***DERECHO Y ECONOMÍA***

***INCIDENCIA DE LA ECONOMIA EN EL CONTEXTO MERCANTIL SOCIETARIO***

***HECTOR JULIO PRIETO CELY\*[[1]](#footnote-1)***

“El derecho no es un fin sino un medio, una herramienta para la conservación de la especie, su sostenibilidad y progreso.”

 El derecho que hoy conocemos, tanto en conjunto, como en sus más disímiles presentaciones o especialidades, se caracteriza por ser normado y por hacer parte integrante de un sistema jurídico cuyo origen se encuentra en los clanes, en las tribus en las primeras agrupaciones de individuos que cansados del caos, de la fuerza y de la violencia pactaron acuerdos mutuos con el fin de lograr la supervivencia y el progreso con base en el orden.

 Así, nuestros sistemas jurídicos son el producto de la experiencia del hombre a través del tiempo, en su lucha tenaz por mantener la especie a través de la satisfacción de sus propias necesidades,[[2]](#footnote-2) es allí en donde surge el concepto de economía, anterior incluso al concepto de derecho, con las prácticas de intercambio y trueque, al parecer, desde el mismo momento en que las sociedades de simple auto consumo se fueron convirtiendo paulatinamente en pequeñas economías de mercado.

 Gracias a las prácticas reiteradas de ciertos actos, usos y costumbres, con el paso inexorable del tiempo, mediante un proceso evolutivo, impulsado grandemente por la idea del tráfico, como medio de generar recursos y riqueza, fueron apareciendo y modelando pactos y acuerdos mutuos que luego, con la aparición de los Estados Nación y con el invento de los códigos se convirtieron en contratos y más modernamente en lo que conocemos como negocios jurídicos tan sofisticados, diversos y novedosos como Join Venture, Franchising, leasing, tiempo compartido, seguros, transporte, bancarios, sociedades, distribución, consultoría, transferencia de tecnología…etc., todos estos negocios y actos jurídicos como el de los títulos valores, son el resultado de una visión progresista de la humanidad que en un comienzo fue casi solitaria,[[3]](#footnote-3) luego pasó al clan, a la tribu, a la familia, a la aldea, al villorrio, al pueblo, a la localidad, a la ciudad, a la nación y modernamente al mundo, porque nuestras normas siendo locales, hacen parte de un bloque internacional pues ya no somos aldeanos, pueblerinos, sino ciudadanos universales, nuestras normas están entrelazadas como entrelazados están los intereses de quienes participamos en este evento de la AFEIDAL aquí en Lima porque, querámoslo o no, para estar aquí, debimos hacer algunos ajustes para lograr los recursos necesarios, nuestras universidades de origen debieron disponer de recursos financieros, debimos adquirir tiquetes aéreos, seguros, servicios hoteleros, transporte terrestre, conseguir divisas, permisos para salir de nuestros países de origen, permisos para ingresar a este hermoso país…todo eso, aunque se encuentra reglado a través de normas jurídicas también se encuentra regulado por las leyes de la economía.

 Lo anterior puede comprenderse mejor si partimos del concepto de economía, diremos entonces que **economía** proviene del latín *oeconomĭa*, y este del griego οἰκονομία[*oikonomía*], de οἶκος [*oikos*], ‘casa’, y νόμος [*nomos*], ‘ley’ convirtiéndose en la [ciencia social](http://es.wikipedia.org/wiki/Ciencias_sociales) que estudia la [extracción](http://es.wikipedia.org/wiki/Extracci%C3%B3n), [producción](http://es.wikipedia.org/wiki/Producci%C3%B3n_%28econom%C3%ADa%29), [intercambio](http://es.wikipedia.org/wiki/Comercio), [distribución](http://es.wikipedia.org/wiki/Distribuci%C3%B3n_%28negocios%29), [consumo](http://es.wikipedia.org/wiki/Consumo) de [bienes](http://es.wikipedia.org/wiki/Bien_econ%C3%B3mico) y [servicios](http://es.wikipedia.org/wiki/Servicio_%28econom%C3%ADa%29); la forma o medios de satisfacer las [necesidades](http://es.wikipedia.org/wiki/Necesidad) humanas mediante los recursos disponibles, que siempre son limitados y, finalmente, con base en lo anterior, podemos decir que economía es la forma en que individuos y colectividades sobreviven, prosperan y funcionan.

 Expresado lo anterior de forma sintética, puede definirse la economía como la ciencia que estudia:

 *“Cómo se organiza una sociedad para producir sus medios de existencia que, distribuidos entre sus miembros y consumidos por ellos, permiten que la sociedad pueda producirlos de nuevo y así sucesivamente, proveyendo con ello, de una forma constantemente renovada, la base material para el conjunto de la reproducción de la sociedad en el tiempo”.[]*

 La economía se vale de la [psicología](http://es.wikipedia.org/wiki/Psicolog%C3%ADa) y la [filosofía](http://es.wikipedia.org/wiki/Filosof%C3%ADa) para explicar cómo se determinan los objetivos; de la [historia](http://es.wikipedia.org/wiki/Historiograf%C3%ADa) que registra el cambio de objetivos en el tiempo, de la [sociología](http://es.wikipedia.org/wiki/Sociolog%C3%ADa) que interpreta el comportamiento humano en un contexto social, de la [política](http://es.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADtica) que explica las relaciones que intervienen en los procesos económicos y del derecho como regulador de la libertad y el orden como mecanismo de conservación de la especie, del desarrollo y el progreso social.

 Bien, ahora pasemos a establecer qué entendemos por derecho, diremos entonces que la palabra **derecho** proviene del término latino directum, que significa ***“lo que está conforme a la regla”****.* El derecho se inspira en **postulados de justicia** y constituye el **orden normativo e institucional** que regula la conducta humana en sociedad. En la base del derecho se encuentran las **relaciones sociales**, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permiten no solo resolver los conflictos en el seno de una sociedad, sino vivir de manera ordenada y pacífica en sociedad permitiendo la conservación de la especie y su desarrollo.

 Finalmente, derecho mercantil es el derecho que regula la actividad de los comerciantes que practican profesionalmente actos, empresas o actividades mercantiles como es el caso de la actividad societaria.

 Ahora bien, encontramos dos elementos adicionales en la relación existente entre derecho y economía que son, de un lado, la autonomía privada de la voluntad y del otro, el Estado y su intervención en la actividad privada.

 La Autonomía privada de la voluntad debe entenderse como la posibilidad que los individuos tienen de darse sus propias normas, son libres y viven en libertad, no se depende de nadie pues nadie le indica como comportarse, como contratar, como relacionarse en sociedad, sin embargo, hoy la autonomía de la voluntad, desde el pacto social, tiene sus límites, la autonomía ya no es tan autónoma porque se encuentra limitada por el orden público, la moral y las buenas costumbres y, obviamente, por la Ley a partir de la intervención del Estado, así las cosas, actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: 1.-) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo están en juego derechos fundamentales, se trata de servicios públicos, una de las partes ocupe una posición dominante o los acuerdos versen sobre prácticas restrictivas de la competencia; 2.-) Se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; 3.-) Corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; 4.-) El papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes.

 Las libertades económicas en nuestro país se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución de 1.991 dentro de los límites del bien común y del interés social; la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia, ésta se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios; la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada.

 Las formas de pensar, los comportamientos, dogmas e ideologías, por valiosas, útiles e importantes que hayan sido en el pasado no se compadecen con los hechos que nos presenta el mundo actual,[[4]](#footnote-4) el tema societario, por ejemplo, no se puede desprender de un concepto económico como tampoco del concepto de responsabilidad societaria[[5]](#footnote-5) estos conceptos no escapan a esa realidad, más cuando hoy por hoy, de una sociedad colectiva en donde lo esencial es la calidad de socios que la constituyen, en donde la responsabilidad es solidaria e ilimitada y en donde el buen nombre, la palabra y el comportamiento probo es lo que vale y funda, por lo general, la prenda de garantía de los acreedores,[[6]](#footnote-6) hemos llegado a la sociedad de capitales, en donde el nombre de los socios en principio poco importa, pues sede ante la fuerza poderosa de los grandes capitales que se convierten en la esencia y motor del cambio social; hoy se ha desnaturalizado el concepto de contrato social permitiendo la creación de sociedades comerciales con un solo socio o accionista[[7]](#footnote-7) y se protege el capital de los inversionistas desconocidos, incluso, por sobre los intereses de los trabajadores.[[8]](#footnote-8)

 El derecho no puede ser ajeno a los cambios y los cambios no pueden ser ajenos al derecho, en muchas ocasiones el derecho ha sido el elemento esencial de los cambios y en otros ha debido acompasarse con los acontecimientos del devenir social, político y económico, al punto de poderse afirmar que el derecho no es más que la realidad hecha norma; indudablemente, el derecho comercial sí que tiene que ver con lo último, porque la transformación de sus instituciones se ha encontrado siempre sujeta al vaivén de los cambios económicos y políticos de la sociedad. El derecho comercial es como aquel testigo que presencia los hechos y luego cuidadosamente los narra para plasmarlos con el fin de ponerlos a tono con la realidad que constantemente se transforma, así, todo hace parte de un todo y no se puede desconocer la conexión que existe entre las diversas disciplinas y el derecho y especialmente entre el derecho mercantil y la economía.

 En esencia, el derecho comercial como bien lo afirma Garrigues[[9]](#footnote-9) y lo pregonan, entre otros Broseta,[[10]](#footnote-10) “es una categoría histórica” ya que de las prácticas de comercio fluyen como un derecho especial complementario al derecho civil que fue insuficiente, para luego codificarse y de esa manera, más tarde, irradiarse colosalmente impregnando su esencia en casi todo cuanto existe, porque el comercio y su codificación han servido para que el hombre a través de los diversos contratos como el de sociedad, satisfaga sus necesidades en todos los aspectos de la vida, especialmente el económico; si bien es cierto, en principio, son necesidades apenas primarias denominadas por Keynes absolutas caracterizadas por estar presentes en todos los seres humanos sin importar la situación en que se encuentren, ahora se complementan con las necesidades relativas que son aquellas que al satisfacerlas hacen brillar el ego de superioridad de quien las alcanza frente a todos aquellos que no lo puede hacer.

 Sin importar las clases de necesidades humanas de que se trate, éstas hoy en día son satisfechas, por lo general, a través de los bienes y servicios que proporcionan empresarios cada vez más organizados en sociedades mercantiles,[[11]](#footnote-11) las cuales ofrecen un sinnúmero de negocios jurídicos de manera masiva a consumidores que desesperadamente buscan tener y poseer, sin embargo, así se obre con toda la prudencia, en no pocas ocasiones, también aparecerán indefectiblemente riesgos los cuales en un gran porcentaje se concretarán en daños que deberán ser reparados.[[12]](#footnote-12) Así las cosas, los consumidores tienen que aumentar considerablemente sus esfuerzos para alcanzar los ingresos necesarios que les permita lograr satisfacer las necesidades materiales e inmateriales propias y las de sus núcleos familiares, sacrificando incluso, en esa desesperada carrera que impone el mundo capitalista y consumidor actual, su propio bienestar y exponiéndose junto con los productores, a los riesgos inherentes que trae aparejada la práctica comercial en un mundo conquistado por el avance mecánico, industrial, tecnológico y científico; incluso, el consumidor deberá, para conseguir la satisfacción de sus necesidades, someterse a ciertos riesgos que lo pueden afectar y que eran impensables hace apenas algunos años, así ellos hubieran estado presentes en las diversas actividades industriales y empresariales desde siempre,**[[13]](#footnote-13)** lo anterior ha dado lugar a que se asocie y se impute a dichas actividades el aumento de enfermedades respiratorias, cardiacas o de tipo nervioso como el estrés; este nuevo estado de cosas, esta nueva moralidad empresarial, sin lugar a dudas, abre paso a otra clase de necesidades que en el pasado muy raramente se veían y que deben ser satisfechas de manera prioritaria a través de la constitución de otra clase de empresas y por ende de sociedades mercantiles con objetos tan disímiles como podrían ser de medicina pre-pagada, turismo, viajes de descanso, tiempos compartidos, club de campo y demás formas de recreación;[[14]](#footnote-14) hoy en día se piensa incluso hasta en los gastos funerarios propios y del grupo familiar, existiendo también, para ello, sociedades especializadas que ofrecen diversos planes; lo propio sucede también con el transporte, el seguro, la compraventa, y las relaciones que surgen extracontractualmente. En el ejercicio de todas las anteriores actividades existe la posibilidad de causar daños los cuales, en principio, deben ser reparados por quien los causa, que en no pocas ocasiones es una persona jurídica empresarial que funciona bajo la forma de sociedad mercantil en alguna de sus más variadas posibilidades, en todo lo anterior, para crear, planear, proyectar, reservar se requiere de la intervención de los conceptos económicos y de la economía como disciplina.

 De lo anterior se desprende que es impensable un mundo sin comercio como es imposible concebirlo sin sociedades mercantiles y sin la ocurrencia de daños, porque el comercio es connatural al ser humano así como lo es el derecho de asociación,[[15]](#footnote-15) un mundo sin comercio, un mundo sin sociedades mercantiles, un mundo sin daños es sencillamente un mundo inerte. Todos los días el ser humano necesita de la celebración de negocios jurídicos[[16]](#footnote-16) mercantiles, se nace, se vive y se muere con ellos, sin siquiera darse cuenta de su existencia, por ende, todos los días alguien dejará de cumplir un contrato, lo cumplirá defectuosamente o se tardará en su cumplimiento causando un daño a su co-contratante, sin embargo, no siempre el daño puede surgir del incumplimiento de las prestaciones contenidas en un contrato,[[17]](#footnote-17) en ocasiones se presenta el daño sin que éste exista, en el primer caso estaremos en presencia de la responsabilidad contractual y en el segundo, ante una responsabilidad precontractual, extracontractual o delictual.[[18]](#footnote-18)

 Vivimos en un mundo obligacional, cuando en la mañana se utiliza la electricidad, cuando se usa el agua potable, cuando se compran los alimentos, cuando se utiliza un medio de transporte en sus más variadas formas, cuando se compra un libro, cuando se va al cine, cuando se usa un teléfono celular o la internet; en todos esos negocios jurídicos y en la mayoría de los casos, interviene, por lo menos, una sociedad mercantil; todo lo anterior justifica la existencia de estas personas ficticias así como su relevancia jurídica y por ende su tremenda importancia en el contexto económico de cualquier Estado lo que obliga a los gobiernos a tener una política contractual y societaria coherente y dúctil, que fije los deberes y responsabilidades de manera clara pero que a su vez garantice los derechos de todos los que con ellas se relacionan ya como inversionistas, como administradores o como terceros contratantes.

 Lo anterior también se irradia al ámbito de lo público, el Estado tiene necesidades y para satisfacerlas puede celebrar contratos con las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, dentro de las cuales se encuentran las sociedades mercantiles;[[19]](#footnote-19)las sociedades mercantiles deben colaborar con las entidades contratantes, es decir con el Estado, en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; las sociedades mercantiles que contratan con el Estado deben acatar las órdenes que durante el desarrollo del contrato el ente público les imparta y, de manera general, deben obrar con lealtad y buena fe[[20]](#footnote-20) en las distintas etapas negociales, es decir, en las etapas precontractual, contractual, post contractual y extracontractual, evitando las dilaciones y complicaciones que pongan en riesgo el cumplimiento de los fines del Estado y en caso de presentarse tienen el deber de salir a su inmediato saneamiento.

 Las personas jurídicas societarias a través de sus administradores deben tener en cuenta que al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales están cumpliendo una función social que si bien es cierto les reportará beneficios, en últimas, también se convierte en una colaboración eficaz para que el Estado pueda dar cumplimiento a sus fines;[[21]](#footnote-21)a los contratos celebrados entre sociedades comerciales y el Estado se les aplica en lo pertinente, tanto las normas del Código Civil como las del Código de Comercio.[[22]](#footnote-22) Lo anterior es así, porque de conformidad con el artículo 22 del Código de Comercio Colombiano, similar a los artículos correspondientes en los estatutos de comercio inspirados en el código de Napoleón de 1.807:

“Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial.”.

 Partiendo del concepto según el cual es comerciante la persona que profesionalmente se ocupa en alguna de las actividades que la ley considera como mercantiles, los cuales pueden asumir la forma de actos, operaciones o empresas mercantiles, a través de la figura jurídica del contrato comercial el cual presta una función eminentemente social.

 Al respecto el profesor Argentino Juan M. Farina, sostiene que:

“La función social que desempeñan los contratos comerciales[[23]](#footnote-23)como lo es el de sociedad, determina, para su estudio, la necesidad de analizar las fases que corresponden a su celebración, interpretación y ejecución teniendo en cuenta dicha función. Como consecuencia de ello, además de recurrir a la legislación específica, deben aplicárseles los principios generales propios de estos contratos, tales como los referidos a la agilización de su celebración sin someterlos a formalismos rigurosos, facilitar su prueba, tener en cuenta la vigencia de los usos y prácticas mercantiles como fuentes de interpretación e integración de los contratos, y la costumbre como reguladora de los contratos innominados”.[[24]](#footnote-24)

## INFLUENCIA DE LA ECONOMIA EN LA APARICIÓN Y DESAPARICIÓN DE LOS MODELOS JURIDICO - SOCIETARIOS

 El Código de Comercio francés de 1807 es considerado el primer cuerpo normativo mercantil dentro del cual se regula el régimen jurídico de las sociedades comerciales.[[25]](#footnote-25) En este código se mencionaba lo correspondiente a la sociedad colectiva, distinguiéndola de las sociedades de capital, además, hacía referencia a los conceptos de empresa como acto de comercio configurativo de la calidad de comerciante y al de sociedad anónima como la forma jurídica que asumía la empresa para desarrollar el objeto social.

 El referido código tuvo una gran influencia en los posteriores cuerpos normativos que se expidieron a su imagen y semejanza, tales como el español de 1829, el portugués de 1830, el brasileño de 1850, el alemán de 1861, el argentino de 1862, así como en el italiano de 1865 y especialmente, en nuestros Códigos de Comercio comenzando por el de 1.853. No obstante, el fenómeno social, económico y político de la revolución Industrial condujo a que las empresas, desde el punto de vista económico, a través de la organización jurídica societaria, especialmente de sociedades anónimas, sirvieran como instrumento para el desarrollo de las grandes emporios industriales a través de la inversión de capitales provenientes de patrimonios tanto de personas naturales como de personas jurídicas.

 En tal momento histórico, las sociedades anónimas tenían un alto costo de constitución y funcionamiento, lo que impedía su utilización por pequeños y medianos empresarios, así las cosas, se buscó un tipo de sociedad más dúctil que tuviera menores costos que la anónima pero en la cual la responsabilidad de los socios siguiera siendo limitada al monto de los aportes; en el año de 1892, en Alemania, se dio respuesta a este clamor, allí se propuso la creación de las actuales sociedades de responsabilidad limitada a través de la ley de 29 de abril de dicho año, acogiéndose luego el mismo modelo por otras legislaciones como fue el caso de Portugal en 1901, Austria en 1906, Polonia en 1919, España en 1920, Rusia en 1922, Francia en 1925, así como por Italia en su Código de Comercio de 1942. En América el primer país que adoptó este tipo de sociedad fue Brasil mediante la Ley 10 de enero de 1919; luego Chile con la Ley del 7 de marzo de 1923; siguen en su orden cronológico: Cuba el 17 de abril de 1929; Argentina con la Ley de 8 de octubre de 1932; Uruguay mediante el decreto Ley de 26 de abril de 1933; Perú a través de Código Civil de 1936 y finalmente, Bolivia con la ley 12 de marzo de 1931. Nosotros acogimos a la sociedad de responsabilidad limitada con la ley 124 de 1937[[26]](#footnote-26).

##

## SOCIEDAD COLECTIVA

 Según la opinión más extendida en la doctrina los orígenes de esta forma societaria se encuentran en la Edad Media y al parecer surgió de la sociedad general; en sus inicios se trataba de una sociedad constituída por los herederos del comerciante fallecido con la finalidad de continuar su actividad mercantil,[[27]](#footnote-27) no obstante, también podía ser constituída con la intervención de terceras personas, siempre y cuando entre ellas existiera una muy buena confianza [[28]](#footnote-28)como en una relación de compañeros lo que permite tenerla hoy día, como una sociedad personalista que desarrolla una actividad comercial bajo una razón social, con una característica muy interesante y es que por el cumplimiento de las deudas sociales[[29]](#footnote-29) deben responder personal, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente todos los socios.[[30]](#footnote-30)

 La sociedad Colectiva es la sociedad de personas por excelencia, en ella convergen tanto la Affectio Societatis como el Fraternitatis, propios de la antigua sociedad romana, la cual ha logrado sobrevivir hasta nuestros días.

 Según Levy Bruhl:

“…esta forma de sociedad es muy antigua. La sociedad del derecho romano adquirió con el desenvolvimiento del comercio durante la edad media un carácter nuevo, los comerciantes se asociaron y quienes entraban en una sociedad para ejercer el comercio, eran considerados comerciantes. La razón social se registraba en el “Consulado” y los socios quedaban ligados por la solidaridad. Se consideraba que los aportes constituían un patrimonio distinto y para señalar esta separación de patrimonios, los juristas afirmaron que la propia sociedad era un corpus. Actualmente diríamos una persona moral. La ordenanza de 1.673 (Título IV artículo 1) la denomina sociedad general; también se la llamaba sociedad ordinaria o sociedad libre. Pothier y Savary dicen que los socios en este tipo de sociedad ejercían el comercio bajo su nombre colectivo y éste es origen de la expresión preferida por los redactores del Código de Comercio. Era posible formar sociedades que comprendían todos los bienes, pero eran muy raras, algunas de ellas poseían capital importante; se ha citado el caso de una cuyo capital ascendía a dos millones de libras…”.[[31]](#footnote-31)

 En Colombia la sociedad colectiva se encontraba regulada a partir del artículo 463 del Código de Comercio Terrestre, adoptado mediante la ley 57 de 1.887, junto con la sociedad anónima y la sociedad comandita. No obstante, esta legislación, de conformidad con el artículo 2033 del Decreto ley 410 de 1.971 fue derogada y en su lugar se consagró todo lo relativo a ella, en el referido Decreto, a partir del artículo 294 ubicado en el libro Segundo, Capítulo I del título III.

## SOCIEDAD EN COMANDITA

 Esta clase de sociedad deriva del contrato de commenda practicado en la Edad Madia, principalmente en las ciudades italianas en el comercio marítimo. “Command” viene del vocablo latino cammendare confiar, y la comandita se escribía en otro tiempo cammendite. Con frecuencia se denominaba al comanditado el complementario. Una persona entregaba mercancías o una suma de dinero a un mercader o al dueño de un navío sobre la base de participación de los beneficios de la expedición. Este contrato fue considerado luego como de sociedad, pero el comanditario no se encontraba en la situación de un socio ordinario. Se vio en esta forma de sociedad, la gran ventaja de permitir que participasen en operaciones comerciales los nobles, los titulares de cargos públicos y los religiosos que no podían ser comerciantes. Era también el medio de eludir la prohibición de préstamos a intereses, efectuando un aporte en dinero, mediante una participación. Quizá la prohibición de prestar a interés haya sido mantenida con rigidez para encaminar a los capitalistas hacia los negocios comerciales en lugar de dejarles en la inacción de prestamistas.

 La Ordenanza de 1673 reglamenta la en comandita imponiendo la redacción de un documento escrito y el depósito de su extracto en la secretaría de la jurisdicción comercial (Título IV artículo 2). Era el medio de evitar que los terceros fuesen engañados respecto de la calidad del comanditario. Pero la ordenanza fue cumplida deficientemente y las en comanditas quedaron prácticamente secretas. El Código del Comercio francés fijó con precisión las reglas destinadas a evitar cualquier error sobre el particular (arts. 23 al 28).[[32]](#footnote-32)

 En Colombia esta sociedad se encontraba definida en el artículo 596 del Código de Comercio Terrestre, adoptado mediante la ley 57 de 1.887, junto con la sociedad anónima y la sociedad colectiva, como aquella que,

“…se celebra entre una o más personas que prometen llevar a la caja social un determinado aporte, y una o más personas que se obligan a administrar exclusivamente la sociedad, por sí o sus delegados y en su nombre particular. Llámense los primeros socios comanditarios y los segundos colectivos o gestores.”[[33]](#footnote-33)

 La sociedad en comandita, en dicha codificación se encontraba, como se encuentra hoy día, subdividida en sociedad comandita simple, artículo 598 y, comandita por acciones, artículo 613. No obstante, esta legislación, de conformidad con el artículo 2033 del Decreto ley 410 de 1.971 fue derogada y en su lugar se consagró todo lo relativo a ella, en el referido Decreto, en los artículos 323, la parte general, artículo 337 en comandita simple y artículo 343 la en comandita por acciones, todos los anteriores ubicados en el libro Segundo, Capítulo I del título III del Código de Comercio.

## SOCIEDAD ANÓNIMA

 La sociedad anónima actual surgió con el albor del capitalismo,[[34]](#footnote-34) con él se ha desarrollado y alcanzado su máximo esplendor como el instrumento más potente en el campo de organización de empresas,[[35]](#footnote-35) es por ello que la sociedad anónima se caracteriza por el gran volumen de capitales que maneja, al punto que la historia del mundo contemporáneo no puede ser escrita sin tener en cuenta o hacer referencia a esta clase de sociedad, las grandes obras se han construido con su concurso, los transportes marítimo, terrestre y aéreo son un ejemplo de ello, así como las grandes obras civiles, carreteras, puentes, industrias eléctricas, la explotación minera, los grandes centros industriales, comerciales y financieros, el sector tecnológico y científico, entre muchos otros, se han servido de las sociedades anónimas para desarrollarse y crecer, porque la estructura de esta clase de sociedad es ideal para emprender todos los proyectos que requieren enormes sumas de capital.

 La sociedad anónima proporciona una forma de organización estable y permanente porque lo que le pueda acontecer a un socio no afecta a la sociedad, además, al establecerse una forma de responsabilidad limitada a través de la adquisición de acciones permite que muchas personas participen de la sociedad sin el temor de ver expuesto, por el ejercicio social, su propio patrimonio. Los accionistas y los administradores de estas sociedades no tienen la calidad de comerciantes, como lo dice Ripert,

“…Sólo la sociedad ejerce el comercio y es comercial por su forma.” [[36]](#footnote-36)

 Durante los siglos XVII y XVIII, era común que con las acciones se especulara, además era muy difícil distinguir una sociedad por interés de una sociedad por acciones al punto que ésta no gozaba de un nombre determinado toda vez que la ordenanza de 1673 no se lo había asignado. Existían comanditas por acciones y sociedades sin comanditados en que los accionistas eran personalmente responsables del pasivo social como si fueran los comanditados, pero limitando su responsabilidad a su aporte mediante una cláusula. Estos socios tomaban a veces el nombre de comanditarios, sin embargo, se trataba de falsas comanditas pues no habían comanditados.

 Las Compañías se creaban mediante una carta real, es decir, para su constitución se requería de un acto de autoridad pública lo que las convertía en instituciones de derecho público; a algunas de ellas se les conferían las regalías de la corona en tiempo de guerra, las labores de justicia o de acuñar moneda.[[37]](#footnote-37)

 Nuevamente, mediante el decreto de 24 de agosto de 1793 se sometió a las sociedades por acciones a la autorización legislativa, estas sociedades se definían como

“…aquellas en las cuales el fondo social está formado por acciones al portador y por inscripciones en un libro, transmisibles libremente”.

 Posteriormente en el año 1807, el Código de Comercio consagró una diferencia trascendental entre dos clases de sociedades por acciones. Aprobó la constitución de sociedades en comandita por acciones bajo la consideración que en esta clase de sociedades existe un comanditado personalmente responsable negando la constitución de otra clase de sociedades por acciones en la cual no hay ningún socio colectivo y por consiguiente la denominó sociedad anónima.[[38]](#footnote-38)

 En aquel momento histórico parecía imposible la creación de una sociedad en la cual los socios no fueran comerciantes ni mucho menos en donde no fueran responsables. El Código de Comercio sometió la creación de sociedades por acciones a una autorización gubernamental a través de un decreto dictado por el Consejo de Estado el cual no era fácil de lograr y además, cuando se conseguía, el mismo Consejo de Estado obligaba a la suscripción de unos estatutos prediseñados, gracias a la anterior se crearon muchas sociedades en comandita por acciones pero muy pocas sociedades anónimas llegándose a llamar esta época “la fiebre de las comanditas”.

 La creación de varias empresas comanditarias produjo una gran especulación por lo que fue necesario expedir la ley de 17 de Julio de 1.856 para reglamentarlas. No obstante, en Inglaterra desde el año 1862 las sociedades anónimas se formaban sin autorización y gracias al tratado franco-inglés de ese mismo año, las compañías inglesas podían comerciar en Francia, así que, para que las sociedades francesas pudieran gozar de la misma libertad el 23 de mayo de 1863 se creó la sociedad de responsabilidad limitada que en verdad era una sociedad anónima pequeña la cual no tuvo desarrollo, en consecuencia, mediante la ley de 24 de julio de 1.867, el capitalismo obtuvo una gran victoria al tener el derecho de crear libremente las sociedades anónimas; el artículo 24 de dicha ley consagró:

“En lo sucesivo, las sociedades anónimas podrán formarse sin la autorización del gobierno”.

 La libertad de constitución fue proclamada luego en España en 1.869, Alemania 1.870, Bélgica 1.873 e Italia en 1882.

 En Colombia, con la expedición de la ley 57 de 1887, se estableció que el Código de Comercio del extinguido estado de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1869 y el nacional sobre la misma materia, edición 1884, que versaba sobre comercio marítimo regirían en la República noventa días después de la publicación de esta ley, bajo el entendido que el texto auténtico del Código de Comercio era el contenido en la edición de 1874. Posteriormente, mediante el artículo 4 de la ley 26 de 1922 se modificó el artículo 550 del Código de Comercio Terrestre el cual definió la sociedad anónima así:

 “La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables solo hasta el monto de sus respectivos aportes, administrada por mandatarios revocables, y conocida por la designación del objeto de la empresa. Podrá emplearse también como denominación de la sociedad anónima, el nombre y apellido o el sólo apellido de una o más personas naturales, adicionados con las expresiones y compañía, hermanos e hijos, u otras análogas, seguidas en todo caso de las letras S.A. (sociedad anónima).”.[[39]](#footnote-39)

 No obstante lo anterior, en el año 1.971 se expidió el actual Código de Comercio a través del Decreto 410 de marzo 27, dedicándole la totalidad del libro segundo a la materia de sociedades comerciales. En el título VI y a partir del capítulo I de dicha codificación se consagró lo relativo a la sociedad anónima.[[40]](#footnote-40)

## SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

 Fue implantada en Francia en 1.925 con el deseo de dotar a todo el país en un tipo de sociedad que ya era conocido y apreciado en Francia en los departamentos de Alsacia y Lorena. Alemania la había creado en 1.892 y la ley del 1 de junio de 1.924 (Artículo 5) sobre la introducción de la legislación comercial francesa en los departamentos del Alto Rin, y del Bajo Rin y de Mosela la han conservado. Por otra parte, los comerciantes franceses pedían, desde hacía algún tiempo, una nueva forma de sociedad que les permitiera limitar su responsabilidad sin que fuera necesario recurrir al complicado mecanismo de la sociedad por acciones e invocaban el ejemplo de las compañías privadas inglesas. La ocasión parecía, pues, favorable para crear un nuevo tipo de sociedad.

 El éxito de la sociedad de responsabilidad limitada fue rápido e interesante y no podría citarse mejor ejemplo de acertada importancia de una institución extranjera. Muchas de las sociedades existentes, especialmente las comandita, se transformaron para adoptar esta forma.

 En cuanto a las sociedades que se crean, muestran una gran predilección por la responsabilidad limitada.[[41]](#footnote-41) Esta sociedad no se encontraba regulada en el Código de Comercio Terrestre, por lo que vino a ser incorporada a nuestra legislación solo a partir de la ley 124 de 1937 en los siguientes términos:

“En las sociedades de responsabilidad limitada que por esta ley se autorizan, la responsabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de estos se indique y la administración corresponde de derecho a todos y cada uno de ellos, los que pueden desempeñarla por sí mismos o sus delegados, sean socios o extraños. Las sociedades de responsabilidad limitada pueden ser civiles o comerciales.”.[[42]](#footnote-42)

##  El decreto 410 de 1.971 o actual Código de Comercio, regula la sociedad de responsabilidad limitada a partir del artículo 353.

##

## SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

 En Colombia, siguiendo la tradición de países como Francia, Portugal, Inglaterra, Bélgica, Alemania y Estados Unidos, en el mes de diciembre de 2008 se expidió la ley 1258 por medio de la cual se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la sociedad por acciones simplificada; tal vez su característica más sobresaliente es que esta nueva clase o tipo societario, según su artículo primero, puede constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, es decir, se introdujo, en contra de la tradicional naturaleza jurídica contractual de las sociedades comerciales, la sociedad anónima unipersonal.[[43]](#footnote-43)

 Como hemos dicho, el tema societario no es más que un tema de limitación, y ahora de exoneración de responsabilidad de los socios que en ella intervienen, es por ello que de conformidad con el artículo primero de la referida ley, el socio o socios que la conforman, sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes y no lo serán por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.[[44]](#footnote-44)

 Dentro de los aspectos novedosos de la ley se encuentran los siguientes: La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el registro mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas, es decir, para su constitución no se requiere de escritura pública; En cuanto al término de duración, si este no fuere establecido en los estatutos, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido; cuando no se exprese en el acto de constitución el objeto social, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita; en cuanto a la negociabilidad de las acciones en los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociarlas siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años, contados a partir de la emisión; en cuanto a la responsabilidad de los administradores, la ley establece que debe remitirse en lo pertinente a la ley 222 de 1.995, por último, esta sociedad es más dúctil en temas como administración, pactos, impugnación de actas…etc.

 No obstante lo anterior, para algunos doctrinantes, la sociedad por acciones simplificada a partir del mes de enero de 2011 ha quedado sin piso jurídico[[45]](#footnote-45) por cuanto el Decreto 4463 de 15 de diciembre de 2006,[[46]](#footnote-46) por el cual se reglamentó el artículo 22 de la ley 1014 de 2006, se declaró violatorio del artículo 98 del Código de Comercio, norma que consagra la pluralidad de socios como elemento esencial del contrato, en consecuencia, la constitución de una sociedad por acciones simplificada, para algunos, riñe con la naturaleza jurídica del contrato de sociedad tradicional.

 La justificación de la afirmación anterior se encuentra sustentada en que la ley 222 de 1995, por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano a través del artículo 71 la figura de las “Empresas[[47]](#footnote-47) unipersonales”, las cuales constituyen una forma de organización comercial autónoma, que si bien comparte rasgos comunes con las sociedades reguladas en el Código de Comercio, presenta a su vez caracteres distintivos que permiten diferenciarla de tales instituciones, empezando por el hecho de estar integradas, como su nombre lo indica, por una sola persona.

 El Congreso de la República aprobó la Ley 1014 de 2006, de fomento a la cultura del emprendimiento, en cuyo artículo 22, se establece que las nuevas sociedades que se constituyan como microempresas a partir de la vigencia de la referida ley, sea cual fuere su especie o tipo, se constituirán con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal,[[48]](#footnote-48) de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995.

 El Presidente de la República el día 15 de diciembre de 2006, haciendo una interpretación totalmente equivocada del artículo 22 de la ley 1014, expide el Decreto 4463 a través del cual se permite la constitución de sociedades unipersonales.

 El Consejo de Estado, mediante el fallo de enero 20 de 2011 indicado, consideró que el artículo 22 de la ley 1014 de 2006 al referirse a las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley, cualquiera que fuere su especie o tipo, estaba haciendo referencia a las distintas categorías societarias previstas en el Código de Comercio y no a la creación de una nueva especie o tipo de sociedad denominada Sociedad unipersonal, como equivocadamente lo entendió la administración. Lo que en realidad quiso el legislador permitir fue la creación de nuevas sociedades que compartieran las características de las microempresas a que se refiere el artículo 2 de la ley 905 de 2004, es decir, que éstas pudieran ser constituidas con el lleno de los requisitos señalados por la ley 222 de 1995, bajo cualquiera de las categorías societarias consagradas en el Código de Comercio, esto es, mediante escrito privado y el cumplimiento de las demás exigencias establecidas en el artículo 72 de la ley 222.

 Con base en lo anteriormente expuesto el Consejo de Estado procedió a declarar la nulidad de los apartes acusados del Decreto 4463 del 15 de diciembre de 2006 por medio del cual se reglamentaba el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Finalmente y a manera de conclusión sobre éste punto en particular se considera que al declararse la nulidad del Decreto 4463 de 2006, la sociedad por acciones simplificadas ha perdido su suporte legal quedando en un limbo jurídico por lo que se deberá regresar al concepto de empresa unipersonal el cual, a nuestro juicio, es más apropiado y coherente desde el punto de vista societario empresarial.

**CONCLUSIÓNES:**

Las sociedades mercantiles, como concepto jurídico, son el ropaje que utilizan las empresas para generar riqueza, desde un punto de vista económico.

La razón de ser de las sociedades mercantiles es la realización de actividades económicas con el fin de lograr riqueza.

La sociedad como concepto jurídico, a través de la persona jurídica, busca limitar la responsabilidad de los socios al máximo, en protección de la economía individual.

Las empresas al generar riqueza se convierten en el motor de toda la economía tanto nacional como internacional.

El derecho mercantil y en especial el societario es una herramienta puesta al servicio de la economía.

Para entender la aparición, desarrollo, funcionamiento y desaparición de los modelos societarios es necesario estudiarlo desde la disciplina económica.

1. \*Universidad Santo Tomás Tunja – Boyacá Colombia. Abogado Universidad Externado de Colombia. Especialista en derecho procesal de la Universidad del Rosario. Con estudios de especialización en derecho mercantil de la Universidad Externado de Colombia, magister en Responsabilidad pública y privada de la Universidad Externado de Colombia, candidato a doctor de la Universidad Carlos III de Madrid. Conjuez Sala Civil y de Familia Tribunal Superior de Tunja, Conjuez Tribunal Administrativo de Boyacá. Árbitro de la Cámara de Comercio de Tunja. Abogado consultor y asesor en materia de responsabilidad pública y privada, derecho mercantil y derecho civil. Profesor Universitario. [↑](#footnote-ref-1)
2. La definición clásica de la orientación subjetiva o marginalista es de [Lionel Robbins](http://es.wikipedia.org/wiki/Lionel_Robbins), quien afirma: La economía es la ciencia que se encarga del estudio de la satisfacción de las necesidades humanas mediante bienes que, siendo escasos, tienen usos alternativos entre los cuales hay que optar. [↑](#footnote-ref-2)
3. La economía, para [Aristóteles](http://es.wikipedia.org/wiki/Arist%C3%B3teles), es la ciencia que se ocupa de la manera en que se administran unos recursos o el empleo de los recursos existentes con el fin de satisfacer las necesidades que tienen las personas y los grupos humanos. [↑](#footnote-ref-3)
4. FARINA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos, Ed. Astrea, Buenos Aires 1.999. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional Sentencia C-865/04 Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C.,  siete (7) de septiembre de dos mil cuatro (2004). “De conformidad con lo previsto en el artículo 150 (numerales 2° y 8°) en armonía con lo dispuesto en el artículo 189 (numeral 24) de la Constitución Política, le corresponde al legislador regular no sólo la denominación de las tipologías societarias (tales como, sociedades colectiva, en comandita, de responsabilidad limitada, anónima, mixta, etc.), sino también definir la preservación de sus atributos como personas jurídicas. En efecto, es el legislador quien tiene la competencia para establecer los requisitos y condiciones para la creación de sociedades morales, así como para determinar las distintas clases o tipologías de sociedades. Así como, es quien puede determinar en qué medida los atributos que definen su personalidad operan con mayor o menor intensidad y, por lo mismo, se ponderan en atención a los rasgos característicos que el mismo legislador le reconoce a cada modalidad societaria. El legislador bien puede crear sociedades de riesgo limitado o  ilimitado, como personas jurídicas con patrimonio propio distinto de los socios. Así mismo, le corresponde al Congreso fijar las medidas para preservar los atributos de la sociedad, pudiendo entonces levantar la limitación de riesgo, siempre y cuando se presenten circunstancias especiales y específicas que ameriten dicha determinación. Por último, la adopción de un modelo de responsabilidad, corresponde igualmente a la competencia de configuración normativa del legislador, bajo la exigencia de respetar los valores, principios y derechos previstos en la Constitución, en especial, las cargas de razonabilidad y proporcionalidad.” [↑](#footnote-ref-5)
6. BOLAFIO-ROCCO-VIVANTE. Derecho Comercial Tomo 6. Ed. Ediar. Buenos Aires Argentina. Pág. 247 y s.s. [↑](#footnote-ref-6)
7. El artículo primero de la ley 1258 de 2008 establece que la sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. [↑](#footnote-ref-7)
8. De conformidad con el inciso segundo del artículo de la ley 1258 de 2008. “…los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”. [↑](#footnote-ref-8)
9. GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil, Ed. Temis, Bogotá 1.987.Tomo I Pág. 29. “….Todo ello muestra que la separación histórica entre derecho civil y derecho mercantil no fue obra del capricho no obedeció a criterio dogmáticos sino que fue impuesta por la misma realidad económica. Este es el sentido que nosotros damos a la expresión “el derecho mercantil como categoría histórica”. [↑](#footnote-ref-9)
10. BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil, Ed. Tecnos S.A. Madrid Tomo I 1.991.Pág. 40.”El derecho mercantil nació, y en buena medida sigue siéndolo en La actualidad, como derecho especial frente al Derecho común o civil. Del primero se afirma corrientemente – afirmación que puede extenderse a otras disciplinas jurídicas- que constituye una categoría histórica. Lo cual se comprende por varias razones. En primer lugar, porque el derecho mercantil como disciplina autónoma no ha existido siempre, sino que, por el contrario, su aparición se produce en u n momento histórico determinado. En segundo lugar, porque nace como rama del derecho privado al lado del derecho civil, por circunstancias y exigencias históricas. Y, finalmente, porque su transformación hasta alcanzar su contenido actual es el resultado de una serie de factores (económicos, políticos y sociales) de gran relevancia. Por todo ello se ha podido afirmar que la historicidad del Derecho mercantil significa que su separación del Derecho civil no es un hecho permanente, e implica, además, que surge como derecho especial para satisfacer concretas exigencias de la realidad económica. Exigencias que, a partir de un momento histórico determinado, no fueron debidamente atendidas por el derecho civil. [↑](#footnote-ref-10)
11. CUEVAS, Homero. Introducción a la economía. Ed. U. Externado de Colombia. 1.997. Págs. 4-5. “La historia no conoce ningún proceso de desarrollo humano que no sea a la vez proceso de desarrollo social, incluido el proceso de trabajo o el proceso humano de producción para satisfacer necesidades…En general, el proceso humano de producción para satisfacer necesidades toma lugar estableciendo relaciones entre unos hombres y otros, las cuales pueden ser denominadas como relaciones sociales de producción. Lógicamente, en cuanto el producto obtenido es siempre apropiado, es decir distribuido, a todo conjunto de relaciones de producción corresponde siempre un conjunto de relaciones sociales de distribución.”. [↑](#footnote-ref-11)
12. JOSSERAND, Louis. Del abuso de los derechos y otros ensayos. Editorial Temis. 1.999. Pág. “Los instrumentos inofensivos de antaño han sido reemplazados por máquinas cuya potencia es aterradora. El hombre ha captado y utilizado fuerzas cuya íntima esencia no siempre penetra: la electricidad, los rayos x, la radio. Se multiplican los accidentes y de ellos muchos permanecen ignorados y de otros se desconoce la causa verdadera. Los accidentes de locomoción alimentan la crónica de los diarios y causan, cada día, en Europa miles de víctimas. La seguridad en las vías públicas, aún en las aceras donde los automóviles arriesgan a veces desagradables incursiones, no es completa, y lo será menos todavía cuando prácticamente reine la aeronáutica y circulen sin cesar vehículos aéreos por encima de nuestras cabezas dejando caer sobre el planeta objetos de peso y dimensiones variadas. Entonces el “hombre de la calle”, del que hablan desenfadadamente los ingleses, ocuparán una posición subalterna, que no será del todo reposada. El siglo del ferrocarril, del automóvil, del avión, de la industria y del maquinismo; el siglo de los transportes y de la mecanización universal no será precisamente el siglo de la seguridad material. Fieles a la recomendación de Nietzsche, vivimos “peligrosamente” y cada día más intensamente, como nos lo aconsejaba el ilustre presidente Teodoro Roosevelt.”. [↑](#footnote-ref-12)
13. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Ed. Paidós. Barcelona España 2006. Pág.108. [↑](#footnote-ref-13)
14. FARINA M, Juan. Contratos comerciales modernos. Ed. Astrea. 1.999. 2 Ed. Pág. 1. “Mediante los contratos propios del tráfico mercantil el hombre procura satisfacer todas sus necesidades materiales, espirituales, científicas, de esparcimiento etc., recurriendo a las empresas productoras y distribuidoras de los bienes y servicios que se lanzan al mercado a dicho fin.”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Colombia, con la Constitución Política de 1.991, asume la forma de un Estado social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, con una gran inclinación, además, por el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de todos sus habitantes; por otro lado, nuestro país se encuentra altamente comprometido en el mantenimiento efectivo de la prevalencia del interés general sobre el particular y es desde allí, desde donde se garantiza efectivamente el derecho de todos los ciudadanos a asociarse de manera libre con la finalidad de lograr unos objetivos económicos o de otra índole; en cualquier caso, en consideración a que la actividad económica y la iniciativa privada, deben ser libres siempre y cuando se desarrollen dentro de los límites del bien común (art. 333 C.P.) claro que, el direccionamiento de la economía, como sabemos, se encuentra en cabeza del Estado (art. 334 C.P.) pues existen cláusulas generales que autorizan esa intervención Hoy en día, al igual que ayer, es palmario que la asociación es fundamental para el logro de los fines de la vida; en el pasado, era fundamental la asociación de personas, entre otras cosas, para defenderse del clima o de las fieras; luego, vemos como fue importante la asociación entre grupos de personas o familias para lograr su sustento y supervivencia frente a otros grupos como frente a las influencias socioeconómicas del mismo medio; en estos tiempos, podemos ver y hablar de agrupaciones de personas, que buscan la consecución de unos objetivos humanistas y altruistas y, de otras agrupaciones que buscan una consolidación que garantice su dominio económico ya nacional ya internacionalmente, frente a una competencia bien estructurada, a través de la conformación de capitales debidamente organizados en donde a diferencia de las agrupaciones humanistas, la persona queda relegada a un tercero o cuarto lugar, cuando se le asigna alguno, para darle prioridad al dinero. El derecho de asociación, en nuestro país, como ya lo advertimos, se encuentra diamantinamente reconocido constitucionalmente y, sin lugar a dudas, se ha convertido en una de las herramientas más importantes que poseemos actualmente los colombianos, como medio para desarrollar cualquier actividad que se enmarque dentro de la licitud, las buenas costumbres, el orden público y la moral, con la finalidad de lograr unos objetivos previamente determinados que pueden ser económicos o no, y de esa manera, aparece reconocido en el artículo 38 según el cual “...Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad...”. Para nosotros, todas las agrupaciones de personas, que buscan un fin determinado, son asociaciones, basta con mirar la definición que de asociación indica la Real Academia del la Lengua; ella sostiene que la palabra asociación indica la acción y efecto de asociar o asociarse, de igual manera, agrega, que se entiende como conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada. De tal suerte que podríamos intentar una definición de asociación diciendo que, es la agrupación de personas, que mediante la libre manifestación de su voluntad, se unen, de manera estable y permanente, para lograr, mediante la sumatoria de sus fortalezas individuales, la consecución de un fin determinado. [↑](#footnote-ref-15)
16. BETTY, Emilio. “Teoría General del Negocio Jurídico”. Ed. Comares 2000. Pág.57-58. “La institución del negocio jurídico no consagra la facultad de “querer” en el vacío, como place afirmar a cierto individualismo que no ha sido aún extirpado de la dogmática actual. Más bien, según hemos visto, garantiza y protege la autonomía privada, en la vida de relación en cuanto se dirige a ordenar intereses dignos de tutela en las relaciones que los afectan. Esto afirmado, es fácil llegar a definir el negocio jurídico según sus caracteres genéticos y esenciales. Es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido).”. [↑](#footnote-ref-16)
17. Hoy en día se encuentra plenamente establecido que la responsabilidad contractual se origina en el incumplimiento de las obligaciones contenidas en las prestaciones pactadas, así lo reconoce entre nosotros el profesor Álvaro Pérez Vives al indicar que “Como hemos expresado en repetidas ocasiones, la fuente de la obligación no es aquí, propiamente hablando, el acto jurídico llamado contrato, sino el incumplimiento de la obligación engendrada por aquél. La responsabilidad contractual no es, pues, un efecto de la obligación contractual, como cree la doctrina clásica, sino fuente de una obligación distinta de la que engendró el contrato.”. PEREZ VIVES, Álvaro. Teoría General de la Obligaciones. Tomo II. Ed. Universidad Nacional. 1.957. Pág. 13. [↑](#footnote-ref-17)
18. PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad Extracontractual. Editorial Temis. 2004. Pág. 53 y s.s. Establece este autor una interesante reflexión sobre la distinción entre responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad civil contractual así como de la tesis ecléctica que sobre ello se ha construido, básicamente de lo que se trata es de determinar si los mismos elementos de la responsabilidad en general se comparten por estas tesis o sin alguna de ellas tiene diferencias que la haga individual o única y si en últimas vale la pena insistir en dicha división. [↑](#footnote-ref-18)
19. En cuanto atañe al postulado de la autonomía de la libertad entiende la Corte que su objetivo consiste en otorgarle un amplio margen de libertad a la administración para que, dentro de los límites que impone el interés público, regule sus relaciones contractuales con base en la consensualidad del acuerdo de voluntades, como regla general. La consecuencia obvia de este principio es la abolición de los tipos contractuales, para acoger en su lugar una sola categoría contractual: la del contrato estatal, a la cual son aplicables las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en dicha ley. Corte Constitucional Sentencia C-949 de 2001.M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-19)
20. DE LOS MOZOS, José Luis. El principio de la buena fe. Ed. Bosch Barcelona España. 1.965. [↑](#footnote-ref-20)
21. El artículo 23 de la ley 80 de 1.993 o Estatuto de la contratación Administrativa prescribe sobre los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales al indicar que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. [↑](#footnote-ref-21)
22. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Artículo 13 Ley 80 de 1.993. [↑](#footnote-ref-22)
23. SANTOS BRIZ, Jaime. “La contratación privada”. Ed. Montecorvo. Madrid 1.966. Páginas 257 y ss. Habla de la función del contrato y distingue los contratos civiles de los mercantiles así como delos públicos y privados, comenta que la fluctuación de la doctrina mercantilista para hallar un concepto definitivo del Derecho mercantil ha pasado de identificarlo con un derecho profesional destinado a la organización del comercio y los comerciantes, a basarlo en el acto de comercio realizado en masa. Establece que el sistema objetivo basado en el acto de comercio sustituyó a l sistema subjetivo basado en el concepto de comerciante. Pero resultó insuficiente y fallido este intento, porque el acto de comercio no alcanzó aisladamente considerado, las suficientes notas peculiares en que distinguirlo de los actos o contratos de Derecho Civil. Considera que las características propias obtenidas al ser realizado en masa no dan una sustancia jurídica que no pueda disciplinarse por las clásicas normas civiles, ya en su estado originario, ya en virtud de las transformaciones que han experimentado a la vista de la evolución social y económica. Concluye diciendo que con base en esos inconvenientes, la doctrina ha vuelto a la nota de profesionalidad que caracteriza el Derecho mercantil; pero sin el concepto de comerciante individual al que ha sustituido por el concepto de empresa. [↑](#footnote-ref-23)
24. FARINA, Juan M. “Contratos comerciales modernos”. Editorial Astrea. Buenos Aires 1.999. Pág. 4. [↑](#footnote-ref-24)
25. VILLEGAS, Carlos Gilberto, Derecho de las Sociedades Comerciales, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina 1986, pág. 10 y ss. [↑](#footnote-ref-25)
26. El artículo primero de la referida ley consagró que “En las sociedades de responsabilidad limitada que por esta ley se autorizan, la responsabilidad de los socios queda limitada a sus aportes y a la suma que a más de estos se indique y la administración corresponde de derecho a todos y cada uno de ellos, los que pueden desempeñarla por si mismos o por sus delegados sean socios o extraños. La sociedades de responsabilidad limitada pueden ser civiles o comerciales.”. [↑](#footnote-ref-26)
27. BROSETA PONT, Manuel. MARTÍNEZ SANZ. Fernando. Manual de Derecho Mercantil. Undécima Edición Ed Tecnos Madrid España 2002 Pág.283. [↑](#footnote-ref-27)
28. Surge, por tanto, como comunidad de trabajo entre personas ligadas por vínculos de [sangre](http://www.monografias.com/trabajos/sangre/sangre.shtml), aunque, posteriormente, pasa a admitir a personas extrañas al círculo familiar con las que se mantiene una relación de confianza. Es este elemento de confianza lo que determina el [carácter](http://www.monografias.com/trabajos34/el-caracter/el-caracter.shtml) personalista de la sociedad colectiva y lo que la diferencia profundamente de la sociedad capitalista en la que la condición de los socios es, en principio, un elemento irrelevante. [↑](#footnote-ref-28)
29. “…todos los socios están en una situación de igualdad, aportando cada uno su esfuerzo, distribuyéndose el riesgo entre todos los patrimonios, haciendo posible la utilización de cada socio en las diversas actividades de la sociedad .RODRIGUEZ, RODRIGUEZ Joaquín. Derecho Mercantil. Tomo I. 8 Edición Ed, Porrúa S.A. México 1.982. Pág. 61. [↑](#footnote-ref-29)
30. Históricamente, la sociedad en nombre colectivo remonta al derecho mercantil de los municipios italianos de la edad media, y ha surgido probablemente de la comunidad familiar. ASCARELLI. Tullio. Tratado de derecho mercantil Tomo I. Ed. Porrúa. México. Pág. 120.1.940. [↑](#footnote-ref-30)
31. RIPERT. Georges. Tratado elemental de derecho comercial. 1.954 Tomo I. Pag. 112. [↑](#footnote-ref-31)
32. RIPERT. Georges. Ob. Cit. Pág. 133. [↑](#footnote-ref-32)
33. ORTEGA, TORRES. Jorge. Código de Comercio Terrestre. Ed. Temis. Bogotá. 1.969. Pág. 255. [↑](#footnote-ref-33)
34. El antiguo derecho francés ha conocido de esta clase de sociedades, pero esta nueva forma resultaba extraña a los juristas y la reglamentación era muy indecisa. El Código de Comercio aportó orden y precisión. En la segunda mitad del siglo XIX, la ley del 24 de Julio de 1.867 acordó libertad a las sociedades anónimas y reglamentó nuevamente todas las sociedades por acciones. RIPDERT Georges. Ob. Cit. Pág. 212. [↑](#footnote-ref-34)
35. RODRIGUEZ, RODRIGUEZ. Joaquín. Ob. Cit. Pág.77. [↑](#footnote-ref-35)
36. RIPERT. Georges. Ob. Cit. Pág. 211. [↑](#footnote-ref-36)
37. Antes del siglo XVII pueden citarse en Europa los grandes bancos de Génova, Ámsterdam y Londres. En Francia, en el siglo XVII, la navegación y la colonización son los objetivos principales de esas compañías. Las más conocidas son las compañías de las indias Orientales, creada por Colbert en 1.664, la Nueva Compañía de Indias, creada por Law en 1.717 y reorganizada primero en 1.719 y después en 1785, la Compañía General de seguros y préstamos a la gruesa de 1.686. RIPERT. Georges. Ob. Cit. Pág. 213. [↑](#footnote-ref-37)
38. Para RIPERT, “…la supresión empleada en el antiguo derecho francés, para designar las asociaciones en participación, cambia de sentido. Se establece que los accionistas son únicamente responsables en razón de su aporte, sin que sea necesario limitar su responsabilidad por una cláusula de los estatutos. La sociedad se denomina anónima porque es indiferente la responsabilidad de los socios.”. RIPERT. Georges. Ob. Cit. Pág.215. [↑](#footnote-ref-38)
39. ORTEGA, TORRES. Jorge. Código de Comercio Terrestre. Ed. Temis. Bogotá. 1.969. Pág.228 – 229. [↑](#footnote-ref-39)
40. El artículo 373 del decreto 410 de 1.971 consagra la definición de sociedad anónima en los siguientes términos: “La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras “sociedad anónima” o de las letras S.A. Si la sociedad se forma, se inscribe o se anuncia sin dicha especificación, los administradores responderán solidariamente de las operaciones sociales que se celebren.”. [↑](#footnote-ref-40)
41. RIPERT. Georges. Ob. Cit. Pág. 160. [↑](#footnote-ref-41)
42. ORTEGA, TORRES. Jorge. Ob. Cit. Pág. 532. [↑](#footnote-ref-42)
43. REYES VILLAMIZAR, Francisco. “SAS La sociedad por acciones simplificada” Ed. Legis. Segunda edición año 2010. [↑](#footnote-ref-43)
44. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 40 (PARCIAL) DE LA LEY 1258 DE 2008: El artículo 40 de la Ley establece reglas de competencia para la resolución de conflictos societarios que se presenten en las SAS, esto es, entre sus accionistas, los órganos de la sociedad o sus administradores, en desarrollo del correspondiente acto de constitución. Dispone en primer lugar el sometimiento de las mismas a la justicia arbitral o la amigable composición, de haberse acordado en los estatutos; en segundo lugar, y a falta de pacto estatutario, subsidiariamente, su conocimiento por la justicia estatal administrativa -la Superintendencia de Sociedades-. Esta fórmula de competencia incluye las impugnaciones de decisiones de la Asamblea General o Junta Directiva de las SAS, género de conflictos societarios que son el objeto específico de la presente demanda de inconstitucionalidad.

El ciudadano Fabián López Guzmán demandó el artículo 40 (parcial) por considerar, entre otras cosas que, en palabras de la Corte, “…la disposición acusada vulnera los derechos de los accionistas minoritarios, quienes, por su situación económica, se encuentran en condiciones de debilidad frente al poder de los accionistas mayoritarios. La naturaleza onerosa del arbitraje comercial hace que la disposición acusada atente contra sus derechos patrimoniales, más aun si se tiene en cuenta que no disponen de la información administrativa, financiera y contable. Así las cosas se estaría vulnerando el derecho a la igualdad, el debido proceso y acceso a la justicia.

La corte Constitucional mediante sentencia C-410 de 2010 expediente 7748 con ponencia del Dr. Mauricio González Cuervo declaró la exequibilidad de la norma atacada, entre otros, bajo los siguientes argumentos:

Dada la libertad de configuración legislativa en materia de competencias jurisdiccionales y de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, teniendo en cuenta que la regla de asignación de competencia a los árbitros y a los amigables componedores para poder conocer los conflictos societarios sobre decisiones de las asambleas o juntas directivas de las SAS -de pactarse en los estatutos- no vulnera normas constitucionales de asignación de competencias judiciales ni de limitación de las materias propias de los MASC, y considerando que el legislador ordinario -sin restricción estatutariamente puede definir los asuntos a ser resueltos a través de arbitramento o amigable composición sin más valla que la Constitución y los límites a la autonomía de la voluntad expresada en normas de orden público, la disposición demandada del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 no viola regla alguna de las competencias de los jueces estatales, al haberse determinado en dicha norma que los conflictos societarios de las SAS, en las condiciones ya expuestas, son susceptibles de librarse al ámbito propio de los mecanismos de auto resolución de conflictos señalados, por considerarse materia disponible o de la esfera de la autonomía de la voluntad que se ejerce en la actividad comercial de las SAS. Así, no vulnera el principio debido proceso, en la garantía del Juez competente (CP, art. 29).

La previsión de que, en el caso de las SAS, a la justicia arbitral sólo se acudirá si así está pactado en los estatutos, aunada a la regla de unanimidad como requisito para incluir la cláusula arbitral en ellos, garantiza que en todas las hipótesis referidas a los accionistas, se manifiesta el principio de habilitación voluntaria de los árbitros o los amigables componedores por las partes. En suma, el pacto estatutario obra como pacto compromisorio para los accionistas de las SAS, y es ley para las partes. Así, el mecanismo alternativo de resolución de conflictos obra como un instrumento de realización de justicia, por lo que el cargo por violación del artículo 229 constitucional, tampoco prospera. La disposición acusada no vulnera el debido proceso constitucional, toda vez que el legislador no ha desconocido los límites competenciales consagrados en la Carta respecto de la justicia arbitral. La disposición acusada tampoco vulnera el derecho de acceso a la justicia toda vez que el proceso arbitral está reconocido constitucionalmente como un mecanismo válido para ejercer jurisdicción, siempre y cuando a él se acuda, no por obligación legal, sino por habilitación voluntaria de las partes. El fragmento atacado autoriza el acceso a la justicia arbitral siempre y cuando así se haya pactado en los estatutos sociales de la respectiva SAS, y dado que se exige unanimidad para que la cláusula arbitral quede incorporada en ellos, todos los accionistas, minoritarios o mayoritarios, originarios o nuevos, habrán expresado, en ese consentimiento estatutario, la voluntad habilitante que exige la Carta.

La disposición contenida en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 que permite que la impugnación de determinaciones de asamblea de la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) se someta a decisión arbitral no vulnera el principio de igualdad, en la medida en que las S.A.S. tiene propósitos, estructura, finalidades, regulación y forma de constitución sustancialmente distinta a las de las sociedades reguladas por el Código de Comercio y por lo tanto es válido que, dentro del amplio margen de configuración que la Constitución le otorga en materia de procedimientos judiciales, el legislador haya dispuesto un procedimiento diferente entre aquellas y éstas. Esa diferencia es particularmente evidente en el régimen de funcionamiento de las respectivas asambleas de accionistas, lo que permite que para dirimir las diferencias respecto de ese punto específico, pueda el legislador consagrar procedimientos distintos. Más aun si se tiene en cuenta que en el caso de la S.A.S., la decisión de incluir la cláusula compromisoria en los estatutos exige unanimidad en los accionistas, requisito que no se exige en el caso de las sociedades reguladas en el Código de Comercio.

No obstante lo anterior, el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 según el cual “Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario.”. fue derogado por el artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. [↑](#footnote-ref-44)
45. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Sentencia de enero 20 de 2011 C.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. [↑](#footnote-ref-45)
46. El Decreto 4463 del 15 de diciembre de 2006, fue dictado por el Presidente de la República y publicado en el Diario Oficial N° 46483 del día 15 de diciembre de 2006, a través de este Decreto“…se reglamenta el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006”, que permite la constitución de sociedades unipersonales. [↑](#footnote-ref-46)
47. La empresa es una “organización de los factores de producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada. Los elementos integrantes de la empresa, en su compleja variedad, aparecen íntimamente ligados por la comunidad de destino económico (obtención de la ganancia máxima), constituyendo una unidad organizada conforme a las exigencias de la explotación económica. […] Esta unidad de concepto se manifiesta también desde el punto de vista contable, que abarca toda la actividad de la empresa dentro de determinados períodos de tiempo (“ejercicios económicos”) y separa el patrimonio mercantil del patrimonio privado del empresario.” GARRIGUES. Joaquín. Curso de derecho Comercial T. 3 Editorial Temis Pág. 48. [↑](#footnote-ref-47)
48. La Honorable Corte Constitucional, por su parte, en su Sentencia C-392/07del 23 de mayo de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, al declarar exequible la expresión “se constituirán con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995”, contenida en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, en el entendido que la remisión normativa allí contenida se refiere exclusivamente a los requisitos exigidos para la constitución de las nuevas sociedades, manifestó textualmente lo siguiente: “[…] la remisión normativa al Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995 hace referencia a las formalidades de constitución de las empresas unipersonales señaladas en el citado cuerpo normativo, tal como proponen el Procurador y algunos intervinientes. ║ Habría que aclarar aquí que según esta […] interpretación el alcance de la remisión normativa es limitado porque no serían aplicables todas las formalidades previstas para la constitución de las empresas unipersonales, sino aquellas que fueren compatibles con las reglas previstas en el Código del Comercio para la conformación de las diversas modalidades societarias. En esa medida la remisión normativa contenida en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006 hace referencia a que las nuevas sociedades, cualquiera que fuere su especie o tipo que tengan una planta no superior a diez trabajadores o activos inferiores a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes se constituirán mediante documento privado. El postulado interpretativo que así resulta no fija una limitación a la libertad de asociación en materia económica, sino que por el contrario establece una medida a favor de cierto tipo de sociedades, las cuales se constituirían de una manera simplificada y menos onerosa. Este trato diferenciado encuentra justificación en fines constitucionalmente legítimos, tales como precisamente “fomentar una cultura del emprendimiento”, señalado expresamente en la ley acusada, el cual guarda estrecha conexión con los mandatos constitucionales a los cuales previamente se hizo alusión según los cuales compete al Estado estimular el desarrollo empresarial (art. 333 de la C. P.), asegurar el pleno empleo de los recursos humanos (art. 334 C. P.), favorecer el desarrollo regional (art. 334 C. P.), y permitir el desarrollo productivo de los pequeños capitales.”. [↑](#footnote-ref-48)