

## FICHA TÉCNICA

**MÓDULO:** MÓDULO TRES

**NOMBRE DEL MÓDULO:** REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

**TEMA:** CONVERSIÓN DE LA SOCIEDAD

**TÍTULO:** INCIDENCIA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO  
EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS  
SOCIETARIOS APTOS PARA LA MOVILIZACIÓN  
FLEXIBLE DEL CAPITAL Y LA EXPLOTACIÓN  
COLECTIVA DE LOS FACTORES PRODUCTIVOS

**AUTOR:** JUAN JORGE ALMONACID SIERRA

**FECHA DE PRESENTACIÓN:** 23 DE SEPTIEMBRE DE 1996

**SÍNTESIS:** Esta ponencia tiene como objetivo realizar un diagnóstico acerca de la forma como se produce la armonización entre los instrumentos jurídicos societarios aptos para la movilización del capital o la explotación “colectiva” de los factores productivos dentro de los parámetros capitalistas y, el necesario control sobre estos instrumentos para evitar que con su abuso se produzca la desviación de los fines sociales que le corresponden a la empresa en virtud de claros mandatos constitucionales para la instauración efectiva del Estado Social de Derecho. Para ello se analiza el desarrollo de los instrumentos jurídicos que permiten la movilización flexible del capital hacia la actividad que genere los mejores rendimientos según las circunstancias del mercado y que posibilitan la explotación “colectiva” de los factores productivos entre varias empresas. Exigencias estas que se imponen hoy como condiciones indispensables para producir y competir en una economía mundial transnacionalizada. Pero también se recalca el control que en virtud de mandatos constitucionales se debe ejercer sobre estos instrumentos jurídicos, para evitar que con los mismos se cometan abusos que distorsionen las funciones sociales que les asiste a las empresas. Específicamente se estudia la manera como se da la armonización de los dos aspectos señalados en la reciente reforma al Código de Comercio (Ley 222 de 1995), y se concluye advirtiendo que a pesar de que se han dado importantes avances al respecto es recomendable seguir implementando mecanismos que permitan un mayor control sobre los posibles abusos que alrededor de estos instrumentos jurídicos se puedan presentar.

**FIRMA:** \_\_\_\_\_

**INCIDENCIA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LOS INSTRUMENTOS  
JURÍDICOS SOCIETARIOS APTOS PARA LA MOVILIZACIÓN FLEXIBLE DEL  
CAPITAL Y LA EXPLOTACIÓN COLECTIVA DE LOS FACTORES PRODUCTIVOS  
(UN DIAGNÓSTICO A TRAVÉS DE LA LEY 222 DE 1995) \***

**Por: JUAN JORGE ALMONACID SIERRA \*\***

---

\* Este documento se basa en el trabajo de tesis titulado: Elementos socio-jurídicos para la democratización de la economía colombiana -Conceptos básicos del derecho privado económico colombiano-; trabajo elaborado actualmente por el autor de esta ponencia en compañía de Dabeyba Ayala, Nelson García Lozada y Solangel Ortíz Mejía, como tesis de grado para el programa de Especialización en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia.

\*\* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, Tecnólogo en Administración Financiera, Docente de Derecho Comercial en el Politécnico Grancolombiano y Abogado de la Dirección General Jurídica del Banco Cafetero.

## 1. MOVILIZACIÓN EFICAZ DE CAPITALES Y EXPLOTACIÓN “COLECTIVA” DE LOS FACTORES PRODUCTIVOS

Hasta el siglo XIX prácticamente el tráfico comercial y económico tenía como base fundamental el derecho real de dominio. Las personas generaban la riqueza a través del usufructo *directo e individual* de los bienes mediante el aprovechamiento de sus frutos o, a través del intercambio directo de los mismos. El derecho de dominio era el instrumento jurídico por excelencia para generar y usufructuar la riqueza.

Pero en la evolución histórica de la humanidad encontramos que debido a la expansión demográfica mundial, aunada a los adelantos científicos, tecnológicos y de los medios de comunicación, se hace posible la ampliación de los mercados locales, lo cual demandó la necesaria “*asociación*” de los agentes productores con el fin de responder a las necesidades de los conglomerados de población de las grandes ciudades. Ante estas condiciones ya no era conveniente seguir generando la riqueza a través de la explotación directa e individual del derecho real de dominio, sino que para su eficiente consecución fue fundamental la instrumentalización de la institución jurídica conocida como “*sociedad mercantil*”. Ante la dificultad para hacer colectiva la explotación del derecho real de dominio en el mundo capitalista, el sistema jurídico se ha valido desde entonces de las sociedades mercantiles, las cuales permiten la explotación de los factores productivos por varios socios y la correspondiente distribución “*colectiva*” de la riqueza proveniente de la actividad económica. En las sociedades mercantiles el usufructuario de la riqueza cambia su “*derecho real*” sobre los bienes productivos por un “*derecho personal*” contra la persona ficticia que los explota (sociedad o empresa), por medio del cual adquiere la facultad de exigir una utilidad periódica y una parte del patrimonio al final de la empresa<sup>1</sup>.

En tales condiciones el sistema jurídico brinda la posibilidad de utilizar el aislamiento patrimonial, ya que los socios o accionistas le transfieren una parte de su patrimonio personal a la sociedad, la cual se convierte en titular del patrimonio que se explota económicamente. La sociedad ejerce el derecho real de dominio sobre los bienes que generan la riqueza, pero a la vez, adquiere la obligación personal de transferir a los dueños-accionistas o socios el resultado del aprovechamiento económico de dichos bienes. Así, la institución jurídica conocida como “*sociedad mercantil*”, además de brindar la posibilidad de un apoderamiento “*indirecto y colectivo*” de la riqueza, a cambio del desprendimiento del derecho real de dominio sobre los bienes productivos, le permite a los socios o accionistas limitar su responsabilidad al fraccionar su patrimonio (Manrique; 1994).

En las postrimerías del siglo XX una característica fundamental del nuevo sistema de generación y acumulación de riqueza que se está imponiendo en todo el mundo, en el avance hacia lo que Drucker ha denominado la “*Sociedad Postcapitalista*”, es la necesidad de consolidar mecanismos jurídicos ágiles y expeditos que le permitan al empresario movilizar a nivel global el capital hacia la actividad económica en la cual se encuentren los mejores rendimientos. Esta movilidad del capital hoy más que nunca va acompañada por la exigencia a los empresarios de explotar los factores productivos de forma “*colectiva*” pero con parámetros capitalistas. El auge de esta forma de producción de la riqueza se debe a la complejidad que ha adquirido en la actualidad el proceso productivo, el cual se basa ahora en la mayor especialización de la actividad económica, en la necesidad de asociación entre las empresas para lograr una megaproducción que abarque las demandas de un mercado de carácter transnacional y en la alta sofisticación de los bienes y servicios demandados por la sociedad contemporánea.

Como resultado de esta tendencia, correlativamente a nivel jurídico se ha producido una gran gama de modalidades contractuales vinculadas a los desarrollos del derecho societario, que van desde las que mantienen la autonomía e independencia plena de la empresa respecto de otras, hasta las que unifican diferentes empresas en una misma unidad. Así, dentro de esta gama se pueden encontrar contratos que principalmente

---

<sup>1</sup> Los derechos reales son la potestad jurídica que tiene un sujeto sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Los derechos personales son los que sólo pueden reclamarse de determinada persona que, por un hecho suyo o por disposición de la ley, ha contraído obligaciones correlativas. Durante casi veinte siglos el mundo exterior ha sido explotado por las personas en un régimen individualista: o las personas tienen a su disposición las cosas de la naturaleza y las explotan en provecho propio (derechos reales), o tienen el derecho a la conducta de otra persona para que les procure cosas o servicios (derechos personales). Hasta hace pocos años la explotación de la riqueza se producía principalmente con base en los derechos reales, pero actualmente la tendencia predominante es realizar dicha explotación por medio de los derechos personales, en un régimen ya no individualista sino “colectivo” pero con parámetros capitalistas.

afectan la estructura jurídica intrínseca de las empresas (caso de la fusión, escisión y la transformación); también existen contratos en los que se afecta principalmente la autonomía económica de la empresa al establecerse diversos grados de subordinación frente a otra (caso de las matrices y filiales); y finalmente, se presentan modalidades contractuales en las que no se afecta ni la estructura ni la autonomía económica, sino que simplemente se establecen vinculaciones jurídicas con diferentes grados de compromiso entre empresas autónomas (los denominados contratos de “*colaboración empresarial*”).

Esta última modalidad de integración parcial o cooperación entre empresas independientes, puede tener lugar mediante la utilización de distintos instrumentos jurídicos orientados a diversas finalidades económicas: fortalecer la capacidad competitiva de las empresas con el fin de hacer frente a una competencia transnacional cada vez más intensiva, posibilitar la fusión de capitales nacionales y extranjeros para la realización de grandes proyectos infraestructurales (prestación de servicios públicos, plantas hidroeléctricas, explotaciones mineras, etc.), distribuir los riesgos y cargas financieras entre diferentes agentes económicos, colectivizar entre diferentes empresas el uso del conocimiento, de la alta tecnología y las habilidades modernas de administración empresarial requeridas en la nueva acumulación transnacional, etc. En respuesta a esta realidad en las legislaciones contemporáneas han cobrado vigencia diversas formas de agrupación intermedia empresarial, a través de figuras concretas como el joint ventures, las agrupaciones de colaboración empresarial, las uniones transitorias de empresas, los grupos de interés económico, la sociedad “momentánea y/o en participación”, los consorcios, etc.

Todas las modalidades señaladas anteriormente son en definitiva diversas formas de movilización o agrupación del capital hacia las actividades rentables, a la vez que son diversas formas para realizar la explotación “*colectiva*” pero con parámetros capitalistas de los factores productivos, que dependiendo del grado de compromiso y la finalidad económica que se busca, pueden asumir distintos “ropajes jurídicos”, los cuales oscilan entre los que dan nacimiento a un nuevo sujeto de derecho y los que no lo hacen, dependiendo su conformación además de las regulaciones diferenciales de los ordenamientos jurídicos en que se estructuran.

Se puede afirmar así que la principal tendencia económica de la sociedad contemporánea es su acentuado aspecto *comunitario* en las relaciones socioeconómicas y el hecho de que la *explotación colectiva de los bienes* es una realidad incontrovertible. Estas circunstancias del escenario económico mundial no les permite a las empresas el elegir con facilidad entre vivir agrupadas o mantener su existencia aislada: “*To share or not to share, this is the problem*”. Al igual que el hombre, las empresas en la economía contemporánea se debaten entre el instinto gregario y el deseo de independencia (Arrubla;1992;245).

## **2. EL CARÁCTER SOCIAL DE LAS EMPRESA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991**

En Colombia la consolidación de instrumentos jurídicos que faciliten la movilización eficaz del capital y permitan la explotación “*colectiva*” de los factores productivos con criterios capitalistas, a nivel del derecho societario, no puede darse independientemente de la necesaria adecuación al contexto constitucional conformado a partir de la Carta de 1991. En este sentido, es vital admitir la conveniencia de introducir en el estatuto societario instrumentos jurídicos que permitan al empresario adoptar las nuevas formas de participación en la actividad económica. En el régimen societario se deben incorporar obviamente las nuevas figuras que le son ajenas, pero que resultan útiles para que los empresarios puedan desarrollar su actividad económica de mejor manera en la economía transnacional o puedan aprovechar en mejor forma las nuevas vías para realizar las inversiones. Pero simultáneamente, es necesario no perder de vista el carácter “social” que a partir del contexto constitucional establecido por la Carta de 1991 recae sobre el fenómeno socioeconómico denominado “empresa”.

En efecto, a raíz de la incorporación del Estado Social de Derecho en el país la empresa se concibe como un ente complejo llamado a cumplir funciones diferentes a la tradicional de remunerar el capital, siendo también su finalidad el procurar un beneficio a la sociedad que se traduzca en el logro de mayores grados de equidad y justicia social. Hoy la empresa ocupa un lugar preponderante en la vida social y en el desarrollo económico y por tanto la actual la noción de empresa al reconocer los intereses de otros protagonistas que convergen en ella -*trabajadores, consumidores, competidores y el grupo social en*

*general-* deja de lado la enraizada regulación que restringía el fenómeno de la empresa a la tradicional categoría jurídica de “sociedad mercantil” cuyo eje era el empresario-comerciante: sujeto con ánimo de lucro y titular de la actividad económica organizada (Castro de Cifuentes, 1994, 204-207). En efecto el Constituyente, en la ponencia para primer debate en la plenaria de la Asamblea Constituyente, reconoció la complejidad social del fenómeno empresa y la necesidad de predicarle una función social en razón a los múltiples factores que en ella convergen:

*“Para quienes ven en la empresa primordialmente un conjunto de bienes y servicios, podría parecer innecesario atribuirle una función social, cuando este mismo reconocimiento se ha hecho ya de manera más general con relación al derecho de propiedad (...) En verdad, la empresa, como elemento vivo y fundamental de la economía moderna, es una organización de personas y bienes para el ejercicio de una actividad productiva con un riesgo que soporta el empresario. Como tal, es un ente complejo en el que convergen intereses públicos y privados, sujetos muy diversos (empresarios, empleados y obreros) y bienes de muy distinta naturaleza y régimen (inmuebles, muebles, corporales, incorporeales, en propiedad, en posesión, o simple tenencia). Siendo esto así, es absolutamente inapropiado concebirla como una unidad patrimonial similar a muchas otras que por su naturaleza constituyen objeto de propiedad privada. Por tanto, resulta a todas luces conveniente reconocer la vasta significación social y política inherente a la empresa como principio fundamental para armonizar los derechos y deberes de los diversos sujetos cuyas energías integran una verdadera comunidad de trabajo, de innegable significación en la economía pero no menos en el devenir ordenado de los seres humanos” (Gaceta Constitucional No.80, mayo 23 de 1991, p.19). -negrilla fuera de texto-*

Esta significación social de la empresa legitima al Estado para que ejerza un mayor control sobre los instrumentos jurídicos que facilitan la movilización eficaz del capital y la explotación colectiva de los factores productivos, ya que a través de su utilización abusiva es factible producir hechos como el incremento de la concentración de la propiedad en manos de unos pocos, el malbaratamiento de la actividad económica organizada por las empresas alrededor de unos recursos escasos para la sociedad, el desplume y el “sifoneo” del patrimonio de las pequeñas empresas por parte de las grandes, etc., hechos estos que se apartan claramente de la función social que le corresponde a la empresa en la búsqueda de la justicia social.

### **3. INCIDENCIA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS SOCIETARIOS APTOS PARA LA MOVILIZACIÓN FLEXIBLE DEL CAPITAL Y LA EXPLOTACIÓN COLECTIVA DE LOS FACTORES PRODUCTIVOS**

Dentro de este contexto a continuación se analiza la forma como se produce la armonización entre los instrumentos jurídicos aptos para la movilización del capital o la explotación colectiva de los factores productivos y, el necesario control sobre estos instrumentos para evitar su abuso y desviación de los fines sociales que le corresponden a la empresa en virtud de claros mandatos constitucionales para la instauración efectiva del Estado Social de Derecho.

#### **3.1 RESPETO DE LA GARANTÍA A LA LIBERTAD DE ACTIVIDAD ECONÓMICA E INICIATIVA PRIVADA**

La nueva noción integral de empresa tienen como una de sus finalidades garantizar el ejercicio de los derechos básicos tradicionales del empresario. Por ello, para estimular la constitución, funcionamiento y desarrollo de las empresas la Carta garantiza libertades clásicas como la libertad de iniciativa privada, la libertad de actividad económica, la libre concurrencia, la libre competencia económica, etc. En efecto, aunque estas libertades se encontraban consagrados en la Constitución de 1886, la Constitución Política de 1991 con el fin de perfeccionar su protección, además de reafirmar que el Estado colombiano garantiza la libertad de actividad económica y de iniciativa privada, estableció que nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos para su ejercicio sin autorización de la ley (art. 333-1 CP), y facultó al Estado para que por mandato de la ley impida que se obstruya o se restrinja la libertad económica (art. 333-4 CP).

Estos mandatos constitucionales han sido desarrollados parcialmente al establecerse, por ejemplo, el registro constitutivo de las sociedades; al eliminarse algunos trámites como las autenticaciones, reconocimientos, comparencia personal, declaraciones extrajurios, cuentas de cobro, reconocimiento de personería jurídica, licencias de funcionamiento o; al

prohibirse la exigencias de copias o fotocopias de documentos, prueba de requisitos previamente acreditados, paz y salvos internos que posean las entidades de la Administración pública (Decreto 2150/95). En la reforma del Código de Comercio se aprecia que estos mandatos constitucionales también fueron desarrollados en la nueva configuración del régimen concordatario. En efecto, con el propósito de proteger los derechos de los propietarios o administradores de la empresa, se eliminó el término de caducidad de la petición de apertura del concordato, se suprimió la sanción de inhabilidad para ejercer el comercio y se derogó el régimen penal de la quiebra contemplados en el Decreto 350 de 1989 (Ley 222/95).

### **3.2 DEBER DE PROMOCIONAR LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA**

La nueva noción integral de empresa también tiene como una de sus finalidades el garantizarle al empresario la movilidad flexible de su capital con el fin de que pueda afrontar los efectos de la internacionalización de la economía, especialmente la competencia de grandes empresas transnacionales. Esto en razón a que en la fase actual de la producción capitalista, caracterizada por la internacionalización de la economía y la circulación acelerada de los flujos monetarios, se impone como una necesidad prioritaria que se le garantice al empresario la posibilidad de movilizar con flexibilidad su capital hacia el sector de la producción o hacia la actividad económica en la que encuentre mejores rendimientos. Esta realidad se encuentra acogida en la Constitución de 1991 cuando en los artículos 226 y 227 se consagra como un deber del Estado la promoción de la internacionalización de la economía nacional y la integración económica con otros países. Esta promoción de la internacionalización de la economía debe ser acompañada necesariamente por los instrumentos jurídicos que *“le garanticen al empresario la movilidad flexible de su capital”*, ya sea para unirlo a otros capitales en la explotación de una actividad económica o para apartarse de los mismos en busca de mejores rendimientos.

A tal efecto, en el trámite de la Reforma del Código de Comercio se contemplaron diversos mecanismos garantistas para afrontar la internacionalización de la economía y asegurar la movilización flexible del capital<sup>2</sup>. Pero en el texto definitivo de la Reforma sólo quedaron consagradas dos figuras íntimamente relacionadas con la garantía de la movilización flexible del capital de las empresas. La primera, es la “fusión” de empresas, en virtud de la cual dos o más empresas se unen para formar un sólo ente jurídico. Mientras que la segunda, la “Escisión”, permite convertir una empresa en dos o más diferentes. Con el fin de facilitar estos procesos se validaron las posibilidades de excindirse sin disolverse, o excindirse disolviéndose pero sin liquidarse, mediante la figura de liquidación por aporte en bloque (Art. 3, Ley 222/95). Estas dos figuras garantizarán que el capital se movilice ya sea para juntarse en un solo ente que afronte la eventual competencia de grandes empresas transnacionales, o para dividirse en diferentes empresas que se especialicen y compitan así mejor en un renglón productivo específico.

Al lado de estas figuras, la reforma instituyó el “derecho de retiro” en virtud del cual *“...cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad”*. Este derecho constituye una garantía para que el empresario movilice su capital hacia actividades en las que encuentre mejores rendimientos o en las que no comprometa con mayor responsabilidad su patrimonio. Sin embargo, el ejercicio de este derecho no es absoluto ya que se encuentra limitado por la posibilidad que tiene la entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control de determinar la *improcedencia* del derecho de retiro, cuando el reembolso de las cuotas, acciones o partes de interés a los socios que ejercen el derecho afecten substancialmente la prenda común de los acreedores poniendo en peligro la empresa. De otro lado, el derecho de retiro conlleva para quienes lo ejercen

---

<sup>2</sup> En el proyecto de ley inicial se regulaba la formación de conglomerados a través de los contratos de colaboración empresarial: en el artículo 404, figuraba el denominado “contrato de agrupación”, en virtud del cual dos o más personas “...se unen para facilitar o desarrollar determinadas fases de su actividad económica o para mejorar o incrementar los resultados de ésta...”. Del mismo modo, en el artículo 405 se preveía la colaboración empresarial mediante una “unión transitoria”, en virtud de la cual “...dos o más personas podrán reunirse para el desarrollo y ejecución de una obra o suministro concreto...”. Estas disposiciones no quedaron consignadas en el texto definitivo de la ley, no obstante lo cual en la práctica dichos convenios se producen y se seguirán produciendo debido a la necesidad de que diferentes empresas se unan y colaboren en la explotación de una determinada actividad económica con el propósito de afrontar la competencia que representa la llegada al país de las empresas transnacionales.

una *responsabilidad subsidiaria* por el término de un año frente a las obligaciones sociales contraídas hasta la inscripción del retiro en el registro mercantil (Arts 12-17, Ley 222/95).

### **3.3 CONTROL SOBRE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS SOCIETARIOS UTILIZADOS PARA LA MOVILIZACIÓN FLEXIBLE DEL CAPITAL**

La Constitución Política de 1991 al reconocer a la empresa la calidad de «base de desarrollo» es decir, motor del crecimiento y bienestar económico de los colombianos, cambia la visión propia del Estado Liberal Clásico, según la cual la libertad de iniciativa económica tenía como finalidad preponderante y casi única la satisfacción de intereses particulares de corte individualista. Bajo el esquema del Estado Social de Derecho, sigue siendo lícita la búsqueda de satisfacción de intereses individuales a través de la empresa, y en particular, la retribución al empresario por el capital de riesgo que ha comprometido en la actividad económica (ánimo de lucro), pero la función social que se atribuye a la empresa y al empresario se manifiesta en la obligación constitucional a cargo del Estado de tutelar simultáneamente los intereses de otros protagonistas que convergen alrededor del fenómeno de la empresa. A tal fin el Estado tiene la obligación de ejercer un mayor control sobre los instrumentos jurídicos para la movilización eficaz del capital y la explotación colectiva de los factores productivos cuando son distorsionados de su función social y utilizados exclusivamente para el incremento de la concentración de la propiedad en manos de unos pocos, el malbaratamiento de la actividad económica organizada por las empresas alrededor de unos recursos escasos para la sociedad o el desplume y el “sifoneo” del patrimonio de las pequeñas empresas por parte de las grandes.

El fundamento constitucional para intervenir con esta finalidad es múltiple: la promoción del acceso a la propiedad (art. 60-1 CP), la racionalización de la economía con la finalidad de mejorar la calidad de vida de los habitantes y asegurar la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo (art. 334 CP) y, el deber estatal de evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (art. 333-4 CP). De la conjugación de estos preceptos constitucionales surge para el Estado la obligación de evitar o controlar no sólo la concentración de la propiedad sino el abuso que hagan las personas o las empresas de su posición dominante en el mercado nacional. El cumplimiento de este deber implica que el Estado actúe con énfasis sobre los aspectos básicos que se prestan para la concentración de la propiedad. En el caso de las empresas, el Estado tiene la obligación de controlar los instrumentos jurídicos para la movilización flexible del capital tales como las tomas de control, la conformación de grupos económicos y el abuso de la personalidad jurídica. A continuación se destacan algunas limitaciones que legítimamente puede imponer el Estado cuando específicamente se presenta utilizations indebidas de los mecanismos que tiene previsto el ordenamiento jurídico para garantizar la movilidad flexible del capital.

#### **3.3.1 Límites a las tomas de control de las empresas**

Un factor importante en la economía moderna y que cada día cobra mayor trascendencia, no es tanto la titularidad efectiva de la riqueza, sino el control que sobre ella se ejerce. El control implica la facultad, el poder de disponer de los bienes ajenos como si fueren propios. Controlar una empresa equivale tanto como a poder servirse de los bienes de ella, de tal manera que el controlante se convierte en “señor de su actividad económica”. Este control puede hallarse disociado de las funciones administrativas orgánicas propias de la sociedad y disociado también de la propiedad formal de los bienes; es por lo tanto una especie de *derecho de actuación sobre la esfera jurídica ajena*. Sin embargo, la toma de control de una empresa por si misma no es perjudicial, pero puede llegar a constituirse en un obstáculo para la desconcentración de la propiedad privada. Incluso llega a ser peligrosa, cuando la toma de control es ejercida en desventaja y detrimento de la propiedad de la empresa controlada.

Existen tres formas de toma de control sobre una empresa. La primera, consiste en el *control de la gestión administrativa*, la cual conlleva la facultad o el poder de designar la mayoría de los miembros de la junta directiva, al presidente, gerente o representante legal de la empresa controlada. La segunda, consiste en el *control de la gestión económica* de la empresa, lo que conlleva el poder de imponer a los órganos de dirección, administración y representación legal de una sociedad, directrices sobre la adquisición de activos fijos, materias primas e insumos, producción, distribución o venta de productos o

mercancías; o sobre los medios, los planes, métodos y prácticas para la prestación del servicio que ofrece al mercado. Finalmente, se entiende por *control financiero* la concesión de créditos condicionados o cuando la amortización de éstos no se estipule y realice en moneda legal sino en cualquier contraprestación o actividad substitutiva.

Cualquiera sea la modalidad de toma de control que se adopte, los peligros se presentan cuando ese control se produce en desventaja de la empresa subordinada y cuando su propiedad es drenada o “*sifoneada*” hacia el patrimonio de la empresa controladora. Por ejemplo, un grupo toma el control de una empresa cualquiera, el mismo grupo posee otras empresas que usan materia prima producida por la empresa controlada. Al decidir las políticas económicas y de gestión de la empresa cuyo control se ha logrado, el grupo mayoritario puede determinar una baja en el precio de venta de la materia prima para sus empresas consumidoras de la misma. De esta forma se sifonea las utilidades de la empresa controlada con perjuicio para los accionistas minoritarios de la misma y en beneficio de la empresa controladora, además de que esta acción se constituye en una práctica evidente encaminada a la concentración de la propiedad.

Por estos motivos es necesaria una mayor vigilancia y seguimiento sobre las tomas de control de las empresas. A este respecto la Reforma al Código de Comercio en sus artículos 26 y 27 regula las situaciones en que se configura *la subordinación y la toma de control de una empresa*. En efecto, las tres modalidades de tomas de control descritas anteriormente se encuentran consagradas como presunciones de subordinación en el artículo 27 de la Reforma, en él se establece que una empresa está subordinada cuando se encuentra en alguna de las siguientes situaciones: a) cuando más del 50% del capital pertenece a la matriz; b) cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o la asamblea, o este número de votos sea suficiente para elegir a la mayoría de los miembros de la junta directiva; c) cuando la matriz en razón de actos o negocios realizados con la sociedad controlada o sus socios, ejerza influencia en la decisiones de los órganos de administración de la sociedad. Además se contempla que en los casos en que se presente cualquiera de estas situaciones involucrando no a una sociedad controlante sino a una persona natural o jurídica de naturaleza no societaria se presumirá también la subordinación. Por su parte en el artículo 26 de la reforma se define como *subordinación* aquellas situaciones en las que el poder de decisión de una sociedad se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en cual aquella se denomina filial, o indirectamente, es decir con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

Con el fin de restringir el control que ejercen las sociedades matrices sobre sus filiales o subsidiarias, la reforma facultó a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso de Valores o Bancaria para: a) declarar, de oficio o a solicitud de parte, la situación de vinculación y ordenar la inscripción en el registro mercantil, en los casos en que configure una situación de control que no haya sido declarada ni presentada para su inscripción, e imponer las sanciones a que haya lugar por dicha omisión (multas sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos mensuales en el caso de la Supersociedades); b) comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados y ordenar la suspensión de tales operaciones si lo considera necesario; c) decretar de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor la acumulación de los concordatos que se adelanten contra entidades vinculadas entre si por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que estas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas (Arts. 30,31, 148, Ley 222/95).

Así mismo con el fin de restringir el control que ejercen las sociedades matrices sobre sus subordinadas la reforma diseñó los siguientes mecanismos: a) la matriz o sociedad controlante tiene la obligación de elaborar y difundir estados financieros de propósito general consolidados que presenten la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz a sus subordinadas como si fuesen un sólo ente. Estos estados financieros deben ser depositados en la Cámara de Comercio del domicilio social; b) la matriz tiene el deber de contabilizar las inversiones en las sociedades subordinadas en sus libros por el método de participación patrimonial; c) la reforma declara como ineficaz los negocios celebrados con el objetivo de que las sociedades subordinadas tengan a cualquier título, parte de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen; d) igualmente condicionó el pago de dividendos en acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad a la expresa aceptación de los socios en todos los casos en que se configure una situación de control (Arts. 32, 33, 35 y 40 Ley 222/95).

### 3.3.2 Límites a los grupos empresariales

Otro tema importante por las posibilidades que tiene de convertirse en un obstáculo a la desconcentración de la propiedad y por prestarse para abusos entre las grandes y las pequeñas empresas es el fenómeno de la formación del *"grupo empresarial"*. En la doctrina general se distingue entre lo que se denomina *"grupo de sociedades"* y el *"conglomerado de sociedades"*. El grupo de sociedades designa la existencia de dos o más sociedades que están vinculadas por una relación de dependencia o subordinación, además de existir una dirección unificada que las rige a todas. Esta unidad de dirección determina que las decisiones empresariales sean tomadas en una sociedad (matriz o controlante) y que sean respetadas y seguidas por la restantes (filiales, subsidiarias, dominadas). De forma contraria, el conglomerado denota relaciones de control en las que sin embargo se respeta la autonomía de decisiones de las sociedades dominadas así como su autonomía patrimonial. Por lo tanto, en el conglomerado a pesar de darse relaciones de control éstas no presentan una dirección unificada en relaciones de subordinación, sino que existen relaciones de colaboración y coordinación (Dobson, 356-358).

En el país la reforma del Código de Comercio intentó regular este fenómeno. En efecto, al consagrar en el artículo 28 la definición de *"grupo empresarial"*, se acogió realmente lo que en la doctrina general se conoce como *"grupo de sociedades"*, quedando sin regulación el fenómeno del *"conglomerado de sociedades"*<sup>3</sup>. Es natural que la preocupación del legislador se haya centrado en el grupo empresarial, por cuanto en éste existe mayor posibilidad de que se cometan abusos por la desviación de la actividad, la autonomía y el patrimonio de las empresas subordinadas.

Con el fin de ejercer un control sobre los grupos empresariales la reforma además de los controles previstos para limitar las relaciones de subordinación en los eventos en que se configure una situación de control, facultó a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso de Valores o Bancaria para: a) determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan; b) ordenar la inscripción en el registro mercantil, en los casos en que configure un grupo empresarial que no haya sido declarado ni presentado para su inscripción, e imponer las sanciones a que haya lugar por dicha omisión; c) constatar la veracidad del contenido de los informes especiales que los administradores de sociedades controladas y los de sociedades controlantes deberán presentar ante sus asambleas o juntas de socios (Arts. 28-30 de la Ley 222/95).

Pese a estos importantes límites al control que ejercen las sociedades matrices sobre sus subordinadas, hay que advertir que se perdió la oportunidad de regular de manera más eficaz los procesos de concentración de la propiedad que se producen a través de la consolidación de los grupos de sociedades. Por ejemplo, se hubieran podido tener en cuenta las propuestas realizadas al respecto por la Sociedad Económica de Amigos del País, resaltándose las siguientes: a) la consolidación de un sistema de garantías que podían ser exigidas por las empresas dominadas a las empresas dominantes, en el sentido de que aquellas no sufrirán perjuicios en su patrimonio debido a las directrices de las políticas empresariales ordenadas por las empresas dominantes. b) la consagración de una responsabilidad solidaria por las obligaciones a cargo de cualquiera de las empresas del grupo. c). la prohibición de que se constituyan grupos empresariales entre empresas del sector financiero con empresas de otros sectores de la economía, fundamentalmente para evitar el desvío de recursos captados del público hacia el beneficio exclusivo de empresas dominantes en otras actividades económicas.

### 3.3.3 Deber de impedir el abuso de la personería jurídica: el "Disregard" en el derecho colombiano

Un instrumento valioso para controlar las prácticas arbitrarias cometidas en las tomas de control y los abusos de la personalidad jurídica es la teoría del *"descorrimiento del velo"*

---

<sup>3</sup> Según el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 se entiende que hay "Grupo Empresarial" cuando además del vínculo de subordinación entre las empresas, existe también unidad de propósito y dirección. Asimismo, se entiende que esta unidad existe cuando las actividades de todas las empresas persiguen la consecución de un objetivo determinado por la empresa matriz o controlante, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de las subordinadas.



*societario*". En sentido estricto la sociedad y sus socios se consideran para todos los efectos como sujetos diferentes, sin que puedan establecerse entre ellos vasos comunicantes de ninguna naturaleza. No obstante, este concepto no es absoluto, sino que está condicionado a que la sociedad no se haya constituido o utilizado para "*finés diferentes de los sociales*", o para defraudar la ley, o derechos de terceros. En estos eventos según la teoría del *disregard* la personalidad jurídica de la sociedad, como ente independiente, puede ser desconocida de manera total o parcial. (Cuberos;1994:7-8)

El artículo 2º del proyecto de reforma al Código de Comercio buscaba introducir en el ordenamiento positivo colombiano esta institución, para lo cual establecía la "*responsabilidad solidaria*" de los socios, administradores o sociedad controlante, respecto de las obligaciones sociales correspondientes. Sin embargo, esta institución concebida para combatir principalmente a los denominados "*delincuentes de cuello blando*", apenas fue tenida en cuenta en el primer debate del proyecto. Este recorte ha originado el comentario casi generalizado de que el *disregard* fue suprimido totalmente del sistema jurídico colombiano. Sin embargo, un análisis más detallado permite concluir que dicha figura si está incorporada en la legislación nacional, pues expresamente el art. 44 del Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995) prescribe: "*las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta*". Si bien es cierto que esta figura no fue reglamentada en forma detallada como si lo hacía el proyecto de reforma al Código de Comercio, es claro que aunque esté concebido como un instrumento útil para combatir la corrupción, no por ello debe restringirse su aplicación como un mero apéndice de la legislación criminal, sino que debe dársele los alcances patrimoniales propios del *disregard*, es decir, mediante el reconocimiento de la responsabilidad solidaria e ilimitada a cargo de quienes abusen de la personalidad jurídica de una sociedad, pues en últimas es ésta una de las modalidades más típicas de la corrupción en el país con claros efectos de responsabilidad civil a nivel patrimonial.

Debe entenderse dentro de una interpretación extensiva y teleológica, que cuando el Estado en el artículo señalado autoriza el levantamiento del velo corporativo para "*determinar el verdadero beneficiario de las actividades de la empresa*", lo hace para que respecto de éste último en casos de actuaciones irregulares o ilícitas se deriven todas las responsabilidades correspondientes, sean éstas de tipo penal, administrativa, tributaria y civil, ya que carecería de sentido la norma al quedarse simplemente en la identificación del real beneficiario de la actividad de la sociedad sin aplicarle la sanciones correspondientes en el caso en que se configure un abuso de la personalidad jurídica. Además, no es posible limitar el alcance de la norma en cuanto al tipo de responsabilidad que se derivaría, ya que el legislador no ha realizado una distinción en la ley a este respecto y por lo tanto le está vedado hacerla al intérprete.

Adicionalmente a lo expresado en el Estatuto Anticorrupción, en la propia reforma al Código de Comercio se le dio piso legal a una *modalidad específica del disregard* que operaría exclusivamente en los casos en que empresas subordinadas se encuentren en situación concursal a causa del control ejercido por la empresa matriz. En efecto, como ya se mencionó la teoría del descorrimiento del velo societario es una excepción al régimen de limitación de la responsabilidad que se produce a través de la vía societaria, ya que mediante el desconocimiento judicial de la personalidad jurídica de la sociedad es posible atribuir una responsabilidad patrimonial en cabeza de un tercero que inicialmente no estaba obligado.

A este respecto en el trámite de la ley de reforma al Código de Comercio se eliminó la norma que pretendía que por regla general la sociedad controlante asumiera una "*responsabilidad subsidiaria*" frente a las obligaciones de la sociedad subordinada<sup>4</sup>. No obstante, este tipo de responsabilidad fue reconocida de manera exclusiva en los eventos del concordato y la liquidación obligatoria. En efecto la sociedad matriz o controlante está obligada a responder en forma subsidiaria por las obligaciones de la sociedad subordinada que se encuentre en situación concursal por causa o con ocasión de sus actuaciones, en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en situación concursal. Adicionalmente, con el fin de hacer efectiva la aplicación de esta norma se estableció para estos casos la presunción de que la situación concursal en que se encuentra la

---

<sup>4</sup> La norma en referencia disponía: "*Quien de conformidad con lo establecido en la ley, ejerza el control de una sociedad, responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de la sociedad subordinada, cuando ésta se encuentre imposibilitada para cumplir sus obligaciones de contenido patrimonial, siempre que tal estado haya sido producido por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad controladora*"

sociedad subordinada se debe directamente a las actuaciones del control ejercidas por la matriz<sup>5</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

Mientras que el Estado Liberal Clásico aparece garantizando los derechos de los empresarios, creando un campo de defensa dentro del cual el individuo podía desenvolver sus actividades sin reatos ni temores, en la afirmación más absoluta de sus derechos individuales: sin intromisiones de terceros, sin limitaciones de ninguna especie, sin cargas o deberes sociales en su ejercicio; en el Estado social de Derecho adoptado en el país, la intervención estatal no se limita a garantizar los derechos de los propietarios de las empresas o de sus administradores, pues adicionalmente el Estado tiene la obligación jurídica y ética de promover los derechos de otros sujetos que convergen en las empresas y por ello está legitimado por la propia Constitución para imponer algunas limitaciones al ejercicio de los derechos de los propietarios de las empresas o de sus administradores.

Esta circunstancia explica porqué si bien en el desarrollo de nuestro régimen societario es necesaria la implementación de instrumentos jurídicos que le permitan al empresario afrontar las nuevas condiciones de la producción y la competencia transnacional, permitiendo la flexibilización de la movilidad del capital hacia las actividades rentables según las circunstancias del mercado, también es esencial tomar conciencia de lo fundamental que es mantener controles derivados de claros mandatos constitucionales para evitar que estos instrumentos permitan actuaciones abusivas que desvíen la empresa de su función social. La Reforma al Código de Comercio como se vio dio un primer paso en esta dirección, sin embargo el esfuerzo del Estado y en general de la sociedad colombiana no puede limitarse a la creación y aplicación de los mecanismos aquí señalados.

#### 5. BIBLIOGRAFÍA

Arrubla Paucar, Jaime, Contratos mercantiles, contratos atípicos. Tomo II, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1991.

Asamblea Nacional Constituyente. Gaceta Constitucional, N° 80

Castro de Cifuentes, Marcela. "Algunas reflexiones en torno a una propuesta de reforma al Código de Comercio". Revista de derecho privado, No 14, junio de 1994.. Universidad de los Andes.

Cuberos, Gustavo. "Proyecto de reforma al Código de Comercio" (segunda entrega). Revista de Fenalco, No 10, febrero de 1994.

Dobson, Juan M. El Abuso de la Personalidad Jurídica. Capítulo IX . p 358-363.  
Laguado Monsalve, Dario. Los Grupos de Interés Económico. Revista de Derecho Económico N° 2.

Manrique, Carlos E, Introducción a la Titularización, Aspectos Jurídicos, Asobancaria, 1994.

---

<sup>5</sup> Parágrafo art. 148 Ley 222 de 1995. *"Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente".*

**INCIDENCIA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS SOCIETARIOS APTOS PARA LA MOVILIZACIÓN FLEXIBLE DEL CAPITAL Y LA EXPLOTACIÓN COLECTIVA DE LOS FACTORES PRODUCTIVOS (UN DIAGNOSTICO A TRAVÉS DE LA LEY 222 DE 1995)**

**1. MOVILIZACIÓN EFICAZ DE CAPITALES Y EXPLOTACIÓN “COLECTIVA” DE LOS FACTORES PRODUCTIVOS .....2**

**2. EL CARÁCTER SOCIAL DE LAS EMPRESA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991 .....3**

**3. INCIDENCIA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS SOCIETARIOS APTOS PARA LA MOVILIZACIÓN FLEXIBLE DEL CAPITAL Y LA EXPLOTACIÓN COLECTIVA DE LOS FACTORES PRODUCTIVOS .....4**

3.1 RESPETO DE LA GARANTÍA A LA LIBERTAD DE ACTIVIDAD ECONÓMICA E INICIATIVA PRIVADA .....4

3.2 DEBER DE PROMOCIONAR LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA .....5

3.3 CONTROL SOBRE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS SOCIETARIOS UTILIZADOS PARA LA MOVILIZACIÓN FLEXIBLE DEL CAPITAL .....6

    3.3.1 Límites a las tomas de control de las empresas.....6

    3.3.2 Límites a los grupos empresariales .....8

    3.3.3 Deber de impedir el abuso de la personería jurídica: el “Disregard” en el derecho colombiano.....8

**4. CONCLUSIÓN .....10**

**5. BIBLIOGRAFÍA .....10**