

Por otra parte, el que invoca un hecho contrario al orden natural de las cosas o a la situación presente, debe probar satisfactoriamente ese hecho.

Los medios de que puede valerse los establece el Art. 541 del C. J. y todas las demás pruebas calificadas como admisibles por las leyes sustantivas y adjetivas.

Llegado el momento de probar el caso fortuito o fuerza mayor es cuando resalta como imprescindible hacer uso de un criterio puramente objetivo. Sería verdaderamente desastroso para un juez tener como base para el fallo, una persona extraordinaria que tuviera por su precaución y circunscripción la previsión acostumbrada de las gentes diestras en el oficio o profesión, porque un individuo en esas condiciones es un original, algo sensacional, tal vez único en el mundo. De manera, que se tendría que buscar la mayor diligencia de que esa persona sería capaz, los medios de que podía disponer para evitar el daño, es decir, individualizar el caso.

**CONCLUSION.** Se puede resumir la no responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor en los siguientes puntos: 1. Cuando la cosa perece sin hecho o culpa del deudor, o sin la falta de aquellas personas de quien es responsable según el Art. 2347; 2. Que no esté en mora o estándolo, la cosa hubiera perecido igualmente en poder del acreedor; Que no se haya hecho cargo de los casos fortuitos y; 4. Que no sea deudor de la cosa por robo.

ERNESTO ESCOBAR M.

# Sociedad y Retracto

## RETRACTO

(Continuación).

La sociedad es una persona jurídica y los socios individualmente considerados forman una persona física. Por tanto si la personalidad moral se destruye persiste la personalidad física; de ahí que los socios no puedan confundirse con la sociedad como persona jurídica, como entidad capaz de derechos y obligaciones.

En la sociedad anónima considerada como persona jurídica, como entidad moral no puede retraerse porque se disminuiría el capital social agregado que el art. 568 del C. C.º lo prohíbe dice así:

Art. 568 "El capital social será fijado de una manera precisa e invariable y no podrá ser disminuido durante la sociedad.

En cuanto al aumento del capital durante la sociedad se observará la disposición del art. 500 del código en mención que así dice: "ninguno podrá ser obligado a aumentar su aporte, o a reponerlo si

se perdiere durante la sociedad, salvo el caso de estipulación en contrario".

De lo expuesto se deduce que en dichas compañías no puede retraerse, si como personas jurídicas se las considera.

En cuanto a los socios individualmente considerados si existe el derecho de retractar porque de este modo no se contraviene el principio legal establecido.

La esencia del derecho de retracto tiene su fundamento en elementales nociones de justicia: el bien de los asociados.

Si pues, nuestro Código Civil en su art. 669 nos dice que el dominio (también llamado propiedad) es un derecho real que se tiene sobre una cosa corporal, con derecho a usar y disfrutar de ella como a bien tenga siempre que no viole derechos de otros ni sea contra ley; aplicando este art. a los derechos de un minero y entrando luego en su análisis podemos con suma facilidad comprender, que se trata de una limitación al derecho de propiedad. El minero tiene un derecho del cual no puede ser desposeído, tiene dominio sobre sus acciones con justo título y buena fé, pero en la escala de los derechos está comprendido el derecho de mejor utilidad común; no obstante el menoscabo de los derechos particulares, de ahí, que los derechos todos sean relativos y no absolutos.

El minero goza como señor y dueño pero menos en el caso en que sea deudor de contingentes a la sociedad pues en este caso su derecho se considera hipotecado en favor de la sociedad.

Carece igualmente de ese carácter de "señor y dueño" cuando intenta vender su derecho pues no puede hacerlo como lo haría con un bien cualquiera sino que aquí está en la necesidad de conceder a la sociedad un derecho de prelación para si esta quiere pueda tomar para si el derecho o dejar al socio libre mediante su consentimiento, para pasar a un particular, sólo cuando la sociedad no hace uso del derecho de tomar para si las acciones que al socio caben en la sociedad, puede éste efectuar el contrato de venta y es de observarse también que la sociedad de modo indirecto le fija precio al derecho del socio, puesto que, sólo cuando un individuo ajeno a la compañía ha hecho oferta por el derecho, viene la compañía a hacer su declaración de compra no como mejor oferta sino por el precio que otro individuo haya fijado. Esta fijación si bien no es absoluta si sirve de base para el precio que la sociedad, haciendo uso del derecho de retracto, ha de entregar al socio.

Tal es a grandes rasgos lo que se efectúa con el derecho de retracto de donde se desprende con buena lógica que es una marcada limitación al derecho de propiedad.

Resultado también de esto, es que el retracto en su esencia, tiende a salvaguardar los derechos de la sociedad y a impedir el libre acceso de un extraño por sólo la voluntad de un socio.

Esta limitación no sea tal vez, ni arbitraria, ni injusta puesto que toma su razón de ser del mismo bien que a muchos desea aunque menoscabe el derecho de alguno. La venta y la enajenación tienen sus puntos de contacto pero difieren esencialmente: La venta es

un término "específico" de aplicación bien definida y que no llega a confundirse con el "genérico" enajenar, que comprende en su acepción actos muy varios y bien distintos del anterior. En la enajenación están comprendidas las daciones en pago, donaciones, legados, permutas, etc. De aquí que la ley sufra sus infracciones porque la inventiva humana apela a estos actos con suma de audacia, y hace aparecer como un acto distinto lo que en el fondo no viene a ser sino una venta real. Por esto la práctica nos dice, que mientras el retracto prohíbe la venta inconsulta, campo y muy vasto se ha presentado a los mercaderes de lo ilícito para formular de otra manera su intención y vestir el acto de malicia.

El aviso de que habla el art. 275 del C. de M. parece excluir toda duda sobre si este aviso debe darse antes o después de efectuada la venta, pues claramente manifiesta, el art. en mención, que debe ser dado después de la venta. sino ¿qué significan estas frases: "venta hecha, después de efectuada la venta, caso de venta, y de las acciones vendidas; que se encuentran insertadas en él?"

El contrato de venta celebrado por el socio y un particular requiere para su perfeccionamiento la venia de la sociedad, caso de no aceptar ésta para sí, el derecho vendido, pues que si lo acepta el comprador particular sería ideal, pero si esta no compra el derecho del socio puede éste disponer de él, de modo que la venta hecha sin el consentimiento de la sociedad está bajo una condición o digamos es un contrato ad-referendum puesto que necesita ser aprobado por la sociedad.

El mismo art. 275 nos dice que el aviso de venta debe darlo el socio o socios que quieran disponer de sus acciones pero no determina ese art. si el aviso debe darse personalmente, por recomendado, o si es por medio de autoridad. Estas vaguedades fueron resueltas por el art. 32 de la ley 292 de 1875.

Determina dicho art. que el aviso debe darlo el socio por medio de un funcionario público con jurisdicción política o judicial para que este lo notifique a la compañía y que se extienda la respectiva diligencia.....

Si el que ha de ser notificado estuviere en la misma residencia que el vendedor, tendrá la sociedad para retraer, quince días; si estuviere ausente en lugar conocido se librará un despacho a la autoridad de su residencia y tendrá entonces para retraer el mismo término de quince días más la distancia, ignorándose su paradero la notificación se llevará a cabo por medio de un edicto publicado en el periódico oficial y el plazo aquí es de dos meses contados desde la fecha de la publicación.

Mas o menos claro se nos presenta la cuestión plazos o términos hábiles para retractar, pero muy oscuro se presenta aquello de ¿a quién debe hacerse la notificación?

Es lo natural suponer que esta notificación debe recaer en la persona del presidente o director de la compañía pero como estas compañías como comunidades que son exigen una notificación personal caso de no haber nombrado un presidente o por haber renun-

ciado el que lo era y en este caso es difícil y si no difícil, imposible hacer la notificación.

Medios son estos que emplean con frecuencia los socios de una compañía minera para frustrar todo juicio que contra ellos se adelanta.

Pues bien, en el asunto que nos ocupa creemos que la notificación hecha a cualquiera de los socios es suficiente, pero más lógico y legal es suponer que el presidente, en quien reside la autoridad, deba ser el notificado sin que halla que preocuparse de otra formalidad, como de si hizo reunir a los socios o no etc. etc. Este aviso es de absoluta necesidad según lo consagra el tan mencionado Art. 275, dice: "toda venta hecha sin previo aviso a la sociedad es nula y de ningún valor."

En cuanto se habla de nulidades conviene distinguir las absolutas y las relativas.

"El acto o contrato solemne que se lleve a efecto faltándole una o varias de las formalidades exigidas por la ley para su validez es nulo con nulidad absoluta".

Lo es igualmente todo acto en que su objeto o su causa sea ilícito.

Los contratos celebrados con los absolutamente incapaces son igualmente nulos.

Todo acto que no encarne alguna de las circunstancias anotadas es nulo pero sólo relativamente.

La nulidad como sanción para todo acto o contrato en que se haya violado la ley tuvo su aplicación en España según se desprende de la ley XXVIII título XI de la partida Quinta: "Otrosi desimos que todo *pleyto* que es echo contra ley o contra las buenas costumbres que no debe ser guardado: magüer pena o juramento fuese puesto en él." Pleito era igual a pacto o convenio.

La nulidad establecida en el Art. 275 del C. de M. es la derivada de la falta de aviso que el socio está obligado a dar a la Compañía.

¿La nulidad por falta de aviso es absoluta o relativa?

Para que una nulidad pueda calificarse de absoluta requiere las condiciones siguientes:

Debe, en primer lugar, ser declarada como tal por las leyes; la que analizamos no lo ha sido expresamente, pues el Código de M. se limita a decir que "toda venta hecha sin el requisito expresado [el del aviso] es nula y de ningún valor" luego siguiendo el principio sentado y las reglas generales del Derecho esta nulidad tiene un carácter relativo.

En segundo término: la nulidad absoluta no es subsanable, la relativa sí lo es.

Ahora bien, el C. de M. dice que esta nulidad se subsana por el conocimiento y ratificación de la sociedad, luego, es relativa porque si fuera absoluta no se subsanaría ni por el tiempo ni por actos posteriores.

Agregamos que las nulidades absolutas tienen su fundamento en un interés general, lo que de modo análogo, equivale a decir que no esta sometida a convenciones sino que es un principio categórico-

y rotundo que está fuera de acuerdo y como el art. 275 deja a las partes una facultad o libertad para sanear; es de concluir que esta nulidad es relativa. Bien abona nuestra afirmación, la sentencia del Tribunal Superior de 4 de Marzo de 1907 dictada con ocasión de un juicio sobre la mina "San Andrés" y en la cual declara esta nulidad de carácter relativo, lo mismo que la opinión no desmentida y muy autorizada de los notables y conocidos abogados doctores Antonio José Uribe y Fernando Vélez, quienes explotan la materia hasta llevar el convencimiento.

Vimos ya que el aviso se da a la sociedad después de efectuada la venta, lo que supone una escritura pública en poder del comprador; pero es el caso que la sociedad usando del derecho de retracto y dentro del plazo legal, quiere tomar para sí el derecho vendido invalidando la escritura de venta del contrato hecho por el socio y un particular y el comprador niega a la sociedad su derecho conservando el suyo constante en la escritura, de modo que, priva a la sociedad de su derecho de prelación entrando así a establecer una incompatibilidad entre la sociedad que quiere retraer y el comprador que quiere conservar los que le han sido transmitidos por el vendedor.

El Código de minas declara el derecho preferente de la sociedad pero no previene el caso que analizamos. De aquí que se imponga la necesidad de reformar la ley, ya en el sentido de que el aviso deba darse antes de perfeccionarse la venta, o bien que en la misma escritura en que se transmite el derecho se haga la declaración, consagrando el derecho preferente de la sociedad en clausula suspensiva o lo que es lo mismo un contrato ad-referendum para en el caso de que retraiga la sociedad o los socios quede, ipso facto, desprovista de valor la primera escritura.

Los principios reformativos que hemos sentado adolecen de varios inconvenientes:

En el primer caso, esto es, si no se hace la escritura al individuo particular, perfeccionada con los varios requisitos que tal instrumento requiere, sería muy factible la estafa a la sociedad, dada la mala fe, muy sencilla de suponer en nuestra época por parte del comprador y del vendedor, quienes podrían fijar un precio convencional muy alto a las acciones obligando así a la sociedad a tomarlas en ese precio o a incluir en su seno al nuevo socio.

En el segundo caso, o sea el contrato ad-referendum, se presentan dificultades respecto a ambos contratantes: Del comprador porque la alternativa en que permanece durante los quince días hábiles para retraer la sociedad, podría ocasionarle la pérdida de mejores negocios y para el vendedor porque no está cierto de que la propuesta hecha por sus acciones llegue a ser efectiva, habida consideración de compradores poco escrupulosos en lo que se dice al cumplimiento de su palabra que fácilmente toman nueva decisión y como no existe sino una promesa de compra, si así puede considerarse, con la simple negativa podría terminarse el negocio.

Podría encontrarse un correctivo, cual es el de exigir caución

al comprador, caso de no cumplir su promesa; caución que no tendría por objeto abligarlo a la compra sino únicamente al pago de los perjuicios que pudiera ocasionar el no cumplimiento de lo pactado.

A nuestro modo de ver el retracto entraña más inconvenientes que ventajas y para que no parezca gratuita nuestra afirmación transcribimos en seguida algunos artículos de legislaciones más avanzadas y observese bien, cómo ellos tienden a condenar el retracto.

El Código de minas de Méjico en su art. 157 dice: "Cualquiera de los socios es libre para enajenar la parte de su representación sin que los demás tengan el derecho al tanto....."

El Chileno se expresa:

Art. 110. Los socios pueden disponer libre y eficazmente del derecho que tienen en la compañía"..... y el Uruguayo en su art. 164 dice:

"Cada socio o comunero puede vender a quien quiera el interés que tuviere en una mina sin que los otros tengan derecho para pretender prelación".

En nuestro humilde concepto y en la medida de nuestros limitados conocimientos creemos imperiosa la necesidad de una reforma que resuelva las muchas dificultades que presenta en la práctica el derecho de retracto que consagra nuestro C. de M.

En nuestro modo honrado de pensar, creemos que la mejor reforma sería aquella que abandonando viejos moldes viniera a establecer un principio franco y categorico de limitación de dominio,—que concuerde con la forma actual—del socio minero y que amplio, este principio tan estrecho hoy, se estableciera que el socio bien pudiera vender pero que precediera avalúo a sus acciones por dos personas honradas e idóneas nombradas, una por el socio; otra por la sociedad.

Mas para no exponer a la sociedad a la introducción de un nuevo socio sin su consentimiento, el avalúo de que se habló, podría llevarse a cabo antes de oír cualesquiera propuesta particular a fin de que la sociedad tenga conocimiento del intento del socio y el precio de su derecho y si le conviene lo tome para sí, o bien, para que el socio quede en completa libertad para de allí en adelante oír y aceptar propuestas de extraños, de este modo ni la sociedad ni el socio resultarían menoscabados en sus derechos.

Esta es en resumen la conclusión a que hemos llegado, la que precisa formular como lo hemos hecho, para que no parezca tan desprovista de objeto nuestra labor, si bien cabe advertir que reformas varias y útiles todas ellas, caben a nuestra legislación minera, que bien merece nuestra atención si se tiene en cuenta la riqueza de Colombia en esta materia, sintetizada por un escritor notable en estas frases: "Andan los colombianos por sobre el oro, y bajo el oro, duermen el eterno sueño".

HORACIO TOBAR H.

A. JARAMILLO E.