

*Derecho comercial*



# Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano

La sociedad y la empresa como institución

JULIO ATEHORTÚA OCHOA

*SUMARIO: Premisa- I. La personalidad jurídica- A. Visión general de la persona jurídica como sujeto de derecho- B. Teorías fundamentales sobre la naturaleza de la persona jurídica y del acto constitutivo de la sociedad. Hacia una nueva elaboración conceptual de la personalidad colectiva- II. Vigencia de la perspectiva institucional de la sociedad y la empresa en el régimen mercantil colombiano- A. La concepción organicista como fundamento de la tesis institucional de la sociedad- B. Manifestaciones del institucionalismo en la legislación comercial- Conclusiones.*

## PREMISA

La noción de persona jurídica en cuanto elaboración conceptual de los tiempos modernos resulta ser abstracta y compleja. Ello ha dado lugar a diversos y encontrados planteamientos teóricos, con el propósito, aún no logrado, de explicar de manera satisfactoria su naturaleza dentro de la concepción contemporánea del derecho. De ahí que el tema sea uno de los más debatidos dentro de la iusfilosofía y la dogmática jurídica.

Para los fines de este estudio se analizan desde el punto de vista jurídico los aspectos fundamentales de las diferentes tesis sobre la esencia, estructura y funcionamiento de la persona moral y su vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano, teniendo en cuenta la recepción en nuestro derecho de los principales movimientos doctrinarios que han influido sustancialmente en su desarrollo; se busca igualmente determinar si las grandes crisis recurrentes a las que se ha visto sometida la construcción conceptual o científica de la persona jurídica es posible seguir explicándolas a la luz de las posiciones tradicionales o si, por el contrario, es necesario encontrar nuevos parámetros que permitan una moderna elaboración por la ciencia del derecho de la teoría de la personalidad colectiva.

Se parte de la visión general de la persona jurídica como sujeto de derecho, de la exposición de las teorías que han tratado de explicar y profundizar la naturaleza del acto creador de la sociedad comercial como persona jurídica, y de la

vigencia de la perspectiva institucional de la organización colectiva como una realidad en el orden económico y social colombiano.

La evolución doctrinaria y jurisprudencial con relación al derecho de sociedades ha conducido a redimensionar dos temas que históricamente han sido los centros de mayor desarrollo en el ámbito de las sociedades por acciones y en particular de la sociedad anónima, como son la personalidad jurídica y la limitación de la responsabilidad. El estudio de las principales concepciones que analizan la razón de ser de la personalidad sirve para establecer el marco legal de actuación, función y responsabilidad, y contribuye a entender qué actitud debe adoptar el legislador y los juristas que las crean e interpretan de frente al nuevo contexto jurídico, político y económico.

Se cuestiona entonces si en el derecho positivo colombiano, en la jurisprudencia y en la doctrina se encuentra vigente la concepción institucionalista y cuáles son sus principales efectos, intentando definir las discusiones existentes sobre la naturaleza de la sociedad y la empresa y su función social y económica en la actividad empresarial del país; debate que adquiere mayor relevancia si se consideran los principios fundamentales sobre los que se estructura la Constitución Política de 1991, en cuanto a la adopción del Estado social de derecho<sup>1</sup> y específicamente en lo referente a la libertad de la actividad económica, la iniciativa privada y la libertad de empresa, cuando se establece que debe realizarse dentro de los límites del bien común y del interés público y social<sup>2</sup>.

Desde la perspectiva de la teoría del "interés social" de la persona jurídica, sociedad como institución y sociedad como contrato, es necesario plantear el interrogante que una parte de la doctrina se formula en el debate contemporáneo, en cuanto a si la concepción sobre la esencia de la personalidad colectiva corresponde a una ficción, a una realidad, a una institución jurídica o a un simple contrato; o más bien, en cuanto a la medida en que los atributos del organismo social tienen aplicación en la práctica luego que se ha constituido y reconocido legalmente<sup>3</sup>.

- 1 La Constitución de 1991, al establecer un Estado social de derecho, plantea un pacto social para la satisfacción de los derechos fundamentales, la igualdad jurídica, la libertad civil y la garantía de propiedad; y también para la progresiva observancia de los derechos sociales, económicos y culturales. No obstante la realidad en estas dimensiones dista sustancialmente de las condiciones objetivas requeridas, a tal punto que todavía no se ha logrado siquiera implantar un verdadero Estado de Derecho.
- 2 Cfr., sobre el contenido esencial y los límites constitucionales del derecho a la libertad económica, Corte Constitucional. Sentencias C-006 de 1993, T-461 de 1994, C-332 de 2000, C-616 de 2001 y C-384 de 2003.
- 3 Se sostiene por una parte de la doctrina que más importante que la concepción que se escoja respecto a la naturaleza de la sociedad es la determinación y análisis de los efectos jurídicos que se producen luego que ha surgido a la vida jurídica; es lo que ha dado en llamarse por parte de la doctrina "el desarrollo técnico de la personificación jurídica". Cfr. F. REYES VILLAMIZAR. *Derecho societario*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 2004, 175; J. GABINO PINZÓN. *Sociedades comerciales –teoría general–*, vol. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1988, 42.

Se debe precisar que no será objeto de este trabajo la evolución y el origen histórico del concepto de persona jurídica y que el alcance, desde el punto de vista de la clasificación, está referido a las personas jurídicas de derecho privado, y dentro de ellas a las sociedades comerciales. No comprende el estudio de las personas jurídicas de derecho público, que, como el Estado y las demás entidades que hacen parte del aparato estatal, corresponden a verdaderas instituciones sociales por excelencia, vitales en cualquier organización democrática, con regulación propia, reglas de constitución, funcionamiento y control específicos<sup>4</sup>.

## I. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

### A. Visión general de la persona jurídica como sujeto de derecho

Jurídicamente, por persona se entiende todo ser capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones. La expresión persona no indica sólo la física o natural, puesto que también existe la jurídica, de creación o reconocimiento legal según el artículo 73 C. C. que dice: "las personas son naturales o jurídicas".

En relación con el concepto de persona jurídica, el artículo 633 C. C. establece: "se llama persona jurídica, una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente", o como lo advierte ANGARITA, es "un sujeto de derecho distinto de la persona humana o física y con existencia real aunque colectiva"<sup>5</sup>. Conforme al Código Civil colombiano, las personas físicas o naturales son reales y en tal condición se contraponen a las jurídicas como personas ficticias, concepto que ha generado múltiples controversias doctrinarias en diferentes sistemas jurídicos, al denominárseles también personas morales o colectivas<sup>6</sup>.

La noción de persona comprende ante todo un sujeto de derechos, o sea, la capacidad para ser sujeto activo o pasivo de las normas jurídicas, especialmente de los hechos y de las consecuencias jurídicas. La personalidad, tanto la atribuida al ser humano como la que se atribuye a las asociaciones de hombres o a ciertos capitales afectados al cumplimiento de un fin, es sólo una creación de la técnica jurídica, una categoría sin la cual es imposible la construcción de un ordenamiento jurídico.

4 Se parte del reconocimiento de que la fuente de legitimación democrática de un Estado reside en el estricto desempeño de su papel como institución social catalizadora de intereses colectivos y en el cumplimiento de sus responsabilidades sociales.

5 J. ANGARITA GÓMEZ. *Lecciones de derecho civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Edit. Temis, 1998, 56.

6 SAVIGNY se aparta de la expresión persona moral por considerar que ella no atiende a la esencia del sujeto requerido por el derecho subjetivo, pues la referencia a la moralidad lleva a una esfera ideológica distinta de la jurídica y a veces inconciliable con ella, por ello introduce el término persona jurídica, como ente ficticio y de capacidad artificial. Cfr. A. VALENCIA ZEA. *Derecho civil, parte general y personas*, 8.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Edit. Temis, 1979, 608 y ss.

La personalidad, en sentido jurídico, se constituye por un conjunto de atributos o cualidades que se predicán de ciertos seres, especialmente de los humanos; en consecuencia, persona, jurídicamente, quiere decir ente que tiene función jurídica, cualidades en el derecho y capacidad.

El expositor francés SALEILLES advirtió:

... la idea de personalidad en todas sus acepciones, aun la atribuida a los seres humanos, es, ante todo, una concepción jurídica. Sin duda es una realidad, pero se trata de una realidad jurídica [...] una realidad jurídica implica una relación que se establece entre una realidad exterior y una concepción del espíritu [...] la personalidad es una relación de este género; es el conjunto de condiciones bajo las cuales nosotros consideramos que un ser del mundo exterior [...] es capaz de derechos; es la relación que se establece entre esta individualidad [...] y la apropiación de derechos<sup>7</sup>.

La doctrina moderna, de manera especial la denominada teoría pura del derecho de HANS Kelsen, considera que "la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son 'reales' las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa". La persona jurídica, bajo esta perspectiva de la teoría pura, es "concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos o como un organismo social superior a los individuos que la componen. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre"<sup>8</sup>.

Desde la perspectiva de la teoría tridimensional del derecho, se hace necesario describir las tres dimensiones dinámicas de la persona jurídica que permiten conocer su propia realidad y naturaleza: la dimensión sociológico-existencial, es decir, el substrato humano que la conforma; la dimensión axiológica, matizada por un fin o unos objetivos colectivos y comunes; y la dimensión formal-normativa, que producto de la técnica jurídica se le considera una unidad formal, con una especial regulación normativa<sup>9</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, la personalidad jurídica societaria puede entenderse sobre la base del concepto de persona en general, que a su vez es función de la idea de persona física o de existencia visible. La técnica inmediata del orden jurídico es imputar esos derechos, obligaciones y responsabilidades a las

7 R. SALEILLES. *De la personnalité juridique*, Paris, 1910; la cita se toma del extracto que de la obra de SALEILLES realiza J. BONNECASE en su *Supplement a l'œuvre de Baudry-Lacantinerie*- t. IV, n.º 98 y ss.

8 H. Kelsen. *Teoría pura del derecho*, 16.ª ed., Buenos Aires, Edit. Universitaria de Buenos Aires, 1979, 127 y 128.

9 Cfr. C. FERNÁNDEZ SESSAREGO. "Visión tridimensional de la persona jurídica", en esta *Revista*, n.º 1, enero-junio de 1997, 21 y 22.

personas físicas. Desde el concepto jurídico básico, las personas de existencia visible y las de existencia ideal o personas jurídicas tienen en común el ser personas, o sea entes a los que se les atribuyen derechos, deberes y responsabilidades. Las personas jurídicas se caracterizan porque, a diferencia de las personas de existencia visible, basan sus efectos y contenidos normativos en una realidad fáctica constituida por conductas de una pluralidad de individuos de existencia física; son, pues, una realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone<sup>10</sup>.

En suma, por persona en general se entiende todo ser sujeto de derechos y de responsabilidades. La simple asociación de hombres para un fin determinado es insuficiente de por sí para constituir la personalidad moral; para que se lo considere como un ente distinto de quienes lo forman, para que sea un ser diferente es necesario que sea producto del derecho objetivo, es decir, que tenga un reconocimiento de la autoridad. FERRARA afirma que "el reconocimiento produce precisamente la personalidad, concede la forma unitaria, imprime este sello jurídico a las organizaciones sociales, y éste es un efecto nuevo que antes no existía y que las partes eran por sí solas impotentes para producir. Las personas jurídicas existen sólo en el derecho y por el derecho. Faltando el reconocimiento no hay más que colectividades de individuos"<sup>11</sup>.

## **B. Teorías fundamentales sobre la naturaleza de la persona jurídica y del acto constitutivo de la sociedad. Hacia una nueva elaboración conceptual de la personalidad colectiva**

En esta parte se describen las más importantes y diferentes doctrinas que con un carácter instrumental han buscado explicar la naturaleza jurídica de la persona moral y la del contrato o acto constitutivo de la sociedad; y que han tratado de sustentar la esencia de la persona jurídica y de la sociedad comercial como una subespecie de la misma y sus relaciones con el derecho subjetivo y la teoría general del derecho, dentro del respectivo campo en que se ha de aplicar. Se explican las principales tesis con el propósito de conocer sus características y particularidades que permitan demostrar su vigencia y aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz del derecho positivo, la jurisprudencia y la doctrina<sup>12</sup>. En cuanto a la persona jurídica, examinaremos las principales concepciones, a saber: la de la ficción legal, la de patrimonios de afectación, y la organicista; y con

10 G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. *Derecho societario –parte general–. La personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1994, 34 y ss.

11 F. FERRARA. *Teoría de las personas jurídicas*, trad. de la 2.ª ed., Madrid, Edit. Reus, 1929, 3.

12 Son conocidas fundamentalmente la teoría de la ficción, la teoría orgánica o de realidad objetiva, la de realidad técnica o formal y las tesis eclécticas. Cfr. el artículo de C. E. LEÓN VERGARA. "Las personas jurídicas en el ámbito del derecho civil", en esta *Revista*, n.º 2, julio-diciembre de 1997, 96.

relación al acto que da origen a la vinculación de los socios, analizaremos las más importantes vertientes contractualistas y la teoría institucionalista.

El estudio se esmera en demostrar que sobre el concepto de "intereses sociales" se han estructurado y enfrentado dos teorías opuestas –la institucionalista y la contractualista– referidas a las sociedades por acciones. Doctrinas que no solo atienden al estudio de la realidad normativa, sino a verdaderas ideologías políticas de las sociedades de capital, que como la teoría institucionalista, de manera especial, promueve una transformación del derecho vigente, y corresponde al legislador y al intérprete del derecho positivo darle su real sentido, en desarrollo de los principios, derechos y deberes fundamentales consagrados en el marco del Estado social de derecho por la Constitución Política de 1991.

### 1. Ficción legal

Esta teoría es la acogida por nuestra legislación civil y a su vez fue tomada del Código Civil de don ANDRÉS BELLO, a su turno inspirado en el Código francés y en SAVIGNY, quien vinculó el concepto de sujeto de derecho o persona con el de voluntad de los seres humanos. Por lo tanto sólo son personas los seres dotados de voluntad, vale decir los humanos, por consiguiente, sólo ellos pueden ser sujetos de derecho, por cuanto el derecho subjetivo es un poder que la ley otorga a una voluntad.

SAVIGNY afirma "que el derecho positivo puede crear artificialmente una personalidad jurídica". Estos seres creados artificialmente son ficticios, pues no existen naturalmente de la misma manera que las personas físicas, sino sólo para fines jurídicos"<sup>13</sup>. Esta doctrina consagra que cuando el derecho le atribuye capacidad jurídica a un ser que en realidad no tiene pensamiento ni voluntad, no es sino por ficción que se suple una condición naturalmente indispensable, y esta ficción consiste en admitir que este ser piensa y quiere, aunque en sí sea incapaz. La distinción planteada por SAVIGNY entre plena capacidad para ser titular de derechos adquiridos e incapacidad para ejercerlos figura en los artículos 633 y 1504 C. C.; el primero establece la capacidad de derecho, el segundo, la incapacidad de ejercicio en forma relativa. En este sentido, bajo esta teoría las personas jurídicas son en sí incapaces de obrar; por lo tanto, la persona jurídica debe estar representada en la misma forma que un incapaz. En síntesis, la teoría de la ficción es resultado del postulado de identificar la personalidad con la voluntad del ser humano.

Todos los autores que han estudiado el tema están acordes en criticar la definición del artículo 633 C. C. por incompleta y antitécnica, pues se limita a definir la persona jurídica como persona ficticia y a señalar sus atributos y representación. El contenido de esta norma no permite establecer una clara diferencia entre la persona natural y la persona jurídica, ya que ambas son capaces de

13 SAVIGNY. *Sistema*, tt. I-II, 57 y ss.



ejercer derechos, de contraer obligaciones y de ser representadas. Tampoco es cierto que las únicas clases de personas jurídicas sean las corporaciones y las fundaciones de beneficencia pública, como expresamente lo consagra la mencionada disposición. El propio artículo 635 C. C. se encarga de referirse a otra clase de personas jurídicas, las sociedades industriales, las corporaciones o fundaciones y establecimientos de derecho público.

Una consecuencia de la consagración por nuestro Código de la teoría de la ficción es el que la corporación subsiste a pesar de la desaparición de todos sus miembros, como lo prevé el artículo 648 C. C. Esta doctrina no ha tenido total aplicación en el derecho positivo. El artículo 638 C. C. consagra que la voluntad de la mayoría de los miembros de una corporación es la voluntad de la misma; lo cual indica que reconoce que una persona jurídica es capaz de construir su propia voluntad mediante sus órganos competentes de actuación. Así mismo, el artículo 14 C. P. dispone que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Es decir, la persona jurídica tiene derecho a ser reconocida en su personalidad, a su acto y modo de ser<sup>14</sup>.

Para la interpretación del citado artículo 14 es necesario recurrir al análisis de los pactos y convenciones internacionales, y de ellos se puede deducir que la labor del Estado es de constatación y no de creación. Para el otorgamiento de la personalidad jurídica de la persona moral se requiere de un acto constitutivo, que varía en cada caso, según la calidad de la persona jurídica, de tal manera que la obtención de la facultad de actuar jurídicamente depende del cumplimiento de requisitos por parte de los asociados. Por lo tanto, el derecho a la personalidad jurídica del ente colectivo es un derecho reconocido por la ley y no un acto de creación del Estado. De esta manera, uno de los fundamentos de la tesis de la ficción de que el Estado era el que creaba la personalidad jurídica cesó de tener vigencia en Colombia por los citados artículos 638 C. C. y 14 C. P.<sup>15</sup>.

Con relación al principal efecto del acto constitutivo de la personalidad jurídica societaria, el artículo 98 C. Co. establece: "la sociedad, una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". Como consecuencia de ello puede adquirir derechos, contraer obligaciones y actuar en la vida jurídica como sujeto autónomo, según el artículo 633 C. C., que es aplicable, como principio general, a todas las personas jurídicas, entre ellas a la sociedad comercial; con lo cual se hace resaltar la realidad constituida por una presencia constante de los asociados que no desaparecen

14 En este sentido se refirió la Corte Constitucional en sentencia T-396 del 16 de septiembre de 1993 a propósito de si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales: "la persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana, es cierto, pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad, a ella. No tiene el derecho a la vida, pero sí al respeto a su existencia jurídica (art. 14 C. P.)". También, cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-411 del 17 de junio y T-496 del 1.º de agosto de 1992.

15 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-476 del 29 de julio de 1992.

absorbidos por la persona jurídica, sino que entran a ser y a obrar colectivamente en el campo del derecho, como son y obran colectivamente en la vida de los negocios, independientemente de su autonomía personal en el manejo de sus propios intereses. De este modo es como la sociedad adquiere en el campo del derecho una entidad de sujeto de derechos y obligaciones, distinto de los asociados que individualmente la constituyen.

En los artículos 98 C. Co. y 633 C. C. se pone de manifiesto la más importante de las consecuencias de la personificación jurídica, es decir, la formación de un patrimonio jurídicamente separado del patrimonio individual de los socios, que es, a un mismo tiempo, instrumento y resultante de separar jurídicamente la actividad social o colectiva de la actividad individual de los asociados. La tesis de la ficción ha sido definitivamente abandonada en nuestro derecho, y además es rechazada en forma generalizada por la doctrina actual<sup>16</sup>.

## 2. *Patrimonios afectados a un fin*

Uno de los defensores de esta concepción es el alemán BRINZ. Esta teoría consiste fundamentalmente en establecer que el verdadero sujeto de derecho es un conjunto de bienes o patrimonios afectados a un fin colectivo. Para este autor los patrimonios que tienen un destino o afectación especial se bastan jurídicamente y pueden desempeñar el papel de sujetos de derecho. Ningún inconveniente existe para que un patrimonio unificado en una totalidad sea titular de derechos, adquiera propiedades, sea acreedor o deudor<sup>17</sup>.

Esta concepción doctrinaria parte de la distinción entre patrimonios personales y patrimonios impersonales o afectos a un fin. Son patrimonios sin sujeto, pero adscritos a un fin, que gozan de garantías jurídicas especiales, como ocurre con la herencia yacente; los derechos subjetivos pueden pertenecer a las personas físicas o simplemente unificarse en sí mismos y pertenecer a un determinado fin; en las personas morales no hay más que un patrimonio, sin sujeto, con lo cual se niega la existencia de las personas jurídicas colectivas<sup>18</sup>.

Desde la concepción de la empresa como patrimonio separado, se ha sostenido, por una parte de la doctrina, que la empresa es un patrimonio autónomo distinto del patrimonio general del empresario definido por su finalidad; tiene una administración propia, un nombre, una representación y una capacidad para ser titular de derechos y

16 Esta teoría, por irreal, es rechazada en forma unánime por la doctrina; no solo por ficción, sino porque además puede ser fuente de creaciones o circunstancias arbitrarias cuando del Estado depende su reconocimiento o disolución. Sin embargo, debe reconocérsele el mérito que tuvo en la época en que fue manifestada; en efecto constituyó una de las primeras expresiones de la teoría general de la persona jurídica.

17 Cfr. la expresión de la doctrina de BRINZ, en M. de VAREILLES-SOMMIERES. *Les personnes morales*, Paris, 1919, 122.

18 F. NARANJO OCHOA. *Derecho civil –personas y familia–*, 10.ª ed., Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2003, 257.

obligaciones. Desde el punto de vista jurídico esta construcción no es cierta, ya que la separación entre el patrimonio autónomo o de afectación y el patrimonio general del empresario frente a los terceros no es viable<sup>19</sup>.

No obstante, en esta tesis se ubica la figura de la empresa unipersonal creada por la Ley 222 de 1995 en su artículo 71 y cuyo régimen de responsabilidad limitada participa de las características de la concepción del patrimonio de afectación.

### 3. *Personas colectivas reales o doctrina organicista*

Esta corriente teórica desarrolla como idea fundamental que no solo el hombre sino también determinados entes colectivos pueden ser sujetos de derechos, en razón de que tienen o pueden construir una voluntad en virtud de la cual pueden ser titulares de derechos subjetivos y además responsables por los daños que causen a otros. Parte del presupuesto de que la persona colectiva es un organismo real en que los elementos vivientes son los individuos que concurren a formarlo mediante la asociación. Ese organismo es tan real como cada una de sus partes y está dotado de un alma colectiva distinta de la de cada uno de sus miembros<sup>20</sup>.

Según ZITELMANN un conjunto de individuos unidos orgánicamente crean un ser nuevo, distinto de cada uno de los individuos. Partiendo de esta tesis expuesta, se afirma que una corporación o unión de hombres, varias voluntades se unen por un objeto común y la persecución de un determinado fin, lo cual crea un sujeto de derechos dotado de voluntad (voluntad incorporal o voluntad colectiva). En las fundaciones la voluntad incorporal de la persona jurídica es la voluntad objetiva del fundador<sup>21</sup>.

Para GIERKE,

... las personas jurídicas son personas reales colectivas y son capaces de querer y obrar. El derecho les atribuye personalidad porque las considera portadoras reales de una voluntad. La persona colectiva o jurídica quiere y obra por medio de órganos. De la misma manera que la persona física manifiesta su actividad por la cooperación de sus órganos corporales, así la persona jurídica expresa su voluntad y la realiza mediante sus órganos. La voluntad del órgano no es la del representante, sino la propia voluntad de la persona colectiva. Siendo la persona colectiva capaz de obrar, puede también cometer actos ilícitos, por los cuales asume una responsabilidad directa. Son actos ilícitos los que realiza el órgano constitucional dentro de la esfera de su competencia.

19 J. E. BONILLA REYES. "La empresa y el empresario", en esta *Revista*, n.º 3, enero-junio de 1998, 107.

20 Tanto el individuo como la agrupación tienen realidad de existencia; se diferencia en que el primero es una realidad biológica, en tanto que la asociación es una realidad jurídica, en cuyo campo se mueve la voluntad. Tales sujetos jurídicos, carentes de espiritualidad y corporalidad, son independientes y diferentes de los individuos que concurren a formarlos.

21 La doctrina de ZITELMANN puede verse en L. MICHOUÏ. *La théorie de la personnalité morale*, 3.ª ed., Paris, Trotabas, 1932.

Por ello es posible que se castigue a una corporación, castigo que puede consistir en penas pecuniarias, disolución forzosa, etc.<sup>22</sup>.

La tesis de GIERKE ha ejercido mucho influjo en la precisión del moderno concepto de persona jurídica, en la medida que supo poner de relieve la existencia de una voluntad propia de la persona jurídica e indica cómo es posible que esa voluntad pueda exteriorizarse mediante los órganos propios de actuación. Dicha tesis identificó el concepto formal de persona (como categoría jurídica) con el concepto material de la misma (substrato material-sujeto de voluntad)<sup>23</sup>.

En cuanto a la concepción de la teoría organicista, debemos afirmar que el substrato (formal y material) de las personas jurídicas se integra por una determinada organización, dotada de órganos de actuación y que persigue ciertos fines colectivos distintos de los fines buscados por los miembros que la integran. El establecimiento u organización del substrato material de la persona jurídica debe disponer de órganos competentes de actuación. Los órganos de las personas jurídicas están representados por una o varias personas físicas que tienen competencia para hacer valer su voluntad como voluntad de la persona jurídica. Los entes colectivos, a diferencia del hombre, no están dotados en sí de voluntad por su propia naturaleza, sino que dicha voluntad es instituida mediante una organización, o sea los estatutos.

La doctrina actual se separa en forma radical de la tesis que pretendió construir una especial voluntad colectiva de la persona jurídica, diferente de la voluntad del órgano de la misma. Es decir, de aquellas teorías como la de ZITELMANN, que pretendía ver en la persona jurídica un organismo vivo, dotado de voluntad natural propia, y la de GIERKE, que, si bien es fundamento de las nuevas concepciones, no obstante quiso construir una voluntad colectiva diferente de la voluntad individual del órgano.

FERRARA, reconocido estudioso de la persona jurídica, afirma:

... si la persona, en efecto, como producción del orden jurídico es una categoría que por sí no implica condición alguna de corporabilidad o espiritualidad en el investido, nada se opone a que el derecho objetivo, como reconoce sujeto al hombre, así pueda otorgar la personalidad a otro substrato [...] [P]orque el fin del derecho es siempre la realización de intereses humanos, y por tanto el reconocimiento de nueva personalidad no puede ser más que una forma para alcanzar más adecuadamente los fines sociales [...] [L]as personas jurídicas son una realidad, no una ficción; pero una realidad de nuestro mundo jurídico, no de nuestra vida sensible. Las personas jurídicas no se ven ni se tocan, ni son una categoría de organismos naturales que pueda ponerse al lado de los hombres; pero son institutos jurídicos al mismo tiempo reales, como son reales las obligaciones, la herencia, el contrato<sup>24</sup>.

22 GIERKE es el principal defensor de la teoría de la realidad colectiva, y el texto corresponde a la cita que realiza en su obra VALENCIA ZEA. Ob. cit., 613 y 614.

23 Ídem.

La doctrina nacional ha sostenido que la voluntad del órgano es la propia voluntad de la persona jurídica, muy diferente de la antigua doctrina de la representación a que se recurrió con la tesis de la ficción. En la ficción, basada en la representación legal o convencional, existen siempre dos personas, el representado o mandante y el representante o mandatario. En la teoría de los órganos no encontramos dos personas en el sentido indicado, pues cuando la asamblea de miembros de una corporación toma una decisión, esta declaración de voluntad es la de la persona jurídica en forma directa. No se encuentra un representado, ni el órgano hace el papel de representante o mandatario, es decir que la voluntad del órgano competente se deriva de la organización o constitución que se ha dado.

La doctrina organicista tiene un especial valor por cuanto señaló las bases para construir lo que prevalece en el derecho actual, y contribuyó a comprender y concebir de mejor manera el problema de la existencia de otros seres fuera del hombre con capacidad de querer y de obrar; esto es, como sujetos de voluntad y como fundamento de la interpretación de la tesis institucional, al considerar que la voluntad del ente u organismo surge del contrato de sociedad, aun cuando, como cualquier ente de existencia ideal, no tiene posibilidad de poseer voluntad propia, por ser la voluntad un atributo de las personas físicas; la llamada voluntad de la sociedad es un resultado, jurídicamente delimitado y expresado a través de los órganos que componen la sociedad.

En el acápite II analizaremos la incidencia de la teoría organicista y su relación con la concepción institucionalista, la teoría del mandato y la representación legal de las sociedades.

#### 4. Teorías contractualistas

Dada la ambivalencia del concepto de sociedad como contrato y como persona, relación jurídica, o ente resultante de ese contrato, nos referiremos a las teorías predominantes aceptadas de manera más uniforme por la legislación y la doctrina que hacen referencia a la naturaleza jurídica del acto constitutivo<sup>25</sup>, a saber: del contrato plurilateral, de organización, de colaboración y asociativo.

La teoría "contractualista" de las sociedades por acciones, defendida especialmente en Italia<sup>26</sup> –orientación que sigue el Código de Comercio colombiano en

24 FERRARA. Ob. cit., 607.

25 Las diversas teorías que han tratado de ubicar a la sociedad en el "universo jurídico" han desarrollado conceptos jurídicamente relevantes de los que han resultado consecuencias normativas concretas; dentro de ellas tenemos distintas vertientes: sociedad como contrato plurilateral, de organización, bilateral, contrato del cual nace un ente, acto colectivo, acto complejo, acto normativo y acto de creación de una institución. Cfr. G. CABANELLAS DE LAS CUEVAS. *Introducción al derecho societario –parte general–*, Buenos Aires, Edit. Heliasta, 1993, 377 y ss.

26 El artículo 2247 C. C. italiano contiene una noción general contractualista de la sociedad: "con el contrato de sociedad dos o más personas aportan bienes o servicios para la

su artículo 98–, resalta su rechazo a la sociedad como institución separada de las personas de los socios, y la determina, por el contrario, como relación contractual entre varias personas, relación que no comprende otro interés que el de las partes contratantes, es decir, el interés común de los socios<sup>27</sup>.

Se encuentra un rasgo común en las distintas definiciones funcionales que sobre el contrato de sociedad consagran los diferentes estatutos civiles y comerciales en economías de libre mercado<sup>28</sup>, consistente en que la sociedad nace o se constituye mediante un contrato, como instrumento de libertad económica, como acto de iniciativa económica privada o, por lo menos en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal –admitida en el sistema jurídico francés y por directiva en los países que conforman la Unión Europea–, como un acto de voluntad libre del fundador<sup>29</sup>.

La sociedad, desde el punto de vista estrictamente jurídico, implica dentro de su contenido una relación jurídico-patrimonial que genera una serie de vínculos de carácter interno entre las partes contratantes y una serie de relaciones de carácter externo frente a terceros. Este concepto se expresa de manera más fuerte o más débil cuando se afirma que la sociedad constituye un patrimonio autónomo, o bien un sujeto, o bien una persona jurídica<sup>30</sup>.

En cuanto a la concepción del contrato plurilateral de organización, es importante recordar el alcance que TULLIO ASCARELLI le dio a la naturaleza del acto creador del ente colectivo, cuando afirmó: “la sociedad nace de un contrato, más

explotación en común de una actividad económica, con el objeto de repartirse sus utilidades”.

- 27 F. GALGANO. *Derecho comercial –sociedades–*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1999, 399 y 400, trad. JORGE GUERRERO.
- 28 Existen en diferentes países definiciones legales no homogéneas sobre sociedad, que pueden ser clasificadas en tres grupos, así: sociedad es sinónimo de cualquier contrato de asociación (art. 530 C. de Obligaciones suizo y § 705 BGB); sociedad es un contrato de asociación que persigue fines económicos o un ánimo de lucro (arts. 1665 C. C. esp., y 1697 1 C. C. ital. de 1865); sociedad es un contrato de asociación de cierta duración, en el que los fines económicos se alcanzan con una actividad dinámica –como es el caso de la empresa– (arts. 2247 C. C. ital. de 1942, 98 C. Co. col.).
- 29 El texto actual del artículo 1832 C. C. francés introdujo la noción de sociedad unipersonal (después de las modificaciones de 1978 y 1985) al considerar la sociedad como institución y no como un contrato, basada en un acto unilateral de autonomía privada del fundador. En su definición, está la posibilidad de que la finalidad del contrato no sea la distribución de una ganancia, sino un ahorro de los gastos individualmente sostenidos por los socios, permitiendo incluir en la noción de sociedad las cooperativas y los grupos de interés económicos o consorcios.
- 30 El principio de la tipicidad en el Código Civil italiano (art. 2249) en materia del derecho societario establece que para que las relaciones con los terceros sean más sólidas, no pueden crearse sociedades de tipo nuevo, sino que es necesario escoger entre los diversos modelos legales. El sistema de sociedades se presenta como un sistema cerrado, pues si bien las partes pueden elegir en Italia entre los diversos tipos de sociedad previstos por el Código Civil, sin embargo no pueden utilizar tipos de sociedades distintos de los expresamente previstos, lo cual implica la inadmisibilidad de las sociedades atípicas.

precisamente de una subespecie de contrato, que podemos llamar plurilateral (cuyas características aparecen en el proceso de constitución, en la regla de que el vicio de una adhesión no vicia el contrato entero, etc.)". Sostiene que "el elemento definitorio es la comunidad de fines y la correspondiente convergencia de los intereses de las partes, mientras que la pluralidad de partes sería un elemento accidental y no necesario"<sup>31</sup>, aspecto este que para otro sector de la doctrina es esencial. MESSINEO rechaza la posición anterior, señalando que, "bajo el derecho positivo italiano, la pluralidad de partes es un elemento exigido por la ley para los contratos plurilaterales", y añadiendo que "el número de partes debe exceder de dos"<sup>32</sup>.

El contrato de sociedad es plurilateral porque pueden intervenir dos o más personas y éstas pueden aumentarse, disminuirse o sustituirse sin que se alteren sus bases fundamentales. Cada contratante tiene frente a sí tantas partes cuantos asociados sean, y permite la adhesión de nuevos socios y el derecho de receso, es decir, el retiro de los existentes. El número de las personas es ilimitado, especialmente en las sociedades por acciones. También es de organización o de colaboración porque del contrato surge un nuevo sujeto de derecho distinto de quienes concurren a formarlo y al cual van dirigidas las prestaciones de los asociados. En este orden, el contrato es la causa y el efecto la sociedad que de él nace.

Es decir, los contratos plurilaterales se centran en la característica de que las prestaciones o aportes de las partes se dirigen al logro de un fin o una actividad común compartida por ellas, logro del cual esas partes derivan beneficios a ser compartidos entre los socios. Se considera actualmente por alguna parte de la doctrina que hubiera sido preferible hablar de contratos asociativos o de colaboración, ya que la sociedad corresponde a los presupuestos y a las consecuencias que se deducen no sólo de la plurilateralidad, sino también y fundamentalmente del concepto de organización<sup>33</sup>.

Desde la perspectiva de los contratos asociativos se plantea el análisis y discusión sobre la naturaleza del acto creador de la sociedad, desde el punto de vista de la contraposición y composición de intereses, la igualdad de *status* legal del socio (*status socii*), con la plenitud de derechos inherentes al mismo, cualquiera que sea el tipo de sociedad, el fin común a todos como instrumento para la satisfacción de las pretensiones de cada uno de ellos; un punto básico en donde se centra

31 T. ASCARELLI. *Panorama del derecho comercial*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1949, 94 e íd. "Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale", en *Foro lombardo*, 1939, 439 y ss.

32 MESSINEO distingue entre los contratos asociativos, donde existe comunidad de fin y dos o más partes, y el contrato plurilateral, como una especie de éste, el cual exige más de dos partes. "Otros contratos plurilaterales son los de colaboración empresarial, los parasociales, los sindicatos accionarios, los carteles y otros contratos restrictivos de la competencia y las asociaciones". F. MESSINEO. "Contratto plurilaterale e contratto associativo", *Enciclopedia del diritto*, t. 10, Padova, 1962, 140 y ss.

33 J. I. NARVÁEZ GARCÍA. *Derecho mercantil colombiano. Teoría general de las sociedades*, Bogotá, Edit. Legis, 2002, 45.

y coincide la doctrina en esta concepción, consiste en que de la comunidad de fin surge la más importante peculiaridad del contrato asociativo.

Otra parte de la doctrina se refiere a los contratos de colaboración por oposición a los de cambio o contraprestación, en donde las partes contratantes sólo pueden ser dos, aunque cada una esté conformada por varias personas; a propósito, GIRÓN TENA sostiene que "en los asociativos no es la naturaleza de la prestación lo que los caracteriza, sino la actividad de colaboración que se produce en relación con un objeto –género de actividad– con un fin (lucrativo o no), y para lo cual el legislador articula ciertas organizaciones que son los tipos societarios"<sup>34</sup>.

Por su parte HINESTROSA, al referirse a la transformación del funcionamiento del contrato en el momento actual, afirma:

... el contrato está vivo, en lo que representa como instrumento del ejercicio de la iniciativa particular, más en el momento actual en el que se proclama la indispensabilidad de una economía de mercado y cuando al lado de la figura típica del contrato de cambio se desarrollan con vigor los contratos asociativos, que ofrecen oportunidad de colaboración para atender necesidades de servicios y provisiones comunes y distribución de expensas, como corresponde a la economía de escala, y en otra dimensión, los contratos entre sectores de la producción, empresas y trabajadores, propiciados y supervisados por el Estado, dentro de las políticas de planificación y dirección de la economía nacional y cuando, con proyecciones más amplias, el contrato penetra todas las actividades y lejos está de reducirse al ámbito patrimonial y mucho menos al comercio<sup>35</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la regulación en el derecho mercantil nacional sobre la naturaleza jurídica del contrato social, se puede afirmar que las definiciones normativas de los artículos 98 y 864 C. Co. contienen un diseño de tipo dinámico de la noción de contrato de sociedad, cuyos dos elementos fundamentales son los aportes de los socios –capital– y, al mismo tiempo, la distribución de ganancias o de pérdidas derivadas de una actividad especulativa. Es decir, la sociedad está vinculada necesariamente a una actividad de empresa o a una actividad económica no empresarial permitida por la ley; la sociedad está relacionada con un conjunto de actos vinculados entre sí, de acuerdo con un diseño empresarial de tipo económico y político.

La exposición de motivos del proyecto de código de comercio de 1958 fue explícita al considerar la sociedad como un contrato. Es relevante y útil en su contenido el siguiente aparte de dicho documento:

Este primer capítulo tiene por objeto algunas nociones y principios generales que encuadran el negocio jurídico de formación de una sociedad comercial dentro de los

34 J. GIRÓN TENA. *Derecho de sociedades*, t. 1, Madrid, Artes Gráficas Benzal, 134.

35 Cfr. F. HINESTROSA. "Proyecciones políticas del contrato", ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Mercantil –La Empresa en el Siglo XXI–, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Cámara de Comercio de Bogotá, septiembre de 2004.



contratos regulados por el derecho privado. Desde la denominación misma del capítulo se define la cuestión en el sentido de que la sociedad se constituye por un contrato que da forma al *animus societatis* y que regula los diversos ángulos de ese acuerdo de voluntades que la comisión no ha querido emancipar de la técnica del contrato y encuadrar dentro de nociones que, como la de la institución, tienen precisamente el defecto de ser cómodas para la especulación doctrinal, porque son demasiado vagas, según la justa censura de SAVATIER y de RIPERT (RENE SAVATIER, *Metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 64, y GEORGES RIPERT, *Traité de droit comercial*, n.º 585)<sup>36</sup>.

CÓRDOBA ACOSTA, al analizar el problema de la sociedad y el contrato, considera que "en nuestro derecho comercial la sociedad, como relación, no puede originarse sino de un acto de las partes, es decir de un contrato o incluso de la ley, que puede crear tanto una relación entre sujetos como un ente [...] [E]n Colombia existen sociedades originadas en la autonomía privada por medio del contrato, también sociedades de creación legal, pero no sociedades comerciales nacidas de la autonomía privada y sin contrato"<sup>37</sup>.

En síntesis, en el régimen colombiano (arts. 98, 864 y 865 C. Co.) se adopta de manera inequívoca la concepción contractualista del Código Civil italiano de 1942 (art. 2247), el cual establece el acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir una relación jurídico-patrimonial, con lo que se adopta el principio de la pluralidad como concepción moderna del contrato, necesario para el nacimiento y desarrollo de la actividad económica de la sociedad comercial. Se pone de manifiesto esa unidad de fines y de medios que es la característica de una verdadera empresa de colaboración o cooperación del contrato de sociedad. En este sentido, ningún tipo societario podrá constituirse a través de un acto unilateral, lo cual permite afirmar que en el ordenamiento jurídico mercantil colombiano no existen sociedades unipersonales<sup>38</sup>.

36 Consultar *Proyecto de Código de Comercio*, t. II, Bogotá, Ministerio de Justicia, julio de 1958, 90.

37 P. A. CÓRDOBA ACOSTA. "El tema de la sociedad unipersonal", en esta *Revista*, n.º 1, enero-junio de 1997, 102.

38 La Ley 222 de 1995 creó la figura de la empresa unipersonal, de responsabilidad limitada, a la cual le atribuye personalidad jurídica, sin que haga parte de los tipos societarios, siendo solamente un nuevo sujeto del derecho mercantil. Cfr. CÓRDOBA. *Ob. cit.*, 95. No obstante, bajo las nuevas tendencias doctrinarias –aún no aceptadas por el legislador colombiano– la sociedad puede surgir bien a consecuencia de un contrato o como resultado de un acto jurídico unilateral. Para resolver las inquietudes de nuestros tiempos, en opinión de PAILLISSEAU, "resulta claro sostener que la sociedad se ha convertido en una técnica para la organización de la empresa [...] esta doctrina es la base de lo que se conoce como 'el concepto moderno de sociedad', en contraste con la visión tradicional. A esta dirección apunta el desarrollo del derecho societario, tal como lo demuestran tanto la jurisprudencia reciente como las nuevas normas legales": REYES VILLAMIZAR. *Ob. cit.* 175 y 176.

### 5. Teoría de la organización y de la institución

La doctrina ha buscado también aquí una salida. Entre los *individuos aislados* de JHERING y el *organismo colectivo* de GIERKE se ha elaborado una teoría sobre el concepto de organización o institución, y a éste se ha subordinado todas las personas jurídicas: tal es la teoría de la organización, cuyo fundador es ENNECCERUS y quien sostiene:

... numerosos intereses humanos son comunes a un conjunto de hombres más o menos grande, y solo pueden ser satisfechos por una ordenada y duradera cooperación de éstos. Por esto en todos los pueblos se ha entendido la necesidad de asociaciones e instituciones, en una palabra, de organizaciones, para la consecución de tales fines. Estas organizaciones no son entes vivos, no tienen una voluntad natural, pero en ellas obran las voluntades y las fuerzas humanas reunidas en una determinada dirección. Tales son las personas jurídicas<sup>39</sup>.

Según esta concepción, en las personas jurídicas existe la organización, esto es, la reunión o disposición determinada para el fin, pensada como sujeto; en las corporaciones esta organización es la totalidad de los miembros reunida para un objeto común, y en las fundaciones una institución jurídica para un cierto fin. Las personas jurídicas, pues, son organizaciones reconocidas como sujetos de derechos y de voluntad. Sólo hay una abstracción: la capacidad jurídica está ligada a la *reunión y organización*, luego a algo pensado y abstracto.

Se considera por desarrollos doctrinarios más recientes que una vez perfeccionado un contrato de sociedad, sus efectos van más allá de la estructuración de un conjunto de derechos y obligaciones a través de la figura de la persona jurídica; el contrato de sociedad origina adicionalmente una estructura organizativa, una "forma organizada". Según surge de lo expuesto, la sociedad, en su concepción más amplia, excede a lo meramente contractual; de aquella estructura organizativa se ha desprendido la teoría de la institución<sup>40</sup>.

La doctrina de la institución, al no querer ver en la sociedad un contrato, la considera como una institución. Su máximo representante, MAURICE HAURIUO<sup>41</sup>, ha formulado su conocida "teoría de la institución", posteriormente continuada por GEORGES RENARD. COLOMBRES, al exponer la teoría institucionalista, indica lo siguiente: "RENARD define la institución como un organismo dotado de propósitos de vida y medios de acción superiores en poder y en duración a aquellos de los individuos que lo componen"<sup>42</sup>. Esta tesis parte de la observación del com-

39 FERRARA. Ob. cit., 299.

40 CABANELLAS DE LAS CUEVAS. Ob. cit., 13.

41 M. HAURIUO. *Principios de derecho público y constitucional*, 2.ª ed., Madrid, Edit. Reus, 1927, 517 y ss.

42 CABANELLAS DE LAS CUEVAS. Ob. cit., 15. Cfr. G. R. COLOMBRES. *Curso de derecho societario*, Buenos Aires, 19 a 23.

portamiento individual en la sociedad organizada; sus fundamentos explican la existencia del organismo institucional como un grupo social intermedio entre el individuo y el Estado que llega a ser sujeto de derecho. Se consideran como seres sociales la familia, la iglesia, los movimientos y organizaciones políticas, los sindicatos, las sociedades, etc. de naturaleza fáctica, que tienen una vida independiente de sus miembros e integrantes.

Estos seres sociales, al igual que acontece con los estatutos de las sociedades, tienen un régimen de actuación que se sintetiza en cuatro aspectos sobresalientes, que fueron tenidos en cuenta en la incorporación y el desarrollo de la *Carta di Lavoro* dentro del Código italiano de 1942 en relación con los conceptos de empresa, empresario y gremios. Cuatro son, entonces, las características que exhibe el organismo institucional: a. Idea objetiva, llevada a la realidad por su fundador, a través de una organización; es decir una "idea directriz" que es la auténtica soberana, la causa final que debe integrarse en distintos órganos destinados a un fin común; b. Adhesiones indeterminadas alineadas en torno a la idea objetivo; c. "Comunión o intimidad" de voluntades individuales y subjetivas que se ponen al servicio o alrededor de esa idea institucional o directriz y de su realización, y d. Duración o permanencia en el tiempo de la institución por sobre la existencia del fundador; es decir, todo elemento de la sociedad tiene una duración que no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados<sup>43</sup>. RENARD considera además como una característica adicional propia del organismo social la del "principio de autoridad", que permitirá cumplir la "idea directriz" de la obra.

HAURIUO expresa que "el individualismo crea vida social, pero no crea orden por sí solo"; además, sostiene que toda asociación es un fenómeno a la vez individual y social: individual, porque se realiza en la forma de una convención en la que participan individuos que hacen aportes de recursos; y social, porque el contrato funda una voluntad común, que da nacimiento a "una institución corporativa, cuya existencia de hecho reclama la personalidad jurídica"<sup>44</sup>. Es decir, esa institución tiene los atributos propios de toda persona: nombre, capacidad jurídica, domicilio, patrimonio y nacionalidad.

Consideramos que el concepto de institución de HAURIUO consiste en determinar la institución como una organización social, establecida en relación con el orden general de las cosas, cuya permanencia es asegurada por un equilibrio de fuerzas o por una separación de poderes, y que constituye por sí misma un estado de derecho.

Posteriormente, EMILIO GAILLARD desarrolló y complementó la teoría institucional de HAURIUO y de RENARD, sistematizando los aspectos básicos de la interpretación institucional de las figuras societarias sobre los siguientes supuestos:

43 N. GARCÍA TEJERA. *Persona jurídica. Tratamiento en los tipos civil y comercial*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1998, 102. El concepto de "comunión" es de HAURIUO, y el de "intimidad" es debido a RENARD.

44 M. HAURIUO. *Precis elementaire de droit constitutionnel*, 4.ª ed., Paris, Recueil Sirey.

1. Del contrato de sociedad nace una institución, o sea un organismo cuya finalidad es un interés intermedio entre los del individuo y los del Estado; ese interés es la "idea directriz" de la institución; 2. La sociedad es un sujeto de derecho, por cuanto tiene un interés legítimo distinto del de sus socios y una voluntad para defender ese interés; 3. La sociedad lleva implícita una autoridad en la búsqueda del fin común que la institución debe cumplir; 4. El poder es atribuido en vista del interés social y no en vista de intereses individuales, sino en función del interés común. No se reparte en forma igualitaria sino proporcionalmente a los servicios rendidos a dicho interés; 5. la institución cuenta con una pluralidad de órganos para realizar cada función del organismo societario; 6. Existe continuidad en la gestión, por cuanto la institución implícitamente presupone un interés perdurable y no tiende a una sola operación; 7. Las cláusulas estatutarias son simples medios para la consecución del interés social, y de ahí que puedan ser modificadas según las necesidades, sin el consentimiento de la totalidad de los socios, poniendo de manifiesto la preeminencia que tiene el interés social sobre el de los socios, y 8. La sociedad, en cuanto institución, lleva implícito un interés perdurable<sup>45</sup>.

A propósito, GALGANO afirma sobre esta tesis que sus características se encuentran determinadas en la idea según la cual la sociedad por acciones no debe actuar para realizar el interés egoísta de los socios, es decir, la sola aspiración de los capitalistas, el provecho o ganancia, sino que debe obrar para lograr un interés que trascienda el interés personal de los socios y que se confunda con el interés de la empresa en sí misma, esto es, en el interés de la eficiencia productiva de la empresa social, considerada ésta como instrumento del desarrollo económico general, mientras el interés de los socios se pone en posición subordinada y marginal<sup>46</sup>.

Para RIPERT, "la institución aquí se opone al contrato; implica una subordinación de derechos y de intereses privados a los fines que se trata de realizar. Así se explica también que los gerentes o administradores de la sociedad no sean simples mandatarios de los socios, sino que constituyan la autoridad encargada de asegurar la realización del fin común". En este sentido, afirma que la concepción institucional sirve para justificar las numerosas intervenciones legislativas que se han inspirado en el deseo de vigilar la acción de las sociedades en la vida económica. Sostiene que la concepción institucional como mecanismo jurídico puesto a disposición de los hombres por el legislador se refiere sobre todo a la finalidad perseguida por la creación de la sociedad, donde la constitución de la sociedad es el medio empleado para reunir los capitales necesarios a una empresa determinada<sup>47</sup>. El mismo autor expresa que "la sociedad anónima es un maravilloso ins-

45 E. GAILLARD. *La société anonyme de demain, la théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, Paris, Recueil Sirey, 1932, 37.

46 Cfr. GALGANO. *Ob. cit.*, 333 y 334 y 397.

47 G. RIPERT. *Tratado elemental de derecho comercial*, t. 1, Buenos Aires, Edit. Argentina, 1954, 18 y 19. Para GEORGES RIPERT la teoría institucional ha demostrado sin dificultad la inexactitud de la concepción contractual, pero confundió erróneamente la sociedad y la empresa. Una cosa es el derecho de la empresa y otra cosa es el derecho de la socie-

trumento creado por el capitalismo moderno para acumular el ahorro con miras a la fundación y explotación de empresas [...] [E]n el fondo, se califica a la sociedad de institución para oponerla al contrato, es eso lo que se quiere". No obstante, prefiere referirse a la sociedad como "una máquina jurídica, tan útil como las que la industria utiliza"<sup>48</sup>.

ASQUINI define la empresa como la organización de trabajo y capital con el objeto de producir bienes y servicios para el intercambio. Así mismo establece cuatro sectores o áreas de la empresa que deben ser tomados en cuenta al momento de regularla jurídicamente: el subjetivo, es decir, la empresa como empresario; el funcional, referido a la actividad; el objetivo, relacionado con el establecimiento de comercio o bienes de la empresa; y finalmente el corporativo, que lleva a la noción de institución<sup>49</sup>.

En la doctrina institucional, la sociedad, y en particular su figura más representativa, la anónima, involucra tantos "intereses sociales" que las relaciones en su interior –necesidad de un órgano administrativo fuerte– y hacia el exterior –donde el interés de la empresa se presenta como un interés superior o común a los socios o como un interés propio de toda la colectividad nacional– no pueden ser reguladas por la libertad contractual de manera absoluta; el Estado debe intervenir y entregar los medios necesarios para alcanzar un ejercicio de la libertad que se conjugue con los intereses generales y que proteja la eficiencia económica que necesita el mercado<sup>50</sup>.

Ciertamente el Estado interviene con sus normas en esa regulación, e interviene no solamente con normas dispositivas para ayudar a los socios en la organización y funcionamiento de su actividad colectiva, sino también con normas imperativas o limitativas de su libertad contractual para proteger los intereses generales, de terceros y de los asociados mismos<sup>51</sup>.

El hecho de que del contrato de sociedad nazcan efectos no sólo para las partes sino también hacia terceros justifica las intervenciones del legislador en el mercado. Estas intervenciones pueden ser imperativas en mayor o menor medida,

dad. La teoría institucional ha querido dar a la sociedad por acciones un fin moral: la realización del bien común.

48 G. RIPERT. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, 109.

49 Autor citado por P. A. CÓRDOBA ACOSTA. "El gobierno de la empresa y el derecho", en esta *Revista*, n.º 5, enero-junio de 2000, 45. CÓRDOBA sostiene que se debe tener en cuenta en el texto de ASQUINI, que, al referirse al aspecto funcional de la empresa, este se orienta hacia un concepto según el cual la empresa es una institución y por lo tanto centro en el cual se encuentran intereses colectivos superiores al interés del empresario como tal.

50 En la concepción del "interés social" el organismo se considera como la personificación de un interés superior distinto de aquel de cada uno de los socios, objeto de una protección jurídica autónoma confiada a órganos de gestión o de control del Estado con poderes administrativos o jurisdiccionales que representan los intereses generales de la comunidad. Cfr. GALGANO. *Ob. cit.*, 397.

51 El análisis adelantado sobre el derecho de la autonomía privada, la disciplina del negocio jurídico y la doctrina general del contrato en los campos político, económico y jurídico ha dejado en claro que nunca ha existido ni podrá existir poder y libertad de disposición absoluta de los particulares, en razón de consideraciones de interés colectivo y de equidad.

dependiendo del modelo de intervención de la legislación en la sociedad que se adopte en cada país. Una primera corriente de pensamiento se refiere a que la ley debe proporcionar modelos suplementarios, donde el régimen de las grandes sociedades o corporaciones en esencia se componga de normas derogables –dispositivas–, a fin de que las partes ahorren los costos de transacción (*transaction costs*). En una segunda escuela, el Estado o las autoridades que administran las bolsas de valores deben intervenir para promover la eficiencia y el provecho máximo de la gestión de la sociedad y la valorización de los capitales de los accionistas. Una tercera teoría considera que las sociedades, para el tipo de sociedad anónima, son verdaderas instituciones sociales y económicas; en tal sentido, la ley podrá introducir modalidades de gestión conjunta con los empleados o incluso para garantizar un equilibrio de poderes, con estructura y controles adecuados, con el propósito de impedir que las sociedades mayores se tornen en centros de poder económicos que pongan en peligro la vida democrática de un país<sup>52</sup>. Estas escuelas de pensamiento sobre intervención estatal en la estructura y organización legal del régimen y administración de las sociedades, en especial de la anónima, tienen implicaciones y consecuencias jurídicas, económicas y políticas en los ordenamientos jurídicos, que dependen de la teoría económica y de las decisiones políticas que cada Estado adopte.

Hasta aquí hemos revisado lo atinente al concepto y la naturaleza de la persona jurídica y al acto constitutivo de la sociedad, como uno de los grandes tópicos de la ciencia jurídica actual. Las diferentes teorías formuladas que han tratado de desentrañar el concepto de la persona colectiva han estado centradas fundamentalmente en la existencia y en su esencia. A través de ellas se ha evolucionado en su utilidad y aplicación, en los elementos permanentes e indispensables de su ser y en el cómo y en qué distinguimos en la práctica a una persona jurídica.

Casi todas las teorías expuestas sobre la persona jurídica desarrollan un lado exacto del problema. Verdaderamente, si prescindimos de la teoría de la ficción, que quiere dar una solución artificial, sin naturalmente resolver nada, nadie puede disputar a BRINZ que, especialmente en materia de fundaciones, existen patrimonios destinados a un fin; pero esta teoría se aferra al lado material de las personas jurídicas, sin tener en cuenta que esta masa de bienes no se mueve por sí misma hacia el fin, sino que siempre son sujetos los que se sirven del patrimonio, como medio para la consecución de aquel. Nadie puede desconocer que las personas jurídicas no son artificios de fantasía, sino realidades y formas de agrupación so-

52 R. WEIGMANN. "Modelo del contrato de sociedad", ponencia presentada en el Seminario Internacional "Evolución del Concepto de Persona Jurídica", Universidad Externado de Colombia, 4 y 5 de noviembre de 2003. El autor considera que el debate contemporáneo gira alrededor de los siguientes cuestionamientos: ¿qué tan intensa debe ser la intervención del Estado en el ámbito del equilibrio interno de las sociedades?, ¿en qué magnitud el Estado mediante la legislación debe dictar normas imperativas para la organización de los poderes internos de la sociedad?

cial; pero no se puede conceder a GIERKE que se trate de supraorganismos espirituales con voluntad propia y con conciencia.

Debemos admirar la genialidad del pensamiento de JHERING (teoría individualista), de analizar las personas jurídicas en los hombres que las forman, pero no podemos permanecer en esta concepción atomística sin perder de vista la unidad del grupo; podemos convenir en que las personas jurídicas son instituciones, pero no se puede admitir que el sujeto jurídico se ligue al estado de ordenación<sup>53</sup>. Los nuevos enfoques elaborados por la ciencia del derecho sobre la "teoría de la personalidad colectiva" consideran una doble perspectiva como elemento constitutivo de toda persona jurídica. La primera surge o se exterioriza al momento mismo de su nacimiento, referida a los componentes necesarios para alcanzar su conformación o reconocimiento técnico o legal, a la sustancialidad cualitativa, como realidad jurídica, entendiéndose ésta como su perspectiva genética, estructural o estática. La segunda corresponde a una "condición de existencia", ya que requiere una permanente relación de coherencia entre sus elementos constitutivos y el cumplimiento de los fines colectivos propios y autónomos que le asigna el derecho al conferirle el reconocimiento legal para el cual se constituyó y no para otra finalidad extraña diferente; éste, su enfoque funcional o dinámico.

En este aspecto, se debe considerar que la actuación de la sociedad no puede orientarse a ser utilizada como un mero instrumento para violar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar derechos de terceros. En estos eventos, la sociedad deja de ser sujeto, para transformarse en objeto de las decisiones o intereses individuales o al servicio de otros propósitos, en todo caso, ajenos a su causa-fin establecidos en el contrato social, o a su razón de ser como instituto creado por la ley, lo cual nos ubica en lo que la doctrina ha llamado una anomalía, un uso ilegal o disfuncional del sujeto colectivo<sup>54</sup>.

En resumen, para la existencia de una persona jurídica se necesita tres elementos esenciales: a. Un soporte material o consistencia (afectación de personas y bienes a una "organización común"); b. Reconocimiento legal (presupuesto normativo) como sujeto de derecho, y c. Una constante funcionalidad y coherencia de su actividad con respecto al fin o fines colectivos que constituyen su razón de ser como instituto legal<sup>55</sup>.

53 FERRARA. Ob. cit., 311 y 312.

54 A propósito de esta hipótesis la doctrina contemporánea ha considerado que se produce una distorsión, desnaturalización o desafectación de los presupuestos fácticos y normativos de la persona jurídica, lo que constituye la esencia misma de la desestimación por actividad extrasocietaria o teoría de la superación de la personalidad o inoponibilidad de la persona jurídica. Cfr. J. C. PALMERO. "La superación de la personalidad en el derecho argentino", en *Congreso Internacional de Derecho Mercantil "La Empresa en el Siglo XXI"*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Cámara de Comercio de Bogotá, septiembre de 2004, 28 y 29.

55 *Ibíd.*, 21 a 23. Cfr. J. VALLET DE GOYTISOLO. *Panorama de derecho civil*, Barcelona, Edit. Bosch, 1963, 35 y ss.

A continuación se presenta un análisis de la dimensión institucional de la sociedad comercial y la empresa en el régimen constitucional y mercantil colombiano, teniendo en cuenta el derecho positivo, las posiciones doctrinales y jurisprudenciales actuales, la función y responsabilidad que por mandato constitucional debe cumplir la empresa como organización básica para el desarrollo y crecimiento económico y social del país.

## II. VIGENCIA DE LA PERSPECTIVA INSTITUCIONAL DE LA SOCIEDAD Y LA EMPRESA EN EL RÉGIMEN MERCANTIL COLOMBIANO

En primer lugar, se debe hacer una precisión conceptual referente a la sociedad como ente y como empresa, términos no equivalentes pero que tienen una determinada vinculación. Tradicionalmente se ha considerado que la sociedad entraña un concepto jurídico y la empresa un conjunto de relaciones económicas, o sea fácticas (conceptos que comprometen a varios sujetos con intereses diversos, a los trabajadores, al Estado y a los accionistas e inversionistas). La figura societaria es uno de los instrumentos jurídicos posibles para conformar relaciones productivas en forma de empresa que normalmente escogen varias personas para aunar esfuerzos y capital en procura de la realización de un objetivo común; de allí que una parte de la doctrina infiera que el ente que nace de un contrato de sociedad es una empresa.

El Código de Comercio colombiano precisa y define ambos conceptos. En la sociedad (art. 98 C. Co.), dos o más personas aportan dinero, trabajo u otros bienes apreciables en pecunia, con la finalidad de repartirse entre sí las utilidades que se obtengan en las operaciones sociales; si se constituye por escritura pública surge una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados y, como tal, adquiere derechos y contrae obligaciones. La empresa es una actividad económica organizada para producir, transformar, distribuir, administrar o custodiar bienes o para prestar servicios. Esa organización es la consecuencia normal y deseada de toda sociedad, pero no necesariamente es siempre un efecto del contrato social. Dicha actividad en cada caso es el objeto de la sociedad y se realiza en uno o más establecimientos de comercio (arts. 25 y 515 C. Co.). A ese objeto se refieren el artículo 98 C. Co. cuando alude a la "empresa o actividad social" y el ordinal 4 artículo 110 *ibídem* que define el objeto social como la "empresa o negocio de la sociedad".

### A. La concepción organicista como fundamento de la tesis institucional de la sociedad

Uno de los temas que han suscitado discusión en la comunidad jurídica es el de la representación legal de la persona jurídica societaria, en cuanto a su naturaleza y efectos jurídicos; se expondrá de manera breve la posición de la legislación, de la



jurisprudencia y la doctrina nacional sobre la vigencia de las teorías del mandato, la representación y el órgano, ésta última como uno de los fundamentos esenciales de la concepción institucional del ente colectivo.

#### 1. Derecho positivo y posición actual de la doctrina

La Superintendencia de Sociedades ha criticado la teoría del mandato recíproco adoptada en un principio por la doctrina y la jurisprudencia nacional, como soporte para explicar la representación en las sociedades colectivas, diciendo que la representación legal de una sociedad:

- a. Es fundamental, inseparable, indelegable y de la esencia de la persona jurídica, b. La función misma de la representación legal puede ser reglamentada en su ejercicio siempre que conste en el contrato social, c. No se puede asimilar la representación legal al contrato de mandato comercial con representación. Básicamente porque en tanto que éste se produce por un acuerdo de voluntades con el representado, aquella tiene lugar sin esa voluntad<sup>56</sup>.

De otra parte y con relación a la teoría de la representación, alguna parte de la doctrina se apoya en esta tesis para demostrar el vínculo entre gerente-presidente y sociedad, separando la representación del contrato de mandato, tal como lo regula el Código de Comercio de 1971 en sus artículos 832 y 833. En Colombia, GABINO PINZÓN se aparta de la concepción organicista y prefiere sustentar la relación gerente-sociedad en la institución de la representación, con base en la normativa del Código de Comercio vigente –art. 832 y ss.–. Para este autor, resulta extraña la figura jurídica de los órganos sociales y especialmente de los órganos de la administración: “porque no es ni puede ser lo mismo considerar a un gerente como un órgano social que considerarlo como un representante de la sociedad; entre la idea y las funciones de un órgano y las de un representante legal hay la diferencia que hay entre obrar directamente y obrar por medio de otra persona”<sup>57</sup>.

Se puede sostener entonces que en la representación de la sociedad hay un representado y un representante, claramente con funciones y responsabilidades diferentes. Para GIL ECHEVERRY, la tesis de la representación legal no es por sí sola suficiente para demostrar las complejas relaciones sociedad-gerente, y considera, por lo mismo, que “la teoría organicista resulta el buen complemento que tiende a solucionar este vacío”<sup>58</sup>.

56 Superintendencia de Sociedades. Oficio EX-13998 del 19 de julio de 1987. Cfr. J. H. GIL ECHEVERRY. *Derecho societario contemporáneo. Estudios de derecho comparado*, Bogotá, Edit. Legis, 2004, 121.

57 GABINO PINZÓN. Ob. cit., 189.

58 GIL ECHEVERRY. Ob. cit., 123.

En cuanto a la teoría organicista, consideramos que ésta tiene su soporte en los principios inspiradores de la concepción institucional, como se expuso en la primera parte del trabajo y continuaremos demostrando en su desarrollo. La legislación colombiana la acoge expresamente, aunque según GIL ECHEVERRY en forma indirecta, e igualmente una mayoría de la doctrina nacional. Al respecto, en concepto de la Superintendencia de Sociedades se sostiene:

Es por ello que en toda compañía opera como órgano social el de la representación legal, encargado principalmente de la función vinculante de aquella en el mundo externo, órgano que en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada puede radicar en un gerente, según las voces del numeral 5 artículo 358 C. Co., caso en el cual en los estatutos deberán indicarse las atribuciones y facultades del mismo, acorde con los artículos 110 numeral 6 y 196 *ibídem* y, a falta de las mismas, se entenderá que podrá "celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad", según reza la norma legal última invocada<sup>59</sup>.

En el mismo sentido, la Superintendencia de Sociedades, a propósito de la situación de permanencia obligada e indefinida de los administradores en el cargo y de asunción ilimitada de responsabilidades, por la falta de aceptación de la renuncia, ha señalado con relación a la tesis organicista que "resulta contraria a varios principios del mismo derecho societario, como la prohibición de la inamovilidad de los administradores, el deber de colaboración de los órganos sociales, el abuso del derecho [...] [E]l mecanismo jurídico más eficaz [...] es la acción de tutela dirigida fundamentalmente a que el juez imparta la orden a los socios para que se erijan en máximo órgano social"<sup>60</sup>.

La Cámara de Comercio de Bogotá se ha referido a la concepción organicista al afirmar que los actos o contratos que la sociedad celebre con terceros "se realizan por intermedio únicamente de la persona designada que, como órgano de aquella, tiene la función representativa ante terceros, bajo las facultades y restricciones expresamente establecidas en los estatutos"<sup>61</sup>.

Con una posición contraria, NARVÁEZ GARCÍA considera que la postura jurídica sobre la teoría del mandato y de mandatarios fue abandonada definitivamente y sustituida por la de órganos sociales. Sostiene que "estos no existen por acuerdos de voluntad específicos (mandato) sino que se consideran implícitos en la organización de todo ente asociativo y surgen en el mismo instante en que nace la perso-

59 Superintendencia de Sociedades, Oficio SL-7717 del 22 de marzo de 1995. Cfr. GIL ECHEVERRY. *Ob. cit.*, 124.

60 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-621 del 29 de julio de 2003. Consúltese la posición de la Superintendencia de Sociedades con relación a la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 164 y 442 C. Co.; también los oficios 220-40463 del 21 de julio de 1998, 220-52783 del 15 de agosto de 2003 y 220-09244 del 11 de marzo de 2004.

61 Cámara de Comercio de Bogotá. Oficio 8476 de 1996.

na jurídica. Además, las funciones de cada órgano son poderes propios del mismo ya que no los recibe por delegación sino en su carácter instrumental<sup>62</sup>.

COLOMBRES considera que "la idea de organicismo, y en consecuencia la de órgano, deben ser entendidas como un derivado del contrato plurilateral de organización"<sup>63</sup>, teoría que adopta nuestro actual Código de Comercio, tal como tuvimos la oportunidad de explicarlo en el acápite I.B de este trabajo.

En opinión de FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES, "la concepción moderna considera la sociedad anónima como un organismo con órganos legales jerarquizados. La noción de órgano es una afortunada aportación del derecho público al derecho privado. El órgano en las personas jurídicas lo constituyen una o varias personas que están autorizadas a expresar la voluntad colectiva o a ejecutar esta voluntad o a representar la persona jurídica ante terceros"<sup>64</sup>.

En cuanto a la legislación mercantil se refiere los artículos 440 a 442 C. Co. consagran la "representación legal", normas éstas referidas al régimen de la sociedad anónima; y en el libro cuarto, "De los contratos y obligaciones mercantiles", título I, capítulo II, artículos 832 a 844 *ibídem*, se disciplina la teoría del negocio jurídico de "la representación", y se regulan los aspectos relativos a su definición, efectos jurídicos, formalidades, prohibiciones y facultades del representante. Se parte entonces del presupuesto que con el nacimiento de la sociedad surge el órgano social de representación, por autoridad de la Ley. En este sentido, el numeral 6 artículo 110 C. Co. consagra que la escritura pública de constitución debe contener "la forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores", y el numeral 12 del mismo artículo exige la determinación de las personas que van a "representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones".

De la misma manera, el artículo 420 C. Co. establece las funciones que debe ejercer la asamblea general de accionistas, que a propósito de la teoría del órgano destacamos la establecida en el numeral 7 que indica: "las demás que le señalen la ley o los estatutos y las que no correspondan a otro órgano". Posteriormente, con la expedición de la Ley 222 de 1995, en la parte correspondiente al régimen de sociedades se consagró en sus artículos 18 a 25 todo lo relativo a los "órganos sociales, asamblea o junta de socios y administradores"; así mismo, en el numeral 2 artículo 96 *ibídem* se trata "del concordato", en relación con que para solicitar la apertura del concordato el deudor, entre los requisitos sustanciales, deberá "haber obtenido autorización del máximo órgano social". El artículo 116 *ibídem* se refiere a la continuidad y funcionamiento de los "órganos sociales de la entidad deudora". De esta manera se puede deducir con claridad que nuestro legislador ha adoptado la tesis organicista, acogiéndose a la concepción moderna que más se adecua al derecho de las sociedades.

62 NARVÁEZ GARCÍA. Ob. cit., 271 y ss.

63 COLOMBRES. Ob. cit., 142.

64 F. DE SOLÁ CAÑIZARES. *Tratado de derecho comercial comparado*, Barcelona, Edit. Montaner y Simón, 385.

Con la teoría de la representación legal y complementada con la doctrina organicista<sup>65</sup>, nuestro sistema jurídico societario –referido especialmente a la nueva concepción de la sociedad anónima, entendida ésta como el mejor mecanismo jurídico de concentración empresarial de riqueza, pero también como instrumento de democratización de la propiedad– debe evolucionar hacia un nuevo alcance y naturaleza jurídica de los administradores del ente colectivo, con un carácter más de funcionarios que de mandatarios, que desempeñen la función de órganos –sin delegación de poderes, pues tienen poderes propios, siendo órganos legales de la sociedad–, los cuales deben cumplir una misión social o institucional, en aras de la protección de los socios e inversionistas, acreedores, proveedores y de los intereses económicos y sociales, sujetos al control e intervención que ejerce el Estado a través de sus diferentes órganos por mandato constitucional.

En síntesis, esta es la doctrina prevaleciente en Colombia: la acción del órgano es la acción de la persona jurídica pues su órgano es parte integrante de la misma y del cual se sirve para expresar su voluntad<sup>66</sup>. A esto debe agregarse que la persona jurídica se sirve de órganos y éstos a su vez pueden valerse de la representación convencional para realizar un gran número de negocios jurídicos, como sucede cuando la asamblea general de socios nombra un gerente o director con facultades de representación, los que pueden denominarse órganos mediatos de representación.

Así mismo, la persecución y realización de fines colectivos –de especulación y lucro en las sociedades comerciales–, diferentes de los fines de los miembros que la forman o gobiernan, es precisamente lo que presta a la persona jurídica su unidad. Y en esto se diferencia el fin o fines colectivos de la persona jurídica de los individuales que persiguen los seres humanos. La persona jurídica sólo puede realizar el fin o fines expresamente previstos en la organización o estatutos; además, aquellos son de una estabilidad y permanencia que suelen faltar a los que persiguen los individuos; aspectos estos que caracterizan los principios de la doctrina institucionalista y que se ven reflejados previamente en la valoración política y en la voluntad final que tuvo el legislador al aprobar las normas del Código de Comercio colombiano y las nuevas leyes que lo complementan, referidas especialmente a la organización, administración y responsabilidades de los accionistas en la sociedad anónima y en el régimen concursal, instituciones estas que trató de unificar y armonizar a través de la Ley 222 de 1995.

## 2. *Desarrollo jurisprudencial*

La persona jurídica ha sido objeto de desarrollo e interpretación jurisprudencial en diferentes épocas por la Corte Suprema de Justicia, lo que ha enriquecido aspectos

65 Cfr. GIL ECHEVERRY. Ob. cit., 129 y 130. Cfr. A. BRUNETTI. *Tratado del derecho de las sociedades*, t. I, México, Uthea, 329.

66 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias del 15 de mayo de 1944, 16 de abril de 1945, 24 de junio de 1954 y 28 de febrero de 1958.

vitales relacionados con el concepto, naturaleza, capacidad jurídica, estructura, funcionamiento, responsabilidad, clasificación, calidad y el derecho a la personalidad del ente moral o colectivo. La jurisprudencia en el campo del derecho mercantil ha cumplido una función retardataria; no obstante, los fallos que se exponen a continuación tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, han buscado soluciones a tono con el progreso de la ciencia jurídica, en las que no han dejado de influir las nuevas orientaciones de la doctrina general contemporánea sobre la representación legal de la personalidad jurídica.

La doctrina constitucional ha variado en sus diferentes fallos en cuanto a las teorías de la representación legal de las sociedades, oscilando entre la teoría del mandato y la teoría organicista, destacándose la posición asumida en los siguientes fallos:

1. En sentencia T-430 del 24 de julio de 1992, la Corte Constitucional, al referirse a la titularidad de la acción de tutela en cabeza de las personas jurídicas, deja en claro que de conformidad con el artículo 86 C. P. la acoge, pero considera: "para esto es indispensable que la persona natural que actúe en representación de una persona jurídica debe acreditar (*sic*) la personería correspondiente y su representación".

2. La misma corporación, adoptando la teoría del mandato, en sentencia C-512 de 1996, clasificó a los representantes legales de las sociedades como mandatarios, de conformidad con el inciso 3.º artículo 198 C. Co. Dice la Corte: "en lo que tiene que ver con los administradores, el Código de Comercio establece el principio de que sus nombramientos pueden revocarse libremente en cualquier momento. Principio que eleva a la categoría de norma de orden público", y agrega que la disposición del artículo 198 C. Co. "se funda en la condición de mandatarios que tienen los administradores, pues el mandato es esencialmente revocable".

En este punto es importante la anotación de GIL ECHEVERRY cuando aclara que la teoría de la revocación *ad nutum* o en cualquier tiempo de la representación legal societaria no se basa en el mandato, que por esencia es revocable, sino en el derecho primordial de los asociados de disponer libremente y en cualquier momento quiénes representan a la sociedad, conforme a los artículos 163, 198 y 425 C. Co.

3. Se advierte que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-621 de 2003, revivió la teoría del mandato y a la vez retomó en el mismo fallo la teoría del órgano social en los siguientes términos<sup>67</sup>:

... la representación legal de la sociedad puede ser deferida por medio de diversos mecanismos jurídicos. Puede ejercerse en virtud de un contrato de trabajo, de un contrato de prestación de servicios, de un contrato de mandato, o por cláusula del mismo

67 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-621 del 29 de julio de 2003. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 164 y 442 C. Co. colombiano, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA. La Corte en su decisión resuelve declarar exequibles los mencionados artículos.

contrato social. Puede recaer en una persona natural o en una jurídica [...] [L]a finalidad que persiguen las disposiciones acusadas es asegurar que en todo momento las sociedades comerciales tengan un representante legal y, cuando la ley o el contrato social lo exige, un revisor fiscal. Lo anterior a fin de garantizar los derechos e intereses de terceros que pueden verse afectados por la falta de estos órganos sociales, en especial los intereses de los acreedores [...]

La necesidad de que cada sociedad tenga definido quién ejercerá su representación legal y en qué condiciones lo hará estriba en que, como personas jurídicas y entes colectivos que son, requieren de un órgano llamado a expresar la voluntad societaria, a través del cual pueden actuar en el mundo jurídico adquiriendo derechos y obligaciones para el logro de su objeto social.

En cuanto a la jurisprudencia civil, se hace también importante determinar la tesis vigente que ha adoptado la Corte Suprema de Justicia sobre la naturaleza, calidad y representación legal de la persona jurídica societaria, para lo cual se destacan los fallos jurisprudenciales más importantes, a saber:

1. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de agosto de 1943, sostuvo inicialmente, sobre las teorías del mandato y la organicista, lo siguiente:

Hay una tendencia legal y doctrinaria en ciertos países a considerar que el gerente es un órgano de la sociedad y no un simple mandatario. La diferencia entre el órgano y el mandatario es que el órgano es necesario para la vida del ser y el mandatario no, y se dice: no se concibe una persona jurídica sin representante a la cabeza de ella. En nuestro sistema legal no cabe esta teoría, por lo menos en las sociedades colectivas, dado que la administración les corresponde de derecho a todos y a cada uno de los socios y que éstos se han conferido un mandato recíproco en la razón social<sup>68</sup>.

2. De la sentencia de casación civil del 30 de junio de 1962, referida a los mecanismos de actuación de la persona jurídica, en cuanto a las tesis de que se ha valido la jurisprudencia nacional para establecer la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas de derecho público y privado, la fijación de las bases y elementos configurativos de cada una de estas tesis (responsabilidad indirecta y la directa), y fundamentalmente de la teoría organicista, su estudio crítico y comparativo y al criterio que adopta la Corte Suprema de Justicia, se destacan las siguientes consideraciones:

La responsabilidad según la tesis organicista: en efecto la sentencia del 15 de mayo de 1944 consagró esta última concepción: claro es que habrá necesidad –dice– de tener

68 Aun cuando la Corte Suprema reconoce en este fallo la importancia e innovación de la teoría organicista, no admite su aplicación conforme al Código de Comercio Terrestre (derogado) vigente para la época de la sentencia, pero permite, del análisis de la jurisprudencia, adaptar la teoría organicista al Código de Comercio vigente. Cfr. GIL ECHEVERRY. Ob. cit., 120 y 121; A. ROCHA ALVIRA. *Lecturas sobre la sociedad colectiva*, Bogotá, Edit. Lerner, 118.

en cuenta la índole propia de las personas morales para poder deducir consecuencias respecto al modo como comprometen su responsabilidad civil [...] [L]a persona moral habría de comprometer su responsabilidad directa cuando actúan su gerente o directiva u otros gestores suyos que tengan la representación especial de aquellos para obligarla, pues solamente entonces puede decirse que es la persona moral misma la que obra. En los demás casos no es ella misma la que actúa sino sus agentes, del propio modo que obran los agentes o subordinados de una persona física [...] [H]abría órganos de la persona moral cuando en la persona física que lo ejerce se halla el asiento de la voluntad que la dirige y en los demás casos, de personas que no encarnan su voluntad, ellas serán apenas sus agentes o representantes ordinarios, mas no sus órganos.

La persona natural obra por sí y en razón de sí misma; goza no sólo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la "incorporación" de éstos en aquella constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación.

En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad directa, en una palabra, por ser los actos de los agentes, sus propios actos.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil del 28 de octubre de 1975, consagró la adopción de la tesis organicista, según la cual consideró: "la persona jurídica incurre en responsabilidad directa cuando los actos que realiza o sus omisiones se deban a las personas de sus directores o agentes o a otras que ejecutan expresamente su voluntad, y en responsabilidad indirecta en los demás casos".

3. En casación civil, sentencia del 24 de junio de 1954 (G. J. LXXVII, 845), se consideró en aquella oportunidad por parte de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

... de consiguiente, los representantes y con mayor razón los órganos de la persona moral, encargados de ejercer la capacidad de obrar de la misma, que es una noción de carácter universal, pueden hacer cuanto no les esté vedado en los estatutos, siempre que no se contravenga el objeto social, sin que sea indispensable, por tanto, que todo esté contenido explícitamente en sus atribuciones. De donde se sigue que la amplitud de los poderes del representante es la regla, al paso que la limitación es la excepción y, por tanto, donde la limitación no figura expresamente, debe aplicarse la regla.

4. En casación civil, sentencia del 13 de junio de 1975, referida, en el mismo sentido de la jurisprudencia anterior, a la teoría del órgano, a la capacidad de dere-

cho y de obrar de la persona jurídica, las consideraciones por parte de la Corte Suprema de Justicia fueron las siguientes:

... las personas morales, por su misma naturaleza, ya que son entes colectivos distintos a las personas naturales que las integran, no pueden realizar por sí mismas los actos jurídicos típicos de la vida del derecho; sus decisiones se toman a través de órganos suyos creados con tal fin y su voluntad jurídica se realiza o concreta por intermedio de las personas naturales en quienes se ha radicado su representación, a través de las cuales obran.

El representante de la persona jurídica, para que pueda obligarla debe actuar sin rebasar el nivel de sus facultades, debe moverse dentro del preciso marco de las potestades que se le hayan conferido, pues si al obrar en nombre de la persona moral que dice representar desborda los límites de sus atribuciones, entonces ninguna obligación contrae el ente colectivo en este terreno, por la potísima razón de que el representante suyo sólo lo obliga en cuanto actúa dentro del marco de las funciones que se le han otorgado y no cuando obra por fuera de éste.

De la misma manera, las potestades que se han discernido a un órgano de la persona moral solo pueden ser ejercidas por ésta y no por otro, a menos que aquel, con facultad para ello, las haya delegado [...] 3. La Corte (G. J. LXXVII, p. 845) ha dicho: la capacidad de obrar de la persona jurídica resulta, en primer término, del fin que persigue (teoría de la especialidad); en segundo término, de los estatutos en los cuales se prevén los medios de realizarlo. Esa capacidad la desempeñan sus órganos, según teoría aceptada por la Corte para explicar el funcionamiento de los entes morales, especialmente los de derecho privado. Los artículos 633 y 639 C. C. y 27 de la Ley 57 de 1887 consagran la capacidad de derecho de la persona jurídica. Es, pues, apenas lógico que si sobre la capacidad de derecho se mide y se demarca la capacidad de obrar y de ésta se encarga a los órganos, estos deben moverse dentro de esa capacidad, es decir, sin sobrepasar los poderes conferidos para ejercerla. Por fuera de ellos, los órganos obran como si no pertenecieran a la persona jurídica, y en tales circunstancias los actos no le son oponibles. Es lo que reza el artículo 640 respecto de las corporaciones y fundaciones.

5. En casación civil, sentencia del 30 de noviembre de 1994, en cuanto a la extensión de la capacidad jurídica de la persona colectiva y en estrecha relación con los artículos 99 y 222 C. Co., referidos al objeto social y término de duración pactados, se consideró por parte de la Corte Suprema de Justicia:

Las personas jurídicas desarrollan su capacidad de obrar por medio de sus órganos o representantes, quienes ante la falta de una voluntad natural del ente colectivo actúan en las relaciones jurídicas comprometiéndolas, dentro de los límites trazados por la ley, los estatutos y la finalidad de la persona jurídica. Cuando tales órganos representantes rebasan esos hitos, las relaciones que de ese modo nacen no vinculan a la persona jurídica. Es decir, como de antaño lo sostuvo la Corte y hoy se reitera [...] es, pues, apenas lógico que si sobre la capacidad de derecho se mide y demarca la capa-



cidad de obrar, y de esta se encarga a los órganos, estos deben moverse dentro de esta capacidad, es decir, sin sobrepasar los poderes conferidos para ejercerla. (Cas. 24 de junio de 1954).

De lo expuesto anteriormente se puede concluir que la legislación mercantil, la jurisprudencia y la doctrina colombiana se apartan de manera clara de la teoría del mandato y adoptan la teoría de la representación legal, complementada con la concepción organicista, lo cual implica una nueva visión sobre las funciones, controles y responsabilidades de los administradores en la gestión de la sociedad, y en especial de aquellas sociedades listadas en bolsa o que actúan en el mercado de valores, en aras de la protección de los accionistas e inversionistas, del interés social y de la colectividad<sup>69</sup>.

## B. Manifestaciones del institucionalismo en la legislación comercial

A continuación presentaremos algunas consideraciones generales soportadas en valiosas posiciones jurisprudenciales y doctrinarias que nos permiten acercarnos a las diferentes formas y expresiones jurídicas que existen en nuestro derecho positivo sobre el institucionalismo. No obstante la concepción tradicionalista del contrato social como plurilateral, de organización y más recientemente llamado contrato de colaboración o asociativo, "la tendencia moderna es la de considerar a la sociedad como una institución más que un contrato; como una relación sustantiva o negocio jurídico, si se quiere, pero no necesariamente de naturaleza contractual"<sup>70</sup>.

Tanto en la Constitución Política de 1991 como en la legislación mercantil vigente existen normas inspiradas en los principios e ideas básicas del esquema institucionalista y que desde el punto de vista de la organización empresarial atienden y regulan la libertad económica, la iniciativa privada y la libertad de empresa, así como aquellas que hacen referencia al régimen societario, a los procesos concursales o de insolvencia y al control e intervención económica del Estado, según busquen proteger no solamente el interés general sino los intereses perseguidos por los asociados.

69 Se entiende por sociedad listada en bolsa la sociedad cuyas acciones están registradas para su negociación en una bolsa de valores. La denominación de esta clase de sociedades es variada y de diversa índole: sociedades abiertas, sociedades públicas y sociedades con una alta dispersión de la propiedad accionaria. Las obligaciones de esta clase de sociedades se asocian con el deber de revelar al mercado de valores toda la información relevante sobre su situación y el estado de sus negocios. Cfr. N. FAGUA G. "Separación y control de la propiedad accionaria: los sistemas de *corporate governance* y la tutela de los derechos de los inversionistas", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 32, Bogotá, Universidad de los Andes, junio de 2004, 148 y ss.

70 GIL ECHEVERRY. Ob. cit., 1. El autor destaca de la doctrina institucional que "la sociedad como institución y como persona jurídica, adquiere respaldo total y opera bajo unas mismas reglas y preceptos, tanto si se constituye con un solo socio como con veinte".

Destacamos a continuación las regulaciones jurídicas que consideramos más relevantes para demostrar en este estudio que la tesis institucional está vigente en la filosofía política y en los principios, derechos y deberes que orientan la Constitución Política de 1991, en la legislación comercial, en la jurisprudencia y en la doctrina colombiana.

#### 1. *En la Constitución Política*

Los artículos 1.º y 2.º C. P. de 1991 establecen como principios fundamentales del Estado social de derecho la solidaridad social y la prevalencia del interés general; y como fines esenciales del Estado, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella, entre otros.

El artículo 333 C. P. señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero "dentro de los límites del bien común"; que la libre competencia económica, si bien es un derecho de todos, "supone responsabilidades"; que la empresa como base para el desarrollo tiene una función social que "implica obligaciones"<sup>71</sup>; y que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación (arts. 57, 58, 60, 334 y 336 C. P.). Es decir, la Constitución garantiza a todos la posibilidad de establecer unidades de explotación económica, propiciando así el progreso de la colectividad, pero exige que la actividad correspondiente consulte las necesidades del conglomerado y se lleve a efecto sin causarle daño<sup>72</sup>.

El artículo 334 C. P. confía al Estado la dirección general de la economía<sup>73</sup>; mientras el 335 *ibidem* regula lo relacionado con la intervención del Estado en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y aquellas relacionadas con la captación y el ahorro privado, definiéndolas como de interés público y las cuales sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley (lit. d num. 19 art. 150 C. P.).

La Constitución de 1991 al instituir el Estado de derecho y social hace suyo uno de sus principios, la solidaridad. Esta nueva forma o modelo de Estado tiene como característica esencial propia del institucionalismo, en el plano económico y de la libertad de empresa, la de legitimarlo para intervenir en las relaciones privadas de producción, a través de una política fundada en aquel principio y en la función política y social que tiene el Estado de redistribuir los recursos, tanto

71 La libre empresa tiene su fundamento en la propiedad privada. La Constitución anterior y la vigente la garantizan como un derecho; el cual sólo se justifica como tal en cabeza de su titular, en la medida en que se cumple una función social. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-006 del 18 de enero de 1993.

72 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-14 del 25 de enero de 1994.

73 Cfr. los fines de la intervención del Estado en la economía previstos en el artículo 2.º de la Ley 550 de 1999, y sobre autoridades reguladoras de dicha intervención, Corte Constitucional. Sentencia C-478 del 6 de agosto de 1992.

en la búsqueda de eficacia como de equidad, creando las condiciones reales para que las decisiones libremente tomadas por las personas puedan ser desarrolladas, dentro del marco de la economía de mercado.

Por lo anterior se puede concluir que la libertad de competencia económica no es un derecho absoluto, se encuentra restringida por mandato constitucional por la prevalencia del interés colectivo (art. 1.º C. P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (arts. 333, 334 y 335 C. P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de la Corte Constitucional ha adoptado en sus diferentes fallos<sup>74</sup>. Así mismo, se puede interpretar que los contenidos materiales de los principios esenciales y derechos fundamentales previstos en la Carta Política condensan entonces la ideología política que inspira el diseño institucional previsto en la Constitución, y por lo tanto las normas que los contienen irradian todo el ordenamiento constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general y del legislador en particular<sup>75</sup>.

## 2. *En el régimen societario*

a. El artículo 109 C. Co. establece la posibilidad según la cual, "declarada judicialmente una nulidad relativa", se produce la nulidad parcial del contrato respecto de alguno o algunos de los socios, sin que por esto se afecte su integridad o traiga consigo la nulidad de todo el negocio jurídico; "la persona respecto de la cual se pronunció quedará excluida de la sociedad y, por consiguiente tendrá derecho a la restitución de su aporte, sin perjuicio de terceros de buena fe".

b. Se tiene el recurso de la exclusión de la sociedad del socio incumplido, por no cumplir con la obligación de entregar o pagar su aporte en la forma y época convenidas, según lo dispuesto en el artículo 125 C. Co. Esta disposición debe analizarse en armonía con el artículo 865 C. Co. según el cual, "en los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto".

c. En cuanto a las deliberaciones de la asamblea general o junta de socios, se establece la regla general sobre la decisión mayoritaria, sin que se lesione el derecho de los socios, ausentes o disidentes, por cuanto todos son voceros de un interés común<sup>76</sup>; en este sentido, el artículo 186 C. Co. regula lo referente al "lu-

74 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-398 del 7 de septiembre de 1995.

75 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-251 del 11 de abril de 2002 y T-406 del 5 de junio de 1992. En esta última sentencia la Corte señala como responsabilidad prioritaria del juez la eficacia de los derechos fundamentales considerando: "el juez, en el Estado social de derecho, también es un portador de la visión institucional del interés general".

76 Actualmente para las sociedades anónimas las reformas estatutarias siguen la regla ge-

gar y quórum" de las reuniones, y el artículo 188 C. Co. dispone "la obligatoriedad general de las decisiones", las cuales una vez adoptadas comprometen u obligan a todos los socios, aun a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y se ajusten a las leyes y a los estatutos<sup>77</sup>. Así mismo, el artículo 190 C. Co. se refiere a la ineficacia de las decisiones, su nulidad y la inoponibilidad de las mismas; cuando aquellas se adopten sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes. Esta regulación se explica considerando una de las notas características del institucionalismo al establecer la posibilidad de variar el estatuto sin el consentimiento de la totalidad de los socios, lo que pone de manifiesto la preeminencia que en el contexto societario tiene el interés social sobre el de los socios. Se debe tener en cuenta que la regla de la mayoría, en contraposición a la de la unanimidad, se basa en el consentimiento que necesariamente existe de parte de los socios para someterse al régimen estatutario, con sus mecanismos de reforma, de la sociedad que deciden integrar, y además en razones económicas que dan fundamento al mecanismo de reforma estatutaria por mayoría.

d. El artículo 198 C. Co., sobre "elección y remoción de administradores", en su inciso 3.º establece: "se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o por juntas directivas, o que exijan para la remoción, mayorías especiales distintas de las comunes". En este sentido la Corte Constitucional ha considerado que la inamovilidad de los administradores a que hace referencia esta disposición debe ser entendida no solo en el sentido de que tales funcionarios pueden ser removidos en cualquier tiempo, sino también de que ellos pueden, en las mismas condiciones, renunciar al ejercicio del cargo. Lo cierto es que no es posible convenir la inamovilidad, ni siquiera por un término señalado<sup>78</sup>. En síntesis, se infiere de este artículo la adopción de la posición institucional

neral sobre la mayoría ordinaria prevista en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, es decir, se aprueban "por mayoría de los votos presentes". En los estatutos de las sociedades que no negocian sus acciones en el mercado público de valores puede pactarse un quórum diferente o una mayoría superior a esta ordinaria. Considerando que la vida de la sociedad y en especial de la anónima es prolongada, es necesario que el estatuto original se adecue, desde el punto de vista del interés societario, a las circunstancias sobrevinientes; por lo tanto, no hay mayores motivos para dar preeminencia durante toda la vida societaria a una reforma estatutaria frente a las restantes, y ello hace aconsejable adoptar mecanismos de mayoría simple para decidir las reformas estatutarias; lo anterior justifica no dar prevalencia a la inmovilidad frente al cambio que requiere toda empresa.

77 Una excepción al carácter obligatorio de las decisiones sociales es el derecho de retiro de los socios ausentes o disidentes conforme al artículo 12 de la Ley 222 de 1995.

78 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-621 del 29 de julio de 2003. Ha sostenido la Corte que debe entenderse, de lo dispuesto en los artículos 164 y 442 C. Co., que la sola renuncia o remoción de los administradores, así se inscriba en el registro mercantil, no produce los efectos de desvincular, a quien aparece inscrito, de la responsabili-

del legislador, al considerar que las funciones propias de administradores y revisores fiscales explican que la ley comercial haya consagrado la libre remoción en cualquier momento como norma inderogable y de orden público por quienes celebran el contrato social.

e. El numeral 6 artículo 420 C. Co., relacionado con las funciones que debe ejercer la asamblea general de accionistas, preceptúa: "adoptar las medidas que exigiere el interés de la sociedad"; creemos que con este mandato estas decisiones tienen el carácter de imperativas al ser fijadas por el órgano máximo de la sociedad, en aras de la protección de los intereses comunes superiores, de los trabajadores, del Estado, de los socios, de los acreedores, del medio ambiente, de los agentes económicos y de la estabilidad y permanencia de la empresa en el sistema.

f. Las normas relacionadas con las funciones y responsabilidades que competen a los administradores y revisores fiscales previstas en la Ley 222 de 1995, de la cual destacamos las siguientes disposiciones: el artículo 23 hace imperativo para los administradores obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios; "sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados". Los anteriores principios imponen a los administradores una conducta transparente y una actividad que vaya más allá de la diligencia ordinaria, porque la ley exige un grado de gestión profesional de los negocios sociales, lo cual demanda siempre una actuación con lealtad y privilegiando los intereses de la sociedad sobre los propios o los de terceros. La Ley 222 de 1995 exige entonces de los administradores buena fe y lealtad en todas sus actuaciones con el Estado, con los clientes de la empresa, con la sociedad en sí misma, con sus competidores, con los socios o accionistas y con los empleados<sup>79</sup>. La consagración de que las actuaciones de los administradores "se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados", denota la intención legislativa de permitir la aplicación de la norma a las situaciones que impliquen deslealtad con los asociados. Esta expresión no desvirtúa en forma alguna la premisa según la cual el interés principal que deben defender los administradores es el de la sociedad. Esta premisa es importante especialmente en la hipótesis en la que el interés individual de algunos socios es diferente o no coincide o permanece coherente con el "interés social". El artículo 24 dispone: "los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros". La misma regla establece de manera imperativa que "se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsa-

dad que le cabe como representante legal o revisor fiscal, pues este efecto sólo se produce "mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento".

79 Cfr. Superintendencia de Sociedades. Circular externa 09 del 18 de julio de 1997 y circular externa 20 del 4 de noviembre de 1997.

bilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos". Esta disposición es de especial relevancia en tanto excluye del ámbito de la autonomía privada el régimen de responsabilidad de los administradores, otorgándole a las normas que lo integran el carácter de imperativas<sup>80</sup>. El artículo 116 C. Co. establece como prohibición la siguiente: para que una sociedad pueda iniciar actividades en desarrollo de la empresa social, debe cumplir con el registro mercantil de la escritura de constitución de la sociedad. Este precepto consagra uno de los casos de solidaridad pasiva por disposición legal, consistente en que los administradores responderán solidariamente, ante los asociados y ante terceros, de las operaciones que celebren o ejecuten por cuenta de la sociedad, por la realización de actos dispositivos sin haberse llenado el anterior requisito. Con el mismo espíritu de las normas anteriores, el artículo 25 de la Ley 222 de 1995 consagra la "acción social de responsabilidad" contra los administradores. Figura novedosa en nuestro sistema jurídico, que persigue la reconstrucción del patrimonio de la sociedad, cuando éste ha sido diezmado por la acción u omisión de sus administradores. La alternativa de acciones sociales era imposible en el Código anterior<sup>81</sup>. El artículo 42 de la citada ley también se refiere a la responsabilidad de los representantes legales y revisores fiscales, "por los perjuicios que causen a la sociedad, a los socios o a terceros, por la no preparación o difusión de los estados financieros"<sup>82</sup>. De otra parte, el artículo 193 C. Co. hace referencia al amparo y tutela de los derechos de terceros de buena fe, derivados de la declaratoria de nulidad de una decisión de la asamblea de accionistas; así mismo, establece que los perjuicios que sufra la sociedad por la declaratoria de nulidad de una decisión "le serán indemnizados solidariamente por los administradores que hayan cumplido la decisión, quienes podrán repetir contra los socios que la aprobaron".

g. Podemos considerar en cierta medida que en la legislación comercial colombiana la noción general sobre el "contrato" prevista en el artículo 864 C. Co. ha facilitado una integración institucional de los acuerdos de voluntades y ha dado a la idea de contrato una comprensión suficiente para incluir en ella no solamente los contratos de contraprestación, en los que las partes se obligan directamente una para con la otra, sino también los que ciertamente pueden llamarse contratos

80 Ídem.

81 F. REYES VILLAMIZAR. *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, 222 y ss.

82 Debe tenerse en cuenta que conforme al espíritu de los artículos 207 y 211 C. Co., sobre las funciones y responsabilidades del revisor fiscal, y 42 de la Ley 222 de 1995, se ha considerado por la Corte Constitucional que la figura del revisor fiscal participa en el cumplimiento de las funciones y fines del Estado. Sus funciones no tienen por objeto exclusivo proteger a los socios y velar por el cumplimiento de la ley y los estatutos, sino que también deben perseguir la protección de los intereses de terceros, así como ser un instrumento para que el Estado ejerza la inspección y vigilancia en desarrollo del numeral 24 artículo 189 C. P. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-290 de 1997 y C-621 de 2003.

de colaboración o contratos con un fin inmediato común, es decir, contratos en los que todas las personas que los celebran se obligan en aras de un interés común que sirve de propósito común. Esta idea está claramente incorporada en el artículo 903 C. Co., a propósito de la "nulidad en negocios plurilaterales", cuando dispone:

[E]n los negocios jurídicos plurilaterales, cuando las prestaciones de cada uno de los contratantes se encaminen a la obtención de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo respecto de uno solo de ellos no acarreará la nulidad de todo el negocio.

De esta manera la sociedad, como una empresa de colaboración, es desarrollada con la participación institucional, es decir, como resultado del acuerdo de todos en la dirección, administración, vigilancia e inspección de los negocios sociales, donde los asociados se constituyen todos en voceros de un interés común, distinto y separado del interés individual de cada uno de los contratantes<sup>83</sup>.

### 3. En el "régimen de procesos concursales"

La consideración sobre los supuestos de la concepción institucional en el ámbito de las dificultades de la empresa como organización, también está soportada en la Ley 222 de 1995: el título II en el capítulo I, a partir del artículo 89, regula lo pertinente al "régimen de procesos concursales", en las modalidades de concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor y liquidación obligatoria, cuyo conocimiento y competencia atribuyó a la Superintendencia de Sociedades como autoridad de la rama ejecutiva del poder público por expresa disposición de la Constitución Política en su inciso 3.º artículo 116 y de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, artículo 13 de la Ley 270 de 1996, otorgándole para esos efectos y de forma excepcional funciones jurisdiccionales en única instancia, para adelantar los concordatos (hoy suspendidos por la Ley 550 de 1999) y las liquidaciones obligatorias (antes de 1995, procesos de quiebras) de la mayor parte de las sociedades comerciales<sup>84</sup>.

En este punto es necesario referirnos a los sucesivos regímenes de atención, a la "crisis" de la persona jurídica<sup>85</sup>, concepto al que se acude dada la inestabilidad,

83 PINZÓN MARTÍNEZ. Ob. cit., 62 a 64.

84 La configuración del procedimiento que conoce la Superintendencia de Sociedades en los procedimientos de insolvencia es de única instancia, por lo tanto no existe ningún tribunal o corte que conozca de estos asuntos. Todas las decisiones que dicta esta entidad administrativa del Estado tienen carácter jurisdiccional. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-592 de 1992, C-212 de 1994, C-037 de 1996, C-384 de 2000 y C-649 de 2001.

85 Sea que se considere la persona jurídica, desde el punto de vista de su régimen jurídico, utilidad o finalidad, de derecho privado o de derecho público, de derecho civil o de derecho comercial, con o sin ánimo de lucro, dedicada o no a actividades especial-

pluralidad y variedad de los regímenes normativos para atender el fenómeno de cesación de pagos por parte del ente colectivo, y al tratamiento de iliquidez e insolvencia de las empresas<sup>86</sup>.

HINESTROSA considera que una sociedad que entra en "crisis" no solamente afecta a sus acreedores y socios, sino que repercute en la mayoría de veces negativamente en el sector económico al cual pertenece o sobre la comunidad en general. Al respecto expresa:

... cómo últimamente se sumó al concepto de "crisis" de la empresa la consideración sobre el interés general en la subsistencia de aquella, ora imponiéndoles a los acreedores convertir en todo o en parte sus créditos en participación social e incluso su concurso administrativo; ora haciendo que el Estado asuma directa o indirectamente parte del pasivo, especialmente cuando se trata de actividades financieras y más aún si se llegaron a comprometer el ahorro privado o recursos captados del público (arts. 335 y 150 num. 19 lit. d C. P.), con oscilaciones que se reflejan en la legislación ordinaria y más en la de emergencia o de facultades extraordinarias<sup>87</sup>.

En el derecho concursal colombiano se establece de manera clara que el objetivo final del régimen de insolvencia es la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica, la protección del empleo y el pago de los pasivos laborales; además, amparar y tutelar los intereses de los acreedores afectados por la crisis, evitando que la organización empresarial llegue a la quiebra o a la liquidación obligatoria y desaparezca del sistema económico productivo. El artículo 94 de la Ley 222 de 1995 confirma lo anterior al referirse al objeto del concordato: "tendrá por objeto la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como la protección adecuada del crédito".

Consideramos como una expresión más del institucionalismo la motivación que tuvo el legislador al aprobar la Ley 222 de 1995, al concentrar la intervención del Estado en el proceso concursal en una única autoridad administrativa especializada como lo es la Superintendencia de Sociedades, la cual tiene como función y eje central los procesos de recuperación de la empresa o su liquidación, debiendo tener participación activa en la etapa preconcursal, en desarrollo de su función de control preventivo; de allí que le corresponda también responsabilidad patrimonial al Estado por fallas en la inspección, vigilancia y control de las

mente reguladas –intervenidas–, con regímenes singulares en cuanto a su funcionamiento y administración.

86 F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, 400 y 401. Según el autor, "históricamente han surgido figuras que han buscado atender y proteger la organización empresarial, como el concurso de acreedores, la quiebra y el concordato, como también la volubilidad de los regímenes de las dos últimas".

87 *Ibíd.*, 492 y 493.



sociedades mercantiles (art. 90 C. P.), al no prevenir o adoptar las medidas necesarias para superar la crisis y el caos empresarial, fundamentalmente en el sector real de la economía y de aquellas instituciones que actúan especialmente en el mercado público de valores<sup>88</sup>.

En síntesis, el enfoque de la regulación de la ley en examen está dirigido no solamente a la recuperación, preservación y viabilidad social de la empresa como unidad de explotación económica, generadora de riqueza y empleo, sino también a la defensa y tutela del interés público (a la protección del colectivo de trabajadores activos y pensionados<sup>89</sup>, de los intereses del Estado, de los acreedores y de la comunidad en general). La función del Estado en el proceso concordatario, como supremo planeador y director de la economía, por mandato constitucional, consiste en facilitar una pronta solución a la crisis empresarial, garantizar la observancia de los principios y reglas del procedimiento concursal y resolver las discrepancias de las partes que surjan como consecuencia del acuerdo recuperatorio.

#### *4. En la reactivación empresarial o intervención económica del Estado*

La motivación y justificación de la Ley 550 de 1999 tuvo como objetivo esencial promover y facilitar la reactivación empresarial, para permitir su reestructuración económica con agilidad, equidad y seguridad jurídica (num. 11 art. 2.º). Esta ley busca, en época de crisis y como medida coyuntural o de choque, la reactivación empresarial para asegurar la función social que le corresponde. Esta legislación fue expedida como medida de intervención del Estado para atender la recesión

88 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, demanda de inexequibilidad de los artículos 252 (total) y 373 (parcial) C. Co., relacionados con el límite o alcance de la responsabilidad de los socios en las sociedades anónimas, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

89 La Corte Constitucional, en sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad del artículo 373 C. Co., el mismo que le garantiza a los accionistas un riesgo limitado al monto de sus aportes. Los demandantes proponían la inexequibilidad de esta norma, de manera que los accionistas de las sociedades anónimas tuvieran que responder en todos los casos por las obligaciones laborales a cargo de la sociedad. La Corte consideró que el postulado del artículo 373 C. Co. es esencial para el sistema económico, entre otras razones para el crecimiento y desarrollo de la inversión y la generación de empleo. Este tribunal, con buen criterio, establece el carácter relativo del derecho de los accionistas de una sociedad a mantener su responsabilidad limitada. Se deja entonces a salvo la posibilidad de que se puedan salvaguardar los derechos e intereses legítimos de terceros (como es el caso de los derechos de trabajadores y pensionados), a manera de impedir el uso abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad, en especial en aquellos casos en que se ha presentado fraude, engaño o transgresión del orden público, en los cuales es posible acudir a las herramientas jurídicas propias del levantamiento del velo corporativo, para reparar el daño realizado. Para el alto tribunal, negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad implica "privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución económica".

económica producto del déficit fiscal, la degradación del conflicto armado en el territorio nacional, la crisis financiera y económica de las entidades territoriales y a la cantidad de empresas en concordato<sup>90</sup>.

El artículo 1.º de la Ley 550 de 1999 establece como fines y alcances de la intervención y ámbitos de aplicación de la ley los siguientes:

... la presente ley es aplicable a toda empresa que opere de manera permanente en el territorio nacional, realizada por cualquier clase de persona jurídica, nacional o extranjera, de carácter privado, pública o de economía mixta, con excepción de las vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria que ejerzan actividad financiera y de ahorro y crédito, de las vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de las bolsas de valores y de los intermediarios de valores.

En suma, con la aprobación de la ley de intervención económica del Estado dentro del marco de los artículos 334 y 335 C. P. el Gobierno buscó incentivar la reactivación de la economía y el empleo, mediante la reestructuración de empresas pertenecientes a los diferentes sectores productivos de la economía, mejorar la competitividad y asegurar la función social de los sectores y empresas reestructuradas, reestablecer la capacidad de pago de las empresas a efecto de que puedan seguir atendiendo sus obligaciones y propender por que las empresas y sus trabajadores acuerden las condiciones necesarias que faciliten su reactivación y viabilidad (art. 2.º Ley 550 de 1999).

Actualmente se encuentra en trámite una iniciativa legislativa por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 550 de 1999. Como parte de la exposición de motivos del proyecto de ley se considera que las empresas privadas o mixtas deben continuar acogéndose a los beneficios de la misma, con el propósito de realizar acuerdos de reactivación y reestructuración de pasivos, para que puedan normalizar cada una de ellas su actividad productiva y al mismo tiempo atender de manera adecuada sus compromisos financieros. Así mismo, se observa por parte de los ponentes que "si no se prorroga dicha ley por un tiempo suficiente —estimado en dos años—, se tendría que volver a la Ley 222 de 1995, con efectos traumáticos que perturbarían el cabal desarrollo de los procesos de negociación y de ejecución de los acuerdos de reactivación y reestructuración"<sup>91</sup>.

90 La Ley 550 de 1999 suspendió el trámite concursal vigente previsto en la Ley 222 de 1995; las características principales de la Ley 550 están determinadas en los siguientes aspectos: consiste en una negociación privada, con un sujeto promotor, con varias entidades nominadoras (las superintendencias y las cámaras de comercio) y otorgándole a la Superintendencia de Sociedades, en la solución de controversias, funciones jurisdiccionales en el trámite de objeciones, ineficacias, impugnaciones, simulaciones y en las acciones revocatorias, según lo previsto en sus artículos 37, 38 y 39. En todo caso la labor esencial del Estado en el trámite concursal es judicial, frente a la reestructuración de una empresa, conforme al artículo 116 C. P., sin perjuicio de la naturaleza contractual y negocial del mecanismo concursal.

Hasta aquí nos hemos referido a algunas disposiciones normativas que, como las del derecho societario, del sistema concursal y de intervención económica del Estado, armonizan y tienen su sustento en el diseño o modelo institucional plasmado en la Constitución Política de 1991 en el marco de los principios, derechos y deberes fundamentales consagrados en los textos de los artículos 16, 58, 333, 334, 335, 336 y 365 C. P.

## CONCLUSIONES

La teoría del órgano como expresión de la voluntad misma de la persona jurídica es aceptada por la legislación mercantil, la jurisprudencia y la doctrina colombiana; la voluntad de los órganos del ente colectivo es la voluntad de la persona jurídica, y esta concepción es uno de los fundamentos de la teoría institucionalista al reconocer que la sociedad-institución cuenta con órganos para realizar cada función.

En desarrollo de la función y responsabilidad social de la empresa<sup>92</sup>, los administradores en el manejo y gestión de los negocios sociales actúan en calidad de órgano a través del cual se expresa y se protege no sólo los intereses de los accionistas e inversionistas, sino también los de trabajadores, pensionados, del

91 Mediante la expedición de la Ley 922 del 29 de diciembre de 2004 se prorrogó por dos años, contados a partir del 31 de diciembre de 2004, la vigencia de la Ley 550 de 1999. La exposición de motivos (cfr. proyecto de ley 175-04S y 044-04C) se fundamenta en los artículos 334 y 335 C. P. que han servido a esta ley como marco legal para propiciar y facilitar acuerdos de reactivación empresarial de empresas tanto de carácter público como privado. La Ley 550 fue aprobada como consecuencia del proyecto de ley 145-1999 dentro del espíritu de intervención económica del Estado, con el fin de asegurar la función social de las empresas y el desarrollo armónico de las regiones teniendo en cuenta el impacto social-económico de la situación de crisis por la que atravesaba el sector empresarial, ocasionando un número creciente de concordatos y liquidaciones de empresas privadas y entidades oficiales del orden nacional y territorial. Así mismo, la motivación de prórroga de la Ley 550 está orientada a los posibles efectos que surjan como consecuencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, previéndose que los términos y condiciones del tratado tengan incidencia en las empresas colombianas. De allí que el impacto de los tratados de libre comercio exige necesariamente una respuesta adecuada del sistema concursal, bien para procurar su conservación y recuperación o para disponer una liquidación ordenada de sus negocios.

92 Actualmente existen iniciativas internacionales que buscan aumentar la responsabilidad social de las empresas. El pacto mundial promovido en el foro económico de Davos tiene como fin trabajar por el respeto de los derechos humanos, la preservación del medio ambiente y la disminución de la pobreza, como aspectos prioritarios. Igualmente se creó la Red Interamericana de Responsabilidad Social Empresarial, con el propósito de fortalecer la relación de las empresas con los clientes, el respeto a los competidores, el trato justo a los trabajadores y las leyes anticorrupción. Las grandes empresas y las multinacionales han venido adoptando e interiorizando los códigos de conducta empresarial o del buen gobierno corporativo que establecen las reglas de "óptima conducta" para garantizar un trato equitativo de los accionistas, transparencia y fluidez en la información, mecanismos efectivos de control interno y manejo responsable con las comunidades, el medio ambiente, los funcionarios, los inversionistas y el Estado; factores estos que contribuyen a la competitividad y al desarrollo sostenible de los países.

Estado, acreedores, clientes y de la colectividad<sup>93</sup>. La incorporación de la concepción organicista en el derecho de sociedades como modo de la actuación de los cuerpos de administración y del gobierno corporativo —*Corporate Governance*— ha superado las teorías del mandato y las contractualistas<sup>94</sup>. Es así como el advenimiento en los regímenes modernos de la llamada sociedad unipersonal ha debilitado las tesis contractualistas que consideraban el requisito de pluralidad como inherente a la sociedad.

Respecto de las distintas concepciones tradicionales expuestas (ficción, realidad o negatorias), para alguna parte de la doctrina éstas han generado crisis concurrentes que no permiten seguir explicando la caracterización de la persona jurídica, así como sus proyecciones en lo que hace al sustento científico de una teoría general del derecho. Se considera necesario replantear conceptual o científicamente la noción de persona jurídica, encontrando nuevos parámetros que traten de mantener la unicidad jurídica del instituto, como la soberanía que ejerce el derecho civil respecto a las precisiones acerca de su naturaleza. En este sentido, los rasgos distintivos y esenciales que sirven como aporte para una elaboración jurídica y técnica, acorde con las nuevas realidades y necesidades del mundo actual, son los siguientes: indivisibilidad, imputación diferenciada, separación patrimonial, organización, y un fin colectivo propio, autónomo y determinado<sup>95</sup>.

La sociedad comercial, como una de las diversas subespecies de personas jurídicas existentes, debe seguirse analizando desde el ámbito tradicional de la personificación jurídica conforme a las definiciones y principios de la parte general del derecho civil. Las disposiciones normativas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico receptionan la tesis que explica la naturaleza jurídica del acto constitutivo de la sociedad como un contrato plurilateral, del cual nace un ente u organización; la sociedad y la empresa trascienden la noción misma del contrato —como medio para la consecución de fines sociales—, al ser consideradas como una institución a la cual se denomina persona jurídica. En este sentido, se favorece la posición institucionalista, pero sin negar el elemento contractual prevale-

93 TEDESCHI recuerda que en Gran Bretaña el régimen de las sociedades por acciones protege cuatro clases de intereses: "el interés de los propietarios, o sea de los accionistas; el interés de los administradores, que incluye también el interés de los empleados; el interés de la colectividad, y el interés de los consumidores": G. U. TEDESCHI. *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, 19 y ss.

94 Hoy en día se esboza una nueva concepción de la organización de la sociedad. Las personas encargadas de la administración y de la vigilancia no son mandatarios en el sentido que el derecho civil da a este vocablo. Los administradores están investidos de un poder legal; son los órganos de la sociedad, persona moral. Lo anterior ha surgido de la concepción de la teoría del mandato en cuanto a si los directores o presidentes de las compañías pueden ser revocados por la asamblea o el consejo directivo.

95 J. C. PALMERO. "Personalidad", ponencia presentada al *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y V Congreso de Derecho Societario*, Córdoba, Edit. Advocatus, 1992, 179 y ss.

ciente en la etapa formativa de la sociedad. Podría considerarse que los artículos 98 y 903 C. Co. prevén la tesis institucionalista; interpretación que se apoya además en la existencia de diferentes normas que regulan institutos como: la sociedad anónima, en especial las que actúan en el sector real y en el mercado de valores, las que protegen la recuperación y reestructuración de la empresa como unidad de explotación económica (productora de bienes y servicios), las de conservación de las fuentes de trabajo (como instrumento de solidaridad social), las del sistema concursal o de insolvencia, las que disciplinan la intervención y dirección del Estado en la economía, y las de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, encomendadas por la Constitución al Gobierno a través de la Superintendencia de Sociedades.

Con relación a la vigencia y recepción de las teorías contractualistas e institucionalistas en el derecho colombiano y a la forma como conciben el "interés social", consideramos que no se puede asumir una postura inflexible, ya que en nuestro sistema jurídico se identifican aspectos de una y otra concepción, expresados en la naturaleza del acto constitutivo que da origen a la sociedad y en el régimen de la sociedad anónima, en cuanto a su organización, funcionamiento y controles y al alcance de la responsabilidad patrimonial limitada de sus accionistas (entendida no como un derecho absoluto). Con la consagración del Estado social de Derecho se institucionaliza el derecho de sociedades y fundamentalmente la sociedad anónima, la cual está regida por normas imperativas que deben respetar las partes del contrato, en virtud de otros intereses mayores como el interés colectivo y el principio de equidad. El control público, conocedor de que la economía de mercado no puede dejarse al libre e incontrolado juego de las partes, en aras de la protección, expansión y supervivencia del sistema, hace necesario que la acción de los particulares sea controlada por el Estado, con el fin de evitar que maniobras de especuladores, luchas de grupos al interior de la sociedad y conductas perversas en los negocios puedan destruir o perjudicar la importancia de la empresa como organización, no sólo comprometiendo los intereses de los sujetos intervinientes, sino perjudicando otros intereses más generales; de allí que la Constitución Política consagre la libertad económica como un derecho no absoluto y la autonomía privada restringida en materia de contratos de sociedades comerciales.

El Gobierno en sus propuestas de reforma y actualización que demanda el derecho de sociedades debe garantizar, en aras del interés general como principio del Estado social de derecho, un prudente equilibrio y armonía entre la necesidad de dar al Estado instrumentos legales aptos para ejercer la vigilancia y la intervención reguladora de la actividad económica que manda la Constitución, y la conveniencia de la libertad contractual, sin entorpecer el desarrollo y perfeccionamiento consuetudinario del derecho de las sociedades, haciendo cumplir las normas imperativas, las estipulaciones de los contratos de sociedad y las disposiciones legales supletivas; todo ello orientado a recuperar para el derecho privado el respeto y el valor de la autonomía privada en los asuntos que el legislador con-

sidera que se pueden disponer, y a no desalentar la asociación e inversión de capitales nacionales y foráneos.

Escoger una u otra forma de intervención de la legislación en la sociedad depende claramente de las decisiones, convicciones y preferencias políticas de cada ordenamiento jurídico, o incluso, aún más, de la teoría económica que cada régimen considere más satisfactoria. Los modelos de intervención y dirección de la ley en la sociedad son cada uno la expresión de un sistema de valores y de equilibrios políticos que difieren entre ellos, y que por lo tanto sólo pueden ser dejados finalmente a la libre alternativa de los electores en una democracia participativa.

Finalmente y teniendo en cuenta la diversidad, pluralidad, heterogeneidad, contradicciones y vacíos entre algunas de las disposiciones que han tratado de integrar y unificar la legislación comercial, en materia del derecho societario, al denominado derecho de la empresa y a la "crisis" de la organización empresarial, se hace necesario introducir reformas legales y económicas integrales, estructurales y coherentes con las circunstancias, realidades y necesidades económicas y políticas de nuestros tiempos; orientadas a fortalecer y modernizar el sector institucional, a facilitar el acceso y la integración de las empresas, a la adopción de políticas públicas sostenibles dirigidas a la promoción y creación de nuevos proyectos de desarrollo y organización empresarial, como mecanismo de democratización de la propiedad y la riqueza<sup>96</sup> (arts. 13 inc. 2.º, 60, 64 y 334 C. P.), y a la constitución de fondos de capitalización y promoción empresarial permanentes, que conjuntamente con el sector productivo, los agentes económicos, los gremios y las cámaras de comercio, permitan atender con eficiencia los problemas económicos y financieros de las empresas del sector real en épocas de crisis<sup>97</sup>.

96 Cfr., respecto de la democratización de la propiedad, Corte Constitucional. Sentencias C-006 del 18 de enero de 1993, C-74 del 25 de febrero de 1993 y C-37 del 3 de febrero de 1994. Las numerosas normas sobre acceso a la propiedad (arts. 13, 60, 64 y 334 C. P.) se establecen en el marco de la justicia distributiva y propenden por darle dimensión real a los principios de la democracia participativa y de la igualdad de oportunidades, que permita convertir e incorporar a la mayoría de personas y grupos que hacen parte de la llamada "sociedad extralegal" de no propietarios a las formas legales establecidas por el Estado. La realización de nuestra Constitución está en permitir el acceso a la propiedad para todos; solo así dejará de darse la concentración de riqueza; y sólo así se dará un avance a una verdadera democracia participativa. El problema y desafío de los países en vía de desarrollo no es la falta de sentido empresarial, sino la necesidad de comprender que se requieren crear, fortalecer y modernizar las instituciones legales, con una presencia y decidida voluntad política para enfrentar de manera seria los defectos y vacíos del sistema legal y político.

97 El Gobierno presentó al Congreso el proyecto de ley 033-04C sobre mercado de valores. La iniciativa busca dotar a dicho mercado de un marco regulatorio adecuado y eficiente que ofrezca mayores niveles de crecimiento, alternativas a las fuentes tradicionales de financiación empresarial y, sobre todo, reglas claras de actuación para todos los participantes en el mercado, con la suficiente seguridad jurídica para atraer inversionistas nacionales y extranjeros. El sector real debe contar con un fácil acceso a recursos para

En desarrollo de la función social de la empresa, las nuevas reformas que se emprendan deben buscar su reconocimiento e institucionalización como sujeto de derecho<sup>98</sup>, y no considerarse solamente como una modalidad de la "actividad" mercantil u "objeto" del tráfico jurídico, con un sistema empresarial y de inversión más eficiente, ágil y seguro desde el punto de vista de la productividad, competitividad económica y de generación de empleo socialmente eficiente, conforme al nuevo contexto nacional e internacional.

financiar su desarrollo, estar en capacidad de procurar el crecimiento del país y enfrentar el entorno internacional marcado por la globalización y los procesos de integración regional (lit. d num. 19 art. 150 C. P.).

98 Cfr. S. SOTOMONTE SOTOMONTE. "El orden jurídico y la empresa", en *Estudios de derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, 97, cuando se refiere a que "la función jurídica que ha de cumplir la empresa necesariamente tiene que concluir con un nuevo orden jurídico en donde se considere a la empresa como una verdadera institución".

