

## LA SOCIEDAD COMERCIAL Y SU PRUEBA

Eduardo Muñoz Serpa

Para hablar de la prueba de la Sociedad es necesario previamente ubicarnos dentro de la Institución misma Societaria y allí en el valor que tienen las diversas Instituciones que la conforman y que la legislación comercial vigente ha consagrado como necesarias para que se pueda predicar que existe la Sociedad.

Efectivamente, según lo consagrado en la Legislación Comercial vigente, para que se pueda manifestar que existe una Sociedad Legalmente constituida y que por lo tanto tiene Personalidad Jurídica distinta a la de los socios individualmente considerados, conforme lo consagra el artículo 98 del Estatuto Mercantil, es necesario que se den los elementos esenciales, los requisitos de fondo y los requisitos de forma que la Ley exige al respecto.

Los elementos esenciales que deben darse en toda Sociedad para que exista son:

- a. La obligación de cada uno de los asociados de hacer un aporte ya en dinero en efectivo, ya en bienes apreciables en dinero o en industria o trabajo;
- b. El ánimo de cada uno de los asociados de participar en las Utilidades obtenidas con el desarrollo de la empresa o actividad social; y,
- c. El ánimo de asociarse que debe tener cada uno y todos los que conforman la Sociedad.

Los dos primeros de los citados elementos esenciales los consagra — como ya se dijo— el artículo 98 del Código de Comercio y el tercero está latente en el espíritu de dicha norma y en todo el libro Segundo del mismo Estatuto.

Además de lo anterior, conforme a lo estipulado por el artículo 101 del Código de Comercio, para que la Sociedad sea válida respecto de cada uno de los asociados, deben reunirse los siguientes requisitos de fondo:

- a. Capacidad Legal;
- b. Consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo en cada uno de los asociados;
- c. Objeto lícito; y,
- d. Causa Lícita.



Los anteriores requisitos de fondo se pueden dividir según el interés que protegen en dos grupos conformando los dos primeros de los citados un primer grupo que busca defender el interés de cada asociado y los dos segundos otro grupo pues buscan proteger el interés de los terceros ajenos a la Sociedad. Esto arroja como consecuencia que respecto de la capacidad y el consentimiento de cada uno de los asociados pueda llegar a predicarse y decretarse la nulidad parcial del contrato de Sociedad si fuere el caso, la que afectaría a aquel asociado en quien concurra ella y los otros dos, es decir, el objeto y la causa lícitos hacen referencia a aspectos relacionados con el Orden Público y en caso de configurarse la ilicitud de uno o de otro se generaría una Nulidad Absoluta del Contrato de Sociedad siendo éste afectado en su totalidad.

Ahora bien, para que podamos hablar de que existe una Sociedad Legalmente constituida se deben además de lo expresado anteriormente llenar los requisitos de forma que la misma Ley exige para que la Sociedad llegue a adquirir automáticamente Personalidad Jurídica distinta de la de cada asociado individualmente considerado, siendo ellos:

a. La Autenticidad, que se logra al ser constituida la Sociedad por Escritura Pública corrida ante Notario de Círculo; y

b. La Publicidad, que se da mediante la inscripción de la Escritura Pública de Constitución de la Sociedad en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de su domicilio principal.

Hagamos entonces un análisis de los mencionados requisitos de forma y la importancia que tienen respecto de la Sociedad Comercial:

El que la Sociedad no se constituya por Escritura Pública (que al tenor del artículo 110 del Código de Comercio es obligatoria para que adquiera Personalidad Jurídica), según lo expresado en el artículo 498 del Código de Comercio tiene como consecuencia el que la Sociedad sea de Hecho y conforme al artículo 499 del mismo Estatuto no adquiera por ello Personalidad Jurídica, distinguiéndose de aquellas que sí se constituyen por Escritura Pública y llegan a adquirir la Personalidad Jurídica una vez sea inscrita en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de su domicilio principal al tenor del Segundo Inciso del artículo 98 del Estatuto Comercial. Por otra parte, si la Sociedad se constituye por Escritura Pública pero no se inscribe en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio principal de sus actividades trae como sanción que la Sociedad será inoponible a terceros y al tenor del artículo 500 del Código de Comercio para efectos de la responsabilidad de los Asociados ésta se asimila a la de Hecho, siendo por consiguiente una Sociedad irregular.

Es de sumo interés anotar que el actual Código de Comercio introdujo importantes modificaciones al Régimen de Constitución de la Sociedad Mercantil en cuanto se relaciona con sus requisitos de forma y le dio enorme importancia a la inscripción de ella en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de su domicilio principal, en desarrollo de la función de Publicidad y de Saneamiento que el Registro Mercantil tiene, a punto tal que consagró para la Sociedad un Régimen Probatorio Especial, que se sa-

le de los moldes del Régimen Probatorio que consagra el Código de Procedimiento Civil, régimen especial que deriva del principio de Derecho Comercial que expresa que hay instituciones suyas que deben tener gran certeza, para que los negocios mercantiles sean posibles, como ocurre con la eficacia probatoria de los libros de comercio, con el régimen probatorio de los Títulos Valores y por ello, en el mismo orden de ideas, creó un Régimen Probatorio Especial para las Sociedades Comerciales, distinto del Régimen Probatorio General de los Contratos.

Así, la Sociedad Comercial se debe probar como lo consagra el Código de Comercio, pues además de lo expresado con anterioridad, porque el Régimen Probatorio General está en el Código de Procedimiento Civil que son los decretos 1.400 y 2.019 del 6 de agosto y 26 de octubre de 1.970, respectivamente, anteriores a esa norma especial que es el Código de Comercio que se expidió por el Decreto 410 de 27 de marzo de 1.971. Por ello, el Régimen Probatorio Especial que existe en materia de Sociedades no admite ninguna discusión Jurídica y se debe aplicar siempre conforme lo consagra el Libro Segundo del Código de Comercio, razón por la cual es equivocada la interpretación que busca probar las Sociedades por medios distintos a los indicados en el Libro mencionado de dicho cuerpo de normas.

Efectivamente, este Régimen Especial de Prueba de la Sociedad que consagró el Legislador en el artículo 117 nos habla de cómo se prueba la Sociedad y qué aspectos de la misma son susceptibles de prueba, señalando los siguientes:

a. El Contrato Social y sus cláusulas, es decir, las estipulaciones contractuales que conforman el Estatuto Social.

b. La existencia de la Sociedad Mercantil, y

c. La Representación de la Sociedad Mercantil.

Es preciso anotar que conforme al artículo 498 del Código de Comercio la existencia de la Sociedad Mercantil de Hecho se probará por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la Ley, es decir, por los medios generales de prueba que trae el Código de Procedimiento Civil, consecuencia lógica del hecho de que esta Sociedad no es una Persona Jurídica distinta de los Socios individualmente considerados, lo que nos permite confirmar la aseveración hecha con anterioridad de que el Régimen Probatorio de la Sociedad Regular Mercantil es una consecuencia de la forma como el Código de Comercio concibe y regula el mismo Registro Mercantil y como consecuencia de ello, la gran importancia dada a la inscripción de la Escritura Pública de constitución de la Sociedad en el Registro Mercantil del domicilio principal de sus actividades.

El artículo 110 del Código de Comercio a su vez señala que la Sociedad se constituirá por Escritura Pública, corrida ante Notario de Círculo, buscando con ello que las declaraciones de voluntad de los asociados adquieran autenticidad, certeza y seguridad entre los socios mismos y que sus cláusulas hagan fe entre ellos, pudiendo desde ese momento oponerse



tal Escritura Pública entre los Asociados, a punto tal que la Sociedad entre ellos se puede probar no como rezan los artículos 117 y 118 del Código de Comercio sino con copia auténtica de la Escritura Pública y aún con medios de prueba diferentes a ella que justifiquen la existencia de pactos que no se expresen en la mencionada Escritura Pública como se deduce del texto del citado artículo 118 del Estatuto Mercantil.

Así, el Legislador dotó a la Constitución de la Sociedad de la solemnidad de la Escritura Pública para darle autenticidad a los acuerdos logrados entre los asociados pero a diferencia de lo expresado en el párrafo anterior, cuando se trate de litigio, diferencia o necesidad de probar la Sociedad frente a terceros, o en litigios entre los asociados y la Sociedad desarrolló la institución de la prueba en coherencia con la función de publicidad que tiene el Registro Mercantil y por ello consagró en el artículo 111 del Código de Comercio que copia de la Escritura Social será inscrita en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la Sociedad establezca su domicilio principal, buscando que el acto de constitución de ella tuviera la publicidad necesaria para que se pudiera oponer a terceros y una vez hecho lo anterior quedara legalmente constituida, comenzara a tener existencia plena en el mundo de los negocios y como consecuencia de lo manifestado consagró en el artículo 112 del Estatuto Mercantil que es una norma imperativa que mientras la Escritura Social no sea registrada en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio principal de la Sociedad, será inoponible a terceros.

Del texto del mencionado artículo 112 se deduce con meridiana claridad que frente a terceros la Sociedad no se puede probar con copia de la Escritura Pública de constitución de la misma pues la oponibilidad frente a dichos terceros surge a partir del momento en que se inscribe en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, y lo confirma en el artículo 116 del Código de Comercio que consagra que las Sociedades no podrán iniciar actividades en desarrollo de la Empresa Social sin que se haga el Registro Mercantil de la Escritura de Constitución, sin que se haya obtenido permiso de funcionamiento de la Superintendencia de Sociedades (cuando se trate de Sociedades que conforme a la Ley requieran dicho permiso antes de ejercer su objeto), y en el párrafo del mismo artículo hace responsable a los administradores por los perjuicios que causen a los asociados y a terceros cuando realicen actos dispositivos, operaciones por cuenta de la Sociedad sin haber hecho el mencionado Registro Mercantil.

La importancia que se le da al Registro Mercantil en relación con la constitución de la Sociedad Comercial es de tal tenor que no solamente hace relación con la Función de Publicidad del mismo al hacerlo oponible frente a terceros a partir de su inscripción sino que también consagra el Estatuto Mercantil en su Libro Segundo la función de saneamiento de dicho Registro Mercantil al estipular en el artículo 115 que hecho en debida forma el Registro de la Escritura Social, no podrá impugnarse el contrato sino por defectos o vicios de fondo.

Con base en lo anteriormente expresado vemos que el Código de Comercio en su artículo 117 establece cuál es el único medio de prueba de la Sociedad, como se logra la prueba suficiente, completa y eficaz de la So-

ciudad Mercantil, cuando consagra que es a través del Certificado que expide la Cámara de Comercio de su domicilio principal.

Efectivamente, consagra el artículo 117 del Código de Comercio que a través del Certificado expedido por la Cámara de Comercio del domicilio principal se pueden probar las cláusulas del contrato social, aspecto que a veces se presta a confusión y es motivo de equivocada interpretación de la norma pues cuando expresa esto el Código de Comercio quiere señalar que el contrato social se prueba con Certificado en el que se inserte la totalidad del clausulado pactado entre los asociados, que consta en el Estatuto Social y no con el Certificado de Existencia que no tiene lo anterior y que en él constará el número, fecha y Notaría de la Escritura de Constitución y de las Escrituras de Reforma del contrato si las hubiere, fecha y número de la providencia por la cual se concedió el permiso de funcionamiento y la constancia de que la sociedad no se halla disuelta. Este es pues el único medio de prueba válido, completo y eficaz del contenido del clausulado o estipulaciones del Contrato Social por lo que es equivocado creer que las copias de las Escrituras Públicas respectivas pueden probarlo pues ello riñe con lo expresado en el artículo 117 que ha sido restrictivo y excluye cualquier otro medio de prueba o interpretación válida posible.

Respecto de la existencia de la Sociedad que es otro aspecto de ella susceptible de probar distinto del anterior establece el ya citado artículo 117 del Código de Comercio que el único medio de prueba válido para hacerlo es el Certificado al respecto expedido por la Cámara de Comercio del domicilio principal de la Sociedad en el que se inserten el número, fecha y Notaría de la Escritura de Constitución, de las adiciones a la Escritura de Constitución y de las Reformas del Contrato si las hubiere y si fuere de aquellas Sociedades que deben pedir permiso de funcionamiento, la fecha y el número de la Providencia por la cual se concedió dicho permiso así como la constancia de que la Sociedad no se halla disuelta. Este es un Certificado que va a probar la constitución regular de la Sociedad y de que por consiguiente, como consecuencia, conforme al segundo inciso del artículo 98 del Código de Comercio, es una persona distinta de los socios individualmente considerados.

Este certificado no nos va a expresar nada en contrario ni nada más de lo manifestado, es decir, no nos prueba su clausulado sino que la Sociedad se ha constituido legalmente, no está disuelta y es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Ahora bien, el segundo inciso del artículo 117 del Código de Comercio consagra cual es el único medio de prueba completo, eficaz y valedero de la representación de la Sociedad señalando que es el Certificado expedido por la Cámara de Comercio del domicilio principal de actividades de la Sociedad en el que conste el nombre o nombres de los representantes legales, qué facultades y limitaciones tienen dichos representantes, pues al tenor del artículo 196 del Código de Comercio, las limitaciones o restricciones de las facultades del representante o representantes que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio no serán oponibles a terceros.

Como vemos, el régimen probatorio de la Sociedad Mercantil es una



consecuencia del carácter que la ley le dio al Registro Mercantil y a su función de publicidad y cualquier intento de probar lo anterior por los medios generales de prueba de que habla el Código de Procedimiento Civil va contra el Derecho y no prueba lo que se pretende demostrar siendo por consiguiente una malograda interpretación de las normas mercantiles al respecto.

Distinto el caso de la prueba de las Sociedades Mercantiles de Hecho pues si bien en ella hay un aporte hecho por cada asociado, la intención de cada asociado de participar en las utilidades obtenidas con la empresa o actividad social y el ánimo de asociarse (siendo este último muy importante pues es lo que la diferencia de la comunidad), llenando así los elementos esenciales de toda Sociedad, teniendo también los requisitos de fondo de toda Sociedad, no se constituyó por Escritura Pública y como consecuencia de lo anterior no puede adquirir personalidad jurídica distinta de la de los socios individualmente considerados y por consiguiente al tenor del citado artículo 498 del Código de Comercio, puede probarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por la Ley, es decir, por cualquiera de los medios probatorios señalados en el artículo 175 y demás normas complementarias del Código de Procedimiento Civil.