Recibido: 08-08-2021 /Aceptado: 15-08-2021/ Publicado: 05-10-2021

**Naturaleza jurídica de las ¨sociedades civiles y mercantiles¨ y su relación con la práctica notarial**

*Legal nature of civil and commercial companies and their relationship with notarial practice*

David Alejandro Arroba López. [[1]](#footnote-1)

### DOI:  [<https://doi.org/10.33262/visionariodigital.v5i4.1916>](https://doi.org/10.33262/visionariodigital.v5i4.1915)

**Abstract**

In Ecuador, a number of companies of different nature coexist, among which it is convenient to mention civil companies, commercial companies, and those companies called "de facto". But in addition to the aforementioned, there is a type of company that is being constituted in practice. By this I mean "civil and commercial" companies, which, as will be analyzed throughout this article, cannot be considered as if they were of a corporate type, since the companies are either civil or commercial, and that the attribution contained in numeral 29, of article 18, of the notarial law -which is the legal support on which the creation is being based of these companies- what it intended was to eliminate the requirement of judicial approval existing for commercial companies in collective name and in simple limited partnership, transferring that power to the notarial service, but not to create a non-existent legal entity such as the so-called ¨civil society and trade. **Objective**.- The objective of this work is to demonstrate, through the analysis of several cases, how, through the interpretation of article 18, numeral 29, of the Notarial Law, ¨civile and mercantile¨ companies are being wrongly constituted as if they were a kind of company. **Methodology**.- In this research work, the following methods have been applied: inductive and logical historical. **Contributions**.- This paper seeks to contribute to the Ecuadorian corporate legal debate, by criticizing the interpretation that is being given of a norm that has mistakenly allowed the constitution of the so-called “civil and mercantile societies”, which, as will be analyzed, does not have a support legal.

**Keywords:** Civil and mercantile society, de facto societies, irregular society, companies, societies.

**Resumen**

En el Ecuador, coexisten un sin número de sociedades de distinta naturaleza, entre las que conviene mencionar a las sociedades civiles, sociedades mercantiles, y aquellas sociedades llamadas ¨de hecho¨. Pero además de las referidas, existe un tipo de sociedad que en la práctica se está constituyendo, me refiero con esto a las sociedades ¨civiles y mercantiles¨ mismas que conforme se analizará a lo largo de este artículo no pueden ser consideradas como si se tratase de un tipo societario, ya que las sociedades o bien son civiles o, bien mercantiles, y que la atribución contenida en el numeral 29, del artículo 18, de la ley notarial -que es el sustento legal en el que se está basando la creación de estas sociedades- lo que pretendía era eliminar el requisito de aprobación judicial existente para las compañías mercantiles en nombre colectivo y en comandita simple, transfiriendo esa facultad al servicio notarial, más no crear una figura jurídica inexistente como lo es la llamada ¨sociedad civil y mercantil¨. **Objetivo.-** el objetivo del presente trabajo es demostrar a través del análisis de varios casos, cómo mediante la interpretación del artículo 18, numeral 29, de la ley Notarial, se están constituyendo erróneamente sociedades ¨civiles y mercantiles¨ como si fuesen una especie de compañía. **Metodología.-** En el presente trabajo de investigación se ha aplicado los métodos: inductivo e histórico lógico. **Aportes.-** El presente trabajo busca aportar en el debate jurídico societario ecuatoriano, al criticar la interpretación que se está dando de una norma que equivocadamente ha permitido la constitución de las llamadas ¨sociedades civiles y mercantiles¨, que conforme se analizará no tiene un sustento legal.

**Palabras Clave:** sociedad civil y mercantil, sociedades de hecho, sociedad irregular, compañías, sociedades.

**Introducción**

El código civil ecuatoriano en su artículo 1957, define a la sociedad o compañía como un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan, e indica que la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados, posteriormente, en su artículo 1963 clasifica a las sociedades como comerciales O civiles, utilizando como criterio diferenciador el objeto social que tendrán, así las sociedades mercantiles o comerciales serán aquellas que se constituyan para la ejecución de actos considerados como actos de comercio, y por defecto las demás serán sociedades civiles, es decir sociedades civiles y mercantiles, tendrían naturaleza distinta, que como principal trae por supuesto,consecuencias jurídica, traerías importantes, -principalmente relacionadas condiferencia en la el marco jurídico aplicable a la relación en concreto, pudiendo ser esta la legislación civil o la mercantil-

No obstante de lo expuesto, se verificará a lo largo de este trabajo -apoyados en el análisis de varios casos prácticos-, como en la actualidad se están constituyendo ¨sociedades civiles y comerciales¨, como si se tratase de una especie de compañía o sociedad, tal yerro jurídico nace a criterio del autor, en una errónea interpretación del artículo 18, numeral 29, de la ley Notarial, que incluye como una atribución de los Notarios el: ¨Aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles, que no estuvieren bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y demás actos atinentes con la vida de estas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción¨, esta facultad notarial reformada por mandato de la Disposición Reformatoria Cuarta, de Ley publicada en Registro Oficial Suplemento 353 de 23 de Octubre del 2018, está siendo interpretada por el servicio notarial como la facultad de constituir ¨sociedades civiles y mercantiles¨ como si se tratara de una nueva especie de sociedad o compañía, cuando lo correcto era entender que la expresión ¨civiles y mercantiles¨ hacía alusión a la facultad del notario para aprobar sociedades civiles por un lado, o sociedades mercantiles por otro lado, respetando con ello la diferenciación que nuestro ordenamiento jurídico mantiene respecto a estos dos tipos de sociedades.

Este criterio legal, se sostiene en razones como las siguientes: a) las sociedades son civiles O mercantiles pero no podemos hablar de la existencia de sociedades civiles y mercantiles como si fuese una especie de sociedad b) dentro de las sociedades mercantiles existen diferentes tipos de sociedades unas que están sujetas al control de la Superintendencia de compañías y otras que no, dentro de las segundas se incluyen a las compañías en nombre colectivo y a la compañía en comandita simple, mismas que además para constituirse debe elevarse su contrato constitutivo a escritura pública y aprobarse por un Juez de lo civil c) las compañías civiles son en esencia sociedades que no están sujetas a formalidades para su existencia, el código civil no precisa requisitos de formalidad alguno como condicionantes para la existencia de una sociedad civil, además de que por su misma naturaleza no requieren inscribirse en el registro mercantil, y finalmente d) la facultad incluida en el artículo 18 numeral 29 de la ley Notarial tácitamente ha reformado la ley de compañías permitiendo que cierto tipo de compañías mercantiles –la compañía en nombre colectivo y la compañía en comandita simple- puedan constituirseúnicamente con la aprobación del Notario, prescindiendo de la aprobación judicial –anteriormente exigida-. Estas razones serán explicadas con detalle a lo largo del presente artículo investigativo.

**Metodología**

El presente artículo de investigación se sustenta en un modelo investigativo de diseño bibliográfico, del tipo documental y de nivel histórico. El método de investigación es inductivo e histórico lógico.

**Marco teórico**

*Sociedad o Compañía*

Al pretender dar una definición conceptual, sobre lo que se entiende por sociedad vamos a encontrarnos con una primera dificultad, relacionada con el hecho de que este concepto es objeto de estudio de diferentes disciplinas y saberes, por lo que la definición dada dependerá del campo de estudio en el cual ,nos situemos.

Una segunda dificultad vendrá dada ya incluso dentro del campo jurídico, ya que podemos ver que la implicancias y consecuencias jurídicas derivadas del concepto sociedad variará –en mayor o menor medida- según sea el campo del derecho del que se trate, así pues, podemos ver la aplicabilidad de este concepto al campo del derecho constitucional, al campo del derecho que regula las corporaciones y fundaciones, al campo del derecho que regula las sociedades de la economía popular y solidaria, entre otros.

en el que primabasería más bien,,,

*.* (p.4)

,***,*** contractualista,ocurre un fenómeno que aún debe explicación, ya que, ,, con lo que al parecer, la teoría institucionalista también ha ejercido presión en la forma de legislarPuntualmente para el objeto de este estudio, nos centraremos en la sociedad considerada desde el enfoque del derecho mercantil y civil, con miras a cumplir el objetivo central de este estudio, el cual es analizar la naturaleza o naturalezas jurídicas de las sociedades mercantiles y civiles, y de su ¨mutación¨ las llamadas ¨sociedades civiles mercantiles¨, y decimos naturalezas, en tanto y en cuanto nuestra postura es coincidente con la manifestada por Roberto Guerrero V. y Matías Zegers R-T (2014), quienes al contraponer las teorías ¨contractualista¨ y ¨de la institución¨ respecto de la sociedad, concluyen en indicar que ninguna de estas puede encuadrarse perfectamente en todos los tipos de sociedades existentes, ya que las mismas han sido diseñadas –a la semejanza de una maquinaria- como una herramienta para ayudar al hombre a conseguir ciertos fines, por lo que resultaría inútil investigar de un modo general, la naturaleza de la sociedad, ya que cada forma de sociedad constituye un mecanismo jurídico particular.

No obstante lo expresado en líneas precedentes, es posible identificar en el concepto.

Al respecto, Maside Miranda, J. (2002) al referirse a las similitudes entre sociedades civiles y mercantiles expone, ¨Si se comparan ambos textos, puede apreciarse que hay una identidad sustancial entre los conceptos de sociedad civil y mercantil, aunque el primero es más amplio y comprensivo que el segundo, pudiendo decirse que la sociedad civil es el género y la mercantil, la especie¨ (p. 447) de sociedad varios elementos que son comunes independientemente del campo de estudio del que se trate, así por ejemplo vendrá a nuestra mente la idea de una agrupación de personas, pudiendo ser éstas dos o más, así mismo la idea de que estas personas pondrán algo en común y que buscan con ello obtener un beneficio, en ello radica fundamentalmente la teoría que mira a la sociedad como un contrato, para otro sector doctrinario en cambio no basta con mirar a la sociedad meramente como un contrato, sino que la misma es ante todo una institución, puntualmente una persona jurídica.

*El código civil ecuatoriano en su artículo 1957 define a la sociedad o compañía como un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan, e indica además que la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados, es decir nuestro código civil adopta las dos posturas, y considera que la sociedad es uN contrato pero que a la vez da origen a una institución o persona jurídica.*

*Características del Contrato de Sociedad*

El contrato de sociedad presenta a criterio de Roberto Guerrero V. y Matías Zegers R-T (2014), las siguientes características:

1.- Se trata de un contrato bilateral, ya que existe al menos dos partes que generan entre sí obligaciones recíprocas, entre éstas, estaría en primer lugar la obligación de entregar un aporte a la sociedad.

Esta característica, es en la actualidad objeto de una dura revisión, en la medida que la ley, permite la creación de sociedades o compañías con un único socio –pese a que el mismo término de socio pierde sentido-, verbigracia la sociedad por acciones simplificada, incorporada recientemente en nuestro ordenamiento jurídico, permite la constitución de la compañía con un único socio.

2.- Se trata de un contrato oneroso, ya que los contratantes buscarán obtener una utilidad o beneficio, en la sociedad existe indudablemente la búsqueda de obtener un beneficio, es más nuestro código civil plantea que dicho beneficio no puede ser meramente moral, sino que debe traducirse en un incremente patrimonial de la persona, así:

Art. 1959Código Civil.-...¨Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios…No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero¨

3.- Se trata de un contrato conmutativo.- En el sentido que lo que aspira el socio obtener como beneficio será proporcional a su aportación, ya que no existe obligación de que todos los socios aporten lo mismo, bien puede darse el caso de socios que aporten más o menos.

4.- Se trata de un contrato principal, ya que subsiste por sí mismo, siendo las causales generales se extinción de las obligaciones la forma en que se extingue, y sin depender de ningún otro contrato.

5.- Se trata de un contrato generalmente solemne.- Esta característica reviste a nuestro criterio singular dificultad, el código civil ecuatoriano, en su artículo 1957Código Civil, establece que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios, *sin precisar de ninguna formalidad adicional para su existencia*, por lo que bien podría hablarse de la posibilidad de constituir sociedades civiles de manera verbal, en cuyo caso obviamente lo complejo resultará el contar con los medios de prueba oportunos para demostrar las obligaciones que se hubieren generado.

En el caso de las sociedades mercantiles por otro lado, rige el principio contrario es decir son sociedades solemnes, ya que requieren de requisitos de aprobación, registro e inscripción para existir y generar los efectos jurídicos que según sea el tipo de sociedad estableciere.

*Requisitos del Contrato de Sociedad*

Son requisitos generales del contrato de sociedad; la capacidad, el consentimiento libre de vicios, la causa lícita y el objeto lícito, mientras que orequisitos especiales del contrato de sociedad lo serán la existencia de aportes, la búsqueda de obtener beneficios y la affectio societatis, (Díaz Bravo, A. 2017) revisemos los segundos más a detalle.

1. Aportes.- La existencia de aportes es connatural al contrato de sociedad, así lo establece el artículo 1959 del código civil que textualmente establece ¨No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo¨, los aportes así entregados vienen a constituir el capital de la sociedad, mismo que servirá para el cumplimiento de sus fines.
2. Beneficios.- Toda sociedad persigue la obtención de un beneficio, que además debe consistir en un beneficio apreciable en dinero, así lo estipula el artículo 1959 del código civil, anteriormente citado, en sus segundo y tercer incisos donde dice: ¨Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios. No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero¨, consecuentemente para que se entienda la existencia de beneficios debe existir un incremento patrimonial en la persona.

Conviene en este punto realizar una aclaración respecto a una apreciación común en el argot jurídico, el cual consiste en considerar como una diferencia entre la sociedad civil y la mercantil o de éstas con otro tipo de sociedades a la existencia o inexistencia de un ánimo de lucro, en realidad el diccionario panhispánico del español jurídico adscrito a la Real Academia de la Lengua española, define al ánimo de lucro como la ¨Ganancia o provecho económico que se obtiene por la incorporación de la cosa al propio patrimonio¨ (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico 2020), ,dinero,es decir se trata de lo que venimos hablando el incremente patrimonial traducido en términos económicos y no puramente morales, por lo que el ánimo de lucro no puede considerarse válidamente como un criterio de distinción entre sociedades.

1. Affectio Societatis.- Este elemento resulta de definición polémica en tanto la doctrina, la jurisprudencia y la legislación no han conseguido formarse un criterio armónico, aun así podemos decir lo siguiente:

La affectio societatis, mirado desde un enfoque simple podría considerarse como la intención de los socios de celebrar un contrato de sociedad y con mirada utilitaria la affectio societatis representaría un *criterio de calificación;* en el sentido de que considerandos ciertos presupuestos, y a la luz de la revisión de una determinada relación jurídica, podamos concluir si la misma implica la existencia de un contrato de sociedad –es decir que los contrayentes tuvieron la intención de formar una sociedad- u otro tipo de contrato como pudiera ser por ejemplo un contrato laboral que incluya una ganancia extra en concepto de comisiones, ya que en este caso tendríamos la existencia de aportes –capital del empleador y trabajo del trabajador-, beneficios en el reparto de las ganancias que se produzcan, pero carecería de la affectio societatis, ya que la intención de los contratantes no era formar una sociedad, sino ,sino un contrato de trabajo peri que incluía una ganancia aleatoria.

Respecto al alcance de la affectio societatis, como un elemento esencial del contrato de sociedad, Paternina (2015), indica que:

*¨Si el animus societatis entendido como intención de celebrar el contrato de sociedad se considera simplemente un criterio interpretativo útil para distinguir el contrato social, se tendría que concluir que su ausencia de ninguna manera puede afectar la permanencia del ente societario¨ y por otra parte si la affectio societatis es considerado como un elemento esencial del contrato de sociedad ¨habría que tener en cuenta que la sanción jurídica por la ausencia de un elemento esencial es la inexistencia (Paredes Hernández, 2009). Sanción que no es consecuente ni con los efectos de la disolución —pues esta no extingue a la sociedad (Reyes Villamizar, 2011), sino que limita su capacidad para realizar los actos necesarios para la inmediata liquidación—, ni con la terminación de la sociedad por mutuo disenso tácito, ya que no se puede terminar algo que nunca existió¨. (p.27)*

*Personalidad Jurídica*

Al hablar de la personalidad jurídica de la sociedad, es necesario incluir en el presente estudio la teoría que mira a la sociedad como una institución más que como un contrato, una institución en el sentido de persona jurídica, como ente distinto de los socios individualmente considerados.

Se aclarará varios conceptos que, aunque implicados entre sí, no pueden ser aplicados como si fueran sinónimos, nos referimos con esto a debido a la relación que mantiene con el tema de esta investigaciónespecifican algunos términos jurídicos:

Sujeto de derecho.- Por sujeto de derecho se entiende aquel ente que es susceptible de ser destinatario de derechos y obligaciones, y por ende facultado a entablar una relación jurídica. (Maritan, 2013)

Nótese que decimos ente, en tanto que sujeto de derecho existen de distintos tipos, ejemplo la persona humana, las personas morales o jurídicas, e incluso la naturaleza esto según el ordenamiento jurídico ecuatoriano y boliviano que decidió considerar a la naturaleza como un sujeto de derecho, así mismo decimos que este ente es susceptible de ser destinatario de derechos y obligaciones y con ellos entablar relaciones jurídicas, por ejemplo una persona natural (Juan Barreno) que celebra un contrato de compraventa –es decir establece un relación jurídica- con una persona moral (compañía XYZ Ltda.) en donde la persona natural es el comprador (adquiere un derecho a que le sea entregada la cosa que ha comprado y una obligación la de pagar el precio por la cosa) y la persona moral el vendedor (tiene una obligación de entregar la cosa objeto de la compraventa y un derecho a recibir el dinero producto de la venta).

Persona jurídica.-

¨¨. Por su parte, eecuatoriano, tradicionalmente se ha venido empleando la diferenciación entre persona natural para designar al ser humano individualmente considerado, y persona jurídica para designar a un ente colectivo integrado por seres humanos, a pesar de que esta postura no resulta tan técnica ya que en estricto sentido toda persona (es decir incluidas las naturales) son personas jurídicas, para efectos del presente estudio entenderemos como persona natural a aquel sujeto individual de la especie humana que es susceptible de adquirir y derechos y obligaciones y por persona jurídica al ente formado por una agrupación de personas, pero que a los ojos del derecho operan como una individualidad, y que es un sujeto de derecho es decir un ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones.

Personalidad jurídica.- Finalmente el concepto de personalidad jurídica hace referencia a la proyección que tiene un ente en el mundo jurídico, de forma similar a como ocurre con la personalidad –en términos psicológicos- es una proyección de nuestro yo íntimo, de igual forma la personalidad jurídica viene a ser esa proyección del ente en el mundo jurídico, reconocida por el Estado.

Para ahondar en lo expuesto, se presenta la siguiente cita; ¨Cuando la persona natural, con personalidad jurídica reconocida por el Estado, actúa en el marco de una relación jurídica determinada, se convierte entonces en sujeto de derecho¨

*Atributos de la Persona Jurídica*

Del mismo modo como las personas naturales tienen su personalidad jurídica arropada de una serie de atributos legales, pues las personas jurídicas también pueden ser destinatarios de este ropaje, obviamente considerando las diferencias que la naturaleza de estos dos tipos de entes provocan, a criterio de (Díaz Bravo, A. 2017, p. 247), son atributos de la personalidad jurídica los siguientes:

* El Nombre o razón social
* El patrimonio
* El domicilio, y
* La nacionalidad

En el caso de las personas jurídicas, el nombre se materializa en su razón social, mismo que en el caso de las sociedades sujetas al control de la superintendencia de compañías es único, y no puede confundirse con nombres previamente registrados, circunstancia que no aplicaría para sociedades mercantiles que no se inscriben en la Superintendencia de compañías o sociedades civiles, en donde la razón social bien podría ocasionalmente repetirse.

La sociedad, al formar una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados, también posee la facultad de poseer un patrimonio propio, o patrimonio social, diferente del patrimonio personal que cada socio posea, esto permite que las obligaciones sociales se cubran con los patrimonios propios de la sociedad y así mismo que las obligaciones personales de los socios no sean asumidas por la sociedad.

El domicilio se define como ¨la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella¨ Art. 45 CC, así también se indica que el domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio nacional, en el caso de las sociedades el domicilio es convencional, son las partes quienes establecen en las cláusulas del contrato de sociedad el lugar de domicilio de la misma, este domicilio tiene carácter cantonal.

La nacionalidad, tal vez sea uno de los atributos más discutidos en la actualidad (Mereminskaya, E. 2005), para un sector doctrinario, la persona jurídica carece de nacionalidad, indicando que éste es un atributo propio de la persona natural y que no puede hacerse extensivo a la persona jurídica, otra corriente por el contrario, admite la nacionalidad de las personas jurídicas, aunque dentro de ésta existen una serie de sub corrientes, que consideran a uno u otro elemento como criterio de atribución de la nacionalidad, de esta forma, para unos la nacionalidad de la sociedad debería venir dado por la nacionalidad de la mayoría de socios, para otros la nacionalidad debería estar dada por el lugar donde la compañía este ejecutando su actividad económica, para otro sector la nacionalidad debería estar dada por el lugar de constitución de la compañía, y finalmente otro sector establece que la nacionalidad de los socios que efectivamente controlen la compañía es la que determine la nacionalidad de la compañía.

Sobre la nacionalidad de la persona jurídica, en la práctica societaria ecuatoriana se considera que las sociedades si tienen nacionalidad, y que ésta vendría determinada por el lugar donde la sociedad se hubiere constituido, en tal sentido, una sociedad por ejemplo panameña lo será en tanto y en cuanto la misma sea constituida en Panamá, independientemente de la nacionalidad de los socios, del lugar donde vaya a ejercer su actividad económica o de la nacionalidad de los socios que efectivamente controlen la compañía.

Para el objeto del presente estudio, es innegable que las sociedades mercantiles o compañías, constituyen siempre una persona jurídica, al igual que las sociedades civiles, según lo establece el artículo 1957 del código civil, cuando indica ¨La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados¨, aunque esto no quede del todo claro en la práctica, y a pesar de que al menos históricamente no fue así considerada, al respecto es interesante el análisis histórico que realiza Quesada Sánchez, A. (2009) de la sociedad civil, quien señala: ¨*La sociedad era la unión de los socios contractualmente ligados, sin más: un vínculo contractual interno entre ellos, sin relevancia frente a los terceros, obligando los actos realizados por cada socio únicamente a él*.¨ (134)

*Diferencia Entre Sociedades Civiles y Mercantiles*

La legislación nacional diferencia entre sociedades civiles y mercantiles, empleando como criterio diferenciador, el del objeto social para el cual se constituye, -todos los demás aspectos esenciales del contrato de sociedad son comunes a ambos, tales como; pluralidad de sujetos, existencia de aportes e intención de obtener beneficios- así lo establece el código civil en su artículo 1963, al establecer que las sociedades comerciales son aquellas que se constituyen para la ejecución de actos que la ley califica como actos de comercio, y las restantes son sociedades civiles, de forma conexa el artículo 8 del código de comercio, enlista mediante 19 numerales los actos que la ley califica como actos de comercio, clasificación que aparentemente no sería taxativa en la medida que se indica en el último inciso del referido artículo que se tendrán así mismo como actos de comercio todos los relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.

Esta distinción traería como principal consecuencia el establecer la atribución normativa, en el sentido de que una sociedad civil estaría regulada por la legislación civil y la sociedad mercantil, estará regulada por la legislación societaria, pese a que la legislación civil si admite que una sociedad civil, por acuerdo de los socios, se sujete a la legislación mercantil, sin existir la misma opción en sentido inverso, es decir que una sociedad mercantil se sujete a la legislación civil.

Ahora, son tipos de sociedades civiles, según el artículo 1965 del Código Civil, las siguientes; la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad anónima (ésta última debe regirse por las misma reglas de la sociedad anónima mercantil), estas sociedades no están sujetas al control de la Superintendencia de compañías, ni deben, por su misma naturaleza civil, inscribirse en el Registro Mercantil –exceptuando la sociedad anónima civil, ya que se la equipará con la anónima comercial-.

Por otra parte, son tipos de sociedades mercantiles, según el artículo 2 de la Ley de Compañías; La compañía en nombre colectivo; la compañía en comandita simple y dividida por acciones; la compañía de responsabilidad limitada; la compañía anónima; la compañía de economía mixta; y, la sociedad por acciones simplificada, estas compañías, a excepción de la compañía en nombre colectivo y en comandita simple, están sujetas al control de la Superintendencia de compañías, y todas excepto la sociedad por acciones simplificada, deben inscribirse en el Registro Mercantil.

La tendencia normativa global actual, ha optado por eliminar la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, y por el contrario entraron en procesos de unificación normativa, así por ejemplo, en el caso colombiano mediante la Ley 222 de 1995, se suprimió la distinción entre sociedades civiles y comerciales, mediante el siguiente texto: “*Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil*”. Al respecto Oviedo (2011), señala: ¨*Durante mucho tiempo la distinción entre sociedades civiles y comerciales ha constituido una summa divisio, aunque como igualmente destaca el autor, la reglamentación civil se ha acercado considerablemente a la comercial, cuando no ha sido subsumida por ella¨*

En el caso ecuatoriano, parecería que esta unificación normativa ha tenido una implantación vedada y confusa, -al menos derivada por la interpretación errónea que se está dando a la norma-, por las razones que se esgrimen a continuación:

Mediante Disposición Reformatoria Cuarta, de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 353 de 23 de Octubre del 2018, se reformó el numeral 29, del artículo 18, de la Ley Notarial, incluyendo una atribución Notarial, la atribución de: ¨29.- Aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles y mercantiles, que no estuvieren bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y demás actos atinentes con la vida de estas, y oficiar al Registrador Mercantil para su inscripción.¨

La forma en cómo se ha interpretado este numeral, -según lo demuestra la práctica notarial-, ha sido en el sentido de interpretar que, la atribución notarial es la de aprobar la constitución de sociedades ¨civiles ***Y*** comerciales¨, el énfasis en la conjunción ¨Y¨ se justifica en el hecho de que ésta forma de interpretación, considera al ¨y¨ en un sentido de adición, es decir, se interpreta la norma como si la sociedad fuera a la vez, civil y comercial, como si se tratase de un tipo societario, como puede apreciarse en los siguientes casos de estudio[[2]](#footnote-2):

E sociedad civil o mercantil, o incluso a que subtipo de sociedad corresponde. Por otra parte llamada ¨¨es esencialmente la ejecución de actos considerados de comerciosituación que ante unaacarrearía que haberse do.

,esta sociedad a Qualimedcivil o mercantil, o a que subtipo de sociedad corresponde, y de forma coincidente con el caso anterior, ees indudablemente la ejecución, debiera sermercanti.

el acta constitutivae segundo ejemplo,se puede,odrá

Finalmente, ,situaciónun

Los casos presentados en análisis, permiten concluir, que la conjunción ¨Y¨ no debiera interpretarse en un sentido que denote adición, valor de unión o suma, ya que traería como consecuencia que ya se han esbozado, tales como entonces¿éla, la legislación civil o la societaria?además,que subtipo de sociedad seríauna, o se deberían aplicar los subtipos de la sociedad mercantilfinalmente,¿,puese.

Son estas razones, las que obligan a pensar que la forma en cómo debería interpretarse la conjunción ¨Y¨ en el texto normativo anteriormente citado, sería en el sentido de entenderlo como un nexo que tiene función coordinante ante oraciones o proposiciones relacionadas entre sí, de modo que la atribución notarial iría en torno a:

1. por un lado, *aprobar la constitución o reforma de sociedades civiles* y, por otro lado;
2. *aprobar la* *constitución o reforma de sociedades mercantiles, que no estuvieren bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros*, (es decir de las compañías en nombre colectivo y en comandita simple) así como oficiar al Registrador Mercantil para la inscripción de éstas.

Si la interpretación se la realiza en este sentido, entonces se subsanaría dos incongruencias; la primera que no se confundiría en un solo tipo las sociedades civiles y mercantiles, y la segunda no se forzaría a las sociedades civiles a una inscripción en el registro mercantil, prebenda exclusiva para las sociedades mercantiles –comerciante colectivo-.

Claro, esta segunda interpretación, aun mantendría un yerro al imponer a las sociedades civiles, requisitos formales para su existencia, circunstancia contraria a la doctrina que califica a la sociedad civil como una sociedad no solemne, (Roberto Guerrero V. y Matías Zegers R-T, 2014) tanto así que el mismo código civil, establece como momento de existencia de la sociedad, y formación de la persona jurídica, la confluencia de los requisitos esenciales para su vigencia, tales como la existencia de aportes, el interés de obtener beneficios y la affectio societatis, sin que sea un requisito de existencia la aprobación de ningún tipo de autoridad sea judicial o notarial.

Por otra parte, esta segunda interpretación, también implicaría asumir que la ley de compañías tácitamente se ha reformado, puntualmente el artículo 38 de la misma, que actualmente establece el siguiente proceso de constitución para las compañías en nombre colectivo y en comandita:

Según lo dispone el Art. 38 Ley de Compañías, La escritura de formación de una compañía en nombre colectivo será ***aprobada por el juez de lo civil***, el cual ordenará la publicación de un extracto de la misma, por una sola vez, en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio de la compañía ***y su inscripción en el Registro Mercantil***. La compañía en comandita se constituye siguiendo el mismo procedimiento para la compañía en nombre colectivo según lo establece el artículo 61 de la Ley de Compañías.

Como puede observarse, el proceso de constitución implica en primer término la obligatoriedad de elevar a escritura pública el contrato de sociedad –*acto jurídico que se realiza ante el servicio notarial*- posteriormente aprobar la referida escritura ante un Juez de lo civil, quien ordenará la publicación de un extracto en la prensa y ordenará la inscripción en el registro mercantil.

Por lo expuesto entonces, cabe concluir que la interpretación propuesta como correcta del artículo reformatorio a la ley notaria, tácitamente estaría reformando la ley de compañías, traspasando la potestad de aprobar la constitución de sociedades en nombre colectivo y en comandita, de la órbita judicial exclusivamente al servicio notarial.

*Sociedades de Hecho y su Relación con las Sociedades Civiles y Mercantiles*

Al hablar sobre la sociedad de hecho no existe en la legislación societaria o civil una definición al respecto, de forma similar al caso uruguayo según lo expuesto por (Acosta, C. Salaberry, M. y Leaman, A. 2020) existen varias disposiciones normativas dispersas que hacen referencia a las responsabilidades que se generarían en caso de que se hubieren generado obligaciones a nombre de una compañía que no se hubiere constituido legalmente.

Se ha tratado de equiparar a la sociedad de hecho confundiéndola con la sociedad civil. como si se tratara de lo mismo, sin embargo, no es así, la razón de que se catalogue a las sociedades de hecho como un tipo de sociedad, responde más bien a normas de carácter tributario que han buscado no excluir a ningún tipo de sociedad del catastro de contribuyentes, así lo establece la ley de régimen tributario interno cuando indica que: Art. 98 L.R.T.I.-

sin que con ello se hubiera pretendido incluir en el catastro de sociedadessido analizado.

Se dice que algo se da ¨de hecho¨, cuando se trata de una situación fáctica manifestada en el mundo material y que tiene importancia para el derecho, así tenemos que muchas sociedades pueden existir de hecho, a pesar de que no se hubieren constituido siguiendo el proceso que dicte la normativa, así, por ejemplo, la unión de hecho, genera las mismas obligaciones que el matrimonio, -incluido por supuesto, la formación de una sociedad de bienes-, o la sociedad que mercantil por naturaleza no se constituye siguiendo los procedimientos de ley, pero que sin embargo opera como una realidad económica en el mundo material, generando con ello obligaciones frente a terceros.

Ahora bien, al hablar de la sociedad civil conforme se analizó previamente, la legislación civil no exige requisitos formales para la existencia de una sociedad civil –excepto la sociedad civil anónima-, por lo que bien podría constituírsela incluso mediante un contrato verbal, tal vez sea esta la principal razón por la cual se confunde la sociedad de hecho como si se tratara de la sociedad civil, confusión errónea, ya que la sociedad civil por su misma naturaleza no precisa de requisitos formales de constitución.

Por otro lado, en el caso de las sociedades mercantiles que sí son formales, para que una sociedad de este tipo pueda existir, debe cumplir ciertos requisitos que pueden ser; de aprobación, inscripción o registro.

Aprobación e inscripción (en el Registro Mercantil) en el caso de las sociedades en nombre colectivo y en comandita; aprobación, inscripción y registro en el caso de las sociedades en comandita por acciones, de responsabilidad limitada y anónima; y únicamente registro en el caso de la sociedad por acciones simplificada.

En el caso de las sociedades civiles, la legislación civil nada dice respecto a la sociedad de hecho, mientras que, en el caso de la legislación societaria, si prevé una consecuencia para el caso de que la sociedad hubiere operado sin cumplir con los requisitos de constitución, así:

¨Art. 30 Ley de Compañías.- Los que contrataren a nombre de compañías que no se hubieren establecido legalmente serán solidariamente responsables de todos los perjuicios que por la nulidad de los contratos se causen a los interesados y, además, serán castigados con arreglo al Código Penal. La falta de escritura pública no puede oponerse a terceros que hayan contratado de buena fe con una compañía notoriamente conocida. En igual responsabilidad incurrirán los que a nombre de una compañía, aun legalmente constituida, hicieren negociaciones distintas a las de su objeto y empresa, según este determinado en sus estatutos¨

Consecuentemente, la falta de formalización de la sociedad mercantil, no acarrea su inexistencia, sino la imputabilidad de responsabilidades de forma personal y solidaria directamente a los socios.

**Resultados**

El código civil ecuatoriano no precisa de formalidades para la constitución de las sociedades civiles –excepto la sociedad civil anónima que se rige por las mismas reglas que la sociedad anónima mercantil-, por otra parte, las sociedades mercantiles son solemnes, y precisan de requisitos que pueden ser de aprobación, inscripción o registro para constituirse. En caso de que una sociedad mercantil no hubiere concluido su proceso formal de constitución debe considerarse como una sociedad de hecho, ya que la consecuencia legal ante tal circunstancia no es la inexistencia de la sociedad sino la adjudicación de responsabilidad de forma solidaria e ilimitada para los socios, esta sociedad así llamada de hecho, no corresponde a un tipo societario, sino tan solo la designación que una norma de carácter tributario le asigna para identificarla en el catastro tributario del país.

C

**onclusiones**

* Se había planteado como objetivo, el demostrar a través del análisis de varios casos, cómo mediante la interpretación del artículo 18, numeral 29, de la ley Notarial se están constituyendo erróneamente sociedades ¨civiles y mercantiles¨ como si fuesen una especie de compañía, para el cumplimiento del mismo, se ha dicho en primer lugar que las sociedades son civiles O mercantiles, pero que no pueden ser ambas a la vez por tener distinta naturaleza, posteriormente se han analizado dos casos de sociedades civiles y mercantiles, en los que ha podido constatarse que el objeto al que se dedican son objetos mercantiles, finalmente se ha analizado los distintos de compañías mercantiles que la ley reconoce, estableciéndose que lría Por un lado, aPor otro lado, a-reformándose además con ello, -, que por las razones expuestas carece de sustento legal

**Referencias Bibliográficas**

Acosta, C. Salaberry, M. y Leaman, A. (2020) Sociedad de hecho: ¿emprender o fracasar? *Revista de Derecho No. 38*, 221-246. http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/721/873

Díaz Bravo, A. (2017). *Derecho Mercantil: Generalidades. El acto de comercio. La empresa. La competencia mercantil. Las sociedades mercantiles*. IURE editores.

Galgano, F. (2004). El concepto de persona jurídica. *Revista Derecho del Estado, No. 16*, 13-28. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5119708

Guerrero R. y Zegers M. (2014). Manual sobre Derecho de Sociedades. Ediciones Universidad Católica De Chile.

Maritan, G. (2013) Reflexiones Conceptuales Sobre Las Categorías: Persona, Personalidad, Capacidad Y Sujeto De Derecho. *Derecho y Cambio Social*, 1-12. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5490737>

Maside Miranda, J. (2002) Las sociedades civiles y el registro mercantil, *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña,* (6)*,* 447-458, en: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2210/AD-6-21.pdf>

Mereminskaya, E. (2005) Nacionalidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional. *Revista de Derecho. XVIII* (1)*,* 145-170. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100006>

Morgestein Sánchez, W. (2011). La SAS en el derecho societario colombiano: de un institucionalismo de forma hacia un nuevo contractualismo. *Revista electrónica Via Inveniendi Et Iudicandi, 6,* (1) revistainveniendi@usantotomas.edu.co

Oviedo Albán, J. (2011) Consideraciones sobre la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el derecho colombiano, *Revista de Derecho* *36*, 251-278 <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n36/n36a11.pdf>

Paternina Pérez, L. (2015). La pérdida del animus societatis como causal de disolución de la sociedad. *Revista de Derecho Privado*, (53) 1-31. <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360039790007.pdf>

Quesada Sánchez, A. (2009) La personificación de las sociedades civiles. análisis histórico-jurídico del artículo 1669 del “código civil” español. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 133 - 181

Vicuña Miñano, L. (2012). La sociedad y la empresa sus principales aspectos diferenciadores. *Revista Derecho y cambio social 29*. https://www.derechoycambiosocial.com/revista029/sociedad\_y\_empresa.pdf.

Diccionario Panhipánico del Español Jurídico, recuperado el 10 de febrero del 2021, de <https://dpej.rae.es/>

Ley de compañías, incluye las últimas reformas incorporadas mediante Registro Oficial Suplemento 347 de 10 de Diciembre del 2020.

Ley Notarial, incluye las reformas de la Ley publicada en Registro Oficial Suplemento 345 de 8 de Diciembre del 2020

Código Civil, incluye las reformas publicadas en el Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de Mayo del 2015



**PARA CITAR EL ARTÍCULO INDEXADO**

Arroba López, D. A. (2021). Naturaleza jurídica de las ¨sociedades civiles y mercantiles¨ y su relación con la práctica notarial. Visionario Digital, 5(4), 109-126. <https://doi.org/10.33262/visionariodigital.v5i4.1916>



El artículo que se publica es de exclusiva responsabilidad de los autores y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Visionario Digital.**

El artículo queda en propiedad de la revista y, por tanto, su publicación parcial y/o total en otro medio tiene que ser autorizado por el director de la **Revista Visionario Digital.**



1. Abogado, Magíster en Derecho mención Derecho Internacional Económico, Docente Universitario, Universidad Tecnológica Indoamérica, Ambato Ecuador, davidarroba@uti.edu.ec, https://orcid.org/0000-0001-5122-3691 [↑](#footnote-ref-1)
2. Se ha tomado 2 casos de estudio obtenidos ambos de extractos publicados en un diario de circulación nacional, en su versión electrónica, en ambos casos se trata de extractos ordenados a publicarse por disposición de la ley reformatoria a la ley notarial [↑](#footnote-ref-2)