

**NATURALEZA JURIDICA
DE LA SOCIEDAD ANONIMA**

Por el doctor
CARLOS M. LONDOÑO

Naturaleza Jurídica de la Sociedad Anónima

77. Actualidad de la sociedad anónima - 78. Teoría individualista. - 79. Teoría totalitaria. - 80. Teoría Institucional. - 81. Algunas aplicaciones de la Teoría de la Institución.

77.—Actualidad de la sociedad anónima: En igual forma que las demás instituciones jurídicas, la sociedad anónima se ha visto influenciada por las ideas sociales, económicas y políticas de su tiempo; de aquí que las líneas básicas y generales que la estructuran, pertenecen al siglo pasado. Ella fue, y es, el instrumento más eficaz del capitalismo, y su estampa y finalidad arrebatan todo el fervor de los pensadores capitalistas. Por ello es de tanta actualidad como lo era hace un siglo. Ella ha sido popularizada por la facilidad con que se mueve el capital y la independencia de los accionistas frente a sus actividades.

En el campo del derecho mercantil, después de la guerra de 1914, el tema de la sociedad anónima ha sido uno de los que más se han agitado, debido a la notable influencia que esta clase de sociedad ha cobrado en la economía mundial. Los grandes capitales y las más poderosas empresas han crecido bajo su amparo e influencia. En las naciones más importantes, durante los últimos años, ha sufrido reformas fundamentales: en Francia, en Alemania con el nuevo código de 1937; en Suiza, en Italia, etc. En esas reformas se han puesto de manifiesto diversas tendencias, cuyos rasgos más salientes se encaminan a darle un carácter más de cooperación, de institución y con fines al bien general de los asociados y de la comunidad.

Entre nosotros la sociedad anónima domina el mundo industrial y económico, y todos los días cobra más influencia. La economía colombiana, como subcapitalista, se ha formado con el poder de su vigencia. Ella goza del mejor aporte de garantía y su estructura jurídica da campo para que impere el individualismo más pronunciado.

78.—**Teoría individualista:** Entre nosotros la sociedad anónima se considera como un contrato, y en la misma forma se la tiene donde domina la tendencia individualista.

El Código de Comercio en su artículo 551 así la denomina, pero ocurre que el consentimiento, que es fundamental en todo contrato, se esfuma a medida que la sociedad toma envergadura, y la 'affectio societatis', que es distintivo de las sociedades de personas, no aparece. Por eso los teóricos del derecho comercial están buscando reformar la sociedad anónima con base en la teoría de la Institución.

El doctor Antonio Rocha, en un ensayo que trata sobre el particular, apunta: «La concepción clásica de la sociedad anónima es puramente contractual. Es un ser creado por el contrato, como los otros tipos de sociedad exactamente. El consentimiento típico de todo contrato se ve allí en dos momentos: para los accionistas fundadores en el momento de redactar los estatutos y firmar la escritura notarial; para los accionistas que suscriben después acciones, distintos de los cinco fundadores, en el momento de la suscripción por adhesión a los estatutos. Es decir, todos los accionistas dan su consentimiento contractual en el momento de hacerse tales, directamente al fundar la sociedad, o después, por adhesión. De ahí el contrato, cruce de voluntades».

«Pero cómo explicar otro segundo aspecto de las sociedades anónimas, a través de la concepción contractual, o sea aquello de que las decisiones relativas a la vida social y algunas veces a la transformación misma de la sociedad en otra especie (v. gr. de responsabilidad limitada) sean adoptadas por mayoría de votos, sin que se consulte necesariamente el consentimiento de todos, ya que algunos están ausentes, y no se hacen representar en las asambleas? Pues si fuere contrato habría que modificarlo y ponerle fin a la convención en que consientan las partes interesadas, por los medios previstos en el artículo 1625 del Código Civil». (1)

Los partidarios de esta concepción se defienden con los argumentos de la sucesión de mandatos, y de que los socios sabían que en el obrar de sociedad muchas determinaciones deben tomarse y que por anticipado se otorga la aprobación a los actos, y la mayoría expresa su voluntad. No obstante estas réplicas, esta concepción dista mucho de lo que sería un verdadero contrato, integrado por los elementos esenciales que pide la ley.

Desde el punto de vista de las grandes compañías, que son las que influyen en la vida económica, el doctor Rocha increpa a la teoría contractualista en estos términos: «Un contrato supone por lo menos dos personas que quieran alguna cosa, que emita cada cual su voluntad, que ésta se cruce con la de los demás contratantes, frente a un objeto dado, para que haya consentimiento. Los contratantes deben conocer no sólo el objeto del contrato, sino el objeto de su propia obligación. En cuanto al contrato mismo de sociedad, se exige que los socios tengan la 'affectio societatis', o sea la intención de comportarse los unos hacia los otros como compañeros de una misma labor, como asociados unir capital o su trabajo en vista de un bien común, de una obra común por lo cual es preciso la colaboración recíproca y una conciencia permanente y vigilante de lo que todos y cada uno están haciendo y colaborando dentro de ese propósito común».

«Ahora bien, pensar que quien compra en mercado de bolsa una o varias acciones de una compañía anónima de más de mil accionistas, conozca los estatutos a que se somete automáticamente al comprar la acción; conozca el objeto social y conozca a los restantes compañeros accionistas y tenga voluntad de asociarse, 'affectio societatis', es una simple utopía, es ir contra la realidad. La mayor parte de los inversionistas se proponen simplemente colocar sus ahorros o su capital en forma que le produzca un dividendo, un beneficio o interés, nada más. Y más adelante, continúa: «es el dividendo lo que le importa, no es la industria, la empresa ni la dirección, ni mucho menos sus compañeros de inversión. Hay otra masa de accionistas a quienes les importa menos el dividendo y que se determinan a invertir en acciones para especular en el mercado; a quienes una noticia halagadora les hace esperar un alza de valores y van tras del precio de reventa, que juegan al alza o a la baja, que especulan con el alza. En estos momentos no hay voluntad de asociarse ni cruce de consentimientos, ni conocimiento del objeto social. Sería hasta necesidad atribuirles 'affectio societatis'. Ciertamente, manifiestan una voluntad al comprar la acción y someterse implícitamente a un reglamento desconocido, pero no cualquier manifestación de voluntad es un contrato». (1)

La concepción contractualista no puede aceptarse ni jurídicamente ni de acuerdo con la realidad de la persona jurídica y con los efectos y operaciones de la sociedad anónima. Es evidente que ella se inicia como un contrato y luego se caracteriza como un organismo en donde los intereses mayores de los socios no están de acuerdo con el ánimo de asociarse y con los postulados intrínsecos del contrato social, sino con el fin de hacerse a un dividendo o de especular. Con razón dice Raúl Varela, que la concepción contractualista empieza a ser abandonada. La sociedad anónima es ciertamente un contrato, porque su nacimiento se debe al acuerdo de voluntades de sus fundadores; pero de ese contrato nace una persona jurídica, un ser moral con fines propios e intereses independientes de los individuales de las personas que como accionistas suyos constituyen la mayoría de la Junta, mayoría transeúnte, porque cambiará mañana merced a la libre cesibilidad de las acciones; en tanto que permanecerán los mismos intereses del ente moral. (2)

79.—**Teoría Totalitaria:** Con base en la doctrina filosófica supraindividualista han nacido las nuevas concepciones del Estado y las instituciones totalitarias nazistas y facistas. Según ellas la sociedad anónima persigue un fin colectivo y constituye un organismo propio de fisonomía social, que comprende, además de los accionistas «actuales», los accionistas pasados, y sobre todo «futuros». Esta concepción requiere que los intereses de los accionistas estén amparados por la empresa. Que la personalidad jurídica se exprese no solamente frente a terceros, sino también frente a los accio-

(1) Antonio Rocha. *Naturaleza de las Sociedades Anónimas* (Revista Trimestral de Derecho Comercial. Año 1º. Bogotá, junio de 1946, páginas 5, 6 y 8.

(2) Raúl Varela V. *Las transformaciones de la Sociedad anónima, de la obra: Las actuales orientaciones del Derecho. Santiago de Chile 1942, pág. 144.*

nistas, dando a la sociedad el carácter de una persona enteramente distinta de sus socios. La asamblea general es un órgano de la sociedad y tiene que ejercer sus poderes por los intereses colectivos, o sea por el amparo de la empresa. Si se excede de sus poderes, el accionista, que ejerce igualmente y por las mismas finalidades un poder, puede protestar contra las deliberaciones de la asamblea. Los administradores forman otro órgano de la sociedad, cuyos poderes se intenta aumentar, restringiendo los de la asamblea. La sociedad tiene que orientarse hacia intereses públicos, y su carácter jurídico privado está debilitándose por normas de Derecho Público.

En esta concepción domina el principio del jefe, como en lo político, y el Estado tiende a absorber las sociedades anónimas en vista de que ellas en muchas ocasiones concentran poderosos capitales que constituyen el ahorro nacional y ejercitan una extraordinaria influencia en el desenvolvimiento de la economía.

80.—**Teoría de la Institución:** Los juristas vienen preocupándose por darle a la sociedad anónima un contenido doctrinario en qué apoyarse que responda a la realidad, ya que la teoría contractualista peca por muchos de sus aspectos. Al mismo tiempo pretenden que, con base en la teoría institucional, se puedan acometer serias reformas a la sociedad anónima para que responda a las exigencias sociales, y se dirija al bien común.

Se tiene a Maurice Hauriou, Decano de la Facultad de Derecho de Tolouse, como al fundador de la teoría de la Institución; con él han desarrollado la teoría Gerges Renard, Morin, Gurvitch y otros no menos destacados.

La palabra Institución la introdujo Hauriou en la técnica jurídica con contenido propio y una noción concreta, distinto al significado general sociológico y aun jurídico que se le ha dado. El la ha definido así: Una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le suministra órganos; además, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos del poder y reguladas por procedimientos. Hay dos tipos de instituciones: las que se personifican y las que no se personifican. En las primeras, que forman la categoría de las instituciones personas o cuerpos constituidos (Estado, asociaciones, sindicatos etc.) el poder organizado y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo se colocan en el interior del marco de la idea de la obra; después de haber sido objeto de la institución corporativa, la idea se convierte en sujeto de la persona moral que surge del cuerpo constituido. En las instituciones de la segunda categoría, que se pueden llamar **instituciones-cosas**, el elemento —poder organizado— y las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo, no se encuentran en el interior del marco de la idea de la obra, aunque existen sin embargo en el medio social, pero permanecen exteriores a la idea. La regla de derecho establecida socialmente es una institución de este segundo tipo; es una institución, porque como idea que es, se propaga y viven en el medio social, pero de manera visible no engendra una corporación que sea propia; vive en el cuerpo social, por ejemplo, en el Estado, prestando a éste su poder sancionador y aprovechando las manifestaciones de comunión que se producen en él. No puede engendrar una corporación,

porque no es un principio de acción o de empresa, sino, al contrario, un principio de limitación» (1).

Esta definición de Hauriou se torna un poco confusa pero en labios de Renéard se hace clara, es como un fruto desprendido de la personalidad humana, el fruto de un alumbramiento jurídico. El mérito filosófico de esta concepción es reconocido y el aspecto jurídico es considerado como el más brillante y reciente aporte de Francia a la ciencia del derecho.

Roberto Goldschidt, comentando la teoría de la Institución, dice: «Esta doctrina hace una diferencia entre la personalidad moral y la jurídica de las corporaciones. La segunda es solamente una máscara puesta sobre la personalidad moral, es la de un grupo social en que una idea directriz de una sociedad anónima, por ejemplo, sirve de cuadro en todas las conciencias tanto en las de los miembros del grupo como en las de los órganos directores o fenómenos morales que se pueden interiorizar en la idea misma del grupo. Es una persona moral, los sujetos que la componen, están llamados a comportarse como miembros consiguientes; y, así, en la vida orgánica de un ser consciente de sus funciones y dueño de sus actos. Aparentemente una institución bien arraigada toma el aspecto de una cosa social existente por sí misma; pero en la realidad de las cosas una institución social está siempre encerrada en una cierta suma de conciencias individuales, y no las supera sino con verdad objetiva de la idea sobre que posa. En el derecho de la sociedad anónima, los partidarios de esta teoría, que se inspira en ideas católicas, exigen la tutela del bien común y defiende el principio de la autoridad, pero al mismo tiempo respetan a cada accionista y no lo sacrifican a la llamada totalidad del supra individualismo» (2).

Por su parte, el distinguido tratadista Azpiazu, comenta que Hauriou parte del supuesto de que la condición jurídica de los accionistas, en la sociedad anónima, es exactamente la misma que la de los órganos de una administración pública, por donde la sociedad anónima resulta algo así como una corporación de elementos jerarquizados que tiende a un fin colectivo. En esta finalidad reside la particularidad de la Institución. Más adelante sigue diciendo Azpiazu, que la teoría de la institución es, en el fondo, la teoría de la persona moral cristiana - según el gusto no precisamente de Pufendorf o de los juristas que la comentaron, la idea central, filosófica de la persona moral, con todas sus consecuencias. Características principales de una institución, son, pues, la existencia de una persona corporativa con una autoridad jerarquizada y un fin colectivo. (3)

Para algunos es importante que la teoría de la institución se polarice a los grupos o cuerpos sociales y que se abandone la idea de la institución cosa de Hauriou. Porque la utilidad de la introducción en el derecho de esta teoría aparece con claridad cuando se compara la construcción jurídica

(1) Julien Bonnacase. Introducción al Estudio del Derecho. Traducción de Jorge Guerrero. Bogotá 1945, página 91.

(2) Roberto Goldschmidt. Rev. de Direito Comerc. Nº 44, Vol. II/41, pág. 218.

(3) Joaquín Azpiazu S. J. La Moral del Hombre de Negocios. Razón y Fe. Madrid 1944, págs. 486/7.

clásica individualista, y contractual de los grupos y sociedades con la nueva construcción jurídica que es institucional y orgánica.

Por otra parte, al tratar de la empresa y de la sociedad comercial no debe confundirse la empresa que es la entidad económica, con la forma jurídica que reviste. La empresa es a nuestro juicio, siempre una institución pero su forma jurídica puede ser un estatuto legal o una sociedad contrato u otra institución.

La forma de la empresa individual es un estatuto legal pero en cuanto a las empresas colectivas creemos que debe distinguirse entre las estrictamente privadas formadas por personas que se conocen y que se asocian efectivamente a las grandes empresas de interés público. Para las primeras deben reservarse las fórmulas jurídicas contractuales: sociedades de personas y sociedades de responsabilidad limitada, cuya tendencia personalista debiera acentuarse. Para las segundas debe reservarse la nueva figura de institución por acciones que reemplace la sociedad anónima clásica.

Y al dividir las empresas en estrictamente privadas y de interés público, deben comprenderse entre estas últimas no solamente aquellas en que el Estado interviene, sino todas las que por la cuantía de su capital, su recaudación por suscripción pública, su objeto u otras circunstancias sobrepasan los límites del interés privado. La sociedad contrato debiera ser la fórmula exclusiva de la empresa estrictamente privada, no pudiendo serlo de las de interés público. Y ésta debería adoptar la forma de institución por acciones que no podrían revestir las empresas privadas.

A base de la concepción institucional, podría más fácilmente encontrarse las soluciones adecuadas a los problemas que plantea la sociedad anónima. Entre la concepción democrático-liberal y la concepción totalitaria de la sociedad anónima la teoría de la institución representa una concepción intermedia, que puede organizar la gran empresa por acciones sin la absorción completa por parte del Estado o la dictadura de unos dirigentes, pero también sin este mecanismo artificioso e inaplicable en la práctica que es la sociedad clásica contractual. (1)

81.—**Algunas aplicaciones de la teoría de la Institución.** El afán de los tratadistas católicos y de todos aquellos que buscan el implantar una justicia social y económica, los ha llevado a estudiar la manera de modernizar la estructura de las sociedades anónimas, para que obedezcan a un pensamiento racional y de acuerdo con la naturaleza real de sus actos, y acometiendo una función social; función que es propia de las ideas políticas y económicas de nuestro tiempo. Azpiazu trae algunas fórmulas por medio de las cuales la teoría institucional puede llevarse a la práctica, no dejando de reconocer que por la misma estructura capitalista de la sociedad anónima es muy difícil que lo que resulta exacto y justo en teoría, en la práctica es desfigurado por la mala fe de los hombres.

Una de las reformas que es preciso hacer en la sociedad anónima es la del voto; éste ha venido considerándose como un derecho del accionista, derecho que rara vez se ejercita por el pequeño accionista, que en las gran-

(1) F. de Sola Cañizares. Revista de Derecho Comercial, Año 2º, junio 1947, págs. 10 y 11.

des compañías representa la mayoría, jamás concurre a las asambleas. Este derecho debe convertirse en un deber, tal como lo pregona la teoría institucional. Esto lo consagra tal teoría para hacer que el accionista tome mayor contacto con la sociedad y no la deje en manos de unos pocos que la dirigen, en muchas ocasiones impulsados por sus intereses personales y a espaldas de los de la sociedad. Se requiere que cooperen al bien común de todos los asociados. La consecuencia que de esta doctrina se deduce —dice Azpiazu— es bien clara: siendo el voto del accionista un deber, y estando ligados el voto y el deber a la colaboración al bien común de la sociedad, nunca el accionista puede dar su voto para un provecho propio o ajeno totalmente distinto del bien de la sociedad.

La aplicación de casos es enorme: votar en suministros de materias primas o en aplicación de tarifas de transportes o en fijación de precio o en cualquiera otra cuestión, de modo que perjudique a la sociedad, pero que beneficie al votante que está ligado con otra sociedad de transportes o de materias primas, es inmoral. Tal voto es injusto para con la sociedad. (1)

Quién no conoce personas y aun entidades que acuden a las asambleas generales, y que han adquirido la representación de cuantioso número de acciones y sin tener vinculación alguna con la sociedad, imponen sus puntos de vista, muchas veces para favorecer intereses ajenos a la sociedad. A estos intermediarios sin contacto con la sociedad se les debe prohibir el voto; esta clase de delegaciones no debe existir. El juego de los trusts y los holdings se hace en gran parte con estos propósitos de especulación y acaparamiento, que de todo punto de vista son inmorales.

El deber del voto debe ser reglamentado y fijar las incompatibilidades que sean del caso cuando se presentan intereses encontrados, como en el caso de una sociedad competidora, como ocurre en las sociedades madres que votan por sus filiales o viceversa.

La fijeza de la dirección es uno de los puntos principales que se discuten como aplicación de la teoría institucional a la sociedad anónima. Hoy la revocabilidad de los directores está en manos del capital exclusivamente, y resulta que ella puede ejercitarse sin consideración a los intereses de la sociedad, sino a la de los accionistas empeñados en alguna operación que les favorezca. Con razón dice Azpiazu: «La dependencia de un director del capital es la sumisión del hombre persona al capital».

«La cuestión que se presenta es la siguiente: es justa la revocabilidad, sin causa, por voluntad de la mayoría, en una sociedad anónima? Mil casos habrá en que se dará una revocación de autoridad o de mando totalmente sucia. Un sindicato de revaluación que compra grandes paquetes poco antes de una junta general y se vale de ellos para mandar en ella; un grupo de prestamistas que tienen cogida la sociedad y la pueden hundir en un momento dado y se aprovechan de su situación para quitar administradores determinados y poner otros a su gusto; una cadena de holdings enchufados que pueden con poco dinero propio, manejar varias empresas y miles de millones».

«En estos casos y otros análogos —dice la teoría institucionalista— no

(1) Joaquín Azpiazu, S. J., obra citada, página 488.

existe la affectio societatis, sino la conveniencia propia. Como es aquella y no ésta la que debe regir los destinos de las sociedades, tal destitución sin causa justa, sólo por voluntad de una mayoría, debe ser inválida. Si la affectio societatis y el bien social de ella derivado hubieran de ser los únicos factores que determinan la revocación o destitución de un director, ésta solamente tendría lugar cuando fuera dañosa a la sociedad. Por lo tanto, la revocación, como hija caprichosa del capitalismo, habría desaparecido». (1) Correspóndele al Estado buscar los medios adecuados para hacer que tan laudable fin se alcance. A él podría llegarse estableciendo acciones rápidas instauradas por cualquier socio, ante la Superintendencia de Sociedades Anónimas, por ejemplo.

Para terminar, podemos decir que en las corrientes de renovación de las sociedades económicas los accionistas no son ya propietarios absolutos de la empresa; la necesidad de asegurar los intereses permanentes de ésta, y las conveniencias de la colectividad los ha despojado de muchos de sus antiguos atributos. La práctica de las acciones con voto privilegiado puso término a la antigua igualdad en la gestión de la empresa. El control judicial de las decisiones de la asamblea, admitido ya en jurisprudencia y consagrado por la última legislación, abocó sus poderes de soberano absoluto. Junto a su interés de propietarios del capital social se ha alzado, reclamando su parte, el interés colectivo, que encarna el Estado. El nuevo derecho de sociedades anónimas tiende cada vez con mayor energía a transformar a los accionistas en especie de acreedores preferentes de la sociedad, que reciben como remuneración de su capital una participación variable en las utilidades de su deudor la persona jurídica sociedad. (2)

En fin, los católicos que aceptan que el régimen actual no puede transformarse integralmente hacia la economía católica, pero pretenden que los principios cristianos salven, si así puede decirse, a la sociedad anónima y de superestructura capitalista se desenvuelva en institución de perfiles sociales, creemos que alcanzarán muy poco y que mejor harían en emplear sus fuerzas en luchar por la implantación de un régimen cooperativo de noble prosapia cristiana. La sociedad anónima será siempre lo que dice Antonio Rocha: «Son creadas para ganar dinero; su fin es hacer el comercio por todos los medios, aun los más deshonestos. Son personas jurídicas, o como por ironía, se dice, son personas **morales**, pero que, a diferencia de los humanos de las personas naturales, su actividad está orientada únicamente por interés material; la especulación sórdida es el móvil de sus acciones. Sólo que no tiene el freno de los hombres, en algún afecto, ni en las consideraciones de familia ni de sociedad. Y resultan así tremendos monstruos que todo lo pueden porque no reparan en los medios y subvierten y revolucionan la economía como pulpos sin conciencia y sin moral. (3)

CARLOS MARIO LONDOÑO

Capítulo IX del Libro en preparación: La Sociedad Anónima.

(1) Joaquín Azpiazu, S. J. Obra citada, pág. 491.

(2) Raúl Varela V. Obra citada, página 146.

(3) Antonio Rocha. Revista citada, página 11.

EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Por el doctor
ELIAS ABAD MESA