

Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional

Francisco Reyes Villamizar*

Resumen

El derecho societario colombiano ha experimentado dificultades recientes con la forma en la cual la Corte Constitucional ha adelantado la constitucionalización del derecho privado, afectando la seguridad jurídica de manera indeseable para el buen funcionamiento del sistema jurídico local. Se destacan dos factores que afectan la estabilidad y la certidumbre del sistema: primero, la falta de rigor de muchas de las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional y, segundo, la inercia del legislativo en su deber de contrarrestar precedentes judiciales que afecten las condiciones básicas de la inversión en una economía de mercado. El presente artículo analiza más de diez sentencias de la Corte Constitucional, organizadas en dos periodos de adjudicación, y en ellas es evidente la falta de rigor mencionada: por ejemplo, es muy difícil determinar en qué consiste el fundamento jurídico de la sentencia (*rationale*), además de que se presenta un uso deficiente de la doctrina de *stare decisis*, en el que ni siquiera se respeta la fuerza jurídica de lo fallado en sentencias anteriores.

Palabras claves

Derecho societario, Derecho privado, tribunal constitucional, precedente judicial, constitucionalización del Derecho privado, acción de tutela.

Abstract

Corporate law in Colombia has experienced difficulties recently because of the way in which the Constitutional Court has led the process of constitutionalization of private law, thereby affecting legal stability in a way that is inconvenient to the proper functioning of the national legal system. Two elements especially affect the stability and certainty of the system: first, the lack of meticulousness of many opinions of the Constitutional Court, and, second, the legislative branch's slow response in light of its duty to counteract judicial precedents that affect the basic investment conditions in a market economy. This article analyzes more than ten rulings of the Constitutional Court, arranging them in two time periods, and in them the aforementioned lack of meticulousness is evident: for example, it is very difficult to determine what the rationale of the opinion is, and a deficient use of the doctrine of *stare decisis* is clearly made, in which the binding force of previous opinions is not even upheld.

Keywords

Corporate law, Private law, Constitutional court, Judicial precedent, Constitutionalization of private law, Expedited constitutional action.

* Profesor Visitante en Derecho Comparado en Louisiana State University y en la Universidad Católica Argentina.

1. Introducción

Luego de haber transcurrido más de quince años desde la introducción de la acción de tutela en el sistema colombiano, las opiniones siguen divididas sobre sus alcances y efectos prácticos en el ámbito jurídico interno. A estas alturas, no parece razonable poner en tela de juicio la utilidad que, en general, ha tenido este mecanismo en Colombia. La tutela se ha convertido en sinónimo de protección para muchos ciudadanos. Otros países en vías de desarrollo, con similares deficiencias del sistema judicial, como Brasil, México, Venezuela y Argentina, también se han visto en la necesidad de introducir mecanismos semejantes para contrarrestar el letargo de una justicia parsimoniosa e indiferente.

La acción de tutela, el amparo y el *mandado de segurança* les han permitido a estos países avanzar hacia una justicia más próxima y asequible para los ciudadanos. Los jueces pueden, en efecto, emplear mayor discrecionalidad en estos casos de la que usualmente se les confiere. También se les faculta para adoptar decisiones muy efectivas, como ordenarle al implicado que cumpla una determinada acción, que efectúe un pago inmediato, que se abstenga de realizar cierto acto o que reverse las consecuencias de una acción indebida. Todo ello reforzado con el drástico poder que surge de las sanciones por desacato que incluyen, por supuesto, la posibilidad de arrestar al que incumpla una orden judicial. Entre nosotros, y a pesar de muchos desaciertos, la existencia de este sistema de protección le trasmite al ciudadano la idea de un juez de mayor autoridad, dotado de poderes similares a los de las cortes anglosajonas (v. Schlesinger et al, 1998: 475 y ss.).

Claro que estos instrumentos no han sido siempre bien utilizados. La amplia posibilidad de decisión a la que se ha hecho referencia ha facilitado el abuso de estas acciones en varios países latinoamericanos. En muchos casos ésta se ha convertido en mecanismo de burla al sistema y obstrucción a la justicia. Aparte de conocidos abusos, se sabe que estas acciones han originado notoria congestión de la justicia, a pesar de la forma tantas veces improvisada en que se resuelven muchas de ellas. No es raro que el juez de tutela tenga poco conocimiento de la materia sobre la cual debe fallar. Es frecuente que un magistrado condescendiente identifique la necesidad de tutelar un derecho, pero desconozca el ámbito de especialidad legal en que se desenvuelven los hechos. Como consecuencia de ello, en algunos casos, la decisión adoptada puede adolecer de graves fallas jurídicas, con consecuencias graves para la organización social y para el sistema económico.

Es sabido que varias determinaciones erráticas emitidas de modo apresurado por nuestra Corte Constitucional han suscitado incertidumbre y han perjudicado la indispensable seguridad jurídica, con consecuencias muy graves para la inversión. En el campo específico de las sociedades anónimas, por ejemplo, el alto tribunal ha dejado sin piso en varias ocasiones el principio de limitación de responsabilidad, a pesar de tratarse de un postulado que se respeta universalmente. Tal como se analizará más adelante, en varias sentencias de escaso fundamento técnico se ha forzado a los accionistas a pagar deudas que, de otra forma, le corresponderían a la compañía, sin que se cumpla un riguroso escrutinio de la conducta de aquéllos.

Hoy pocos dudan de que las vicisitudes del régimen societario colombiano, causadas por la interpretación constitucional, han dado lugar a consecuencias adversas para los inversionistas. Y aunque —como ya se señaló— no es sensato desconocer la importancia de la acción de tutela como instrumento de protección de derechos fundamentales, sí es preciso reflexionar sobre la conveniencia de una defensa a ultranza de los derechos fundamentales, por medio de una verdadera “constitucionalización” del derecho societario. Ciertas interpretaciones de ese alto tribunal han dado lugar a sobresaltos e incertidumbres que han afectado gravemente la forma en la que actúa y opera el derecho societario en Colombia.

En este ámbito, podría afirmarse que el sistema legal colombiano se ha acercado a los regímenes jurídicos “decisionistas”, en los cuales se impone la aplicación de métodos inductivos de raciocinio. En ese orden de ideas, los hechos son fundamentales para determinar los principios jurídicos y la *ratio decidendi* aplicable a cada caso. De esta forma, el análisis de instituciones pertenecientes al derecho societario, cuyo estudio partía tradicionalmente del contenido de normas positivas expedidas por el legislativo, requiere, con frecuencia, de la aplicación de métodos de raciocinio inductivos más propios del derecho anglosajón que de ordenamientos de raigambre romano-germánica.

La simbiosis entre métodos “decisionistas” y la aplicación de normas jurídicas escritas, y entre métodos deductivos e inductivos, no es del todo ajena a los sistemas jurídicos contemporáneos. Así, en casos como el de los Estados Unidos, existe un enorme acervo de disposiciones legales escritas, a veces incluso codificadas, cuya aplicación corre pareja de una prolija jurisprudencia societaria emitida por cortes estatales y tribunales federales. La interpretación judicial les otorga a los preceptos positivos una mayor actualidad, en tanto que permite desentrañar su sentido práctico y dilucidar la lógica que subyace a la actividad económica.

Sin pretender asumir una postura reaccionaria, incompatible con una adecuada evolución del derecho, debe afirmarse que muchas de las sentencias de nuestra Corte Constitucional en materia de derecho de sociedades han carecido de suficiente ponderación, racionalidad, proporcionalidad y juicio de relevancia. Estas circunstancias han afectado la seguridad jurídica en un grado indeseable para la buena marcha del sistema jurídico local. Un elemental análisis sobre la evolución de las sentencias de esa corporación permite ilustrar esta tesis.

2. Evolución cronológica

Es interesante observar el viraje “lento” y casi “imperceptible” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de sociedades. Al parecer, los primeros integrantes de esa corporación actuaban con cierto recato en el tratamiento de instituciones tradicionales del derecho privado. En las interpretaciones tempranas sobre la materia se apreciaba una actividad judicial respetuosa de los principios básicos del derecho de sociedades. En la medida en que el poder de la Corte fue afianzándose y su prestigio jurídico y político aumentó, los magistrados comenzaron a producir sentencias en las que se observa un cierto menosprecio por tales postulados.

Para los efectos de este análisis, la actividad interpretativa de la Corte puede dividirse en dos periodos. El primero se inicia en el año 1996 y abarca hasta 1999, y el segundo se inicia en este último año y se extiende hasta el 2006. Como podrá comprobarse más adelante, el primer periodo se caracteriza por una rigurosa ponderación y aplicación de métodos de raciocinio propios del derecho privado, sin que por ello se hayan desconocido o menoscabado los derechos fundamentales o las normas y principios del derecho público. Entre las sentencias más representativas de este periodo se pueden destacar las siguientes: C-434 y C-435 de 1996; C-049, C-290 y C-510 de 1997, y C-320 de 1998.

A partir del año 1999, y hasta el 2006, las interpretaciones se flexibilizan en pro de posturas que la propia Corte Constitucional y los comentaristas de sus determinaciones han dado en llamar “garantistas”. Este neologismo indica, en esencia, la notoria prevalencia en la protección de los derechos individuales, aun en detrimento de normas sustanciales y principios fundamentales del derecho comercial. Entre las sentencias más representativas de este periodo, hemos seleccionado las siguientes: T-014 de 1999; SU-1023 de 2001; C-621 y SU-636 de 2003, y C-716 de 2006. En este segundo periodo, sólo hemos encontrado una sentencia en la que se observan y defienden rigurosas pautas de derecho privado. Se trata de la sentencia C-865 de 2004.

2.1. Primer periodo

El primer periodo objeto de análisis es rico en desarrollos jurisprudenciales, en parte debido a que coincide con los primeros años de vigencia de la Ley 222 de 1995. Esta norma, como es sabido, representó un significativo avance en el derecho societario, pues introdujo figuras desconocidas hasta entonces en el sistema jurídico local. Muchas de las disposiciones incluidas en la Ley 222 fueron objeto de demandas de inconstitucionalidad ante la Corte, de manera que la corporación hubo de pronunciarse sobre inúmeros aspectos contenidos en ese estatuto. Dentro de los ámbitos específicos que fueron objeto de pronunciamiento por parte de la corporación se encuentran, entre otros, la unificación de sociedades civiles y comerciales, el régimen de matrices y grupos de sociedades (incluido el sistema de responsabilidad subsidiaria creado en la misma ley), el sistema jurídico de los administradores, la capacidad para ser socio o accionista y el régimen de sucursales. Conviene, por lo tanto, analizar algunas de tales determinaciones jurisprudenciales.

2.1.1. Sentencia C-434 de 1996 sobre administradores

La primera sentencia que merece ser mencionada fue proferida inmediatamente después de la expedición de la Ley 222 de 1995. En esta decisión judicial se analiza la exequibilidad del artículo 232 del mencionado estatuto, en virtud del cual se excluye la acción de reintegro para los administradores sociales. De acuerdo con el régimen laboral anterior, la acción de reintegro le permitía a un trabajador destituido sin justa causa ser restablecido en su posición de trabajo anterior, siempre que se cumplieran ciertas condiciones. En la sentencia citada, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 232 de la Ley 222 de 1995, mediante la utilización de un riguroso raciocinio jurídico. En la determinación mencionada se expresó, en efecto, lo siguiente:

Lo que se excluye en esta norma especial no es la indemnización a la que tendrá derecho el trabajador ni las prestaciones laborales que le correspondan, todo lo cual habrá de regirse por la legislación correspondiente, sino la posibilidad de un nuevo vínculo, forzada por decisión judicial, con el administrador o revisor fiscal despedidos o removidos, pues ello implicaría que la sociedad se viera obligada a confiar la administración o la revisoría fiscal de su patrimonio e intereses, con la más amplia capacidad de decisión y manejo, a personas en las cuales no se tiene la indispensable confianza [...]. Es claro que dicha acción podía y puede ser suprimida, restringida en sus alcances,

limitada a ciertos casos o excluida en otros, siempre que ello se haga mediante ley y no desconozca derechos adquiridos por los trabajadores, sin que, únicamente por la circunstancia de adoptar una de esas decisiones, se pueda sindicarse al legislador de haber violado principios o preceptos de la Carta Política.

La norma impugnada pretendía salvaguardar un principio fundamental del derecho societario denominado derecho de revocatoria *ad nutum* (v. Dasso, 1985: 19 y ss.), por cuya virtud los órganos sociales competentes (asamblea o junta directiva) están facultados para remover a los administradores sociales a su discreción y en el momento en que lo estimen conveniente. Así, no existe la necesidad de demostrar razones justificativas específicas. Basta, por lo tanto, que se pague la correspondiente indemnización de perjuicios.

En esta sentencia, la Corte expresó con claridad que la norma que consagraba la acción de reintegro podía ser suprimida válidamente por el legislador, sin que ello vulnerara ningún principio constitucional. De esta manera, se estableció un cierto equilibrio entre un derecho del trabajador, como es el de verse restablecido en sus derechos luego de haberse comprobado la causa injusta de despido, y la facultad irrestricta de remoción en cabeza de los órganos sociales, sin la cual podría afectarse gravemente la administración de los negocios de la compañía.

2.1.2. Sentencia C-435 de 1996 sobre unificación del régimen societario

El artículo 1º de la Ley 222 de 1995, pretendía la unificación en el régimen de las sociedades civiles y comerciales. Esta norma, como es sabido, modificó lo previsto en el artículo 100 del Código de Comercio, en el cual se establecía la rígida dicotomía del derecho privado en esta materia. El inciso primero del artículo 238 de la misma ley fijaba un término de seis meses para que las sociedades civiles existentes en el momento de entrar en vigencia esa normativa societaria adaptaran la estructura estatutaria y cumplieran las formalidades legales propias de las sociedades comerciales. Al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra estas dos normas, el alto tribunal asumió una postura de vanguardia, al considerar que ambas se ajustaban a la Carta Política. Además de declarar exequibles los preceptos demandados, la Corte realizó consideraciones muy importantes sobre las razones históricas de la dicotomía y sobre su inconveniencia en el sistema jurídico colombiano.

En esta sentencia, la Corte puso de presente cómo el Congreso no había vulnerado el principio de unidad de materia al unificar el régimen de sociedades civiles y comerciales. Señaló que el legislador podía regular estos

asuntos e incluso unificar los deberes profesionales que originalmente se les habían endilgado de manera exclusiva a aquellas personas que realizaran actividades de comercio en forma habitual y profesional:

Las formas de asociación y los tipos societarios, regulados en la ley, no corresponden a una específica materia constitucional. La ley ofrece a los particulares un elenco de posibilidades de colaboración y asociación, las cuales no están determinadas en la Constitución. Por ser éste un asunto legal, sujeto además a las necesidades y contingencias del tráfico, es del resorte de la ley regular la materia, para lo cual puede adicionar o derogar las normas de esa estirpe.

Con una visión no solamente racional, sino vanguardista, la Corte Constitucional negó las pretensiones de la demanda, cuyo fundamento era el presunto quebrantamiento de la unidad de la materia regulada en la Ley 222 de 1995. Así mismo, la referida corporación afirmó que la dicotomía había perdido su justificación histórica, tal como puede apreciarse en el acápite que se transcribe a continuación:

La dicotomía que anteriormente existía en punto al régimen de sociedades, no obedecía a una suerte de exigencia ontológica, sino a la forma histórica de su regulación legal. Bien podía el legislador tomar en cuenta las nuevas necesidades y revisar críticamente, a la luz de las mismas, la existencia del sistema dual. En efecto, esto fue lo que hizo. En esencia, se unificó la regulación del contrato de sociedad, que soporta tanto a las sociedades comerciales como a las civiles. De ninguna manera se suprimieron éstas últimas. Como lo expresa el artículo 1° de la citada ley, "las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles"¹.

2.1.3. Sentencia C-049 de 1997 sobre sucursales de sociedades extranjeras

Por medio de esta determinación judicial, digna de destacarse, se declaró inexecutable el artículo 239 de la Ley 222 de 1995. En esta norma, a todas luces inconveniente, se exigía para los contratos de representación o agencia que debieran celebrarse en Colombia el establecimiento de un domicilio permanente en el país por parte de los extranjeros participantes. Sobre este

¹ A pesar del respaldo contundente que la Corte Constitucional le dio a la unificación de las dos vertientes del derecho societario, debe advertirse que la unificación entre las sociedades civiles y comerciales se ha visto opacada por diferentes decretos del Gobierno Nacional, leyes del Congreso e interpretaciones retardatarias de ciertas entidades de fiscalización gubernamental. Todas estas normas han tenido el efecto inconveniente de revivir la dicotomía entre sociedades civiles y comerciales, un aspecto que se consideraba felizmente superado entre nosotros.

particular la alta corporación se expresó en los siguientes términos: “las sociedades extranjeras que no tienen interés en establecerse en forma permanente en el país, pueden realizar negocios a través de un representante”.

La norma demandada provenía de un inconsulto gazapo legislativo que exigía a todo extranjero que se propusiera adelantar actividades de representación en Colombia constituir una sucursal en el país, aunque la actividad no fuera permanente. La Corte Constitucional, con buen criterio, consideró inexecutable esa disposición legal, mediante la aplicación de un simple criterio de equidad. La norma resultaba a todas luces discriminatoria, puesto que creaba una notoria disparidad entre los requisitos exigibles a un nacional que pretendiera acometer negocios en Colombia y las formalidades previstas para aquellos extranjeros que se propusieran idéntico propósito.

2.1.4. Sentencia C-290 de 1997 sobre reglamentación de la contabilidad

En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el artículo 44 de la Ley 222 de 1995, relativo a la contabilidad de las sociedades. En este precepto se le otorgaban facultades omnímodas al Gobierno para reglamentar los principios de contabilidad generalmente aceptados, los libros y papeles del comerciante, la forma y tiempo como esos libros debían conservarse, etc. A pesar de las virtudes prácticas que una norma como ésta pudiera tener, en ella se le concedían facultades legislativas al Presidente de la República sobre asuntos de competencia privativa del Congreso.

En palabras de ese organismo jurisdiccional:

[...] la reglamentación de una materia de la que el legislador solo ha dicho que atañe al conjunto de principios que deben guiar el registro y la información contables, es imposible por sustracción de materia. Como confirmación de este aserto, el mismo numeral 1 del artículo 44 se vio en la necesidad de pasar de lo abstracto a lo concreto, al ordenar que ‘tales principios comprenderán, entre otros temas, el marco conceptual de la contabilidad, así como disposiciones sobre reconocimiento, estados financieros, libros, comprobantes y soportes’. Pues bien, puesto que los textos citados demuestran que en esta materia el Presidente de la República no cuenta con un desarrollo legal antecedente, específico y concreto, el ejercicio de su facultad reglamentaria es imposible. La ausencia de ley por reglamentar llevará a la Corte a declarar la correspondiente inexecutable por violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

2.1.5. Sentencia C-510 de 1997 sobre matrices filiales y grupos de sociedades

Un principio fundamental del régimen anglosajón es el que se expresa mediante el aforismo latino *stare decisis quieta non movere*. De él se infiere el carácter obligatorio ante jueces de menor jerarquía respecto de aquello que ha sido fallado sobre un punto de derecho por un tribunal de superior rango en la estructura judicial. De este postulado surge la fuerza vinculante de los antecedentes proferidos por los jueces, puesto que, al decidir un caso que verse sobre hechos similares, el funcionario judicial deberá acoger lo fallado con anterioridad sobre el particular (v. Reyes, 2006b: 45-49).

Como se expresó anteriormente, el régimen jurídico colombiano parecería avanzar hacia un sistema “decisionista” con predominio del principio de *stare decisis* ya mencionado. Sin embargo, la Corte, en sentencias que se analizarán posteriormente, ignora los lineamientos interpretativos trazados por ella misma con respecto al párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

El párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 consagra una regla según la cual se permite la desestimación de la personalidad jurídica en contextos grupales cuando las maniobras adelantadas por una compañía matriz hubieran causado un daño en un proceso concursal de una sociedad controlada. Las obligaciones insolutas que resultaren en ese proceso deberían ser cubiertas por la compañía matriz o controlante.

Los presupuestos previstos en la norma para que proceda la desestimación de la personalidad jurídica no son diferentes de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, tal y como están regulados en las disposiciones del derecho privado. Al respecto, el párrafo del artículo en cuestión establece que, en primer lugar, debe haber una relación de subordinación entre una compañía matriz y una compañía subordinada; en segundo lugar, la sociedad subordinada debe estar en proceso concursal; en tercer lugar, los activos no son suficientes para satisfacer la totalidad del pasivo social del proceso liquidatorio, y, por último, se requiere la existencia de una relación causal o una vinculación entre la actividad de la compañía matriz y la situación de crisis que haya llevado a la imposibilidad de satisfacer la totalidad del pasivo.

En esta sentencia, la Corte Constitucional considera que la subordinación:

significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones,

directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos.

Así mismo, expresa la Corte que el principio de responsabilidad esbozado en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 es un principio de responsabilidad subsidiaria:

[...] no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados.

Lo anterior significa que no hay responsabilidad directa por parte de la compañía matriz. En consecuencia, es indispensable requerir vanamente a la sociedad principalmente obligada antes de acudir en contra de la matriz.

De la misma forma, el presupuesto consagrado en el párrafo del artículo 148 es una presunción de hecho, que admite prueba en contrario, de manera que la matriz estaría en condiciones de desvirtuarla. En los términos de la Corte Constitucional: “Se trata, entonces, de una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos”.

A pesar de que la carga de la prueba para este caso parece estar invertida, puede desvirtuarse tal presunción, si se acredita que la situación de crisis que originó el concurso y el hecho de que quedaran pasivos insolutos se debieron a actuaciones realizadas por un tercero o a un hecho extraño que rompe el nexo causal, así que no se le pueda endilgar responsabilidad a la matriz².

No debe desestimarse la circunstancia de que, en el ámbito específico del derecho privado, el régimen de responsabilidad limitada de los accionistas de

² Debe insistirse en que esta determinación fue el resultado de una demanda de inconstitucionalidad en la que se le solicitó a la Corte declarar inexecutable el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 porque, en criterio del actor, tal norma violaba el principio del debido proceso, al establecer la presunción de culpabilidad y responsabilidad para la matriz o controlante y porque invertía la carga de la prueba e imponía la responsabilidad subsidiaria, que es una sanción o pena. La Corte afirmó también que la responsabilidad en cuestión no puede imponerse “gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia del proceso”.

una sociedad anónima representa una garantía para quienes aportan el capital social. En la opinión autorizadísima de Ives Guyon, ese régimen jurídico puede clasificarse dentro de los denominados derechos esenciales del accionista. En su *Tratado de los Contratos*, el afamado jurista francés defiende la existencia de los denominados “derechos propios o intangibles de los asociados” (1999: 190). Según Guyon, estos tienen un carácter esencial, como ocurre con los derechos naturales de los ciudadanos. Dentro de estas prerrogativas esenciales, el tratadista incluye de modo explícito el derecho del accionista a limitar su riesgo (1999: 48).

En acatamiento de los principios que acaban de reseñarse, en esta sentencia se concluye que el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 es exequible y debe interpretarse bajo pautas de derecho privado en materia de responsabilidad civil.

2.1.6. Sentencia C-320 de 1998 sobre administradores

La jurisprudencia constitucional ha sido la encargada de respaldar la introducción en el régimen jurídico local la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta sentencia se establece que “la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en relación con los delitos a que se ha hecho mención, no viola la Constitución Política”.

En la referida decisión judicial, la Corte determinó que las sanciones penales que se les pueden imponer a las personas jurídicas deben ser compatibles con su naturaleza, lo cual es apenas obvio si se considera que, debido a la índole de estos sujetos, no es factible someterlos a penas privativas de la libertad. Por el contrario, es evidente que pueden ser sancionados por medio de la imposición de multas, la cancelación de su matrícula o el establecimiento de otras medidas administrativas impuestas por la autoridad de control. En palabras de la alta corporación judicial:

Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. Por el contrario, su imposición en muchos casos constituye la única manera de no dejar indemnes a los verdaderos

beneficiarios del delito y de expresar de manera inequívoca la relevancia social de los bienes jurídicos afectados. La infracción penal denota en el más alto grado la gravedad de la conducta que lesiona intereses sociales básicos cuya tutela penal por esta razón se torna imperiosa a juicio del legislador. El pago de una indemnización, como única consecuencia del reato, estimula la perniciosa praxis de franquear el usufructo de posiciones de poder sustentadas sobre la explotación ilícita de una actividad, gracias a la capacidad y probabilidad de asumir su costo. En este orden de ideas, la valoración ética de un modo de proceder termina por ser remplazada por un cálculo de beneficios y costos ligados a cierta acción u omisión.

2.2. Segundo periodo

El segundo periodo que se analiza se caracteriza, según se señaló antes, por un viraje hacia una menor ortodoxia conceptual, a lo menos en aquellos aspectos tocantes con instituciones de derecho privado y, más concretamente, en materias propias del régimen societario. Se han seleccionado, dentro de este grupo de sentencias, aquellas que afectan algunos de los pilares básicos del sistema, tales como los relacionados con el principio de la limitación de responsabilidad de los accionistas en sociedades de capital. En estas determinaciones cruciales es perceptible la defensa a ultranza de los derechos fundamentales de ciertos grupos vulnerables, aun a costa de la seguridad jurídica y en detrimento de una mínima posibilidad de predicción para quienes invierten en acciones de sociedades.

A continuación se analizan determinaciones judiciales que desvirtúan, en buena medida, interpretaciones fundamentales de derecho societario que habían prevalecido en la doctrina y jurisprudencia colombianas. Dentro de tales pronunciamientos, se encuentran aquellos relativos a la extensión de responsabilidad en sociedades anónimas, la responsabilidad de matrices respecto de pasivos insolutos de sociedades subordinadas, el régimen de administradores y la capacidad para ser socio o accionista.

2.2.1. Sentencia T-014 de 1999 sobre extensión de responsabilidad en sociedades anónimas

En esta sentencia relacionada con el proceso de liquidación obligatoria de una sociedad insolvente, se estableció, entre otras cosas, que los accionistas de una sociedad anónima eran responsables por las obligaciones laborales dejadas de pagar por la compañía. Sin consideración al principio elemental de separación patrimonial propio de las sociedades de capital, la Corte efectuó un análisis basado solamente en preceptos constitucionales, sin comprender

adecuadamente las normas concursales aplicables al asunto planteado. El alto tribunal decidió imponerles responsabilidad a todos los accionistas por el pasivo insoluto de la compañía en liquidación. Paradójicamente, esta sentencia fue declarada nula por la misma corporación cuando se estableció que la Corte había violado, de modo flagrante, el derecho de defensa de la sociedad involucrada y de sus accionistas³.

El principal error en este caso se debió a una elemental confusión semántica que propició la apreciación equivocada de principios de derecho societario. En efecto, en la sentencia se aprecia la errada interpretación del artículo 191 de la Ley 222 de 1995, según el cual, si en el proceso de liquidación de una sociedad los activos no son suficientes para el pago de las obligaciones sociales, el liquidador deberá exigir a los *socios* “el faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo con el respectivo tipo societario”.

La Corte ignora que la extensión de responsabilidad a que alude la norma citada se predica de modo exclusivo de aquellas formas asociativas caracterizadas por un acentuado elemento personalista. Es decir, que aquel precepto es generalmente aplicable respecto de los gestores de sociedades en comandita simple o por acciones, y a los socios de compañías colectivas. La misma norma sólo resulta excepcionalmente aplicable en relación con sociedades de responsabilidad limitada, siempre que las obligaciones insolutas sean de naturaleza tributaria o laboral⁴.

Para las sociedades en comandita es claro que, si los activos no son suficientes, la responsabilidad por el pago del pasivo se extiende a los socios gestores. Surge entonces una intercomunicación entre el patrimonio de la sociedad y el del socio, para que este último responda por el pasivo social (artículo 323, *ibídem*)⁵.

³ Por medio del Auto 022 de 1999, la misma Corte reconoció la violación del derecho de defensa de los accionistas de la compañía involucrada en el fallo. En este auto de nulidad se afirmó, en efecto, que “se dieron órdenes en la tutela contra personas que no fueron citadas”.

⁴ Excepcionalmente, también podría invocarse este precepto en sociedades de responsabilidad limitada cuando se han pactado prestaciones accesorias o no se han pagado los aportes prometidos en el momento de constitución de la sociedad, o cuando se omite la especificación del tipo en la razón o denominación sociales (artículos 353, 355 y 357 del Código de Comercio) (v. Reyes, 2006a: 73-74).

⁵ Según la opinión de José I. Narváez, en las sociedades comanditarias la responsabilidad del socio gestor no es subsidiaria sino directa. En consecuencia, el acreedor estaría facultado para efectuar demanda de pago en contra de la sociedad o del socio gestor. En palabras del autor, para los socios gestores de las comanditarias no existe el burladero defensivo de la responsabilidad subsidiaria, “ya que es legalmente factible deducir su responsabilidad sin

No por menos obvio, se hace necesario precisar aquí que el citado artículo 191 de la Ley 222 de 1995 hace referencia a la palabra *socio* y no al vocablo *accionista*. Como es suficientemente sabido, aquella denominación alude a las personas que participan en compañías por cuotas o por partes de interés. Este yerro semántico suscita en la providencia en comento lamentables consecuencias prácticas. El acápite que se transcribe a continuación pone de manifiesto la grave confusión en que se incurre en esta sentencia:

Son, pues solidariamente responsables **no solo la empresa sino sus socios**. Claro que surge una inquietud: si está en trámite una liquidación obligatoria, las obligaciones a cargo de los socios surgen, según el artículo 191 de la ley 222 de 1995, cuando sean insuficientes los activos. Esto es cierto, pero no significa que desaparece la solidaridad porque el liquidador podrá exigir, mediante proceso ejecutivo contra los socios, el faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo al respectivo tipo societario. (negrilla fuera de texto)

A pesar de la precisión técnica del artículo demandado, en el cual la responsabilidad solidaria sólo se aplica en aquellos casos en que sea procedente según la forma asociativa de que se trate, la Corte parece ignorar esta última calificación técnica, como si considerara que todos los tipos de sociedad se rigen por el mismo sistema en materia de extensión de responsabilidad. Para desconocer el principio de limitación de riesgo conferido legalmente a los accionistas en las sociedades capitalistas, invoca tan solo preceptos constitucionales de índole general. Así, sostiene, entre otros argumentos, que el desconocimiento de la obligación de pagar pensiones de jubilación por parte del patrono “lesiona la función social que le compete a un Estado Social de Derecho, así como el principio de solidaridad”. Es por ello que dictamina la responsabilidad solidaria de todos los accionistas de una sociedad anónima por el pasivo insoluto de una sociedad en liquidación.

Según acaba de afirmarse, esta sentencia nunca alcanzó a generar los efectos nefastos que estaba llamada a producir, debido a la nulidad por violación del debido proceso que la misma corporación hubo de decretar. Por lo demás, sin respeto por el mencionado principio del *stare decisis*, la misma Corte reconsideró buena parte de las consideraciones esbozadas en este antecedente judicial, mediante sentencia C-865 de 2004, según se explica más adelante.

exigirle previamente a la sociedad que satisfaga el crédito insoluto ni acreditar que ésta ha sido requerida infructuosamente para obtener el pago” (1998: 169).

2.2.2. Sentencia SU-1023 de 2001 sobre responsabilidad de matrices respecto de pasivos insolutos de sociedades subordinadas

La interpretación de la Corte Constitucional sobre la denominada *responsabilidad subsidiaria en hipótesis concursales* ha creado perturbadores efectos en los regímenes societario y concursal⁶. En síntesis, la Corte sostuvo que el accionista mayoritario de una sociedad anónima en liquidación obligatoria debía suministrarle a su filial los recursos necesarios para cubrir todas las pensiones de jubilación y los aportes de seguridad social que aquella adeudara. Este suministro de liquidez debía mantenerse durante el tiempo necesario para que un juez ordinario declarara a la matriz definitivamente responsable por las obligaciones dejadas de pagar por su filial⁷.

Se trató, en realidad, del establecimiento de una desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, a la cual se llegó sin que

⁶ Algunos autores han criticado, con razón, el activismo judicial de la Corte Constitucional “desplazando al juez natural del derecho comercial, toda vez que las incursiones del juez supremo constitucional en materia mercantil son cada vez más frecuentes y erráticas [...]. A nuestro juicio, el principal obstáculo de la seguridad jurídica en Colombia lo constituye hoy en día al posición jurisprudencial de la Corte de dar un alcance omnímodo a sus fallos, lo que hace que nuestro sistema jurídico sea totalmente impredecible en la defensa de los denominados derechos de propiedad” (Martínez, 2003: 151-152).

⁷ Es cierto que las legislaciones de vanguardia denotan una notoria preocupación por preservar el principio de limitación de riesgo, propio de las sociedades de capital, aunque este dogma pueda atenuarse mediante la tesis del descorrimiento del velo societario. Pero esto último sólo puede ocurrir en aquellos casos en que se ha presentado fraude, simulación, infracapitalización, abuso del derecho u otras conductas reprochables en el control de la sociedad. La valoración del comportamiento de quien debe responder es, pues, una característica universal del allanamiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Respecto de la necesidad de preservar a todo trance el sistema de limitación de riesgo, son notorios los análisis formulados por Easterbrook y Fischel sobre las consecuencias negativas que se derivarían de una extensión de responsabilidad que no obedeciera a una valoración judicial sobre la conducta culpable de quienes controlan. Sobre las excepciones a este principio, gozan hoy de gran difusión las tesis formuladas por Hansmann y Kraakman, en el sentido de que, a falta de una valoración subjetiva que permita descorrer el velo societario, la posibilidad de imponerles responsabilidad objetiva a los asociados deberá restringirse en el futuro a las hipótesis de daños derivados de responsabilidad extracontractual. La distinción obedece a un análisis tan simple como razonable: los acreedores que derivan sus créditos de relaciones contractuales deben soportar la insolvencia y la falta de pago por parte de la sociedad, debido a la posibilidad de ampararse de los riesgos derivados del hermetismo patrimonial propio de las sociedades de capital. Por el contrario, en los créditos surgidos de responsabilidad extracontractual, el acreedor, por ser involuntario, carece de la posibilidad de ampararse del riesgo relacionado con los perjuicios ocasionados por la acción de la sociedad. Y aunque el punto no está libre de controversia, se cree todavía que tanto los trabajadores como los pensionados deben tener el tratamiento de acreedores contractuales. Es decir, que su suerte debe depender de la suficiencia de activos dentro de los procesos concursales.

mediara una comprobación de los elementos que podrían configurar la responsabilidad por los hechos de un tercero. La Corte afirmó esta postura jurídica luego de considerar que existía una *responsabilidad presunta y temporal de la matriz* por las obligaciones de la compañía controlada.

En efecto, al pronunciarse sobre diversas acciones de tutela interpuestas por los pensionados de una sociedad ilíquida sometida al trámite de liquidación obligatoria, la Corte Constitucional le ordenó a su matriz, con carácter transitorio, atender al pago inmediato de mesadas pensionales. Así mismo, al confirmar varias sentencias proferidas por jueces que habían conocido de acciones de tutela interpuestas por pensionados de la misma sociedad, la Corte Constitucional reconoció que era viable hacer valer las reclamaciones de pensiones por fuera del foro de atracción que se ejerce en la Superintendencia de Sociedades, respecto de aquellas compañías que se hallaran tramitando un proceso concursal. Ello significó que, aunque el proceso concursal no hubiera concluido, ni se hubiese determinado en forma definitiva la destinación de los recursos que formaban parte del patrimonio de la sociedad concursada, cualquier ex trabajador cuyas pensiones no fueran oportunamente satisfechas podía reclamarlas por vía de tutela, presentada ante cualquier autoridad judicial. En este sentido, la Corte resolvió que la garantía de los derechos de los acreedores —en especial los titulares de deudas laborales—, podía ejercerse dentro o fuera del proceso concursal.

Aparte de lo expuesto, el alto tribunal decidió que la acción de tutela impetrada por un grupo de pensionados debía resultarles favorable a todos ellos, inclusive aquellos que no hubieren interpuesto ningún proceso específico para el pago de sus pensiones de jubilación. Así las cosas, en criterio de la Corte —y con el propósito aparente de salvaguardar el principio de igualdad—, era necesario amparar el derecho de la totalidad de los beneficiarios de la pensión, sin que para ello fuera necesario que cada uno interpusiera una demanda (acción de tutela) en ese sentido.

En la sentencia comentada se incurre en innumerables contradicciones y yerros jurídicos. Tanto las determinaciones que se adoptan como sus fundamentos en derecho resultan de compleja interpretación, debido a la ambigüedad que se observa en el texto. La Corte reconoce, en primer término, que existen tres medios idóneos y diferentes a la acción de tutela para reclamar las pensiones de jubilación: 1º) El proceso liquidatorio, de naturaleza jurisdiccional, que se adelanta ante la Supersociedades (Ley 222 de 1995, art. 98); 2º) La acción de responsabilidad contra la matriz (parág. del art. 148, *ibidem*), y 3º) La responsabilidad subsidiaria del Estado (Ley 573 de 2000, num. 7).

A pesar de ello, en la sentencia se afirma que aun existiendo tales medios, la acción de tutela es procedente si el no pago de salarios o mesadas pensionales compromete alguno de los siguientes aspectos: (a) Se han vulnerado derechos constitucionales fundamentales; (b) Se encuentran comprometidas personas de la tercera edad, y (c) Se ha afectado el mínimo vital del demandante o de su familia. Puede apreciarse que estos aspectos son de gran amplitud y cobijan un sinnúmero de situaciones. Por ello, siempre será factible estructurar la excepción a la improcedencia de la acción de tutela para estos efectos.

El alto tribunal parte de una premisa errónea, según la cual el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 establece una *presunción de responsabilidad de la entidad matriz*. En esta medida llega a un esquema, también erróneo, que en la práctica es semejante a la denominada *responsabilidad objetiva*, debido a que la entidad matriz se hace responsable de la satisfacción del pasivo pensional, mientras la justicia ordinaria resuelve el proceso correspondiente⁸.

La perplejidad que suscita este raciocinio justifica una cita textual de esta sentencia de la Corte Constitucional:

Para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. En tal virtud, corresponderá a la CIFM asumir la responsabilidad principal del pago de las mesadas causadas y no pagadas y las mesadas futuras a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La entidad matriz responderá, subsidiariamente, en la medida en que la CIFM incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, las cuales, por disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden en relación con los demás créditos de la empresa en liquidación.

⁸ Debe compartirse el comentario del profesor Carlos Darío Barrera respecto de esta misma sentencia, cuando afirma que “toda esta injusticia surge de la prescindencia del concepto de culpabilidad como elemento imprescindible de la responsabilidad. Nosotros sostenemos que el daño que alguien llegare a causar, en el ejercicio legítimo de un derecho, sin dolo y sin negligencia, no debe constituirse para él en una fuente de aquélla” (2004: 100).

Conviene poner de presente que el referido párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 (reproducido casi textualmente en la nueva ley de insolvencia)⁹ consagra una simple *presunción del nexo causal de la responsabilidad*, por cuyo efecto la relación matriz-subordinada, sumada a la situación de concurso en que se encuentre esta última, permite inferir que la crisis de la sociedad concursada se debió a la situación de control. Pero es claro, jurídicamente, que tal presunción admite prueba en contrario y, en consecuencia, el demandado debería estar en condiciones de acreditar que la situación de concurso obedeció a una causa extraña a la subordinación.

La precitada sentencia desconoce, además, el ya analizado precedente de la susodicha Corte sobre el mismo asunto. En efecto, en la citada sentencia C-510 de 1997, esa corporación había sostenido que “se trata, entonces, de una presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que esta procede de motivos distintos”.

Debe enfatizarse en que esta decisión de la Corte Constitucional carece de un fundamento normativo adecuado. De hecho, las normas vigentes consagran postulados opuestos a los contenidos en la sentencia. Por una parte, el artículo 373 dispone de manera explícita que los accionistas de una sociedad anónima serán responsables “hasta el monto de sus respectivos aportes”. El artículo 99 de la Ley 222 de 1995 y las demás normas concordantes en materia de procesos concursales —vigentes al tiempo de expedirse la sentencia— prescribían que a partir de la apertura del trámite concursal no podían admitirse procesos de cobro de obligaciones de ninguna otra naturaleza¹⁰.

⁹ Artículo 61 de la Ley 1116 de 2006. A diferencia del precepto anterior, la competencia para conocer de este proceso, se le asigna a la Superintendencia de Sociedades por medio del procedimiento abreviado. Además, por razones que se ignoran, se establece un término de caducidad de la acción de cuatro años.

¹⁰ También la Superintendencia de Sociedades ha puesto de presente el inconveniente que representa la ruptura del foro concursal. “Es conocido para este despacho que los acreedores de todas las clases han acudido a este medio [acción de tutela] para lograr que se les reconozca de manera anticipada el pago de sus créditos, y que las autoridades judiciales se han pronunciado, en algunos casos, respaldando las pretensiones y ordenando el pago en un plazo cuyo cumplimiento se toma difícil y en algunos casos imposible. Sin embargo, los jueces son receptivos a las explicaciones coherentes propiciadas por los liquidadores, que no pueden acudir únicamente al rigor del procedimiento para excusar el cumplimiento de la tutela. [...] Por tanto, cada vez que se trate de exponer al juez la situación de la sociedad en liquidación a más de referirse a la estricta observancia de las normas procesales, especialmente la de los procesos concursales prevista en la Ley 222 de 1995, le corresponde al liquidador hacer una exposición de la situación económica y financiera de la

Además, el artículo 243 del Código de Comercio preceptúa que si los activos de una sociedad son insuficientes para el pago de los pasivos externos, solo podrá requerirse a los asociados “si la responsabilidad de los mismos es ilimitada”. El artículo 207 de la citada Ley 222 ordenaba, para la época del antecedente judicial, que solo podría acudirse en contra de socios o accionistas si se demostraba que habían utilizado a “la sociedad para defraudar a los acreedores” y dentro del trámite del proceso ordinario.

Y si no existe norma legal alguna que establezca la responsabilidad presunta de que habla la Corte, mucho menos existe alguna disposición legal que obligue a una entidad matriz a suministrarle liquidez a sus sociedades subordinadas para cubrir ciertas obligaciones, mientras se falla un proceso judicial ordinario¹¹.

Complica aún más el análisis jurídico la circunstancia de que las órdenes impartidas por la Corte respecto del pago de pensiones y aportes parafiscales tengan un carácter transitorio. En el ambiguo criterio de esa corporación, esta decisión judicial no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponderle a la entidad matriz por las obligaciones de su subordinada. Así las cosas, demandante y demandado deben esperar a que se pronuncie la justicia ordinaria, en los términos del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995. Por lo demás, la orden que imparte la Corte Constitucional tiene vigencia hasta la culminación del proceso judicial que se instaure para establecer la modalidad de responsabilidad y la titularidad de ella.

No se sabe, ni se señala en la sentencia, lo que ocurriría si el proceso ordinario por responsabilidad subsidiaria en contra de la matriz fuera fallado a favor de esta y en contra de los acreedores laborales. Es decir, qué sucedería si, luego de pagarse varios años de mesadas pensionales y aportes de seguridad social, la justicia ordinaria declarara improcedente la responsabilidad de la matriz. Al

empresa y de la forma como que se están utilizando los recursos de la compañía” (Oficio 220-18876 del 10 mayo 2001).

¹¹ Se comparte la opinión de Fernando Silva García, quien afirma que “la sentencia de tutela SU-1023 de 2001, incurre en una contradicción insalvable puesto que al tiempo que proclama la vigencia de la presunción de inocencia respecto de la matriz [...], sostiene también que para la protección de los derechos fundamentales de los jubilados, ha de declararse transitoriamente responsable a la matriz, es decir, que sin que haya habido debido proceso, sin que se haya decidido sobre la responsabilidad que se debe establecer en el proceso ordinario, sin que la matriz haya tenido ocasión de ser oída y vencida en juicio, se le declara culpable transitoriamente” (2004: 281).

parecer, la Corte parte de la base de que esa responsabilidad será, en todo caso, reconocida por el juez ordinario. Con todo, sería sensato suponer que la matriz conservaría un crédito contra la filial, que se podría hacer exigible bajo las pautas de los créditos posconcursoales, o sea, de manera preferencial sobre los demás pasivos externos.

Por último, la Corte hace una extraña recomendación a la entidad matriz, al señalar la posibilidad de que su accionista mayoritario compre los activos de la filial a fin de que aquella pueda obtener la liquidez que requiere. Esta expresión es uno de los mayores desaciertos de la sentencia SU-1023 de 2001. En efecto, si para la Corte Constitucional existe una responsabilidad presunta de la matriz por las obligaciones insolutas de su filial, el mecanismo sugerido la desvirtúa por entero. Es claro que las compras de activos por parte del accionista controlador no implican de su parte la asunción de responsabilidad. La operación recomendada representa tan solo la sustitución de un activo por otro, sin que ello signifique cambio alguno en la situación patrimonial de la sociedad concursada. Se trata de una inexplicable confusión que, paradójicamente, atenuó el sentido de la sentencia.

El más elemental análisis de derecho privado permite evaluar negativamente el efecto de esta determinación expedida por la Corte Constitucional. Un análisis superficial de los hechos presentes en este proceso puede conducir a la conclusión errónea de que los derechos de los acreedores a obtener la satisfacción de sus créditos son de superior jerarquía, si se les compara con el que se les confiere a los accionistas a mantenerse indemnes respecto de las obligaciones sociales. Se trata, podrá decirse ingenuamente, de un interés general, de orden público, cuya primacía se impone. Si a ello se suma que se trata de titulares de deudas laborales o de pensionados, el argumento sofista gana fuerza y se hace aún más sugestivo. No obstante, si el asunto se analiza con alguna profundidad, se llega a conclusiones opuestas derivadas, entre otras muchas razones, de los innegables beneficios que el sistema económico obtiene de un régimen de garantías para la inversión en las sociedades de capital.

Aparte del argumento relativo al reconocimiento universal del sistema de hermetismo patrimonial conferido a las sociedades anónimas, existe un importante acervo doctrinario que defiende este principio esencial del derecho societario. Los juiciosos estudios que Easterbrook y Fischel han adelantado sobre el tema han demostrado las consecuencias nefastas a que puede dar lugar la abolición del principio de limitación de responsabilidad en las sociedades (1996: 40 y ss.). Más recientemente, Stephen Bainbridge ha formulado sobre

este particular una apreciación tan simple como contundente: “el hecho de que un juez se niegue a hacerle extensiva la responsabilidad a un accionista por obligaciones de la sociedad, es equivalente a la de hacer cumplir judicialmente las obligaciones derivadas de un contrato” (2002: 381 y ss.).

2.2.3. Sentencia C-621 de 2003 sobre administradores

Una de las normas más conocidas del régimen societario es el artículo 163 del Código de Comercio. Según esta norma, la designación de los representantes legales está sujeta a registro en la Cámara de Comercio y no implica una reforma del contrato social, por tratarse de una simple ejecución de este negocio jurídico. Los mismos administradores sociales deben proceder a las inscripciones de nombramientos a que se refiere la norma citada¹². En reiterada doctrina societaria se ha entendido que el registro mercantil de los nombramientos de representantes legales y revisores fiscales tiene carácter constitutivo, por razón de la expresión categórica del artículo 164 del mismo código, según la cual, mientras no se cancele la inscripción, “conservarán tal carácter para todos los efectos legales”¹³. Así, solía entenderse que la renuncia presentada por estos funcionarios no los liberaba de las responsabilidades propias de sus cargos, mientras no se registrara una nueva designación¹⁴.

La errática jurisprudencia de la Corte Constitucional interfirió en la interpretación de esta norma mediante la sentencia que se comenta. De este antecedente jurisprudencial se ha inferido la posibilidad de inscripción en el registro mercantil de las renunciaciones presentadas por los representantes legales y revisores fiscales de las sociedades. Si en el término de un mes, contado a partir del envío de la comunicación a la cámara de comercio respectiva, no se

¹² La omisión de este deber podría exponerlos a sanciones legales que podrían hacerse efectivas a partir de acciones previstas en la ley, tales como la acción social de responsabilidad (v. Oficio 220-109679 de 2 diciembre 1999).

¹³ De ahí que la Superintendencia de Sociedades haya sostenido que, la doctrina y la jurisprudencia coinciden “en establecer que la inscripción en el registro mercantil de los nombramientos del representante legal y del revisor fiscal tienen efectos constitutivos y no meramente declarativos y que, por lo tanto, es a partir del acaecimiento de tal acto que comienzan el ejercicio de sus funciones y no a partir de su designación” (Oficio 220-92421 del 8 octubre 1999). De esta misma interpretación surge la idea de que la reelección de un representante legal ya inscrito no está sujeta a un nuevo registro ante la cámara de comercio del domicilio social (v. Oficio 220-24334 del 11 junio 2001). Por último, es claro que los apoderados de la sociedad no están sujetos a registro mercantil (v. Oficio 220-77309 del 11 agosto 1999).

¹⁴ Ello no era óbice para que los representantes legales y revisores fiscales renunciaran a sus cargos, aunque mientras tales renunciaciones no fueran aceptadas debían mantenerse en ejercicio de sus funciones (v. Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-37426 del 2 junio 2000).

ha inscrito en el registro mercantil un nuevo nombramiento, cesan las responsabilidades de los renunciantes.

Según lo expresado por el alto tribunal:

la Corte concluye que las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales, sino bajo el entendido de que la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) Se reconozca que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento. (ii) Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales. (iii) Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a él. A esta conclusión arriba la Corte, aplicando por analogía las normas que regulan la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, contenidas en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5º del Decreto-Ley 2351 de 1956.

Bajo este inquietante antecedente judicial, la sociedad queda, virtualmente, acéfala. Se trata de un raciocinio vacuo de la corte, pues, en aras de promover el libre desarrollo de la personalidad de tales funcionarios, deja al resto de la comunidad desprotegida. Además, la corte hace la afirmación que se transcribe enseguida, cuyo entendimiento ha dado lugar a gran incertidumbre jurídica: “pasado el término de treinta días, y mediando comunicación del interesado sobre el hecho de su desvinculación, dicha inscripción adquiere un carácter meramente formal”¹⁵.

¹⁵ Esta disposición parte de una interpretación analógica del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo. No es claro, con todo, el fundamento a partir del cual las cámaras de comercio

2.2.4. Sentencia SU-636 de 2003 sobre matrices filiales y grupos de sociedades

Esta decisión judicial constituye uno de los pocos pronunciamientos en materia de sociedades en los que la Corte Constitucional ha respetado, en buena medida, el precedente sentado por ella misma en la sentencia SU-1023 de 2001. Claro que en esta oportunidad se habría esperado, más bien, la reversión del antecedente que sobre la responsabilidad subsidiaria de las matrices se había sentado para el caso de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana.

La sentencia SU-636 de 2003 confirma la idea de responsabilidad presunta de carácter temporal por parte de la sociedad matriz, mientras se produce un pronunciamiento de la justicia ordinaria sobre la acción de desestimación de la personalidad jurídica del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

Igual a como había ocurrido en el anterior precedente, la Corte decidió proteger a los pensionados de la sociedad filial, mediante la orden impuesta a las compañías matrices en el sentido de suministrar recursos líquidos para el pago de esas obligaciones. En palabras de la corporación:

para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, teniendo en cuenta que la Ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. Para ello ha ordenado a la entidad matriz que responda subsidiariamente, en la medida en que la sociedad subordinada incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros necesarios para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, hasta por el ciento por ciento (100%) del valor de las mesadas pensionales, en atención al dinero que le falte al liquidador de la sociedad subordinada para efectuar oportunamente estos pagos. La aplicación de este criterio, con fundamento en la previsión legal indicada, se inspira así mismo en el ideal de un orden justo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, en cuanto el mismo impone que la sociedad controlante, que se beneficia económicamente con el ejercicio del control, asuma las cargas en relación con terceras personas cuando la sociedad subordinada se encuentre en estado de insolvencia o de iliquidez por causa o con ocasión del mismo control.

deben proceder en la forma indicada en la sentencia, puesto que los actos sujetos a registro están definidos de modo imperativo en la ley.

Debe insistirse en que la carencia de una valoración objetiva de la conducta de las sociedades matrices en los dos precedentes judiciales analizados ha creado incertidumbre sobre el principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital. Con razón se ha afirmado que: “la tutela ha trastocado el escenario jurídico; de un mecanismo judicial subsidiario ha pasado a quebrar la jurisdicción ordinaria; el mecanismo pensado para que actuara donde no alcanzaba la mano del juez ordinario, se ha convertido en el instrumento que impide u obstaculiza que esa mano actúe” (López, 2004: 367).

Es precisamente esa suplantación de la jurisdicción ordinaria la que ha dejado sin efecto el proceso de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad contenido en el parágrafo del artículo 148, citado. En realidad, poco interés tienen los acreedores en intentar este camino procesal, cuando disponen de una protección expedita que no se sujeta a las dificultades probatorias inherentes a cualquier proceso de responsabilidad¹⁶. Debido a que el amparo que se confiere por vía de tutela tiene una temporalidad supeditada a la decisión definitiva del juez ordinario, a los acreedores no les conviene adelantar el proceso previsto en la norma precitada, debido al riesgo de un fallo adverso que pondría fin a los pagos ordenados por la jurisdicción constitucional. A quienes resultan beneficiarios de la protección garantizada por vía de tutela, les basta, por lo tanto, mantenerse en el estatus provisional de que habla la Corte. Así, mientras no se profiera un fallo en la jurisdicción ordinaria, las entidades matrices seguirán obligadas a cubrir el valor de las obligaciones pendientes de la subordinada sujeta al trámite concursal. Además, debido al carácter preferencial de la acción de tutela, no tendrán interés en el proceso concursal, cuyo foro de atracción resultará, según se señaló, quebrantado de modo irreparable.

¹⁶ Se conoce un antecedente de acción de desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad subordinada, fallado por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín el 8 junio de 2004. En esta sentencia se hizo una detallada valoración de la responsabilidad de las matrices conjuntas de la sociedad Industrial Hullera S.A., en liquidación. El juez de instancia consideró, a partir de una valoración de los hechos de la demanda, que las sociedades controlantes habían determinado la crisis de su filial común. Sin embargo, esta sentencia fue revocada en apelación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia del 13 de octubre de 2004. La determinación del Tribunal se basó en la carencia de legitimación activa del demandante para impetrar la acción prevista en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995. En el caso mencionado, la demandante había sido la propia sociedad concursada, por conducto de su liquidador. Como circunstancia interesante, puede observarse la falta de interés de los acreedores —y en especial de los pensionados— en intentar esta acción.

2.2.5. Sentencia C-865 de 2004 sobre responsabilidad de accionistas en sociedades anónimas

Esta sentencia constituye una posición insular en materia de responsabilidad de accionistas en las sociedades de capital. Luego de los precedentes relativos a la responsabilidad de matrices, ampliamente reseñados en los acápites que anteceden, la Corte le confirió cierta seguridad jurídica al principio de separación patrimonial, propio de las sociedades anónimas.

Es curioso que la misma corporación se había declarado inhibida para pronunciarse sobre este asunto en más de una ocasión. Tal vez el clamor de una parte de la opinión pública y la notoria preocupación de sectores académicos y empresariales tuvieron alguna incidencia en los términos categóricos del pronunciamiento en comento. En la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 373 del Código de Comercio —el mismo que le garantiza a los accionistas un riesgo limitado al monto de sus aportes—, se aludía a dos preceptos constitucionales presuntamente transgredidos: el artículo 53 (relativo al carácter irrenunciable de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales) y el 49 (sobre la imposibilidad de renunciar a los derechos a la seguridad social). Los demandantes proponían la inexequibilidad de la norma mencionada, 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.

Al reconocer la constitucionalidad del artículo 373 del Código de Comercio, la Corte puso de presente que tal postulado es esencial para el sistema económico, entre otras razones porque permite la generación de empleo e incrementa las expectativas de recursos fiscales para el Estado. En los términos de la sentencia, la limitación de riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la Constitución Económica y reglas axiomáticas de la economía social de mercado¹⁷. La corporación afirma, así mismo, que la limitación de responsabilidad es un principio fundamental del sistema económico, puesto que permite el crecimiento y progreso en general, principios básicos de la Constitución colombiana: “Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la

¹⁷ En el mismo pronunciamiento judicial se expresó lo siguiente: “A contrario sensu, en las denominadas sociedades *intuitus pecuniae*, tal y como ocurre con las sociedades anónimas, el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación de riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles, tales como, permitir la circulación de riqueza como medio idóneo para lograr el desarrollo y el crecimiento económico del país”.

naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e 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”. Igualmente, la Corte afirmó que no se puede desconocer la autonomía moral de las personas jurídicas, y no se puede privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento: “la limitación del riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad, permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la constitución económica y reglas axiomáticas de la economía social de mercado”.

Debe resaltarse, en este texto judicial, el análisis de las posturas más representativas de la doctrina contemporánea sobre el tema de la limitación de responsabilidad. Algunos de los principales autores que se han referido a los riesgos inherentes al irrespeto judicial del principio mencionado, como Frank Easterbrook y Daniel Fischel, son objeto de detenido análisis en la providencia de la Corte Constitucional. Se trata de una valoración más técnica que la efectuada por la corporación judicial en ocasiones pasadas. Este solo hecho denota una diferencia de enfoque muy favorable en comparación con sentencias anteriores sobre la misma materia.

Con buen criterio, la Corte formula la salvedad relacionada con el carácter relativo del derecho de los accionistas de una sociedad a mantener su responsabilidad limitada. Así, la corporación deja a salvo la posibilidad de que se puedan salvaguardar los derechos de terceros, impidiendo 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. Pero también se afirma en la providencia que la posibilidad de extender la responsabilidad en estos casos depende de las hipótesis señaladas por el legislador, que es el órgano estatal facultado para definir estos asuntos.

No deja de ser interesante la afirmación que se hace en el texto sobre la posibilidad de que el Congreso reglamente lo que debe ocurrir respecto de los derechos de los pensionados, en los casos de liquidación de una sociedad en que existan esta clase de pasivos insolutos. Aunque es arriesgado formular normas de carácter general en materia de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, es sugestiva la posibilidad de que se le ponga fin a la incertidumbre judicial sobre este asunto mediante principios legislativos que definan modalidades de extensión de responsabilidad en hipótesis de fraude de los asociados. De esta forma el legislativo podría contribuir a delimitar con precisión un entorno jurídico de gran complejidad, debido a los graves intereses involucrados.

2.2.6. Sentencia C-716 de 2006 sobre capacidad

En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la parte final del artículo 103 del Código de Comercio, tal como había sido reformado por la Ley 222 de 1995. El precepto señalaba que, para la aportación a una compañía de derechos reales sobre bienes inmuebles, bastaba con identificarlos en la escritura de constitución. La frase correspondía a la innovación introducida hace más de diez años, consistente en suprimir la anacrónica “autorización judicial con conocimiento de causa” prevista en el código para el aporte de derechos reales sobre inmuebles de propiedad de incapaces¹⁸. Aparte del obsoleto formalismo que una vez más se pone de manifiesto en esta jurisprudencia, queda la sensación de que la Corte no encuentra relevante la modernización del derecho comercial colombiano. No se entiende por qué la corporación afirma que la supresión de esa autorización judicial no se justifica en aras de garantizar “la dinámica ágil de las relaciones comerciales”. Esta actitud reaccionaria es particularmente nociva en momentos en que el país se apresta a insertarse en mercados ampliados, cuyo dinamismo demanda la vigencia de reglas acordes con las realidades contemporáneas del tráfico.

En criterio de la Corte, la norma inexecutable desconoce el mandato constitucional de protección a las personas en situación de debilidad manifiesta. Estima, al parecer, que la engorrosa autorización judicial es una garantía eficaz y útil a los fines de protección de los incapaces. Claro que, como la norma queda circunscrita a la aportación de derechos reales sobre

¹⁸ La Corte Constitucional se expresa sobre este particular en los siguientes términos: “Estudiado todo lo anterior, la Corte tiene suficientes elementos de juicio para determinar si la eliminación del requisito de autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales de incapaces sobre inmuebles constituye el incumplimiento del deber del legislador de adoptar las medidas necesarias y conducentes para proteger sus intereses, o si más bien dicha eliminación favorece los intereses de los incapaces, al permitirles actuar de manera oportuna en las relaciones comerciales, que se caracterizan por su dinámica ágil. A juicio de la Corte, la licencia judicial derogada por la norma acusada sí era una medida necesaria y conducente para proteger los derechos de los incapaces. En efecto, como arriba se dijo, al prescindirse de ella desapareció el mecanismo que por excelencia permitía prevenir actos dispositivos sobre la propiedad raíz en cabeza suya llevados a cabo sin suficiente diligencia en perjuicio de sus intereses, o incluso dolosos. Pues aunque la buena fe conforme a la Constitución se presume, la adopción de ciertas cautelas en defensa de intereses constitucionalmente protegidos, como lo son los de los incapaces, no puede considerarse como una decisión legislativa contraria al artículo 83 de la Constitución. Ciertamente, la presunción de buena fe a que se refiere dicha norma superior no impide que el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de que se den ciertos comportamientos contrarios a derecho y se adopten medidas para prevenir sus efectos, como acertadamente lo ha explicado la jurisprudencia [...]”.

inmuebles, lo que la Corte ha hecho es crear una discriminación injustificada respecto de los bienes muebles. La conclusión que se deriva del raciocinio presente en la sentencia suscita perplejidad. Si un menor es dueño de una enorme fortuna representada en títulos valores, recursos líquidos, derechos de propiedad intelectual y otros bienes muebles, toda esa riqueza podrá ser aportada a una sociedad sin mediar autorización de ninguna naturaleza. Por el contrario, si el incapaz es propietario, por ejemplo, de un derecho de usufructo sobre un inmueble de escaso valor, su aportación deberá someterse al trámite de autorización judicial, mediante demanda justificativa de la enajenación.

La Corte se basa en la premisa válida en la época del Imperio romano, según la cual, la propiedad inmueble es de “especial valía”, como se afirma en el texto de la sentencia¹⁹. La discriminación entre los dos sistemas de aportación parece más contraria a la Constitución que la norma declarada inexecutable.

Por lo demás, se echa de menos otro raciocinio que encontraría sustento en elementales preceptos constitucionales: la sentencia parece presumir la mala fe de los padres o representantes del incapaz. En verdad, someter todo aporte de derechos reales sobre inmuebles de propiedad de incapaces al veredicto ineludible de una autoridad judicial, implica presumir el dolo de aquellos. La Corte parece considerar, en efecto, que la aportación conducirá a una defraudación, salvo que un juez opine lo contrario. Lo lógico —y constitucional— sería todo lo opuesto: estimar, por ejemplo, que los padres de un menor, normalmente, aspiran al bienestar de su hijo. Así, sería lógico presumir que la aportación a una sociedad conduce al incremento del patrimonio del incapaz, mediante una explotación económica que pueda generar mayor valor. Lo contrario equivale a desconocer el objetivo lícito que subyace al contrato social según el Código de Comercio.

¹⁹ Sobre el particular, la Corte se pronunció en los siguientes términos: “También por ésta especial valía que se confiere a la propiedad raíz, en el Código Civil se exige que el representante legal de los incapaces obtenga la previa licencia judicial para llevar a cabo actos jurídicos que impliquen la disposición o el gravamen de bienes inmuebles de sus representados, como se vio anteriormente. No obstante, la norma acusada permite obviar o pretermitir dicha autorización judicial exigida por las normas civiles, pues resulta obvio que una vez que el inmueble esté en cabeza de la sociedad, para su enajenación no será necesaria la licencia del juez. De esta manera no solamente la norma acusada permite el cambio de un derecho real que recae sobre un inmueble, derecho que tradicionalmente ha sido considerado de gran valía, por acciones, cuotas o partes de interés que implican para el incapaz la posibilidad de obtener ganancias o pérdidas, sino que adicionalmente dicha disposición abre el camino para que de los inmuebles de los incapaces se pueda disponer sin la licencia judicial exigida por el Código Civil”.

Todos estos análisis justificativos de la reforma en el régimen de capacidad aparecen en los antecedentes de la Ley 222 de 1995 y en la doctrina que se ha divulgado luego de la expedición de esta norma. Además de la aparente omisión en el análisis de estos antecedentes, se advierte un desconocimiento de las protecciones adicionales que se introdujeron en esa ley para todos los incapaces. La Corte expresa que el legislador debe darle contenido a la protección constitucional de las personas en situación de debilidad manifiesta. Pero ignora que fue eso, precisamente, lo que se intentó mediante la Ley 222. La norma había calificado las reglas sobre la capacidad para celebrar el contrato de sociedad al incluir dentro de las prohibiciones para formar parte de las sociedades de riesgo ilimitado a todos los incapaces y no sólo a los menores, como estaba previsto en el Código de Comercio de 1971. Sin embargo, esta sensible modificación se desconoce para enfatizar trámites burocráticos de escasa significación, como el que la Corte defiende a ultranza.

La conclusión más grave que surge de esta sentencia judicial es que el legislador está imposibilitado para flexibilizar el régimen societario en esta materia, a menos que una norma constitucional así lo establezca. Por desgracia, esta misma inferencia podría extrapolarse a otros ámbitos del derecho comercial, con consecuencias muy nocivas para todo el sistema que sirve de base a la actividad económica.

3. A manera de conclusión

El derecho societario colombiano se enfrenta a nuevas realidades jurídicas con las que será necesario convivir. Ellas se han originado en la presencia, cada vez más frecuente, de antecedentes judiciales que coexisten con las normas de derecho escrito. Aunque no podría señalarse que se ha avanzado hacia un sistema de corte anglosajón en el que las decisiones judiciales le dan sentido y alcance a las normas, sí es razonable considerar una cierta “constitucionalización judicial” del derecho societario. Esta situación no es atípica en el derecho societario latinoamericano debido a concepciones tales como la del Estado Social de Derecho. La incidencia de estas formulaciones se refleja invariablemente en la supremacía de los derechos fundamentales, cuya defensa se efectúa aun a costa de reglas básicas del derecho privado.

Según se expresó al comienzo, nada hay de reprochable en que los ciudadanos cuenten con mecanismos de acceso a la justicia para la defensa de sus garantías constitucionales. Tampoco puede considerarse nociva la participación judicial en la creación de normas jurídicas. En el derecho anglosajón y aun en los países de Europa Continental es muy frecuente que las cortes y tribunales modulen o establezcan principios —en ocasiones muy

audaces—, cuya vigencia corre paralela con una multiplicidad de normas escritas.

Las dificultades identificadas a lo largo de este breve ensayo aluden más bien a dos factores perturbadores para la estabilidad y certidumbre del sistema: el primero se refiere a la falta de rigor de muchas de las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional. El otro corresponde a la inercia del legislativo en su deber de contrarrestar precedentes judiciales que afecten las condiciones básicas de la inversión en una economía de mercado.

El lector puede hacerse una idea del escaso rigor con que se asume el valor del precedente. En las determinaciones judiciales analizadas, no es fácil establecer cuáles hechos son considerados relevantes por la Corte y cuáles no, qué forma parte de la regla de derecho y qué parte constituye *obiter dicta* y, más grave aún, en qué consiste el fundamento jurídico de la sentencia (*rationale*). Por lo demás, se trata de un *stare decisis* deficiente, en el que ni siquiera se respeta la fuerza jurídica de lo fallado en sentencias anteriores.

El otro aspecto relevante consiste en la carencia de una actividad dinámica por parte del órgano legislativo. Este debería defender su autonomía en la creación del derecho, mediante la expedición de disposiciones legales que contribuyan a atenuar el impacto de sentencias judiciales que pongan en riesgo la estabilidad de las normas básicas que garantizan la inversión. Esta labor abarcaría la producción de leyes en materia de sociedades que introduzcan preceptos sustanciales y de procedimiento suficientemente claros, con el fin de evitar o morigerar la interferencia de la jurisdicción constitucional en parcelas tradicionalmente reservadas a la iniciativa privada.

En los países de tradición anglosajona, en que coexisten simultáneamente las normas jurídicas escritas y los precedentes judiciales, se procura establecer un cierto equilibrio entre la labor de los jueces y la de los legisladores. Así, no es infrecuente que los órganos legislativos federales y estatales atenúen el alcance y la relativa inseguridad jurídica a que pueden dar lugar las sentencias judiciales, mediante preceptos positivos en los que se incorporen la “regla de derecho” impuesta judicialmente y las circunstancias fácticas en que podría darse en casos futuros.

En Colombia tampoco debe descartarse la alternativa de una reforma constitucional. En una Carta Política tan prolija en disposiciones de toda índole, no sorprende que se produzca por lo menos una enmienda constitucional por año. Y aunque no debería hacer carrera la tesis de reformar la Constitución para todo, no es descabellado proponer una modificación que

introduzca normas sobre sociedades y concursos. La relevancia de estas reformas sería crucial en épocas de auge económico, cuando se requieren reglas claras y garantías adecuadas para la inversión. Se trataría de introducir uno o dos preceptos en los que se definiera en términos precisos el alcance del principio de limitación de responsabilidad en las sociedades de capital y sus excepciones, así como la definición de una jurisdicción concursal sin esguinces al principio de colectividad ni al foro de atracción que lo caracteriza. Estas normas serían indispensables para recuperar la confianza en la sociedad comercial en Colombia, cuya credibilidad ha sido minada por las referidas sentencias de la Corte Constitucional.

Bibliografía

- Barrera, Carlos Darío. *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Javeriana (2004).
- Bainbridge, Stephen M. *Corporation Law and Economics*. Nueva York: Foundation Press (2002).
- Dasso, Ariel Ángel. *El derecho de separación o receso del accionista* (2 Ed.). Buenos Aires: Editorial La Ley (1985).
- Easterbrook, Frank H. y Daniel R. Fischel. *The Economic Structure: Corporate Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press (1996).
- Guyon, Yves. *Traité des contrats: Les sociétés*. París: Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA (1999).
- Humberto Martínez, Néstor Humberto. “Seis lustros de jurisprudencia mercantil.” En: *Estudios de derecho económico: Instituciones de derecho comercial* (T. 1). Bogotá: Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez (2003).
- López, Eduardo. “La tutela para el pago de las obligaciones pensionales y las limitaciones de la responsabilidad de los accionistas.” En: *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Javeriana (2004).
- Narváez, José Ignacio. *Derecho mercantil colombiano: Tipos de sociedad*. Bogotá: Editorial Legis (1998).
- Reyes V., Francisco. *Derecho Societario* (2 Ed.). Bogotá: Editorial Temis (2006a)
- Reyes V., Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada*. Bogotá, Editorial Legis (2006b).
- Silva García, Fernando. “Personificación jurídica, separación patrimonial y ejercicio de la actividad financiera.” En: *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Javeriana (2004).
- Schlesinger, Rudolf B. et al. *Comparative Law, Cases, Texts, Materials* (6 Ed.). Nueva York: The Foundation Press (1998).

