

Sociedades

por

Miguel Moreno Jaramillo

(Páginas pertenecientes al tomo
VI de esta obra).

Sociedades

644.—La corte suprema de justicia, sala de casación en lo civil, dictó el 14 de agosto de 1943, un fallo en que se trata de las atribuciones de los administradores de las sociedades colectivas y de los gerentes de las sociedades anónimas. Fue magistrado actuante el doctor Isaías Cepeda ("Gaceta Judicial", número 2001 a 2005).

Se dice en tal fallo:

"En concepto de la Sala, por razón de su propia naturaleza, existe en nuestra legislación diferencia entre las facultades o atribuciones que tienen los gerentes, gestores o administradores de una sociedad colectiva, y los de una sociedad anónima".

"En efecto, en las sociedades colectivas, cada uno de los socios encargados de la administración y del uso de la razón social, puede hacer válidamente, según el artículo 512 del Código de Comercio, "todos los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes al logro de los fines que ésta se hubiere propuesto", a menos que hayan sido, por el pacto social, restringidas sus facultades. De consiguiente, si en el extracto de la escritura social que debe registrarse y publicarse no se advierte que las facultades de los administradores están limitadas en tal o cual sentido, es claro y lógico que esas limitaciones no son oponibles a los terceros que contratan con la sociedad, quienes pueden acogerse a lo dispuesto en el copiado artículo 512, y considerar que la sociedad está administrada de acuerdo con las normas generales y ordinarias que señala la ley".

"Otra cosa sucede en las sociedades anónimas: en efecto, en lo tocante a éstas, debe indicarse en la respectiva escritura de constitución, como lo ordena el ordinal 7º. del artículo 1º. de la Ley 42

de 1898, "el modo de la administración, las atribuciones de los administradores y las facultades que se reserve la asamblea general de accionistas", y es sabido que las facultades de los directores o gerentes de toda sociedad anónima bien organizada, están limitadas, no sólo por las disposiciones y resoluciones de la asamblea general de accionistas, sino también por las de la respectiva junta directiva, de tal modo que los gerentes vienen a ser tan sólo los ejecutores de las órdenes de aquellas entidades; pero la ley no ordena (artículo 2º. de la Ley 42 de 1898), que en el extracto de la escritura social se indiquen las facultades de los gerentes; es claro que los terceros que contraten con la sociedad deben enterarse previamente de los estatutos que la rigen, si quieren conocer a fondo y en cada caso particular las atribuciones de los administradores".

"Sostiene el recurrente que en tratándose de sociedades anónimas deben publicarse, mediante la inserción en el extracto de la escritura social, las limitaciones que los estatutos contengan respecto de las facultades del gerente, so pena de que no sean oponibles a terceros, y transcribe en apoyo de su tesis las opiniones de algunos expositores de derecho comercial".

"No niega la sala que esa práctica puede ser muy conveniente y aconsejable, especialmente para evitar que gerentes poco honorables o escrupulosos en el cumplimiento de las prescripciones estatutarias, abusen de las facultades que éstos les conceden, o dejen de cumplir algunos de los requisitos que señalan, en perjuicio de terceros; pero no exigiendo la ley, como no exige la nuestra, que se llenen esas formalidades, no es posible aceptar que se viole precepto legal alguno al no hacerlo".

"De otro lado, los mismos doctrinantes citados por el recurrente hablan de la cuestión como medida útil y provechosa, pero no impuesta por la ley". (Tomo I, Nro. 86. Tomo III, Nros. 263 y 333. Tomo IV, Nros. 434 y 435. Tomo V, Nro., 587. Tomo VI, Nro. 630).

645.—Sobre prueba de la constitución y de la disolución social, tomemos una doctrina de la corte suprema de justicia, sala de casación en lo civil, fechada el 9 de septiembre de 1943, en negocio en que fue magistrado sustanciador el doctor Liborio Escallón ("Gaceta Judicial", números 2001 a 2005).

Dice la corte:

"Tanto la formación como la disolución de las sociedades

comerciales están sujetas a ciertas formalidades legales, cuyo cumplimiento (sic) o inobservancia acarrea la nulidad de esos actos. Se prueba la existencia y disolución de las sociedades comerciales en la forma taxativa determinada por la ley (artículos 465, 467, 469, 470 del Código de Comercio y 40 de la Ley 28 de 1931)".

"Vale lo anterior decir que la prueba y la solemnidad se confunden en este caso y que por lo tanto si no existen o no se presentan, en un juicio, el juzgador no puede dar por existente ni el acto constitutivo de la sociedad, ni el acto de la disolución de ésta. En ese caso faltaría la personería sustantiva".

"Aún más: en tratándose de la disolución de una sociedad antes del vencimiento del plazo estipulado, no sólo es necesario que ese acto conste por escritura pública (inciso 2º. del artículo 465 del Código de Comercio), sino que al tenor del artículo 468 no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de lo expresado en el acto de la disolución, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella".

"En este caso el legislador no sólo le da el mérito de plena prueba a la escritura de disolución, de acuerdo con las normas generales, sino que no admite, por vía de excepción, ninguna prueba que pueda desvirtuar ni restarle su valor plenamente probatorio a esa escritura, lo cual es muy claro y fundado, porque siendo la disolución la extinción de la persona jurídica que es la sociedad, ese fenómeno, la extinción, debe quedar en una situación legal incontrovertible, porque de no ser así, podría suceder que disuelta una sociedad quedara no obstante viva la persona jurídica que se extinguió, lo cual es anómalo e injurídico a todas luces".

"Pero el acto de constitución de una sociedad, es no sólo distinto sino contrario del acto de disolución de la misma; por el primero, nace a la vida jurídica; por el segundo, se extingue en esa vida, y cada uno de esos actos, que es independiente, se demuestra de modo distinto".

"La sociedad en estado de liquidación, como lo ha declarado esta Corte, sigue viviendo para los efectos de la liquidación únicamente y no para iniciar negocios que fueron el objeto de la sociedad, lo cual quiere decir que un acto de disolución no es la extinción completa y absoluta del ente social, sino la extinción en sus actividades y vida jurídica, como entidad social pero que tiene vida posterior únicamente para los efectos de la liquidación".

"De ahí que el liquidador sea un mandatario de la sociedad,

según lo enseña el artículo 537 del Código de Comercio y que en su mandato debe ceñirse a lo dispuesto por los artículos 538 a 541 de la obra citada y además a las órdenes o instrucciones que le hayan sido dadas en la escritura de disolución".

"Si como se dijo arriba, el acto de constitución de la sociedad es distinto del acto de disolución de la misma, cuando el mandatario o liquidador gestiona en nombre de la sociedad en liquidación, no tiene por qué presentar o aducir sino el acto de la disolución, la escritura correspondiente y su calidad de mandatario, de liquidador, que generalmente está establecida en la escritura de disolución. No tiene por lo tanto que demostrar la existencia o constitución de la sociedad disuelta, porque por una parte no se trata de ningún acto de esta sociedad, como persona jurídica, y en el giro de sus negocios, sino de un acto que puso fin a esa persona. Además se presume la existencia de la sociedad que luego se disolvió. Y el mandatario o liquidador queda amparado por el artículo 468 del Código de Comercio".

"Cuando las partes en un litigio, en que una de ellas obra en nombre de una sociedad disuelta, no impugnan la existencia de la sociedad, no puede el juzgador adelantarse más que las partes para exigir la comprobación de la constitución de la sociedad que se disolvió".

"La controversia al respecto podría suscitarse si una de las partes alegara la no existencia o no constitución de la sociedad y entonces esa negativa, de carácter definido, daría oportunidad a la otra parte para comprobar tal extremo". (Tomo III, Nro. 315. Tomo IV, Nros. 412, 465 y 481. Tomo V, Nros 515, 534 y 535. Tomo VI, Nros. 635 y 636).

646.—En el tomo IV, número 407, insertamos una doctrina de la corte suprema de justicia, sala de casación en lo civil, contenida en fallo del 30 de noviembre de 1935, sobre la posibilidad de existir una sociedad de hecho entre personas que viven habitualmente en trato ilícito, y sobre las circunstancias que han de concurrir necesariamente para que exista entre ellas dicha relación jurídica de orden social.

La misma corte, en la misma sala, dictó dos sentencias sobre la misma materia, con fechas 6 y 7 de diciembre de 1943.

En la primera sustancia el magistrado doctor Fulgencio Lequerica Vélez. En la segunda, el magistrado doctor Liborio Escallón ("Gaceta Judicial", números 2001 a 2005).

En la sentencia del 6 de diciembre se lee:

"En sentencia fechada el 30 de noviembre de 1935 sentó esta Sala de Casación su doctrina sobre el reconocimiento de sociedad de hecho entre concubinos (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, página 476). En dicho fallo, además de señalar la Corte la división y clasificación de las sociedades de hecho en general, enumera los requisitos adicionales indispensables para que existan las sociedades de hecho entre concubinos. No se hace necesario reproducir los razonamientos de esa decisión y a ella se remite la Sala en este caso, por tratarse de un caso similar. Le es suficiente con recordar que cuando se trata de sociedad entre concubinos, es indispensable además:"

"1º.—Que la sociedad no haya tenido por finalidad crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así habría nulidad por ilicitud de la causa en razón del móvil determinante;"

"2º.—Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios".

En la sentencia del 7 de diciembre se lee:

"Considera la Corte: El fallador de Bogotá partió de esta base que es exacta: Las sociedades de hecho son de dos clases a saber: La sociedad que no alcanzó el grado de perfección legal para ser sociedad de derecho se convierte en una sociedad de hecho si reúne los requisitos característicos de ella; la sociedad creada de hecho se subdivide en dos: la que resulta de un acuerdo verbal cuando según la ley, el contrato era solemne y esa solemnidad consistía en el escrito o en éste y su registro y publicaciones, y las sociedades de hecho que resultan de los hechos, con lo cual no se quiere decir que no requieran el consentimiento sino que éste fue implícito o tácito, o más propiamente, que se induce de las circunstancias, habiendo eso sí, patrimonio colectivo y riesgo común".

"El *animus contrahendi societatis*, debe existir en toda sociedad, tanto de derecho como de hecho y aun cuando ésta última nazca o sea resultante de ciertos hechos; debe existir la relación jurídica de igualdad entre los socios, y además, negocio común, apor-

te en cualquiera de sus formas y riesgo común también entre los socios, de donde resulta la participación en las pérdidas y en las ganancias”.

“.....”.

“Considera la Corte: Existen en autos pruebas de las que se deduce la relación de dependencia de que se ha hecho mérito y a que se refirió el Tribunal. Si los testigos a que alude el recurrente no se refieren a esa relación, tampoco puede inferirse de esos testimonios la existencia de una sociedad de hecho entre demandante y demandado; se deduce una cooperación, pero ésta, por lo que ya se explicó, no engendra por sí una sociedad. Con las declaraciones mencionadas no se demuestran los factores integrantes de ésta y vale la pena observar que el concepto de terceros, que ven las apariencias de una sociedad, no es decisivo para darla por existente, cuando el *animus societatis* y la relación jurídica de igualdad, no ha existido entre los que se creen socios, por los terceros”.

“.....”.

“El artículo 2083 del Código Civil no tiene operancia sino cuando se forma una sociedad de hecho, que no pueda subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno. Entonces se liquida esa especie de comunidad para que cada socio retire lo que hubiere aportado a ella. Es preciso en el caso de esa norma, no sólo el aporte sino la *afectio societatis*, la voluntad de los socios para asociarse, voluntad que no trasciende con efectos civiles sobre una sociedad, por faltarle ciertos requisitos que impiden su existencia. Entonces para poner fin a ese estado anómalo, la ley autoriza la liquidación de las operaciones realizadas. No estando acreditado en los autos ninguno de los elementos que son necesarios para que nazca una sociedad y es el primero, fuera de la capacidad, la voluntad de las partes, la norma citada no pudo ser infringida”.

“.....”.

“Finalmente observa la Corte: En la sentencia de 30 de noviembre de 1935 (*Gaceta Judicial*, tomo XLII, página 479), quedó claramente determinado el caso, y configurado jurídicamente, respecto de la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos y puede sintetizarse así esa doctrina: a) El concubinato no crea

por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho. Es necesario para que ésta exista en ese caso, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una empresa determinada creada con el propósito de realizar beneficios pecuniarios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda o de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno de los concubinos, o de ambos; b) Es necesario que cuando existe la sociedad de hecho en ese caso, no se haya creado ni haya tenido por finalidad prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato de sociedad sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. La ilicitud dependería de que quedarían comprometidas las buenas costumbres, pues el concubinato pugna contra ellas. Por eso establece el artículo 1524 del Código Civil que causa ilícita es la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”. (Tomo II, Nros. 149, 153, 167, 168, 169, 185 y 186. Tomo IV, Nros 383, 396, 405, 406, 407, 418, 442, 449, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 477, 480, 481 y 502. Tomo V, Nros 505, 535, 582 y 604. Tomo VI, Nro 636).

647.—“La Junta Directiva en la misma sesión de que se trata ordenó la concentración de todas las reservas de la sociedad y cambió sus destinaciones particulares llevando a “Reservas Eventuales” la mayor parte de los fondos, lo cual permite, lógicamente, utilizar posteriormente esas reservas en operaciones de cualquier índole, incluso la de volver a destinarlas lentamente y año por año a los fines primeros para que fueron creadas”.

“Si se tiene en cuenta que la maquinaria utilizada en una industria sufre necesariamente un demérito constante por razón del desgaste, del uso, etc., se comprende que las reservas destinadas a amortizar ese demérito no son otra cosa que la traducción al balance de un verdadero menor valor que tienen al final de cada ejercicio los elementos de producción; o, por mejor decir, para el fin del año social el valor de la maquinaria, por ejemplo, no es otro que la diferencia entre su precio de costo y la reserva representativa del demérito sufrido. Y este valor es tanto más real cuanto más aproximado sea el cálculo de la depreciación. Como el demérito se causa necesariamente, se concluye que es también de indispensable necesidad crear la reserva que lo represente y que no es aceptable por ningún motivo, convertir esa reserva en otra de carácter eventual porque ello equivale a deshacer lo hecho y a pres-

cindir de la depreciación lógica y natural para valorizar los activos de la sociedad".

"Para atender a la depreciación de las herramientas y enseres de la sociedad, se había creado una reserva que para diciembre de montaba a la cifra de \$ Es evidente que las herramientas y los enseres manuales son elementos cuyo desgaste por razón del uso es mayor de aquel sufrido por otros activos de naturaleza distinta, cuyo acabamiento es más lento. Esta observación demuestra que no pueden involucrarse, sin que en la contabilidad haya discriminación específica, bajo la denominación genérica de reserva para amortización de activos lentos, las sumas apartadas por depreciación de maquinaria, de fincas raíces, y las sumas apartadas por depreciación de herramientas y de enseres". (Resoluciones, 1941)". (Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista", números 5 y 6. Agosto. 1942).

648.—"Según aparece del balance consolidado de diciembre 31 de, el capítulo "Reservas" comprendía tres cuentas principales a saber: Reserva legal, Reserva para amortizaciones y Reservas varias. Las dos últimas se fraccionaban como sigue: La cuenta Reserva para amortizaciones en amortización de Maquinaria, de Ferrocarril, de Fincas Raíces y de herramientas y enseres; la de Reservas Varias, en eventuales, de seguros de vida y accidentes y de sueldos de retiro y de recompensa".

"Tal la discriminación de las reservas en el balance dicho correspondiente a la cuenta general de reservas".

"En la Junta ordenó la concentración de que se habló antes, creó una reserva de \$ y como resultado de la concentración las cuentas principales fueron: Reserva legal, Reserva para amortización de activos lentos y Reservas eventuales".

"La Superintendencia analizó la concentración y el fraccionamiento ordenados concluyendo que ello no podía permitirse por las razones que quedaron expuestas en la providencia citada. El escrito de reposición disiente de la opinión de la Superintendencia y apoya su disentimiento expresando que la medida de la Junta sólo significó un cambio de nomenclatura en parte de las reservas y que la concentración ordenada fué una medida de sana y técnica organización de la contabilidad. Consideran los reclamantes que legalmente hablando sólo existen dos clases de reservas: la legal y las de libre o voluntaria creación y disposición por parte de los

empresarios, ya que no hay disposición legal alguna que regule la materia. Separan luego las segundas, con base en la técnica y la conveniencia, en las que se destinan para amortización o depreciación de activos fijos y otras de carácter meramente eventual como las destinadas a las prestaciones sociales, al impuesto sobre la renta, a las deudas dudosas, riesgos, etc. Separadas así las reservas, la Junta hace uso de su libre facultad de disposición sobre las eventuales y consideran en consecuencia que la concentración cabe dentro de esta facultad de disposición. Respecto de la no creación de reservas para depreciación en los años de y, expresan los reclamantes que la Junta estimó suficiente el valor de la depreciación sufrida por los activos fijos en la suma de \$"

"No comparte la Superintendencia ni la técnica ni las argumentaciones para mantener esta técnica que expone la sociedad y antes ella corrobora la exposición hecha por la oficina y las conclusiones consiguientes a la misma".

"Es evidente que no hay, técnica ni legalmente hablando, sino dos clases de reservas: La reserva legal y las reservas que crea la Asamblea. Dentro de las segundas con el carácter de eventual involucra la sociedad las de amortización, las destinadas a pagar el impuesto sobre la renta correspondiente al ejercicio, las destinadas a prestaciones sociales y las que se crean para cubrir riesgos en general".

"Las reservas no son otra cosa que parte de las utilidades obtenidas que se van acumulando en previsión de hechos posibles y que por otra parte concurren a la solidez de la empresa".

"La depreciación de los activos, maquinaria, ferrocarriles, fincas raíces, y herramientas y enseres, afecta, como ya se ha dicho, la utilidad y constituye por sí misma un gasto evidentemente causado, independiente en todo ejercicio de que la utilidad se obtenga o de que por el contrario se liquide una pérdida. Ed. Folliet acertadamente explica que la depreciación no puede involucrarse o asimilársela a una reserva y en su estudio hace capítulo aparte de este importante renglón del balance. Como dijo este Despacho en la Resolución reclamada, la depreciación o lo que denomina la sociedad y la mayoría de las empresas del país "Reserva para amortización o para depreciación", no es otra cosa que la traducción al balance de un verdadero menor valor que tienen al final del ejercicio los elementos del activo de la empresa. De modo, pues, que antes de establecer la utilidad líquida que se obtiene en un

ejercicio debe calcularse la depreciación sufrida por los activos y apartársela, para saber entonces cuál es la verdadera utilidad líquida obtenida. En el caso de liquidarse una pérdida en un ejercicio, ésta debe aumentársela con la depreciación sufrida por los activos; porque como se repite, la depreciación se sucede independientemente del resultado del ejercicio y ella es de forzosa contabilización. La razón que tiene la Superintendencia para tomar la medida a que se refiere la Resolución citada respecto de la concentración de las reservas, es la de que la depreciación no puede considerarse como una reserva porque no proviene de las utilidades sino que es uno de los elementos que van a influir en la determinación de la utilidad. El mismo autor citado antes, refiriéndose a este punto, explica que la reserva es una parte de las utilidades que se deja o aparta en previsión de un hecho futuro que se traduce en pérdida para la sociedad y que por el contrario la depreciación es una cifra por medio de la cual se reconoce en el balance una pérdida sufrida por consecuencia del demérito de los activos. Esto sentado, se concluye que la depreciación o lo que la sociedad denomina Reserva para depreciación, no tiene libre disposición por parte de la sociedad, como que no puede darse a un gasto una denominación distinta o a la cifra que lo representa, una destinación a título de reserva".

"Los impuestos, como los de la renta y sus complementarios, tienen carácter de gasto respecto de cada ejercicio, ya que ellos se deben en 31 de diciembre y son un gravamen del ejercicio económico que termina. Es evidente que en el momento de liquidar la cuenta de Pérdidas y Ganancias se desconoce la liquidación oficial del monto de los impuestos sobre la renta, patrimonio, etc., que corresponden al ejercicio. Pero ello no significa que no pueda calcularse con acierto ese monto, porque la sociedad posee todos los elementos necesarios al efecto y estos son los mismos de que va a disponer la Administración de Hacienda Nacional para la liquidación. Así que, sólo por excepción, la liquidación previa que calcule la sociedad se modificará por decisión de la autoridad. Ahora bien: esta pequeña eventualidad no le quita el carácter de gasto a las sumas que se pagan por razón de los impuestos de que se trata y por ende a la precisa liquidación previa de la sociedad, lo que por otra parte no se opone a que el excedente en los casos de haberse apartado una partida deficiente afecte la cuenta de Pérdidas y Ganancias".

"Las sumas que se destinan o apartan para atender al pago del Impuesto sobre la Renta tampoco participan pues de la naturaleza de reserva que les atribuye la sociedad aun cuando así se las denomine; afecta el resultado de los ejercicios y cualquier diferencia por exceso o por defecto puede cancelarse por las verdaderas Reservas Eventuales, si así lo dispone la Junta cuando ésta tiene facultad de disposición, o como se dijo antes, afectando la cuenta de Pérdidas y Ganancias".

"Como se ve, la concentración de las reservas sí se tradujo en un cambio de destinación que vino a modificar las utilidades liquidadas en los ejercicios anteriores". (Resoluciones, 1941). "(Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista", números 5 y 6. Agosto. 1942).

649.—"La transformación de las reservas en acciones aumenta los compromisos y obligaciones de los accionistas, puesto que acrecienta el capital social mediante una extracción de los beneficios acumulados que constituyen un monto disponible aún para la distribución entre los accionistas bajo la forma de dividendos".

"Las obligaciones y cargos aceptados inicialmente por los accionistas no pueden ser aumentados en el curso de la vida social sino mediante su aceptación. Por otra parte, las reservas provenientes de los beneficios constituyen un activo que es propiedad indivisa de los accionistas y por consiguiente debe contarse con la voluntad de todos para llevar ese nuevo aporte al capital, acto este último en que se viene a traducir la capitalización de las reservas disponibles".

"La capitalización en los términos expuestos es contraria al Art. 500 del Código de Comercio, que dice: "Ningún socio podrá ser obligado a aumentar su aporte o a reponerlo si se perdiere durante la sociedad, salvo el caso de estipulación en contrario". El Art. 2113 del Código Civil confirma en otros términos la misma disposición: "A ningún socio podrá exigírsele que aporte al fondo social un contingente más considerable que aquel a que se haya obligado".

"Todo aporte de capital en forma de suscripción de nuevas acciones debe ser libre, deliberado y personal. La capitalización de las reservas especiales sólo podrá hacerse, a falta de estipulación contractual, por resolución unánime de los socios y mediante el cumplimiento de las demás formalidades a que haya lugar o por la ley o por los estatutos". (Resoluciones. 1942)". (Superintenden-

cia de Sociedades Anónimas. "Revista", números 5 y 6. Agosto. 1942).

650.—"La reserva legal no puede ser capitalizada, porque ello equivale a hacerle desaparecer su naturaleza de reserva y a distribuirla, entregando a los accionistas títulos de capital por una cuota parte de la reserva legal. Los Arts. 25 de la Ley 51 de 1918 y 37 de la Ley 58 de 1931 señalan la forma de crear y conservar esa reserva, que se altera cuando se produce una pérdida de capital y no hay para hacerle frente las reservas especiales, pues con ello se conserva la integridad del capital social". (Resoluciones. 1942)". (Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista", números 5 y 6).

651.—"En cuanto a que la Junta Directiva estimó suficientemente apreciado el demérito de los activos fijos de la sociedad en \$ para el año de 1939 y todavía suficiente esta partida para 1940, la Superintendencia tiene que declarar que no son aceptables tales apreciaciones porque, respecto del demérito sufrido por los activos, los sistemas técnicos para su amortización progresiva riñen con una facultad de apreciación que permanentemente resida en los administradores, de modo que éstos puedan calcularla globalmente en cada ejercicio. No sobra advertir que para fijar la depreciación de la maquinaria o su coeficiente anual, no deben entrar en juego consideraciones provenientes de valorización de los activos por situaciones especiales, ya que la depreciación es ajena al criterio de realización de los activos".

"Sobre las observaciones hechas por la Superintendencia a la denominación "Reserva para amortización de activos lentos", cuando en la cifra que la representa se involucran las depreciaciones correspondientes a todos los activos fijos del balance sin distinción de la naturaleza particular ni separación auxiliar en la contabilidad, cabe añadir que ellas no dicen relación con el significado de la expresión "Activos lentos" y que como ha quedado demostrado tales observaciones son exactas. Como la Junta extrajo la partida de \$ del monto total de las reservas para amortizaciones que antes existían, sin que ésta fuera fraccionada proporcionalmente para las diversas clases de activos, era consecuente la observación de este Despacho".

"Respecto de que la concentración ordenada por la Junta Directiva por haberse traducido en un acrecentamiento de las re-

servas eventuales, no viola ninguna disposición legal, objeta la Superintendencia la aseveración hecha, porque de acuerdo con lo que ha quedado expuesto, la depreciación es un gasto que no tiene el carácter de reserva eventual ni participa por lo mismo de la libre disposición de esta clase de reservas, susceptibles lógicamente de repartirse como dividendos". (Resoluciones. 1941)". (Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista", números 5 y 6. Agosto. 1942).

652.—"Las Asambleas Generales de Accionistas no son soberanas como cuerpo legislativo ni tienen una capacidad dispositiva universal y absoluta. No pueden introducir en los estatutos toda clase de reformas. Los accionistas particularmente y en conjunto tienen derecho pleno a que la Asamblea guarde ciertos límites al reformar los estatutos, a saber: el cumplimiento de las leyes que atañen al orden público y a las buenas costumbres; el acatamiento de los elementos básicos del contrato y el no hacer más gravosas las cargas iniciales aceptadas por los accionistas". (Resoluciones. 1942)". (Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista", números 5 y 6. Agosto. 1942).

653.—"En consecuencia, una Asamblea aún autorizada expresamente para reformar los estatutos, no puede modificar todas y cada una de las cláusulas contractuales, pues hay ciertas bases esenciales que no pueden modificarse, sino con el consentimiento de todas las acciones y otras que por la ley y la naturaleza misma de la sociedad no pueden abolirse ni siquiera por la unanimidad; tal la reserva legal". (Resoluciones. 1942)". (Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista", números 5, 6 y 8. Agosto de 1942).

654.—"La disposición legal (1) concede a los ciudadanos un derecho que puede llegarse a entender como que los faculta para el ejercicio de una acción popular; les hace expedito el camino para llevar a conocimiento del Superintendente los actos que les puedan haber causado perjuicio e impone por otra parte la obligación a la Superintendencia de atender el denuncia cuando se lo haya formulado en los términos y condiciones que señala la ley".

"Pero el artículo contempla dos casos: El del mero denuncia y el de la solicitud de que se aplique determinada sanción. En

(1) En esta resolución se refiere la Superintendencia de Sociedades Anónimas al artículo 21 de la ley 58 de 1931.

el primero, los ciudadanos pueden denunciar al Superintendente las violaciones a la ley o las irregularidades de que tengan conocimiento en las sociedades anónimas; pero por razón de tener conocimiento de las mismas, es lógico que pueden determinarlas clara y detalladamente. En el segundo caso, los ciudadanos pueden solicitar de la Superintendencia la disolución de la sociedad o el retiro de sus acciones de la Bolsa cuando prueben que es el caso de aplicar tales sanciones. De modo que en esta segunda parte se señala un procedimiento del cual puede decirse que carga la prueba al solicitante; éste está obligado a demostrar ante el Superintendente la causal de disolución o de retiro para solicitar que se aplique la sanción; de otro modo la petición es inconducente por falta de prueba. No sobra advertir que la prueba puede ser una actuación previa de la Superintendencia, como quien dice una visita ya practicada".

"En el caso que se estudia se ha hecho uso de la primera parte del artículo en cuanto se presenta un denuncia, pero apoyada en este denuncia viene una solicitud de visita. La facultad de decretar visitas a las sociedades anónimas reside en el Superintendente, cuando éste lo estime necesario, según el Art. 16 de la Ley 58 de 1931; los ciudadanos pueden denunciar hechos que constituyan irregularidades o violaciones a la ley en una sociedad anónima, pero no pueden exigir perentoriamente y a título de ejercicio de un derecho el que se practique una visita a una sociedad con un fin determinado. La disposición del Art. 21 es armónica con la del 16: el ciudadano denuncia los hechos de que tiene conocimiento; la Superintendencia en vista del denuncia y de los demás elementos de que dispone para su información decide y si le parece necesario, ordena practicar una visita. Así que la actuación del ciudadano por razón del Art. 21 termina con la presentación del denuncia".

"En el caso concreto, el denuncia no se acomoda al texto de la ley: la denunciante considera que hay irregularidades en una sociedad anónima; conjetura que el capital efectivo se ha disminuido y justifica su pensamiento manifestando que tal hecho proviene de "ciertas maniobras de sus socios gestores". No pueden los ciudadanos aventurar conceptos de esta naturaleza ni menos apoyar en ellos solicitudes que no les corresponde hacer por derecho. La Superintendencia tiene que declarar que denuncios concebidos en los términos que se contienen en el memorial de la peticionaria, son inconducentes como que no señalan ningún hecho concreto y no los ampara ni el Art. 21 de la Ley 58 de 1931 ni aún el derecho

de petición que consagra el 41 de la Constitución Nacional. Además, la solicitud de que se practique una visita carece de interés para la peticionaria y la necesidad de efectuar esta investigación debe calificarla el Superintendente. En consecuencia, la solicitud es inoperante y los fundamentos de la misma o el denuncia que se presenta es inconducente porque no se atempera a la disposición legal y apenas es la exposición de conjeturas de la denunciante". (Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista". Números 5 y 6. Agosto. 1942).

655.— "No se puede alegar ni sostener que las compañías anónimas, por el hecho de estar domiciliadas en el extranjero, estén exentas de la obligación de tener un Revisor Fiscal y por consiguiente que su balance no deba ni pueda llevar tal firma".

"La Superintendencia considera que la intención que tuvo el nónimas fue creada por la Ley 73 de 1935 que en su artículo 6º dice: "Toda sociedad anónima tendrá necesariamente un Revisor Fiscal con las siguientes funciones..."

"Como puede verse por la transcripción de este artículo, el legislador sometió a todas las empresas anónimas existentes en el país, a tal requisito sin hacer distinción de si una sociedad es nacional o extranjera, y donde el legislador no distingue, no le es permitido al intérprete distinguir. Ordenó, pues, de manera imperativa a las sociedades anónimas, la creación de la revisoría fiscal, con las funciones detalladas en la misma ley".

"La Superintendencia considera que la intención que tuvo el legislador con la creación de tal institución no fue puramente reglamentaria de la organización íntima de las compañías; se quiso garantizar con ella, además de los accionistas, a los acreedores y a los presuntos terceros que contrataran con la sociedad".

"Analizando las funciones de tal empleado, se ve claramente el papel importantísimo que él desempeña en el curso de la vida social de las empresas. Garantiza y da seguridad de la solvencia de la Compañía, tanto a los accionistas como a los acreedores y terceros interesados, de donde se deduce y comprende la gravedad de su cargo y la importancia de la ley que lo creó, pudiendo por este aspecto ser considerada como institución de orden público".

"En orden a estas consideraciones, podrá argüirse que una compañía extranjera queda exenta o excluida de tener tal empleado? Es cierto que todo lo relacionado con las formalidades de constitución de las compañías extranjeras está sometido al régimen le-

gal del Estado en el cual se organizan, puesto que los contratos válidamente celebrados en el exterior se rigen por la ley de su domicilio "locus regit actum", en cuanto no contravengan el orden público, las buenas costumbres y las prescripciones legales, pero no obstante esto, la ley nacional puede imponer a las sociedades extranjeras las condiciones y restricciones que juzgue útiles y convenientes en su funcionamiento, con tanto mayor razón cuanto que estas mismas abarcan las similares nacionales. Lo contrario establecería una desigualdad chocante entre unas y otras, lo que pugnaría con un claro precepto constitucional que ordena la igualdad ante la ley de todas las personas naturales o jurídicas, nacionales y extranjeras. Además, la misma Constitución somete al régimen de las sociedades anónimas a la ley colombiana (Art. 6º. del Acto Legislativo número 1 de 1936). "(Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista". Números 5 y 6. Agosto. 1942).

656.—"En consecuencia, los balances que deben enviar las sociedades anónimas extranjeras que tengan negocios con carácter permanente en el país, serán autorizados por la firma autógrafa del Revisor Fiscal, sea que dicho empleado resida en el mismo domicilio de la sociedad, sea que se nombre uno especialmente para que desempeñe sus funciones en el país".

"Cuando los balances vienen firmados por los revisores fiscales de las Compañías extranjeras que tengan su domicilio social en el exterior, esas firmas deben ser debidamente autenticadas por el respectivo Cónsul Colombiano en aquel lugar".

"Como conclusión se deduce que la falta de Revisor Fiscal en una compañía extranjera, la expone a las sanciones legales que la Superintendencia tiene derecho a imponer, de acuerdo con la ley". (Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista". Números 5 y 6. Agosto. 1942).

657.—"La exención de control de la Superintendencia, establecida a favor de ciertas sociedades anónimas, por los artículos 30 y 45 de la Ley 58 de 1931, no implica una desvinculación total entre este despacho y las sociedades en referencia. Ellas continúan obligadas a presentar a la Superintendencia sus escrituras de reforma social y sus balances anuales o semestrales, con el objeto de mantener a este Despacho enterado sobre la cumplida ejecución, por parte de ellas, de las leyes que regulan su formación y su funcionamiento. Mal podría entenderse en un sentido total la exención de control, ya que de ese modo la Superintendencia carecería de

toda fuente de información sobre la manera como las sociedades anónimas cumplen las leyes sobre la materia, de cuya exacta ejecución está encargado este despacho".

"La exención, pues, no exonera a las sociedades beneficiadas con ella, de cumplir el deber legal de informar a la Superintendencia sobre las reformas sociales y el desarrollo de sus negocios, mediante la presentación de las escrituras y balances respectivos. Las coloca, sí, fuera de la práctica oficiosa de visitas por parte del Superintendente, quien está facultado en tal sentido por el art. 16 de la Ley 58. Se entiende, pues, que en los casos de exención y habida cuenta de las circunstancias legales que la determinan, aquella facultad de supervigilancia se circunscribe a exigir a aquellas sociedades la presentación de los documentos enunciados atrás".

"Como el estudio de dichos documentos implica un servicio de la Superintendencia en relación con las sociedades, estando por otra parte este Despacho facultado para reasumir el control total de ellas, en caso de que incurran en alguna infracción legal, es lógico que las sociedades beneficiadas con la exención también deban contribuir al sostenimiento de este despacho con cuotas remuneratorias del servicio que habitualmente les presta y del que en un mayor grado, podría llegar a prestarles en un momento dado". ("Restricciones a la Exención de Control". —"Tesis constante en varias providencias de la Oficina"—). (Superintendencia de Sociedades Anónimas. "Revista". Números 5 y 6. Agosto. 1942).

658.—"Para el Ministerio de la Economía Nacional el mandato contenido en el artículo 16 antes mencionado, (1) por el cual el Superintendente está capacitado para practicar visitas con el fin de observar si las sociedades anónimas llevan contabilidad conforme a la ley, no indica que este funcionario tenga que limitarse a observar, como simple espectador, los errores en que haya incurrido una compañía al manifestar numéricamente el desarrollo de su objeto social, sino que lo facultan para hacer variar, por medio de otros asientos, las imputaciones equivocadas que en su concepto afecten la contabilidad de la Empresa. Porque, si el Superintendente de Sociedades Anónimas tiene como obligación hacer que las compañías anónimas cumplan las leyes y decretos que se relacionan con ellas, y, si en su criterio, una de las empresas que supervigila no lleva la contabilidad de acuerdo con las normas que re-

(1) De la ley 58 de 1931. N. del A.

glan la materia, sería absurdo suponer que no tuviera instrumentos legales suficientes para poner remedio a una situación anómala. (Res. del Gbno., originaria del, M. de E. N.)". (Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Números 5 y 6. Agosto. 1942).

659.—"..... El Gobierno, de acuerdo con las reglas generales de derecho, y en especial por lo dispuesto en el Decreto 1260 de 1941, tiene facultad de revisar las providencias que dicte la Superintendencia, distintas de las proferidas en virtud del artículo 20 de la Ley 58 de 1931, pero en manera alguna suspender los actos de esta entidad mientras resuelva en definitiva sobre su legalidad. No se trata, de un recurso concedido en el efecto suspensivo, por medio del cual la ejecución de la providencia apelada se suspende hasta el fallo definitivo del superior, sino de una facultad que tiene el Gobierno de revisar, para modificar, reformar o revocar, las actuaciones de sus inferiores jerárquicos en la administración pública". (Ministerio de la Economía Nacional. Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, números 5 y 6. Agosto. 1942).

660.—Hay varios caminos para fundir en una distintas empresas sociales, o fusionarlas como suele decirse, sin necesidad de disolver previamente ninguna de las sociedades fusionistas.

Dos compañías anónimas quieren efectuar la fusión. Si en su ánimo está el que las dos subsistan después de operado el fenómeno o el que no se disuelvan sino después de operado, basta que manteniéndose las dos dentro de la vida social y conservando la plenitud de su personalidad jurídica, celebren un contrato de compañía en cualquiera de sus especies y aporten al fondo social de la nueva persona las dos empresas que han deseado reunir en una sola. Si la nueva especie es anónima, necesitará para la validez del contrato la concurrencia de otras tres personas por lo menos, a fin de que los constituyentes no rebajen de cinco. Efectuados los aportes, cada una de las dos compañías recibe acciones en la nueva, acciones cuyo valor nominal debe equivaler al valor del respectivo aporte. Hablo del valor de cada aporte y no del valor de cada porción de bienes aportados, porque las dos cosas no significan lo mismo. Cuando la compañía aportante tiene pasivo y la nueva compañía se hace cargo de satisfacerlo, el valor del aporte no es el valor bruto de los bienes sino el de la diferencia entre éste y el de las obligaciones que la nueva compañía se obliga a solucionar.

Si las dos compañías fusionistas prefieren disolverse antes de realizar la fusión, bien pueden hacerlo.

También puede disolverse una antes de la fusión y conservar la otra su personalidad.

No es necesario crear una nueva sociedad, si las dos o una de las dos se halla viva. Resulta más económico incorporar una empresa en la otra, o sea, que una sociedad absorba la empresa de la otra. La absorbente puede conservar su antiguo nombre, o cambiarlo por el de aquélla a quien pertenece la empresa absorbida, o adoptar un tercer nombre que satisfaga a ambas.

Si las compañías fusionistas no se disuelven antes de la fusión, han de proceder a ella observando las correspondientes normas estatutarias o modificándolas antes de modo que se haga posible el contrato.

Si hay previa disolución, los liquidadores deben estar provistos de facultades expresas para practicar la fusión. Estas facultades pueden constar o en la escritura de disolución o en acto posterior. Tal autorización requiere unanimidad de votos de las acciones colocadas. No basta la simple mayoría, porque se trata de un acto extraordinario y de los más trascendentales puesto que equivale a un nuevo contrato de sociedad y puesto que lleva al resultado de transformar los bienes en acciones y de hacer la división en especie.

La distribución en dinero o en especie no puede efectuarse sino después de satisfecho el pasivo, sea pagándolo directamente, sea obteniendo que la sociedad absorbente o que la nueva sociedad se haga cargo de las deudas y además que los acreedores expresen su voluntad de aceptar el cambio de deudor y de dar por libre al antiguo. No debe olvidarse que se trataría de la novación contemplada por el artículo 1694 del código civil.

661.—"La Cámara de Comercio de Bogotá, certifica": "Que es y ha sido costumbre mercantil practicada por las compañías la capitalización de "Reservas" con arreglo a las siguientes reglas":

"1º.—Las reservas acumuladas por las compañías en el curso de sus negocios sociales, llámense reservas eventuales o especiales, fondos de investigación, de previsión, de defensa de la industria o de propaganda, fondos de desarrollo o protección de activos, fondos para repartos futuros de dividendos o para la estabilización de los mismos, fondos para prestaciones sociales o para impuestos,

etc., constituyen partidas que, en cuanto no respondan a respaldar un pasivo efectivo o una desvalorización real de los activos, son de libre disposición por parte de la compañía que haya acumulado en perjuicio de utilidades o ganancias que legalmente habrían podido repartirse entre sus accionistas. En consecuencia, tales fondos o reservas son capitalizables, mediante los trámites o formalidades legales o estatutarios respectivos".

"2º.—No sucede lo propio con respecto a la "Reserva Legal", que es intocable, esto es, que no es de libre disposición, en cuanto tal reserva se mantenga por debajo del límite fijado por la ley en relación con el capital social; de dicho límite en adelante, ya no es legalmente obligatorio para las compañías apropiar o destinar partidas para formar o acrecentar la "Reserva Legal" y, por tanto, ellas podrán disponer libremente de cualquier excedente sobre el límite legal, lo que quiere decir que la "Reserva Legal", en cuanto exceda el límite fijado por la ley, podrá ser capitalizable, igualmente mediante los trámites o formalidades legales o estatutarios respectivos. (Octubre 30 de 1944).— ("El Tiempo", Bogotá. Noviembre 3 de 1944. Número 11904).

662.—Dice el artículo 44 de la constitución nacional (20 del Acto Legislativo número 1º. de 1936) que es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones no contrarias a la moral o al orden legal, y que las asociaciones y fundaciones pueden obtener su reconocimiento como personas jurídicas.

Dice la misma carta constitucional, en su artículo 115 (120 de la constitución de 1886), que corresponde al presidente de la república, como suprema autoridad administrativa, ejercer el derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.

Dice el código civil, en su artículo 2079, que sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación, y agrega que la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

La corte suprema de justicia, sala plena, en negocio de casación constitucional fallado el 10 de agosto de 1937 ("Gaceta Ju-

dicial", número 1925), negocio en que fue magistrado actuante el doctor Pedro A. Gómez Naranjo, dice lo siguiente:

"Las personas morales de derecho privado se dividen, según la clasificación que de ellas hacen los más modernos y autorizados expositores, en tres clases":

"a) Sociedades, que son las que se caracterizan por la finalidad de lucro;"

"b) Entidades caracterizadas por la pluralidad de personas que reúnen sus esfuerzos y actividades para una finalidad no lucrativa, sino de orden espiritual o intelectual o deportivo o recreativo; y"

"c) Las entidades que se caracterizan por la destinación de un patrimonio determinado a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro".

"Estima la Corte que el texto del numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 sólo se refiere a estas últimas;". (En la codificación constitucional, el artículo 120 es el 115, y el numeral 21 es el 19).

La ley 93 de 1938 define en su artículo 1º. el derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común, que la carta constitucional confiere al presidente de la república, y añade que para los efectos de tal artículo 1º. se entiende por instituciones de utilidad común todas aquellas entidades que destinan un patrimonio determinado a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro.

El doctor Nestor Pineda, en su "Introducción a la Ciencia del Derecho", página 132 y siguientes, estudia las características de la sociedad, de la corporación y de la fundación.

Dice el doctor Pineda que en la sociedad, el fin que los socios persiguen es de orden meramente privado, de interés particular, y le anota a la sociedad estos tres rasgos distintivos: 1º.—No la hay si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común. 2º.—No basta el aporte sino que es también necesaria la participación de beneficios. 3º.—En estos y en las pérdidas sólo participan los socios.

De la corporación dice el doctor Pineda que es una entidad caracterizada por la pluralidad de personas que reúnen sus esfuerzos y actividades para una finalidad no lucrativa sino de orden espiri-

tual o intelectual, deportivo o recreativo, y copia estas palabras de Del Vecchio:

"La corporación (*universitas personarum*) es una reunión de personas que da lugar a un ente colectivo, cuya personalidad y existencia es distinta de la de los individuos. La corporación, pues, permanece la misma aunque alguna de las personas físicas que la componen cambie o mude. Los hombres que actúan por el ente, obran como instrumentos de éste y no en nombre propio; se da una distinción neta entre el patrimonio, los derechos y los deberes de los individuos y los que son propios del ente. La corporación implica, pues, en primer término, un elemento personal; pero tiene, además, un elemento real constituido por el patrimonio que corresponde al ente".

A lo cual observa el doctor Pineda que en la corporación, como en todas las asociaciones, el elemento personal es preponderante, condición *sine qua non* de su existencia, porque faltando las personas que la forman desaparece la personalidad jurídica.

Dice el doctor Pineda que en concepto de Bonnacase, la **fundación** no tiene como base una agrupación humana, es independiente, de ella y se refiere o a una obra caritativa, intelectual o deportiva, dotada de organización material y con personalidad jurídica que le facilita su funcionamiento.

El mismo Bonnacase, dice el doctor Pineda, cita esta opinión de Barthélemy:

"La fundación es la afectación perpetua de un fondo productivo de renta a la creación y mantenimiento de un servicio determinado. Toda fundación supone una liberalidad con carga. Ahora, según nuestro derecho, las donaciones o legados no pueden hacerse sino a personas físicas o morales existentes. El derecho que así limita la capacidad de los fundadores por la obligación que se les impone de escoger un intermediario ya existente encargado de ejecutar su voluntad, ha parecido insuficiente. El derecho alemán es más liberal. Admite que toda persona puede afectar un fondo a la creación y sostenimiento de una obra, sin necesidad de que este fondo entre previamente en un patrimonio anteriormente existente. La obra así creada recibe la personalidad moral por efecto mismo de la liberalidad que la instituye. Pero esta operación está subordinada a la autorización administrativa. La jurisprudencia y la práctica se han esforzado en Francia por facilitar resultados casi equivalentes a los que autoriza el derecho alemán. Se admite que

un particular pueda crear y haga funcionar con sus propios dineros una obra para la cual solicitará al dotarla el reconocimiento como establecimiento de utilidad pública. Se admite igualmente que se encargue a un legatario de emplear la integridad del legado que se le deja en la constitución de una obra, cuya personalidad moral le será reconocida por decreto. Se admite también la validez de un legado hecho para la fundación de un hospital, el cual será administrado por una sociedad civil que debe crear el albacea o ejecutor testamentario".

Abrimos un paréntesis para recordar que en Colombia puede una asignación testamentaria tener por objeto la fundación de una nueva corporación o establecimiento (art. 1020 del C. C.).

En sentir del doctor Pineda, el concepto de la fundación, expuesto por Bonnacase y por Barthélemy, engloba y comprende en sí los de corporación e instituciones de utilidad común. "Nos parece, sin embargo, (observa el doctor Pineda) que la figura jurídica de la fundación tiene contornos propios que la delimitan y diferencian de las otras. En nuestro sentir, la opinión de Del Vecchio es concluyente al respecto

Y cita a Del Vecchio, para quien "la fundación (*universitas bonorum o rerum*) es un complejo de bienes destinados por acto irrevocable del fundador a un cierto fin, con carácter de perpetuidad o de duración indeterminada

663.—En el número 7 de "Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas", sección editorial, hallamos una pieza titulada "La Superintendencia y su función de ministerio público", de la cual tomamos estos párrafos:

".....".

"Pero si se quiere poner de presente con lo que queda dicho atrás, que si la Superintendencia de Anónimas no cuenta con el concurso del Poder Judicial, que falle sobre las irregularidades que este organismo advierta, su misión de personero del orden público económico, de agente del deber social del Estado, quedaría trunca, sería parcialmente inútil y claramente ineficaz".

"Porque cuando no se trata de delitos —único caso en que podría producirse la acción de la justicia penal por intermedio del Ministerio público— sino de infracciones señaladas civilmente como causas de nulidad o de responsabilidad, la acción correccional de la Superintendencia, circunscrita a multar las empresas o a ne-

garles indispensables facultades, si bien es cierto que es bastante como castigo a cada sociedad infractora, no tiene la virtud de sancionar a los culpables directos de su infracción e indemnizar a sus víctimas, sino que atañe impropiaemente a unos y a otros, ya que los últimos como partícipes de la acción y el capital social, sufren las consecuencias de que la sociedad no funcione o sea multada. Y para precisar quiénes merecen sanción y cuáles indemnización, sólo el Poder Judicial es competente. Sin embargo, su necesario concurso, sólo puede lograrse, dándole a la Superintendencia funciones de Ministerio público, que la autoricen para correr traslado a la Justicia ordinaria de las infracciones de las leyes sobre sociedades anónimas, de los casos de responsabilidad de los administradores, de las causales de nulidad del contrato social y de las demás circunstancias que comprometan el interés social y perturben los derechos del público inversionista".

"....."

"Desde el punto de vista económico, prolongar el mandato legal de la Superintendencia hasta hacerla llegar a correr traslado a la justicia de las infracciones que descubra, es tan justo y razonable como la existencia misma de este organismo. Si se creó con el objeto de evitar fraudes a los accionistas, a los acreedores, e injustos quebrantos a la economía del país, esa misma razón explica por qué su acción debe ensancharse hasta permitir que busque la persecución judicial de aquellos fraudes".

"....."

664.—"En comunicación dirigida a una sociedad, la Superintendencia ha sostenido que sólo puede modificar el contrato social en lo concerniente al cambio de domicilio, mediante el consentimiento unánime de los accionistas, habida cuenta de que sus estatutos no estipularon otra cosa".

"....."

"Es cláusula sustancial de un contrato, aquella en razón de la cual se llevó a cabo y cuya modificación afecta derechos primarios de los contratantes. El domicilio lo es en la sociedad, ya que el accionista lo ha tenido en mira para contratar y porque su cambio puede estorbar el derecho primario de inspección de la contabilidad de la empresa que consagra el artículo 586 del C. de C., así como el derecho elemental de participar en las deliberaciones de la asamblea".

"Es así que el domicilio es una cláusula sustancial del contrato social, luego su reforma debe efectuarse —si no se ha previsto estatutariamente de otro modo— con el asentimiento de todos los accionistas". (Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, número 7. Febrero. 1943).

665.—"Por cuanto la facultad reglamentaria que la Constitución asigna al Presidente de la República con respecto a las leyes, no autoriza a dicho agente del Ejecutivo para complementarlas o reformarlas, sino simplemente para dictar normas tendientes a su cumplida ejecución, este despacho considera que desde el punto de vista constitucional, el Decreto No. 1260 del año antepasado, mediante el cual se establecía un recurso de revisión en cualquier tiempo y para ante el Gobierno, con relación a las decisiones tomadas por la Superintendencia, no se justifica en virtud de que la creación de ese nuevo recurso que la Ley 58 de 1931 no había contemplado, sobrepasa la facultad reglamentaria del Gobierno en relación con la citada ley. Jurídicamente es menos justificable aún tal decreto, porque una de dos: o la facultad de revisión de las providencias de este despacho por parte del Gobierno, se otorgaba como concesión de un recurso jerárquico, o se establecía en forma de juicio de revisión propiamente dicho. Si lo primero, no puede admitirse que un recurso jerárquico pueda ejercitarse en cualquier tiempo, es decir, que esté exento de términos procesales; si lo último, no puede admitirse que un juicio de revisión pueda incoarse ante el Organismo Ejecutivo y no ante lo contencioso administrativo".

"Además de las consideraciones anteriores, la Superintendencia considera que el Decreto 1260 de 1941 no subsiste ahora, a contar de la vigencia de la Ley 167 del mismo año, orgánica del procedimiento contencioso administrativo, porque, de un lado, es incompatible con los recursos que dicha ley establece, y de otro, porque esa ley, "regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería", razón por la cual, dicha disposición queda insubsistente al tenor del artículo 3º. de la Ley 153 de 1887".

"Con respecto al recurso de apelación que el artículo 77 de la Ley 167 de 1941 establece a propósito de las providencias dictadas por toda autoridad administrativa, este despacho entiende que ese recurso tampoco existe con respecto a las providencias que se dicten aquí, porque en la misma Ley 167 hay una disposición de índole especial relativa a la Superintendencia de Anónimas, que es el ordinal 9º. de su artículo 34, según el cual las decisiones que

ella tome, son del conocimiento privativo del Consejo de Estado. Disposición especial que debe prevalecer sobre la general contenida en el Art. 77, según lo previene el mandato del artículo 5º. de la Ley 57 de 1887. Como algunos dicen que esas dos normas no se contradicen y que por tanto pueden coexistir, este despacho replica demostrando su contradicción con un argumento simple: en caso de que las providencias de la Superintendencia fueran susceptibles de apelación ante el respectivo Ministerio, el ordinal 9º. del artículo 34 no podría cumplirse, porque si esas decisiones llegaran al conocimiento del Consejo de Estado, no sería ya como tomadas por la Superintendencia, sino que aquel Tribunal Administrativo vendría a conocer de un acto ministerial recaído en relación con un acto de esta oficina. No vale alegar la prevención de la ley de que antes de ocurrir a lo contencioso administrativo haya que agotar la vía gubernativa (artículo 82), porque la misma norma establece más adelante que aquella vía se entiende agotada entre otros casos, cuando los actos o providencias respectivas no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo 77, lo que significa que si hay actos — como los de la Superintendencia — libres de alguno de esos recursos”.

“Admitiendo que sí existe el recurso del ordinal 9º. del artículo 34 y que debe cumplirse de preferencia los recursos ordinarios, algunos atacan su razón de ser desde el punto de vista jurídico. Pero la Superintendencia lo justifica por dos razones: primero, porque la Ley 58 de 1931 delegó en el superintendente la facultad presidencial de vigilar el cumplimiento de las leyes relativas a sociedades anónimas y mientras esa delegación subsista, los actos que se ejecuten en razón de ella, solamente pueden ser revisables por el Consejo de Estado; segundo, porque si se sometieran las providencias de este despacho al recurso de apelación, ese recurso tendría que concederse de acuerdo con el artículo 79 de la citada Ley 167, en efecto suspensivo, lo cual acarrearía un verdadero trastorno de orden administrativo, tratándose de la materia a que esta oficina se dedica, que por su naturaleza comercial y su carácter de orden público económico, implica un procedimiento rápido, libre hasta donde sea posible de las pausas procesales del derecho civil”.

“Los anteriores puntos de vista, los expone la Superintendencia en carta dirigida al Ministerio de Economía Nacional, como respuesta a una anteriormente suscrita por el Secretario de aquel

despacho, en la cual se conceptúa que las decisiones de la Superintendencia son susceptibles simultáneamente de tres recursos: el de apelación establecido por la Ley 167 de 1941; el contencioso administrativo que la misma ley consagra, y el antiguo recurso de revisión del Decreto 1.260. Con un criterio diferente, la Superintendencia ha expuesto en numerosas providencias, los mismos puntos de vista manifestados en su respuesta al Ministerio”. (“Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas”. Número 7. Febrero. 1943). (1).

666.— “El artículo 29 de la Ley 58 de 1931 que establece la representación de la minoría mediante el sistema electoral del voto incompleto para las elecciones que lleve a cabo la asamblea general de accionistas y las que hagan los consejos de administración en las sociedades anónimas, es norma de esencial cumplimiento en esta clase de compañías y no puede desatenderse ni siquiera mediante disposiciones estatutarias diferentes”.

“Por tanto, los estatutos de una compañía anónima no pueden autorizar la elección de su junta directiva en forma fraccionada, ni siquiera con el pretexto de que uno de los miembros de ella deba tener el cargo de gerente u otro cualquiera de la administración social. En este último caso se debe elegir en un solo acto la directiva entera, esto es, todas las personas que han de tener voz y voto en ella, para que una vez constituida, dicha junta designe por sí misma al gerente o a los demás miembros de la administración que sean simultáneamente de la directiva de la empresa. Porque si se procede de otro modo, eligiendo en una votación a unos miembros de la directiva y en otra votación a otro u otros, se corre el riesgo de que en cada elección se vote por un número de miembros de la directiva que por ser inferior a tres, no esté sujeto a la aplicación del sistema electoral del voto incompleto y de consiguiente se omita en tal forma dar la debida representación a la minoría. Lo anterior ocurriría por ejemplo, si los directores de una empresa, incluyendo el gerente, fueran tres y para designarlos se valiera la asamblea de dos elecciones correspondientes respectivamente a los dos primeros directores y al gerente. En ninguna de estas elecciones podría participar la minoría”.

(1) Las cartas cruzadas sobre este asunto entre el ministerio de la economía nacional y la superintendencia de sociedades anónimas están publicadas en el número 7 de la revista órgano de la superintendencia.

"Es por virtud de la defensa de las minorías que la ley consagra y que no puede relegarse a ningún título, como la Superintendencia establece que cuando se trate de revocar el mandato de una junta directiva, no puede hacerse por partes sino íntegramente". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 7 Febrero. 1943). (1).

667.—"El mayor valor que determinados bienes de una sociedad anónima pueden adquirir por estabilización de un mejor precio o por circunstancias ajenas a las mejoras que el explotador les introduzca constituye una utilidad que se liquida en el momento en que se la realiza, pero no es dado a la sociedad considerar obtenida la utilidad por el mero hecho de llevar a los libros el cálculo del mayor valor, como tampoco podría distribuirse ese mayor valor como dividendo sin contravenir los artículos 558 del C. C. y 36 de la Ley 58 de 1931".

"Ahora bien, el beneficio que el mayor valor de los bienes reporta aprovecha a la sociedad como persona jurídica distinta de los socios, capaz de tener un patrimonio propio y en cuya cabeza se radica la propiedad de todos los bienes sociales, mejorados o no en su precio o en su valor. De consiguiente para llevar el mayor valor y representarlo en acciones, se requeriría primero que la sociedad lo entregase a los accionistas a título de dividendo y que éstos a su vez se lo devolvieran a aquélla como un nuevo aporte para liberar acciones; o bien, que la sociedad dueña del mayor valor liberara las acciones con éste y las entregara así a sus accionistas, ya libres de la carga del aporte. Habida cuenta de que el artículo 31 de la Ley 58 de 1931 prohíbe a la sociedad la liberación de sus propias acciones, es preciso concluir que la capitalización de fondos comunes supone necesariamente la distribución de los mismos entre los accionistas y la entrega que éstos le hacen de nuevo a la sociedad de la cuota parte que recibieron".

"Es consecuencia del punto anterior que no puede capitalizarse fondo social que no sea distribuíble entre los accionistas a título

(1) Una vez por todas se hace constar que cuando en esta obra se incorporan doctrinas de la Superintendencia de sociedades anónimas, unas veces se insertan literalmente párrafos tomados de las correspondientes resoluciones y otras veces se reproducen en todo o en parte las síntesis de las doctrinas, síntesis que se copian de la revista de la Superintendencia. N. del A.

lo de dividendo; tal es el caso de la reserva legal". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 7. Febrero. 1943).

668.—"El permiso de funcionamiento que la Superintendencia concede a las sociedades anónimas en virtud de los artículos 9º. y 10º. de la Ley 58 de 1931, no es acto determinante de la situación jurídica mediante la cual una sociedad puede ejercer su objeto. Esa situación la ha determinado de antemano, el cumplimiento que dicha compañía ha dado a las leyes en su constitución y marcha. El permiso no hace sino declarar aquel hecho. La Superintendencia no hace sino medir con un patrón legal preestablecido, la situación que la compañía le presenta, como fundamento de la petición del permiso. En resumen, este despacho no hace cosa distinta de aplicar una ley de carácter general e impersonal".

"Por ser tal la naturaleza del permiso su carácter difiere totalmente del que tiene un acto condición creador de una situación individual y concreta, que una vez determinada, no admite suspensión ni reforma. Por ende, en el caso diferente de los actos de aplicación legal, en cuya categoría se encuentra el permiso de que se ha hablado antes, es lógico pensar que si puede haber rectificación o suspensión de su efectos futuros. Cuándo? Cuando se advierta que las condiciones legales en razón de las cuales se autorizó a una compañía para funcionar, no subsisten, o se compruebe que se hizo cuenta de ellas equivocadamente, cuando en realidad no existían al ser dado el permiso. Por qué? Porque el permiso depende de esas condiciones y faltando las unas, el otro debe suspenderse. "Es el único medio —dice Jéze— para rectificar, cuando el agente administrativo comprende que se ha equivocado, o cuando las circunstancias han cambiado de tal suerte que la medida que se estimó oportuna ha llegado a ser detestable".

"Además, cómo sería posible el encargo dado a la Superintendencia de hacer cumplir las leyes sobre sociedades anónimas, si estuviera sometida a no rectificar su concepto sobre el cumplimiento o incumplimiento de esas leyes por una sociedad determinada? Si aquel encargo es de orden público económico, no lleva implícito el poder de la Superintendencia para investigar y reinvestigar el cumplimiento de las leyes que rigen con respecto a las sociedades anónimas? Y si ello es así, no resulta claro su poder para impedir a las citadas compañías su ejercicio social cuando las leyes en cues-

ción no hayan sido cumplidas?" ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 7. Febrero. 1943).

669.—"La vida de una sociedad anónima concluye con la expiración del plazo social. Ese plazo puede ser prorrogado por la compañía pero si la prórroga no se decreta antes de la conclusión del término primitivo, no puede considerarse válida, ya que en tal caso habría sido convenida por una persona jurídica disuelta por ministerio de la ley".

"Pero no solamente es necesario que la convención sobre prórroga del plazo social ocurra antes de su vencimiento, sino que haya sido acompañada dentro del mismo término, de los requisitos y solemnidades legales a que aquel acto está sujeto".

"Lo anterior por una razón simple: porque si el acto de la prolongación del plazo social, como el de la disolución de la compañía y sus reformas está sometido al requisito de la escritura pública (artículo 465 C. de C.) y a los demás prescritos en el artículo 480 del mismo Código, en virtud de que la ley quiere tener enterados de este modo a los terceros del campo y término de acción de la sociedad, es lógico concluir que la decisión sobre prórroga social no se entiende perfecta y válida, sino acompañada oportunamente de aquellos requisitos legales. Es el artículo 1.740 del C. C. el que fundamenta este concepto, ya que declara nulo "todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y calidad o estado de las partes".

"De modo que si la prórroga está sujeta a los requisitos antedichos y debe resolverse antes del vencimiento del plazo social, no puede haber prórroga sin la práctica de tales requisitos, cumplida dentro del primitivo término de la sociedad". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 7. Febrero. 1943).

670.—"Aun cuando la sociedad es persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, no puede negarse que es además un contrato celebrado entre todos los socios. De tal manera que no puede afirmarse que quien constituye una sociedad con otras personas naturales o jurídicas, no contrata con éstas, sino con un ente aparte completamente independiente de quienes lo integran. La noción de contrato social no desaparece en aras del concepto de persona jurídica autónomo que la sociedad implica".

"Consecuencia de lo anterior es que si el artículo 3º. de la Ley 28 de 1932 prohíbe los contratos entre cónyuges, que versen sobre inmuebles, excepción hecha de los relativos a mandato general o especial, necesariamente prohíbe la celebración de sociedades entre esposos con aporte de inmuebles".

"Además, si como es manifiesto, el objeto de tal norma legal es evitar que se haga fraude a terceros o que uno de los cónyuges se apropie indebidamente de los inmuebles del otro, sería inadmisibles que dicho artículo pudiera burlarse mediante el contrato de sociedad, donde a cambio de los inmuebles aportados se entregan acciones, que por ser valores mobiliarios si podrían traspasarse entre esposos, con lo cual podrían cumplirse sin dificultades los actos que la ley trata de impedir". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 7. Febrero. 1943).

671.—"La Superintendencia reafirma en el concepto que se transcribe (1) en seguida, su criterio de que las sumas destinadas a amortización del demérito de activos son gasto que obligatoriamente deben hacer las compañías y que debe deducirse por tanto de las utilidades, previamente al reparto de dividendos".

"De no obrarse en tal forma, este Despacho estima que se repartirían dividendos ficticios, lo que aparejaría infracción legal".

"Así mismo implicaría infracción legal, no repartir todos los dividendos a que tienen derecho los accionistas, si se creare una reserva oculta, apartando para gastos de depreciación una suma que sobrepase el límite estatutariamente fijado. Hay que cumplir pues con el sistema de amortización fijado previamente so pena de correr el riesgo de sobrepasarlo en detrimento de los dividendos a que tiene derecho el accionista".

"Además de lo anterior, la Superintendencia establece en este concepto la inconveniencia de fijar un límite en los estatutos, a las partidas para depreciación de activos que periódicamente fijan las compañías, con base en que la depreciación así establecida se presupuesta en un cálculo de tiempo de trabajo de las máquinas o de otros factores referentes a los demás activos, que como el antedicho, pueden alterarse en el ejercicio social. La Superintendencia considera que la conducta que debe seguirse en estos casos, es la de estipular "que la depreciación se calculará siguiendo

(1) Está transmitido en los números 8 y 9 de "Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas".

el sistema aceptado por la ley fiscal, sin que los administradores puedan excederse en la estimación del monto autorizado como deducción a la renta bruta. Todo exceso sobre este particular debe ser adoptado cuando la necesidad o la conveniencia de la empresa lo exijan, mediante la formación de una reserva de destinación específica y en uso de la autorización del inciso 3º. del Art. 36 de la Ley 58 de 1931". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Números 8 y 9. Agosto. 1943).

672.—“El pago de dividendos suma dos actos que no por el hecho de ejecutarse sucesivamente, pueden desconocerse en su individualidad: la repartición de un dividendo en efectivo y la entrega por parte del accionista a la Sociedad del valor recibido para liberar acciones que suscriban”.

“Vista la descomposición del acto y analizada su naturaleza se concluye fácilmente que estas colocaciones de acciones están regidas por disposición del Artículo 17 de la Ley 58 de 1931 y requieren permiso de la Superintendencia, so pena de nulidad”. (“Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas”. Números 8 y 9. Agosto. 1943).

673.—“El debido acatamiento de la disposición legal transcrita, obliga a la Compañía a solicitar el permiso de colocar las acciones que corresponden a los dividendos decretados. En efecto, el pago de dividendos en acciones auna dos actos que no por el hecho de ejecutarse sucesivamente pueden desconocerse en su individualidad: la repartición de un dividendo en efectivo y la entrega por parte del accionista a la sociedad del valor recibido para liberar acciones que suscriben. Se diferencia de la colocación de venta al público en cuanto que la licitación se circunscribe a un determinado grupo de personas que tienen una situación común, la de ser accionistas de la Empresa. Pero vista la descomposición del acto y analizada así su naturaleza se concluye fácilmente que estas colocaciones de acciones están regidas por la disposición del Artículo 17 de la Ley 58 de 1931 y requieren el permiso de la Superintendencia, so pena de nulidad”. (“Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas”. Números 8 y 9. Agosto. 1943).

674.—“En relación con el régimen de administración fiduciaria establecido sobre bienes de ciudadanos pertenecientes a algunas nacionalidades extranjeras, por varios Decretos extraordinarios dictados por el Gobierno Nacional, entre otros los correspondientes

a los números 59, 147, 1413 y 1486 del año pasado, una sociedad ha consultado a la Superintendencia lo siguiente”:

“Si las acciones pertenecientes a un accionista extranjero, de los comprendidos en los Decretos mencionados pueden ser enajenados por el Administrador Fiduciario —en este caso el fondo de estabilización— y si como consecuencia de ello la sociedad a que dichas acciones pertenecen puede registrar el traspaso correspondiente sin riesgo de incurrir en ninguna responsabilidad”.

“La Superintendencia ha respondido que sólo en el caso del Artículo 3º. de la Resolución número 1286 del año pasado proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, es posible al fondo de estabilización enajenar a favor de ciudadanos colombianos acciones pertenecientes a extranjeros cuyos bienes estén en fideicomiso. El caso de dicha providencia se refiere a nuevas acciones “asignadas al respectivo interesado por la Asamblea General de Accionistas, por cualquier concepto” lo que tiene lugar especialmente cuando la Asamblea decreta dividendos representados en acciones”.

“En los demás casos los Decretos respectivos no autorizan al Administrador Fiduciario para enajenar acciones de propiedad del fideicomisario, como la demuestra este Despacho en el estudio relacionado con las facultades conferidas por el Gobierno a los administradores en cuestión. Por tanto, tratándose de traspaso de acciones correspondientes a casos diferentes del que se menciona anteriormente, las compañías no deben registrarlos en los respectivos libros, ya que para tales efectos ellas se asimilan a registradores de instrumentos públicos y privados, funcionarios estos últimos a quienes está prohibido por el Artículo 13 del Decreto número 59 del año pasado el registro de toda operación hecha con violación de las normas que sobre enajenación de bienes de extranjeros trae dicho Decreto”.

“La Superintendencia ha conceptuado que las Compañías que obren infringiendo la citada prohibición quedan bajo la prevención a que se refieren los Artículos 13 y 14 del Decreto 59 del año pasado”. (“Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas”. Números 8 y 9. Agosto. 1943).

675.—“a).—Una sociedad anónima constituida por menos de cinco socios está viciada de nulidad absoluta”;

“b).—La nulidad así originada no es saneable por la ratificación a que se refiere la Ley 50 de 1936; y”

"c).—Los actos de un agente oficioso al constituirse una sociedad anónima no cumplen con los requisitos exigidos por el Artículo 43 de la Ley 58 de 1931 en relación con el Artículo 2070 del Código Civil, en lo que éste último se refiere al ánimo de asociarse". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Números 8 y 9. Agosto. 1943).

676.—"Ni la Ley 28 de 1931 ni la Ley 38 de 1932 ni el Decreto 111 de 1936 autorizan a una Cámara de Comercio a sancionar con negarse a registrar un extracto notarial referente a una Compañía, en caso de que ésta sea deudora de la Cámara por algunos derechos causados anteriormente".

"El Artículo 18 del Decreto últimamente citado autoriza a las Cámaras para imponer multas cuando los comerciantes no cumplan la obligación del registro en determinado tiempo y así mismo faculta al Ministerio de la Economía para sancionar a las Cámaras negligentes en exigir al Comercio el cumplimiento de tal deber legal. Pero como se ve la citada norma no sanciona el hecho de que una Cámara no se pueda hacer pagar el registro, sino el hecho de que no ponga de presente con la debida diligencia, a los comerciantes, la obligación de ese registro. Y por otra parte entre los instrumentos legales que pone a la mano de las Cámaras para que exijan a los comerciantes el cumplimiento de sus deberes para con ella, no se encuentra la facultad de negarles el servicio del registro de un extracto notarial".

"Como de un lado en materia de aplicación de sanciones las autoridades o las entidades autorizadas para ello, sólo pueden proceder en riguroso acuerdo con los términos de la ley y de otro, el hecho de exceder esos términos, tratándose de una Cámara de Comercio, implica perjuicios a terceros, y posible responsabilidad de la Cámara, ninguna entidad de esta índole puede entenderse facultada para proceder en la forma de que se hace mención anteriormente". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Números 8 y 9. Agosto. 1943).

677.—"La omisión de una cláusula de las que la ley manda incluir en el extracto, hace nula a la sociedad entre los socios, por cuanto estando las solemnidades formadas por un conjunto de elementos, cuales son la redacción del extracto y su entrega en un plazo determinado, una irregularidad en aquélla o la entrega tardía, repercuten necesariamente en los actos de registro y publicación del extracto. Porque se estima que en esta materia no hay términos me-

dios: o las solemnidades se cumplen cabalmente, y entonces la sociedad nace a la vida jurídica, empieza a producir efectos con respecto a terceros. O no se cumplen. Tal sucede cuando se trata de la inobservancia total, parcial o defectuosa de las solemnidades. Para cualquiera de estos eventos, el artículo 472 tiene cumplida aplicación. Las solemnidades, vocablo que este artículo emplea, y con lo cual parece entrelazar las disposiciones de los artículos 479 y 470, en lo que se refiere al registro y publicación del extracto, en una forma tal que se realiza, como se ha dicho, una conexión estrecha e indivisible entre esos dos artículos, son la observancia de todos aquellos requisitos que la ley estatuye, y cuya culminación, en este caso, es el registro y la publicación del extracto social. Por ello, el incumplimiento de la disposición legal, ya sea por error, descuido o negligencia de parte de los socios fundadores, equivale a hacer defectuoso el registro y la publicación de ese extracto; lo cual equivale, en nuestro sentir a estimar como incumplida la solemnidad misma. La entrega tardía del extracto, como su confección irregular, tienen por sólo efecto la nulidad de la sociedad. Los jueces, sin embargo, podrían decidir que una irregularidad de mínima importancia, que no tienda a menoscabar en forma alguna los verdaderos efectos del contrato, ni los intereses de los terceros que en una u otra forma hayan de tener relaciones con la sociedad, no tenga como consecuencia la nulidad. Pero la tesis general, es la que se deja expuesta".

"La nulidad resultante del cumplimiento parcial o de la ausencia de las solemnidades, y como quiera que éstas fueron instituidas en favor de terceros, es una nulidad de orden público. Por ello se explica bien el texto del artículo 473 del mismo código, según el cual, "el cumplimiento tardío de las solemnidades prescritas, la ratificación expresa y la ejecución voluntaria del contrato, no lo purgan del vicio de nulidad". A tal respecto, el citado profesor Palma dice que "si pudiera purgarse esta nulidad, cumpliendo más tarde con las formalidades exigidas por la ley, equivaldría a no establecer plazo para el cumplimiento de estas formalidades; y salta a la vista la manifiesta inconveniencia de esta situación".

"Debe advertirse, para terminar, que el anterior concepto, que, por lo demás, está basado en el texto de las disposiciones que rigen la constitución de las sociedades anónimas, es hasta ahora la opinión que la Superintendencia estima como más valedera y coherente con el espíritu de nuestra legislación. No se trata, pues, de

una doctrina irrevocablemente sentada, sino de un criterio que este Despacho estima como el más aconsejado para definir un asunto por muchos aspectos discutible". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Números 8 y 9. Agosto. 1943).

678.—"Es, por tanto, sociedad anónima de familia aquella constituida por mayoría de miembros de una misma familia cuando se asocian con el fin de explotar y precautelar el patrimonio común".

"Sobre la interpretación de los términos y espíritu de la disposición transcrita, sintetizada en la definición que acaba de darse, ha fundado la Superintendencia la doctrina que ha venido sirviéndole de norma cuantas veces se ha presentado la ocasión de aplicar las disposiciones legales ante diversas solicitudes encaminadas a obtener para ciertas compañías una clasificación que ellas han considerado útil a sus intereses".

"No es infrecuente el caso de sociedades anónimas constituidas en su mayoría por miembros de una misma familia, cada uno de los cuales aporta a la formación del fondo común que va a crearse algo de su propiedad individual, ni es rara la ocurrencia de compañías en que los aportes de la totalidad del capital sean entre sí hermanos, o padres e hijos, que juntan capitales diversos para explotarlos en compañía. Atendiendo al sentido corriente de los vocablos, existirían en estos casos sociedades de familia, con mayor razón cuando en algunas el vínculo de unión de las personas hace resaltar los grados más cercanos del parentesco entre los constituyentes; pero técnicamente, es decir, conforme a los términos de la ley, si falta la condición de propósito o fin de la asociación, esas sociedades de naturaleza familiar en apariencia, no tienen carácter de sociedad anónima familiar".

"No basta el vínculo de parentesco, por íntimo que sea, para colocar a esta clase de sociedades anónimas en la categoría privilegiada que ha querido darles la ley. Como se ha visto, ésta exige una condición más: el propósito o fin que se persigue con la asociación; fija de una vez, como si se dijera, el objeto social, y el objeto social es "la empresa o negocio que la sociedad se propone" (C. de C. Art. 552) el cual debe ser, forzosamente, la explotación y precautelación del patrimonio común".

"Si tal es el fin que da origen a las sociedades de la categoría jurídica de la que se trata, se impone esta conclusión: el patrimonio familiar común debe ser anterior a la formación de la sociedad".

".....".

"Para llegar a tal reconocimiento tiene que servirse la Superintendencia de varias clases de pruebas: las que demuestren que las acciones de la sociedad no son negociables con terceros; las que contribuyan a establecer la clase de vínculo familiar que liga entre sí a la mayoría de los constituyentes, y las que atestigüen que la compañía se ha constituido con el fin de explotar y precautelar el patrimonio común. Esta serie de pruebas son de naturaleza tal que necesariamente tienen que deducirse de la forma misma del contrato de asociación, es decir, de las estipulaciones acordadas como razón fundamental y consecuencia de esta".

"La sociedad anónima de familia representa una modalidad de las anónimas, es una sociedad que pudiera llamarse patrimonial desde luego que ha de proponerse la conservación y manejo de un patrimonio doméstico; pero no es una especie distinta de las sociedades reconocidas por nuestras leyes; por esta razón y por la condición inherente de nacimiento, no puede ser resultado de la transformación de otra sociedad anónima de tipo corriente".

"Contesta la consideración anterior a consultas que suelen hacerse a la Superintendencia acerca de qué diligencias necesita llevar a cabo una sociedad anónima de tipo corriente, pero formada en su totalidad por accionistas miembros de una misma familia, para darle a tal sociedad el tipo familiar. La transformación deseada no es posible porque la familiar deriva su carácter del origen común del fondo social, que impone, para precautelarlo, la creación de un vínculo nuevo —el contrato de sociedad— que hace desaparecer el vínculo no contractual de una comunidad anterior, tomada la expresión **comunidad** en el significado legal de propiedad sobre una cosa universal o singular entre varias personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa (Artículo 2632 del C. C.). Y si es la preexistencia de una comunidad condición de la naturaleza de la sociedad de familia, no es posible darle a posteriori un carácter que solo le comunica su nacimiento. La independencia de origen de los aportes en una sociedad, a pesar de los nexos de consanguíneos o afines entre sus constituyentes, se opone al concepto de "patrimonio común" que empleó la ley cuando estableció el tipo que llamó sociedad anónima de familia".

"La situación que acaba de contemplarse no puede reputarse como medio de transformación de una sociedad en otra; se ha

llegado si a una sustitución porque si las sociedades pueden cambiar de forma y pasar, por ejemplo de anónimas en limitadas, o viceversa, no es concebible que asuman a voluntad durante su vida una condición dependiente de su origen. Las formas las dá la Ley; la naturaleza no la dá la Ley sino que la reconoce como ya existente". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Números 8 y 9. Agosto 1943).

679.—"Es requisito fundamental para que proceda la declaración de sociedad anónima de familia el que tenga por fin explotar y precautelar un patrimonio común. Ello hace, pues, referencia al acto de constitución en el que necesariamente debe constar el origen del patrimonio que los socios aportan y el fin que se proponen, entendiendo que dicho patrimonio debe existir previamente a la constitución de la sociedad anónima, ya que, entre otras razones, la idea de explotar y precautelar tal patrimonio hace alusión a hechos anteriores y a situaciones preexistentes al acto mismo, en virtud de los cuales la sociedad se forma". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 11. Octubre 1944).

680.—"El régimen legal de las sociedades extranjeras que tienen negocios dentro del país es distinto según que tales actividades constituyan empresas de carácter permanente o nó".

"La oportunidad para cumplir los requisitos de incorporación fue modificada por el artículo 22 de la Ley 58 de 1931, respecto de las sociedades anónimas".

"Para la aplicación de los Decretos con fuerza de ley números 2 y 37 de 1906 debe consultarse la realidad objetiva en que la sociedad se haya colocado respecto de los negocios que efectúe, antes que el ánimo con que tenga esos negocios".

"La norma del artículo 272 del C. J. permite a una sociedad que no tiene empresas de carácter permanente comparecer válidamente en juicio, pero para las que las hayan establecido no bastan los requisitos de la citada disposición sino los señalados por los Decretos-Leyes antes citados, que determinan la capacidad legal de la empresa". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 11. Octubre. 1944).

681.—"Cuando el fundamento para demostrar que una persona tiene la condición de interpuesta de otra, para los fines del Artículo 28 de la Ley 58 de 1931, es el de que entre una y otra de tales personas se ha celebrado un contrato simulado, la Superinten-

dencia no puede declarar dicha interposición sin que antes la autoridad judicial competente se haya pronunciado sobre la simulación". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 11. Octubre. 1944).

682.—"No hay prohibición legal que impida a una persona formar parte de dos o más Juntas Directivas de sociedades anónimas que tengan por objeto fines idénticos". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 11. Octubre. 1944).

683.—"Fijados de esta manera los elementos para la aplicación del Artículo (1) se llega a la necesidad de verificar las siguientes comprobaciones, para establecer si una persona que ha negociado con acciones de la sociedad, ha incurrido en violación de la ley".

"a).—Que la persona ha sido designada o elegida gerente o miembro de la administración de la sociedad, previamente a la fecha o época de las negociaciones";

b).—Que para esta época desempeñaba el cargo conferido";

c).—Que para efectuar la negociación no obtuvo previamente el permiso de la Junta Directiva o que si lo obtuvo, la negociación efectuada no obedecía a circunstancias especiales ajenas a motivos de especulación". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 11. Octubre. 1944).

684.—En el tomo V, número 541, preguntamos cuál es el alcance del artículo 6º. de la enmienda constitucional de 1936, en lo relativo a sociedades extranjeras, distinguido en la compilación oficial con el número 2.

Reprodujimos entonces conceptos de los doctores Pedro Juan Navarro, Tulio Enrique Tascón, José Joaquín Caicedo Castilla, Jose Gnecco Mozo, Alfredo Cock A., Cayetano Betancur y Antonio Rocha, e hicimos notar que la corte suprema de justicia, en sentencias dictadas con posterioridad a la enmienda constitucional de 1936, ha reconocido que existen sociedades extranjeras.

En el mismo tomo V, número 602, incorporamos la opinión del doctor Hernando Carrizosa Pardo.

Ahora vamos a insertar sobre la misma materia unos párrafos del concepto dado por el procurador general de la nación, doctor Rafael Escallón, en escrito de septiembre de 1943 ("Revista de

la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 10. Febrero. 1944).

Dice el doctor Escallón:

"De manera que hoy, la tesis más aceptable es la consistente en sostener que las compañías, de cualquier clase que sean, establecidas en el territorio nacional, deben estar sometidas en todo y por todo a las leyes locales, desechando el problema de su nacionalidad extranjera y considerándolas, en cambio, nacionales, vinculadas permanentemente al respectivo Estado".

"Y este punto de vista viene a tener su plena confirmación, en el principio, también aceptado hoy, de que la nacionalidad es una cuestión de tal naturaleza y con repercusiones tan evidentes en los intereses del Estado, que ha dejado de ser una institución de orden privado para convertirse en una institución de orden público, habiendo dejado de tener una base contractual para convertirse en una creación unilateral del Estado".

"Con lo que hasta aquí va dicho, hay base suficiente para apreciar cuál es el alcance del art. 12 de la Constitución. En él se dispuso, como reacción precisamente contra las antiguas doctrinas de la nacionalidad de las sociedades, que la **capacidad**, es decir, la ley aplicable a las sociedades para poder actuar en la vida jurídica; el **reconocimiento**, o sea, el acto jurídico por el cual la ley reconoce que se realizan las condiciones de sus existencia, y el **régimen de las sociedades**, se determina por la ley colombiana, lo cual significa justamente que en Colombia no es posible distinguir entre sociedades colombianas y sociedades extranjeras, para aplicarles a éstas una ley y a aquéllas otra. Toda persona jurídica, reconocida como legalmente existente dentro del territorio nacional, es colombiana sometida en todos sus aspectos a la legislación colombiana".

"Del principio sentado atrás, de que la sociedad tiene una personería jurídica absolutamente distinta de los socios individualmente considerados, se deduce otro no menos importante: el activo social, el patrimonio social, es de la exclusiva propiedad de la sociedad y no podría considerarse siquiera, como una especie de propiedad indivisa entre los socios, hasta el punto de que los socios no pueden disponer, como tales individualmente hablando, de ninguna parte de tal patrimonio, ni los acreedores de éstos podrían perseguirlo. Los bienes y derechos de la sociedad son de ella, y exclusivamente de ella".

"Y si se relaciona lo establecido por el artículo 12 de la Constitución Nacional con el principio que se acaba de exponer, surge la conclusión, absolutamente lógica, de que, hoy por hoy, en Colombia no puede hablarse de que haya sociedades extranjeras cuyos bienes y derechos puedan someterse a régimen alguno especial, lo cual si puede hacerse respecto de los bienes y derechos de los extranjeros, personas naturales".

685.—Qué requisitos deben llenar las sociedades anónimas extranjeras para funcionar en Colombia?

Dice la superintendencia de sociedades anónimas:

"Los requisitos de que se ha hablado son los siguientes":

"a).—Protocolización en la Notaría de la circunscripción donde esté el asiento principal de sus negocios, del documento de su fundación y de los estatutos, así como de la prueba de la autorización del estado donde la sociedad tenga su domicilio, en el caso de que la legislación respectiva exigiere para el funcionamiento social aquella autorización; (D. L. No. 2 de 1906, art. 1º.)".

"b).—Constitución de un apoderado con facultad de mandatario y personería de Gerente, para representarla en los negocios en el país, así como "ante los tribunales nacionales y las autoridades administrativas y de policía en los asuntos y demandas que contra ellas se promuevan"; (D. L. No. 2 de 1906, art. 2º. y D. L. No. 37 del mismo año, art. 1º.)".

"c).—Protocolización del documento donde conste el citado poder, la cual debe hacerse del mismo modo que la de los documentos anteriores; (D. L. No. 2, art. 2º. Parágrafo)".

"d).—Registro y publicación del extracto de los documentos anteriores, de conformidad con los arts. 4º. del D. L. No. 2 y 4º. del D. No. 37 de 1906)";

"e).—Declaración del Organó Ejecutivo sobre cumplimiento de los anteriores requisitos; (D. L. No. 2, art. 5º.)".

"f).—Permiso de su funcionamiento por parte de la Superintendencia del ramo, oficina en la cual ha sido delegada la facultad de hacer, en el mismo acto del permiso, la declaración de que trata el numeral anterior; (L. 58 de 1931, art. 22 y D. No. 65 de 1941)". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Número 10. Febrero. 1944).

686.—El artículo 272 del código judicial derogó los decre-

tos legislativos de 1906 en cuanto a los requisitos para funcionar en Colombia las sociedades anónimas extranjeras?

Dice la superintendencia de sociedades anónimas:

"Hay quienes sostienen que el Art. 272 del C. J. deroga los Decretos-Leyes números 2 y 37 de 1906, por cuanto a diferencia de éstos, se refiere a toda clase de compañías extranjeras y no únicamente a las que tienen negocios permanentes, y porque los requisitos allí consagrados no son los mismos de los Decretos-Leyes de 1906. Quienes sostienen este punto de vista concluyen diciendo que como la norma del Código de Procedimiento Civil se refiere a todas las compañías extranjeras, sea cual fuere el modo o el tiempo de su actuación en el país, las que tengan actividades permanentes deben entenderse incluidas dentro de aquella norma y sujetas por tanto a su mandato, con exclusión de las reglas legales anteriores sobre el particular".

"Este concepto es equivocado por cuanto para que una Ley derogue tácitamente a otra, se requiere que lo previsto en ella sea inconciliable con la disposición anterior (art. 71 C. C.). Y este no es el caso de las disposiciones que se confrontan, por cuanto las solemnidades prescritas en los decretos legislativos de 1906 han sido exigidas a las compañías extranjeras con negocios permanentes en Colombia, como asunto esencial para la validez de los actos y contratos que celebren dentro del país, los cuales se reputan nulos sin el cumplimiento de esas solemnidades, de acuerdo con el Art. 6º. del primero de tales Decretos, mientras que el procedimiento previsto en el Art. 272 del C. J. sólo contempla el caso de que las compañías extranjeras tengan que comparecer en juicio en Colombia, para lo cual deben constituir apoderado y acreditarlo mediante la protocolización de la prueba de la existencia de la sociedad y del mandato, so pena de ser consideradas y tratadas como ausentes para los efectos de la litis. Se trata, pues, de una representación exclusivamente judicial, según lo expresa la misma comisión redactora del Código en la parte pertinente de su exposición de motivos. Y mal podría entenderse que esta disposición reglamentaria de una situación especial que eventualmente pueden afrontar las compañías extranjeras en el país, reemplace a las reglas legales normativas de su actuación general en el territorio nacional. Lo que ocurre es que las compañías extranjeras deben cumplir estas últimas normas previamente al establecimiento de negocios y cumplir además en situaciones especiales surgidas en el ejercicio

de aquéllos, la reglamentación que para cada caso haya previsto la Ley. Ejemplo de estas situaciones no es sólo la de la representación judicial, sino otras, por ejemplo, la de una compañía extranjera que quiera explotar petróleo en Colombia, caso en el cual, fuera del régimen legal para sociedades extranjeras, le obligará constituir en el país una sucursal de acuerdo con los términos del Art. 8 de la Ley 37 de 1931. Ninguna de estas disposiciones legales deroga, pues, los Decretos Legislativos de 1906, sino que los complementa en previsión de actos que el Legislador ha considerado conveniente reglamentar de manera especial". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 10. Febrero. 1944).

687.—Cuándo deben cumplirse los requisitos que se exigen para que las sociedades anónimas extranjeras puedan funcionar en Colombia?

Dice la superintendencia de sociedades anónimas:

"En cuanto a la oportunidad en que deben cumplirse los requisitos anteriormente mencionados, debe recordarse que el Art. 1º. del Decreto Legislativo No. 2 de 1906, establecía para efectuar las formalidades en él previstas, un término de seis meses, a contar de la iniciación de actividades por parte de las compañías extranjeras establecidas con posterioridad a su promulgación y de un año para las establecidas anteriormente. Pero además debe aclararse que estos términos han sido abolidos, tratándose de sociedades anónimas al tenor del Art. 22 de la Ley 58 de 1931 y del Decreto 65 del año antepasado. En efecto, la Ley se refiere a compañías de esta clase domiciliadas en el exterior, "Que establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la República", las cuales "deberán solicitar para ello permiso del Superintendente", con lo que significa que el permiso es para establecer las empresas a que se refiere, esto es, previamente a su organización. Ese permiso, según el mismo texto legal, será dado cuando se acrediten "los mismos hechos que obligan a las sociedades nacionales como condición de existencia" y es obvio que entre los hechos constitutivos de la existencia de una sociedad nacional, se cuentan ante todo su escritura de fundación, sus estatutos y la constitución de sus representantes legales, o sea los mismos enumerados por los Decretos Legislativos de 1906. El Decreto 65 de 1941 desarrolla en forma expresa este propósito legal: "las sociedades anónimas do-

miciliadas en el exterior, que quieran establecer negocios de carácter permanente en el territorio de la República —dice su Art. 1º.—, cumplirán los requisitos establecidos en los Decretos 2 y 37 de 1906 y los previstos en la Ley 58 de 1931”, es decir, que el cumplimiento de aquellos requisitos, debe hacerse desde el momento en que las compañías se propongan o “quieran establecer negocios de carácter permanente”. Y si esta disposición no se compadece con los términos que para el mismo efecto fijaba el Decreto No. 2 de 1906, hay que concluir que prevalece sobre ellos, por tratarse de una norma legal posterior (Art. 2, Ley 153 de 1887). (“Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas”. Número 10. Febrero. 1944).

688.—Qué clase de actividades han de tener en Colombia las sociedades anónimas extranjeras para que les obliguen los requisitos sobre incorporación legal en este país?

Dice la superintendencia de sociedades anónimas:

“Lo anterior viene a demostrar que cuando las leyes nacionales que reglamentan el procedimiento que deben llenar las compañías extranjeras que quieran ejercer su objeto en Colombia, determinan que el régimen por ellas prescrito debe cumplirse en caso de que las mencionadas compañías tengan en el país empresas de carácter permanente, simplemente han querido referirse a la circunstancia de que ejerciten una actividad industrial o mercantil de modo estable, sin que sea preciso que esa actividad o esos negocios revistan el carácter de una organización material amplia o de una especial distribución del trabajo. Más concretamente el Legislador ha entendido que vale empresas por negocios, para efecto de determinar o calificar la actividad en referencia”.

“Este punto de vista se confirma si se advierte que en el texto de los Decretos Legislativos de 1906 se encuentra la palabra negocios reproduciendo a la palabra empresa, en algunos pasajes como el que determina la facultad del representante legal que aquellas compañías deben acreditar en Colombia, el cual debe tener “igual personería que la del Gerente, para las controversias judiciales que ocurran y para los negocios establecidos en el país” (D. L. No. 2 de 1906, Art. 2º.). Así mismo el Decreto No. 37 del mismo año, adicional del anterior y normativo de la misma materia, al determinar más detalladamente las funciones de los representantes legales de las compañías, se refiere a “las corporaciones y socie-

dades extranjeras que tengan negocios permanentes en la República”.

“Con base en lo que queda expuesto, resulta imposible la afirmación de que el Decreto Ejecutivo No. 65 de 1941 extralimite la ley al exigir el cumplimiento de los deberes por ella impuestos a sociedades que quieran establecer en el país negocios de carácter permanente. Con el uso de esta expresión, el Decreto se ha limitado a dar vida práctica y a facilitar la comprensión de la ley a que se refiere, función propia de los decretos reglamentarios, según jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado”.

“Fijado el criterio anterior respecto a los negocios de compañías extranjeras, resta advertir que su ejercicio y permanencia deben entenderse con un criterio justo y amplio”. (Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas”. No. 10. Febrero. 1944).

689.—Cómo y por quiénes debe calificarse la actividad de las sociedades anónimas extranjeras con negocios en Colombia?

Dice la superintendencia de sociedades anónimas:

“Incumbe a aquellas compañías verificar si sus actos en el país tienen o no esos caracteres, lo cual deben hacer, ya sea antes de iniciarlos, o bien más tarde si ha ocurrido que habiéndolos supuesto transitorios o carentes de la condición de negocios, han asumido en el hecho la condición de tales y se han tornado permanentes”.

“Incumbe también a la Superintendencia de Sociedades Anónimas hacer la misma verificación para saber si es el caso de exigir el cumplimiento de los consabidos requisitos a las compañías extranjeras, advirtiendo que esta función puede ejercitarla de oficio este Despacho, en desarrollo del Art. 1º. de la Ley 58 de 1931”.

“Además, el escrutinio y calificación de los actos de las compañías extranjeras en el país, corresponde al órgano judicial en caso de ser demandada la nulidad de ellos, por no haberse incorporado la sociedad al régimen legal colombiano. Como premisa para decidir sobre esa demanda, deberá establecer el Órgano Judicial, si la actuación de la sociedad tiene los caracteres que la ley considera determinantes de la incorporación legal al país, es decir, si consiste en negocios permanentes”.

“En el estudio que para los efectos anteriores y en cumplimiento de sus respectivas funciones, deben hacer la Superintenden-

cia del ramo y el Organo Judicial del poder público, han de proceder con un criterio objetivo, esto es, estudiando la actuación de las sociedades en el país, según como ella se ofrezca en la realidad, y con prescindencia de la intención o el fin que se propuso la compañía al actuar en Colombia. Dichas autoridades no pueden concluir que una compañía no esté obligada a incorporarse legalmente al país, cuando en su criterio tiene negocios permanentes, con base en que éstos se formaron sin intención cierta o a pesar de un propósito distinto. Ni pueden concluir que la compañía está obligada a los requisitos de incorporación, por el hecho de que antes de vincularse al país hubiera tenido la intención de hacerlo en forma de negocios permanentes, si en realidad esos negocios no aparecen". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 10. Febrero. 1944).

690.—"El derecho de deliberación y voto en las asambleas generales no sólo es esencialmente inherente a la condición de accionista de una sociedad anónima, sino que este despacho lo considera de aquellos que no pueden renunciarse por cuanto en su ejercicio está interesado el orden público (art. 16 C. C.). Las implicaciones que la deliberación y el voto de los accionistas tienen sobre la administración de la compañía y por lo tanto sobre el interés del público inversionista y los terceros contratantes, ponen de manifiesto que su ejercicio es desde el punto de vista económico, cuestión de orden público".

"Siendo de tal naturaleza el derecho de deliberar y votar, no puede privarse de él a los accionistas, negándoles el derecho de hacerse representar para aquellos efectos de las asambleas. Por tanto la representación no puede prohibirse en forma expresa ni tampoco presumirse que se ha prohibido tácitamente a los accionistas ausentes de la asamblea que no se encuentren en alguno de los casos de representación previstos en los estatutos".

"Además de lo anterior y como fundamento de la misma tesis, hay que tener en cuenta que el derecho de representación se puede ejercitar conforme a la legislación colombiana de un modo absolutamente libre y voluntario, sin otras restricciones que las causales de incapacidad para contratar, previstas en nuestro Código Civil. Si ninguna de ellas está de por medio, no puede estorbarse la representación con el pretexto de no estar prevista o de estar suprimida por el contrato". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 10. Febrero. 1944).

691.—"Los socios fundadores de una compañía anónima aparecen estatutariamente favorecidos por un sufragio mayor que el de los demás accionistas".

"Se ha consultado a la Superintendencia si esta cláusula admite entender que cuando los socios fundadores transmiten sus acciones, enajenan con ellas el sufragio privilegiado de que disfrutaban".

"Para responder esta consulta, la Superintendencia ha distinguido entre acciones privilegiadas y socios o accionistas privilegiados. En el primer caso ha dicho que el privilegio se transmite con la acción en virtud de la regla general sobre transferencia de dominio, según la cual "la cosa que se transmite pasa al adquirente con todas sus cargas pero también con todos sus privilegios". En el segundo caso ha sostenido que el privilegio dado a determinados accionistas no es transmisible con el traspaso de sus acciones, por haber sido concebido *intuitu personae* y no *intuitu pecuniae*. Esta Oficina previene la objeción de los que alegan que en una sociedad de capitales no cabe la institución de privilegios en consideración personal de los accionistas, con el argumento de que el criterio clásico de la compañía anónima, inspirada exclusivamente en una noción capitalista y con prescindencia de toda consideración personal respecto de los socios, ha evolucionado en el sentido de admitir esta última en su constitución y desarrollo. Tal evolución se debe a ciertas necesidades de control técnico, financiero e inclusive de carácter internacional, comprobadas en la experiencia de la compañía anónima. Y consecuencia de ello es no sólo el privilegio dado a los accionistas en ciertos contratos de sociedad, sino instituciones como las acciones de industria y los partes de fundador".

"Pero como se dijo antes, el privilegio concedido en consideración personal de los socios, sólo lo pueden transmitir éstos por autorización y conforme a los términos del contrato". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 10. Febrero. 1944).

692.—"..... En cuanto a la incorporación de un nuevo socio a una sociedad constituida con anterioridad, ha distinguido entre sociedades de responsabilidad limitada y anónimas. Las primeras participan más bien del carácter de sociedades de personas, como puede deducirse de los artículos 2º. y 7º. de la ley 124 de 1937 y por esa circunstancia, cuando a ellas ingresa un nuevo socio, debe entenderse que ocurre una novación del primitivo contrato social, en la que participan directamente el nuevo y los antiguos

asociados. Por tanto, si entre éstos se encuentra el cónyuge de aquél y su aporte a la constitución de la entidad ha consistido en inmuebles, hay que concluir que el ingreso del nuevo socio no puede hacerse, por cuanto implica un contrato sobre inmuebles celebrado entre esposos. En cambio, si se trata de una compañía anónima, no puede hablarse de contrato entre los socios, sino en el momento de su constitución, ya que las suscripciones de acciones posteriores a la fundación de la sociedad, no implican relación contractual entre los accionistas sino entre el suscriptor y una tercera persona, que es la compañía. De modo que si se trata de este último fenómeno y quien adquiere acciones de la compañía anónima fundada de antemano, dando a cambio inmuebles, es esposo de uno de los fundadores o accionistas de esa sociedad, no puede pensarse en que la ley le impida realizar esa operación, porque en realidad no se trata de un contrato celebrado con su cónyuge, sino con la entidad social, que es persona diferente. Si al amparo de esta circunstancia se pretende hacer fraude al art. 3º. de la Ley 28 de 1932, dicho fraude no puede suponerse a priori sino verificarse y juzgarse sobre los hechos".

"Establecido que quienes son esposos entre sí no pueden comparecer a la constitución de una compañía anónima cuando uno de ellos aporta inmuebles, la Superintendencia ha sentado por otra parte el concepto de que el artículo 30 de la Ley 58 de 1931, sobre sociedades de familia, no deroga ni modifica en cuanto a compañías anónimas el art. 3º. de la Ley 28 de 1932, a pesar de que el primero entró en vigencia varios años después que el último. La prohibición del art. 3º. de la Ley 28 de 1932, se resuelve en una incapacidad de los esposos para contratar sobre inmuebles, que nada tiene que ver con contratos que realicen otro género de parientes entre sí, como el previsto por el art. 30 de la Ley 58 de 1931. Siendo diferentes las materias reglamentadas por las dos normas legales, no puede entenderse la última como derogatoria de la primera". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 10. Febrero. 1944).

693.—"En agosto del año pasado se formuló a la Superintendencia una consulta sobre el carácter económico de la prima en venta de acciones de sociedades anónimas. En concepto del consultante, cuando una sociedad coloca acciones a un precio mayor que su valor nominal, el excedente no debe considerarse como utilidades de la empresa sino como aumento de su capital, especial-

mente cuando media la circunstancia de que ese excedente se capitalice y su valor se reparta en nuevas acciones. Como fundamento de su tesis, el consultante hace mención de un concepto de la Jefatura de Impuestos Nacionales, en el cual se dice que cuando las acciones "son suscritas por un valor mayor al nominal, ese aumento es de capital y no constituye renta gravable". Además alude al Decreto 1.306 del año pasado, sobre inversiones forzosas en certificados de oro, cuyo artículo 2º., en su párrafo 1º., establece que para los efectos del mismo debe entenderse como utilidad líquida la que resulte de la **renta gravable**, una vez deducidas las sumas correspondientes al impuesto de renta y sus complementarios. Estas normas fiscales, dice el consultante, según las cuales la ganancia obtenida en venta de acciones no constituye utilidad gravable con el impuesto sobre la renta, deben aplicarse en ausencia de legislación comercial al respecto y por tanto no debe considerarse tal ganancia como una utilidad susceptible de la deducción del 10% que la legislación comercial dispone para la formación de la reserva legal".

"Fuera de lo anterior, el consultante considera que el mayor valor pagado por las nuevas acciones, no es una utilidad de la empresa sino un aumento de capital, por cuanto representa el pago que los nuevos accionistas hacen en compensación del acrecentamiento del patrimonio y el crédito de la compañía, de los cuales se ponen en condición de participar y en cuya formación no tuvieron parte las nuevas sino las primitivas acciones".

"La Superintendencia difiere de este punto de vista. En oficio de 25 del mismo mes, este despacho expone su criterio en el sentido de que la prima en venta de acciones no representa evidentemente una utilidad de las que la contabilidad cataloga bajo el nombre de "beneficios de operación", pero sí representa una utilidad de las que la misma ciencia denomina "beneficios de capital", que "son los obtenidos en la venta de acciones, venta de un activo fijo, negocios especulativos, en fin, en operaciones distintas al objeto social de la compañía". Y el hecho de que esta utilidad proceda de fuente diferente a los beneficios de operación, no la priva del carácter de tal y por tanto no puede esquivarse con respecto a ella la deducción del 10% para reserva legal, inclusive en el caso de capitalizarse posteriormente. Y no basta alegar el hecho de que las normas fiscales excluyan esta clase de beneficios de la categoría de renta gravable, pues bien sabido es que la legis-

lación fiscal distingue entre utilidades gravables y utilidades no gravables, sin que eso quiera decir que las últimas no son utilidades desde el punto de vista comercial y económico".

"Este criterio de la Superintendencia fue comunicado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en oficio del 24 del mismo mes, en el cual, después de citar el numeral 2º. del artículo 1º. de la Ley 78 de 1935 que establece que la ganancia o pérdida habidas en la venta o cambio de muebles o inmuebles se considera para efectos de esa ley como aumento o pérdida de capital y no de renta, y el concepto de la Jefatura de Impuestos que da el mismo carácter a la prima en venta de acciones, se concluye que ni la ley ni el concepto referidos niegan a esta última su condición de utilidad sino que simplemente determinan que debe ser gravada por un concepto diferente. Con base en lo anterior, esta oficina reitera su tesis de que la utilidad correspondiente a primas en venta de acciones, debe causar la deducción legalmente prevista para la reserva legal".

"En respuesta al oficio anterior, la Jefatura de Impuestos ratifica enteramente lo dicho por la Superintendencia, expresando cómo la prima en venta de acciones es una utilidad de la empresa, que si la legislación fiscal no grava con el impuesto sobre la renta, es porque la considera utilidad a título distinto, ya que por no ser periódica no participa del carácter de renta. Sobre la premisa anterior la Jefatura de Impuestos llega a las mismas conclusiones formuladas por este despacho sobre el particular". ("Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas". Número 10. Febrero. 1944).

694.—Volvamos sobre el último inciso del artículo 25 de la ley número 58 de 1931, por la cual se crea la superintendencia de sociedades anónimas y se dictan otras disposiciones, último inciso que estudiamos un poco en el número 643 de este tomo VI.

Dice así ese inciso:

"El que infringiere esta prohibición, perderá todas sus acciones en favor de la sociedad, previa decisión de la superintendencia de sociedades anónimas, a petición de cualquier persona".

El doctor Antonio Rocha, en su carácter de ministro de industrias y trabajo, rindió un informe a la comisión IX de la cámara de senadores, el 31 de agosto de 1937. Dicho informe versa sobre la ley 58 de 1931, y entre otras observaciones contiene la siguiente:

"La Superintendencia, como lo prevé el artículo 1º. de la

Ley 58, es una organización dependiente del Gobierno, con funciones propias del órgano ejecutivo. Pero además de esto, se le adscriben al mismo tiempo funciones netamente judiciales, lo que parece pugnar con los artículos 52 y 53 de la Constitución. (Artículos 21 y 22 del Acto Legislativo número 1 de 1936)".

"Estas funciones judiciales especialmente son radicadas en lo dispuesto en los artículos 21 y 23 y en el último aparte del artículo 25, como decretar la disolución del contrato, la pérdida de las acciones, etc. También el artículo 18 puede interpretarse en este sentido aunque su redacción se preste también a una interpretación diferente; no se sabe si la violación de prescripciones legales deba antes resolverse por el Poder Judicial".

NOTA.—Estas páginas sobre sociedades son continuación del tomo VI de la obra del doctor Moreno Jaramillo. Esperamos continuar publicando en entregas sucesivas otras páginas correspondientes al mismo tomo VI de tal obra.