como tercera persona, son necesariamente los previstos en los artículos 467, ordinal 4º, para las colectivas, y 552, ordinal 4º también para las anónimas: allí se ha de convenir entre los cónyuges el valor de los inmuebles, su régimen de administración, disposición, liquidación y restitución; lo que acuerden entre sí los cónyuges es lo que viene a obligar a la sociedad, o, en otros términos, éstos van a darse para sí el régimen que imponen a través de la sociedad; la sociedad es el producto de esos convenios. No ver pues un convenio entre cónyuges relativo a inmuebles cuando ellos celebran y fundan un pacto social es hacer un esguince, un fraude a la ley.

Aplicando estas ideas a la formación de una sociedad en comandita, que es de tipo personal, resulta que cuando hay aporte de inmuebles entre cónyuges, no pueden ser éstos socios gestores o colectivos, so pena de nulidad.

3ª opinión.—Expresa una absoluta libertad entre cónyuges para celebrar uno con otro, o los dos con terceros, toda clase de sociedades, aunque haya aporte de inmuebles (1).

#### LIBERTAD ABSOLUTA DE LOS CONYUGES PARA FORMAR SOCIEDADES. AUN CON APORTE DE INMUEBLES. OPINIONES DE EMILIO ROBLEDO URIBE Y FRANCISCO TAFUR MORALES

Se funda este parecer en la regla jurídica de tener que descartar las nulidades de los casos a que expresa y claramente no se haya referido el legislador. Así, el artículo 1852 del Código Civil hace nulo el contrato de venta entre cónyuges no divorciados, y entre el padre y el hijo de familia. Prohíbe pues la venta entre cónyuges, pero no otro distinto; en el de sociedad la enajenación o aporte no se hace entre

(1) Sostiene esta tesis, sin reserva alguna, el doctor Emilio Robledo Uribe, en absolución de una consulta profesional de fecha marzo de 1955. Se refería a una sociedad de responsabilidad limitada formada por cónyuges no divorciados, en que uno de ellos aportó bienes muebles e inmuebles. Con anterioridad de varios años, opinó lo mismo otro distinguido profesional, siendo quizá entonces abogado de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, el doctor Francisco Tafur Morales, actual Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá. En la revista de aquella entidad debe estar publicado su estudio.

un cónyuge y otro, sino por uno de éstos a favor de una tercera persona que es la sociedad. No cabe la nulidad por analogía.

La misma dialéctica aplica esta opinión al Art. 3º de la Ley 28 de 1932. Dice que lo que ahí se prohíbe son los contratos *entre cónyuges* relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial. Que la obligación de hacer el aporte es, ciertamente, una relación relativa a inmuebles, pero no una *relación entre cónyuges*, porque el aporte no se lo hacen recíprocamente los socios, de cónyuge a cónyuge, sino que el aporte se hace al fondo de una sociedad, que es persona distinta. “Por consiguiente, concluye, esa relación jurídica relativa a inmuebles, pero que no es una relación entre cónyuges, no está expresa, precisa y literalmente prohibida por el Art. 3º de la Ley 28, que sólo se refiere a relaciones jurídicas entre cónyuges.” Extender la prohibición legal es incurrir en error, viejo error, de crear nulidades amplificadoras por analogía. Agrega que serían tanto como creer que después de creada la sociedad sin aporte de inmuebles, un casado no podría venderle un inmueble suyo si en ella hay otro socio, su cónyuge, lo que nadie ve mal hecho. ¿Por qué no hacer directa y francamente lo que por otra vía se consigue sin dificultad?

Estudia esta opinión otra faz del problema para mostrar que el espíritu del contrato de sociedad no repugna al aporte de inmuebles entre cónyuges que integran una misma compañía. En la administración de una sociedad hay en el fondo un mandato recíproco de los socios y de éstos confiado a la sociedad, según el texto de los Arts. 2107 del Civil y 510 y 511 del Código de Comercio. El contrato de mandato está expresamente autorizado entre cónyuges. Entonces pues no está mal que ese mandato se desarrolle por medio de la sociedad, porque así se consulta el mismo espíritu autorizado entre cónyuges para el mandato y por medio del mandato (1).

(1) Este segundo aspecto del parecer que se trae a cuento lo interpreta el profesor con alguna amplitud, para hacerlo resaltar mejor. Pero no es convincente, puesto que, por más que el contrato de sociedad participe de la naturaleza del mandato, lo cierto es que el mandato está permitido expresamente en tanto que la sociedad está por lo mismo implícitamente prohibida: *inclusio unius, exclusio alterius*. En cuanto al primer argumento, consistente en que el Art. 3º de la Ley 28 sólo prohíbe el contrato relativo a inmuebles *entre cónyuges* y no entre éstos y la sociedad, parece refutado por la 2ª opinión antes expuesta: en efecto, son los cónyuges quienes con su pacto de sociedad dan origen a ésta; antes de crear la sociedad los socios *estipulan* poner los aportes inmuebles, les dan un valor obligatorio para la sociedad y prevén la administración, disposición y distribución de ellos. La tercera persona social no resulta creada por obra del Espíritu Santo, sino por pacto entre los cónyuges, que es lo prohibido.

La tendencia de libertad absoluta envuelta en esta opinión no ha prevalecido en la práctica de los negocios. Además de ser ella vulnerable, sucede que el capital es celoso del crédito, no se entrega fácilmente si entrevé una posible nulidad del negocio que con él se hace.

4ª opinión.—Ninguna compañía sobre bienes de la sociedad conyugal es válida entre cónyuges si con ella se pacta una distribución de utilidades, pérdidas y capital distinto del 50%, que es la proporción de la que se forma por el hecho del matrimonio, si no es por medio de capitulaciones matrimoniales, que están prohibidas después de celebrado el matrimonio. Si no ha habido capitulaciones previas entre esposos, después del matrimonio ningún pacto es válido para alterar el régimen de la sociedad conyugal.

OPINION NEGATIVA EN VISTA DE QUE LA SOCIEDAD CONYUGAL SOLO PUEDE ALTERARSE POR CAPITULACIONES ANTERIORES AL MATRIMONIO.—OPINION FRANCESA

Esta opinión, tomada de la doctrina francesa, la expusimos ampliamente al tratar de la capacidad de las personas para formar sociedades (páginas 162 a 171 de estas conferencias). Dos observaciones pueden hacerse en contra entre nosotros: es la primera, que la ley colombiana sí permite formar sociedades entre cónyuges con tal que no haya aporte de ellos en inmuebles (Art. 3º, Ley 28 de 1932); es la segunda, que aun en el caso de que la proporción de distribución de capital de la compañía sea distinta del 50% propio de la sociedad conyugal, siempre el cónyuge sobreviviente habrá de recibir, a título de gananciales, ese 50% del capital de la compañía cuando la conyugal se disuelva.

La respuesta que ha de darse a la cuestión examinada, o sea sobre si la mujer casada tiene alguna inhibición para constituir sociedades del tipo personal de las en comandita, como socia gestora, sea con terceros, sea con su marido, sean marido y mujer en sociedad con terceros, con aporte de inmuebles o sin éstos, depende pues de la opinión que se profese y que hemos agrupado en cuatro apartes. Nosotros en la cátedra nos inclinamos por la segunda de esas tesis, que la hemos aplicado en el ejercicio profesional.

INCAPACIDAD DE LOS MENORES:  
NO LA TIENEN PARA SER COMANDITARIOS

Todavía debemos examinar la capacidad de los menores para hacerse *socios comanditarios*. Por contraste con la frecuencia con que se les ve figurar o se sabe que lo son (Art. 599 del C. de Co.), como tales en los negocios, desde luego por conducto de sus padres o representantes legales pero en nombre propio del menor, la jurisprudencia no se ocupa de ello, pero ni siquiera la doctrina colombiana. En estas conferencias hemos aludido a esa posibilidad en varias ocasiones.

Conforme a la regla general de capacidad establecida por el Art. 464 del C. de Co., la conclusión es, en principio, negativa: un menor de edad no puede celebrar un contrato de sociedad (colectiva, se entiende) sin que previamente se le habilite para comerciar y además para el contrato especial. Pero esto se predica de los socios *gestores*, que son los colectivos. Hay, en efecto, como lo hemos visto antes, unos socios *comanditarios* al lado de los gestores en las sociedades en comandita, los cuales comanditarios no se hacen comerciantes y ni siquiera pueden tomar parte en la administración; lo más que se les permite es un consejo, una advertencia, que nunca obligan al socio gestor (véase en este mismo título la parte relativa a “la inactividad del comanditario”). De otro lado, son los comanditarios apenas una especie de colocadores de fondos (véase también la diferencia que hicimos entre el prestador de dinero y el aporte del comanditario). Pues bien, tanto los consejos como el examen de cuentas y demás derechos del comanditario, pueden ejercerse y ejecutarse por conducto del representante legal del menor que haya hecho aportes a la comandita en calidad de comanditario, y el aporte lo habrá verificado por conducto de ese representante. Entonces, si el comanditario no se hace comerciante en esa calidad, bien puede ser comanditario un menor, pues no reza con él el artículo 15 del Código de Comercio, que exige a los menores habilitación de edad (18 años) y autorización para ejercer el comercio; ni tampoco reza con él el Art. 464 *ibidem*, que se refiere a los socios colectivos; y finalmente, se entiende cómo el Art. 598 del mismo Código, al exigir para la comandita las formas, pruebas y reglas de la sociedad colectiva, las deja de lado en cuanto se opongan a la naturaleza jurídica de la comandita y a las disposiciones adecuadas a los socios comanditarios.

Se dirá que el socio comanditario corre también los riesgos propios de la especulación mercantil de la sociedad y que no es dable que los corra un menor, dada la protección que le suele dispensar la ley por ser menor. Pero, ¿acaso un menor de edad no puede colocar dinero a mutuo por conducto de su representante, sin licencia judicial? Y son menores los riesgos de un comanditario que los de un prestador de dinero a mutuo, porque el dinero en este caso lo maneja el deudor sin intervención del acreedor, quien sólo responde de un resultado, en tanto que el comanditario tiene por lo menos control y vigilancia en el uso que el gestor haga de sus haberes.

Finalmente, la historia o tradición de las sociedades en comandita muestran que su origen y desarrollo fue precisamente el que unas personas llamadas "gestores" pudieran manejar el dinero y bienes de los incapaces. Ni se diga en forma absoluta que a la sociedad comercial le repugne integrarse y trabajar con socios menores, porque el artículo 540 del código del ramo prevé en su numeral 6º que "haya algún menor entre los socios".

Es pues de la índole y atribuciones, así como de las prohibiciones, del socio comanditario, de donde puede decirse que un menor de edad, asistido por su representante legal, puede serlo. La razón histórica de este tipo de sociedad así lo demuestra. La posibilidad no hay que buscarla en el artículo 599, cuando y porque autoriza omitir en la escritura social el nombre del socio comanditario y le prohíbe figurar en el extracto social. Es cierto y obvio que esta norma permite más fácilmente hacer socios a los menores, pero la razón no sería el poder ocultar lo prohibido. La verdadera razón es que el menor, por medio de su representante legal, puede colocar fondos en comandita porque en esa calidad no se hace comerciante ni lo cobijan las reglas de la capacidad para ejercer el comercio.

Esto explica, para terminar, que en muchos estatutos de las sociedades colectivas se estipule que a la muerte de un socio colectivo la sociedad continuará con sus herederos en calidad éstos, en ese evento, de comanditarios. Es una manera práctica de evitar que la sociedad se disuelva si a la muerte de un socio colectivo sus herederos son menores y no pueden obtener la habilitación de edad. Habilitación que sólo se exige para continuar en sociedad como colectivos, no como comanditarios.

El padre, o la madre que represente al menor en ejercicio de la patria potestad, o el tutor o curador, son quienes deben comparecer en la escritura de constitución de la compañía, a hacer socios comanditarios a los menores representados y expresar allí cuál es su aporte en cantidad y especie, si es que desean no omitir el nombre de éstos (Art. 599 del C. de Co.). Pero si se desea omitir la mención del nombre en la escritura, es claro que no necesitan comparecer ni los representantes del menor ni éstos mismos, caso en que los demás socios, ya gestores, ya los comanditarios que sí quieran figurar ellos, dirán en la escritura que hay otros comanditarios que no figuran, pero entonces mencionarán detalladamente en qué consiste el aporte (Art. 599 C. de Co.). Ya sabemos que, omitido el nombre del comanditario, el gestor le otorga con la firma social un documento privado de constancia del crédito de acción social de comanditario.

En caso de que el menor haga un aporte *de bienes raíces o de derechos herenciales*, necesitará licencia judicial como requisito previo para la enajenación envuelta en el aporte, pero no para ser socio (Arts. 303 del C. C. y 1º, Ley 67 de 1930). El padre o la madre pueden comparecer en la escritura en representación de sus hijos menores, aunque ellos tengan también interés en el contrato, porque para los padres no existe la restricción consagrada para los guardadores en el Art. 501 del C. C.

