

INDIFERENCIACIÓN DEL SUJETO PASIVO EN LA QUIEBRA Y LAS SOCIEDADES AGRARIAS

*Elianne Estecche de F.**

Recibido: 09-02-2009 Revisado: 10-03-2009 Aceptado: 27-03-2009

RESUMEN

La institución de la quiebra en el Sistema venezolano se aplica únicamente a los sujetos calificados como comerciantes. Las sociedades agrarias, si bien utilizan figuras jurídicas societarias para organizarse y desarrollarse, o bien, constituyen sociedades civiles o sociedades mercantiles. Ahora bien, considerando que la utilización de la forma mercantil no conlleva la tipificación mercantil, dicha sociedad no puede ser calificada como comerciante, y en consecuencia no le es aplicable el procedimiento de quiebra. No obstante, la tendencia moderna conlleva a la indiferenciación del sujeto pasivo, sometiendo al procedimiento tanto a comerciantes como a no comerciantes, y de allí el planteamiento de la investigación.

Palabras claves: Sociedad Agraria, Sociedad civil, Sociedad mercantil, Quiebra, Comerciante.

* Abogada, especialista en Derecho Mercantil mención “Sociedades”, Universidad de Los Andes. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil, Universidad de La Rioja. Doctora en Derecho, Sobresaliente cum laude, Universidad de La Rioja. Profesora de Pregrado y Postgrado en Derecho Mercantil de la Universidad de Los Andes. Profesora Asociado de Derecho Mercantil de la Universidad de Los Andes. eestecche@hotmail.com

THE NON DIFFERENTIATION OF THE TAXPAYER IN BANKRUPTCY AND AGRARIAN SOCIETIES

ABSTRACT

The institution of bankruptcy in the Venezuelan system is applied only to those considered business people. Agrarian societies, while using the figure of legal societies to organize and develop, they are either civil or mercantile societies. However, considering that the use of the trade figure does not involve the commercial classification, these societies cannot be described as commercial, and therefore, bankruptcy proceedings cannot be applied. Nevertheless, the modern trend leads to the non-differentiation of the taxpayer, submitting both commercial and non-commercial to the procedure and therefore the approach to this research.

Key words: Agrarian Society, Civil Society, Mercantile Society, Bankruptcy, Trader.

INTRODUCCIÓN

La empresa agraria, utiliza en Venezuela diversos modelos de organización de acuerdo con los requerimientos económicos, sociales, culturales y políticos, pudiendo constituir empresas individuales como sociales. Reconociendo dentro de estas últimas: asociaciones y sociedades.

Dentro de las primeras, por ejemplo, se encuentran las cooperativas, las cuales han sido reconocidas como medio ideal para crear nuevas actitudes frente a la vida rural y al trabajo agrícola (Soto, 1973: 175), aun cuando para algunos autores han hallado poca aceptación en el país, sobre todo en el sector campesino por su complejidad de funcionamiento (Casanova, 1986: 290); dentro de las segundas, las sociedades civiles o mercantiles. Utilizando estas últimas sin la tipificación mercantil, sobre la base de lo consagrado en el artículo 200 del Código de Comercio, el cual, establece el principio de que aquellas sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, dedicadas exclusivamente a la explotación agrícola, no tienen carácter mercantil. En consecuencia, las sociedades agrarias, no siendo calificadas como sociedad mercantil, no son comerciantes, por tanto no pueden ser declaradas en quiebra.

Sin embargo, si bien esta es la situación actual, es preciso reconocer que nuestra legislación requiere de una revisión urgente en la materia del Derecho Concursal, revisión que podría llegar a considerar la posibilidad de aplicar la institución de la quiebra a comerciantes y no comerciantes, dentro de los cuales entrarían las sociedades agrarias y no sólo en la medida que realicen actividades comerciales, sino en función de una indiferenciación del sujeto pasivo de la quiebra.

Un análisis superficial de algunas legislaciones latinoamericanas demuestran que los avances y la tendencia moderna va dirigida a unificar la cualidad del sujeto pasivo, en cuanto aplican y someten a la normativa del Derecho concursal tanto a comerciantes como no comerciantes. En este sentido hay una modificación del elemento subjetivo de la quiebra.

Por tal motivo, la investigación si bien no plantea una reforma del Código de Comercio en la materia, ni siquiera la elaboración de un anteproyecto de ley de quiebras, en cuanto el punto está dirigido específicamente a las sociedades agrarias, el objetivo principal está encaminado a considerar si es posible pensar en la procedencia de la declaratoria de quiebra para dichas figuras jurídicas, en torno a un estudio comparado de algunas legislaciones que admiten la propuesta y de un análisis de la situación actual del sistema societario venezolano.

Primera parte: planteamiento del problema

En el derecho romano no existía una distinción entre deudor comerciante y civil, porque no estaba desarrollada la idea de disciplinas diferenciadas dentro del derecho privado. De ahí que todo deudor que se encontrare en una de las causas establecidas en el edicto, pudiera ser sometido a procedimiento concursal, sin que se haga distinción relativa a su calidad o categoría económica. Sí había, en cambio, una distinción derivada de la condición social y era que los deudores pertenecientes al rango senatorial se libraban de una ejecución universal de sus bienes y quedaban sometidos a un procedimiento más benévolo, consistente en una venta detallada de los mismos, de la que quedaba excluida toda nota infamante (*bonorum distractio ex senatus consulto*) (Sosa Ried, 1998: 13)¹.

Desde el siglo XIV hasta el XVI, el derecho estatutario de las ciudades italianas de Bolonia, Florencia, Génova, Padua, Venecia, Milán, fue la elaboración más importante en materia de quiebras de este período. Es característica común en esta época, la aplicación del procedimiento a todo deudor, sea o no comerciante.

En las Ordenanzas de Bilbao, siendo la más completa la de 1737, y que fue seguida por las legislaciones hispanas, la institución de la quiebra era aplicable únicamente a deudores comerciantes.

Cualquiera comerciante, que considere hallarse precisado a dar punto a sus negocios, estará obligado a formar ante un extracto, o memoria puntual de todas sus dependencias, donde con individualidad exprese sus deudas y haberes, mercancías existentes y alhajas, y demás bienes que le pertenezcan, citando los libros con sus folios y números debidos; y entregarle por sí, o por otra persona en manos del prior, y cónsules. (Montilla Martínez, s/f: www.juridicas.unam.mx/public/librev/rev/cont/15/pr/pr_10.pdf).

Durante la época de la Codificación francesa, si bien se movían sentimientos individualistas, igualitarios en todo caso; también se quería consagrar la supremacía del Estado por sobre todas las cosas. Por un lado, se buscó a través de los Códigos una ley única que regulara a todos por igual, sin distinción de clases ni condiciones, no era el derecho de los comerciantes sino de los comerciantes y no comerciantes (sistema objetivo), sin embargo, por otro lado, estableciendo la dualidad legislativa, separando la regulación del Derecho privado en dos textos legales, en materia de derecho concursal, dispuso la quiebra únicamente aplicable a deudores comerciantes, regulada, en consecuencia, por el Código de comercio, mientras que para los deudores civiles, disponen del concurso de acreedores contenido en el Código Civil (Estecche, 2008: 16).

Dentro del Derecho moderno la situación cambia sustancialmente, en cuanto, no hay unanimidad en las diferentes legislaciones.

En el caso de la legislación chilena, desde el año 1931, la ley 248 crea un régimen concursal común a todo tipo de deudores, aunque manteniendo un trato severo respecto del comerciante. La legislación chilena sigue la

tendencia actual que es la de uniformar el procedimiento en lo que se refiere a la calidad de los deudores. Esta indiferenciación en cuanto al sujeto pasivo del procedimiento se mantiene en la ley vigente (18.175) del 28 de octubre de 1982, pero se establecen disposiciones más drásticas en relación con deudores que ejercen actividades más importantes desde el punto de vista económico (comercio, industria, minería, agricultura), y también reglas especiales para el caso de los bancos, instituciones financieras y compañías de seguros (Sosa Ried, 1988: 16).

Si bien en la Ley 18.175 no se define qué es una quiebra, se establece, en su artículo primero, que su juicio “tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”.

En Argentina, la Ley 11.719 sobre quiebras, fue modificada por la Ley de 1933, la cual estableció la aplicación no sólo a los comerciantes y sociedades mercantiles, sino también a las sociedades civiles y a los no comerciantes que realizan sus negociaciones en forma mercantil, lo cual se exteriorizaba en la matrícula de comerciantes o Registro Público de Comercio (Art. 1.º de la Ley, concordado con los artículos 26, 27 y 33 del Código de Comercio Argentino). Evoluciona el principio antiguo latino y se amplía la institución de la quiebra a personas no comerciantes, sin embargo, en la República Argentina se mantiene la dualidad de instituciones de quiebra y de concurso civil (Munita, 1941: 25-28).

Actualmente, la Ley de concursos y quiebras (24.522), sancionada el 20 de julio de 1995, prevé en su artículo 2º: “Sujetos comprendidos. Pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación...”.

En la legislación ecuatoriana no existe procedimiento especial de quiebra, sino que se aplican a la misma las normas dadas para el concurso civil de acreedores.

En el Código de Comercio de 25 de octubre de 1906, en materia mercantil, en el Registro Oficial de 25 de agosto de 1937 se derogó el

articulado sobre quiebras y se sustituyó por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en la sección de acreedores (Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, s/f: 28-29). Recientemente el 22 de abril de 1997 se sancionó una nueva ley de concurso preventivo, la cual igualmente mantiene el principio.

En el Perú, la antigua Ley procesal de quiebras (7.566) de 1932, regulaba el procedimiento para toda “persona, natural o jurídica, sea o no comerciante”, haciéndose así extensiva la quiebra a los no comerciantes. Manteniéndose la situación en la Ley de Reestructuración Empresarial (16.116) del 30 de diciembre de 1992 y la actual Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto 845) de 1996, que deroga a la anterior.

Esta última establece en el artículo 2º, el ámbito de aplicación de ley, mencionando: “La presente Ley establece las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, disolución y liquidación, y quiebra de empresas, así como los mecanismos para la reprogramación global de sus obligaciones con anterioridad al estado de insolvencia”.

Sin embargo, la legislación que mayormente debe llamar la atención es la española.

En principio, la legislación sobre quiebra se encontraba regulada en el Código de Comercio de 1829. Más tarde fue sustituida por la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, promulgada con carácter provisional y que ha estado vigente hasta el 9 de julio de 2003, cuando se realizó una profunda reforma del sistema, entrando en vigor el 1º de septiembre de 2004.

Uno de los cambios más importantes fue la unificación de todas las instituciones concursales. Opera la unificación de los procedimientos, es decir, se eliminan todos los procedimientos anteriores, y se instaura una única institución denominada Concurso de Acreedores. Ese proceso sirve tanto para una insolvencia transitoria y leve del patrimonio de una persona física cualquiera, como para la más grave y culpable insolvencia de una gran multinacional. Por otra parte, siendo lo fundamental dentro de la investigación, se modifica el presupuesto subjetivo de la declaración de concurso, en cuanto se requiere que el deudor sea persona natural o jurídica. Ya no es necesario ostentar la condición de comerciante.

En este sentido el concurso de acreedores es el único procedimiento aplicable tanto al deudor civil como al comerciante, con independencia de que sea persona natural o jurídica.

Esta modificación ha supuesto una ampliación revolucionaria del antiguo presupuesto subjetivo que se requería para la declaración de la quiebra en el Derecho Concursal español y que distinguía radicalmente el régimen aplicable al deudor comerciante y al no comerciante. En consecuencia, existía en el régimen anterior una diferenciación del sujeto pasivo de la quiebra.

Establece el artículo 1º de la Ley: “1. La declaración del concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica. 2. El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente. 3. No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos, y demás entes de derecho público”.

De esta manera, la Ley comienza enunciando en el primer apartado el denominado “Principio general de unidad de disciplina”, cuya implementación era constantemente reclamada por la doctrina y por los anteriores anteproyectos, como lo menciona Raquel Valls, en su comentario a la nueva ley. Agregando, que este principio implica que ya no existe la distinción formal entre deudor comerciante y no comerciante ni una dualidad de procedimientos para declarar el concurso de cada uno. Ello supone un cambio radical respecto a la legislación hasta ahora vigente en materia concursal que obligaba a acudir a dos procedimientos distintos: 1) el concurso de acreedores y la quita y espera, si el deudor no era comerciante; 2) y la quiebra y suspensión de pagos, si era comerciante, en cuyo caso se establecía un mayor rigor formal (Valls, 2003: http://noticias.juridicas.com/base_datos/privado/122-2003.html).

Ante este panorama es lógico cuestionar la regulación de la quiebra únicamente para deudores calificados como comerciantes, siendo preciso analizar la situación en la legislación venezolana, a fin de verificar si es posible su implementación, lo cual como consecuencia implicaría declarar procedente la quiebra contra una sociedad agraria.

Segunda parte: sistema societario venezolano

En el derecho venezolano, la institución de la quiebra se encuentra regulada desde el Código de Comercio de 1862. Algunos autores mencionan la existencia de un Código anterior, de fecha 15 de febrero del mismo año, el cual únicamente estuvo vigente por 54 días, sin embargo, en lo que a la quiebra se refiere, ésta no estaba presente. Igualmente, fue regulada por el Código de Comercio de 1873, resultando realmente innovador el régimen previsto en el Código de Comercio de 1904, el cual se mantiene hasta ahora, en cuanto si bien en 1919 se promulga un nuevo Código de Comercio, no hubo modificaciones en la materia, como tampoco en las reformas posteriores, siendo la última en 1955.

Se han elaborado dos anteproyectos de regulación de la quiebra (uno mediante reforma del Código y otro a través de una ley especial). Éste último obra del profesor Leopoldo Borjas en el año 1988. No obstante, no han sido considerados.

Ahora bien, la institución de la quiebra en la legislación venezolana se aplica solamente al comerciante. Constituye un requisito de fondo la cualidad de comerciante del sujeto pasivo, es esencial para que proceda la declaratoria de quiebra.

En líneas generales, por una parte, el artículo 914 del Código de Comercio, establece: “El comerciante que no estando en estado de atraso, según el Título anterior, cese en el pago de sus obligaciones mercantiles, se halla en estado de quiebra”.

El artículo 10 del Código de Comercio, menciona, son comerciantes, “los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual y las sociedades mercantiles”.

No es exigencia expresa que el comerciante viva, ni que ejerza para el momento de la declaratoria la profesión, es decir, puede carecer de la cualidad de comerciante al tiempo de la sentencia. Con normas especiales el legislador prevé la quiebra del comerciante fallecido, del comerciante retirado y del retirado que fallece (artículo 929 y 930 del Código de Comercio)².

El caso es que para que proceda la declaratoria de quiebra, el sujeto pasivo debe ser comerciante. No obstante, conviene analizar ciertas normativas, en cuanto influyen directamente en el resultado de la investigación.

Determinación de la mercantilidad societaria

La presencia del modelo francés, que impuso la separación de la normativa (civil-mercantil) obliga a determinar, en primer lugar, la calificación de los actos ejecutados, y en segundo lugar, de acuerdo con tal calificación aplicarles un régimen jurídico o una normativa legal determinada, civil o mercantil.

En este sentido, si el acto es calificado como de comercio se le aplica la normativa mercantil, aceptándose así que el Código de Comercio limita o circunscribe la realización o ejecución de actos de comercio a la materia legislativa mercantil. Si el acto es civil, pues sencillamente se le aplica la normativa dispuesta por el Código Civil.

De acuerdo con esto, la determinación de la mercantilidad de las sociedades conlleva a calificar previamente los actos ejecutados por ellas. Si la sociedad, tiene como objeto la realización de actos de comercio será mercantil, o más bien, será considerada o calificada mercantil. El significado material de la mercantilidad está identificado con la ejecución de actos de comercio, y el criterio para distinguir si una sociedad es mercantil es el del objeto.

Sencillamente, la mercantilidad de las sociedades, en el Código de Comercio venezolano, está determinada por la ejecución de actos de comercio (Girón Tena, 1947: 28)³.

Ahora bien, igualmente, el Código de Comercio prevé que una sociedad, calificada como mercantil -de acuerdo con lo anterior-, pertenece a la categoría de comerciante social o colectivo interpretando: la sociedad es un comerciante, porque junto con realizar actos de comercio ha sido constituida de acuerdo con las normas del Código de Comercio, es decir, a las formas tipificadas por el legislador. La sociedad al ser calificada como comerciante colectivo, como resultado, se le impone el estatuto de comerciante, además de toda la normativa que tiene dispuesta el Código de Comercio para todas aquellas personas calificadas como tales⁴.

Así, una sociedad, además de ser mercantil por el objeto que realiza, como se indicó inicialmente, es mercantil porque junto con dicho objeto se constituye bajo una de las formas previstas legalmente. Asumiendo la determinación de la mercantilidad no sólo por el objeto, sino también por la forma utilizada para su constitución. En este sentido, el significado formal de la mercantilidad está identificado con la tipificación legal, y el criterio para distinguir si una sociedad es mercantil es el de la forma. Complementándose uno con otro, en el sentido de que si la sociedad va a realizar actos de comercio, pues necesariamente debe constituirse bajo una de las formas previstas por el legislador mercantil.

Este sistema (Girón Tena, 1954: 971) trae para las sociedades, consideradas como comerciantes sociales o colectivos, las mismas dificultades que para el comerciante individual, en cuanto a las dudas sobre la aplicabilidad del estatuto de comerciante, puesto que simplemente son comerciantes porque ejecutan actos de comercio y se constituyen con una de las formas tipificadas por el legislador y, en consecuencia, aquello de la profesionalidad en el ejercicio del comercio pasa a un segundo plano llegando a la aplicabilidad del estatuto del comerciante a individuos que por ejemplo, realizan actos de comercio pero de manera ocasional, o lo que es igual, sociedades que se califican como mercantiles, porque ejecutan actos de comercio, pero que sean ocasionales (Forniés Baigorri, 1995: 1389). y con ello la estructuración en función de la relatividad en el contenido del Derecho Mercantil sobre los sistemas de derecho, subjetivo, objetivo y empresarial, a lo largo de la historia, puesto que, este sistema va a corresponderse con la calificación del comerciante en cuanto a la ejecución de actos de comercio, con el sistema objetivo, que vino a renovar la intención inicial del Derecho Mercantil de regular únicamente una categoría de personas, los comerciantes (sistema subjetivo), pasando a considerar la regulación para todas las personas, independientemente de que sean comerciantes o no. Se muestra el Derecho Mercantil como derecho regulador de determinados actos, denominados "actos de comercio", que a él quedan sometidos, cualquiera que sea la condición personal del sujeto que los realiza (Burgos Villasmil, 1978: 8).

Aparte de esto, al calificar o determinar la mercantilidad de las sociedades en función del acto de comercio -independientemente de la obligatoriedad

formal en cuanto si ejecuta actos de comercio debe constituirse bajo una de las formas tipificadas en la ley-; el acto además de otros elementos va acompañado esencialmente de la intención de obtener una ganancia o un beneficio, de la intención de especulación, de lucro (Barboza Parra, 1998: 82) y con relación a éste, no es posible establecer la distinción entre sociedades civiles y mercantiles, ya que, en la definición de las primeras, uno de los elementos esenciales es precisamente el reparto de las ganancias, entre los socios es decir, el lucro, con lo cual, independientemente de la exactitud de la fundamentación misma, la nota especulativa que se atribuía a los actos de comercio, para determinar o delimitar la mercantilidad de las sociedades, desaparece o se difumina. Porque, la idea de lucro o especulación, de actividad económica, etc., de la noción de acto de comercio es común a la sociedad civil y a la mercantil (Girón Tena, 1954: 36). De acuerdo con esto, existe una falta de idoneidad del ánimo o fin de lucro para determinar la mercantilidad societaria.

En otras palabras, a simple vista el sistema determina la mercantilidad en función del objeto, es decir, la ejecución de actos de comercio, los cuales en esencia llevan un contenido especulativo que involucra a todos los elementos propios de su definición, como son la interposición en el cambio de bienes o de servicios, la producción de bienes y servicios, la circulación de bienes como consecuencia de los dos ya mencionados, por cuanto “se opera en esa primera etapa, la acción de mediar, de intercambiar, la cual va acompañada con la intención de obtener una ganancia o un beneficio” (Barboza Parra, 1998: 82-83), elemento que igualmente está presente en una sociedad civil, como en una sociedad mercantil. Debemos recordar que bajo este sistema francés siempre ha prevalecido en doctrina la distinción entre asociaciones y sociedades en cuanto a que las primeras no buscan la obtención de lucro, mientras que las segundas sí.

Naturalmente, que si pensamos en el objeto en cuanto a la diferenciación que tienen con relación a la finalidad, la distinción es clara y notoria, una sociedad civil se crea en principio sólo para compartir beneficios de una actividad, pero no para intervenir en el tráfico jurídico mercantil más amplio. La sociedad civil es un mero pacto entre particulares para poner medios (dinero o trabajo) y compartir juntos, no obstante, aislando el lucro, que tradicionalmente es lo que distingue una actividad civil de

una mercantil, en cuanto a la realización de actos de comercio, en tanto, configuran el comercio mismo; una sociedad civil y una sociedad mercantil como tal sociedades tienen como elemento común la realización de un fin económico, el cual, si bien el régimen jurídico venezolano considera que implica únicamente la obtención de ganancias y el reparto de beneficios, la doctrina y las legislaciones extranjeras ya reconocen dentro del género sociedad otras formas de asociaciones diferentes.

Sociedades civiles con forma mercantil

Tomando en consideración el criterio de la forma, el legislador previó, a raíz de la reforma efectuada en 1942 al Código Civil, la posibilidad de constituir sociedades civiles con forma mercantil. Sociedades que si bien se someten a la normativa del Código de Comercio para su constitución, no son mercantiles, y como consecuencia no son comerciantes, y por tanto no se les va a aplicar el estatuto propio de los comerciantes.

El artículo 1.651 del Código Civil, menciona: “Si las sociedades revisten una de las formas establecidas para las sociedades mercantiles, adquieren personalidad jurídica y tendrán efecto contra terceros, cumpliendo las formalidades exigidas por el Código de Comercio”.

Este tipo de sociedades (con forma mercantil) permite la posibilidad de que las formas de las sociedades de comercio puedan ser utilizadas para fines no comerciales. Es decir, permite que una sociedad con objeto civil; constituida para realizar actividades no-mercantiles, adopte, sin embargo, forma de sociedad mercantil; revistiendo cualquiera de las formas previstas en el artículo 201 del Código de Comercio, a saber: nombre colectivo, comandita, anónima o de responsabilidad limitada, pero sin atribuirles a dichas figuras carácter mercantil. Por ello, no van a quedar sometidas a las normas sobre el estatus de comerciantes, puesto que no tienen la cualidad de comerciantes. A estas sociedades se aplicarán las reglas contenidas en el Código de Comercio sobre: constitución, funcionamiento y extinción.

Cabe mencionar, que en la redacción del aparte segundo del artículo 1.651 del Código Civil, no se indica que únicamente puedan adoptar la forma mercantil las sociedades civiles, porque menciona “sociedades”, sin embargo, por la generalización atribuida a la normativa dispuesta en el

Código Civil, como régimen dirigido a regular a las sociedades civiles, la doctrina ha interpretado que el artículo consagra la posibilidad de constituir sociedades civiles con forma mercantil. No obstante, es discutible el punto, porque la definición legal simplemente va dirigida al contrato de sociedad (Artículo 1.649 del Código Civil), y no se aplica tal generalización, sino que se interpreta que allí se definen todas las sociedades, que para la doctrina son las sociedades civiles y las mercantiles -la mayoría de los textos, por no decir todos, al iniciar el estudio de la sociedad mercantil parten de la definición legal de sociedad del artículo 1.649-. Es más, algún sector de la doctrina entiende que también por la modificación del fin de lucro por fin económico común, pueden entrar en dicha definición las mutuales, cooperativas, etc., por consiguiente, debiera interpretarse que cualquier tipo de sociedad pudiese constituirse con forma mercantil. Queriendo significar que debe respetarse un mismo criterio. O solamente las disposiciones regulan a la sociedad civil, o junto con la sociedad civil hay disposiciones aplicables a todas las sociedades, comenzando por la definición. En resumen o cada vez que utiliza el legislador el término sociedad, debe entenderse sociedad civil o hay que considerar que solamente será civil si así lo indica el legislador. En cuyo caso, la intención no es otra que regular en las disposiciones del Código Civil a la sociedad en general, como lo hacía la normativa francesa, a la cual puede recurrirse ante la ausencia o falta de regulación en los diversos regímenes asociativos, junto con la regulación de la sociedad civil. No hay que olvidar que el Código de Comercio expresamente remite a la normativa del Código Civil ante la falta de regulación en la ley mercantil (Estecche, 2007: 63).

Está claro que hay una generalización, y que la misma está fundamentada en el hecho tradicional de no admitir otros tipos de sociedades fuera de las civiles y mercantiles, pero no significa que esa sea la correcta interpretación de la norma jurídica y la verdadera intención del legislador. Además, si se quisiera incorporar una visión amplia de la regulación, se podría creer en la posibilidad de incorporar otros tipos societarios además de las civiles y mercantiles. Por supuesto que si el Código de Comercio regula la sociedad mercantil, en el Código Civil va a estar contenido el régimen de la civil, sin embargo, esta afirmación no es precisa, tomando en cuenta: la remisión que efectúa el Código de Comercio para las sociedades mercantiles; la definición general del contrato de sociedad; y la redacción utilizada por el legislador civil.

Presunción de mercantilidad. Sociedades mercantiles por su forma

A partir de la reforma del Código de Comercio realizada en 1955, las sociedades que adopten la forma anónima o de responsabilidad limitada, son consideradas como sociedades mercantiles a menos que alguna Ley especial disponga lo contrario o que el objeto social esté constituido, exclusivamente, por la realización de actividades agrícolas o pecuarias.

La legislación venezolana si bien establece una presunción de mercantilidad para las tipologías anónimas y de responsabilidad limitada, introduce una salvedad en cuanto se dediquen en exclusividad a la actividad agrícola o pecuaria, debiendo agregar también la actividad minera, dispuesta por la ley especial de Minas (artículo 102).

El artículo 200 del Código de Comercio expresamente establece: “Las compañías o sociedades de comercio son aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio. *Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales, las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada tendrán siempre carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, salvo cuando se dedique exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria*”.

En consecuencia, se consideran excepciones al principio del carácter mercantil de las sociedades que adopten la forma anónima o de responsabilidad limitada: las sociedades mineras y las sociedades cuyo objeto sea la explotación agrícola o pecuaria.

Para la doctrina venezolana, la razón del sistema de excepción referido a las sociedades cuyo objeto sea la explotación agrícola o pecuaria fue la de sustraer dichas sociedades del régimen de la quiebra. Es importante comentar, que el Proyecto del Poder Ejecutivo quiso atribuir también a las sociedades anónimas agrícolas y pecuarias carácter mercantil, pero en el Senado se estableció la solución contraria (Goldschmidt, 2003: 392).

Sin embargo, es loable traer a consideración el Anteproyecto de Ley de Sociedades Mercantiles (1987), dentro del cual la solución se inscribe dentro de la corriente doctrinal que rechaza una situación ecléctica inconveniente y que propugna la aplicación de un criterio formal (la forma prevalece sobre el

contenido de las actividades sociales). El artículo 1º de dicho anteproyecto, menciona: “aunque adopte una forma distinta, la sociedad tendrá carácter mercantil si habitualmente realizare una actividad de este tipo, a menos que persiga fines cooperativos” (Morles Hernández, 1998: 754).

De acuerdo con esto, considerando que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada son sociedades mercantiles y, como consecuencia, por el artículo 10 del Código de Comercio son calificadas como comerciantes, en estos casos específicos, no pueden ser declaradas en quiebra, puesto que pierden la cualidad de sociedades mercantiles, es decir, la tipología mercantil. En otras palabras, son consideradas sociedades anónimas o de responsabilidad limitada por la forma, pero por el objeto exclusivo, no son mercantiles, no tiene la cualidad de sociedad mercantil. En todo caso son Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada con un objeto social único, agrícola, pecuario o minero.

La presencia de este dispositivo en el ordenamiento jurídico venezolano, no determina la mercantilidad societaria absoluta, en función de la forma anónima o de responsabilidad limitada, puesto que consagra como salvedad la exclusividad del objeto. Con lo cual no necesariamente por constituirse bajo la forma anónima o de responsabilidad limitada va a considerarse mercantil la sociedad. En consecuencia, a esta tipología tampoco se le aplica el estatuto del comerciante.

En muchas oportunidades se han considerado verdaderos híbridos en el mundo societario. Es más, como menciona Garrigues, “en esta materia cabe aceptar la afirmación de que las dificultades pueden llegar a ser insuperables” (Morles Hernández, 1998: 753), en cuanto resulta casi imposible identificar la normativa a aplicar en cuanto hay que sustraerlas del estatuto propio de los comerciantes.

Por supuesto, resulta un tanto ambigua la interpretación de la norma, en cuanto, una sociedad anónima o de responsabilidad limitada que se dedique exclusivamente a la explotación agrícola o pecuaria, si bien es una sociedad mercantil por la forma, no va a quedar sometida a la normativa propia de los comerciantes, cuando por definición legal del artículo 10 del Código de Comercio las sociedades mercantiles son comerciantes.

Sin embargo, reiteradas jurisprudencias reconocen la ausencia de la cualidad de comerciantes en estos tipos de sociedades y, en consecuencia declaran la no procedencia de la declaratoria de quiebra⁵.

Legalidad societaria

Debe reconocerse, para el caso de las sociedades mercantiles, es decir, aquellas que tienen por objeto uno o más actos de comercio; o las que adquieren determinadas formas, como son sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada, fuera de la salvedad citada anteriormente, que la calificación de que gozan las sociedades mercantiles, de comerciantes, responde a aquellas sociedades constituidas legalmente, es decir, con su constitución contractual, su reconocimiento como personas jurídicas y el ejercicio de actos de comercio. Significa la asunción de una sana interpretación del legislador, en cuanto la calificación para las sociedades mercantiles, como comerciantes, va referida a aquellas que se han constituido bajo la normativa impuesta por él mismo. Independientemente, que la normativa civilista es más clara en cuanto a la forma como adquiere personalidad jurídica una sociedad civil al referir la protocolización en la Oficina Subalterna de Registro, hoy Registro Principal; mientras que para las mercantiles debe concatenarse una serie de normas a fin de verificar dicha adquisición.

Sociedades agrarias

Por todo lo anterior expuesto, las sociedades agrarias en Venezuela, en cuanto sociedades, pueden constituirse: como sociedades civiles adoptando la forma civil, en cuyo caso quedan sometidas a la normativa dispuesta para las sociedades de esta naturaleza en el Código Civil, artículo 1.649 y siguientes (forma civil-objeto civil: sociedades civiles); como sociedades civiles adoptando la forma mercantil (nombre colectivo, comandita), en cuyo caso el régimen a aplicar es mixto, quedando sometidas a la legislación civil y mercantil, salvo lo dispuesto por el Código de Comercio para los sujetos calificados como comerciantes, con lo cual únicamente se le debieran aplicar las normas sobre constitución y todas aquellas (normas) que sean inherentes o consecuenciales a la forma adoptada, no aplicándoseles las inherentes o consecuenciales a la calidad de comerciantes (forma mercantil-objeto civil: sociedades civiles con forma mercantil); como sociedades

civiles de objeto social único (agrícola o pecuario) adoptando la forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, las cuales igual que para las anteriores, quedan sustraídas del régimen previsto en el Código de comercio para los comerciantes (forma mercantil-objeto social único: sociedades mercantiles por la forma).

Naturalmente, salvo el caso de la sociedad agraria, de naturaleza civil, en cuanto a objeto y forma, el resto representa una tipología societaria difícil de comprender y de aplicar. Hoy en día prácticamente es imposible determinar la exclusividad real del objeto único agropecuario, solamente lo determina la declaración efectuada por los socios en los estatutos de la sociedad, y en dicha medida es que opera la sustracción del régimen propio de los comerciantes. Sin embargo, tomar en cuenta únicamente el objeto social indicado en los estatutos, puede conducir a resultados no acordes con la realidad.

Resulta indiscutible, que las sociedades agrarias no son comerciantes, en virtud de no configurar la tipología dispuesta por el legislador para atribuirles la condición de sociedades mercantiles, por tal motivo no es precedente aplicar la institución de la quiebra. No obstante, ante la situación jurídica a la cual se encuentran sometidas actualmente, debería considerarse la regulación prevista para ellas en otras legislaciones. La investigación simplemente propone, la indiferenciación del sujeto pasivo en la institución de la quiebra, lo cual indirectamente las afectaría, en cuanto no calificando como comerciantes, la misma sería aplicable tanto a comerciantes como a no comerciantes.

CONCLUSIONES

En primer lugar, es notorio y fácilmente observable a la luz de otros ordenamientos naturalmente más avanzados que el nuestro, como Chile, Argentina, Ecuador, Perú, que la quiebra se aplica a todo deudor, comerciante y no comerciante. Hay una tendencia moderna hacia la ampliación del derecho subjetivo de la quiebra, prevaleciendo la indiferenciación del sujeto pasivo.

En segundo lugar, es interesante analizar el caso especial de la legislación española, en cuanto es un ordenamiento jurídico -y tal vez esto represente

mayor peso para considerar su aplicabilidad a la legislación venezolana-, con una cultura histórico-jurídica igual a la nuestra. En este sentido, vale la pena tener presente, al momento de su aplicación al sistema venezolano, la existencia de una comunidad iberoamericana desarrollada sobre la base de una unidad de origen, de cultura, de lengua, de creencias y de derecho.

En tercer lugar, haciendo un ejercicio de derecho comparado, en aras de una futura reforma de la normativa que regula la quiebra, podría verificarse si es posible considerar este cambio sustancial de la institución en cuanto sea factible declarar como procedente la quiebra de una sociedad o empresa agraria, puesto que es claramente observable que bajo la normativa vigente, una sociedad anónima o de responsabilidad limitada agropecuaria no le es aplicable el procedimiento de quiebra, por no ser comerciante, al no tener la tipificación mercantil por razón del objeto exclusivo, agrícola, pecuario o minero, de la misma forma que tampoco es aplicable el procedimiento de quiebra a las sociedades civiles agrarias con forma mercantil.

En cuarto lugar, cabe preguntarse, tanto para el caso de las sociedades civiles con forma mercantil, como para las mercantiles por la forma, si resulta lógica y plausible la utilización de la forma mercantil, sin someterse a la legislación mercantil. Es decir, está presente la supremacía del objeto sobre la forma, el objeto es lo determinante, pero, no debiera considerarse la aplicación de la institución de la quiebra a todo sujeto que realice actividades comerciales, que se desarrolle en el campo empresarial y comercial como cualquier sujeto de comercio, a tenor de lo previsto en el Anteproyecto de Sociedades Mercantiles.

En quinto lugar, como consecuencia del anterior, es clave retomar en función de la indiferenciación del sujeto pasivo de la quiebra, las consideraciones efectuadas por el Anteproyecto de Ley de Sociedades Mercantiles, a fin de armonizar las instituciones, el cual, como muy bien lo expresa Morles Hernández, se ocupa del fenómeno de la realización de actividades comerciales en forma profesional, a través de organizaciones distintas a las sociedades mercantiles, a fin de eludir impuestos y escapar de las obligaciones y de los riesgos propios de la cualidad de comerciante. En este supuesto debe declararse que existe una sociedad mercantil por el

objeto real, no por el objeto social declarado, el cual resultaría un antifaz destinado a evitar la aplicación, entre otras cosas, de las reglas de la quiebra.

En sexto lugar, está latente en el ámbito de las sociedades agrarias, que el régimen jurídico bajo el cual quedan sometidas actualmente no se compagina ni con su naturaleza propia ni con su origen. En ellas se encuentra el campesino enfrentado al campo mercantil propio de las sociedades capitalistas. Entiendo que es fundamental la comercialización del sistema agrícola, y que las formas de organización y estructuración de las sociedades mercantiles tienen un mejor acabado, sin embargo, habría que buscar dentro del régimen jurídico agrario formas que se adecuen a sus propias necesidades, y no la utilización de estos híbridos difíciles de entender.

NOTAS

-
- 1 D.27.10,5- Gayo 9 ad ed. prov.. Citado por: SOSA RIED, María de los Ángeles. El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras.
 - 2 Código de Comercio venezolano, Artículo, 929: "Puede declararse la quiebra de un comerciante que hubiere fallecido en estado de cesación de sus pagos; pero no puede ser pedida ni pronunciada de oficio sino dentro de los tres meses siguientes a su muerte. Solicitada dentro de este tiempo, puede ser declarado aún después de él. Por la declaración de quiebra, los bienes del difunto quedan separados de los de sus herederos". Código de comercio venezolano, Artículo 930: "La quiebra de un comerciante retirado del comercio puede ser declarada; pero sólo dentro de los cinco años posteriores al retiro con tal que la cesación de pagos haya tenido lugar durante el tiempo en que ejerció el comercio, o bien durante el año siguiente, a causa de deudas relativas al mismo ejercicio. Puede también ser declarada después de la muerte del comerciante retirado; pero sólo dentro del año siguiente a la muerte".
 - 3 No hay que olvidar que el Código de Comercio es de contenido objetivista, rigiendo todos los actos u operaciones mercantiles, cualesquiera que sean el estado o profesión de las personas que las celebren. Por eso fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos para atribuirles o no la calificación de mercantiles con independencia de las personas que en ellos intervienen... GIRÓN TENA, José. "Sociedades civiles y Sociedades mercantiles: Distinción y relaciones en Derecho español". En: *Revista de derecho mercantil*. Volumen IV. Número 10. Madrid, España: Julio-agosto 1947, pág. 28.
 - 4 Código de Comercio venezolano: Artículo 10. Son comerciantes los que teniendo capacidad para contratar hacen del comercio su profesión habitual, y las sociedades mercantiles.
 - 5 Sentencia del 7 de noviembre de 1980. Juzgado Superior Segundo. Nº 55.580. Citibank S.A.; Sentencia del 13 de agosto de 1993. Nº 663-93. Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito. Sociedad de Desarrollo Agroindustrial So de Agro C.A. contra Juzgado Sexto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito. "Se declara con lugar el amparo propuesto contra un Tribunal de Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito por acordar el beneficio de amparo y decretar una quiebra a una sociedad civil". Sentencia del Juzgado Superior Séptimo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda del 22 de noviembre de 1991.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBOZA PARRA, Ely Saúl (1998) *Derecho Mercantil. Manual Teórico Práctico*. Quinta edición. Mc Graw Hill Interamericana de Venezuela S.A.. Serie jurídica. Caracas, Venezuela.
- Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México (s/f).
- BURGOS VILLASMIL, (1978) José Ramón. “Los sistemas sobre los cuales se ha estructurado el Derecho Mercantil”. En: Jornadas de Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Facultad de Derecho. Caracas, Venezuela.
- CASANOVA, Ramón Vicente. (1986) *Derecho Agrario*. Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria. 4ª edición. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, Venezuela.
- DAVID SOTO, Oscar (1973). *La empresa y la reforma agraria en la agricultura venezolana*. Instituto Iberoamericano de Derecho Agrario y Reforma Agraria. Fundación para la Cultura Campesina. Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, Venezuela.
- ESTECHE DE F., Elianne. (2008). “El sistema societario venezolano”. En: Bicentenario del Código de Comercio francés. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Coordinadores: Alfredo Morles Hernández-Irene Valera. Serie Eventos 25. Caracas, Venezuela.
- ESTECHE DE F., Elianne. (2007) *Visión actual de la sociedad en el sistema español de derecho societario. Aplicabilidad al sistema venezolano*. Ediciones del Rectorado. Talleres Gráficos Universitarios. Centro de Estudios rurales y andinos (CERA). Mérida, Venezuela.
- FORNIÉS BAIGORRI, Ascensión. (1995) “Sociedad civil - Sociedad mercantil. La determinación de su carácter civil y normativa aplicable”. En: *Estudios de derecho mercantil*. Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Tomo II. Departamento de derecho mercantil (Universitat de Valencia). Fundación profesor Manuel Broseta. Tirant lo blanch. Valencia, España.
- GIRÓN TENA, José, (1947) “Sociedades civiles y Sociedades mercantiles: Distinción y relaciones en Derecho español”. En: Revista de derecho mercantil. Volumen IV. Número 10. Madrid, España: Julio-agosto, pág. 28.

-
- GOLDSCHMIDT, Roberto. (2003) Curso de derecho mercantil. Universidad católica Andrés Bello. Fundación Roberto Goldschmidt. Caracas, Venezuela.
- MONTILLA MARTÍNEZ, (s/f) Jesús. Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao interesante fuente histórica del derecho mercantil (versión paleográfica y notas sobre fragmentos del texto). www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/15/pr/pr10.pdf.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. (1998) Curso de derecho mercantil. Cuarta edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela.
- MUNITA B., Don Enrique. (1941) *La Quiebra en el Derecho Argentino. Anales de la Facultad de Derecho* Vol. VII. Enero-Diciembre . Nº 25 al 28.
- SOSA RIED, María de los Ángeles. (1998) El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras. En: *Revista de estudios históricos-jurídicos*. Nº 20. Valparaíso, Chile.
- VALLS, Raquel, http://noticias.juridicas.com/base_datos/privado/122-2003.html.