
La fiscalización gubernamental sobre las sociedades comerciales: su vigencia para el caso colombiano. Reconstruyendo un debate clásico desde la perspectiva del "interés social"

Government oversight on trading companies: their validity in the case of Colombia. Reconstructing a classic debate from the perspective of "social interest"

Wilson Iván Morgestein Sánchez**

wimorgestein@ucatolica.edu.co

ivanmorgestein@hotmail.com

RESUMEN

A través del presente trabajo de investigación quiero ofrecer a la comunidad jurídico-empresarial colombiana elementos de juicio a la hora de valorar la existencia de la Superintendencia de Sociedades en Colombia, tomando como punto de referencia el concepto de "interés social". En este escrito se comienza por revisar los antecedentes y la evolución histórica de la Superintendencia de Sociedades, luego se hace un estudio de la naturaleza jurídica y de las funciones asignadas a la mencionada entidad, posteriormente se revisan las distintas concepciones de la noción de "interés social". Aquí, a la vez que se van a explicar y a analizar las teorías tradicionales y modernas del concepto de "interés social", pretendo demostrar mi hipótesis según la cual para la actual realidad social, económica, política y cultural de nuestro país se hace absolutamente necesaria y por demás conveniente la existencia de una entidad como la Superintendencia de Sociedades.

Palabras clave: Fiscalización gubernamental, Superintendencia de Sociedades colombiana, interés social.

ABSTRACT

Through this research I want to offer legal and business community Colombian evidence when assessing the existence of the Superintendency of Corporations in Colombia, taking as reference the concept of "social interest". This paper begins by reviewing the historical background and the Superintendency of Corporations, then becomes a study of the legal nature and functions assigned to that body, then we review the different conceptions of the notion of "social interest". Here, at the same time I will explain explain and analyze traditional and modern theories of the concept of "social interest", and I intend to prove my hypothesis which is that for the current social, economic, political and cultural life of our country, it is absolutely necessary and desirable the existence of an entity such as the Superintendency of Corporations.

Key words: Government oversight, Colombian Superintendency of Corporations, social interest.

Fecha de recepción: 20 de noviembre de 2011

Fecha de aceptación: 15 de abril 2012

* Artículo producto de investigación terminada el 28 de noviembre de 2011, investigación adelantada en el grupo de derecho Privado "San Alberto Magno" de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, y dentro del proyecto: "El concepto de interés social y su impacto en el derecho de sociedades colombiano"

** Abogado de la Universidad Santo Tomás, de Bogotá; especialista en Derecho Privado "Económico de la Universidad Nacional de Colombia; magíster en Derecho Comercial, de la Universidad Externado de Colombia. Profesor" Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia; profesor de derecho comercial en la Universidad Libre de Colombia.

INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico – mercantil colombiano contempla varios métodos de fiscalización de las sociedades comerciales¹, a saber: (i) El particular, que puede efectuar cada socio o accionista a través del ejercicio del derecho de inspección; (ii) El judicial, que se materializa a través del proceso de impugnación de decisiones sociales²; (iii) El privado, que ejecuta la revisoría fiscal, y (iv) El gubernamental, que es de competencia propia de entidades administrativas³. Pues bien, en lo que a las sociedades mercantiles se refiere, la potestad que tiene el Estado colombiano de supervisarlas le ha sido delegada a la Superintendencia de Sociedades, siendo en los últimos lustros por demás cuestionada –por parte de algunos operadores jurídicos- la existencia de esta entidad, básicamente con el argumento de que Colombia es uno de los pocos países del mundo que cuentan con un ente administrativo que en nombre del gobierno fiscaliza las sociedades comerciales de carácter cerrado, es decir, las que no negocian sus acciones en el mercado público de valores⁴. Ahora bien, para mí no es suficiente ese pretendido argumento de “Derecho comparado” a la hora de determinar si se justifica o no que en nuestro país se sigan supervisando, por parte del gobierno, las sociedades mercantiles privadas, sino que considero necesario reconstruir el debate, en torno a la existencia de la Superintendencia de Sociedades, tomando como eje de la discusión el concepto de “interés social”, noción que sin lugar a dudas constituye el pilar del moderno Derecho de sociedades, y si se quiere del Derecho de la empresa contemporáneo, y que nos permitirá dilucidar si dentro de las actuales y propias realidades políticas, sociales, económicas y culturales de nuestro país se justifica la inspección, vigilancia y control que sobre las sociedades comerciales ejerce el gobierno nacional a través de la Superintendencia de Sociedades.

1. METODOLOGÍA

Teniendo presente que el problema jurídico que me he propuesto resolver a través de la presente investigación es el de determinar si se justifica o no la existencia en Colombia de una entidad como la Superintendencia de Sociedades, tomando como referente el concepto de “interés social”, la metodología jurídica que voy a emplear para el desarrollo del trabajo es de naturaleza esencialmente normativa, para lo cual emplearé un método básicamente cualitativo. De conformidad con lo antes expuesto, empezaré revisando los antecedentes y la evolución histórica de la Superintendencia de Sociedades, luego, haré un estudio de la naturaleza jurídica y de las funciones asignadas a la mencionada entidad, posteriormente revisaré las distintas concepciones de la noción de “interés social”. Aquí, a la vez que se explican y analizan las teorías tradicionales y modernas del concepto de “interés social”, demostraré mi hipótesis que consiste en que para la actual realidad social, económica, política y cultural de nuestro país, se hace absolutamente necesaria y conveniente la existencia de una entidad como la Superintendencia de Sociedades, la cual, a través del estricto cumplimiento de sus funciones, está llamada a contribuir para que se puedan hacer efectivos los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 333 y 334, entre otros, de nuestra Ley Fundamental.

2. RESULTADOS

2.1 Superintendencia de sociedades – Breve reseña histórica

La Superintendencia de Sociedades fue creada a través de la ley 58 de 1931, bajo la denominación de “Superintendencia de Sociedades Anónimas” y como una sección comercial del gobierno, encargándosele

¹ Los cuales están dirigidos a: “... precaver desmanes de administraciones desatentadas... instituir mecanismos para normalizar el funcionamiento de las sociedades en general... conjurar motivos de perturbación... establecer contrapesos en las relaciones cuantitativas de poder...”. (Jose Ignacio Narvaéz García (2008). *Teoría general de las sociedades*, décima ed., revisada y actualizada con la colaboración de Jorge Eduardo Narvaéz Bonnet y Olga Stella Narvaéz Bonnet, Bogotá: Legis, p. 357).

² Para un estudio completo del proceso de impugnación de decisiones sociales puede verse: Wilson Iván Morgestein Sánchez (2011). “Impugnación de decisiones sociales y pacto arbitral en el derecho societario y en las SAS”, en *Derecho comercial en la era de la globalización*, Bogotá: Doctrina y Ley.

³ Jose Ignacio Narvaéz García. Op. cit., p. 357.

⁴ Aquí hay que hacer una aclaración, y es que nadie controvierte la existencia de una entidad que fiscalice administrativamente a la sociedad anónima abierta o pública, función que para el caso colombiano le ha sido delegada a la actual Superintendencia Financiera.

las tareas de: (i) Ejecutar las leyes y decretos relacionados con las sociedades anónimas, y (ii) Vigilar todas las sociedades de esta clase y las sucursales de sociedades extranjeras, excepción hecha de las que ya venían siendo vigiladas por la Superintendencia Bancaria⁵.

Inicialmente se previó que la entonces Superintendencia de Sociedades Anónimas iniciara sus funciones a partir del 1° de enero de 1932, pero la ley 134 de 1931 suspendió indefinidamente esa decisión, mientras una comisión designada presentaba un nuevo proyecto al Congreso de la República. No obstante, ese proyecto nunca fue elaborado, y la ley 128 de 1936 nuevamente le dio vigencia a la ley 58 de 1931, la cual se hizo efectiva con la expedición del decreto 1984 de 1939 el cual estableció la Superintendencia de Sociedades Anónimas como una dependencia del entonces Ministerio de Economía Nacional. Como primer superintendente fue designado el Doctor Manuel José Vargas⁶. Con la expedición del acto legislativo N° 1 de 1945 se dio consagración constitucional a la atribución presidencial de vigilancia de las sociedades mercantiles.

A través de los decretos 2831 de 1952 y 239 de 1957 se amplía la órbita de las sociedades objeto de la fiscalización gubernamental, extendiéndose la misma a las demás compañías comerciales y a cualquier otra especie de sociedades siempre que a las mismas estuviere vinculada como socia una sociedad anónima directamente o por conducto de otra compañía, con participación de capital de 33% o más. El decreto ley 444 de 1967 incluyó como sujetos de inspección a las sociedades comerciales que en su capital tuvieran participación de inversión extranjera. Con motivo de la ampliación del radio de compañías objeto de vigilancia estatal el decreto 3163 de 1968 denominó a la entidad como ahora se le conoce: Superintendencia de Sociedades.

El actual Código de Comercio⁷ extiende el ámbito de la vigilancia incluyendo no sólo las sociedades en que una compañía vigilada tenga 20% o más del capital, sino también aquellas en que un número de asociados que posea 20% o más del capital así lo solicite y las demás sociedades que determine el presidente de la República en ejercicio de sus funciones de inspección⁸.

Ahora bien, es la ley 44 de 1981 “*por la cual se revisan las funciones de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones*” la que sustituye el criterio subjetivo de fiscalización por el objetivo. En efecto, la mencionada ley: (i) Racionalizó la vigilancia con el objetivo de que la misma dejara de ser previa y pasara a ser un control posterior; (ii) Estableció no vigilar a las sociedades mercantiles solamente por el hecho de ser anónimas, sino que adoptó criterios relacionados con la potencialidad económica, la importancia de la actividad empresarial desarrollada, la generación de empleo y, en general, aquellas sociedades en donde se comprometen los “intereses” de las compañías, de los asociados, de los acreedores y de los potenciales inversionistas, y (iii) Circunscribió la vigilancia a las sociedades comerciales no vigiladas por la Superintendencia Bancaria⁹. El decreto reglamentario 2059 de 1981 estableció qué sociedades mercantiles estaban sometidas al control de la Superintendencia de Sociedades, considerando el monto de sus activos y la actividad económica de la compañía, modificando así el criterio de vigilancia al de vigilancia objetiva¹⁰.

⁵ Se introduce así, el criterio del control subjetivo formal, es decir, los sujetos quedan sometidos a vigilancia según la forma jurídica que asuman. (www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=280).

⁶ Grandes juristas han sido designados por el gobierno nacional como titulares del Despacho, dentro de los cuales quiero destacar a dos de los pilares del derecho de sociedades en Colombia: los maestros José Ignacio Narváez García y Francisco Reyes Villamizar. A este último profesor no dudo en reconocerlo como el padre del moderno derecho societario en nuestro país.

⁷ Expedido a través del decreto-ley 410 de 1971.

⁸ Además, y en desarrollo del decreto-ley 410 se expidieron otros decretos en los que se evidencia la evolución en el criterio de vigilancia teniendo en cuenta el objeto social como en el decreto 805 de 1976 para compañías que presten servicios aéreos comerciales y en el decreto 1161 de 1979 que se incluyen las sociedades en que participen personas naturales extranjeras que no estén calificadas como inversionistas nacionales. (www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=280).

⁹ El decreto 2155 de 1992 eliminó el denominado control concurrente sobre las sociedades al establecer, en su artículo 2°, que sólo se ejercen las funciones de vigilancia y control de las sociedades mercantiles no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias. (www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=280).

¹⁰ www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=280

2.2 Superintendencia de Sociedades: fundamento constitucional, naturaleza jurídica y funciones

El artículo 189 de la Constitución Nacional establece que “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: ... 24. Ejercer de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre... las sociedades mercantiles”¹¹. Ahora bien, esa función constitucionalmente asignada al presidente de la República le ha sido delegada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 489 de 1998, a la Superintendencia de Sociedades, la cual, de conformidad con el artículo 1° del decreto 1080 de 1996, “... es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico¹², con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la ley en relación con otras personas jurídicas o naturales”.

En lo que tiene que ver con los conceptos de inspección, vigilancia y control, los mismos se encuentran definidos por la ley 222 de 1995 en sus artículos 83, 84 y 85, y a cuyo tenor:

ART. 83.- Inspección. La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades.

ART. 84.- Vigilancia. La vigilancia consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para velar por que las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente¹³.

(...)

ART. 85.- Control. El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular¹⁴.

(...)

2.3 El problema que gira en torno al “interés social¹⁵”

¿Cuál de todos los diversos intereses que confluyen en el desarrollo de la empresa societaria es el que debe ser privilegiado por los órganos de administración y dirección de la compañía en ejercicio de sus funciones?; considero que es el problema científico que pretenden dilucidar las teorías contractualistas, institucionalistas y neocontractualistas del Derecho de sociedades¹⁶.

¹¹ Parece que esta disposición superior es desconocida por quienes con vehemencia afirman que nuestra Constitución sólo establece la fiscalización gubernamental sobre “emisores”.

¹² La Superintendencia de Sociedades se encuentra actualmente adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

¹³ Para una aproximación doctrinaria a los conceptos de inspección y control puede verse: José Ignacio Narváez. Op. cit., pp. 376-377; Lisandro Peña Nossa (2011). *De las sociedades comerciales*, sexta ed., Bogotá: Temis, pp. 458-459; Carlos Alberto Velásquez Restrepo (2010). *Orden societario*, tercera ed., Medellín: Señal editora, pp. 465 – 471; Álvaro Barrero Buitrago (2011). *Manual para el establecimiento de sociedades*, quinta ed., Bogotá: Librería ediciones del profesional, pp. 377-378 y Luis Carlos Neira Archila (2006). *Apuntaciones generales al derecho de sociedades*, Bogotá: Temis, pp. 219- 225.

¹⁴ Para una aproximación doctrinaria al concepto de control puede verse: José Ignacio Narváez. Op. cit., p. 377; Lisandro Peña Nossa. Op. cit., pp. 465-466; Carlos Alberto Velásquez Restrepo. Op. cit., pp. 471-472; Alvaro Barrero Buitrago. Op. cit., p. 378 y Luis Carlos Neira Archila. Op. cit., pp. 225-227.

¹⁵ O “interés de la empresa” o “interés societario”. Cfr. Alfredo Rovira (2006). *Pactos de socios*, Buenos Aires, Astrea, p.56.

¹⁶ Luis Fernando Sabogal Bernal (2011, enero-junio) lo formula en los siguientes términos: “... ¿deberán los órganos sociales conducir la empresa únicamente en atención a los intereses de los accionistas, o también deberán tomar en consideración los intereses de otros

Y es que aunque el concepto de “interés social” se ha mantenido sin una definición legal a lo largo del tiempo¹⁷, el mismo, como lo he dejado en claro en las primeras líneas de este escrito, constituye el pilar, el corazón del moderno Derecho societario¹⁸, y dentro de las varias razones que sustentan mi afirmación se halla una en especial: que la doctrina contemporánea del Derecho de sociedades independientemente de considerar a dichas personas jurídicas como una ficción legal o como una realidad jurídica estima que ellas corresponden a una técnica para la organización empresarial, es decir, para la explotación de una actividad económica mediante la ordenación y administración de los distintos factores de producción¹⁹, dicho de otra forma: las sociedades son el más eficaz instrumento que el Derecho le ha otorgado a la economía para el desarrollo de la empresa²⁰, lo que plantea una cuestión: como sin duda, en el desarrollo de una actividad económica se ven afectados distintos grupos de personas²¹, ¿cuál de todos los “intereses”, de los que son titulares esos individuos, es el que deben privilegiar los órganos sociales, cuando se acude a la sociedad como herramienta para el desarrollo de la actividad empresarial?

Pues bien, es a la anterior pregunta a la que, en mi concepto, han pretendido dar solución el contractualismo, el institucionalismo y el neocontractualismo del Derecho de sociedades, por lo que pasaré a hacer una breve revisión de estas doctrinas.

Para las teorías contractualistas o monistas²² del derecho societario el “interés social” coincide con la aspiración de socios y/o accionistas de obtener la mayor ganancia económica posible, y esto se explica con facilidad si recordamos que estas tesis surgieron bajo el imperio del Estado liberal clásico; consecuencia de ideas racionalistas e individualistas, y causa del liberalismo económico.

Pero como las circunstancias sociales, económicas y culturales de los pueblos cambian, y ese cambio se ve ineluctablemente reflejado en las estructuras político-jurídicas de los Estados, surge un Estado social²³ que enmarcó el nacimiento de las doctrinas institucionalistas o pluralistas²⁴ del Derecho de sociedades, tesis que refutan que

terceros interesados o afectados por el ejercicio de la actividad empresarial...? (“El interés social: apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa”, en *Revista e – mercatoria*, vol. 10, No. 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p.3).

¹⁷ Principalmente porque el concepto de “interés social”, como casi todas las instituciones del Derecho mercantil, tiene una íntima relación con las circunstancias que, de carácter económico, filosófico y político, que imperan en los diversos momentos históricos de los Estados, circunstancias que, como resulta obvio, se encuentran en un permanente proceso de cambio. En un sentido muy similar Juan Sánchez-Calero Guilarte (2002). “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, en *Revista de Derecho Mercantil* N° 246 (2202), Madrid: Universidad Complutense, pp. 11-12.

¹⁸ Manzur Michel Numa Marín (2005) lo califica como “...la brújula orientadora que se debe seguir al interior de la sociedad” (“Interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa. Reflexiones en torno a la toma de decisiones en las sociedades anónimas”, en *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 365). En el mismo sentido Luis Fernando Sabogal Bernal. Op. cit., p. 2.

¹⁹ Corte Constitucional Colombiana (2004). Sentencia C – 865, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ Entendida ésta para el caso colombiano en los términos del artículo 25 de nuestro Código de Comercio, y a cuyo tenor: “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio”. Para un completo estudio del concepto de empresa pueden verse, entre otros: Luis Gonzálo Baena Cárdenas (2009). *Lecciones de derecho mercantil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Ramón Eduardo Madriñán De La Torre (2004). *Principios de derecho comercial*, novena ed., Bogotá: Temis; Jairo Medina Vergara y Gerardo José Ravassa Moreno (1994). *Derecho comercial general*, Bogotá: Universidad Santo Tomás; José Ignacio Narváez García, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet (2008). *Derecho de la empresa*, Bogotá: Legis y Carlos Alberto Velásquez Restrepo (2003). *Instituciones de derecho comercial*, cuarta ed., Medellín, Señal editora.

²¹ Los denominados por la doctrina angloamericana *stakeholders*: socios y/o accionistas, directivos y trabajadores de la empresa y sus familias, consumidores y clientes de la misma, otras compañías del sector, asociaciones gremiales, el Estado, el mismo entorno y la comunidad en general.

²² Cfr. Luis Fernando Sabogal Bernal. Op. cit., p. 4

²³ Básicamente como consecuencia de la crisis que rodeó los principios filosófico-políticos sobre los cuales se construyó el Estado liberal, y que suscitó la necesidad de una intervención del Estado en el proceso económico.

²⁴ Cfr. Luis Fernando Sabogal Bernal. Op. cit., p. 8.

el “interés social” sea un interés de carácter privado y financiero de los asociados, y por el contrario, afirman que el “interés social” es el interés de toda una comunidad y se manifiesta en el anhelo de bienestar general.

Pero con el pasar del tiempo los postulados del Estado social también hicieron crisis²⁵, circunstancia que propició una revisión del debate hasta ese momento surtido con relación al concepto de “interés social”, lo que generó el clima propicio para hacer una propuesta de regreso al contrato pero sin hacer caso omiso de las experiencias que generaron las vicisitudes del contractualismo clásico, y aprovechando los aportes hechos bajo la vigencia del Estado social. Surge entonces el denominado neocontractualismo del Derecho societario, el cual tiene una visión ecléctica y si se quiere heterogénea del concepto de “interés social”, por cuanto entiende que es justo el anhelo de socios y/o accionistas de incrementar sus ganancias patrimoniales, pero no se puede desconocer que cuando se acude a las distintas especies de sociedades para el desarrollo de una actividad económica son distintos los grupos de personas que se ven afectados, y el ordenamiento jurídico, comenzado por las disposiciones de carácter constitucional, deben contemplar mecanismos reales y efectivos de protección y/o indemnización²⁶ de esos diversos intereses²⁷.

2.4 El neocontractualismo del Derecho societario como un elemento de defensa de una Superintendencia de Sociedades para el caso colombiano

Pues bien, procederé ahora a revisar la existencia de la Superintendencia de Sociedades a la luz de las teorías contractualistas, institucionalistas y neocontractualistas del Derecho de sociedades, para dejar ver cómo, de conformidad con estas últimas doctrinas, se justifica plenamente la existencia de la entidad en nuestro país.

En primer lugar, hay que reconocer que dentro de un contractualismo clásico no sería necesaria la supervisión gubernamental de las compañías mercantiles a través de una Superintendencia de Sociedades, y esto es así por varios motivos: (i) Porque las tesis contractualistas del derecho societario surgieron bajo el imperio absoluto, en el campo del Derecho privado, del principio de la autonomía de la voluntad²⁸, el cual es la máxima expresión jurídica de un modelo de Estado absolutamente liberal al cual no le es dado interferir en las actividades económicas de los particulares; (ii) Porque para el contractualismo la sociedad no solamente surge de un contrato sino que es un contrato²⁹; (iii) Porque para estas teorías no existe ningún interés distinto ni mucho menos superior

²⁵ Sobre todo por la ausencia de una materialidad efectiva de los mismos.

²⁶ Cuando alguno o algunos de ellos se ven injustamente sacrificados.

²⁷ Para un estudio mucho más amplio del contractualismo, del institucionalismo y del neo-contractualismo en el derecho de sociedades, y sobre todo de sus manifestaciones en nuestra legislación societaria, puede verse: Pablo Andrés Córdoba Acosta: (i) (2000) “El gobierno de la empresa y el derecho” en *Revista de derecho privado No. 5*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; (ii) (2000) “La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades” en *Revista de derecho privado No. 6*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; (iii) (2005) “El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo (*corporate governance*), en *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Manzur Michel Numa Marín. (i) (2005) “Interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa. Reflexiones en torno a la toma de decisiones en las sociedades anónimas”, en *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Luis Fernando Sabogal Bernal. (i) (2011, enero-junio) “El interés social: apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa”, en *Revista e – mercatoria*, vol. 10, No. 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; y Wilson Iván Morgestein Sánchez. (i) (2010) “La SAS en el derecho societario colombiano: de un institucionalismo de forma hacia un nuevo contractualismo”, en *Via inveniendi et iudicandi, décimo primera ed.*, Bogotá: Universidad Santo Tomás, [http://viei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=101:la-sas-en-el-derecho-societario-colombiano-de-un-institucionalismo-de-forma-hacia-un-nuevo-contract&catid=37:reflexiones-academicas&Itemid=57] (ii) (2011, enero-junio) “El concepto de interés social y su impacto en el derecho de sociedades colombiano”, en *Revista e – mercatoria*, vol. 10, No. 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/02.html#a123>.

²⁸ Para un estudio del concepto de autonomía privada pueden verse, entre otros: Jaime Alberto Arrubla Paucar (2007). *Contratos mercantiles, Tomo I, Teoría general del negocio mercantil*, duodécima ed., Medellín: Diké; Fernando Hinestrosa (1986). “Función, límites y cargas de la autonomía privada” en *Estudios de derecho privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia; Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima ed., Bogotá: Temis y Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve (2006). *Derecho civil, Tomo I, Parte general y personas*, décimo-sexta ed, Bogotá Temis.

²⁹ Cfr. Pablo Andrés Córdoba Acosta. *El gobierno...* Op. cit., p. 49.

al de los asociados manifestado en su deseo de aumentar al máximo posible sus ganancias patrimoniales³⁰; (iv) Porque como corolario de lo anterior, el contractualismo considera que, tal y como lo afirmó el senador Philippe Marini en el informe producido y hecho público en una conferencia de prensa juntamente con la declaración del ministro de justicia en Agen, el 10 de septiembre de 1996, *“la primera razón de ser de toda sociedad es el enriquecimiento de sus accionistas”*³¹, y (v) Porque una intromisión excesivamente detallada en la vida de las empresas impide su correcta adaptación y desarrollo³².

Ahora, también es cierto que una visión puramente institucionalista de nuestro Derecho societario haría nociva, desde el punto de vista jurídico-económico, la fiscalización que el gobierno pretende hacer de las sociedades mercantiles a través de la Superintendencia de Sociedades, y considero que dan sustento a mi afirmación las siguientes circunstancias: (i) Las doctrinas institucionalistas consideran que la sociedad es una institución investida de personalidad, voluntad propia y un objeto social que está por encima de los intereses particulares de los socios³³; (ii) Un institucionalismo a ultranza le resta legitimidad a la aspiración de socios y/o accionistas de maximizar sus rendimientos financieros³⁴, lo que en cierta medida cercenaría los derechos constitucionales a la propiedad y a la libertad de empresa, y (iii) Porque como históricamente ha quedado demostrado, el institucionalismo hizo una errada interpretación de la materialización y constitucionalización de los derechos fundamentales, y en lugar de proteger la autonomía privada con el fin de subsanar los excesos del mercado, hizo que el postulado en cita cediera y se afectara la libertad individual³⁵, generando de paso ineficacia económica en lo público y en lo privado, en la generación de riqueza y prosperidad³⁶.

Pero en lo que sí no dudo es en sostener que una interpretación neo-contractualista de nuestra legislación societaria justifica a plenitud la existencia de una Superintendencia de Sociedades en nuestro país, y constituyen sustento de mi afirmación, entre otras, las siguientes razones: (i) Porque el nuevo contractualismo al ser una manifestación jurídico-simbiótica de los principios del Estado liberal y de los postulados del Estado social no desconoce la legitimidad de la aspiración de socios y/o accionistas de incrementar sus ganancias económicas³⁷, pero así mismo entiende que en el desarrollo de la empresa societaria se ven afectados distintos intereses que no pueden ser desconocidos ni injustamente sacrificados en un Estado social de Derecho como lo es el colombiano³⁸, para lo cual se hace necesaria la intervención del Estado en el desarrollo del proceso económico, acudiendo a distintas herramientas; siendo una de ellas la fiscalización gubernamental de las sociedades mercantiles, como quiera que las mismas son un instrumento al cual los particulares han acudido para la ejecución de la actividad empresarial; (ii) Porque las teorías neocontractualistas interpretan el principio de la autonomía privada no sólo como un medio para la satisfacción de intereses privados, sino como un instrumento de eficiencia económica que puede contribuir al desarrollo del bienestar de la comunidad³⁹,

³⁰ Fernández De La Gándara, *La atipicidad en el derecho de sociedades*, p. 38, citado por ALFREDO ROVIRA. *Pactos...* Op. cit., p. 64. Sobre este punto anota el profesor Pablo Andrés Córdoba Acosta: *“Ante esto, los únicos intereses en juego en materia societaria eran aquellos referidos a los contratantes, sin que pudiera pensarse en la protección de esferas distintas a las de las partes del contrato. Se desechó entonces cualquier posibilidad de referencia a la ética social o, mejor, al suponer que mediante la protección de la autonomía de los contratantes se lograría el bienestar general, además de que el Estado estaba llamado a ser un simple espectador”*. (El gobierno... Op. cit., p. 49).

³¹ Cfr. Alfredo Rovira. Op. cit., pp. 55-66.

³² *Ibid.*

³³ Cfr. José Ignacio Narváez García. Ob. cit., p. 36; Carlos Alberto Velásquez Restrepo. Op. cit., p. 36 y Lisandro Peña Nossa. Op. cit., p. 25.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Pablo Andrés Córdoba Acosta. *El gobierno...* Op. cit., p. 51.

³⁶ Pablo Andrés Córdoba Acosta. *La autonomía...* Op. cit., p. 174.

³⁷ Protegiendo así los derechos superiores a la propiedad privada y de libertad de empresa.

³⁸ Erigiéndose de este modo en un mecanismo para hacer efectiva la función social de la empresa colombiana.

³⁹ Pablo Andrés Córdoba Acosta. *El gobierno...* Op. cit., pp. 52-54.

y (iii) Porque el neocontractualismo ve en el derecho de sociedades una ciencia con aptitud para interactuar con otras disciplinas en la búsqueda del bien común⁴⁰.

La Superintendencia de Sociedades tiene justificación constitucional, y no me refiero única y exclusivamente a la disposición contenida en el artículo 189-24 Superior, sino que también dan sustento a la vigencia de la entidad: (i) El artículo 1° que erige a Colombia como un Estado social de Derecho; (ii) El artículo 2° que establece como fin del Estado colombiano “... *servir a la comunidad... y promover la prosperidad general...*”; (iii) El artículo 333 que considera a la empresa como base del desarrollo y le asigna una función social, y (iv) El artículo 334 que dispone que “... *El Estado intervendrá, por mandato de la ley... en la utilización y consumo de los bienes... y en los servicios... 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*”.

Las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas por ley a la Superintendencia de Sociedades, tienen, entre otros, los siguientes fines: (i) Establecer un mecanismo efectivo para la protección de los intereses de los diversos grupos que se ven afectados en el desarrollo de la empresa, y (ii) Servir de mecanismo de prevención y corrección de un eventual e inadecuado ejercicio del postulado de la autonomía privada⁴¹.

Por último, quiero recordar que la vigencia de nuestra Superintendencia de Sociedades ha sido defendida por una buena parte de la doctrina de nuestro Derecho societario⁴², y a través del presente trabajo y bajo la perspectiva propia del concepto de “interés social” he querido unirme a quienes con criterios de diversa índole justifican la existencia de la entidad y reconocen los méritos en el ejercicio de sus funciones administrativas y jurisdiccionales.

CONCLUSIONES

1. Considero necesario reconstruir el debate, en torno a la existencia de la Superintendencia de Sociedades, tomando como eje de la discusión el concepto de “interés social”, noción que sin duda constituye el pilar del moderno derecho de sociedades, y si se quiere, del Derecho de la empresa contemporáneo.
2. ¿Cuál de todos los diversos intereses que confluyen en el desarrollo de la empresa societaria, es el que debe ser privilegiado por los órganos de administración y dirección de la compañía en ejercicio de sus funciones?, considero que es el problema científico que pretenden dilucidar las teorías contractualistas, institucionalistas y neocontractualistas del Derecho de sociedades.
3. Dentro de un contractualismo clásico no sería necesaria la supervisión gubernamental de las compañías mercantiles a través de una Superintendencia de Sociedades.
4. Una visión puramente institucionalista de nuestro Derecho societario haría nociva, desde el punto de vista jurídico-económico, la fiscalización que el gobierno pretende hacer de las sociedades mercantiles a través de la Superintendencia de Sociedades.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Quiero hacer especial mención en este punto de la disposición contenida en el artículo 3° de la ley 1258 de 2008, el cual, al establecer que la naturaleza jurídica de la sociedad por acciones simplificada (SAS) será siempre comercial, la convierte en sujeto pasivo de la fiscalización gubernamental que el gobierno ejerce a través de la Superintendencia de Sociedades, disponiéndose así de una herramienta de control frente a un ejercicio abusivo del principio de la autonomía privada, el cual, como es de todos conocido, constituye la piedra angular de la ley de SAS, norma muchas veces y no en pocas ocasiones tan fuertemente criticada por parte de algunos operadores jurídicos basados en criterios decimonónicos y en un injustificado afán por controvertir de cualquier forma una concepción más avanzada de nuestro derecho societario.

⁴² Por ejemplo, el Maestro Jose Ignacio Narváez García, refiriéndose a las Superintendencias afirma: “...*Estas entidades resguardan el acatamiento de las sociedades a la ley y sus propios estatutos, a la vez que protegen el interés general conforme al postulado fundamental de ser Colombia un Estado social de derecho, cuyos fines esenciales incluyen el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad colectiva y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ese estatuto superlegal*”. (Op. cit., p. 369).

5. Una interpretación neo-contractualista de nuestra legislación societaria justifica a plenitud la existencia de una Superintendencia de Sociedades en nuestro país.
6. Las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas por ley a la Superintendencia de Sociedades, tienen, entre otros, los siguientes fines: (i) Establecer un mecanismo efectivo para la protección de los intereses de los diversos grupos que se ven afectados en el desarrollo de la empresa, y (ii) Servir de mecanismo de prevención y corrección de un eventual e inadecuado ejercicio del postulado de la autonomía privada.

REFERENCIAS

Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2007). *Contratos mercantiles, Tomo I, Teoría general del negocio mercantil*, duodécima ed., Medellín: Diké.

Baena Cárdenas, Luis Gonzalo (2009). *Lecciones de derecho mercantil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Barrero Buitrago, Álvaro (2011). *Manual para el establecimiento de sociedades*, quinta ed., Bogotá: Librería ediciones del profesional.

Córdoba Acosta, Pablo Andrés (2000). “El gobierno de la empresa y el derecho” en *Revista de derecho privado No. 5*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Córdoba Acosta, Pablo Andrés (2000). “La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades” en *Revista de derecho privado No. 6*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Córdoba Acosta, Pablo Andrés (2005). “El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo (*corporate governance*)”, en *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hinestrosa, Fernando (1986). “Función, límites y cargas de la autonomía privada” en *Estudios de derecho privado*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Madrrián De La Torre, Ramón Eduardo (2004). *Principios de derecho comercial*, novena ed., Bogotá: Temis.

Medina Vergara, Jairo y Gerardo José Ravassa Moreno (1994). *Derecho comercial general*, Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Morgestein Sánchez, Wilson Iván (2010). “La SAS en el derecho societario colombiano: de un institucionalismo de forma hacia un nuevo contractualismo”, en *Via inveniendi et iudicandi, décimo primera ed.*, Bogotá: Universidad Santo Tomás, [http://viei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=101:la-sas-en-el-derecho-societario-colombiano-de-un-institucionalismo-de-forma-hacia-un-nuevo-contract&catid=37:reflexiones-academicas&Itemid=57]

Morgestein Sánchez, Wilson Iván (2011, junio-diciembre). “El concepto de interés social y su impacto en el derecho de sociedades colombiano”, en *Revista e – mercatoria*, vol. 10, No. 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/02.html#a123>.

Morgestein Sánchez, Wilson Iván (2011). “Impugnación de decisiones sociales y pacto arbitral en el derecho societario y en las SAS”, en *Derecho comercial en la era de la globalización*, Bogotá: Doctrina y Ley.

Narváez García, José Ignacio, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet (2008). *Derecho de la empresa*, Bogotá: Legis.

Narváez García, José Ignacio (2008). *Teoría general de las sociedades*, décima ed., revisada y actualizada con la colaboración de Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet, Bogotá: Legis.

Neira Archila, Luis Carlos (2006). *Apuntaciones generales al derecho de sociedades*, Bogotá: Temis.

Numa Marín, Manzur Michel (2005). “Interés común de los asociados, interés de la sociedad e interés de la empresa. Reflexiones en torno a la toma de decisiones en las sociedades anónimas”, en *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima ed., Bogotá: Temis.

Peña Nossa, Lisandro (2011). *De las sociedades comerciales*, sexta ed., Bogotá: Temis.

Alfredo Rovira (2006). *Pactos de socios*, Buenos Aires, Astrea.

Sabogal Bernal, Luis Fernando (2011, enero-junio). “El interés social: apuntes teóricos en el marco socio-económico del derecho de empresa”, en *Revista e – mercatoria*, vol. 10, No. 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sánchez-Calero Guilarte, Juan (2002). “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, en *Revista de Derecho Mercantil N° 246 (2202)*, Madrid: Universidad Complutense.

Valencia Zea, Arturo y Álvaro Ortiz Monsalve (2006). *Derecho civil, Tomo I, Parte general y personas*, décimo-sexta ed., Bogotá: Temis.

Velásquez Restrepo, Carlos Alberto (2003). *Instituciones de derecho comercial*, cuarta ed., Medellín: Señal editora.

Velásquez Restrepo, Carlos Alberto (2010). *Orden societario*, tercera ed., Medellín: Señal editora.