

Novena edición



DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Énfasis en sociedad por acciones simplificada
(Ventajas jurídicas y económicas)

Lisandro Peña Nossa

ECOE
EDICIONES

**DE LAS SOCIEDADES
COMERCIALES**

ÉNFASIS EN SOCIEDAD POR ACCIONES
SIMPLIFICADA (VENTAJAS JURÍDICAS
Y ECONÓMICAS)

LISANDRO PEÑA NOSSA

NOVENA EDICIÓN

Peña Nossa, Lisandro

De las sociedades comerciales : énfasis en sociedad por acciones simplificada (ventajas jurídicas y económicas) / Lisandro Peña Nossa. -- 9a ed. -- Bogotá : Ecoe Ediciones, 2022.
536 p. ; 24 cm – (Derecho)

Incluye: índice temático y reseña del autor en la pasta. -- Contiene bibliografía.

ISBN 978-958-503-203-3

1. Sociedades comerciales 2 Derecho comercial I. Título II. Serie

CDD: 346.0682 ed. 23

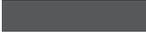
CO-BoBN- a1086821



Área: *Derecho*

Subárea: *Derecho*

ECOE
EDICIONES



© Lisandro Peña Nossa

© Ecoe Ediciones S.A.S.
info@ecoeediciones.com
www.ecoeediciones.com
Carrera 19 # 63C 32, Tel.: 919 80 02
Bogotá, Colombia

Novena edición: Bogotá, enero del 2022

ISBN: 978-958-503-203-3
e-ISBN: 978-958-503-204-0

Directora editorial: Claudia Garay Castro
Coordinadora editorial: Paula Bermúdez B.
Corrección de estilo: Andrés Delgado Darnalt
Diagramación: Yolanda Madero Tiria
Carátula: Wilson Marulanda Muñoz
Impresión: Carvajal Soluciones de
comunicación S.A.S.
Carrera 69 #15-24

*Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.*

Impreso y hecho en Colombia - Todos los derechos reservados

A mi esposa, María Consuelo,
y a mis hijos, María Constanza y Luis Fernando.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	xv
--------------------------	-----------

PARTE 1. NOCIONES GENERALES

Capítulo I. La empresa en la Constitución Política de Colombia	3
1. Derecho a la libre asociación, empresa e iniciativa privada	3
Capítulo II. Naturaleza jurídica de las sociedades	15
1. La sociedad como acto contractual	15
2. La sociedad como acto plurilateral y complejo	16
3. Teoría de la institución	19
4. Teoría del acto unilateral	20
Capítulo III. Personalidad jurídica de la sociedad	21
1. Noción	21
2. Nacimiento de la personería jurídica	22
3. Extinción de la personería jurídica	23
4. Atributos de la personalidad	25
5. Consecuencias de la personalidad	30
6. Desestimación de la personalidad jurídica (velo corporativo)	30
7. Clases de sociedades	33
8. La calidad de socio	36

Capítulo IV. Requisitos de fondo para la validez del contrato social	47
1. Requisitos de fondo.....	47
2. Consecuencias por falta de requisitos de fondo.....	52
3. Efectos una vez declarada la nulidad relativa (Código de Comercio, artículo 109)	55
Capítulo V. Requisitos de forma del contrato social	57
1. Requisitos de forma del contrato social (constitución por escritura pública)	58
2. Escritura pública.....	58
3. Registro mercantil y otros registros	68
4. Sanción por omisión de los requisitos de forma o de publicidad del contrato social.....	69
Capítulo VI. Requisitos esenciales para la existencia de la sociedad	71
1. Pluralidad de los socios	72
2. Aportes.....	75
3. Utilidades sociales	99
4. «Animus societatis»	104

PARTE 2

SOCIEDADES COMERCIALES

Capítulo I. Sociedad colectiva	117
1. Reseña histórica	117
2. Función económica	118
3. Concepto	118
4. Características	118
5. Administración y representación de la sociedad	125
6. Junta de socios	129
7. Control de la administración y su vigilancia.....	130
8. Disolución de la sociedad	130
Capítulo II. Sociedad anónima	133
1. Reseña histórica	133
2. Función económica	134
3. Concepto	134
4. Características	135
5. Constitución de la sociedad	142
6. Las acciones en la sociedad anónima	143
7. Dirección y administración	159
8. Disolución de la sociedad anónima	166
9. Liquidación de la sociedad anónima	167
Capítulo III. Sociedad de responsabilidad limitada	169
1. Reseña histórica	169
2. Función económica	169

3. Concepto	170
4. Características	171
5. Terminación de la sociedad de responsabilidad limitada	193
Capítulo IV. Sociedades comanditarias.....	195
1. Características compartidas de las sociedades comanditarias	195
2. Sociedad en comandita simple	199
3. Sociedad en comandita por acciones	205
Capítulo V. Empresa unipersonal.....	209
1. Antecedentes de la empresa unipersonal	209
2. Reseña histórica	210
3. Naturaleza jurídica	212
4. Función económica	212
5. Concepto	212
6. Características	214
7. Requisitos de forma	215
8. Responsabilidad	217
9. Negociabilidad de cuotas	217
10. Prohibiciones	218
11. Conversión	219
12. Emisión de bonos	220
13. Causales de disolución y liquidación	220
14. Aplicación de las normas	221
Capítulo VI. Sociedad por acciones simplificada.....	223
1. Antecedentes.....	223
2. Ventajas jurídicas y económicas de este tipo societario	224
3. Concepto	225
4. Características.....	225
5. Naturaleza jurídica	227
6. Contenido del documento o requisitos de forma	230
7. Crítica al objeto social indeterminado	231
8. Clases de acciones	232
9. El capital y las acciones.....	234
10. Cuestiones actuales respecto del socio industrial en la sociedad por acciones simplificada	236
11. Voto singular o múltiple	237
12. Órganos sociales	238
13. Responsabilidad de los accionistas y de los administradores.....	241
14 Reuniones de los órganos sociales	242
15. Prohibiciones	247
16. Reformas de la sociedad	248
17. Transformación, fusión y escisión	248
18. Disolución y liquidación	249
19. Funciones de la cámara de comercio	250
20. Funciones de la Superintendencia de Sociedades.....	252

21. Jerarquía de la aplicación de las normas en la sociedad por acciones simplificada	253
22. Vigencia de la Ley 1258 de 2008	253
23. Abuso del derecho	253
24. La sociedad por acciones simplificada ante el Código del Comercio	259
Capítulo VII. Sociedad de hecho	269
1. Reseña histórica	269
2. Función económica.....	269
3. Concepto	270
4. Cómo se prueba la «affectio societatis»	270
5. Características	271
6. Formación y prueba de la sociedad de hecho	274
7. Terminación de la sociedad	275
8. Conversión de la sociedad de hecho en sociedad regular.....	277
Capítulo VIII. Grupos empresariales	279
1. Subordinación	280
2. Grupo empresarial	283
3. Responsabilidad subsidiaria de la matriz	288
4. El sujeto demandado.....	289
5. Consolidación de operaciones financieras	289
Capítulo IX. Sucursales y agencias	291
1. Nociones generales	291
2. Sucursales de las sociedades extranjeras	293

PARTE 3

GESTIÓN INTERNA Y EXTERNA DE LA SOCIEDAD

Capítulo I. Asamblea general de accionistas o junta de socios	299
1. Concepto	299
2. Naturaleza jurídica	300
3. Características	300
4. Funciones	301
5. Convocatoria	302
6. Clases de reuniones	306
7. Representación de los socios.....	316
8. Quorum o mayorías	318
9. Decisiones y votos	325
10. Actas de asamblea o Junta de socios	327
11. Impugnación de actos de asambleas, juntas directivas o de socios	330
Capítulo II. Estados financieros y reparto de utilidades	339
1. Estados financieros	339
2. Obligación de preparar y difundir estados financieros	339
3. Clases	341

4. Requisitos	342
5. Elementos de los estados financieros	343
6. Autenticidad de los estados financieros y de los dictámenes	345
7. Rectificación de los estados financieros	346
8. Publicidad de los estados financieros	346
9. Ausencia de estados financieros	347
10. Responsabilidad penal por falsedad en documento privado	347
11. Clases de balances	347
12. Estado de resultados	348
13. Reservas o fondos patrimoniales	350
14. Reparto de utilidades	351
15. Concepto de reservas	351
16. Diferencias entre utilidades y dividendos	351
Capítulo III. Junta Directiva.....	355
1. Concepto	355
2. Características	356
3. Funciones	356
4. Conformación	358
5. Reuniones	358
6. Remoción	360
7. Impedimentos, prohibiciones y responsabilidades	360
Capítulo IV. Representante legal.....	363
1. Designación	364
2. Funciones	366
3. Remoción	370
4. Responsabilidad.....	372
Capítulo V. Revisor fiscal	373
1. Concepto	373
2. Características de la revisoría fiscal	373
3. Obligatoriedad	374
4. Designación	375
5. Funciones	375
6. Período y remoción	377
7. Requisitos para ser revisor fiscal	378
8. Prohibiciones	378
9. Derechos	378
10. Responsabilidad	378
11. Prescripción de las acciones	379
12. Incompatibilidades	380
Capítulo VI. Administradores de la sociedad y su responsabilidad	381
1. Concepto de administrador	381
2. Elección y remoción de los administradores (Código de Comercio, artículos 198 y 199)	383

3. Principios que orientan la conducta de los administradores	384
4. Deberes de los administradores	386
5. Obligaciones de los administradores	390
6. La responsabilidad	390
7. Responsabilidades de los administradores	392
8. Acción social de responsabilidad	398
Capítulo VII. Obligaciones del empresario	401
1. Obligaciones ante la cámara de comercio	401
2. Objeto y función del Registro Mercantil	402
3. Obligaciones ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)	406
Capítulo VIII. Reformas estatutarias	409
1. ¿Qué se entiende por reforma?	409
2. Actos que constituyen reforma estatutaria.....	409
3. Actos que no constituyen reforma estatutaria.....	415
4. Requisitos para realizar la reforma	415
5. Vigencia y prueba de la reforma	416
Capítulo IX. Transformación, fusión y escisión de la sociedad	417
1. Transformación	417
2. Fusión.....	422
3. Escisión	434
Capítulo X. Derecho de retiro o receso	443
1. Fundamento	443
2. Concepto	443
3. Características	443
4. Causales de retiro	444
5. Procedimiento para el retiro o receso	445
6. Responsabilidad del socio recedente	447
7. Caducidad del derecho de retiro	447
8. Efectos del derecho de retiro	447
Capítulo XI. Inspección, vigilancia y control	449
1. Superintendencia de Sociedades	449
2. Inspección	452
3. Vigilancia.....	452
4. Diferencias entre inspección y vigilancia	455
5. Control	456
6. Otras funciones.....	457
7. Competencia de las Superintendencia de Sociedades en procesos jurisdiccionales	460

PARTE 4
TERMINACIÓN DE LA SOCIEDAD

Capítulo I. Disolución de la sociedad	467
1. ¿Qué es la disolución?	467
2. Causales de disolución	468
3. Formalidades de la disolución y procedimiento que se seguirá una vez producida	475
4. Efectos de la disolución	477
Capítulo II. Liquidación del patrimonio social	483
1. Concepto	483
2. Distintos procedimientos por los que se adelanta la liquidación de sociedades comerciales	484
Capítulo III. Insolvencia transfronteriza	507
1. Antecedente histórico	507
2. Concepto	508
3. Principios	508
4. Tendencias de la insolvencia transfronteriza en el ámbito internacional	509
5. Tendencias de la insolvencia transfronteriza en el ámbito local	510
BIBLIOGRAFÍA	515
ÍNDICE TEMÁTICO	525



INTRODUCCIÓN



La materia de sociedades comerciales forma parte del Libro II del Código de Comercio, el cual se divide en diez títulos que comprenden dos grandes temas: el primero contiene los principios y normas reguladoras de las sociedades en general, y el segundo, el régimen de las distintas formas que tipifican la sociedad en las cuatro especies o tipologías, tales como la colectiva, la anónima, la de responsabilidad limitada y las comanditarias en sus dos modalidades, con sendos títulos adicionales para las empresas y sociedades unipersonales y la sociedad de hecho. De igual manera, el tema societario se ha dividido aquí en cuatro partes.

En la parte primera se presentan los principios y reglas que son pilares de todas las formas societarias. De ahí que se estudia la libertad de asociación, fundamento de su constitución, para luego entrar en el análisis de su personalidad jurídica, su formación contractual, sus requisitos de contenido y forma, con particular énfasis en los elementos que exige la ley para la existencia de la sociedad comercial.

En la parte segunda se analizan los diferentes tipos societarios y se exponen las reglas propias de cada uno. Obsérvese que se inicia con la sociedad colectiva, también denominada de personas, y seguimos con la anónima conocida como de capital o de inversión. Esto se debe a que al tener un conocimiento claro y detallado del régimen legal de cada una de estas sociedades, sus disposiciones les serán aplicables como lo expresa el legislador cuando señala que a las sociedades de responsabilidad limitada, en lo no previsto, se les aplicarán las normas de la sociedad anónima, y en las sociedades en comandita, a los gestores se les aplicarán las normas de las compañías colectivas; del mismo modo, para los comanditarios

serán las normas de la sociedad de responsabilidad limitada, si es una sociedad simple, y si es por acciones, le aplicará las normas de la sociedad anónima. Así mismo, se abordan con precisión los temas sobre la empresa unipersonal y la sociedad por acciones simplificada.

Este texto reporta una atención especial a la sociedad por acciones simplificada, pues su incorporación en el ordenamiento jurídico nacional supuso un giro disruptivo en el tratamiento del régimen societario tradicional contemplado en el Código de Comercio. Por lo tanto, se abordarán las figuras jurídicas propias de este tipo societario, sus alcances y efectos, así como las diferencias que la hacen única frente al resto de los tipos societarios. Lo anterior llevará a concluir que la sociedad por acciones simplificada respondió a la necesidad del sector empresarial de modernizar y flexibilizar las estructuras societarias u organizativas mediante las cuales gravita el desarrollo de su actividad, convirtiéndose por consiguiente en el tipo societario imperante en el tráfico jurídico y negocial.

En la parte tercera se expone la gestión interna y externa de la sociedad, explicando, en primer lugar, los órganos en que reside la dirección y el control, por ser estos los medios a que tienen derecho los socios y terceros para cerciorarse, por lo menos periódicamente, del curso y resultados de los negocios sociales. Tal derecho se materializará con la regulación de la asamblea general de accionistas, el quorum o mayorías decisorias, las acciones de impugnación de los acuerdos societarios, etc. También se resalta la noción de las utilidades, por ser esta el motivo común que induce a los socios al contrato y sin el cual no hay sociedad.

La última parte desarrolla tres temas. El primero de ellos tiene que ver con la disolución de las sociedades comerciales; se hace la exposición de las causales generales aplicables a cualquier sociedad y de las causales especiales aplicables a cada tipo societario; en el segundo tema, el régimen de liquidación de las sociedades comerciales, se explican las reglas y procedimientos para obtener la liquidación judicial; y por último se incorpora la Ley 1116 de 2006 y la Ley 1429 de 2010, que contiene el régimen de la reorganización y liquidación judicial, la validación judicial de acuerdos privados y la insolvencia transfronteriza.

Presento esta obra que, por su contenido y los soportes con que se explican algunas normas, solo tiene un destinatario principal: el estudiante de derecho, quien debe conocer el alcance de las normas y la interpretación que a ellas le dan los altos tribunales y la Superintendencia de Sociedades. Conocer con claridad y concreción el alcance de las normas reguladoras sobre el tema le servirá al estudiante de fuente y criterio orientador para adentrarse en las discusiones, cuyos argumentos, solo él podrá aceptar o rechazar mediante una formación clara y definida.

En fin, se trata de una obra de doctrina con claras intenciones didácticas, lo que explica, dicho sea de paso, que sean escasas las citas de autores nacionales y extranjeros, aunque abunda en jurisprudencia y conceptos de la Superintendencia de Sociedades, de donde se extrae el alcance y contenido de las normas.

PARTE 1

NOCIONES GENERALES



CAPÍTULO I

LA EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

1. Derecho a la libre asociación, empresa e iniciativa privada

La Constitución Política, fuente primaria del derecho comercial en Colombia, les confiere a los ciudadanos la libertad de organizarse como grupo para desarrollar los fines de su actividad asociativa. La norma de normas contiene un variado articulado que se refiere a la formación empresarial. Los artículos más importantes en esta materia son el 38 y el 333, sobre libertad de asociación y la libertad de empresa e iniciativa privada, respectivamente.

A) Noción

La *libertad de asociación* es considerada un derecho que corresponde a toda persona y, por tanto, «se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad». Este derecho, como lo ha sostenido la Corte Constitucional:

Tiene su raíz en la libre voluntad de las personas que deciden perseguir fines lícitos a través de una organización unitaria en la que convergen, según su tipo, los esfuerzos, recursos y demás elementos provenientes de sus miembros, y que sirven de medio para la realización del designio colectivo. A la libre constitución de la asociación – sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto–, se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de esta libertad constitucional que reúne así dos aspectos, uno positivo y otro negativo, sin los cuales no habría respeto a la autonomía de las personas (el énfasis es añadido) (1994, Sentencia C-041).

Como podemos observar, el derecho de asociación es de doble vía, por cuanto no solo otorga la posibilidad de unirse a una organización, sino que de igual modo determina la desvinculación o separación de la misma, es decir:

El derecho de asociación bien puede manifestarse mediante la integración o el acceso a una organización conformada con cualquiera de esos propósitos y/o manifestándose mediante la negación para hacer parte de una organización determinada o desvinculándose de ella. Las dos facultades han sido objeto de reconocimiento constitucional, pues constituyen un legítimo ejercicio tanto de la cláusula general de libertad como de las libertades de pensamiento, expresión y reunión (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-792).

Entonces, es más una «facultad libre y voluntaria que tienen todas las personas de organizarse con un fin común lícito» (Corte Constitucional, 1994, Sentencia C-272).

Esta facultad se evidencia en otras libertades constitucionales que se encuentran reseñadas en el artículo 333 de la Constitución y que son inherentes al individuo y, en la medida en que se hagan efectivas, implican obligaciones y suponen responsabilidades. Dichas libertades son:

- *La libertad de empresa:* es un derecho de carácter económico constitucional que se reconoce a favor de los empresarios. Es la libertad para ejecutar o desarrollar una determinada actividad y que otorga la potestad de crear, elegir y dirigir el tipo de empresa que desee formarse. Esta libertad es la base del desarrollo económico y otorga al individuo la facultad de desarrollar un objeto social con *animus lucrandi*, pero dentro de las limitaciones impuestas por la Constitución Política y por las leyes, por razón de la moral, las buenas costumbres, la utilidad pública y el interés social.
- *La iniciativa privada:* es un derecho que se reconoce a toda persona para participar en determinado sector económico y cuyo fin es lograr un beneficio de carácter económico. La característica principal de la iniciativa privada es que el capital invertido no procede del gobierno sino de los particulares, es decir, todo aquel que tenga una empresa grande o mediana conforma la iniciativa privada. Esta debe sujetarse a los límites del bien común y para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, si ello no se señala legalmente.
- *La libertad económica:* es un derecho constitucional que otorga la potestad para escoger y dedicarse libremente a una determinada actividad económica. Esta libertad se encuentra enmarcada dentro de determinados deberes y derechos, uno de los cuales es la garantía de la propiedad privada que cumple una función de carácter social y ecológico. El Estado evitará que sea restringida y controlará cualquier abuso originado por la posición dominante en el mercado; además, delimitará el alcance de esta libertad, si así lo exige el interés social.
- *La libre competencia económica:* es un derecho a disputar con otro competidor dentro del mercado sin ser discriminado. Su objetivo principal es promover la competencia entre las empresas existentes en el mercado y la calidad de bienes y servicios a un bajo precio. Esta libertad supone responsabilidades y, por tanto, no excluye la injerencia

del Estado para alcanzar determinados fines, como los que le son indicados en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución¹.

Respecto a estas cuatro libertades, la Corte Constitucional ha señalado:

La Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si estas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular (Corte Constitucional, 1995, Sentencia C-398).

Como se señaló anteriormente, la libre competencia es la posibilidad de entrar en el mercado y participar en él en iguales condiciones, y ello en el fondo implica que cualquier particular podrá constituir su propia empresa, sin que sea necesaria la intervención estatal en la misma, pues cada persona tiene la libertad de escoger la actividad que quiera realizar, siempre y cuando atienda a los principios del bien común y del orden público, explicados a continuación.

B) Límites y restricciones a estas libertades (asociación, empresa, competencia y económica)

Como ya vimos, los derechos suponen obligaciones y responsabilidades que imponen ciertas restricciones o limitaciones que el individuo debe tener en cuenta al formar y desarrollar su empresa. Así tenemos el numeral 1 del artículo 95 de la Carta Política que señala el deber de «respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios» y, por tanto, en caso de conflicto, prevalecerá el bien común o interés general. Estos límites que se imponen en forma general son aplicables al ejercicio de cualquier derecho y, por consiguiente, se les reconocerá tal calidad siempre y cuando se encuentren dentro de esos límites.

1 «Artículo 64. Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.

Artículo 65. La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado. Para tal efecto, se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras.

De igual manera, el Estado promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el propósito de incrementar la productividad.

Artículo 66. Las disposiciones que se dicten en materia crediticia podrán reglamentar las condiciones especiales del crédito agropecuario, teniendo en cuenta los ciclos de las cosechas y de los precios, como también los riesgos inherentes a la actividad y las calamidades ambientales».

En todo caso, el ejercicio de la libertad económica y de empresa se sujetará, en virtud del principio de legalidad², a las disposiciones que la ley confiera en ese sentido, tales como la intervención del Estado en la economía (Constitución Política, artículo 334³). En este caso, aquel posee por mandato legal la dirección de la economía y, por ende, será el encargado de asegurar que los bienes y servicios sean distribuidos de manera equitativa y que su acceso sea efectivo, con especial vigilancia y control a la población que tenga menores ingresos.

Igualmente, el artículo 93 de la Carta Política indica otro tipo de restricciones cuando expresa que «los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia». La mayoría de dichos tratados⁴ han establecido como límites al ejercicio del derecho a la libre asociación: la necesidad de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica, el

2 Este principio implica una limitación a la actuación del Estado y al ejercicio de sus potestades, pues deberán sujetarse a lo que dicte expresamente el ordenamiento jurídico.

3 «La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones».

4 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948, artículos 20 y 23); Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951, artículo 15); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966, artículo 8º); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 21: «El derecho a la asamblea pacífica deberá ser reconocido. Ninguna restricción podrá ser impuesta al ejercicio de este derecho, a excepción de las restricciones impuestas en conformidad con la ley, las cuales son necesarias en una sociedad democrática con el interés en la seguridad nacional o la seguridad pública, el orden público, la protección de la salud pública o la moral o la protección de las libertades fundamentales y los derechos de los demás», artículo 22: «Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho»; *Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos* (1998): «(...) cada ciudadano a asociarse libremente con los demás en especial cuando el propósito es el trabajo para la protección y realización de las libertades y derechos fundamentales»; *Proclamación de Teherán* (1968); *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social* (1969); *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo* (1986); y *Convención Americana sobre Derechos Humanos* suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969, San José, Costa Rica; artículos 16 y 26).

orden público y los derechos y libertades de los demás. Por esta razón, la intervención del Estado procederá en aquellos casos en los que sean necesarias las restricciones en virtud de dichos intereses, es decir, en pro del interés general y el bien común.

Entonces, vemos que los derechos de asociación y libertad de empresa se encuentran limitados de manera compatible con la Constitución, pues los mismos se ejercen dentro del marco del bien común. Como lo ha visto la Corte Constitucional:

Se infiere que la libertad económica no es un derecho absoluto, pues es el mismo constituyente el que permite que el legislador le imponga límites para realizar fines constitucionalmente valiosos. Por ello, es legítimo que el legislador promulgue normas que limiten el ejercicio de esa libertad, pero debe hacerlo siempre de manera compatible con el sistema de valores, principios y derechos consagrados en la Carta, pues no se trata de anular el ejercicio de ese derecho, sino de reconocerlo y promoverlo, sin desconocer el equilibrio que debe existir entre su reconocimiento y la realización de otros fines constitucionales igualmente valiosos (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C-792).

Sin embargo, no es posible que el Estado restrinja de manera arbitraria e injustificada los pilares fundamentales de la Constitución, como el pluralismo, la dignidad humana y las libertades de pensamiento, expresión y asociación de las personas, fundándose en postulados éticos o políticos, pues los individuos son igualmente fines valiosos en sí mismos y el Estado no puede imponer modelos que violen su libertad de pensamiento y expresión.

C) Diferentes formas de asociación

El concepto de asociación es amplio, pero el uso de esta palabra suele limitarse a solo algunas de sus formas. Sin embargo, es preciso entender su significado como el género de todas las especies que ella comprende, entre las cuales están la sociedad, la cooperativa y las corporaciones. Todas ellas parten de la misma base, es decir, de una pluralidad de individuos que se encuentran vinculados jurídicamente, mediante un pacto por el cual se comprometen a realizar actividades tendientes a la consecución de un fin común, el cual tendrá que ser lícito, posible y determinado y cuya constitución deberá hacerse con observancia de las formalidades exigidas en la ley, para de esta forma quedar dotadas de personería jurídica.

Es preciso advertir que no hacen parte de lo expuesto las fundaciones, pues estas no están conformadas por personas, sino por fondos para un fin específico.

a) Asociación-sociedad⁵

Como lo mencionamos, el derecho a la asociación es una libertad que posee todo individuo y que es reconocido indistintamente para todas las actividades que este desarrolle en sociedad, es decir, para toda aquella actividad que implique un esfuerzo conjunto y organizado. Surge la importancia, entonces, de determinar qué se entiende por asociación y lo que la hace diferente de la sociedad comercial como tal. Las asociaciones comprenden las especies denominadas corporaciones, las cooperativas y las sociedades civiles y comerciales, entre otras.

En su sentido amplio, la asociación resulta ser la unión permanente o estable de una pluralidad de individuos encaminados a cumplir sus fines propuestos, fines que son comunes y lícitos, de naturaleza política, cultural o profesional⁶. La sociedad, por su parte, entra a conformar una de las especies del género asociación, tendiente a la persecución de un fin económico o lucrativo percibido mediante la distribución periódica entre los socios de las utilidades o ganancias generadas por las actividades que realice.

Aunque su conformación y estructura son parecidas, su régimen jurídico es distinto, toda vez que la asociación se encuentra regulada por el Código Civil en todo lo referente a sus actividades y a lo que se requiera para el desarrollo de las mismas (Decreto 2150 de 1995, artículos 40, 42 y 45)⁷. Así:

-
- 5 En el concepto de la Superintendencia de Sociedades 220-74183 de noviembre de 1998, se define la sociedad como «la unión de dos o más personas que a través de un negocio jurídico convienen en poner una cosa con la intención de repartirse la utilidad que puede resultar por el desarrollo de alguna actividad de producción, transformación, administración o custodia de bienes o la prestación de servicios. De ahí que las utilidades sociales redundan en provecho de sus socios o accionistas, en proporción a su participación dentro de la forma asociativa escogida y regulada en el Código de Comercio, la cual constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, implicando desde su nacimiento atribuciones que la particularizan en sus relaciones jurídico económico [s/c] y no posteriormente».
 - 6 La asociación no podrá tener fines dirigidos a la obtención de beneficios económicos, pues en tal caso se trataría de una sociedad.
 - 7 *Artículo 40.* Supresión del reconocimiento de personerías jurídicas. «Suprimase el acto de reconocimiento de personería jurídica de las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y de las demás entidades privadas sin ánimo de lucro. Para la obtención de su personalidad, dichas entidades se constituirán por escritura pública o documento privado reconocido, en el cual se expresará, cuando menos, lo siguiente:
 1. El nombre, identificación y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes.
 2. El nombre.
 3. La clase de persona jurídica.
 4. El objeto.
 5. El patrimonio y la forma de hacer los aportes.
 6. La forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal.
 7. La periodicidad de las reuniones ordinarias y los casos en los cuales habrá de convocarse a reuniones extraordinarias.

(...) de conformidad con el título XXXVI del Código Civil, las personas jurídicas por él reguladas son de dos clases: asociaciones⁸ y fundaciones de beneficencia pública. En la formulación original se previó que las fundaciones solo podían existir en virtud de una ley –artículo 634⁹–, mientras que en relación con las asociaciones no se plasmó formulación alguna (...) el desarrollo posterior de la legislación merced a la expedición sucesiva de numerosas normas no incluidas en la preceptiva del Código en referencia dio lugar a la existencia de nuevas modalidades de personas jurídicas, excediendo el primitivo criterio que las limitaba a asociaciones y fundaciones de beneficencia pública y plasmó requisitos específicos para la constitución, objeto, estatutos, reforma y disolución de los diversos tipos de entidades, reconocimiento de personería jurídica, control y vigilancia (Corte Constitucional, 2005, Sentencia C-670).

-
8. La duración precisa de la entidad y las causales de disolución.
 9. La forma de hacer la liquidación una vez disuelta la corporación o fundación.
 10. Las facultades y obligaciones del revisor fiscal, si es del caso.
 11. Nombre e identificación de los administradores y representantes legales.

Las entidades a que se refiere este artículo formarán una persona distinta de sus miembros o fundadores individualmente considerados, a partir de su registro ante la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica que se constituye.

Parágrafo. Con sujeción a las normas previstas en este capítulo, el gobierno nacional reglamentará la forma y los plazos dentro de los cuales las personas jurídicas de derecho privado actualmente reconocidas se inscribirán en el registro que lleven las cámaras de comercio.

Artículo 42. Los estatutos y sus reformas, los nombramientos de administradores, los libros, la disolución y la liquidación de las personas jurídicas, formadas según lo previsto en este capítulo, se inscribirán en la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica en los mismos términos, tarifas y condiciones previstos para el registro de actos de las sociedades comerciales. Para la inscripción de nombramientos de administradores y revisores fiscales, se requerirá la aceptación previa de las personas designadas.

Artículo 45. Excepciones. Modificado. Ley 537 de 1999, art. 1º. El nuevo texto es el siguiente:

«Lo dispuesto en este capítulo no se aplicará para las instituciones de educación superior; las instituciones de educación formal y no formal a que se refiere la Ley 115 de 1994; las personas jurídicas que prestan servicios de vigilancia privada; las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, confederaciones, asociaciones de ministros; las reguladas por la Ley 100 de 1993 de seguridad social, los sindicatos y asociaciones de trabajadores y empleadores; partidos y movimientos políticos; cámaras de comercio, y a las organizaciones comunitarias de primero, segundo, tercero y cuarto grados y las demás personas jurídicas respecto de las cuales la ley expresamente regula en forma específica su creación y funcionamiento, todas las cuales se regirán por sus normas especiales».

- 8 Es la agrupación constituida por dos o más personas que tienen un vínculo común y se reúnen con el fin de alcanzar un objetivo común mediante la ejecución de una actividad en forma estable y organizada, a favor de un tercero. Estas se diferencian de las corporaciones por cuanto están conformadas por varios individuos que no tienen ningún vínculo común. Su fin es lograr el bienestar de sus asociados o de satisfacer una necesidad colectiva, bien sea física, intelectual o moral.
- 9 Código Civil, artículo 634: «No son personas jurídicas las fundaciones que no se hayan establecido en virtud de una ley».

La personería jurídica de este tipo de organizaciones civiles, a diferencia de las sociedades, se obtiene mediante su constitución por escritura pública o documento privado y su registro ante la cámara de comercio, acto de registro a partir del cual surge la persona jurídica, distinta de los individuos que han participado en la constitución (Decreto 2150 de 1995, artículo 40).

b) Cooperativas¹⁰-sociedad

La cooperativa es una especie de asociación en la que sus miembros son aportantes y a la vez gestores dedicados a la consecución de sus fines, los cuales son, principalmente, satisfacer las necesidades de sus miembros y de los habitantes de una comunidad, mediante la producción o distribución de bienes o servicios, o de unos y otros. Esta clase de asociación se diferencia de la sociedad pues su fin no es económico, toda vez que la Ley 79 de 1988, norma que la regula, la estableció como una empresa «con fines de interés social y sin ánimo de lucro»; además:

nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos (Corte Constitucional, 2000, Sentencia C-211).

Por su parte, el constituyente las ha considerado como:

una eficaz alternativa para satisfacer necesidades colectivas apremiantes, mediante una distribución democrática de sus aportes, que excluyen el afán de lucro, pues repárese que estas entidades en virtud de su especial fundamento constitucional se caracterizan por la devolución de sus aportes entre los socios, lo cual se encuentra en consonancia con el artículo 333, inciso tercero superior, que consagra como obligación imperativa del Estado promover el acceso progresivo de la propiedad, fortaleciendo las organizaciones solidarias (Corte Constitucional, 2000, Sentencia C-210).

Esto es lo que las diferencia de las sociedades comerciales, pues en estas por regla general no se permite el reembolso de los aportes a los socios (Código de Comercio, artículo 144).

10 Las siguientes son algunas de las normativas que regulan las cooperativas: Decreto 3081 de 1990 (establece el límite en que pueden reajustarse los aportes sociales que efectúan los asociados en las cooperativas, precooperativas, empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas y en fondos de empleados); Decreto 4588 de 2006 (reglamenta la organización y el funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado); Ley 454 de 1998 (mediante la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crean la Superintendencia de la Economía Solidaria y el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones).

c) Fundaciones-corporaciones¹¹

Las personas jurídicas de derecho privado son entes o seres morales creados por los particulares para realizar un fin determinado. Dentro de esta denominación se incluyen las fundaciones, constituidas por un conjunto de bienes destinados a perseguir uno o varios fines específicos. Dichos fines deben reunir además determinados requisitos, que consisten en ser *posibles*, es decir, susceptibles de ser alcanzados; *lícitos*, permitidos por la ley; *determinados*, sin que ofrezcan dudas o ambigüedades o imprecisión; *de interés público*. En desarrollo de un acto creador de voluntad y sobre la base de un patrimonio propio, cumplen fines de utilidad general, artísticos, científicos, literarios o sociales.

Por su parte, las corporaciones son organizaciones sin ánimo de lucro que tienen como objetivo la consecución de un objetivo social, sus miembros no requieren vínculo común, no existe valor mínimo de aporte y se regulan totalmente por sus propios estatutos. No son más que una especie del género de asociación, es decir, agrupaciones de personas cuyo fin es desarrollar labores de manera conjunta, sin fines de lucro. Una vez constituida legalmente formará una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Su creación proviene siempre de un acto plurilateral, es decir, de varias voluntades que concurren a formarlas. Su funcionamiento lo posibilita la afectación de bienes originados de ciertos actos jurídicos como las donaciones, es decir, que sus bienes pueden tener su origen en un acto creador unilateral, como acontece cuando alguien dona o asigna determinados bienes para cumplir una finalidad altruista o de utilidad común. En todo caso, son personas jurídicas que están dotadas de ciertos atributos que las individualizan en sus relaciones jurídico-económicas, como son el nombre, la capacidad jurídica, el domicilio, el patrimonio y la nacionalidad.

Ambas se distinguen, la fundación y la corporación, en que la primera:

es un establecimiento que persigue un fin especial de beneficencia o de educación pública para lo cual se destinan bienes determinados y en que no hay personas asociadas sino un conjunto de bienes dotados de personería jurídica, es decir, las personas que por ella actúan son secundarias en contraste con las que actúan en la corporación. En suma, en la corporación hay asociación de personas, en la fundación de predestinación de bienes a fines sociales (Corte Suprema de Justicia, 1940, fallo del 21 de agosto).

Vale la pena señalar que aquí la Corte comete un error al señalar que «no hay asociación de personas», toda vez que la fundación es uno de los ejemplos de manifestación del derecho a la libre asociación. Entonces, lo que quiso indicar era que las corporaciones son un grupo de personas que se reúnen para desarrollar un fin social determinado, mientras que la fundación hace referencia a un patrimonio que es aportado por un grupo de personas a una causa social. En la primera importa el elemento *personae* y en la segunda el elemento *rei*.

11 Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Será persona jurídica aquella persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (Código Civil, artículo 633).

d) La empresa mercantil

El ordenamiento jurídico le ha conferido una doble connotación al vocablo empresa, una como actividad económica y otra como sujeto de derecho.

El artículo 25 del Código de Comercio la define como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. En palabras de Idalberto Chiavenato, la *empresa*:

es una organización social que utiliza una gran variedad de recursos para alcanzar determinados objetivos (...) para la explotación de un negocio y que tiene por fin un determinado objetivo, que puede ser el lucro o la atención de una necesidad social (1994, p. 4).

Cabe señalar que para la explotación de un negocio, la empresa no requiere de la asociación de personas, puesto que la actividad económica puede ser adelantada por una sola persona como se verá más adelante.

a') Como actividad económica. Como se indica en el artículo 25 del Código de Comercio, la actividad económica requiere de la producción, transformación, circulación, administración y custodia de bienes. Ello implica la existencia de una cadena de intermediación que inicia desde el productor hasta el producto final. Tratándose de una actividad organizada conformada por el capital y el trabajo, es decir, con la intervención fundamental de la actividad humana, no puede ser objeto de negocios que lleven a su enajenación, darla en usufructo u ofrecerla como garantía de determinadas obligaciones. Precisamente es ello lo que la diferencia del establecimiento de comercio, pues al definirlo el legislador como «un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa» (Código de Comercio, artículo 515), permite que por su naturaleza este sea susceptible de ser negociado.

La empresa se desarrollará por intermedio de personas naturales o de personas jurídicas como las sociedades reguladas mediante los artículos 98 a 497 del Código de Comercio, la empresa unipersonal regulada por los artículos 71 a 81 de la Ley 222 de 1995 o por la sociedad por acciones simplificada, regulada por la Ley 1258 de 2008.

b') Como sujeto de derechos. Son sujetos de derecho todas aquellas personas naturales o jurídicas que son capaces de adquirir derechos o de contraer obligaciones. En el derecho mercantil, lo son las personas naturales o jurídicas que tienen la calidad de empresarios mercantiles o comerciantes, según concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio:

El sujeto propio del derecho mercantil es el comerciante, quien no es otro que aquel que realiza profesionalmente una actividad que la ley considera mercantil (...) De lo anterior se colige que el concepto de comerciante tiene un presupuesto básico: ser persona, ya sea esta natural o jurídica (Superintendencia de Industria y Comercio 2004, Concepto 3086855).

El legislador le ha dado la connotación de sujeto de derechos al término «empresa» en los siguientes casos, que no por ser pocos es exclusiva dicha connotación:

- *Las empresas de transporte*: el artículo 10 de la Ley 336 de 1996 define como empresa de transporte a toda persona natural o jurídica dedicada a la explotación económica del traslado de un lugar a otro de personas o cosas mediante el empleo de equipos, instalaciones y órganos de administración. Pueden ser de servicio público o particular (Código de Comercio, artículo 983).
- *Las empresas industriales y comerciales del Estado*: el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 las define como aquellos organismos de creación y autorización legal encargados de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, de conformidad con las reglas del derecho privado, salvo excepciones legales. Reúnen las siguientes características: a) Personería jurídica; b) Autonomía administrativa y financiera; c) Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.
- *Las empresas de servicios públicos domiciliarios*: son aquellas entidades encargadas de la prestación de los mismos y se sujetarán a lo previsto en la Ley 142 de 1994.
- *Las empresas unipersonales*: según el artículo 71 de la Ley 222 de 1995 una persona natural o jurídica puede destinar sus activos para la realización de actividades mercantiles, siempre y cuando reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio.

c') *Clasificaciones o tipos de empresa*. Las empresas como sujetos de derecho generan o producen el nacimiento de una persona jurídica distinta de sus integrantes, es decir, se caracterizan por tener personería independiente a las personas que las conforman o dirigen. Las empresas pueden ser: a) De tipo jurídico-organizacional tales como las cooperativas, etc.; b) De tipo societario como las de personas y de capitales; y c) De tipo público-estatal como lo son las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las sociedades públicas, etc. Se establece de esta forma una variedad de empresas cuya clasificación también depende de otros criterios como la forma de constitución legal, el origen de su capital, el sector económico al que pertenecen, el tamaño, la conformación de su capital, la razón social y el número de propietarios.

- Las empresas, según su objeto social¹², se clasifican en: sociedades civiles y sociedades comerciales, en las cuales encontramos: a) La sociedad anónima (abierta y cerrada)¹³;

12 Para todos los efectos legales, se tendrán como comerciales las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles serán civiles. Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil (Código de Comercio, artículo 100).

13 Sociedades abiertas: «Aquellas cuyos títulos que emiten están destinados a ser suscritos por el público, a través del mercado público de valores, y cualquier persona puede adquirirlos directamente o a través de comisionistas de bolsas de valores, puesto que su colocación y negociación no están sometidos a restricciones legales o estatutarias». Sociedades cerradas: «Aquellas cuyas acciones pertenecen a un reducido número de personas naturales o jurídicas (no menos de cinco), y se evita que sean adquiridas por extraños mediante