

FENOMENOS ESPECIALES EN SOCIEDADES.

DR. JAIME SOTO GOMEZ

-Catedrático Universitario

-Magistrado del Tribunal

-Jefe de Personal del Departamento.

I LA DEFINICION

Jurídicamente se distinguen el contrato de sociedad y el ente que este crea.

El art. 2.079 del C.C. define aquel como un contrato por el cual "dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común con el objeto de repartirse las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación".

Y agrega que "la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

El concepto de "efectos en común" contraría el de persona distinta de los socios individualmente considerados; y tal error vuelve a aflorar en los apartes 2, 3 y 4 del art. 2.107, en cuanto establecen, respectivamente: que "cada socio podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes al haber social, con tal que las emplee" con ciertos requisitos; que "cada socio tendrá el derecho de obligar a los otros a que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales"; y que "ninguno de los socios podrá hacer innovación en los inmuebles que dependan de la sociedad, sin el consentimiento de los otros socios". norma que, por otra parte, sobra. Tal artículo tiene relación, en sus reglas 3a. y 4a., con los arts. 2.113 y 2.104, respectivamente.

El art. 98 del C. de Co. rectifica algunos puntos de tal definición, como "el fin de repartirse las pérdidas", considerando que los contratantes no se asocian para perder. Pero tal posibilidad es una realidad.

Así, hubiera podido decir: "para repartirse el resultado de la especulación".

Dice este artículo que "por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social"; y agrega que "la sociedad, una vez constituída legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados".

Tal definición no conviene a la sociedad de responsabilidad limitada, en cuanto habla de obligarse solamente a hacer el aporte, y, con respecto a esta sociedad, el art. 354 exige que él se pague "íntegramente al constituirse la compañía", o sea que no basta obligarse a aportar, sino que es preciso hacer esto, efectivamente, sin que ello la convierta en contrato real (art. 355 C. de Co.).

Así, la expresión genérica, que comprende los dos conceptos, de obligarse a aportar y aportar efectivamente, es "estipular un aporte".

El art. 282 del C. de Co. argentino define así la figura jurídica: "La compañía o sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que pueda resultar.

"Son también mercantiles las sociedades anónimas, aunque no tengan por objeto actos de comercio".

Y en el anteproyecto de Ley General de Sociedades argentina se propone el art. 1o. con esta definición: "Habrá sociedad cuando dos o más personas, en forma organizada y conforme a uno de los tipos previstos en la ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas".

El art. 110 de nuestro C. de Co. establece: "La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará" (sin coma (,) después de "pública"), en forma aparentemente indivisible, como si la omisión de cualquiera de tales estipulaciones obstara a su constitución.

Aunque la participación, cuentas en participación, etc., también es sociedad comercial, el art. 508 no se refiere a "constitución" de ella, sino a "formación".

Ahora bien, la condición que el C. de Co. pone de que la sociedad sea legalmente constituida para que sea una persona distinta de los socios individualmente considerados se explica como exclusión de la de hecho, que no forma persona jurídica, distinta de los socios considerados así (art. 499), y de la participación, que tampoco la crea (art. 509).

En el art. 498 citado, el Código vuelve a emplear el concepto de "sociedad constituida" en el sentido de solemne.

Así, la sociedad que forma persona distinta de los socios una vez constituida legalmente es la solemne.

De esta suerte, "sociedad legalmente constituida" es concepto específico, aplicable solamente a la solemne celebrada como tal; y las cuentas en participación "no se constituyen", sino que "se celebran", "se perfeccionan", o "se forman", como dice la ley.

II FORMA DE PERFECCIONAMIENTO

Resulta claro por qué no hablamos de forma de “constitución”.

Llamemos solemnidad compleja, completa o plena, etc., la de la escritura pública, y sencilla, simple o incompleta, etc., la de mero documento privado (auténtico).

El C.C. reparte mal la consensualidad y la solemnidad, y aprovecha poco la solemnidad sencilla o simple del documento privado (auténtico), al exigir solemnidad compleja para actos simples (vgr., el fideicomiso de un anillo), exigir la sencilla para pocos actos y admitir la consensualidad para actos complejos y trascendentales socialmente, como por contener plazo o condición o el mandato y la sociedad civil de personas (no la anónima) (aunque con respecto al mandato tantas normas especiales rectifican el error que casi se invierte la regla de la consensualidad y la prueba libre).

El art. 2.087 de tal código dice que la sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita o anónima, y define estas especies. Pero con respecto a la constitución de esta, solamente, el art. 2.090 remite a las reglas comerciales, aunque la sociedad sea civil; las demás especies son consensuales, a menos que su constitución implique disposición de bienes que exija solemnidad, como constitución de derechos reales sobre inmuebles o sobre naves mayores (art. 1.427 del C. de Co.) o enajenación de propiedad intelectual (art. 52 de la L. 86 de 1946) (no otra forma de disposición de esta propiedad); si bien cabe la réplica seria de que una cosa es la constitución y otra el aporte a que la constitución obligue; lo cual implica la sujeción de tal estipulación a las rígidas normas de la promesa de contrato (promesa de aporte), sin cuyo cumplimiento la promesa “no produce obligación alguna” (art. 89 de la L. 153 de 1.887), ni civil (art. 1.500 C.C.) ni natural (art. 1.527, apte. 3, ib.): es ineficaz (ni siquiera inexistente, como produciría por lo menos obligaciones naturales (art. 1.527 cit.).

Dentro de aquel orden de ideas, no tiene sentido claro el art. 121 del C. de Co. en cuanto autoriza la constitución de sociedades colectivas y en comandita civiles por documento privado, de tal suerte que apenas parece constituir una mera adición del C. de Co. al Civil. La interpretación positiva de tal norma es que apenas sobra.

III LA SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO

El rótulo o rúbrica del título respectivo solamente se refiere a esta, aunque su art. 500 se refiere también a la irregular. Se ha entendido que el rótulo es incompleto, pues el título se refiere a sociedades anómalas, en general.

El art. 498 establece: “La sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por

escritura pública” (norma aplicable a la civil anónima, por virtud del art. 2.090 del C.C.)

Porque el precepto no es aplicable a la participación o cuentas en participación, etc., debió referirse expresamente a “la sociedad comercial solemne”.

Con todo, el art. 502 ib. se refiere a “la declaración judicial de nulidad” de tal sociedad; y el Dr. Enrique Gaviria Gutiérrez (Las Sociedades en el Nuevo Código de Comercio, ed. de 1.975, pág. 152) y la H. Corte (Jurisprudencia Civil 1.976, pág. 223) la consideran nula.

El art. 505 ib. la considera disuelta. Antes de intentar dilucidar el alcance de tales normas, aparentemente contradictorias, conviene hacer una disgresión sobre formas de inexistencia.

Sin hacer distinción expresa, los arts. 232 del C. P. C. y 898 del C. de Co. se refieren a dos formas de inexistencia: la del acto jurídico no intentado siquiera (material o absoluta) y la del acto jurídico intentado pero frustrado, por falta de solemnidad debida o de elementos sustanciales (formal, jurídica o relativa).

Diariamente se vive el litigio judicial de una parte que preguntó algo a la otra (una cotización, por ejemplo) y esta lo tomó como propuesta de un negocio y dice haberla aceptado, sin haber surgido ello realmente; luego es inexistente material o absolutamente. En la vida cotidiana menudean casos semejantes.

Pero el aparente matrimonio entre personas del mismo sexo o celebrado ante funcionario distinto del juez, como secretario, alcalde, inspector o notario, no es igual de simple jurídicamente. (Algo aparente hay, por lo menos).

El art. 1.500 del C.C. define como solemne el contrato cuya celebración está sometida a “ciertas formalidades especiales de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”.

El art. 1.502 se refiere a requisitos necesarios para la validez del acto, no para que produzca efectos civiles (si no es válido no produce siquiera obligaciones naturales (art. 1.527 ib.). (Su último inciso desvirtúa su apte. 1o.).

Este artículo, en el apte. 3, y el 1.760 (con el error de forma de referirse solamente a instrumento público, no a toda solemnidad) hacen relación a actos jurídicos en general, diciendo aquel que, si el acto solemne no se ejecuta con la solemnidad debida sólo produce obligaciones naturales (no civiles), y el 1.760 que el acto se tiene por no ejecutado o, si es contrato, por no celebrado.

Con todo, el art. 1.741, en armonía con el 1.740, da a entender que el acto es nulo (y los arts. 187, 232 y 265 del C.P.C., complementado este por el 266, con el cual reproduce el

1.760 citado, contribuyen a mantener la confusión, refiriéndose a solemnidades necesarias “para la existencia o la validez del acto”).

A propósito del art. 6o. del C.C., en 1.943, la H. Corte rechazó la teoría de la inexistencia jurídica (lo cual hace también el chileno Eugenio Velasco Letelier, en Disolución del Matrimonio).

Se debe al tratadista Valencia Zea el reconocimiento de tal figura en el C.C.

El capítulo VII del libro 4o. del C. de Co. está mal rotulado, en cuanto en el título se omite “inexistencia”, a la cual se refiere el art. 898 en términos equívocos, así: “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las formalidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato, y cuando falte alguno de los elementos esenciales”. (Como el C.C. y el C.P.C., incurre en la impropiedad de tomar contrato como algo distinto de acto, siendo mera especie de este).

A nuestro modo de ver, involucra inexistencia jurídica, formal o relativa, comprendida en el primer término de la norma, e inexistencia material o absoluta, comprendida en el segundo término, como hace el art. 232 del C.P.C., en sus dos incisos.

Un elemento esencial del contrato es, por ejemplo, el consentimiento: si no hubo esto absolutamente, siquiera viciado, no hubo acto. Un caso de ello es el de la simulación absoluta: un aparato exterior sin contenido jurídico (inexistencia material o absoluta, pero compleja, por el aparato exterior que hay que desvirtuar). Y el art. 1.524 del C.C. pone un ejemplo que es de inexistencia material, como reconocen algunos doctrinantes: “la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa” (caso omitido en el apte. 12 del art. 784 del C.C. y con posibles nexos con el error).

Con la primera parte, el art. 898 transcrito elimina la duda que crean los arts. 1.500, 1.527 y 1.760 del C.C. de un lado y el 1.741 de otro (y que reproducen los arts. 187, 232 y 265 citados, complementado este por el 266 del mismo C.P.C.). (Con todo, por copiar el art. 683 ib., el art. 2.011 del C. de Co. contradice el 898, considerando nulo lo que debería considerar inexistente).

Así, la sociedad de hecho debería ser inexistente. Pero la ley no podía desatender la realidad de que esa sociedad presuntamente inexistente deja huella de hecho en el mundo social; y opta por considerarla apenas nula; aunque existe tesis de que el art. 502 no se refiere a la sociedad de hecho, sino a sociedad afectada de vicio distinto al anotado (arts. 104 y ss. ib.).

Aquello explica el sacar la sociedad de hecho del régimen del art. 898. Y, contra el art.

502, el 505 da a entender que no requiere siquiera disolución, sino mera liquidación, porque nace disuelta.

En síntesis, el art. 898 la declara inexistente, el 498 existente de hecho, el 502 nula, y el 505 disuelta. El 498 y este le reconocen existencia precaria.

Interesa un aspecto probatorio: frente al segundo inciso del art. 232 del C. P. C. ¿qué significa la norma del art. 498 de que la existencia material de la sociedad comercial de hecho se podrá demostrar "por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley". sólo se admitía la prueba inferior a documento auténtico si había siquiera principio de prueba por escrito o la falta de esto se justificaba por ciertas circunstancias.

El inciso que se comenta va más lejos literalmente, en cuanto, refiriéndose a actos no solemnes, establece que "la falta de documento o de un principio de prueba por escrito" constituye indicio grave de la inexistencia (material) del acto respectivo, salvo que se justifique por ciertas circunstancias, restrictivamente: que "por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo", o "por su valor y la calidad de las partes se justifique su omisión".

Pero, racionalmente, el indicio grave corresponde a un acontecer normal, ordinario. Entonces, hay que mirar el acto a la luz de circunstancias prácticas: así, si, a pesar de ser acto consensual, normalmente se celebra por escrito, como son suministros de ciertas empresas organizadas, ciertos contratos de transporte, contratos para la presentación de espectáculos, etc., la falta de documento respectivo sí indica gravemente inexistencia (material) del acto respectivo, no si se trata de un acto consensual entre personas rasas del pueblo, que suelen contratar verbalmente. (Otro error de las normas probatorias mencionadas es no contemplar el fenómeno correlativo en la extinción de obligaciones) (pago).

Así como el art. 394 del C. de Co. dice que la suscripción de acciones "podrá acreditarse por cualquier medio de prueba", y el art. 509, relativo a la formación, modificación, disolución y liquidación de las cuentas en participación o "participación", como la llaman tal norma, el 507 y el 508, se podrá establecerlas "con los libros, correspondencia, testigos o cualquiera otra prueba", con respecto a la sociedad de hecho, el art. 498 establece que "su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos por la ley".

Se sabe que aquel artículo fue integrado en dos etapas; y el segundo inciso se introdujo al revisar el texto primitivo del estatuto.

Habla de inexistencia en los dos sentidos dichos, de relativo, jurídico o formal, del acto por lo menos intentado, y en el de absoluto o material, del acto no aparente siquiera.

No es del caso estudiar impropiedades del primer inciso, con su colocación errónea, pues formalmente corresponde a otro capítulo (como complemento del art. 187) y cayó donde está por el accidente material de mencionar testigos, casuista y erróneamente.

Interesa, sí, el segundo inciso, en cuanto se relaciona con la existencia material, en el sentido de que, si no se cumplen ciertos requisitos probatorios, el acto se tiene por inexistente (materialmente, o sea ni siquiera intentado).

Sustituyó él normas de la L. 153 de 1.887 (arts. 90 y ss.) y el art. 703 del C.P.C. de 1.931, con errores técnicos en la redacción, según las cuales, en relación con actos de cierto valor,

¿Tienen sentido estas normas, especialmente como oposición al art. 232 citado? Frente al sentido erróneo de este, ¿aquellas constituyen solamente una vuelta a la realidad, o constituyen una reacción exagerada y, por lo mismo, errónea? Parecen una rectificación a este, errónea, por tomarlo literalmente. Si se adaptara el tenor literal de este a la realidad, sobrarían aquellas normas, también exageradas: para tener por probado o no un acto consensual, se debe considerar primero cómo se celebra usualmente él en el medio social.

Aunque el texto de las normas comerciales citadas no parece dar fundamento para entenderlo así, creemos que su sentido es solamente que no exigen prueba específica (no "solemne", como dice un notable tratadista), o sea que admiten prueba libre, apreciable racionalmente, como dispone el art. 187 del C. P. C., o sea con base en los auxiliares de la razón, como son las reglas de la experiencia.

IV LAS CUENTAS EN PARTICIPACION

Se dan como antecedentes de la sociedad en comandita. Eso explica que los arts. 513 y 514 remitan a ella. Este remite a las normas generales solo como última solución.

En los arts. 507, 508 y 509 se llaman, simplemente, "participación"; y el art. 1.493 alude a ella, como "sociedad accidental", concepto que corresponde a los arts. 395 y ss. del C. de Co. argentino.

El art. 508 no dice que se constituye sino que se forma, como anotamos atrás.

El C. de Co., que no define otros contratos, define este, con algún casuismo, incluyendo en la definición elementos accidentales; lo cual nos hace pensar que la que no reúna estos, no sustanciales, es solamente atípica, no ilegal.

El mencionado estatuto la define con estos elementos: a) debe ser celebrada por comerciantes, b) tener como objeto tomar interés en operaciones mercantiles, c) estas deben ser determinadas y d) obligación de uno de ellos de ejecutarlas en su solo nombre y bajo su cré-

dito personal y rendir cuentas y dividir el resultado (ganancias o pérdidas) con el socio, en proporción convenida.

Se objeta que no haya razón para que los partícipes deban ser comerciantes y menos aún el inactivo, pues el art. 98 no exige que quienes celebran sociedad sean tales, y que lo que debe ser determinado es el objeto de las operaciones, según el art. 110, apte. 4.

Sobre tal figura dice el Dr. Gaviria Gutiérrez: “La sociedad puede ser civil o comercial según la naturaleza civil o comercial de los negocios que constituyen su objeto; por el contrario, la participación es siempre un contrato mercantil, pues al tenor del art. 507 del C. de Co., todos los partícipes, activos e inactivos, deben ser comerciantes y las operaciones que se proponen realizar deberán tener, igualmente, el carácter de actos de comercio”.

“De este modo, si los partícipes no son comerciantes o los negocios tienen naturaleza civil, no existirá propiamente una cuenta en participación sino un contrato innominado”. (Ob. cit., pág. 104).

Los arts. 508 y 509 no son modelos de método, y el 509 establece la libertad probatoria que comentamos ahora, en forma no clara.

El art. 395 del C. de Co. argentino, en 1.970, bajo el rótulo De las Sociedades Accidentales o en Participación, la define así: “La sociedad en participación es la reunión accidental de dos o más personas para una o más operaciones de comercio determinadas y transitorias, trabajando uno (sic), algunos (sic) o todos (sic) en su nombre individual solamente, sin firma social y sin fijación de domicilio”.

Y el art. 396 agrega: “La sociedad en participación o accidental puede ser relativa a una o más operaciones comerciales, y tiene lugar, acerca de los objetos, con las formas, bajo la proporción de intereses y con las condiciones que estipulen los interesados”.

Según el art. 397 ib., se prueba “como los demás contratos”.

En el citado anteproyecto de Ley General de Sociedades se proponía: Art. 359 – “Su objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor. No es sujeto de derecho y carece de denominación social.

“No está sometida a requisitos de forma ni se inscribe en el Registro Público de Comercio. Su prueba se rige por las normas de pruebas de los contratos”.

Criticando definiciones correspondientes a la sociedad que se constituye como persona jurídica o sujeto de derecho, en Introducción al Derecho Mercantil Comparado (págs. 90 y

91), Agustín Vicente y Gella alude así a las cuentas en participación, como no incluible en tal definición: . . . “Unión de personas y bienes con ánimo de lucro, decimos: y la vida nos muestra una serie de supuestos en que, dándose todos los elementos exigidos, difícilmente podemos atribuirles la condición de sociedades.

“Dos personas compran una partida de mercancías con la intención de revenderla y dividir la ganancia que se obtenga; un propietario arrienda su teatro a una compañía que se propone dar varias representaciones dramáticas, y que como merced o precio de la locación entrega a aquel el tanto por ciento del ingreso bruto de cada función; un comerciante contrata a un agente comercial dándole una prima por cada partida de productos que coloque en el mercado; un capitalista entrega una suma de dinero a título de préstamo a un industrial para que lleve adelante su negocio, con la condición de darle una participación determinada en los beneficios que obtengá. En todos estos casos, no obstante la unión de personas, la existencia de un elemento patrimonial y el fin de lucro, no nos hallamos frente a una sociedad civil ni mercantil.

“¿Dónde está, pues, la característica de la institución que estudiamos? Con mayor espiritualidad que las legislaciones continentales, el Derecho inglés, al definir la Partnership (similar a la sociedad colectiva), consigna que es la relación que existe entre personas que lleven negocios en común con un punto de vista de provecho. En efecto; la sociedad es una relación, y una relación entre personas; no hace falta sino determinar cuál es la esencia de esa relación de que se trata”.

“Según Houpin y Bosvieux, el contrato de sociedad supone la reunión de varios elementos, y uno de ellos es la *affectio societatis*, o intención de formar una sociedad. En nuestro sentir, la relación de que se trate no puede consistir en una *affectio*, *intención*, punto de vista que mira el aspecto interno de la voluntad individual y que no puede interesar al Derecho; la relación de sociedad ha de tener un aspecto externo, social; y nosotros lo encontramos para asentar en él la característica diferencial, en la ligabilidad, esto es, en la responsabilidad directa de los socios frente a tercero por los actos en que consiste la gestión social”.

El Dr. Lázaro Tobón equiparaba la sociedad conyugal a unas cuentas en participación. Entre otras similitudes, como la sociedad conyugal, no tiene razón social, personería ni domicilio propio.

V LIQUIDACION DE SOCIEDADES

Los arts. 631 y ss. del C.P.C. se refieren a liquidación de sociedades solemnes, regulares y de hecho, no a las cuentas en participación, como efecto de declaración de nulidad o de disolución, cuando esto es necesario, o en forma autónoma con respecto a la sociedad de hecho, por virtud del art. 505 del C. de Co.

Esto lleva a un punto crítico, planteado por interpretación del art. 228 del C. de Co. que hace el Dr. Gabino Pinzón, en el sentido de que este sustituye el 631 citado con respecto a sociedades comerciales (Sociedades Comerciales, ed. de 1.977, pág. 251).

Pero la ley no descarta la intervención judicial en todos los casos de disolución y liquidación de sociedades. El art. 627 del C.P.C. prevé la posibilidad de que interesados en la sociedad se nieguen a reconocer su disolución, por lo cual corresponde al juez “declararla”, así como “declarar la existencia” de la de hecho, y, como consecuencia, le corresponda “decretar” la disolución.

Porque ello es así, el mismo C. de Co. prevé aquello, en el segundo inciso del art. 221, en estos términos: “En las sociedades no sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, las diferencias entre los asociados sobre la ocurrencia de una causal de disolución serán decididas por el juez del domicilio social, a solicitud de interesado, si no se ha pactado la cláusula compromisoria”.

Y por eso, en el Curso de Derecho Procesal Civil – Parte Especial, explicando el tema del C.P.C. titulado Disolución, Nulidad y Liquidación de Sociedades, el tratadista Morales M. explica que tres casos son contenciosos especiales, pues dos puntos implican la declaración de disolución y nulidad, la demanda comprende una acumulación eventual de pretensiones en forma consecutiva, ya que un tercer caso también es contencioso pero la contención contenida en él “versa solamente sobre la liquidación”; y agrega: “Constituyen una combinación del proceso declarativo de conocimiento, que impera en la primera parte, y del de liquidación, que prevalece en la segunda. El otro caso es de liquidación, aunque puede debatirse si la sociedad está disuelta” (pág. 310).

En realidad, el art. 228 del C. de Co. excluye el 631 citado para efectos extraprocesales, en relación con sociedades formales, para cuando la liquidación de estas no está precedida de debate judicial sobre disolución, o sea cuando aquella es autónoma, no derivada del debate respectivo.

La exageración del tratadista se puede explicar como reacción contra un antecedente también exagerado, en el primer anteproyecto de C.P.C. (1.956): después de la comisión redactora explicar el proceso de liquidación a solicitud de liquidador, con audiencia del Ministerio Público (art. 1.025), decía: “En adelante, ninguna liquidación social podrá verificarse extrajudicialmente. La intervención que el proyecto da a la justicia tiende a precaver, como es fácil advertirlo, legítimos derechos de todos los interesados, aún socios o terceros acreedores” (pág. 410 de la publicación oficial).

El tratadista Narváez García cita palabras de la comisión redactora del C. de Co. que indican una conquista de esta en el sentido de que la intervención de la justicia sea solamente subsidiaria, que procede solamente cuando la voluntad privada sea impotente para con-

seguir el fin propuesto. (Teoría Gral. de las Sociedades, 1a. ed., pág. 451).

VI LA ENTREGA DE GANADO A PARTIR UTILIDADES

En el folclor nuestro existe la idea de que el primer negocio que hay es el ganado bien administrado, el segundo el ganado mal administrado y el último el ganado pésimamente administrado. Pero, en el capítulo XXIV del libro 2o. de su obra Los Deberes o Los Oficios (traducido con esos dos títulos), Cicerón expresaba ya una idea semejante: A Catón "se le preguntó un buen día cuál era la principal fuente de riqueza, y respondió, —Tener y apacentar bien muchos ganados. —¿Y la segunda? — Apacentarlos medianamente. —¿Y la tercera? — Apacentarlos mal. —¿Y la cuarta? — Arar".

Según M. Troplong, en la Roma antigua el tercer artículo económico, después de los inmuebles y los esclavos (en ese orden) era el ganado.

Sin embargo, nuestro derecho civil no contempla específicamente más pactos sobre ganados que uno rudimentario, en el art. 2.042 del C.C. En su obra La Noción de Orden Público en Derecho Privado, Julliot de la Morandiere contempla una forma de este como "contrato de cría de ganado", según el cual el arrendatario del predio recibe el ganado avaluado y debe restituir ganado por el mismo valor al restituir el fondo, de tal suerte que gana o pierde según que el valor del ganado haya subido o bajado para el tiempo de devolver el predio.

Como fruto de las circunstancias (falta de crédito, etc.), ha surgido entre nosotros un contrato por el cual una parte, que obra como dueña, entrega a otra ganado avaluado, para repartirse en determinada proporción el mayor valor o precio que se obtenga de él, mediante actividad de la parte que lo recibe.

Sólo para efectos penales lo contempla el art. 20 de la Ley 4a. de 1.943, bajo una especie de abuso de confianza, en forma criticable; la cual debe desaparecer bajo el nuevo C.P. que se expida.

Es común celebrar tal pacto con ganado vacuno. Con equino y porcino se celebran contratos semejantes, que generan comunidad.

En relación con aquellos puntos, son accesorios algunos que las partes convienen, como el imputar al valor el costo del transporte a que haya lugar de donde el dueño tiene el ganado al lugar donde deba recibirlo la parte administradora o industrial; que esta debe sufragar la totalidad de los gastos de administración o la otra parte deba contribuir a ello; etc.

Mucho se ha discutido la naturaleza de tal contrato. Ninguna norma exige que se celebre solemnemente. Sin embargo, erróneamente se ha tomado como sociedad civil de hecho,

comprendida en el art. 2.083 del C.C., a pesar de no concurrir elementos de tal: no tiene elementos de sociedad anónima, que exijan solemnidad en su constitución (art. 2.090 ib.), ni tiene vicio alguno que impida su subsistencia en la forma en que se pacta.

En providencia publicada en la Crónica Judicial 282 (diciembre de 1.949), el Tribunal Superior de Medellín le negó la naturaleza de sociedad, por no corresponder a la intención de crear persona social (“affectio societatis”); y luego, en providencia publicada en la Crónica 296 (enero a julio de 1952), la tomó como aparcería pecuaria; pero una parte mayoritaria de la sala, siguiendo al tratadista Valencia Zea, le aplicó normas francesas, en tanto que una parte minoritaria, disintió, por considerarlo pacto autóctono, acorde con nuestras circunstancias tropicales.

La H. Corte lo ha llamado “sociedad ganadera”, en referencias ocasionales.

El C.C. mejicano contempla aparcería rural, dividida en agraria y pecuaria, como especie de la sociedad. Como pecuaria contempla un pacto que implica la participación en crías y demás productos (arts. 2.752 y 2.753).

Bajo la especie aparcería, del género contrato de trabajo, el C.C. italiano contempla el pacto así, en el art. 2.170: “Noción —En la aparcería de ganado el concedente y el aparcerero se asocian para la crianza y explotación de cierta cantidad de ganado y para el ejercicio de las actividades conexas, a fin de distribuir el aumento de ganado y los otros productos y utilidades que de él se deriven.

“El aumento consiste tanto en las crías que se hayan reproducido como en el mayor valor intrínseco que el ganado tenga al término del contrato”.

Luego distingue entre aparcería simple y parciaria.

El art. 1.975 del C.C. colombiano contempla la aparcería en general, la cual aplicaba a fundos rurales el art. 2.040, hoy subrogado por la Ley 6a. de 1.975.

Pero el contrato de que se trata no establece el pago de canon con frutos del bien, sino participación en el valor de él (lo cual también hace el derecho italiano, según se vio).

Ahora, los contratantes pueden ser comerciantes o no, o sólo uno de los dos.

La operación encomendada al socio gestor o industrial es mercantil, según el art. 20, apte. 1, del C. de Co., en cuanto el ganado haya sido adquirido a título oneroso, ya que su enajenación siempre es a tal título; aunque el dueño no haga la enajenación directamente. En los demás casos no es comercial.

No tiene pasivo externo, para ser sociedad de hecho. Normalmente es participación o cuentas en participación atípica, según ideas expuestas alrededor de tal figura.

Como contrato de tenencia que es, procesalmente admite la solución del art. 435 del C.P.C., con secuestro.

JAIME SOTO GOMEZ