

## **Libertad de empresa y prohibición de la reciprocidad de capitales en las sociedades comerciales: Una aproximación desde el derecho comparado español y colombiano**

Free enterprise and prohibition of reciprocal capital of commercial companies: A comparative law approach from the Spanish and Colombian

Edgar Andrés Quiroga Natale<sup>1</sup>  
y Andrés Fernando Ruiz Hernández<sup>2</sup>

### **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 al derecho de libertad de empresa consagrado en el artículo 333 de la carta política a*

<sup>1</sup> Abogado (Magna Suma Cum Laude) de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad Santo Tomás. Magister en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Resolución de Conflictos y Estrategias de Negociación de la Universidad Castilla la Mancha (España). Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia. Asesor jurídico y consultor externo en varias entidades estatales y empresas privadas. Docente de Maestría, Especializaciones y Pregrado en varias Universidades. Director del CIEDE de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UPTC.

<sup>2</sup> Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Estudios de Maestría en Derecho Penal de la Universidad Libre de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Docente de la UPTC. Juez de la República de Colombia.

*efectos de generar espacios de reflexión que conlleven a morigerar la radicalidad de la prohibición de imbricación permitiendo 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.*

## Introducción

La expedición de la Carta Jurídico – Política de 1991 trajo consigo un cambio en la configuración del modelo de Estado, y, concomitante a ello, la redefinición de la jerarquía normativa al interior del ordenamiento jurídico. En virtud de éste fenómeno<sup>3</sup> toda la legislación y demás producción normativa no puede conculcar los principios, reglas, mandatos y 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, ya que 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 económicas<sup>4</sup> contenidos en la norma de normas 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.

### 1. Aproximación conceptual al derecho de libertad de empresa

La Constitución Política de Colombia establece en el título XII el régimen económico y de hacienda pública que ha de regir al estado colombiano y en el artículo 333 consagra la iniciativa privada y la libertad empresa como derechos. Señala la norma en comento:

<sup>3</sup> Denominado por la doctrina “neoconstitucionalismo”. Véase la discusión Prieto Sanchis – García Amado sobre el particular.

<sup>4</sup> Libertad en la iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de competencia, libertad de comercio, etc.

**“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).

No obstante la anterior consagración, no existe una definición normativa de lo que constituye el derecho a la libertad de empresa. Es importante anotar que no resulta “pacífica” al interior de nuestro ordenamiento 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 que entre las dos exista una inescindible relación en la medida que ésta 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 ventajas comerciales que estimen oportunas en el mercado. b) Desde 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 cual se erige como el principal derecho de los consumidores en el marco del referenciado modelo económico. (QUIROGA, 2011, p. 68)

Es interesante ver como en tratándose de la libertad de empresa en su dimensión de derecho se le otorga un doble valor: subjetivo y objetivo. En donde el primero

apunta a la realización del sujeto individualmente considerado, en tanto que el segundo funge como valor maximizador respecto de 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 dicho derecho y los parámetros mínimos de estabilidad del mercado<sup>5</sup>.

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 el mismo está constituido por cinco capítulos a saber:

- Cap. I. De los españoles y los extranjeros
- Cap. II. Derechos y libertades
  - Sec. 1.<sup>a</sup> De los derechos fundamentales y de las libertades públicas
  - Sec. 2.<sup>a</sup> 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 que se establece en el capítulo segundo del título primero de la constitución española es suficiente como para predicar que sólo los derechos reseñados en la sección primera, de conformidad con su nombre “*De los Derechos Fundamentales y de Las Libertades Públicas*” dan

<sup>5</sup> 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).

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 amparo<sup>6</sup> 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, éste derecho se encuentra imbricado en el título XII superior (artículo 333) que versa respecto de 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 ya que la Corte Constitucional al delimitar el alcance de los derechos ha reseñado que 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 por medio de la acción que constitucionalmente se estableció para ello<sup>7</sup>.

Respecto del particular sostiene el Ex – Magistrado Manuel José Cepeda haciendo alusión a la célebre sentencia T-002 de 1992 lo siguiente:

<sup>6</sup> En el derecho español la Acción de Amparo guarda una fuerte similitud con lo que en Colombia conocemos como Acción de Tutela toda vez que es 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 sólo procede respecto de determinados derechos fundamentales lo cual no significa que los derechos que la carta ha catalogado de esta manera pero no son susceptibles de protección por medio de acción de amparo materialmente no sean fundamentales. Al respecto véase CORREA HENAO, Ob. Cit. Pág. 305.

<sup>7</sup> Es de citar 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 por medio de 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 éste derecho no es fundamental por definición si adquiere tal rango cuando su naturaleza guarda íntima, estrecha e inescindible relación con derechos fundamentales lo que automáticamente habilita que sea protegido vía acción de tutela, es decir, su fundamentalidad es relativa pero tangible; a este respecto véase 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.

*“(…) 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 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, págs. 4 y 5).*

Es prolija la jurisprudencia en la cual la Corte Constitucional ha hecho mención del derecho de libertad de empresa a efectos de delimitar su alcance y contenido y en dicho trabajo ha definido al mismo 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 observe 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 al seno de la Corte; por lo tanto se considera pertinente hacer un esbozo de la línea jurisprudencial<sup>8</sup> que al respecto ha delimitado la Corte

<sup>8</sup> 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 al punto que sólo 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 y BERNAL PULIDO,



Constitucional lo que 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 en 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 en donde se reconoce el rango de fundamentalidad del derecho partiendo del hecho que la carta política del 91 con el establecimiento en el artículo 333 de la libertad de empresa dio lugar “*no solo a ampliar su ámbito sino a rodearla de las garantías necesarias para su ejercicio*” toda vez que este derecho contiene la intención del constituyente de “*perfeccionar los instrumentos propios de la economía de mercado*”<sup>9</sup>.

Posteriormente se expidieron sentencias tales como la T-475/92<sup>10</sup> en 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 en 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 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 ya que en dicha sentencia la Corte fue mucho más directa, concreta y expresa respecto de lo plasmado en la sentencia T-475/92 ya que en esta sentencia del 97 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

---

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 al punto que desconocer la doctrina constitucional –y por ende la línea jurisprudencial que la define y construye– da lugar a la configuración de una circunstancia de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales (antes denominada “vía de hecho”). A este 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.

<sup>9</sup> CORREA HENAO, Magdalena, Op. Cit. Pág. 315.

<sup>10</sup> Concretamente la sentencia protege el derecho fundamental al trabajo pero en sus consideraciones reseña como 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 del mismo el primero adquiere el rango de fundamentalidad.



la figura de la conexidad<sup>11</sup> ya que la Corte reseña que al establecerse la conexidad entre un derecho fundamental con otro derecho que por definición<sup>12</sup> 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 los mismos; así por ejemplo en esta 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 condiciones, 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 en donde 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 no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente*

<sup>11</sup> 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/tutelable” 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 era 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 N° 41.

<sup>12</sup> 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 ya que por definición no es un derecho fundamental pero sí lo es en virtud de su naturaleza (Ver Sentencia T-760 de 2008)

*similares (C.P. art. 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la iusfundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental. Por lo tanto, es claro que en el presente asunto el derecho a la iniciativa privada de los accionantes se encuentra directa e inescindiblemente ligado con dos derechos fundamentales: el reconocimiento 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 peticionarios** (recapitulando: el reconocimiento a la personalidad 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 fundamentalidad que le asiste al derecho de libertad de empresa por encontrarse constituido, como ya se anotó, por otros derechos también fundamentales y de especial relevancia como la igualdad y la libertad *in genere*. Respecto de esta sentencia y de 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 del hecho que el derecho de libertad es fundante, digno de ser protegido vía acción de tutela y así lo deja ver no solo en la *ratio decidendi* de la sentencia sino, igualmente, en su parte resolutive pues tuteló el derecho a la libertad de empresa. A este respecto y en resalto de dicho lazo entre los derechos mencionados en esta sentencia CORREA señala:

*“De este aparte de la decisión se deduce de modo inequívoco la protección por vía de tutela de la libertad 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.”*<sup>13</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

<sup>13</sup> CORREA HENAO, Magdalena. Op. Cit. Pág. 319.

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 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 han tomado como un nuevo criterio en la Corte al punto que se toma como cambio en la doctrina jurisprudencial<sup>14</sup>.

No se comparte esta postura habida cuenta del hecho que al hacer 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 en mencionar que al tratar los derechos respecto de 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 reitera, confirma el postulado que tratándose de la categorización de los derechos no puede haber lugar a discusión sobre cuál cuenta con primacía respecto del otro, pero, tratándose de la iusfundamentalidad o esencia de los mismos la nomenclatura de los derechos se relativiza.

Nótese con base en lo anterior como 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 específicos momentos 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 los mismos resaltándose su esencia iusfundamental. De igual manera, nótese como la construcción de la doctrina constitucional niega el sentido de fundamentalidad del derecho de libertad de empresa en el plano formal pues dicha diferenciación se establece únicamente cuando se hace necesario acudir a la categorización de los derechos a efectos de diferenciar la prelación de unos respecto de otros, aclarando claro está, cuando los mismos están individualmente considerados<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Línea Jurisprudencial –Libertad de Empresa- tomada de [www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo\\_investigacion/lineas\\_jurisprudenciales\\_libertad](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/lineas_jurisprudenciales_libertad).

<sup>15</sup> 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.

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.

## 2. 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 diferentes 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”*<sup>16</sup>.

Otra definición encontrada en la doctrina y que se considera más puntual 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.”*<sup>17</sup>.

En síntesis, hay dos definiciones de lo que es la reciprocidad de capital en donde ambas parten de un mismo núcleo común; en efecto, la primera definición y la más simple de las dos se limita a señalar que la imbricación es la figura que se da cuando

<sup>16</sup> Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-73535 de fecha Diciembre diecinueve (19) de dos mil seis (2006).

<sup>17</sup> 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](http://ww.ugr.es/pidmercantil/3_5_PARTICIPACIONES_REC_PROCAS.htm)

una sociedad posee participación de capital en otra a la vez que ésta 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) con la reciprocidad de capital que se da cuando entre los sujetos societarios involucrados hay una relación de subordinación (Reciprocidad cualificada) y ii). La doctrina parece confundir la definición propiamente dicha de reciprocidad de capital con la figura de la prohibición de la misma.

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 el error en el que 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 en tratándose de sociedades que no tengan relación controlante – controlada entre sí.

En consecuencia, debe mencionarse 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 Justicia<sup>18</sup> en donde se discutieron entre

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

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, respecto de la figura de las participaciones recíprocas lo siguiente:

**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 nuestra legislación mercantil se optó, como 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 referente a las consecuencias de la vulneración de dicha prohibición.

Con ocasión, 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 motivos<sup>19</sup> 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 éste 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 atinente, específicamente, al contenido material del artículo 333 referente 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 reforma<sup>20</sup> es fácil ver que al llegar al artículo 262 expresamente se menciona dejarlo igual a como está originariamente redactado.

No obstante 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

<sup>19</sup> Antecedentes Expedición Ley 222 de 1995. Exposición de Motivos Ley 222 de 1995. Biblioteca Superintendencia de Sociedades. Tomo I. Págs. 261 – 290. Bogotá.

<sup>20</sup> Antecedentes Expedición Ley 222 de 1995. Proyecto de Ley 119 de 1993 (119/93) Cámara de Representantes. Biblioteca Superintendencia de Sociedades. Tomo I. Pág. 186. Bogotá.

262 del Código de Comercio y modificarlo en sede de superar la omisión en la que incurría dicha norma en el sentido de no señalar la consecuencia del desconocimiento de la prohibición de entrar en reciprocidad de capital en tratándose de sociedades matrices y subordinadas. Efectivamente, en las discusiones realizadas en la cámara alta se propuso finalmente<sup>21</sup> que el texto del artículo 262 quedará redactado de la siguiente manera:

*“Art. 210. Prohibición 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 artículo”<sup>22</sup>.*

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 en donde aparece en el artículo 32 de dicho texto 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.

De conformidad con lo expuesto, resulta fácil advertir que el interés principal de la legislación colombiana fue prohibir las participaciones recíprocas entre sociedades que estuviesen en situación de controlante – controlada en una clara intención de evitar, naturalmente, la licuefacción de capitales o el “aguamiento” de capital pero especialmente la posibilidad de que se dieran manipulaciones al interior de las asambleas por parte de los administradores.

Como puede verse, el hecho de 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 igualmente puede presentarse en los eventos en los cuales la reciprocidad de capital

<sup>21</sup> 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 Superintendencia de Sociedades. Tomo I. Págs. 1259 – 1343. Bogotá.

<sup>22</sup> Antecedentes Expedición Ley 222 de 1995. Proyecto de ley 2365-95 Senado de la República. Biblioteca Superintendencia de Sociedades. Tomo I. Pág. 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 trescientos (300) artículos que fueron decantándose con el desarrollo de las discusiones en el congreso de la república.



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 re-adquisiciones de acciones propias tal y como se vio al estudiar el origen de la figura de la reciprocidad de capital.

### **3. 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 en claro, entonces, las razones que llevan a 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 el 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 categoría implica, justamente, que concurren una serie de circunstancias encaminadas a que la regulación de la figura de las participaciones recíprocas se dé en forma tal que no pugne en grado alguno con la entidad de dicho derecho; así pues, de conformidad con la calidad de derecho fundamental mencionada se tiene que la configuración del ordenamiento jurídico en su totalidad debe estar diseñado 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 los mismos 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) es decir, el ordenamiento jurídico en su conjunto debe propender por permitir el máximo de realización posible de dichos derechos; ahora bien, si los derechos fundamentales implican que debe propenderse 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, debe propenderse porque su realización se dé en los máximos términos posibles lo que traduce, necesariamente, en 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 por qué 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 que 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 forma tal que i). Materialmente permite el máximo de realización posible de dicho derecho y ii). La limitación a dicho 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 permitir las de forma plena cuando las 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 en mención 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 lo que 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.

### 3.1 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 tiene que la regulación concreta de la figura de las participaciones recíprocas se desarrolla de tal manera que se hace tangible como 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 hablamos de una única norma como en el caso colombiano<sup>23</sup> sino que, aunque son pocas, hay pluralidad normativa en sede de regulación de la figura y esa regulación materialmente permite que se optimice al máximo el derecho fundamental de libertad de empresa.

<sup>23</sup> 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"

La regulación que España hace del derecho de sociedades ha sufrido serias y profundas reformas siendo la última de ellas, y una de las más significativas, la unificación de regulación de las sociedades de capital mediante la expedición de la Ley de Sociedades de Capital<sup>24</sup> (LSC) con lo cual, para abordar el caso español, nos es suficiente partir de este cuerpo normativo.

La LSC en cinco artículos (Arts. 151 – 155) desarrolla un marco normativo suficiente para regular la figura de las participaciones recíprocas de modo tal 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 ya suficientemente enunciadas derivadas de la figura de la reciprocidad de capital ninguna puede darse en el derecho societario español con ocasión de una debida regulación al respecto; respecto de la licuefacción de capitales, por ejemplo, en lugar de prohibir se estableció un límite máximo de participación recíproca el cual es el diez por ciento (10%) justamente porque se considera 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 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 a este 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 diez por ciento (10%) mientras se surten los trámites encaminados a la reducción real de dicha participación recíproca indebida. Nótese, entonces, como no se desconoce que la reciprocidad de capitales puede derivar en beneficios a las sociedades de conformidad con la dinámica

<sup>24</sup> La Ley de Sociedades de Capital (LSC) promulgada por medio del Real Decreto Legislativo 1 de Julio 2 de 2010 unifica en 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 por medio del 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 ésta.

que su actividad y el mercado puedan imponer, lo que 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 toman medidas como el establecimiento de reservas para que en los eventos en que se sobrepasen de 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.

En segunda medida debe mencionarse que hay una diferencia sustantiva entre el derecho español y el colombiano que repercute, necesariamente, en la forma como en la práctica se da la figura de la reciprocidad y es el hecho que en tanto que en Colombia se prohíbe a toda costa las participaciones recíprocas calificadas (Entre matrices y subordinadas) se permite sin restricción alguna la participación recíproca simple y en el derecho español ninguna de las dos está prohibida sólo que las normas que trae la LSC aplican solo para participaciones recíprocas simples toda vez que lo atinente a participaciones recíprocas calificadas o calificadas están expresamente exentas de regulación por el cuerpo normativo de la LSC en virtud de lo preceptuado en el artículo 154. La razón de dicha exclusión es que las participaciones recíprocas calificadas se consideran en el ordenamiento ibérico 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 que facilitan 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 “auto cartera por interpuesta persona” y, se reitera, al ser un asunto propio de la figura de la adquisición de acciones propias es claro que con ocasión de dicha regulación que 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 decisional de las mismas 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 calificada, 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 a la reciprocidad calificada 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.

### 3.2 El Caso Colombiano:

El caso colombiano, por el 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.

Cabe anotar que la regulación del ordenamiento mercantil colombiano respecto de la reciprocidad de capitales tiene dos vicios manifiestos: i). insuficiente regulación e ii). Indebida regulación.

En efecto, respecto del primer punto, debe resaltarse la poca preocupación que el ordenamiento mercantil local ha mostrado por regular en debida forma la figura de la reciprocidad de capitales ya que con ocasión del mundo de posibilidades que esta figura puede representar en el campo de las sociedades no es apropiado pretender que con una sola norma se regule en forma definitiva todo este asunto pues, 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 ausencia normativa se traduce en deficiencia regulatoria pero la situación en comento se agrava si se añade el hecho que la única norma que regula la figura de la reciprocidad de capitales lo hace de forma defectuosa, es decir, en 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 Código de Comercio) guarda profundas contradicciones en su interior pues es claro que si la intención de la norma es evitar la totalidad de perjuicios que se deriva del manejo indebido de la reciprocidad de capitales nada explica el por qué sólo se prohíbe la reciprocidad cualificada más las participaciones recíprocas simples sí se encuentran permitidas.

Como puede desprenderse de la lectura de la norma mercantil referida se tiene que esa única norma (Artículo 262 del Código de Comercio) pareciera entender que solamente las participaciones recíprocas cualificadas son las que generan efectos nocivos cuando en realidad ambas formas (cualificadas y simples) dan lugar a la licuefacción de capital pero sólo las cualificadas 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 en 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 en nada prohíbe que dicha figura se dé al interior de grupos empresariales lo que 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 ya que entre ellas no habría subordinación.

El ejemplo práctico de cómo esta situación en la realidad se presta para la elucubración de maniobras fraudulentas sin que haya ilegalidad en las actuaciones es, por ejemplo, cuando en un proceso de contratación estatal se requiere de contratistas muy calificados y con una suficiencia financiera notable por lo cual se conforma un grupo empresarial donde hay matriz y tres subsidiarias en donde dos de esas subsidiarias guardan reciprocidad accionaria de 45% cada una; ello implicaría que no se está violando la prohibición en tanto que 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 puesto que se estaría acreditando una capacidad máxima “artificial”.

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 ya que ello facilitaría el usar la reciprocidad de capitales de la forma como está prohibida en nuestro país para evadir las condiciones exigidas para la realización de operaciones de re adquisición de acciones propias (Artículo 396 del Código de Comercio) lo que 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.

#### 4. Conclusiones

1. A partir de la expedición de 1991 el derecho se “constitucionalizó”, razón por la cual todas las leyes y demás expresiones normativas se encuentran subordinadas al imperio de la supremacía constitucional.
2. Con el advenimiento de la ley 222 de 1995 que modifica al decreto 410 de 1971 (Código de comercio) se establecieron nuevos presupuestos para el ejercicio de las sociedades comerciales en el marco de los derechos referentes a las libertades económicas.
3. Ni la Constitución ni otro desarrollo normativo ulterior definieron el contenido y alcance del derecho de libertad de empresa, razón por la cual permanentemente se 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 quien ha establecido el contenido sustantivo, procesal y alcance de la libertad de empresa hasta el punto (de conformidad con el caso concreto) en poder erigirlo a un derecho de raigambre iusfundamental.
5. El artículo 262 del código de comercio establece una regulación insuficiente e indebida respecto de la prohibición de reciprocidad de capitales, ya que al permitirse de manera plena la reciprocidad simple se permite en la praxis la licuefacción de capitales; y, al prohibirse la reciprocidad cualificada de manera total, se genera una restricción desproporcionada e irrazonable del derecho de libertad de empresa lo que se traduce en su manifiesta inconstitucionalidad.



## Lista de Referencias

- ALEXY, Robert. *“Teoría de los Derechos Fundamentales”*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1997.
- ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. (Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho; no. 33).
- BAÑO LEAL, José María. *“La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”* en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, N° 24, Septiembre-Diciembre 1988.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2005.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *“Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991”*. Temis. 1992.
- CORREA HENAO, Magdalena. *“Libertad de empresa en el estado social de derecho”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. *“Matrices y Subordinadas”*. En A.A.V.V. *“La Reforma al Código de Comercio – Ley 222 de 1995”*. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá. Colombia. 1996.
- JULIO ESTRADA, Alexei. *Economía y ordenamiento constitucional*. En : *Teorías jurídicas y económicas del estado*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2002.
- PAZ-ARES, Cándido y AGUILA-REAL, Jesús Alfaro. *“Un Ensayo Sobre la Libertad de Empresa”*. Libro homenaje a Luis Diez-Picazo, Editorial Thomson-Civitas, Madrid. 2003.
- QUIROGA NATALE, Edgar Andrés. *“Proporcionalidad y ponderación en la sentencia constitucional. Una aproximación interdisciplinaria entre derecho y economía”*. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2011.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. *“Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos”*. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá. Colombia. 1996.