

Artículo de revisión

Prohibición de reciprocidad de capitales y derecho a la libertad de empresa.

Una mirada desde el derecho comparado español y colombiano

Édgar Andrés Quiroga Natale¹
Andrés Fernando Ruiz Hernández²

Resumen

El artículo busca realizar un análisis de proporcionalidad entre la prohibición de reciprocidad de capitales entre sociedad controlante y controlada y el sacrificio que dicha prohibición conlleva para el derecho de libertad de empresa consagrado en el artículo 333 de la Carta Política, con el fin de generar espacios de reflexión que lleven a morigerar la radicalidad de la prohibición de imbricación, y a que se permita la realización material, en una medida proporcional, del derecho enunciado.

Palabras clave: Reciprocidad, imbricación, capital, acciones, control, proporcionalidad.

Abstract

This article seeks to conduct a proportionality between the prohibition of capital reciprocity between parent company and controlled and the sacrifice that leads to the prohibition of free enterprise right enshrined in Article 333 of the constitution in order to create spaces for reflection entail to moderate the radical nature of the prohibition of allowing overlapping material realization, commensurately, the right statement.

Key words: Reciprocity, imbrications, capital, actions, control, proportionality.

Recibido: 11 de abril de 2012
Aprobado: 24 de julio de 2012

Introducción

La expedición de la Carta Jurídico-Política de 1991 trajo consigo un cambio en la configuración del modelo de Estado, y, concomitantemente a ello, la redefinición de la jerarquía normativa dentro del ordenamiento jurídico. En virtud de dicho fenómeno³, ni toda la legislación ni toda la restante producción normativa pueden conculcar los principios, las reglas, los mandatos ni los cometidos constitucionales.

Con la expedición de la Ley 222 de 1995 el Congreso (por iniciativa del Gobierno Nacional) introdujo una actualización al régimen jurídico de las sociedades comerciales, para articularlo al texto constitucional, pues el código de comercio vigente data de 1971 y se hacía necesario realizar algunos cambios que permitieran modernizar la legislación societaria con los principios de libertades económicas⁴ contenidos en la norma de normas, y entre las cuales se destaca la libertad de empresa.

No obstante lo anterior, el artículo 262 del Código de Comercio (modificado por la Ley 222 de 1995) consagra la prohibición de la reciprocidad de capitales al estipular:

Las sociedades subordinadas no podrán tener ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo.

El presente artículo pretende demostrar (sin ánimo exhaustivo), a la luz del derecho comparado (español y colombiano), que el citado artículo 262 resulta violatorio del derecho constitucional a la libertad de empresa, para lo cual ha de utilizarse el método deductivo dividiendo la exposición en cuatro acápite; a saber: *i.*) Aproximación conceptual al derecho de libertad de empresa; *ii.*) Definición de la figura mercantil de la reciprocidad de capitales; *iii.*) La inconstitucionalidad de la prohibición de la reciprocidad de capitales contenida en el artículo 262 del Código de Comercio; y, en calidad de corolario, *vi.*) La presentación de unas conclusiones.

Aproximación conceptual al derecho de libertad de empresa

La Constitución Política de Colombia establece en su Título XII el régimen económico y de hacienda pública que ha de regir al Estado Colombiano, y en el artículo 333 consagra como derechos la iniciativa privada y la libertad de empresa. Señala la norma en comentario:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley... (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Pese a dicha consagración, no existe una definición normativa de lo que constituye el derecho a la libertad de empresa. Es importante anotar que no resulta “pacífica” dentro del ordenamiento colombiano la separación clara de conceptos tales como libertad económica y libertad de empresa. Al respecto, la profesora Magdalena Correa Henao afirma:

[...] *Esta diferencia nominal no significa empero que se esté hablando de conceptos distintos, aserción que, es cierto, antes que supuesto debía ser una conclusión, pero que debe anticiparse para explicar el lenguaje empleado en la investigación (...)* En el derecho colombiano esta postura se halla confirmada cuando como ha ocurrido de tiempo atrás y en reiterada jurisprudencia (sentencias C-815 de 2001, C-389 de 2002, C-615 de 2002, y C-992 de 2006), se ha diferenciado la noción de libertad económica como el genérico de la especie libertad de empresa. Así cuando al aludir a la libertad económica, se precisa ser una “*facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio*” (sentencia T-425 de 1992), mientras que la libertad de empresa aparece más claramente como “*aquella libertad que se le reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia*” (Correa, 2009, p. 65)...

Aunado a lo anterior, también resulta bastante regular confundir la libertad de empresa con la libertad de competencia, a pesar de que entre las dos exista una inescindible relación, en la medida en que esta última presenta diversas dimensiones; a saber: a) Desde la consagración habilitante puede verse como un derecho que tienen los empresarios (personas naturales o jurídicas), como agentes competidores, a gozar de un escenario de libertad en ejercicio de una actividad económica, que les permita,

dentro de un marco de igualdad, ofertar las condiciones y las ventajas comerciales que estimen oportunas en el mercado; b) Con la perspectiva de la restricción, la libertad de competencia se constituye, a su vez, en un conjunto de prerrogativas o limitaciones a la libertad individual de empresa, en pro del mantenimiento de una economía social de mercado, razón por la que se erige como el principal derecho de los consumidores dentro del marco del referenciado modelo económico (Quiroga, 2011, p. 68).

Es interesante ver cómo tratándose de la libertad de empresa en su dimensión de derecho se le otorga un doble valor: subjetivo y objetivo. El primero apunta a la realización del sujeto individualmente considerado, en tanto que el segundo funge como valor maximizador respecto a los derechos de resorte netamente individualista, pues la libertad de empresa sirve como medio para potenciar el desarrollo de los derechos individuales en sociedad, y siempre se mantiene de presente la directa e inescindible relación que se da entre la entidad de tal derecho y los parámetros mínimos de estabilidad del mercado⁵.

En el ordenamiento jurídico español se tiene que la libertad de empresa es un derecho que cuenta con rango de iusfundamentalidad desde el mismo texto de la carta política de 1978.

En efecto, si se observa la distribución que el texto constitucional ibérico hace de sus preceptos constitucionales se hace visible que el primer título tiene por nombre, De los Derechos y Deberes Fundamentales, y está constituido por cinco capítulos; a saber:

Cap. I. De los españoles y los extranjeros

Cap. II. Derechos y libertades

Sec. 1^a. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas

Sec. 2^a. De los derechos y deberes de los ciudadanos

Cap. III. De los principios rectores de la política social y económica

Cap. IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales

Cap. V. De la suspensión de los derechos y libertades

El derecho a la libertad de empresa está consagrado en el artículo 38 de dicha carta constitucional, y es la norma con la cual finaliza el capítulo segundo; es decir, el capítulo denominado Derechos y Libertades, y el cual, a su tenor, reseña:

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Hay sectores que consideran que la división en dos secciones establecida en el capítulo segundo del título primero de la constitución española es suficiente para predicar que solo los derechos reseñados en la sección primera, de conformidad con su nombre *De los Derechos Fundamentales y de Las Libertades Públicas* dan lugar a esa clasificación, lo cual debe ser rechazado de plano, toda vez que la totalidad de los derechos consagrados en el título primero guardan la calidad de fundamentales; cosa distinta es que dicha diferenciación demanda la necesidad de distinguir aquellos derechos que por expreso mandato constitucional son protegibles vía acción de amparo⁶ de aquellos que, siendo fundamentales, deben ser protegibles con medios judiciales ordinarios.

En el caso colombiano el reconocimiento de la fundamentalidad que se ha dado al derecho de libertad de empresa obedece a un proceso complejo, toda vez que, en primer lugar, la libertad de empresa no se encuentra dentro del catálogo ordinario de derechos fundamentales que trae la constitución: a contrario sensu, este derecho se encuentra imbricado en el Título XII superior (artículo 333), que versa respecto a los derechos económicos y sociales.

Ahora bien, es necesario mencionar, así mismo, que en Colombia no es limitativa la enunciación clasificatoria que se hace de los derechos en la carta política, pues la Corte Constitucional, al delimitar el alcance de los derechos, ha reseñado cómo hay algunos que, si bien no gozan de la calidad de fundamentales, en razón de su clasificación en la norma constitucional, materialmente sí lo son, y, por ende, son susceptibles de un trato igualitario con los derechos positivamente reseñados como fundamentales, y, así mismo, son susceptibles de ser protegidos mediante la acción que constitucionalmente se estableció para ello⁷.

Respecto al particular, sostiene el exmagistrado Manuel José Cepeda, haciendo alusión a la célebre Sentencia T-002 de 1992, lo siguiente:

[...] *De la discusión anterior se deducen importantes conclusiones que bien vale la pena enumerar.*

1. Los derechos fundamentales no son exclusivamente los del capítulo I del título II.

2. Los criterios puramente formales para identificar los derechos fundamentales son una guía auxiliar pero no principal ni determinante, ni suficiente. Por eso, aún derechos incluidos en el capítulo I del título II podrían no ser fundamentales, como sucede con el derecho a la paz, el cual a pesar de su profundo significado, es un derecho colectivo.

3. El Concepto de “derechos fundamentales” es diferente del concepto de “derechos de aplicación inmediata”, al cual se refiere el artículo 85 de la Constitución.

4. Puede haber derechos fundamentales no expresamente enunciados en la Constitución, puesto que aquellos que son inherentes a la persona humana son por su naturaleza fundamentales (art.94 de la Constitución).

5. No todos los derechos mencionados o definidos en la Constitución son fundamentales, así esta sea ley fundamental de la República.

6. Corresponde a los jueces señalar cuáles son los derechos fundamentales.

7. Los Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia son guía auxiliar en esta tarea doctrinaria

8. El carácter “fundamental” de un derecho no hace relación a su mayor importancia frente a otros derechos considerados no fundamentales, sino a su naturaleza jurídica y las circunstancias del tiempo, modo y lugar del caso (...) (Cepeda, 1992, pp. 4 y 5).

Es prolija la jurisprudencia en la cual la Corte Constitucional ha hecho mención del derecho de libertad de empresa, para efectos de delimitar su alcance y contenido, y en dicho trabajo ha definido este como un derecho fundamental, pleno en ocasiones y matizado en otras; esto último, como un derecho que cobra rango de fundamentalidad con base en las particulares relaciones que tenga el derecho de libertad de empresa con derechos fundamentales por definición.

Ahora bien, sería inapropiado pretender que por el hecho de haberse dado este calificativo al derecho plurimentado en algunas sentencias no se observen con rigurosidad los planteamientos que permiten definir que, en efecto, dicha calificación del derecho de libertad de empresa es producto de un largo y coordinado proceso, y no producto de razonamientos o argumentaciones coyunturales dentro de la Corte; por lo tanto, se considera pertinente hacer un esbozo de la línea jurisprudencial⁸ que al respecto ha delimitado la Corte Constitucional, lo cual, a todas luces, reseñará: i) Que la definición jurisprudencial per se del derecho de libertad de empresa es otorgarle el rango de fundamentalidad; y ii). Que dicha delimitación no es caprichosa ni accidental.

La Corte en sus orígenes fue tajante al reconocer, casi sin limitaciones, el carácter de fundamentalidad del derecho de libertad de empresa, y así se observa con facilidad al acudir, por ejemplo, a la Sentencia T-425/92, donde se reconoce el rango de fundamentalidad del derecho partiendo del hecho de que con el establecimiento en el artículo 333 de la libertad de empresa la

Carta Política del 91 dio lugar “no solo a ampliar su ámbito sino a rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio”, toda vez que tal derecho contiene la intención del constituyente de “perfeccionar los instrumentos propios de la economía de mercado”⁹.

Posteriormente se expidieron sentencias tales como la T-475/92¹⁰, donde la Corte da una primera matización a la entonces predicada fundamentalidad del derecho de libertad de empresa, al mencionar que cuando este derecho es instrumento de realización de derechos fundamentales, por definición, necesariamente, la libertad de empresa cobra rango de fundamentalidad en aras de proteger materialmente los derechos fundamentales vinculados.

A continuación se profirió la Sentencia C-265 de 1994, donde la Corte, en sede de control abstracto de constitucionalidad, reseñó que la libertad de empresa, por naturaleza, no era un derecho fundamental, toda vez que la filosofía proteccionista de la Constitución daba prelación más a los derechos de las personas (por definición, fundamentales) que a los derechos de contenido patrimonial, y, nuevamente, viró en dirección a lo que se podría denominar “fundamentalidad derivada” en la Sentencia T-375/97, pues en dicha sentencia la Corte fue mucho más directa, concreta y expresa respecto a lo plasmado en la Sentencia T-475/92, por cuanto en esta sentencia de 1997 la Corte tuteló tanto el derecho al trabajo (fundamental por definición) como el derecho a la libertad de empresa, y el argumento para tutelar este último partió de la figura de la conexidad¹¹, pues la Corte reseña que al establecerse la conexidad entre un derecho fundamental con otro derecho que por definición¹² no lo sea se habilita el mecanismo protector de la tutela para todos los derechos afectados.

En un posterior pronunciamiento (Sentencia SU-182/98), que por su contenido argumentativo cobra valiosa y especial relevancia en la definición de la fundamentalidad del derecho de libertad de empresa, la Corte supera la conexidad, para ir más allá y predicar la fundamentalidad del derecho de libertad de empresa, no por ser conexo con derechos fundamentales, sino por ser construido o estructurado a partir de ellos; así, por ejemplo, en dicha sentencia la Corte reconoce el derecho a la igualdad como presupuesto mismo de existencia del derecho de libertad de empresa, y, por ende, como causa suficiente para predicar respecto del mismo rango de fundamentalidad. En esta sentencia se considera muy relevante mencionar, en palabras de Correa Henao, que la Corte consideró como parte constitutiva de su doctrina:

“[...] 2. La inclusión en el derecho consagrado en el artículo 333 C.P. de la libertad de mantener la actividad económica y de proseguirla en condiciones de igualdad; 3. El derecho a la libre concurrencia en tales con-

diciones, y en general; 4. La aplicación de este principio del artículo 13 C.P. en toda la intervención del Estado en el campo de la libertad económica...”

Posteriormente debe citarse lo plasmado por la Corte en la Sentencia SU-157/99, donde se retoma la figura de la conexidad como medio de protección del derecho de libertad de empresa reseñando el expreso reconocimiento que la Corte hace de la fundamentalidad de este derecho; al respecto dijo la Corte:

*En este contexto, si bien las libertades económicas noson derechosfundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir elejercicio, en igualdad de condiciones, de todas laspersonas que se encuentren en condicio- nesfácticamente similares (C.P. art. 13 y 333). Porcon- siguiente, es viable predicar la iusfundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando suejercicio sea el instrumento para hacer efectivo underecho fundamental. Por lo tanto, es claro que en el presente asunto el derecho a la iniciativa privada de losaccio- nantes se encuentra directa e inescindiblementeligado con dos derechos fundamentales: elreconocimiento a la personalidad jurídica y el de la igualdad.(...) Ahora bien, para responder los interrogantes formulados, se hace indispensable fijar algunas reglas que permiten evidenciar los derechos a la autonomía negocial de los bancos **y los derechos fundamentales de los peticio- narios (recapitulando: el reconocimiento a la persona- lidad jurídica, el derecho a la igualdad de condiciones para acceder al servicio público bancario y la libertad económica, derecho fundamental conexo a los dos anteriores).** (Negrilla y Subrayado fuera de texto).*

Seguidamente aparece la Sentencia SU-1193/00, la cual es todavía más relevante, en la medida en que el análisis de la Corte deriva en el grado de fundamenta- lidad que le asiste al derecho de libertad de empresa, al encontrarse constituido, como ya se anotó, por otros derechos también fundamentales y de especial relevan- cia, como la igualdad y la libertad *in genere*. Respecto a esta sentencia y a la relación que el derecho de libertad de empresa guarda con el derecho de igualdad, vale mencionar que la Corte realizó todo el estudio del caso en concreto partiendo de que el derecho de libertad es fundante, y digno de ser protegido vía acción de tutela, y así lo deja ver no solo en la *ratio decidendi* de la senten- cia, sino, igualmente, en su parte resolutive, pues tuteló el derecho a la libertad de empresa. A este respecto, y en resalto del mencionado lazo entre los derechos men- cionados en esta sentencia, Correa señala:

De este aparte de la decisión se deduce de modo inequívoco la protección por vía de tutela de la liber-

lad de empresa en tanto derecho fundamental que invocara la parte demandante y en tanto, claro está, así se determina con meridiana claridad del estudio del caso. Naturaleza jurídica subjetiva reconocida, con base en la potencial vulneración a una posición jurídica iusfundamental de derecho a la igualdad y al debido proceso: porque parte de la idea de libertad económica consiste en eso, en no ser impedido de participar en el mercado con más limitaciones que las permitidas aplicables por igual, salvo que se justifique un trato diferente, en no ser impedido de acceder a una posición de dominio si se responde con eficiencia a las reglas de la oferta y la demanda, y de no ser sancionado por tal resultado que no está prohibido y que forma parte del sistema.¹³ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

A partir de este momento, en la constitución de la línea jurisprudencial que al respecto se cita aparecen las sentencias T-073/02, T-1118/02, T-763/05, T-517/06, y, finalmente, la sentencia C-1008/08, todas las cuales han sido interpretadas como providencias en las cuales la Corte desconoce la fundamentalidad del derecho de libertad de empresa, y, con ocasión de las fechas de su expedición, se las ha tomado como un nuevo criterio en la Corte, a tal punto que se las toma como cambio en la doctrina jurisprudencial¹⁴.

No se comparte esta postura, habida cuenta de que al hacer un estudio juicioso de tales sentencias no se observa en momento alguno que la Corte retire el avance en el calificativo que hasta el momento la jurisprudencia constitucional ha otorgado al derecho de libertad de empresa: por el contrario, se observa que es coherente cuando menciona que al tratar los derechos respecto a su naturaleza y con base en su clasificación nominal jamás se puede equiparar un derecho por definición personal (fundamental) con uno por definición patrimonial (libertad de empresa), lo cual, se hace énfasis en ello, confirma el postulado de que tratándose de la categorización de los derechos no puede haber lugar a discusión sobre cuál cuenta con primacía respecto al otro; pero, tratándose de la iusfundamentalidad o de la esencia de tales derechos, la nomenclatura de estos se relativiza.

Nótese, con base en lo anterior, cómo la tendencia jurisprudencial constitucional colombiana ha ido decantando y matizando la fundamentalidad del derecho de libertad de empresa, pues se acude a la figura de la conexidad para determinar en qué momentos específicos la estrecha relación del derecho de libertad de empresa con algunos derechos fundamentales (V. gr. Derecho fundamental al trabajo) da lugar a que con base en la citada conexidad se ampare, de contera, el derecho de libertad de empresa, y, de la misma manera, tratándose de los derechos de libertad y de igualdad, el derecho de

libertad de empresa cobra automáticamente rango de fundamentalidad, ya no por ser conexo con estos derechos, sino por estar construido a partir de ellos, y así se resalte su esencia iusfundamental. De igual manera, nótese cómo la construcción de la doctrina constitucional niega el sentido de fundamentalidad del derecho de libertad de empresa en el plano formal, por cuanto dicha diferenciación se establece únicamente cuando se hace necesario acudir a la categorización de los derechos, para efectos de diferenciar la prelación de unos respecto a otros, aclarando, claro está, cuándo están individualmente considerados¹⁵.

En síntesis, puede decirse que el desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha dado al derecho de libertad de empresa parte del hecho de reconocer a este su calidad de iusfundamental, en tanto se estructura y se realiza soportado en otros derechos, los cuales, por definición, sí cuentan con rango de fundamentalidad; concretamente, en el derecho de igualdad o libertad, y, que en virtud de esa inescindible relación la libertad de empresa cobra grado de fundamentalidad, y, de contera, capacidad de buscar protección directa en sede de acción de tutela.

1. Definición de la figura mercantil de la reciprocidad de capitales

La figura de la reciprocidad de capitales, también conocida como imbricación de capital o imbricación societaria, es definida doctrinariamente de distintas formas; así, por ejemplo, ha sido considerada como:

[...] participaciones recíprocas de capital que se realizan entre matrices y sus subordinadas. Es decir, que la compañía controlada adquiere acciones, cuotas o partes de interés en la entidad que la dirige o controla. Esta maniobra genera un desvanecimiento de una parte del capital de la sociedad matriz, cuyo efecto principal consiste, en la práctica, en la duplicación parcial y ficticia de los aportes de los asociados... (Reyes, 1996, p. 251).

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades reseña que la reciprocidad de capital “es la situación que se presenta cuando una sociedad controlada tiene a cualquier título, participación en el capital de la sociedad controlante”¹⁶.

Otra definición hallada en la doctrina, y que se considera más específica, refiere que la imbricación de capital, o, lo que es lo mismo, las participaciones sociales recíprocas, se dan cuando “la sociedad uno suscribe todo o parte de la sociedad dos, la cual ha hecho exactamente lo mismo con aquella, presentándose así un cruce de participaciones con efectos dañinos, actuales o potenciales.”(Gaviria, 1996, p. 167).

De igual manera, la figura en comento ha sido abordada como “la situación que se produce cuando una sociedad participa en el capital de otra que, a su vez, es socio o accionista de la primera.”¹⁷

En síntesis, hay dos definiciones de lo que es la reciprocidad de capital, y ambas parten de un mismo núcleo común; en efecto, la primera definición, también la más simple de las dos, se limita a señalar que la imbricación es la figura que se da cuando una sociedad posee participación de capital en otra, a la vez que esta última, igualmente, cuenta con participación en la primera; por su parte, la segunda definición parte de la antes mencionada, para añadir que esa situación de reciprocidad se predica entre sociedades matrices y subordinadas.

Es claro, entonces, que se dan dos situaciones; a saber:

i) La doctrina, de conformidad con las dos definiciones anteriormente enunciadas, tiende a identificar por igual dos situaciones que son sustancialmente diferentes, cuales son la reciprocidad de capital en sentido estricto (reciprocidad simple) y la reciprocidad de capital, que se da cuando entre los sujetos societarios involucrados hay una relación de subordinación (reciprocidad calificada); y ii) La doctrina parece confundir la definición propiamente dicha de reciprocidad de capital con la figura de la prohibición de esta .

En efecto, se tiene que para el caso concreto colombiano la figura de las participaciones recíprocas obedece a la situación que se presenta en sociedades de capital cuando una sociedad posee participación de capital en otra, y, a la vez, está última, igualmente, cuenta con participación en el capital de la primera, de forma recíproca; de allí el nombre de imbricación. Cosa distinta es que la situación antes enunciada está prohibida cuando es una sociedad subordinada la que tiene participación de capital en su sociedad controlante, que es, precisamente, el error en el cual incurre el segundo bloque de definiciones enunciadas anteriormente.

A este respecto debe mencionarse que la legislación mercantil colombiana tomó partido prohibir de manera absoluta las participaciones recíprocas cuando se trate de sociedades que estén unidas en virtud de un vínculo de control o subordinación y permitiendo que dicha reciprocidad opere sin restricción alguna tratándose de sociedades que no tengan relación controlante - controlada entre sí.

En consecuencia, cabe recalcar que el origen del establecimiento de la prohibición de reciprocidad de capital entre sociedades matrices y subordinadas se dio con la reforma al Código de Comercio; así pues, como primer referente histórico al respecto, es necesario citar el Acta N° 237 del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio, que se reunió, para efectos de tratar este

tema, el 16 de junio de 1970 en la sede del Ministerio de Justicia¹⁸ y donde se discutieron, entre otros temas, las situaciones de subordinación, las divisiones que deben estar presentes en los balances contables de las sociedades comerciales y la especificación de contenido de cada una de ellas. Finalmente, al hacer su aparición el Decreto 410 de 1971, o Código de Comercio, se estableció lo siguiente, respecto a la figura de las participaciones recíproca:

Art. 262.- *Las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen.*

Como se puede ver, de la redacción normativa reseñada en la legislación mercantil colombiana se optó, como ya se había anotado, por prohibir la reciprocidad de capital entre sociedades controlantes y sociedades controladas. No obstante la mencionada prohibición, nada se estableció en lo relativo a las consecuencias de vulnerar dicha prohibición.

Con motivo, entonces, de la falta de regulación acerca de las consecuencias derivadas del desconocimiento de la prohibición de reciprocidad de capital entre sociedad matriz y sociedad subordinada, fue aprovechada la expedición de la Ley 222 de 1995, cuyo objeto era la modificación del libro segundo del Código de Comercio, la desjudicialización de los procesos concursales y el establecimiento de otras disposiciones.

En efecto, al revisar la exposición de motivos¹⁹ de la Ley 222, hecha por la Superintendencia de Sociedades, se tiene que el objeto inmediato de la norma se daba en dos grandes bloques: i) La desjudicialización de los procesos concursales, tema este que no es competencia de este trabajo; y ii) La actualización del régimen societario. Se menciona dentro de dicha exposición de motivos, en lo referente al tema societario, que la idea de la reforma era actualizar la legislación mercantil con los parámetros de la Constitución Política de 1991 en lo que atañe, específicamente, al contenido material del artículo 333, alusivo a la libertad de empresa, el amparo de la iniciativa privada y la libre competencia. Concretamente, no se hace mención, en dicha exposición de motivos, a la figura de la reciprocidad de capital, toda vez que el proyecto originario de la Ley 222 de 1995 no tenía presupuestado reformar el artículo 262 del Código de Comercio; de hecho, al revisar el proyecto inicial de reforma²⁰ es fácil ver que al llegar al artículo 262 expresamente se menciona dejarlo igual a como está originalmente redactado.

Pese a lo antes reseñado, con el devenir de las discusiones sobre el tema en la Cámara de Representantes pronto se advirtió la necesidad de redefinir el artículo 262 del Código de Comercio y modificarlo en sede de superar la omisión en la que incurrió dicha norma en el

sentido de no señalar las consecuencias de desconocer la prohibición de entrar en reciprocidad de capital tratándose de sociedades matrices y subordinadas. Efectivamente, en las discusiones realizadas en la cámara alta se propuso, finalmente²¹, que el texto del artículo 262 quedara redactado de la siguiente manera:

Art. 210. PROHIBICION A SOCIEDADES SUBORDINADAS.

Las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. No producirán efectos de pleno derecho, los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo²².

Finalmente, de conformidad con la proposición número 494, de fecha mayo 17 de 1995, se conforma el texto definitivo, aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes, de los proyectos de ley 119-93 y 163-93 acumulados, donde aparece, en el artículo 32, la adición al artículo 262 del Código de Comercio de la expresión “Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo”; entonces, así queda estructurada la reforma al artículo 262 del Estatuto Mercantil, en el sentido de dar claridad normativa acerca de las consecuencias de desconocer la prohibición de incurrir en participaciones recíprocas cualificadas.

Así pues, de forma muy breve y concisa se reseña cómo el interés principal de la legislación colombiana fue prohibir las participaciones recíprocas entre sociedades que estuviesen en situación de controlante – controlada, con la clara intención de evitar, naturalmente, la licuefacción de capitales o el “aguamiento” de capital, pero, sobre todo, la posibilidad de que se dieran manipulaciones en el interior de las asambleas, por parte de los administradores.

Como puede verse, que haya o no subordinación en nada es relevante para que se dé la figura de la licuefacción de capitales, toda vez que dicha situación puede presentarse, igualmente, en los eventos donde la reciprocidad de capital se dé entre dos sujetos societarios que no estén unidos en vínculo de subordinación, en tanto que sí es importante para la configuración de la eventualidad de manipulación de decisiones en órganos directivos; especialmente, asambleas de socios, como ocurre en el caso de las adquisiciones de acciones propias, tal y como se vio al estudiar el origen de la figura de la reciprocidad de capital.

1. La inconstitucionalidad de la prohibición de reciprocidad de capitales contenida en el artículo 262 del Código de Comercio: coherencia del modelo español e incoherencia del modelo colombiano

Teniendo claras, entonces, las razones para que el derecho de libertad de empresa tenga grado de fundamentalidad, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el colombiano, imperioso es entrar a analizar porqué se

afirma que la regulación de la figura de la reciprocidad de capitales es plenamente coherente con los postulados del derecho de libertad de empresa en el caso español, y no ocurre lo mismo en el caso colombiano.

Sea lo primero mencionar que se hizo necesario resaltar el carácter no solo de derecho de la libertad de empresa, sino de derecho fundamental, pues dicha catalogación implica, justamente, que concurra una serie de circunstancias encaminadas a que la regulación de la figura de las participaciones recíprocas se dé de tal forma que no pugne en grado alguno con la entidad de dicho derecho; así pues, de conformidad con la mencionada calidad de derecho fundamental, se tiene que la configuración del ordenamiento jurídico debe estar diseñada en su totalidad en aras de permitir que los derechos fundamentales se realicen en su máxima expresión; es decir, que permitan, hasta donde sea razonable y proporcionalmente posible, que tales derechos concurren en la realidad.

A este respecto debe mencionarse que cimientos teóricos actuales del derecho constitucional reseñan a los derechos fundamentales como “mandatos de optimización” (Alexy, 1997, p. 120); sea, el ordenamiento jurídico en su conjunto debe propender por permitir el máximo de realización posible de esos derechos; ahora bien, si los derechos fundamentales implican que debe obrarse por su máxima realización posible, obligante es concluir que al calificarse el derecho de libertad de empresa como derecho fundamental, taxativamente en la constitución (como en el caso español), o por definición jurisprudencial (como en el caso colombiano), también se tiene que y trabajar por que su realización se dé en los máximos términos posibles, lo cual traduce, necesariamente, que las limitaciones a esos derechos deben ser: i) Limitaciones constitucionalmente admisibles; y ii) Razonable y proporcionalmente válidas (Paz-Ares, 2003, p. 5971).

Dejando en claro, entonces, el porqué de la necesidad de tratar el tema de la libertad de empresa como derecho; y, concretamente, como derecho fundamental, es posible entrar a observar, como se mencionó otrora, las razones que permiten ver cómo la regulación de la figura de la reciprocidad de capital es coherente con la calidad de derecho fundamental que le asiste a la libertad de empresa en el ordenamiento español, toda vez que la estructura misma de la regulación de la figura mercantil *sub examine* está diseñada de tal forma que: i) Materialmente permite el máximo de realización posible de tal derecho; y ii) La limitación a ese derecho vía regulación de la figura de la reciprocidad de capital es razonable y proporcionada.

Por el contrario, en el caso colombiano el hecho de prohibir de forma plena las participaciones recíprocas

cualificadas y permitirles de forma plena cuando ellas mismas son simples, tal y como lo consagra en el artículo 262 del Código de Comercio, tiene una doble lectura: i). En primer lugar, no respeta el contenido esencial de fundamentalidad que le asiste al derecho de libertad de empresa, pues la regulación mencionada no permite la maximización tan predicada propia de los derechos fundamentales; y ii) La limitación al derecho fundamental precitado no es una limitación razonable y proporcional, ello, en últimas, se traduce en que la regulación de la figura de las participaciones recíprocas en Colombia mantiene un manifiesto contenido contrario a la Constitución.

El caso español

Como pudo verse anteriormente, sea lo primero mencionar que al ser el derecho de libertad de empresa un derecho fundamental, en virtud de que el mismo tenor del texto constitucional así lo ha señalado, se tiene que pesa sobre las normas jurídicas ordinarias el deber de desarrollar su objeto de regulación en plena concordancia con dichos parámetros constitucionales; así, en el caso español se ve cómo la regulación concreta de la figura de las participaciones recíprocas se desarrolla de tal manera que se hace tangible que esa regulación es perfectamente acorde con el contenido constitucional. En efecto, sea lo primero mencionar que, en virtud de esa adecuación que se da entre contenido constitucional y regulación de la figura de la reciprocidad de capitales, no se habla de una única norma, como en el caso colombiano²³, sino de que, si bien son pocas, hay pluralidad normativa en sede de regulación de la figura, y esa regulación materialmente permite optimizar al máximo el derecho fundamental de libertad de empresa.

La regulación que España hace del derecho de sociedades ha sufrido serias y profundas reformas; la última de ellas, y una de las más significativas, fue la unificación de regulación de las sociedades de capital mediante la expedición de la Ley de Sociedades de Capital²⁴ (LSC), con lo cual, para abordar el caso español, es suficiente con partir de este cuerpo normativo.

La LSC desarrolla en cinco artículos (151-155) un marco normativo suficiente para regular la figura de las participaciones recíprocas, de tal modo que, materialmente, se logran evitar los perjuicios que la aplicación indebida de la figura acarrea, pero, a su vez, al permitir la realización de la reciprocidad de capitales no limita ni cercena las diferentes dimensiones de realización del derecho de libertad de empresa que, en la práctica, pueden tener las sociedades al hacer uso de la figura de las participaciones recíprocas.

De las dos consecuencias nocivas, y ya suficientemente enunciadas, derivadas de la figura de la reciprocidad de capital, ninguna puede darse en el derecho societario

español con motivo de una debida regulación al respecto; sobre la licuefacción de capitales, por ejemplo, en lugar de prohibir se estableció un límite máximo de participación recíproca, el cual es del 10%, justamente, por considerarse que dicho límite es razonable y proporcional como para alcanzar un equilibrio real entre el máximo posible de optimización o realización del derecho fundamental de libertad de empresa, y un punto a partir del cual se considera que sí pueden materializarse las consecuencias propias de la inmaterialidad del capital.

La prueba de que dicha proporción se considera prudente para efectos de permisión de la reciprocidad es la forma como la LSC regula los eventos en los cuales se sobrepasa dicho monto porcentual límite, pues al respecto, y en aras, justamente, de evitar una licuefacción real del capital social, el artículo 153 establece que el patrimonio neto de la sociedad obligada a la reducción de participación recíproca debe realizar una reserva equivalente al valor de las acciones o participaciones recíprocas que superen el porcentaje límite establecido del 10%, mientras se surten los trámites encaminados a la reducción real de dicha participación recíproca indebida.

Nótese, entonces, cómo no se desconoce que la reciprocidad de capitales puede derivar en beneficios a las sociedades, de conformidad con la dinámica que su actividad y el mercado puedan imponer, lo cual, en otras palabras, equivaldría a decir que no se desconoce que la reciprocidad puede jugar un papel importante en el mundo real de la dinámica societaria, con lo cual se estaría permitiendo, en su máximo posible, la realización del derecho fundamental de empresa y, a la vez, se tomarían medidas como el establecimiento de reservas para que en los eventos donde se sobrepase dicho monto límite porcentual habilitado para incurrir en reciprocidad, haya garantía real y material de que el capital existe, y no es una ficción contable.

Como segunda medida debe mencionarse que hay una diferencia sustantiva entre el derecho español y el colombiano, la cual repercute, necesariamente, en la forma como, en la práctica, se da la figura de la reciprocidad, y es el hecho de que mientras en Colombia se prohíben a toda costa las participaciones recíprocas cualificadas (entre matrices y subordinadas), se permite sin restricción alguna la participación recíproca simple, y en el derecho español ninguna de las dos está prohibida, solo que las normas que trae la LSC aplican únicamente para participaciones recíprocas simples, toda vez que lo atinente a participaciones recíprocas calificadas o cualificadas están expresamente exentas de regulación por el cuerpo normativo de la LSC, en virtud de lo preceptuado en el artículo 154. El motivo de dicha exclusión es que en el ordenamiento ibérico las participaciones recíprocas calificadas se consideran

una figura del resorte del fenómeno de adquisición de acciones propias, más que una situación de reciprocidad en estricto sentido.

Al regular dicho ordenamiento las participaciones recíprocas calificadas como un asunto de adquisición de acciones propias implica que dichos eventos están sometidos a las regulaciones capaces de facilitar que una sociedad adquiera sus propias acciones; en este caso concreto, a través de un tercero, llamado sociedad filial, por lo cual las participaciones recíprocas que se dan entre una sociedad dominante y una sociedad filial es lo que el derecho societario español llama “autocartera por interpuesta persona”, y, se reitera, al ser un asunto propio de la figura de la adquisición de acciones propias, es claro que con motivo de dicha regulación, la cual impone requisitos especiales de procedencia de la compra de acciones o participaciones por parte de la misma sociedad imposible, se hace que, de forma arbitraria, los administradores de las sociedades se hagan al control decisorial de estas cuando dicha adquisición es circular o derivativa; es decir, entre otros eventos, cuando se apela a la figura de la reciprocidad de capital con una sociedad controlada.

En síntesis, al regularse de forma diferenciada la reciprocidad simple de la cualificada, al establecerse un monto mínimo de reciprocidad simple, así como la necesidad de hacer reservas de capital en los eventos de superación de dicho porcentaje, y al tratar la reciprocidad cualificada como un asunto de adquisición de acciones propias, se está armonizando el contenido normativo ordinario que regula las sociedades con el contenido material del derecho fundamental de empresa, al permitírsele, justamente, que se realice en lo máximo posible. Esto, pues, implica coherencia en la estructura del modelo de regulación de la reciprocidad de capitales frente a los contenidos de rango constitucional.

El caso colombiano

El caso colombiano, contrario al antes estudiado, no muestra en su regulación normativa de la figura de la reciprocidad de capital relación con el contenido del derecho de libertad, que, como ya se enunció, goza del rango de fundamentalidad, con ocasión del desarrollo jurisprudencial en dicho sentido.

Sea lo primero mencionar que la regulación que el ordenamiento mercantil colombiano trae de la figura de la reciprocidad de capitales tiene dos vicios manifiestos: i) Insuficiente regulación; e ii) Indevida regulación.

En efecto, en relación con el primer punto, debe resaltarse la poca preocupación que el ordenamiento mercantil local ha mostrado por regular en la debida forma la figura de la reciprocidad de capitales, pues, con ocasión del mundo de posibilidades que esta figura puede repre-

sentar en el campo de las sociedades, no es apropiado pretender que con una sola norma se regule de forma definitiva todo este asunto: como se pudo apreciar, por ejemplo, en el caso español se requiere una regulación variada, imposible de concentrar en una sola norma si lo pretendido es permitir la aparición en la vida jurídica de los diferentes contextos de acción de la reciprocidad en la realidad dinámica de las sociedades de capital.

La insuficiencia normativa, por sí sola considerada, ya es problemática, en la medida en que la ausencia normativa se traduce en deficiencia regulatoria, pero la situación en comento se agrava si se le añade el hecho de que la única norma que regula la figura de la reciprocidad de capitales lo hace de forma defectuosa; es decir, de una forma inapropiada para tratar debidamente la materia.

En efecto, si se parte del presupuesto de que tan solo una única norma regula la figura bajo estudio lo más apropiado sería, entonces, que esa única norma regulase de forma integral, completa y coherente la validez o invalidez jurídica de dicha figura en la realidad societaria, pero se encuentra que el contenido regulatorio de dicha norma (artículo 262 del Código de Comercio) guarda profundas contradicciones en su interior: es claro que si la intención de la norma es evitar la totalidad de perjuicios derivados del manejo indebido de la reciprocidad de capitales, nada explica por qué solo se prohíbe la reciprocidad cualificada, pero las participaciones recíprocas simples sí están permitidas.

Como puede desprenderse de la lectura de la norma mercantil referida, se tiene que esa única norma (artículo 262 del Código de Comercio) parece entender que solo las participaciones recíprocas calificadas son las que generan efectos nocivos, cuando, en realidad, ambas formas (cualificadas y simples) dan lugar a la licuefacción de capital, pero únicamente las calificadas dan lugar a la manipulación de las asambleas por parte de los administradores de la sociedad.

La prueba de no idoneidad de la regulación de la figura de la reciprocidad de capitales en Colombia es el hecho que en lugar de permitirse en sus dos manifestaciones (cualificadas y simples), estableciéndose una limitación porcentual que funja como límite de legalidad de la participación recíproca se prohíbe la cualificada, pero se permite (totalmente de forma indebida) la simple, toda vez que, al no haber restricción alguna sobre esta última modalidad, quedan plenamente abiertas las puertas para que se materialice la tan nombrada licuefacción de capitales.

Aunado a lo anterior, es importante mencionar que la prohibición se da entre matriz y subordinada, pero nada prohíbe que dicha figura se dé dentro de grupos empresariales, lo cual implica, por ejemplo, que en un grupo

empresarial ninguna de las subordinadas podría tener reciprocidad con la matriz, pero nada obstaría para que se dieran participaciones recíprocas entre subsidiarias de dicha matriz, pues entre ellas no habría subordinación.

El ejemplo práctico de cómo esta situación en la realidad se presta para elucubrar maniobras fraudulentas sin que haya ilegalidad en las actuaciones es, por ejemplo, cuando en un proceso de contratación estatal se requieren contratistas muy calificados y con una suficiencia financiera notable, por lo cual se conforma un grupo empresarial donde hay matriz y tres subsidiarias, y donde dos de esas subsidiarias guardan una reciprocidad accionaria del 45% cada una; ello implicaría que no se está violando la prohibición, en tanto la reciprocidad se está dando entre dos sociedades que no guardan relación de subordinación entre sí, pero la maniobra se presta para “inflar” la calificación del grupo empresarial en el K de contratación en el registro único de proponentes, pues se estaría acreditando una suficiencia que, en realidad, no es tal.

Lo anterior, sin perjuicio de mencionar operaciones que normativamente no impliquen subordinación, pero materialmente sí lo hagan; es decir, formalmente no habría subordinación, pero sí la habría en la realidad, por cuanto ello facilitaría usar la reciprocidad de capitales de la forma como está prohibida en Colombia, para evadir las condiciones exigidas para la realización de operaciones de readquisición de acciones propias (artículo 396 del Código de Comercio), lo cual se traduciría, entonces, en que la sociedad podría readquirir sus propias acciones con cargo a capital, y no a utilidades líquidas, y no se suspenderían los derechos de voto de tales participaciones.

Conclusiones

1. A partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 el derecho se “constitucionalizó”, razón por la cual todas las leyes y las demás expresiones normativas se encuentran subordinadas al imperio de la supremacía constitucional.
2. Con el advenimiento de la Ley 222 de 1995, que modifica el Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) se establecieron nuevos presupuestos para el ejercicio de las sociedades comerciales dentro del marco de los derechos referentes a las libertades económicas.
3. Ni la Constitución ni otro desarrollo normativo ulterior definieron el contenido ni el alcance del derecho de libertad de empresa, razón por la cual permanentemente se lo equipara, de forma equivocada, al derecho de competencia o al derecho a la iniciativa privada.
4. Ha sido la Corte Constitucional, a través de su prolijo precedente en la materia sub-examine, la que ha establecido el contenido sustantivo, y procesal y el alcance

de la libertad de empresa, hasta el punto (de conformidad con el caso concreto) de poder erigirlo a un derecho de raigambre iusfundamental.

5. El artículo 262 del Código de Comercio establece una regulación insuficiente e indebida respecto a la prohibición de reciprocidad de capitales, pues al permitirse de manera plena la reciprocidad simple se permite, en la praxis, la licuefacción de capitales; y al prohibirse de manera total la reciprocidad cualificada, se genera una restricción desproporcionada e irrazonable del derecho de libertad de empresa, lo que se traduce en su maniobra inconstitucionalidad.

Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (1977). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arango Rivadeneira, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Baño Leal, J. M. (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española. *Revista Española de Derecho Constitucional* 8 (24).
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cepeda Espinosa, M. J. (1992). *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.
- Correa Henao, M. (2009). *Libertad de empresa en el estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gaviria Gutiérrez, E. (1996). “Matrices y Subordinadas”. En A.A.V.V. *La Reforma al Código de Comercio – Ley 222 de 1995*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Julio Estrada, A. (2002). “Economía y ordenamiento constitucional”. En *Teorías jurídicas y económicas del estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Paz-Ares, C. & Águila-Real, J. A. (2003). *Un Ensayo Sobre la Libertad de Empresa*. Libro homenaje a Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Thomson-Civitas.
- Quiroga Natale, E. A. (2011). *Proporcionalidad y ponderación en la sentencia constitucional. Una aproximación interdisciplinaria entre derecho y economía*. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
- Reyes Villamizar, F. (1996). *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.

Notas

1 Abogado. Estudios de Doctorado en Derecho. Magíster en derecho económico. Especialista en: derecho constitucional; derecho administrativo; pedagogía para el desarrollo del aprendizaje autónomo y resolución de conflictos; y estrategias de negociación. Asesor jurídico externo de varias entidades estatales. Consultor privado. Tutor y director del Grupo de Investigación “Derecho Empresarial” de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD.

2 Abogado. Magíster en derecho comercial. Estudios de maestría en derecho penal. Especialista en derecho constitucional. Docente universitario. Juez 45 Penal del Circuito de Bogotá D.C.

3 Denominado por la doctrina “neoconstitucionalismo”. Véase la discusión Prieto Sanchis García Amado sobre el particular.

4 Libertad en la iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de competencia, libertad de comercio, etc.

5 Reza BAÑO LEAL: “La libertad de empresa [...] los aspectos subjetivos e institucionales aparecen inextricablemente unidos. El legislador, al regular el ejercicio de la libertad de empresa, no solo desarrolla un derecho, sino que actualiza la opción constitucional por una economía social de mercado” (Baño, 1988, p. 174).

6 En el derecho español la Acción de Amparo guarda una fuerte similitud con lo que en Colombia se conoce como Acción de Tutela, al ser aquella la acción con rango de constitucionalidad que se establece para la protección de los derechos fundamentales. La diferencia principal entre las dos acciones es que en Colombia la acción de tutela aplica o procede para todos los derechos fundamentales (los que así han sido definidos y los que jurisprudencialmente, o en virtud del bloque de constitucionalidad, han adquirido tal categorización), en tanto que en España solo procede respecto a determinados derechos fundamentales, lo cual no significa que los derechos que la carta ha catalogado de esta manera, pero no son susceptibles de protección mediante acción de amparo, materialmente no sean fundamentales. Al respecto véase: Correa Henao, Ob. Cit. P. 305.

7 Es digna de citarse como ejemplo la Sentencia T-760 de 2008 M. P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, por medio de la cual la Corte Constitucional elevó al rango de fundamentalidad el derecho a la salud y eliminó, para su protección vía acción de tutela, la figura de la conexidad con el derecho a la vida, pues con ocasión de esa nueva categorización, al ser un derecho fundamental, así esta calidad sea de origen jurisprudencial, le permite ser protegido de forma directa mediante acción de tutela. En el mismo sentido debe mencionarse el trato que la Corte Constitucional ha dado a derechos como el de la Seguridad Social, toda vez que la doctrina constitucional definida en virtud de la correspondiente línea jurisprudencial ha reseñado que si bien este derecho no es fundamental por definición, sí adquiere tal rango cuando su naturaleza guarda íntima, estrecha e inescindible relación con derechos fundamentales, lo cual, automáticamente, habilita que sea protegido vía acción de tutela; es decir, su fundamentalidad es relativa, pero tangible. A este respecto, véanse, sentencias T-456/94, T-068/94, T-426/93, T-516/93; y, muy especialmente, la Sentencia T-357/98 M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

8 La línea jurisprudencial es la forma correcta de identificar la doctrina constitucional, toda vez que es la forma metodológica apropiada para estructurar las posturas que sobre determinado punto ha tenido la Corte Constitucional en su producción jurisprudencial. Esta técnica de definición de doctrina constitucional

ha sido aceptada y avalada por la gran mayoría de la doctrina, a tal punto que solo las posturas que la Corte construye en sus líneas jurisprudenciales es lo que se conoce como doctrina constitucional (al respecto, véase: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. “El Derecho de los Jueces”. Segunda Edición, Sexta reimpresión, Capítulo V, Editorial Legis, Bogotá, 2008. BERNAL PULIDO, Carlos. “El Derecho de los Derechos”. Primera Edición, Tercera Reimpresión, Capítulo 5, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006). Es tan válido el reconocimiento de la línea jurisprudencial como base definitoria de la doctrina constitucional que hoy en día es plenamente aceptado el respeto del precedente jurisprudencial constitucional, a tal punto que desconocer la doctrina constitucional –y, por ende, la línea jurisprudencial que la define y la construye – da lugar a la configuración de una circunstancia de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (antes denominada “vía de hecho”). Al respecto, véase, especialmente, la Sentencia C-590 de 2005, QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. “Vías de Hecho. Acción de Tutela contra Providencias”. Quinta Edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2009; y: BERNAL PULIDO, Carlos. Op. Cit.

9 CORREA HENAO, Magdalena, Op. Cit., p. 315.

10 Concretamente, la sentencia protege el derecho fundamental al trabajo, pero en sus consideraciones reseña cómo existe y persiste un vínculo estrecho entre el derecho de libertad de empresa y el derecho fundamental al trabajo, por lo cual, en virtud de dicho vínculo y de la naturaleza de este, el primero adquiere el rango de fundamentalidad.

11 La figura de la conexidad fue definida como el evento en el cual se entrelazan derechos fundamentales con derechos que no lo son, pero, en virtud de dicho lazo, es plenamente procedente proteger los derechos no fundamentales vía acción constitucional de amparo. Sectores de la doctrina definen la conexidad como “relacionar un derecho casi siempre de contenido económico, social o cultural o de naturaleza colectiva, con otro u otros, de los llamados de primera generación o con los principios y valores constitucionales, a efectos de determinar su carácter de fundamental/tutela”. OSUNA PATIÑO, Néstor. “Tutela y amparo: derechos protegidos. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. El ejemplo más tangible a este respecto es la forma como se lograba la protección constitucional del derecho de salud, el cual no era por definición fundamental, pero sí susceptible de ser protegido vía acción de tutela, en virtud de la estrecha relación con el derecho fundamental a la vida. Ver Pie de Página No. 41.

12 Debe aclararse que “por definición” debe entenderse la calidad que nominalmente otorga rango de fundamentalidad a un derecho. Un ejemplo que puede aclarar el alcance del concepto es lo sucedido con el derecho a la salud, pues por definición, no es un derecho fundamental, pero sí lo es en virtud de su naturaleza (ver Sentencia T-760 de 2008).

13 CORREA HENAO, Magdalena. Op. Cit., p. 319.

14 Línea Jurisprudencial –Libertad de Empresa- tomada de: www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/lineas_jurisprudenciales_libertad.

15 Se hace pertinente dicha aclaración teniendo en cuenta que el derecho de libertad de empresa per se es un derecho eminentemente patrimonial, y, por ende, secundario frente a los derechos fundamentales por definición, en tanto que al apelar a su esencia, su naturaleza y su contenido, es decir, al apelar a su estructuración compuesta (Derechos de Igualdad y de Libertad),

es eminentemente un derecho fundamental, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial constitucional al respecto.

16 Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-73535, de fecha Diciembre diecinueve (19) de dos mil seis (2006).

17 Universidad de Granada. Módulo de Derecho Mercantil. Especialidad en Derecho de los Negocios. Tomado de: ww.ugr.es/pidmercantil/3_5_PARTICIPACIONES_REC_PROCAS.htm

18 Acta N° 237. Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio. En dicha reunión se hallaron presentes: José Ignacio Narváez (presidente de la reunión y vicepresidente del comité), Gabriel Escobar Sanín, Samuel Finkielsztein y Daniel Manrique Guzmán, quien ofició como secretario del Comité. Biblioteca de la Superintendencia de Sociedades. Tomo VI. Actas del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio. 1970.

19 Antecedentes, Expedición Ley 222 de 1995. Exposición de Motivos, Ley 222 de 1995. Biblioteca de la Superintendencia de Sociedades. Tomo I. pp. 261 - 290. Bogotá.

20 Antecedentes, Expedición Ley 222 de 1995. Proyecto de Ley 119 de 1993 (119/93), Cámara de Representantes. Biblioteca de la Superintendencia de Sociedades. Tomo I, p. 186. Bogotá.

21 Antecedentes, Expedición Ley 222 de 1995. Texto definitivo aprobado en primer debate en la Comisión Tercera Constitucional permanente de la Cámara de Representantes de los proyectos de ley 119/93 cámara y 163/93 cámara acumulados. Biblioteca de la Superintendencia de Sociedades. Tomo I, pp.1259 - 1343. Bogotá.

22 Antecedentes, Expedición, Ley 222 de 1995. Proyecto de Ley 2365-95 Senado de la República. Biblioteca de la Superintendencia de Sociedades. Tomo I, p. 137. Bogotá. Debe aclararse que en el proyecto de ley en el Senado la norma figuraba con nomenclatura de artículo 210, toda vez que el proyecto original consignaba más de 300 artículos, que fueron decantándose con el desarrollo de las discusiones en el Congreso de la República.

23 Una brevísima, pero contundente, crítica sobre la insuficiencia normativa del ordenamiento mercantil colombiano para regular la figura de la reciprocidad de capitales puede verse en: GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. "Matrices y Subordinadas" Op. Cit. Pág 170: "Así, el código actual, lo mismo que la nueva ley, con el laconismo de su artículo único, no atienden adecuadamente a la regulación de este complejo problema".

24 La Ley de Sociedades de Capital (LSC), promulgada por medio del Real Decreto Legislativo 1 de Julio 2 de 2010, compendia en un único cuerpo normativo las regulaciones de derecho societario que, como su nombre lo indica, hacen alusión a las sociedades de capital, y no a las sociedades de personas. Una de las ventajas que enseña dicha ley en lo referente al tema de las participaciones recíprocas es que ya no hay una regulación diferenciada para las sociedades anónimas y para las sociedades de responsabilidad limitada, como antes ocurría con la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), promulgada mediante el Real Decreto Legislativo 1564 de 1989 y con la Ley 2 de 1995, sino que se usa un único criterio para la regulación figuras como esta.