SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

OFICIO 100-179360 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2019

REF.: AFFECTIO SOCIETATIS

Me refiero a su escrito radicado en esta entidad como se anuncia en la referencia, mediante el cual consulta qué entiende la Superintendencia de Sociedades, normativa y jurisprudencialmente, por *affectio societatis*.

Previamente a atender su inquietud, se debe señalar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite conceptos de carácter general sobre las materias a su cargo, más no en relación con una sociedad o situación en particular, razón por la cual sus respuestas a las consultas que le son elevadas no son vinculantes, no se refieren a casos específicos, ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

En cuanto a lo solicitado, tradicionalmente se ha partido de la naturaleza contractual de la sociedad, es decir del acuerdo de dos o más partes para constituir, regular, o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, como lo señala el artículo 864 del Código de Comercio.

Ahora bien, en todo contrato es necesario identificar los elementos que son de su esencia, los que son de su naturaleza y los meramente accidentales en los términos del artículo 1501 del Código Civil. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales o no produce efecto alguno o degeneraría en un contrato diferente.
La definición del contrato de sociedad la encontramos en el artículo 98 del Código de Comercio, el cual reza:

> *"(…) 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 (…)".*

Al contrato de sociedad, en razón a la tipicidad legal de primer grado, les son aplicables los requisitos de existencia predicables de todo negocio jurídico, a saber: i) Consentimiento, dentro del cual se encuentra la causa y la forma; y ii) Objeto. Al igual que los requisitos de validez, tales como: i) Capacidad; ii) La no existencia de vicios en el consentimiento (error, fuerza y dolo); iii) La licitud del objeto y de la causa; y iv) Otras formalidades legalmente exigidas para ciertos eventos.

En cuanto a la forma que debe revestir el consentimiento para efectos de perfeccionar el contrato de sociedad, cabe aclarar que, respecto de las sociedades originalmente consagradas en el Código de Comercio, es decir, la colectiva, la en comandita simple, la en comandita por acciones, la limitada y la anónima, se trata de un negocio de forma libre o consensual, dado que el contrato se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades sobre sus elementos esenciales. En cambio, para las sociedades del emprendimiento (Ley 1014 de 2006, cuya declaratoria de exequibilidad fue mediante la Sentencia C-392 del 23 de mayo de 2007), el contrato es de forma específica ya que se perfecciona mediante documento privado o por escritura pública; lo anterior resulta igualmente aplicable a la sociedad por acciones simplificada – S.A.S. (Ley 1258 de 2008) en las cuales, el acto unilateral o el contrato debe revestir la formalidad señalada (documento privado o escritura pública) para su perfeccionamiento.

En lo que concierne a la tipicidad legal de segundo grado del contrato de sociedad, sus elementos esenciales sobre los cuales debe recaer el consentimiento, según el artículo 98 del Código de Comercio, son:

(i) La pluralidad de socios, no sólo al momento de su constitución sino durante su existencia (ordinal tercero del artículo 218 del Código de Comercio), salvo el caso de la sociedad por acciones simplificada – S.A.S. (artículo primero de la Ley 1258 de 2008);

(ii) La obligación de dar los aportes, entendiendo por estos últimos cualquier prestación de contenido económico (dinero, industria o especie), teniendo presente que una cosa es la obligación que adquiere el socio con la sociedad de dar el aporte como elemento esencial y, otra bien diferente, es la integración efectiva del mismo, lo que conllevaría a un incumplimiento;

(iii) La vocación para percibir las utilidades como contrapartida por el riesgo asumido (artículos 155, 156, 454, 455 del Código de Comercio).; y

(iv) El objeto: Del contrato o del acto jurídico de la sociedad, entendido como las obligaciones que cada socio asume (el cual equivale al aporte) y, además, el de la sociedad como actividad o empresa social, advirtiendo que, para estos propósitos, no se requiere el ejercicio efectivo e inmediato de la actividad, sino que bastaría con la posibilidad de que potencialmente pueda llevarla a cabo.

Resulta importante precisar que lo expuesto hace referencia a la sociedad como contrato o como acto jurídico, para el caso de las sociedades por acciones simplificada, lo cual resulta diferente de la sociedad como persona jurídica, ya que para esto último se requiere de la observancia de otras condiciones legales.
Nótese que la figura de "*affectio societatis*" no emerge del artículo 98 antes citado como elemento esencial del contrato de sociedad, porque no lo es como tal, sino que emerge del primer nivel de tipicidad como parte del consentimiento, de suerte

que podemos concluir que constituye un desarrollo doctrinal y jurisprudencial, más no legal.

Ahora bien, parte de la doctrina nacional[1][2] e internacional[3] de antaño había considerado que el "*animus societatis*" o "*affectio societatis*" era un elemento esencial del contrato de sociedad. Esta posición ha sido respaldada por la jurisprudencia nacional en fallo del 30 de noviembre de 1967 (En igual sentido, Corte Suprema de Justicia, sentencia del 27 de noviembre de 1941, Gaceta Judicial, Tomo LII, número 1981, página 780).

No obstante, lo anterior, en épocas más recientes, la mayoría de la doctrina considera lo contrario, como por ejemplo el Dr. Néstor Humberto Martínez Neira, quien precisa lo siguiente[4]:

> *"(…) El ánimo de asociarse es una elaboración doctrinal, pero nunca un concepto legal propiamente dicho y, como tal, mal puede de continuarse caracterizando como una de aquellas cosas sin las cuales el contrato de sociedad no existe. Mucho menos puede postularse como elemento esencial si al final con él lo que se pretende caracterizar es el mismo consentimiento, que finalmente es la fuente generadora del negocio jurídico.*
>
> *De suyo, en las sociedades de capital y en particular en las sociedades anónimas inscritas en bolsa, es marcada la inexistencia de este elemento esencial; muchos inversionistas, los llamados rentistas o especuladores, forman parte del contrato con un interés meramente lucrativo, sin que por ello se consideren estar asociados en un contrato de colaboración. Se estiman simplemente inversionistas, antes que socios en el estricto sentido de la palabra. El "ánimo de contraer sociedad" o la affectio societatis es un elemento subjetivo que desconocen por lo general, porque su verdadera y única voluntad es la realización de un aporte para obtener una ganancia temprana, por valorización y /o dividendos, sin que les resulten relevantes los derechos y las obligaciones que surgen del contrato de sociedad (…)".*

Siguiendo esa misma línea, *"(…) se ha considerado la usual inclusión de un elemento subjetivo para configurar el contrato social, que desde antiguo se ha denominado con las expresiones latinas de animus societatis y affectio societatis. En general, se pueden definir como la intención de los contratantes de asumir conjuntamente el riesgo derivado de la empresa o actividad social. Este elemento tiene origen en la doctrina y en la jurisprudencia; su postulación no se infiere en forma directa del texto legal transcrito. En efecto, ni el artículo 98, citado, ni las demás disposiciones que adicionan o complementan al Código de Comercio, mencionan el referido elemento (…)*"[5].

---

[1] Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Octava Edición, 1998, Editorial Legis, Bogotá, D.C., Colombia Pág.147.

[2] Peña Nossa Lisandro, De las sociedades comerciales, Octava Edición. Editorial Ecoe Ediciones. 2017. Pág. 118 y 119.

[3] El autor Philippe Merle alude a la affectio societatis como elemento esencial del contrato en los siguientes términos: "No existe duda alguna de que a falta de affectio societatis no existiría sociedad alguna. Citado por Reyes Villamizar, Francisco Derecho Societario Tomo I, editorial Temis, Bogotá Colombia, 2004. Pág. 88.

[4] Martínez Neira Néstor Humberto, Cátedra de Derecho Contractual Societario, Primera edición, 2009. Pág. 108 y 109.

[5] Reyes Villamizar, Francisco; "Derecho Societario", segunda edición, Editorial Temis, 2006, página 110.

Esta última posición es la que en la actualidad sostiene la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, al resolver que *"(…) el régimen societario colombiano no contempla expresamente una causal de disolución atada a la pérdida del ánimo societario. Sin embargo, esta circunstancia podría dar lugar al acaecimiento de la causal de disolución consistente en la imposibilidad de desarrollar el objeto social (…)*". (Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-000036 del 8 de mayo de 2017. En igual sentido, Sentencias 2016-01-450040 del 6 de septiembre de 2016 y 2018-01- 452819 del 12 de octubre de 2018; entre otras).

La referida posición jurisprudencial, ha sido también avalada por la justicia arbitral en Laudo del 17 de marzo de 2004[6], así: *"(…) El denominado (…) ánimo asociativo, no encuentra consagración explicita en las disposiciones de derecho positivo vigentes en Colombia. En efecto, ni en el código de comercio, ni en la Ley 222 de 1995, ni las demás disposiciones que adicionan o complementan a los dos estatutos anteriores mencionan y, mucho menos, definen el referido elemento (…)".*

Así las cosas, y para responder su pregunta relacionada con qué se entiende normativa y jurisprudencialmente por "*affectio societatis",* le reiteramos que se trata de un concepto doctrinal y en un comienzo jurisprudencial, mas no legal, que para esta Superintendencia no constituye un elemento esencial del contrato de sociedad, sino que se trata de un elemento subjetivo inherente a la condición o estado del socio con el que se manifiesta su consentimiento de aceptación al contrato de sociedad como elemento generador de obligaciones y de derechos; es decir, debe estar presente en la exteriorización de su voluntad por medio del consentimiento, este último como requisito de existencia del negocio jurídico que se pretende celebrar.

Respecto al entendimiento jurisprudencial de la figura nos permitimos relacionarle al pie de la página[7], algunas sentencias que traen a colación el concepto de "*affectio societatis"* en diferentes ámbitos (temas de familia, consorcios, sociedades de hecho), en los cuales en términos generales se refieren al concepto del ánimo de asociarse.

La ausencia de este elemento en el devenir de la sociedad, no conlleva a la configuración de una causal de disolución de la sociedad, lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el artículo 218 numerales 2 y 6 del Código de Comercio, como lo ha manifestado la doctrina proferida por esta Oficina Asesora Jurídica en conceptos tales como el 220-046093 del 15 de mayo de 2019.

---

[6] Tribunal de Arbitramento de: "Guillermo Mejía Rengifo VS. Lucía Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna E Hijos Limitada y Otros" Árbitros: Francisco Reyes Villamizar, Florencia Lozano Revéis, Fernando Silva García.

[7] (i) Sentencia - 2ª instancia – 27 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Pereira, en un proceso de Declaración existencia sociedad de hecho, con Radicado No. 66001-31-03-004-2015-00101-01; (ii) Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil y Agraria del 7 de marzo de 2000, MP. José Fernando Ramírez Gómez; (iii) Sentencia de 26 de marzo de 2009, Expediente 16782, C.P. Ligia López Díaz.

Finalmente, esta Superintendencia, teniendo en cuenta lo mencionado en este concepto, se aparta de la posición asumida en el pasado en el sentido que el "*affectio societatis*", formaba parte de los elementos esenciales del contrato social, tal y como se manifestó, en su momento, en conceptos tales como el 220-031825 del 22 de junio de 2007, el 220- 21508 del 27 de abril de 2007, el 220-025815 del 30 de abril de 2012, el 220-061666 del 16 de agosto de 2012, el 220-150447 del 15 de septiembre de 2014, entre otros; todos los cuales se entienden recogidos y reemplazados, en cuanto corresponda, con la posición anteriormente sustentada en el presente escrito.

De conformidad con lo expuesto, se ha dado respuesta a su consulta. Se reitera que los efectos del presente concepto son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y que en la página web de esta entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre estas materias, entre otros documentos de consulta.