



Revista de Derecho Privado

E-ISSN: 1909-7794

mv.pena235@uniandes.edu.co

Universidad de Los Andes

Colombia

Paternina Pérez, Lauren Lucía

La pérdida del animus societatis como causal de disolución de la sociedad

Revista de Derecho Privado, núm. 53, enero-junio, 2015, pp. 1-31

Universidad de Los Andes

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360039790007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



LA PÉRDIDA DEL *ANIMUS SOCIETATIS* COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD

LAUREN LUCÍA PATERNINA PÉREZ

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.53.2015.08>

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 53
Enero - Junio de 2015. ISSN 1909-7794

La pérdida del *animus societatis* como causal de disolución de la sociedad

Resumen

La definición de la expresión latina *animus* o *affectio societatis* ha supuesto un reto para la doctrina y la jurisprudencia de Colombia y de otros países del mundo, por cuanto no existe consenso acerca de sus elementos definitorios y su importancia. Así, ¿es posible considerar la pérdida del *animus societatis* como una causal de disolución de la sociedad en Colombia?

Para responder a este interrogante, la metodología seguida en este trabajo consiste en presentar y analizar por medio de un estudio jurisprudencial y doctrinal comparado las diversas definiciones que se han dado sobre el *animus societatis*.

A partir de ello, se concluye indicando que no es posible aceptar la desaparición del *animus societatis* como causal de disolución autónoma, pues sus elementos constitutivos tienden a confundirse con otras instituciones jurídicas presentes en cualquier contrato.

Palabras clave: *affectio societatis*, *animus societatis*, sociedad, sociedad mercantil, sociedad comercial, sociedad civil, disolución.

The loss of the *animus societatis* as cause of dissolution of the company

Abstract

The definition of the latin expression *animus* or *affectio societatis* has supposed a challenge for the doctrine and the jurisprudence of Colombia and other countries around the world, since it does not exist consensus about its defining elements and its importance. Thus, is it possible to consider the loss of the *animus societatis* as a cause of dissolution for the company in Colombia?

To answer this question, the methodology followed in this work consists in presenting and analyzing by means of a case law and doctrinal compared study the the various definitions that have been given to the *animus societatis*.

From this, it concludes that it is not possible to accept the disappearance of the *animus societatis* as an autonomous cause of dissolution, as its constitutive elements tend to merge with other legal institutions present in any contract.

Keywords: *affectio societatis*, *animus societatis*, company, mercantile company, commercial company, civil company, dissolution.

A perda do *animus societatis* como causal de dissolução da sociedade

Resumo

A definição da expressão latina *animus* ou *affectio societatis* tem suposto um desafio para a doutrina e a jurisprudência da Colômbia e de outros países do mundo, porque não existe consenso acerca de seus elementos definitivos e sua importância. Assim, é possível considerar a perda do *animus societatis* como uma causal de dissolução da sociedade na Colômbia?

Para responder a esta interrogante, a metodologia seguida neste trabalho consiste em apresentar e analisar por meio de um estudo jurisprudencial e doutrinal comparado as diversas definições que se têm dado sobre o *animus societatis*.

A partir disso, conclui indicando que não é possível aceitar a desapareição do *animus societatis* como causal de dissolução autónoma, pois seus elementos constitutivos tendem a confundir-se com outras instituições jurídicas presentes em qualquer contrato.

Palavras-chave: *affectio societatis*, *animus societatis*, sociedade, sociedade mercantil, sociedade comercial, sociedade civil, dissolução.

La pérdida del *animus societatis* como causal de disolución de la sociedad*

Lauren Lucía Paternina Pérez**

SUMARIO

Introducción – I. DESARROLLO – A. Marco teórico: *pérdida del animus societatis ¿causal de disolución?* – B. Análisis jurisprudencial y doctrinal del *animus societatis* en Colombia, España y Argentina – 1. Recuento jurisprudencial y doctrinal comparado – 2. Consideraciones – II. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Paternina Pérez, L. L. (Junio, 2015). La pérdida del *animus societatis* como causal de disolución de la sociedad. *Revista de Derecho Privado*, 53. Universidad de los Andes (Colombia).

** Estudiante de último semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correos: ll.paternina219@uniandes.edu.co; laup25@hotmail.com

Este documento es el resultado de la investigación dirigida por el profesor Andrés Fernández de Soto, a quien agradezco la orientación y sus valiosos comentarios.

Introducción

El *animus* o *affectio societatis* es una expresión latina, reminiscencia de algunos textos del derecho romano que se refieren a este como un elemento esencial y diferenciador del contrato de sociedad (O'Callaghan, 2004). Su definición ha supuesto un reto para la doctrina y la jurisprudencia, no solo en Colombia sino en otros países del mundo como Francia, Argentina y España, por cuanto no existe consenso acerca de sus elementos definitorios, alcances y aplicaciones. Y como resultado, también ha sido un desafío establecer las consecuencias de su pérdida. En ese sentido, la posibilidad de disolución de una sociedad debido a la desaparición del *animus societatis* ha sido un tema polémico en aquellos sistemas jurídicos donde esta expresión ha tenido acogida.

Así, la posibilidad de disolver la sociedad por pérdida del *animus societatis* también es un tema controversial en Colombia. De hecho, podría considerarse que la divergencia de opiniones es más evidente, en tanto quienes han acogido la expresión no han llevado a cabo un riguroso análisis jurídico para determinar su contenido o su alcance.

Por ese motivo, en este escrito pretendo presentar, por medio de un análisis jurisprudencial y doctrinal comparado, el contenido y el alcance que se le ha dado al *animus societatis*, con el objeto de establecer si es posible conseguir la disolución de una sociedad por la pérdida de este elemento.

Para ello, en primer lugar presentaré un breve marco teórico que explique por qué se han producido las divergencias respecto al contenido del *animus societatis* y en qué han consistido tales discrepancias; ello, con el propósito de evidenciar las dificultades que dichos desacuerdos han provocado al momento de establecer los alcances de la figura y, por ende, al utilizar su pérdida como causal de disolución. Luego, expondré la jurisprudencia y las opiniones doctrinales relevantes de varios tribunales y autores colombianos, españoles y argentinos,¹ acompañando

1 Se toman estos dos sistemas jurídicos por cuanto ambos son comparables con Colombia. Los criterios de similitud entre los tres sistemas jurídicos son: la familia jurídica (derecho continental), la influencia de Francia en la formación de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, y la similitud de la legislación societaria, en el sentido de que expresamente establece que el contrato que da origen a la sociedad, sea civil o comercial, tiene los mismos elementos esenciales.

Respecto a España, el artículo 1.665 del Código Civil (cc) dispone que "la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias"; mientras que el artículo 116 del Código de Comercio dice que "el contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener un lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la Compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos". De modo que tanto para las sociedades civiles como para las mercantiles se exigen la pluralidad de individuos, los aportes, el reparto de utilidades y un objeto; razón por la cual la doctrina española establece que la sociedad mercantil no es un concepto distinto, sino el mismo que la sociedad civil, con el añadido de otros requisitos como la realización de actos de comercio (O'Callaghan, 2004).

En consecuencia, si bien es cierto que en este país hay dos regímenes societarios —civil y mercantil— aplicables dependiendo del tipo de sociedad, ambos establecen los mismos elementos esenciales para los dos tipos de sociedades, razón por la cual el análisis de dichos elementos que se haga para un tipo societario es aplicable para el otro. Por ello, la doctrina española establece que el criterio distintivo de la sociedad mercantil está por fuera de la esencia del contrato de sociedad (Tena Piazuelo, 1997).

En Argentina, el contrato de sociedad requiere los mismos elementos esenciales que en Colombia. Su Código Civil establece en el artículo 1.648 que "habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad (...) que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado"; mientras que la Ley 19.550 o Ley de Sociedades Comerciales (LSC) dispone en su artículo 1° que "habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma or-

cada decisión u opinión con mis apreciaciones, finalizando el recuento con algunas consideraciones. Por último, presentaré mis conclusiones respecto al contenido, alcance y posibilidad de utilizar la pérdida del *animus societatis* como causal de disolución.

Esta investigación surge en virtud de varios conceptos de la Superintendencia de Sociedades,² en los que ante la imposibilidad de disolver una sociedad por decisión de los socios, al no existir el quórum necesario para deliberar y votar a favor, recomienda solicitar a la autoridad competente la declaración de disolución por pérdida del *animus societatis*.

ganizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas". De modo que si bien es cierto que prevalece un doble régimen —comercial y civil— para las sociedades, ambos imponen unas exigencias mínimas: pluralidad, aportes, utilidades y objeto; la diferencia con Colombia es que el objeto no es el único criterio determinante de la naturaleza civil o comercial de la sociedad, sino que también se tiene en cuenta el tipo societario, pero la dualidad de regímenes no impone obligaciones que puedan afectar las conclusiones respecto a los elementos esenciales de las sociedades. De hecho, las únicas diferencias son: la sociedad civil debe ser constituida por escritura pública (art. 1184 cc argentino), mientras que la comercial puede hacerlo por instrumento público o privado (art. 4° LSC); la sociedad comercial debe ser registrada (art. 7° LSC) y en algunas circunstancias deben publicarse algunos de sus actos (art. LSC), mientras que nada de esto se exige de la sociedad civil; la sociedad comercial argentina está obligada a llevar contabilidad (art. 43 y ss. del cco. y art. 61 LSC), pero ello no se exige a la sociedad civil a menos que realice una actividad comercial que le imponga dicha obligación; y por último, los socios de la sociedad civil son responsables solidariamente solo si así se pacta en el contrato (art. 1747 cc argentino), mientras que la sociedad comercial siempre impone esa modalidad de responsabilidad a sus socios (art. 125 LSC).

En ese orden de ideas, el sistema jurídico argentino es comparable con el de Colombia, respecto al contrato de sociedad, por su similitud.

2 Por ejemplo, los oficios 220-138247 del 3 de octubre de 2013, 220-138240 de octubre 3 del 2013, 220-072536 de agosto 30 de 2012, 220-061666 de agosto 16 de 2012, 220-025815 de abril 30 de 2012, 220-019191 de marzo 26 de 2012, 220-171218 de diciembre 18 de 2011 y 220-105760 de noviembre 8 de 2010.

I. DESARROLLO

A. Marco teórico: pérdida del *animus societatis* ¿causal de disolución?

La adopción de una figura societaria ofrece beneficios jurídicos, económicos y financieros: por ejemplo, limita el riesgo al monto de capital que cada socio esté dispuesto a aportar (Matheson, 2004); cuando la sociedad es regular, da origen a una persona diferente de los socios, sobre la cual recaen los derechos y obligaciones que se adquieran en desarrollo de las actividades que conforman el objeto social (Linares Vesga, 2008); permite que se agrupen pluralidad de sujetos con diversas calidades necesarias para lograr una determinada empresa (Reyes Villamizar, 2011); la estructura del capital social permite acceder con facilidad a nuevos recursos provenientes de los socios o de inversionistas (Reyes Villamizar, 2011) sin que desaparezca la posibilidad de recurrir a créditos suministrados por bancos o entidades prestamistas, de modo que el ente social puede asumir costos que el individuo no sería capaz de sufragar. De esa forma, la posibilidad de agrupar actividades y la facilidad para obtener recursos hacen de la sociedad un excelente vehículo para la expansión de la empresa y el crecimiento económico.

En ese orden de ideas, la disolución de la sociedad, como estadio previo a su liquidación y posterior extinción es un tema de gran relevancia económica y jurídica. Ello, por cuanto la sociedad envuelve diversidad de intereses jurídicos y económicos, en el sentido de que “las opera-

ciones del ente societario no solo se traducen en derechos y obligaciones para los asociados, sino que de continuo anexan intereses de personas extrañas a la compañía” (Reyes Villamizar, 2011, pág. 331).

En el ordenamiento jurídico colombiano la regulación de las causales de disolución tanto para las sociedades civiles como para las mercantiles se encuentra en el Código de Comercio³ —en adelante CCo.—. Este establece causales de disolución generales o comunes a todos los tipos societarios y causales de disolución propias de cada tipo societario.

Las causales generales se encuentran en el artículo 218 del CCo. Ellas son: i) el vencimiento del término de duración del contrato social; ii) la imposibilidad de desarrollar la empresa social, la terminación de la empresa social o la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye el objeto social; iii) la reducción o aumento del número de asociados que contraría los límites legales; iv) las causales que se estipulen en el contrato; v) la decisión de los asociados o vi) la decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en la ley.

Las causales especiales para cada tipo societario se encuentran a lo largo del articulado del Libro II del mencionado Código. Así, respecto a las sociedades colectivas la disolución se presenta: i) por muerte de alguno de los socios o

ii) por su incapacidad sobreviniente, iii) por declaración de quiebra respecto a este, iv) por la enajenación forzada de su interés en favor de un extraño o v) por su renuncia o retiro justificado. Respecto a las sociedades en comandita: i) por las causales especiales de las sociedades colectivas en relación con sus socios gestores, ii) porque desapareció alguna de las dos categorías de asociados, iii) porque el capital se redujo a la tercera parte o menos con relación a la sociedad en comandita simple o iv) por reducción del capital suscrito a menos del 50 % en relación con las sociedades en comandita por acciones. En cuanto a las sociedades limitadas: i) por decreto de la Superintendencia de Sociedades, ii) por reducción del capital suscrito a menos del 50 % o iii) porque el número de socios ha excedido de veinticinco. Y en el caso de las sociedades anónimas, por reducción del capital suscrito a menos del 50 %.

Ahora bien, a pesar de las mencionadas causales de disolución de origen legal, en Colombia al igual que en otros países del mundo como Argentina y España, la doctrina y la jurisprudencia de ciertos tribunales —que analizaremos más adelante—, han establecido una causal más: la pérdida del *animus societatis*.

Esta expresión latina utilizada por los juriscultores romanos para distinguir la indivisión de la sociedad (Ripert, 1988), y que volvió a surgir en Francia al momento de la codificación (Richard y Muiño, 1997), significaba en Roma la voluntad de colaboración activa, jurídicamente interesada e igualitaria (Ripert, 1988). Es decir, el *animus societatis* equivalía a la intención de

3 Debido a que el artículo 1° de la Ley 222 de 1995 modificó al artículo 100 de dicho Código y estableció la permanencia de la dicotomía entre sociedades mercantiles y civiles fundada en el objeto social, pero derogó el régimen civil, unificando en torno al estatuto mercantil del régimen societario (Castro de Cifuentes, 2010).

los socios de tratarse como iguales y de realizar conjuntamente la obra común (Ripert, 1988), de tal manera que los doctrinantes franceses que acogieron la expresión consideraron que esta debía entenderse como la voluntad de los socios dirigida a “adecuar su conducta y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes, a las necesidades de la sociedad para que pueda con ella cumplir su objeto” (Fargosi, 1955, pág. 88). Explicación que, sin embargo, careció de claridad acerca de la importancia de dicho elemento para el contrato de sociedad —pues ni es una obligación de los socios participar en la toma de decisiones para colaborar con el desarrollo del objeto social, ni los socios de una misma sociedad tienen todos los mismos derechos—, como también acerca de la forma en que este se manifiesta en la práctica: algunos autores incluso lo comparan con la confianza o la amistad.⁴

Por consiguiente, el *animus societatis* ha tenido una complicada evolución en los tribunales franceses —que revivieron la expresión en la época de la codificación (Taveras, 2003)—, apareciendo como una noción difusa y de difícil comprensión. En efecto, como lo expuso Jacques Delga (1998), la Corte de Casación francesa se ha referido a la expresión como el deber de los asociados de “contribuir al desarrollo efectivo del

interés común, ateniéndose a estrictas pautas de igualdad y participando tanto de las utilidades como de las pérdidas” (pág. 108). Definición frente a la cual el mencionado tratadista expresó:

La *affectio societatis* ha sido definida por la doctrina como la colaboración activa, interesada, igualitaria y voluntaria de los asociados. La colaboración activa e interesada quiere significar que el asociado deberá tomar parte en las actividades relacionadas con el desarrollo de los negocios sociales. El concepto de igualdad, por su parte, hace referencia a la ausencia jurídica de una jerarquía entre los asociados, ya que los derechos contenidos en sus respectivas participaciones de capital son, en principio, iguales. Por último, la colaboración deberá ser voluntaria, es decir que el consentimiento de las partes no deberá haber sido otorgado en razón de una obligación legal o del constreñimiento de un tercero (Delga, 1998, pág. 108).

En relación con la definición jurisprudencial antes transcrita, el autor Philippe Merle (1996) expresó que la *affectio societatis* “es una noción multiforme en la que el más pequeño común denominador engloba la voluntad de los asociados en el sentido de colaborar de manera conjunta, en pie de igualdad, para el triunfo de la empresa común” (págs. 54 y 55); voluntad común que según el mencionado autor debe existir no solamente al momento de la creación de la sociedad sino que también debe prolongarse durante toda la vida social.

De suerte que, según los razonamientos presentados, en Francia, el *animus* o *affectio societatis* ha sido considerado por muchos doctrinantes y

4 Entre ellos Richard y Muñío quienes expresan que “lo que une a los socios y constituye el elemento esencial de la sociedad es el fin común. Si este existe y si además se encuentran reunidos los demás requisitos legales de la sociedad, esta existirá *haya o no entre los socios, confianza, simpatía, amistad, animadversión, desconfianza u odio* [cursivas añadidas]. Por ello los autores modernos prescinden hoy de mencionar a la *affectio societatis* como elemento del contrato de sociedad” (1997, págs. 152 y 153). Del aparte en cursivas se deduce que los autores estiman que el contenido del *animus societatis* en la práctica no es unívoco, y puede incluir hasta tratos cordiales.

jueces como un elemento esencial del contrato societario, cuya “ausencia en la totalidad o en parte de los socios [impediría] el nacimiento de la sociedad, y si sobreviniese con posterioridad a su constitución [daría] lugar a la nulidad de la misma” (Richard y Muiño, 1997, pág. 152). No obstante, también han persistido los argumentos en contra de dicha afirmación. Mercadal (1995), por ejemplo, sugirió:

Resulta palmario afirmar que la *affectio societatis* se caracteriza por su maleabilidad; es así como su contenido y alcances pueden variar en razón de la forma asociativa escogida. En ese orden de ideas, no sería posible controvertir la existencia o la validez de una compañía en que miles de accionistas no demuestren interés alguno de participar en los negocios sociales. Ello obedece a que su concurrencia a la sociedad podría derivarse de un ánimo especulativo, como lo sería la obtención de dividendos o de un superávit por la negociación de sus participaciones de capital (pág. 76).

Así, debido a que esta expresión ha encontrado eco en algunos tribunales y doctrinantes alrededor del mundo, se ha diseminado una controversia que, en muchos países, incluido Colombia, no ha sido posible esclarecer. Ello es, si la pérdida del *animus societatis* puede ser considerada causal de disolución de la sociedad, teniendo en cuenta que, en primer lugar, ninguna legislación moderna ha establecido expresamente su carácter esencial o su necesidad para constituir la sociedad; y que, en segundo lugar, su pérdida al no estar expresamente establecida en la ley como causal de disolución solamente puede existir si es deducida de esta o pactada por los

socios, lo que impone analizar si su aceptación suprime o no las causales que establece la ley, o contraría la normativa imperativa o los principios constitutivos de la sociedad.⁵

Es decir, es necesario preguntarse si respecto a una sociedad la aceptación del *animus societatis* como elemento esencial de su constitución o su pérdida puede acarrear la posibilidad de disolución aun cuando no haya necesidad de sacarla del mundo jurídico, o puede confundirse con otros elementos u otras causales de disolución provocando su aplicación heterogénea o arbitraria.

Así, frente a la falta de claridad acerca de la naturaleza del *animus societatis* se hace necesario preguntarse: ¿en nuestro ordenamiento jurídico es posible considerar la pérdida del *animus societatis* como una causal de disolución de la sociedad civil o comercial?

B. Análisis jurisprudencial y doctrinal del *animus societatis* en Colombia, España y Argentina

1. Recuento jurisprudencial y doctrinal comparado

El *animus societatis* desde su reaparición en Francia ha carecido de una definición unánime y de claridad respecto a su importancia para el contrato societario (Richard y Muiño, 1997), al punto que posee tres acepciones distintas: en

5 Según Reyes Villamizar (2011a) las causales de disolución estatutarias no pueden eliminar las que establece la ley ni contrariar las normas imperativas o los principios configuradores de la sociedad.

primer lugar, como la intención de celebrar el contrato de sociedad con el propósito de explotar una empresa (objeto social), contrayendo las obligaciones propias del contrato (realizar aportes) y buscando la obtención de unos beneficios (utilidades) pero asumiendo el riesgo de que la empresa en cambio deje pérdidas; en segundo lugar, como la intención de colaborar en el desarrollo del objeto social, participando y votando en las reuniones del máximo órgano de la sociedad; y en tercer lugar, como la buena fe contractual,⁶ es decir, como todos aquellos actos necesarios para el desarrollo del objeto social (o de la empresa) y para la ejecución de las obligaciones contraídas en favor de los otros contratantes.

Estos diversos significados encuentran sustento en varias decisiones judiciales y opiniones doctrinales de los países antes mencionados, las cuales lamentablemente han carecido de coherencia al momento de establecer la relevancia del *animus societatis* para el contrato de sociedad y, en consecuencia, al momento de determinar la sanción jurídica por su inexistencia o desaparición.

La primera acepción de la expresión *animus societatis* ha encontrado sustento en sentencias proferidas por tribunales colombianos, las

cuales sin embargo se han caracterizado por la falta de un riguroso estudio jurídico relativo a dicha expresión y, por consiguiente, han sido incongruentes al establecer su importancia para la sociedad y las sanciones por su inexistencia o desaparición; incluso han llegado al punto de combinar en algunas ocasiones los tres sentidos de la expresión.

En efecto, el laudo arbitral *Eugenio Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Ritzl y Rosario Ingeborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero* (1994), al buscar determinar si entre las partes había dejado de existir el *animus societatis* que permitiera la tranquila y productiva ejecución de los negocios de la sociedad, sostuvo:

Los disentimientos y (...) enojos (...) bastan para acreditar la desaparición en ambas partes del elemento subjetivo que marca la diferencia entre toda sociedad y la simple comunidad de bienes, denominado *affectio societatis*, y que Guillermo Cabanellas define así: —Locución Latina. Afecto social. El propósito sincero y de buena fe de constituir una sociedad y cooperar, en la medida de la capacidad y de las fuerzas propias, con los coasociados, procediendo con lealtad plena en materia de intereses, cumpliendo las aportaciones prometidas, gestionando con celo y distribuyendo las ganancias y pérdidas según convenio; ley o equidad (pág. 11).

De manera que en dicho laudo el Tribunal de Arbitramento acogió las tres acepciones del *animus societatis*, pues lo definió como un elemento subjetivo característico del contrato societario, consistente en i) la intención de celebrar

6 Ello por cuanto la buena fe implica que "cada contratante debe comportarse con lealtad, debe ceñir su comportamiento contractual a todo cuanto la comunidad exige en las relaciones entre personas leales y honestas" (González de Cancino, 2007, pág. 223). Es decir, "la buena fe negocial conlleva que la voluntad declarada obligue no solo a lo que el creador o las partes declaran, sino también a las normas legales que sean aplicables a él, a las que correspondan a su naturaleza, y a lo que esté conforme con la costumbre y la equidad" (Becerra Toro, 2006, pág. 145); y además implica que las partes tienen el interés de cumplir con el contrato (Bohórquez Orduz, 2013).

un contrato de sociedad, ii) de buena fe (con la intención de cumplirlo —ejecutando las obligaciones y ejerciendo los derechos que se adquirieron—), y iii) colaborando con el desarrollo de las actividades sociales (participando y votando en la toma de decisiones). Sin embargo, se abstuvo de pronunciarse respecto al carácter esencial de este, pues si bien es cierto que en capítulo posterior consideró que de no haberse desistido de la pretensión de disolución aquella se hubiese resuelto favorablemente, ya que según su parecer la pérdida del *animus* encaja en la causal de disolución del numeral 2 del artículo 218 del CCo., de esa declaración no se puede extraer que tuvo en cuenta dicha figura como esencial, ni tampoco se puede sacar dicha conclusión de la expresión “elemento subjetivo que marca la diferencia”, por cuanto no explicó por qué la desaparición del *animus* está comprendida como causal de disolución en el mencionado artículo,⁷ razón por la cual lo único que sí se puede deducir es la existencia de una sanción jurídica por su desaparición: la posibilidad de disolver la sociedad.

Después, el Tribunal Arbitral del laudo *Inversiones Turísticas Metropolitan Tour Ltda. vs. Carlos Humberto Cervera Lawson* (2000), para definir el *animus*, nuevamente combinó la primera acepción (intención de contratar) con la segun-

da (intención de colaborar), pues concluyó que las diferencias de finalidades entre el socio y la sociedad, compuesta por solo dos socios, destruyeron el elemento que es de esencia del contrato social, implícito en el mencionado artículo 98 y conocido en la doctrina y en la jurisprudencia como *animus societatis* o *affectio societatis*:

Característica del contrato de sociedad [que impone para su] (...) validez jurídica (...) la preexistencia en cada uno de los contratantes de una voluntad o intención de contraer, es decir, de un *animus societatis* o *affectio societatis*. (...), [así] este elemento psicológico (...) constituye la intención o propósito de colaboración sin el cual lo más que puede formarse por varias personas que exploten una misma empresa sea una simple comunidad (pág. 33).

Pero en esta decisión el Tribunal no solo consideró al *animus* como elemento subjetivo diferenciador del contrato social, sino también como elemento esencial de este, y además cambió la consecuencia jurídica de su desaparición, ya que concluyó que en este caso no se puede terminar de manera anticipada el contrato en virtud de decisión del órgano máximo de la sociedad, por cuanto la junta de socios es inoperante al estar conformada por solo dos socios en desacuerdo. Por lo tanto:

Deben buscarse los efectos de la pérdida del ánimo societario en otras normas [distintas al artículo 162 del Código de Comercio], y al efecto encontramos el mecanismo del *mutuo disenso tácito* como manera de llegar a la terminación o resolución de un contrato como resultado de la pérdida de interés de las partes en su ejecución (pág. 33). [Cursivas añadidas].

7 Es decir, si por ejemplo para el Tribunal la desaparición del *animus* diera lugar a la disolución solo si imposibilita el desarrollo del objeto social, se tendría que aceptar que dicho ánimo no tiene suficiente entidad como para que su desaparición por sí sola afecte a la compañía, por ende no podría ser considerado elemento esencial; pero, si por el contrario, el Tribunal hubiese sostenido que la desaparición por sí sola de este elemento da lugar a la disolución, se podría pensar que el mencionado ánimo sí es elemento esencial. Al no saber cómo opera la desaparición como causal de disolución nada se puede deducir de su carácter esencial.

Lo anterior da a entender que para este Tribunal la pérdida del *animus* no es causal de disolución legal, pues la sanción jurídica que estableció por su desaparición fue la terminación del contrato por convención. Lo que a su vez significaría que el *animus* hace parte de la voluntad o es igual a ella, pues esta es la única conclusión lógica del hecho de que el Tribunal haya entendido la falta de *animus* como mutuo disenso tácito, es decir, como las *voluntades* coincidentes expresadas tácitamente y dirigidas a deshacer los efectos del negocio jurídico.⁸

A diferencia de los laudos mencionados, en salvamento de voto de la sentencia del 6 de marzo de 2003 del Consejo de Estado, la consejera Ligia López Díaz al definir el *animus* se limitó a la intención del contratante de constituir la sociedad cumpliendo con las obligaciones que este contrato le impone (pagar aportes) y esperando hacer efectivos sus derechos (recibir utilidades o asumir pérdidas), al afirmar que:

Si bien la sociedad de hecho no es una persona jurídica distinta de los socios (...) sí se configuran los dos elementos principales de las demás sociedades legalmente constituidas: 1) Aportes de los socios, y 2) *Propósito de repartirse entre ellos las utilidades o las pérdidas que la explotación de las cosas aportadas produzca. Este último elemento es el que se denomina affectio societatis.*

8 “Así como el postulado de la libre autonomía de la voluntad privada les permite a las partes dar origen a un acto jurídico (...), también las autoriza para dejarlo sin efecto. (...) el disenso puede ser expreso o tácito, según haya manifestación explícita de las partes encaminada a deshacer un negocio jurídico previamente celebrado, o una conducta de ellas, indicativo de la misma intención” (Castro de Cifuentes y Romero Cruz, 2010, pág. 518).

Aunque en ocasiones a los consorcios se les ha dado el tratamiento de sociedades de hecho, no constituyen un contrato de sociedad, [por cuanto] no se presenta el elemento esencial del contrato societario: *La affectio societatis, es decir, el propósito de asociación en una empresa común, con aportes recíprocos, y la intención de repartir entre sí las ganancias o pérdidas que resulten* (Sala de lo Contencioso Administrativo, pág. 19). [Cursivas añadidas].

Consideración que fue transcrita íntegramente en sentencia del 26 de marzo de 2009 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en la cual también se le dio el carácter de elemento esencial al *animus* pero sin establecer las consecuencias jurídicas por su desaparición durante la vigencia del contrato.

De forma similar, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 24 de febrero de 2010, estimó que el *animus societatis* es elemento esencial de la sociedad, consistente en un “claro e inequívoco ánimo de asociarse” (pág. 19), para obtener, acrecentar y asegurar un patrimonio común en simetría e igualdad de condiciones, pero se abstuvo de pronunciarse respecto a la sanción por la inexistencia o desaparición del *animus*. Lo cual fue reafirmado en sentencia del 30 de junio de 2010, en que esta misma Corte señaló que “cuando se trata de sociedades de hecho, —de las cuales se concluye el *animus contrahendi societatis*— la existencia de este factor esencial de ellas solo puede deducirse por el juzgador de instancia mediante la apreciación autónoma de las pruebas” (págs. 15, 16).

Análogamente, la Corte Constitucional en sentencia T-513 de 2011 en que también favoreció la primera definición del *animus societatis*, mantuvo la postura respecto al carácter esencial de este, y se abstuvo de pronunciarse en relación con la sanción por su ausencia. En dicha decisión la Corte expresó que “para que [la sociedad] surja es indispensable que (...) los asociados hagan aportes, que persigan beneficios y que ostenten *affectio societatis*” (pág. 24); en otras palabras, el *animus* fue considerado la intención “de asociarse para la persecución de fines económicos a que van anexas contingencias de utilidades o pérdidas, divisibles precisamente entre quienes emprenden determinada actividad de lucro en plano igual de ayuda mutua” (pág. 25). Según dicha sentencia, el *animus* implica “un concierto de voluntades dirigido a conjugar el común esfuerzo de dos personas” (pág. 25), razón por la cual, “no es dado presuponerlo por el solo hecho del lazo de amistad que une a los presuntos socios, sino que es menester la demostración de circunstancias concretas que pongan en evidencia esa intención incontestable de formar una sociedad” (pág. 25). Lo que significa que en esa decisión el *animus* no fue más que la voluntad de adoptar el esquema societario con los elementos esenciales que este implica.

Ahora bien, los tribunales españoles y argentinos también han proferido sentencias que sustentan la primera acepción del *animus societatis*, y que al igual que en Colombia, se caracterizan por su falta de claridad respecto a la importancia de este o la sanción por su inexistencia o desaparición.

Efectivamente, en España la Audiencia Provincial de Orense mediante sentencia del 12 de marzo de 2004 expuso que la existencia de “una sociedad (...) exige la concurrencia de unos elementos objetivos y subjetivos, a saber: aportaciones de actividades o bienes, que pasan a formar un patrimonio común (...), un fin común, y una “*affectio societatis*”” (sentencia de Apelación n.º 315/2004), la cual según el Tribunal es:

Un requisito subjetivo —intención de constituir la sociedad—, de esencial concurrencia (...) que se puede revelar por los elementos objetivos, [y que] supone un «plus» añadido al simple consentimiento contractual (...), y consiste en la voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial (...), o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos.

Es decir, el Tribunal entendió el *animus* como un elemento esencial del contrato social distinto del consentimiento, que consiste en la intención de agruparse bajo el esquema societario en aras de lograr un fin y de asumir las pérdidas o recibir las ganancias que la compañía pueda generar; no obstante, dicho Tribunal dejó de pronunciarse sobre la sanción jurídica por la falta del *animus societatis*. Apreciación que también puede hacerse sobre la sentencia del 13 de mayo de 2009 de la Audiencia Provincial de Valencia, pues en ella el Tribunal expresó que el *animus societatis* es:

Un requisito subjetivo —intención de constituir la sociedad—, de esencial concurrencia (...) que se puede revelar por los elementos objetivos, supone un “plus” añadido al simple

consentimiento contractual (...), y consiste en la voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial (...), o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos (...). Para que exista cualquier tipo de sociedad civil, debe existir desde un principio la llamada “*affectio animus contrahendis societatis*”, o sea, la intención de constituir la sociedad; este elemento presupone otros también necesarios, cuales son: que la voluntad de los contratantes es obtener una ganancia, que esta ganancia o beneficio será común a todos los socios y que la repetida ganancia o la pérdida, si la hubiere, habrá de ser repartida entre los contratantes. Así pues, esta voluntad de unión es determinante, y condición necesaria para que se den el resto de las características. Sin la existencia de esa voluntad podrá existir una agrupación de personas con una finalidad concreta, pero desde luego no existirá sociedad (sentencia de apelación n.º 254/2009).

En cambio, en sentencia del 12 de diciembre de 2007 de la Audiencia Provincial Sevilla, el Tribunal que definió el *animus* de la misma forma que en la cita anterior, sí consideró una consecuencia jurídica ante su desaparición, a saber:

La desaparición de la *affectio societatis* representa uno de los principales factores que determinan la extinción de la sociedad. El art. 1705 del Código Civil es una excepción al principio de irrevocabilidad del contrato por voluntad de alguna de las partes que establece el art. 1256 Código Civil (sentencia de apelación n.º 544/2007).

Lo cual se puede entender como la terminación o separación de la sociedad por voluntad o re-

nuncia de uno de los socios, de acuerdo con el artículo 1705 cc.⁹

Por su parte, en sentencia del 8 de marzo de 1995, el Tribunal Supremo español al decidir recurso de casación ante fallo que declaró la existencia de una sociedad civil irregular, describió la *affectio societatis*, como “voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial, que impide dividir la continencia de la causa para acoger, sin fundamento alguno, lo que le conviene y rechazar lo que pueda perjudicarle” (sentencia de casación n.º 206/1995). De manera que también entendió el *animus* como la intención de adoptar el esquema societario en aras de lograr un fin y de asumir las pérdidas o recibir las ganancias que la compañía pueda generar (utilidades), aunque no explicó si este es un elemento de la esencia y si se considera distinto al consentimiento o está incluido en él, ni abordó la consecuencia jurídica por su desaparición.

No obstante, en sentencia posterior, este mismo Tribunal estimó como elemento del contrato de sociedad

el consentimiento, como declaraciones concordantes de los sujetos sobre la constitución del ente social, en el que está inmersa la llamada *affectio societatis* que no es otra cosa que la voluntad de crear la sociedad, es decir, el con-

9 **ARTÍCULO 1705:** La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta este de la naturaleza del negocio.

Para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios.

sentimiento contractual (sentencia de casación n.º 778/2006).

O sea, igualó el *animus* a la voluntad de celebrar el contrato de sociedad, que en el caso del contrato por ser acto jurídico pluripersonal se manifiesta como consentimiento (Paredes Hernández, 2009, pág. 534) o acuerdo de voluntades; equivalencia que desapareció en la sentencia del 17 de julio de 2012, pues en esta sostuvo que:

La denominada “affectio societatis”, como posible criterio diferencial derivado de la voluntariedad de las partes requiere una mayor concreción que el “mero ánimo de constituir o estar en sociedad” [pues exige de] los partícipes la realización de actos de configuración potestativa que inequívocamente tiendan a la creación de una situación real y efectiva de sociedad civil (sentencia de casación n.º 471/2012).

Aquí el *animus* nuevamente adquirió una identidad distinta a la de la voluntad, pero simplemente como un criterio de interpretación para diferenciar a la sociedad, no como un elemento esencial de esta.

Conclusión esta última que se distancia de las posturas asumidas por algunos tribunales argentinos, en cuyas decisiones también definen al *animus societatis* como intención de celebrar un contrato de sociedad.

Por ejemplo, en sentencia *Comelli de Sidañez, Graciela c. Amilcar Comelli S. A. y otro*, la Cámara Nacional de Apelaciones apartándose de lo expresado en *Ferrario de Borello, María c/ Promoción SCA* en la cual se estimó que “el *animus*

societatis es un elemento esencial del contrato de sociedad [distinto de la voluntad] y su inexistencia causal suficiente de disolución” (como es citado en sentencia *Comelli de Sidañez, Graciela c. Amilcar Comelli S. A.*, 2002), consideró que

la *affectio societatis* —en general, y según su concepto actual, harto alejado de la concepción romana del cual proviene, donde la sociedad era un contrato *intuitu personae*— se subsume en la voluntad de contratar, en el consentimiento para formar sociedad; sociedad que, más allá de afecto especial alguno —es decir: exista éste o no exista—, se constituye —y éstos son los elementos esenciales de la figura— a partir de (a) la realización de aportes, a los efectos (b) de participar en los beneficios y de soportar las pérdidas producidas por la actividad a cuya realización se destinan aquellos aportes.

Según cita de Zaldívar (“Cuadernos...”, I, pág. 80, §5.5.5., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980), considera Ascarelli que la *affectio societatis* “es un simple duplicado del consentimiento necesario para constituir una sociedad”. Adhiero a esa tesis: la *affectio societatis* no es más que la denominación específica que en el caso de las sociedades recibe la intención de celebrar el contrato social (2002).

Ante lo cual dedujo:

La pérdida de la *affectio societatis* no está legalmente prevista como causal de disolución de las sociedades; de tal modo, no parece que un socio pueda imponer a los restantes la disolución por tal motivo (desde luego, si todos los socios están contestes en que se ha extinguido en ellos la voluntad de continuar la sociedad,

ésta podrá disolverse, pero por la causal prevista en la ley 19.550: 1°, lo cual es otra historia) (sentencia *Comelli de Sidañez, Graciela c. Amilcar Comelli S. A. y otro*, 2002).

De modo que el *animus societatis* se equiparó al consentimiento para llevar a cabo el contrato de sociedad, y por ende se desconoció la posibilidad de que su desaparición respecto a un socio permitiera terminar la sociedad.

Sin embargo, esta posición fue reemplazada en sentencia *Gasulla Eduardo y otro C/ Altos Los Polvorines S. A. y otros*, en la que la misma Cámara Nacional de Apelaciones consideró que “la *affectio societatis*, (...) es la argamasa que permite unificar las voluntades individuales de los asociados, para la obtención de la finalidad societaria, allanando las discrepancias de aquéllos” (2009); lo cual da a entender que el Tribunal identificó al *animus* como el consentimiento para celebrar el contrato de sociedad pero le dio identidad distinta de la voluntad. Además, en esta sentencia, a diferencia de todas las otras decisiones mencionadas para Colombia y España, el Tribunal estimó que dicho *animus* es esencial solo para las sociedades de personas, aunque tampoco se refirió a la sanción por su pérdida. Por eso, en el caso de las sociedades por acciones:

Los órganos societarios sólo pueden negarse a incorporar al aspirante cuando exista una causa fundada en las leyes aplicables o en los estatutos de la entidad. En otro tipo de asociaciones, en cambio, en las cuales la “*affectio societatis*” es esencial, tengan o no fines de lucro, entiende el autor citado que no existe derecho

—en el sentido jurídico del término— a incorporarse a una entidad ya constituida (sentencia *Gasulla Eduardo y otro C/ Altos Los Polvorines S. A. y otros*, 2009).

A partir de este recuento se hace evidente que aunque muchos tribunales están de acuerdo respecto a la definición del *animus societatis* como intención de celebrar el contrato de sociedad, la confusión en relación con su importancia y la sanción por su pérdida o inexistencia persiste. Situación que se reproduce en la doctrina colombiana, española y argentina que define el *animus* de igual manera.

En efecto, en Colombia la Superintendencia de Sociedades, en Oficio 220-105760, estimó que el *animus societatis* es un elemento esencial y característico de la sociedad, y cita lo que sobre el particular manifiesta el doctor José Ignacio Narváez García en la obra *Teoría general de las sociedades*:

Un factor primordialmente psicológico o intencional inherente a la condición o estado de socio, en cuya virtud todos se sienten dinámicamente vinculados por la finalidad social y dispuestos a correr el alea propio de los negocios sociales, con sujeción a las disposiciones legales y del contrato. (...) cuyas características son: a) es activa, por cuanto la colaboración no se concreta solamente a cumplir la obligación de aportar, sino también en la vocación a administrar y fiscalizar los negocios sociales por medio de su actuación en los respectivos órganos y en defensa de los intereses sociales; b) es jurídicamente igualitaria, ya que ninguno está subordinado a los demás consocios...; c) es siempre interesada, en virtud del espíritu de

lucro que impulsa a todos y cada uno de los asociados (2010, pág. 1).

En consecuencia, para dicha Superintendencia el *animus societatis* es i) la voluntad o intención de contraer, ii) de colaborar y iii) de llevar a cabo todos aquellos actos en defensa de los intereses de la sociedad y de los demás socios (buena fe); es decir, las tres acepciones planteadas inicialmente en este capítulo.

Y precisamente, de conformidad con aquella definición, en párrafo posterior la entidad explicó que cuando el *animus* desaparece respecto de uno o varios de los asociados, los demás deben buscar una solución para que la sociedad pueda continuar su empresa social o deben disolverla por falta de *animus societatis*, mediante decisión del máximo órgano social o acudiendo a autoridad judicial en caso de que eso no sea posible. Ello es, la Superintendencia estableció como una causal de disolución autónoma la pérdida del *animus*;¹⁰ lo cual se comprueba en Oficio 220-019191, en que plantea:

El escenario anterior, nos muestra a todas luces que no se vienen dando las condiciones para que el ente jurídico continúe inmerso dentro del universo societario, pues lo que ocurre, independientemente de los problemas que para desarrollar el objeto social haya tenido la compañía, es la ausencia del denominado “*animus societatis*”, base esencial para la existencia de una sociedad (2012, pág. 1).

De manera que a partir de este fragmento se puede deducir que si la imposibilidad de desarrollar objeto deviene por la falta del *animus societatis* —independientemente de lo que esa expresión signifique—, prevalecerá la falta del *animus* sobre la imposibilidad del objeto como causal de disolución autónoma, derogando para esa hipótesis fáctica la causal legal (imposibilidad de desarrollar el objeto o la empresa social).

Por su lado, en España y Argentina la doctrina, que también define el *animus societatis* como intención de contratar o celebrar el contrato de sociedad, difiere en cuanto a la relevancia y la sanción legal por su pérdida o desaparición.

Así, en España y a diferencia de gran parte de la jurisprudencia de ese país, la mayoría de los doctrinantes consideran que el *animus societatis* no es nada distinto que el mismo consentimiento. Para O’Callaghan (2004), “la doctrina moderna [española] ni siquiera menciona este supuesto elemento (como Albaladejo o Capilla) o niega expresamente su existencia como tal elemento autónomo (Castán, Díez-Picazo y Guillón, La Cruz)”.

Ello por cuanto ven el *animus societatis* como reminiscencia de algunos textos del derecho romano (O’Callaghan, 2004). De hecho, el profesor Federico Fernández de Bujan (2008), al intentar definir el contrato de sociedad en sus orígenes romanos y diferenciarlo de otras instituciones jurídicas que cubrían las necesidades asociativas tanto en el ámbito familiar como en el naciente mundo de las relaciones económicas, estableció que:

10 Por cuanto la pretensión de disolución ante la autoridad, según la Superintendencia, tiene que estar fundamentada en la pérdida de este elemento.

En relación con el elemento volitivo del contrato de sociedad, es importante destacar que la *affectio societatis*, es decir, la intención de constituir la sociedad y de mantenerse en ella, expresa el *animus sociorum*, como elemento integrado en el *consensus*. Este *animus*, en el momento de constituir la sociedad se cifra en el *animus contrahendae societatis*. Un texto tomado del libro XXXI de comentarios al edicto de Ulpiano, distingue entre una y otra institución jurídica según el *animus* de los intervinientes.

D.17, 2,44

Si te hubiese dado unas perlas para vender, de modo que si las vendieses en diez mil sextercios me dieses los diez mil y si en más te quedas con la cantidad excedente, me parece que si se convino con intención, se dará la acción de socio y si no la acción de palabras prescritas.

Como puede desprenderse de la lectura del pasaje ulpiano, el elemento fundamental que configura como sociedad un convenio entre dos personas es el *animus* específico de constituirse en sociedad, que se aprecia cuando el jurista dice: *si se convino con intención*. El *animus* o intención en nuestro contrato conforma y condiciona la finalidad económico-social que se pretende con la realización del negocio. El texto de Ulpiano, que se considera por la doctrina alterado por los compiladores, continúa diciendo que si no ha habido intención de constituir sociedad entre las personas relacionadas con el convenio descrito, debe darse la *actio praescriptis verbis*.

Es, asimismo, interesante considerar en relación con el concepto de sociedad, que la jurisprudencia romana consideró nula la sociedad

contraída mediante legado o donación. Así se expresa en un texto tomado del libro XXXI de comentarios al edicto de Ulpiano que se recoge en

D.17, 2, 5,1 in fine

No se contrae válidamente la sociedad a causa de donación

La razón es que en este caso, no existe una voluntad de las partes de reunirse en sociedad, sino que su situación común deriva de un acto externo a sus personas. Lo mismo se expresa en otro texto, en el que se refiere más explícitamente que no hay sociedad como consecuencia de una mera situación común, sino solamente cuando entre las personas que comparten dicha situación existe intención de constituirse y actuar en sociedad (pág. 23 y 24)

De modo que, según esto, el *animus societatis* fue útil en un derecho joven, colmado de asociaciones de origen fáctico,¹¹ en que por ende se necesitaba establecer una característica definitoria de una institución cuyo origen es el consentimiento de sus intervinientes. Utilidad que sin embargo desapareció en tanto el derecho evolucionó lo suficiente para entender a la sociedad como un contrato en donde la voluntad vino a reemplazar al *animus*.

De forma similar, los doctrinantes argentinos consideran que el *animus societatis* entendido

11 De hecho, el mismo Fernández de Bujan, al hablar de las distintas instituciones jurídicas que cubrían las necesidades asociativas en Roma, destacó "el consorcio familiar sin dividir, que se conformaba a través de la comunidad hereditaria familiar y se constituía entre los descendientes del paterfamilias a su muerte" y "la *societas publicanorum*, (...) una sociedad de ganancias que, a diferencia de la *societas omnium bonorum*, pone en común solo determinados bienes de los socios" (2008, pág. 22).

como “la intención de trabajar todos juntos y en un plano de igualdad en el éxito de la empresa común” (Richard y Muiño, 1997, pág. 152), no es elemento de la esencia del contrato de sociedad, sino que se trata del mismo consentimiento, lo cual justifican arguyendo, por un lado, que las consecuencias imputables a la pérdida del *animus societatis* imponen la presencia de más elementos para que se produzcan. Por ejemplo, la exclusión del socio —en Argentina— requiere de una ‘justa causa’ como el incumplimiento, que no siempre lleva consigo una pérdida de la voluntad de participar activamente, y la disolución de la sociedad por decisión de los socios responde a la efectiva voluntad de disolver; y por el otro, que sus elementos constitutivos (v. gr. el deber de colaboración activa y la igualdad) coinciden con otras instituciones y obligaciones legales comunes a todos los actos jurídicos (Molina Sandoval, 2004).

En consecuencia, es manifiesto que aunque parte de los doctrinantes de los tres países coinciden al definir el *animus societatis* como intención de contratar, entre ellos tampoco existe consenso respecto al papel que dicho *animus* tiene en el contrato de sociedad y en relación con el efecto jurídico producido por su inexistencia o desaparición. Sin embargo, es evidente que la doctrina española y argentina coinciden en que el *animus* se confunde con otros elementos del negocio jurídico.

Por otra parte, respecto a la segunda acepción de la expresión *animus societatis*, es decir, entendido como la intención de colaborar en el desarrollo del objeto social, varios tribunales

colombianos también han proferido decisiones que la sustentan, las cuales asimismo han sido incongruentes al momento de establecer la relevancia del *animus* para el contrato de sociedad y las sanciones por su inexistencia o desaparición. Incluso, como ya se expresó al inicio del análisis de la primera acepción de la expresión, algunas decisiones también combinan los tres o dos de los significados, haciendo la determinación de los alcances del *animus* una tarea más compleja.

El laudo arbitral *Eugenio Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Ritzl y Rosario Ingeborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero* (1994), citado anteriormente, acogió las tres acepciones del *animus* y determinó como sanción por su desaparición la disolución, encuadrando esta situación en la hipótesis del numeral 2 del artículo 218 del CCo., pero no explicó por qué dicha desaparición encaja en la mencionada causal de disolución legal y cuál es la importancia del *animus* para la existencia del contrato de sociedad.

Posteriormente, en el laudo arbitral *María Carolina Sánchez Blanco vs. Inversiones Mablanes Ltda., Gabriel Blanco Contreras, María Cristina Blanco Contreras* (1997), en el cual se estudió si la mala administración de la sociedad y la consecuente imposibilidad de cumplir con el quórum deliberatorio pactado en los estatutos se traducían en la ausencia del *animus societatis* y, por ende, en la presencia de la causal de disolución ‘imposibilidad de desarrollar la empresa social’, el Tribunal negó dicha sanción jurídica arguyendo que aun cuando la ausencia

de *animus* “tiene a la empresa sumida en una aparente inactividad, (...) esta sola circunstancia no corresponde a ninguna de las causales de disolución [legales, ni a las consagradas en los estatutos]” (pág. 7). Lo que permite deducir que el *animus* se entendió como la intención de ayudar a desarrollar las actividades sociales — participando y votando en las reuniones de los órganos sociales—, pero se le negó el carácter de elemento esencial, pues su ausencia no tuvo importancia suficiente como para ser por sí sola causal de disolución.

Sin embargo, esta posición respecto a la inexistencia de alguna sanción por la desaparición del *animus* cambió, pues el Tribunal del laudo *Inversiones Turísticas Metropolitan Tour Ltda. vs. Carlos Humberto Cervera Lawson* (2000), anteriormente analizado, luego de definir el *animus* como intención de contratar y de colaborar con la consecución del objeto social (combinando dos acepciones de la expresión), procedió a explicar que por la desaparición del que consideró un elemento esencial (el *animus*), el contrato social debía terminar por mutuo disenso tácito, es decir, por el acuerdo de voluntades expresadas tácitamente y dirigidas a deshacer los efectos del negocio jurídico.¹²

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia de T-395 de 2004, en la que debió resolver si la sociedad demandada estaba vulnerando

el derecho al trabajo del revisor fiscal por la renuencia a desvincularlo, sostuvo:

La renuencia reiterada de los socios a acudir a las reuniones del máximo órgano social para tratar la renuncia del revisor fiscal y deliberar acerca de los temas propios del manejo de la compañía, constituye síntoma de la falta de *animus societatis*. [De forma que] se configura la causal prevista en el numeral 2° del artículo 218 del estatuto mercantil, en el sentido que la conducta de los socios ya descrita, implica necesariamente que la sociedad se encuentra en imposibilidad de desarrollar su objeto social (págs. 7, 8).

De ese modo, se puede concluir que la Corte consideró al *animus* como la colaboración en la toma de decisiones necesarias para desarrollar la empresa social, pero a diferencia del laudo anterior concluyó que su pérdida produce la disolución, aunque de forma indirecta: porque imposibilita desarrollar el objeto social. Lo cual a su vez implica que la Corporación le negó el carácter esencial al elemento pues su ausencia por sí sola no causaría la disolución, sino que requeriría desencadenar la imposibilidad de desarrollar la empresa.

En ese sentido, es claro que aunque alguna porción de la jurisprudencia colombiana coincide en definir al *animus* como la colaboración de los socios para la explotación de la empresa social, entre estos también existen grandes divergencias en cuanto al papel del *animus societatis* y los efectos de su desaparición. Divergencias que para esta definición del *animus* tampoco se pueden explicar o solucionar por medio de la ju-

12 Ello por cuanto ya se dijo que “así como el postulado de la libre autonomía de la voluntad privada les permite a las partes dar origen a un acto jurídico (...), también las autoriza para dejarlo sin efecto. (...) El disenso puede ser expreso o tácito, según haya manifestación explícita de las partes encaminada a deshacer un negocio jurídico previamente celebrado, o una conducta de ellas, indicativo de la misma intención” (Castro de Cifuentes, 2010, pág. 518).

jurisprudencia o la doctrina española y argentina, pues en estos sistemas jurídicos no se ha proferido decisión ni se ha dado opinión que defina el *animus* como colaboración; ni se pueden resolver acudiendo a la doctrina colombiana, ya que las opiniones de esta carecen de un análisis jurídico que establezca el porqué del valor esencial o no esencial que se le da al *animus*, así como las consecuencias jurídicas que derivan de la inexistencia o pérdida de dicho elemento definido como colaboración.

Para ilustrar: el tratadista colombiano Rafael Bernal G. (1980) al analizar el bloqueo de los órganos sociales establece que esta situación se presenta como consecuencia de la pérdida del ánimo societario; bloqueo que según el autor colombiano Reyes Villamizar (2011), solo puede causar la disolución de forma indirecta, pues debe provocar la imposibilidad de desarrollar el objeto social. Así, aunque Bernal no define directamente la expresión, implícitamente acepta que esta implica la participación y por ende colaboración de los socios en las reuniones del máximo órgano social, cuyo propósito es la toma de decisiones necesarias para el desarrollo de la empresa social; por lo tanto, se podría decir que de forma implícita también considera que la desaparición del *animus* es causal de disolución social en tanto esta situación tenga por efecto el bloqueo de los órganos sociales y dicho bloqueo, a su vez, cause la imposibilidad de desarrollar la empresa social. Situación que tendría como única conclusión lógica que el *animus* no tiene importancia suficiente como para que su desaparición por sí sola provoque la disolución de la sociedad.

Conclusión que también se puede extraer del doctrinante Jorge Hernán Gil Echeverry (2012), quien al analizar el bloqueo de los órganos sociales considera que la pérdida del *animus* “no es causal de disolución de la sociedad, salvo que así se haya estipulado (...) en los estatutos” (pág. 62).

Ahora bien, la definición del *animus societatis* como buena fe o como la intención de cumplir con todas las obligaciones que imponga el contrato social, también encuentra sustento en algunas decisiones de la jurisprudencia colombiana, que de forma similar a las decisiones hasta aquí estudiadas carecen de un riguroso análisis jurídico que permita determinar con certeza la relevancia del *animus* para la sociedad y las consecuencias de su pérdida o desaparición, y en consecuencia presentan conclusiones incongruentes.

Así, el mencionado laudo arbitral *Eugenio Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Ritzl y Rosario Ingeborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero* (1994), definió el *animus* combinando las tres acepciones que la expresión tiene, y estableció sin explicar el cómo y porqué, que su desaparición produce la disolución en virtud de la causal del numeral 2 del artículo 218 del CCo.

Mientras que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 20 de abril de 2001, expresó que para la existencia de la sociedad de hecho:

Es preciso que los constituyentes sean legalmente capaces, que presten su consentimiento, que los mueva una causa lícita y que su

voluntad recaiga sobre un objeto lícito; y es menester, además, que los asociados hagan aportes, que persigan beneficios, que ostenten *affectio societatis* e intención de repartirse las ganancias o pérdidas (...) [Dicho *animus societatis*] en el caso de la sociedad de hecho entre concubinos, no [tiene] una connotación diferente a la que le corresponde en cualquier otro tipo de sociedad, y (...) en este orden de ideas, tal ingrediente es el adecuado para diferenciar la sociedad de la mera comunidad, o, en su caso, de la relación laboral, desde luego que allí va implicado el carácter dinámico e igualitario de la participación de los socios, dirigida ésta a la percepción de unos rendimientos económicos. Dinámico (...) representa que al fondo social se lleven bienes, o, incluso, la propia energía laboral (...). E igualitario porque riñe con la propia esencia de la sociedad el que pueda haber sujeción o sometimiento de uno de los socios hacia otro, en la esfera dentro de la cual la sociedad se desarrolla (págs. 16, 17).

Es decir, la Corte determinó que el *animus*, entendido como la intención de cumplir con las obligaciones que el contrato impone (pagar aportes) y de hacer efectivos sus derechos (recibir utilidades o asumir pérdidas) en un contexto de igualdad, es elemento esencial necesario para la existencia de la sociedad; no obstante, se abstuvo de explicar cuál es la sanción por su desaparición.

Lamentablemente, esta falta de claridad respecto a la sanción jurídica derivada por la desaparición del *animus* o de la buena fe en el contrato de sociedad, tampoco puede ser resuelta por la jurisprudencia de Argentina y España ni por la

doctrina de los países, ya que estas no se han pronunciado en relación con esta definición.

Con todo, en Colombia también se han proferido decisiones y opiniones doctrinales que se refieren al *animus societatis* sin definirlo, y a pesar de ello establecen sanciones jurídicas por su pérdida o desaparición. Razón por la cual, dichas decisiones dificultan más la comprensión del significado e importancia de la expresión, y de las consecuencias de su inexistencia o desaparición.

En ese sentido, el Tribunal que profirió el laudo arbitral *Ángel Jiménez Montoya vs. Alonso Álvarez Maya y Rafael Arango R.* (1994), en el que se decidía si el Tribunal era competente para declarar la disolución a solicitud de un socio que arguyó la falta de *animus societatis*, sin definir ni determinar su carácter esencial, sostuvo que la pérdida de este da lugar a la disolución, de conformidad con el numeral 2 del artículo 218 del CCo.:

Para el tribunal resulta claro que cualquier compañía que abandona sus actividades por más de 10 años, que no realiza operación alguna sea de carácter civil o mercantil y, cuya junta de socios no se reúne ni siquiera una vez al año como lo manda la ley, se encuentra incurso en la causal de disolución referente a la imposibilidad de desarrollar de [sic] su objeto social, imposibilidad que si bien no opera como consecuencia de la extinción de la cosa o cosas que constituyen su explotación económica o como consecuencia de la terminación de la misma se [sic] produce exactamente los mismos efectos jurídicos.

La falta de ánimo societatis, el bloqueo de la junta de socios y la parálisis de hecho de las actividades; fenómenos reiterados y prolongados en el tiempo, se repite, originan la disolución de la compañía, como consecuencia de la imposibilidad de desarrollar el objeto social, causal que si los socios no proceden a declarar de común acuerdo, es de competencia de un juez o de un Tribunal de Arbitramento, como lo prevé el artículo 221 del Código de Comercio (pág. 5).

De modo que según este fragmento, la pérdida del *animus* es una situación que provoca indirectamente la disolución, cuando de ella se origina la imposibilidad de desarrollar el objeto, por lo cual no sería una causal autónoma.

Posteriormente, en laudo arbitral *Ricardo Anaya vs. Gabriel Pardo* (2000), el Tribunal al decidir si el no pago de los aportes implicaba que quien los debía hacer no se convertía en socio, sostuvo:

La *affectio societatis* o ánimo societario se presume cuando se constituye una sociedad, lo mismo que se presume durante su vigencia si no se ha ejecutado alguna acción tendiente a la disolución de la compañía, (...) [pues] es, junto con el ánimo de lucro, la causa del contrato de sociedad, siendo elemento del mismo solamente en las sociedades de personas (...). [Sin embargo, la pérdida del mismo no constituye causal de disolución a menos que se exprese] por los caminos de la ley [es decir, a menos que se declare] la disolución anticipada (...) por escritura pública la cual necesariamente habría de ser inscrita en el registro público de comercio (...). [Ello por cuanto] las únicas causales de disolución aplicables a la sociedad limitada

son las enumeradas en el artículo 218 del Código de Comercio, ninguna de las cuales, con excepción de la primera, se ha presentado en este asunto (pág. 13).

Es decir, para este Tribunal, que tampoco definió el *animus societatis*, la pérdida de este solo es causal de disolución en sociedades colectivas o de hecho (pues solamente es elemento esencial del contrato social para estas) en tanto así lo declaren los socios, encuadrándose en la causal legal del numeral 6 del artículo 218 del CCo. De manera que en ese caso el *animus* se equipara a la voluntad, por cuanto su pérdida se confunde con la voluntad o intención de disolver la sociedad expresada por escritura pública; hipótesis que a su vez encaja en una causal legal de disolución: la decisión de los asociados.

Sanción jurídica que posteriormente fue desestimada en laudo arbitral *Guillermo Mejía Rengifo vs. Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros* (2004), puesto que en esa ocasión el Tribunal solo le dio valor como criterio interpretativo al *animus societatis*:

Aunque es claro que el elemento en cuestión se pone de manifiesto en las sociedades constituidas *intuitu personae*, no resulta evidente su presencia en las sociedades de capital (...). [De tal manera que] el *animus societatis* constituye un elemento que (...) tiene importancia significativa [respecto a las sociedades constituidas *intuitu personae*] como criterio auxiliar para distinguir el contrato de sociedad en relación con otros negocios jurídicos, [lo que es distinto a] darle una utilidad práctica adicional a la *affectio* para sostener, (...) que la pérdida de este elemento debe suscitar la disolución, a

lo menos parcial, de la sociedad, con el correspondiente reembolso de la participación del asociado (págs. 30, 32, 36, 37).

Es decir, si el *animus* solo tiene valor como criterio de interpretación, su desaparición no produce efectos jurídicos.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 10 de junio de 1976, en que se resolvió la demanda contra la Resolución 1 de marzo de 1974, mediante la cual la Superintendencia de Sociedades declaró la disolución de una sociedad por pérdida del *animus societatis*, dijo:

Más, de otra parte, (...) ninguna de las causales establecidas por el transcrito precepto comprende la supuesta falta de la *affectio societatis*.

(...) pues ninguna de las causales de que trata esta norma comprende la pérdida del ánimo societario con posterioridad a la constitución de la sociedad, a menos que aparezca establecida, lo que no se ha demostrado en este caso ni lo afirma siquiera la Resolución número 01001 en análisis, que se está en presencia de una de las causales 2°, 3°, 5°, y 8°, del artículo 218, a saber, la imposibilidad de desarrollar la empresa, o la terminación de la misma, o la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto.

Así las cosas, en dicha sentencia la Corporación reconoció la existencia del *animus* aunque no lo definió, e implícitamente le negó el carácter de esencial al estimar que su desaparición ni siquiera tiene la relevancia suficiente como para

encuadrar en alguna de las causales de disolución legal. No obstante, reconoció la posibilidad de que la pérdida del *animus* dé lugar a la disolución si ello se estableció en los estatutos.

Por su parte, la Corte Constitucional ha proferido sentencias incluso más oscuras respecto al *animus societatis*. Por ejemplo, en la sentencia C-1043 de 2000 consideró que este diferencia a la sociedad de los copropietarios, comuneros, poseedores o simplemente medianeros; es decir, que es un elemento característico de la sociedad, aunque nada dijo de su contenido, de su carácter esencial o de las consecuencias de su desaparición. Situación que persistió en sentencia C-188 de 2008, aunque en ella estableció que “todas las sociedades, incluso las sociedades de hecho, tienen algo en común: el conformarse gracias al *animus societatis*” (pág. 17), o sea, le dio el valor de elemento esencial de la sociedad.

Y finalmente, la Superintendencia de Sociedades en Resolución 10001 de 1974 consideró que ante la inasistencia de un socio a reunión de junta general, se acreditó la desaparición del ‘elemento esencial’ de la sociedad: el *animus societatis*, lo cual —según la entidad— puso a la sociedad en imposibilidad de desarrollar la empresa social. Es decir, aunque la Superintendencia no definió el *animus*, sí encontró que su ausencia daba lugar a la disolución por cuanto dicha situación encajaba o estaba inmersa en la imposibilidad de desarrollar la empresa social.

2. Consideraciones

En atención al recuento jurisprudencial y doctrinal expuesto, se puede afirmar que en Colombia, Argentina y España no existe consenso frente al alcance del *animus societatis* o a su función, y que en Colombia incluso existen discrepancias respecto a su definición. Por consiguiente, en relación con la definición del *animus societatis*, en Colombia se pueden observar tres corrientes: *animus* como voluntad de celebrar contrato de sociedad, *animus* como intención de colaborar o como intención de participar y votar en las reuniones del máximo órgano social, y *animus* como buena fe; corrientes que sin embargo no son homogéneas al momento de determinar las funciones de este elemento.

Así, para las tres acepciones del *animus societatis*, la jurisprudencia o la doctrina indistintamente han otorgado dos funciones: *animus* como elemento esencial del contrato de sociedad y por ende elemento constitutivo de este, y *animus* como criterio interpretativo de dicho contrato y por tanto con utilidad práctica para diferenciarlo de otras asociaciones. Y de forma similar, han establecido diversos efectos para la inexistencia o pérdida del *animus societatis* en el marco de una misma definición: la disolución de la sociedad ya sea como causal autónoma o acoplándola en otra de origen legal, la terminación del contrato por mutuo disenso tácito o la permanencia del ente societario cuando se considera al *animus* como un simple criterio interpretativo.

Como se hizo evidente en el estudio jurisprudencial y doctrinal, ello responde al hecho de

que la determinación de la relevancia del *animus* y de las consecuencias jurídicas derivadas de su inexistencia o desaparición se hace sin un análisis de las instituciones jurídicas que supuestamente toca (v. gr. la disolución o la terminación) y de los efectos de estas sobre los negocios jurídicos.

Por ejemplo, si el *animus societatis* es la intención de celebrar contrato de sociedad, no sería nada distinto de la *voluntad* dirigida a celebrar un contrato social, y en consecuencia su desaparición equivaldría a la voluntad de separarse del ente societario, la cual podría tener dos consecuencias jurídicas distintas dependiendo de si dicha voluntad es compartida o no por más socios, a saber: la desvinculación del socio o la disolución de la sociedad. Así, si la disolución se produce por pérdida del *animus societatis* aquella tendría su origen en la decisión de los asociados, hipótesis que se enmarca dentro de una causal de disolución ya consagrada en el artículo 218 del CCo., lo que en consecuencia haría inviable hablar de disolución por pérdida del *animus societatis*, pues si así se hiciera, se estaría derogando la causal legal: disolución por decisión de los asociados.

Pero si el *animus societatis* es la intención de colaborar participando y votando en las reuniones de los órganos sociales, se tendría que tomar en cuenta, en primer lugar, que dicha definición no considera el hecho de que muchos socios de grandes sociedades de capital no están interesados en gestionar la actividad social sino en obtener grandes rentas, y que aun así la sociedad sigue desarrollando su objeto y estas

personas mantienen su intención de ser socios; y en segundo lugar, que la participación en las asambleas de accionistas o juntas de socios corresponde a un derecho y no a una obligación, por lo cual exigir su ejercicio lo desnaturalizaría.

Igualmente, si el *animus societatis* se entiende como todos aquellos actos necesarios para el desarrollo del objeto social, su calificación como elemento esencial del contrato social desconocería que esta actitud equivale al principio de la buena fe, exigible en todo acto jurídico.

Así las cosas, y en concordancia con algunas decisiones y opiniones doctrinales de España y Argentina, parece acertada la creciente tendencia de esos dos sistemas jurídicos de desconocerle una importancia esencial al *animus societatis* o cualquier utilidad práctica, toda vez que sus elementos constitutivos tienden a confundirse con otras instituciones jurídicas presentes en cualquier contrato.

Conclusión que se fortalece si se tiene en cuenta que según el texto de Ulpiano (citado en Fernández de Bujan, 2008), la función del *animus societatis* en Roma, entendido como un elemento psicológico consistente en la intención de crear y permanecer en la sociedad, era la de diferenciar el naciente contrato social de otras asociaciones de origen fáctico, lo que le daba en ese momento en que todavía no se hablaba de la voluntad como requisito de los negocios jurídicos, el carácter de elemento esencial y distintivo de la sociedad, pero que hoy día lo hace inútil en tanto se confunde con otros elementos necesarios para la existencia del contrato de sociedad, por ejemplo, la voluntad.

II. CONCLUSIONES

De conformidad con el recuento jurisprudencial y doctrinal de Colombia, España y Argentina, es evidente que la inexistencia de unanimidad respecto a la definición del *animus societatis*, a su importancia para la existencia del contrato de sociedad, y por consiguiente, a las consecuencias jurídicas de su desaparición, se fundamenta en la pobreza de los análisis jurídicos realizados por la jurisprudencia y la doctrina respecto a dicha intención. Por esa razón, tampoco existe certeza acerca de la posibilidad de disolver una sociedad como resultado de su ausencia.

Así las cosas, con el propósito de esclarecer si es posible disolver la sociedad por la pérdida del *animus societatis*, era necesario hacer un estudio de la figura a partir de las definiciones dadas tanto por la jurisprudencia como por la doctrina de los tres países. Como resultado del examen comparado antes expuesto, se puede afirmar que la acepción más común del *animus societatis* es la intención de organizarse y permanecer bajo el esquema societario. Definición que tal como se observó en las consideraciones del recuento jurisprudencial y doctrinal, equivale a la voluntad dirigida a celebrar específicamente un contrato de sociedad.

Ello, por cuanto la doctrina es unánime en reconocer que el contrato es un acto o negocio jurídico (Becerra Toro, 2006) y que el elemento más característico del negocio jurídico es la voluntad manifestada (Paredes Hernández, 2009), pues este “surge por la declaración de una voluntad,

plenamente consciente que se encamina a producir efectos jurídicos” (Becerra Toro, 2006, pág. 25); voluntad que en el caso del contrato y demás actos jurídicos bilaterales o multilaterales requiere la coincidencia con el querer o voluntad de otra parte, es decir, del consentimiento respecto a los elementos esenciales del negocio a celebrar. De allí que el artículo 1494 del Código Civil exija el concurso real de voluntades expresadas mediante la oferta o proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, y la aceptación incondicional de esa oferta, la cual debe contener los elementos esenciales del negocio (art. 845 CCo.) para que el receptor de esta sepa a qué se obligaría, y para que una vez aceptada, o una vez se cumplan las formalidades exigidas por la ley, se forme dicho negocio (Suescún Melo, 2005). Lo anterior implica que el *animus societatis*, entendido como intención de celebrar específicamente el contrato de sociedad, no es diferente de la voluntad encaminada a celebrar el mismo contrato y por ende anterior a su existencia.

De ahí que su implementación como elemento esencial del contrato societario distinto de la voluntad, carezca de sentido. En otras palabras, si el *animus* equivale al consentimiento o acuerdo de voluntades para celebrar el contrato de sociedad, se tiene que aceptar dicho elemento como presupuesto para la existencia de ese contrato, es decir, como presupuesto para que se presenten los elementos esenciales que le dan vida al contrato societario; de considerarse lo contrario, o sea, que el *animus* es distinto de la mera voluntad dirigida a celebrar el contrato de sociedad y que es elemento esencial de

este, habría que reconocer que también existe un *animus* para todos los demás negocios jurídicos, consistente en la intención específica de celebrarlos.

Entonces, si el *animus* entendido como intención de contraer equivale a la voluntad de constituir una sociedad, su ausencia *ab initio* significaría la inexistencia de dicho contrato, mientras que su pérdida durante la ejecución de este equivaldría a la voluntad de no permanecer en sociedad, y en consecuencia provocaría la salida voluntaria del socio¹³ o la disolución de la sociedad, ya sea por consentimiento de los asociados o por decisión de autoridad competente, cuando quiera que la voluntad de abandonar la organización societaria se manifieste mediante la renuencia común de los socios de participar en la reunión del máximo órgano social. Conclusión que deja a la vista la correspondencia entre la disolución por decisión de los socios y la disolución por pérdida del *animus societatis* cuando los mismos socios toman la decisión de disolverse, y la disolución por decisión de autoridad competente y por pérdida del *animus societatis* cuando los socios ni siquiera quieren debatir.

No obstante, aun si a pesar de las consideraciones hechas hasta ahora el *animus* se considera elemento esencial del contrato de sociedad distinto de la voluntad, en primer lugar habría que tener en cuenta que la sanción jurídica por la ausencia de un elemento esencial es la inexistencia (Paredes Hernández, 2009). Sanción que

13 Quien para salir debe traspasar el dominio de sus acciones cumpliendo los requisitos legales y estatutarios.

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. En segundo lugar habría que preguntarse por qué ante la ausencia de un elemento esencial, los tribunales que aun así establecieron como sanción la disolución, impusieron la presencia de otros inconvenientes como la imposibilidad de desarrollar la empresa social, para que la causal aplicara.

Por consiguiente, lo expresado hasta el momento permite concluir que en caso de presentarse una situación que encaje en la pérdida del *animus societatis* y en otra causal de disolución legal, aquella causal de dudosa existencia podría prevalecer sobre la que claramente establece la ley, tal como se desprende del Oficio 220-019191 de la Superintendencia de Sociedades. Conclusión que a su vez implicaría que si la pérdida del ánimo societario es de origen contractual, la voluntad de las partes podría derogar una causal de origen legal cuando una situación encaje en las dos causales.

Por otro lado, 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.

Ahora bien, si el *animus societatis* se considera como la intención de colaborar con la consecución del objeto social, en primer lugar habría que resaltar que dicha definición desconoce el hecho de que muchos de los socios de grandes sociedades de capitales se asocian no porque quieran explotar el objeto social sino porque pretenden obtener grandes rendimientos del capital. En segundo lugar habría que reconocer que sancionar su pérdida con la disolución haría del derecho a participar y votar en las reuniones de los órganos sociales una obligación.

En ese orden de ideas, sancionar la pérdida del *animus societatis* —entendido como intención de colaborar— con la disolución de la sociedad daría lugar a la desaparición de las grandes sociedades, y a su vez volvería el derecho a participar en las reuniones del máximo órgano social una obligación característica del contrato de sociedad. Motivo por el cual, de conformidad con esta definición, la disolución por pérdida del *animus societatis* sería inconveniente.

Conclusión que también se puede aplicar para la definición del *animus societatis* como la intención de ejecutar todos aquellos actos necesarios para satisfacer las obligaciones en favor de la sociedad. Ello, por cuanto esa definición equivale al principio de la buena fe contractual, según el cual se incorporan a los contratos todos sus derechos y obligaciones naturales, cuyo desconocimiento por parte de los contratistas puede dar lugar a la indemnización por responsabilidad civil contractual o a la resolución del negocio (Becerra Toro, 2006); de modo que reconocer la disolución por pérdida del *animus*

societatis significaría restarle importancia a las sanciones mencionadas.

Finalmente, de conformidad con el análisis jurídico hecho sobre las distintas acepciones de la expresión *animus societatis*, se hace evidente la imposibilidad de aceptar como causal de disolución societaria su desaparición. La deducción contraria supone permitir que la disolución por pérdida del *animus societatis* reste efectos a otras instituciones jurídicas o derogue para ciertos casos las causales de disolución legal, lo que a su vez significa que su empleo sería arbitrario y desigual.

Referencias

- Becerra Toro, R. (2006). *Teoría general del acto jurídico*. Cali: Sello Editorial Javeriano.
- Bernal Gutiérrez, R. (1980). *La sociedad anónima en Colombia*. Bogotá: Legis Editores.
- Bohórquez Orduz, A. (2013). *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano* (Segunda ed., Vol. II). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Castro de Cifuentes, M. (2010). *Derecho comercial: actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho/Editorial Temis S. A.
- Castro de Cifuentes, M. y Romero Cruz, D. O. (2010). Modos indirectos de extinción de las obligaciones. En M. Castro de Cifuentes, *Derecho de las obligaciones* (págs. 517-534, t. II, Vol. 2)). Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho/Editorial Temis S. A.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de Apelación, Rad.: 2300-12331-000-1999-1680-01(13169) (C.P. María Inés Ortiz Barbosa; marzo 6 de 2003).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Radicación: 25000-23-27-000-2005-00392-01 (16782) (C. P. Ligia López Díaz; marzo 26 de 2009).
- Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia de Nulidad y Restablecimiento del derecho. Expediente 2145 (Junio 10 de 1976).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad C-1043 de 2000 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis; agosto 10 de 2000).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad C-188 de 2008 (M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa; febrero 27 de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela, T-395 de 2004 (M. P.: Alfredo Beltrán Sierra; abril 29 de 2004).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Tutela, T-513 de 2011 (M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio; junio 30 de 2011).

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente n.º 6014 (M. P.: Manuel Ardila Velásquez; abril 20 de 2001).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia: 08001-3103-014-2000-00290-01 (M. P.: William Námén Vargas; junio 30 de 2010).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Referencia: C-25899-3103-002-2002-00084-01. (M. P.: William Námén Vargas; febrero 24 de 2011).
- Delga, J. (1998). *Le droit des sociétés*. París: Éditions Dalloz.
- Fargosi, H. (1955). *La "Affectio societatis"*. Buenos Aires: Librería Jurídica Valerio Abeledo.
- Fernández de Buján, F. (2008). Esencia del contrato de sociedad desde Roma y la RAE. En N. Ginés Castellet y S. Llebaría Samper, *Derecho de Sociedades. Congreso UNIJÉS 2007* (págs. 15-29). Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Gil Echeverry, J. H. (2012). *Derecho societario contemporáneo: estudios de derecho comparado*. Bogotá, Colombia: Legis Editores S. A.
- González de Cancino, E. (Marzo 26 de 2007). *Obligaciones: Derecho Romano y Código civil Colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Laudo arbitral Ángel Jiménez Montoya vs. Alonso Álvarez Maya y Rafael Arango R. (Tribunal de arbitramento 16 de diciembre de 1994).
- Laudo arbitral *Eugenio Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Ritzl y Rosario Ingeborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero* (Tribunal de arbitramento 10 de octubre de 1994).
- Laudo arbitral *Guillermo Mejía Rengifo vs. Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros* (Tribunal de arbitramento 17 de marzo de 2004).
- Laudo arbitral *Inversiones Turísticas Metropolitan Tour Ltda. vs. Carlos Humberto Cervera Lawson* (Tribunal de arbitramento 29 de mayo de 2000).
- Laudo arbitral *María Carolina Sánchez Blanco vs. Inversiones Mablanes Ltda., Gabriel Blanco Contreras, María Cristina Blanco Contreras* (Tribunal de arbitramento 19 de septiembre de 1997).
- Laudo arbitral *Ricardo Anaya vs. Gabriel Pardo* (Tribunal arbitral 8 de junio de 2000).
- Linares Vesga, J. Á. (2008). *El contrato de sociedad comercial*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Matheson, J. H. (2004). The Limits of Business Limited Liability: Entity Viel Piercing And Successor Liability Doctrines. *William Mitchell Law Review*, 31(2), 412-450.
- Mercadal, B. (1995). *Mémento Pratique Francis Lefebvre : Sociétés Commerciales*. Levallois, Francia: Editions Francis Lefebvre.

- Merle, P. (1996). *Droit commercial: sociétés commerciales* (Cinquième ed.). Paris: Éditions Dalloz.
- Molina Sandoval, C. (2004). *Régimen Societario. Parte general* (t. I). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- O'Callaghan, X. (2004). Contrato de sociedad. Concepto y clases. En X. O'Callaghan, *Compendio de derecho civil: Tomo 2 (Obligaciones y Contratos)* (Vol. II). Madrid: Edersa.
- Paredes Hernández, A. (2009). Ineficacia del acto jurídico. En M. Castro de Cifuentes, *Derecho de las obligaciones* (págs. 532-598, t. I). Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Reyes Villamizar, F. (2011a). *Derecho societario* (t. I). Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Reyes Villamizar, F. (2011b). *Derecho societario* (t. II). Bogotá: Editorial Temis S. A.
- Richard, E. H. y Muiño, O. M. (1997). *Derecho societario: sociedades comerciales, civil y cooperativa*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Ripert, G. (1988). *Tratado elemental del derecho comercial* (t. II). Buenos Aires: Librería y Editorial Labor.
- Sentencia Comelli de Sidañez, Graciela c. Amilcar Comelli S.A. y otro, expediente 56.654. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D. (Febrero 12, 2002).
- Sentencia de Apelación n.º 254/2009, 254 (Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7º. (Mayo 13, 2009).
- Sentencia de Apelación n.º 315/2004, 315. Audiencia Provincial Orense, Sección 2º. (Marzo 12, 2004).
- Sentencia de Apelación n.º 544/2007, 544. Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5º. (Diciembre 12, 2007).
- Sentencia de Casación n.º 206/1995, 206. Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil. (Marzo 8, 1995).
- Sentencia de Casación n.º 471/2012, 471/2012. Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil. (Julio 17, 2012).
- Sentencia de Casación n.º 778/2006, 778/2006. Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil. (Julio 14, 2006).
- Sentencia de Casación, Referencia: 0500131030142003-00412-01 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 7 de marzo de 2011).
- Sentencia Gasulla Eduardo y otro C/ Altos Los Polvorines S. A. y otros. Expediente 71860. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. (Julio 29, 2009).
- Suescún Melo, J. (2005). *Derecho privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (t. II). Bogotá: Legis Editores S. A.

Superintendencia de Sociedades. (26 de marzo de 1974). Resolución 1001 de 1974. Bogotá, Colombia.

Superintendencia de Sociedades. (26 de marzo de 2012). Oficio 220-019191. 2. Bogotá, Colombia.

Superintendencia de Sociedades. (8 de noviembre de 2010). Oficio 220-105760. 2. Bogotá, Colombia.

Taveras, J. L. (26 de octubre de 2003). *El affectio societatis*. Recuperado el 11 de octubre

de 2014 de: vlex.com: <http://app.vlex.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/#WW/sources/6359/issues/2003-10-26>

Tena Piazuelo, I. (1997). *Distinción entre sociedades civiles y mercantiles, irregularidad societaria y el artículo 1670 del Código Civil*. Recuperado el 11 de octubre de 2014 de: vlex.com: <http://app.vlex.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/#sources/1419>