

220-80975, diciembre de 1998

Ref. Cesión de cuotas entre cónyuges no divorciados

Recibe la Superintendencia de sociedades su escrito 308512, mediante la cual consulta si "¿lo preceptuado en el Código Civil respecto a la venta entre cónyuges no divorciados se hace extensivo a la cesión de cuotas?".

En consideración a las implicaciones del tema, se hace obligatorio para el ente que responde hacer previamente algunas consideraciones.

1) RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Si bien es cierto que conforme al régimen legal que hoy rige en el país, no todos los bienes de los cónyuges entran a formar parte del activo de la sociedad conyugal; también lo es que según tal derecho positivo, sí integran ese haber social los bienes que responden al concepto de gananciales, tomada esta palabra en sentido amplio, es decir, como los rendimientos que produce bien el trabajo de los cónyuges o el capital de cada uno de estos.

Precisamente de ahí el artículo 1781 del Código Civil, después de establecer en su ordinal segundo 2º. que el haber de la sociedad conyugal se compone de todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen dentro del matrimonio; **el ordinal 4º. siguiente agrega que también forman ese activo social las cosas fungibles y especies muebles** que cualquiera de los cónyuges aporte al matrimonio, o durante él adquiriera, quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición, cuando esta última fuere a título gratuito.

Por su parte, la Ley 28 de 1.932 facultó a cada uno de los cónyuges para administrar y disponer libremente durante el matrimonio, tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o se hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera. Pero también advirtió esa misma disposición que a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esa sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación.

Esto significa claramente que todo el haber patrimonial adquirido dentro del matrimonio por uno de los cónyuges, pertenece directamente a quién lo adquirió, con las consiguientes facultades de libre administración y disposición, que son inherentes al dominio, pero no de un modo puro y simple, sino limitado en cuanto al tiempo, por el hecho condicional de la disolución del matrimonio, o de alguno de los eventos en que de acuerdo con la ley determinen la liquidación definitiva de la sociedad, la cual pasa entonces del estado de latencia en que se hallaba, al de una realidad jurídica incontrovertible, para recibir dentro de su matrimonio aquellos bienes y hacerlos así objeto de las consiguientes distribución y adjudicación entre los mismos cónyuges o entre quienes legítimamente representen sus derechos.

2) LA DONACIÓN.

Circunstancia diferente a la compraventa y la cesión en términos mercantiles, lo constituye la donación, que de conformidad con el artículo 1443 del Código Civil, es un acto entre vivos a través del cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que los acepta.

Así las cosas, tenemos que el mismo es un verdadero contrato que de acuerdo al derecho que originan tiene como características primordiales: 1) La unilateralidad al imponerse la obligación solamente para una de las partes (art. 1443 C.C.); gratuito (art. 1497 ib.); principal (art. 1499 ib); nominado e irrevocable (art. Art. 1443 ib) solemne, léase con autorización judicial cuando recae, como en el caso, sobre bienes muebles que sobrepasen los cincuenta salarios mínimos legales mensuales, además de la respectiva escritura pública (arts. 1457, 1458 ib y 366 del C de Cío.); de enriquecimiento y empobrecimiento correlativos (art. 1455 ib) y de excepción, porque la donación entre vivos no se presume sino en los casos expresamente previstos en las leyes (art. 1450 ib).

Sobre esta base, huelga decir que como contrato que es, su fuerza obligatoria se encuentra en la voluntad de las personas, o dicho en otros términos en el consensualismo y la autonomía de la voluntad.

Esta última, traduce una doctrina de filosofía jurídica que pretende que toda obligación se funde sobre la voluntad, habida consideración que la persona tiene plena libertad de crear obligaciones resultado de la manifestación de aquella por medio del contrato.

En este estado de las cosas, las donaciones entre esposos, previo el cumplimiento de las formalidades legales, deben primero hacerse en las capitulaciones matrimoniales, no requiriendo por ello de insinuación, circunstancia diferente a la aplicable por los artículos 1461 y 1845 del Código Civil, las cuales si se encuentran sometidas a tal requisito, y segundo tener en cuenta que conforme a la ley 28 de 1.932 son nulas las donaciones irrevocables entre cónyuges.

De otro lado, el Código de Comercio, al igual que el Código Civil, contemplan los contratos a título gratuito u oneroso, siendo la cesión de cuotas un contrato en el cual se transfiere la propiedad de las mismas en cualquiera de los dos formas autorizadas.

3) LA CESIÓN DE CUOTAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

Desafortunadamente no existe en nuestra legislación un concepto del acto de la cesión, lo cual ha conducido a que la doctrina supla tal falencia. Así, la ha definido como la transferencia en todo o en parte de la participación que se tiene en una sociedad de responsabilidad limitada, a otro u otros socios o a un tercero.

No obstante, la ley ha reglamentado la cesión de las partes de interés, abriendo libre juego a su negociación, pero igualmente estableciendo limitaciones para que esa autonomía en la transferencia de las partes sociales se ciñan a las necesidades y naturaleza de esta clase de sociedades.

Para ello, se parte del hecho de que una de sus bases es la identidad de los socios al tener clara preeminencia el aspecto personal, no solo porque tienen el carácter de sociedades de familia o amigos que se fundan en la confianza recíproca de los asociados, sino igualmente porque ofrece a los terceros confianza en los créditos que le otorguen al observar dichas condiciones.

En este orden las cosas, y para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, el estatuto mercantil en su artículo 354 establece que su capital se encuentra dividido en cuotas de igual valor, cesibles en las condiciones previstas en la ley o en los estatutos. Por su parte, el artículo 362 de la misma obra permite la libre cesión de cuotas a sus socios, en donde cualquier convención en contrario simplemente se tiene por no escrita, conllevando tal figura de consuno una reforma estatutaria (art. 363), y agrega, concordante con el artículo 158 del mismo código, que debe ser reducida a escritura pública. En esta altura del escrito citamos el artículo 358 del Código de Comercio (1º.) cuando establece que corresponde a la junta de socios resolver sobre todo lo relativo a la cesión de cuotas, así como la admisión de nuevos socios.

Dicha cesión puede significar su transferencia realizada a través de diversos modos:

1. A título oneroso (compraventa)
2. A título gratuito (donación)
3. A título de liquidación (cuando sé práctica tal procedimiento en las sociedades civiles, comerciales o conyugales).

Se infiere que pactar una cláusula que tienda a crear dificultades entre los socios o comprometer la seguridad de la sociedad, sería indudablemente un factor de mucha importancia para los que contrataron con ella y lo sería también en el orden interno puesto que los terceros no podían fiar en el crédito de esa sociedad.

Se reitera, y por efectos de la publicidad, que debe procederse a la solemnización del acto mismo de la cesión en razón de lo dispuesto en el artículo 366 del Código de comercio, que impone la obligación de hacerse por escritura pública para que no opere la ineficacia, la cual debe contar con la participación del representante legal de la compañía, el cedente y el cesionario de acuerdo con lo previsto en inciso segundo del artículo 362 del Código de Comercio, e inscribirse en el registro mercantil para que surta efectos respecto de la sociedad, de terceros y de la misma sociedad, tal y como lo prevé.

Fuera de estas formalidades estrictamente legales, es competencia de los socios pactar en sus estatutos la forma en que deseen que las cesiones de cuotas sean manejadas en su compañía, cuando estimen conveniente el ejercicios del derecho de preferencia en términos diferentes a los indicados en la legislación mercantil.

Todo lo anterior, nos conduce a referirnos someramente a los artículos 363 y 364 del Código de Comercio, cuando señalan:

Artículo 363 "... El socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás... El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta.

Mientras tanto, el artículo 364, empieza diciendo que "Si los socios interesados en adquirir las cuotas discreparen respecto del precio o del plazo, se designarán peritos para que fijen uno u otro. El justiprecio y el plazo determinados serán obligatorios para las partes...".

Siendo esto así, llegamos a la conclusión de que la cesión implica un contrato de compraventa, regulado no solo por la legislación civil en su artículo 1852, sino igualmente por el artículo 905 del estatuto mercantil.

Precisamente, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 13 de junio de 1.991, al respecto expuso:

"(...)

Ciertamente es inocultable que tal como quedó concebido el artículo 1852 del Código Civil se trata de una norma especial para el contrato de compraventa, cuya razón de ser, según el criterio más generalizado (*communis opinio*), estriba fundamentalmente en que por motivos éticos y de interés público procura proteger los derechos de terceros, que podrían ser lesionados por ventas simuladas. Así lo confirma la doctrina foránea, especialmente la chilena, cuando Arturo Alessandri Rodríguez, al analizar el fundamento principal del artículo 1796, que corresponde al 1852 del C.C. colombiano, expresa que "cualquiera de los cónyuges que fuera perseguido por sus acreedores, con el objeto de burlarlos, podría sustraer sus bienes al alcance de éstos, vendiéndolos al otro. He aquí la principal razón que el legislador ha considerado para prohibir esta venta, desde que no habría mejor sistema para burlar a aquellos que venden sus bienes al otro cónyuge" (De la compraventa y de la promesa de venta). En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Chile en fallo del 24 de junio de 1.920 y del mismo participan civilistas franceses como Colin y Capitant.

En síntesis, se puede concluir que entre los diversos motivos que se han dado para justificar la razón de ser de la incapacidad especial o prohibición para celebrar los cónyuges el contrato de compraventa radica, principalmente, en la protección de los derechos de terceros acreedores;

B. La Ley 28 de 1932, en punto de celebración de contratos entre cónyuges, establece lo siguiente: "son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial" (Art. 3º). Y según los alcances de este precepto, la nulidad comprende todos los contratos relativos a inmuebles, con excepción del manto general o especial. De suerte que la disposición antes transcrita, a diferencia del artículo 1852 de C. C., es de carácter general, como quiera que aquel se refiere y comprende toda clase de contratos que versen sobre inmuebles, salvo el de mandato y éste solo se centra al contrato de compraventa;

C. Ahora bien, al confrontar lo que dispone el artículo 1852 del C.C., con lo que ordena el artículo 3º. de la Ley 28 de 1932, se tiene que conforme al primero la venta entre cónyuges relativa a bienes muebles es nula y, según el segundo, es válida. Para sortear, entonces, éste enfrentamiento, tal como lo señala la doctrina, se debe acudir a la regla universal de hermenéutica consistente en que en caso de oposición entre una norma anterior especial y otra posterior general, debe aplicarse aquella y no ésta (*Lex posterior generalis non derogat priori speciali*). Por consiguiente, siendo así las cosas, se tiene que la venta entre cónyuges que verse sobre bienes muebles es nula, por disponerlo así de manera expresa y especial, para el contrato de compraventa, el artículo 1852 del C.C;

(...)"

Quedaría trunco este punto sino referimos al artículo 906 (1) del Código de Comercio, y que en sus efectos en concordante con los artículos 899 y 900 *ibidem*, cuando dispone la prohibición de la compra directa o por interpuesta persona, entre cónyuges no divorciados.

4) CONCLUSIÓN

Haciendo un parangón entre lo aquí expresado, se hace inevitable decir que la cesión tal y como se encuentra concebida en el estatuto mercantil, en nada difiere de lo expresado no solo por el Código Civil en el artículo 1852, sino igualmente por el artículo 906 del Código de Comercio.

Sin embargo, ello no contradice desde ningún punto de vista el tipo social de las limitadas, al ser un adecuado medio para los negocios familiares y, por lo tanto, perfectamente normal que los cónyuges se asocien para la conformación de la persona jurídica.

En los anteriores términos se responden las inquietudes planteadas y sus alcances son los consagrados por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.