

# **Implementación de la Empresa Social en Colombia: análisis jurídico**

José Santiago Rendón Vera.

Noviembre 2015.

Asesor

Ramiro Rengifo

Universidad EAFIT.

Escuela de Administración.

Maestría en Gerencia de Empresas Sociales para la Innovación Social y Desarrollo

Local

## **Dedicatoria**

ii

Para mis padres

El presente trabajo tiene como finalidad estudiar el concepto de Empresa Social como ha sido formulado por la doctrina así como otros ordenamientos jurídicos por fuera de Colombia, para luego analizar si este tipo de entidad puede implementarse en nuestro país bajo alguna de las tipologías de personas jurídicas del derecho privado: fundaciones, corporaciones, cooperativas o sociedades mercantiles.

## Tabla de Contenidos

iv

Introducción ¿Qué es una Empresa Social? .....	1
Capítulo 1 La Empresa Social.....	3
La Empresa Social en el derecho comparado: .....	12
A. Italia: .....	12
B. Portugal: .....	18
C. Bélgica:.....	18
D. Francia:.....	19
E. Reino Unido: .....	20
F. España:.....	21
G. Comisión Europea:.....	22
H. Argentina:.....	23
I. Estados Unidos: .....	24
J. Polonia:.....	26
K. Senegal: .....	26
Observaciones finales: .....	27
Capítulo 2 Empresas Sociales y Desarrollo. ....	28
2.1. Teorías del desarrollo:.....	28
2.2. Nueva Economía Institucional:.....	32
2.3. La Empresa Social. ....	33
Capítulo 3 Personas Jurídicas en el Derecho Privado Colombiano. ....	39
3.1. Derecho Civil:.....	45
3.1.1. Entidad sin ánimo de lucro: .....	45
3.1.2. Objeto social de las entidades sin ánimo de lucro: .....	51
3.1.3. Aporte en las entidades sin ánimo de lucro: .....	52
3.2. Personas jurídicas de la economía solidaria: .....	53
3.2.1. Cooperativas: .....	53
3.2.2. Precooperativas: .....	57
3.2.3. Asociaciones mutuales:.....	57
3.2.4. Fondos de empleados:.....	58
3.2.5. Administraciones cooperativas: .....	59
3.3. Personas jurídicas con ánimo de lucro:.....	59
3.3.1. Elementos de la esencia de la sociedad mercantil: .....	60
3.3.2. Objeto Social de las entidades con ánimo de lucro: .....	65
Capítulo 4 Tipicidad de la Empresa Social en Colombia. ....	67
4.1. La empresa social en la fundación: .....	69
4.2. La empresa social en la corporación o asociación: .....	70
4.3. Con respecto a las Cooperativas: .....	72
Conclusiones .....	75
Bibliografía .....	78

## **Introducción**

### **¿Qué es una Empresa Social?**

La elaboración de una definición para explicar el concepto de la Empresa Social no ha tenido un consenso doctrinal, hecho que se verifica al comparar las definiciones propuestas entre las cuales se observan diferencias en cuanto a los elementos que hacen parte de su esencia. En tal sentido, la presente investigación busca traer a colación la variedad de definiciones que sobre tal concepto ha propuesto la doctrina y adicionalmente se analizará cómo otros ordenamientos jurídicos internacionales han reconocido legalmente este tipo específico de persona jurídica con atributos propios que la hacen diferente de las demás personas jurídicas antes existentes.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario advertir que el concepto de la Empresa Social no se reduce a considerarla exclusivamente como una institución jurídica, pues es también una institución económica y social, razón por la cual un análisis estrictamente jurídico sería insuficiente para dar cuenta de su razón de ser. Bajo esta hipótesis se buscará realizar un análisis que nos permitirá verificar si es viable predicar la existencia de una empresa social en aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales el legislador no las haya reconocido todavía como un tipo diferenciado y específico de persona jurídica. En tal sentido, el presente trabajo aborda el contexto social y económico que le permitirá comprender al lector el por qué de la relevancia de este tipo de organización en el mundo contemporáneo.

Finalmente, buscaremos responder si la Empresa Social, tal y como ha sido definida por la doctrina y la normatividad internacional, de conformidad al estudio realizado en los capítulos precedentes, puede implementarse en Colombia y si para ello puede hacerlo bajo el actual sistema normativo o si por el contrario, se requeriría de una reforma legislativa que permita su funcionamiento.

La presente investigación es un producto de la Maestría en Gerencia de Empresas Sociales para la Innovación Social y el Desarrollo Local de la Universidad EAFIT en Medellín (Colombia). Este es un “programa de maestría de profundización dirigido a la investigación aplicada y al estudio de caso de gerencia social desde cuatro ámbitos específicos: la gerencia social propiamente dicha, las empresas sociales como materialización de capital social, el desarrollo local como la instancia pertinente y definitiva en la construcción de equidad, solidaridad y desarrollo endógeno y la innovación social.” El presente estudio es pertinente al momento que se vive en el mundo social porque la Empresa Social está llamada a cumplir un rol protagónico como medio a través del cual se logre el mejoramiento en las condiciones de calidad de vida de todas las personas, así como el aseguramiento de la sostenibilidad del desarrollo en un mundo en crisis.

## Capítulo 1

### La Empresa Social

La pregunta sobre qué es lo que se debe entender cuando se habla de una empresa social encuentra hoy en día múltiples respuestas y matices. Esto se debe a que diferentes autores han propuesto diversas definiciones en las que cada uno pretende establecer los elementos esenciales de dicho concepto. En consecuencia, es necesario mencionar las principales conceptualizaciones formuladas por la doctrina en aras de desentrañar los elementos o características que debe tener una organización para ser clasificada como una Empresa Social.

Como se mostrará a lo largo del presente estudio, la Empresa Social no solamente es una institución de carácter jurídico, toda vez que también se ha explicado como una institución social y económica al servicio del desarrollo humano integral, esto es, como una organización mediante la cual se logra el mejoramiento de la calidad de vida de las personas en una comunidad. En tal sentido, además de mostrar cómo ha sido caracterizada por sectores de la doctrina (social, económica, jurídica) será necesario preguntarnos si verdaderamente tiene sustento esta figura teniendo presente que hoy en día existen otros tipos organizativos que están llamados a cumplir una finalidad parecida. Tal será el reto del presente estudio y por consiguiente, mostraremos cómo otros países han logrado avances significativos para la incorporación de este tipo organizativo en su cultura económica y jurídica.

En primer lugar, sobre el concepto de Empresa Social se encuentran algunas definiciones básicas, como por ejemplo la siguiente:

*“En el curso de los últimos años, se han propuesto diversas definiciones de empresa social. La primera y más general es la que se ha difundido en los Estados Unidos, según la cual se definen como empresas sociales todas aquellas que operan de acuerdo con las leyes del mercado (es decir haciendo transacciones a título oneroso),*

*pero persiguiendo en modo explícito objetivos sociales*". (Vargas Saenz & Podestá Correa, 2012, p. 4)

Bajo el liderazgo de la doctrina italiana, uno de los países pioneros en el tema, la Red Emes propone una definición teórica que busca dar cuenta del equilibrio entre lo económico y lo social en la empresa social:

*"La red Emes ha buscado proponer una definición que se articula a través de las dos dimensiones: aquella económica –empresarial y aquella social.*

*La primera prevé la subsistencia de cuatro requisitos:*

- 1. Una producción de bienes y/o servicios de manera continua.*
- 2. Un elevado grado de autonomía.*
- 3. Un nivel significativo de riesgo económico.*
- 4. La presencia, junto con voluntarios y consumidores, de un cierto número de trabajadores remunerados.*

*La dimensión social es garantizada por las siguientes características:*

- 1. Tener como objetivo explícito producir bienes a favor de la comunidad.*
- 2. Ser una iniciativa colectiva, es decir, promovida por un grupo de ciudadanos.*
- 3. Tener una jerarquía que no esté basada en la propiedad de capital.*
- 4. Garantizar una participación extendida a los procesos decisorios, que incluya todas, o casi todas las personas o grupos interesados en la actividad (por lo tanto no sólo los trabajadores o no solo los usuarios, como en el caso de las cooperativas tradicionales);*
- 5. Tener una distribución limitada de las utilidades."* (Vargas Saenz & Podestá Correa, p. 6)

De conformidad con la teoría desarrollada por Carlo Borzaga y Luca Fazzi (2008, p. 17), se indican como elementos propios de la empresa social, los siguientes:

- *El perseguir un objetivo diferente a la maximización de los intereses de los propietarios;*
- *Establecer límites a la distribución de utilidades;*
- *La inclusión de más grupos de interés en la propiedad y gobierno de la empresa.*
- *La sistemática producción de externalidades positivas y, más propiamente, adoptar un modelo equitativo para la distribución de los ingresos;*
- *Mantener fuertes lazos con el territorio de pertenencia (empresa comunitaria);*
- *La capacidad de atraer recursos a través de diferentes canales y por lo tanto, asegurar el funcionamiento de la empresa a través de la captación de recursos de diversas fuentes, tanto de aquellos provenientes de ingresos provenientes de la venta de productos o la prestación de servicios, como de donaciones de terceros, según el tipo de actividad realizada.*

En razón de esta variedad de características, los mencionados autores indican que para determinar cuáles de estas son fundamentales al concepto de la empresa social y por oposición, cuáles no lo son, se hace necesario el desarrollo una teoría de la Empresa social. De todas formas, estos autores nos aclaran que un resultado de la anterior teoría puede concluir válidamente la coexistencia de múltiples modelos de empresas sociales<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> Cfr Borzaga & Fazzi, 2008, p. 17: “Solo dopo aver proposto un’interpretazione teorica convincente sarà possibile interpretare anche le diverse caratteristiche assunte dalle imprese social, rivelare quali di esse sono fondamentali e quali no e capire se esiste un unico idealtipo di empresa sociale o, piuttosto, se non si sia in presenza di una pluralità di modelli.”

según la cual no existiría un único tipo de Empresa Social. En consecuencia, múltiples formas organizativas podrían ser consideradas como empresas sociales, así difieran en algunos de sus características básicas. Esta posibilidad sería semejante a la existencia de diversas tipologías de sociedades mercantiles: sociedad anónima, sociedad por acciones simplificada, sociedad de responsabilidad limitada, las cuales comparten unos elementos esenciales pero difieren en asuntos particulares, como por ejemplo la responsabilidad de los accionistas, que no es igual en todas las sociedades mercantiles.

En tal sentido, una sólida teoría sobre la Empresa Social deberá dar cuenta de cuáles de las características, que doctrinalmente se le atribuye al concepto, realmente son elementos esenciales para que se pueda predicar la existencia del concepto. Esta construcción teórica es fundamental ya que en Colombia la Empresa Social no cuenta con una norma legal que la defina, razón por la cual se hace necesaria una teoría sobre este tipo de organización adoptada y reconocida en otros países.

De conformidad con lo anterior, una teoría sobre la Empresa Social debe en primer lugar partir de la idea del análisis de la existencia de características comunes a las empresas sociales, o lo que es lo mismo, indagar si existen elementos esenciales del concepto. Este análisis doctrinal es análogo al que se formula desde la teoría de la sociedad mercantil (persona jurídica con ánimo de lucro), la cual establece la existencia de elementos esenciales para la configuración de una sociedad de este tipo<sup>2</sup>. Por consiguiente, bajo este método de razonamiento, en la teoría de la Empresa Social como sucede en la teoría de la sociedad comercial, la ausencia de uno de los elementos esenciales (en un caso particular), será causa suficiente para concluir que tal fenómeno no sea definido como una Empresa Social. En consecuencia, la teoría de la Empresa Social deberá dar cuenta de aquellos elementos que son de su esencia y por lo tanto, aquellos otros que son prescindibles o accesorios a su naturaleza económica, social y jurídica.

---

<sup>2</sup> Estos elementos se mencionan en el capítulo 3 del presente trabajo.

En un intento por desarrollar esta teoría sobre la Empresa social, Borzaga y Fazzi (2008) establecen los siguientes *elementos comunes* que se deben verificar en toda Empresa Social:

1. Debe limitar, total o significativamente, la distribución de utilidades a los propietarios de la empresa. De esta forma, estos no se beneficiarán del poder de mercado ganado por la empresa social.
2. Debe asignar derechos de propiedad y por lo tanto, participación en la gestión, a todos sus grupos de interés, ya que estos podrán extraer el máximo beneficio de las actividades o reducir al mínimo los daños causados por el comportamiento oportunista que otros grupos de interés podrían tener. Como consecuencia, la forma en la cual se toman las decisiones debe basarse en el principio de representación de todos los propietarios y por lo tanto, cada persona tendrá derecho a un voto.
3. Debe buscar la expansión de la propiedad o la gobernanza a una pluralidad de sujetos, así como la búsqueda de arraigo territorial para cumplir con dos objetivos adicionales:
  - a. Detectar correctamente las necesidades, evaluar los criterios de asignación de recursos en la comunidad e identificar respuestas;
  - b. Encontrar los recursos necesarios para asegurar la provisión de bienes o servicios a las personas que no pueden pagar por ellos, especialmente cuando sus necesidades no son reconocidas por la autoridad pública.
4. Deben adoptar una rendición de cuentas en la que se evidencien claramente los diferentes resultados económicos y sociales de las actividades desarrolladas.

Finalmente, indican que la intensidad en la aplicación de los anteriores elementos será gradual según los objetivos y el contexto en el cual opera la empresa social (p. 22).

Muhammad Yunus, premio Nobel de la Paz en 2006, es quizás uno de los pocos economistas que actualmente ha centrado su proyecto en impulsar el concepto de la

Empresa Social. Yunus se ha destacado no sólo por elaborar una sólida doctrina, sino porque que ha llevado a la práctica y ha constituido varias empresas sociales, entre ellas, se le reconoce mundialmente por fundar el Banco de los Pobres en Bangladesh, su país de nacimiento, y a partir de esta iniciativa una variedad de empresas sociales cuyas finalidades consisten en buscar soluciones innovadoras para los problemas que enfrentan millones de pobres en todo el mundo. Cuando fundó el banco de los pobres con la finalidad de conceder microcréditos a los más desfavorecidos, individuos excluidos del sistema financiero y víctimas del mercado negro de prestamistas a tasas de más allá de la usura, Yunus demostró que era posible prestarles dinero ya que casi todos cumplieron con el pago del préstamo. Adicionalmente, Yunus creó un enfoque novedoso para aquella época: más de la mitad de los beneficiarios del banco debían ser mujeres. De esta manera descubrió el papel preponderante que tienen las mujeres para sacar a sus familias de la pobreza, razón por la cual las ha involucrado en varias de las empresas sociales que constituyó con posterioridad.

De conformidad con lo anterior, Yunus tiene una concepción más práctica de lo que debe ser una Empresa Social, la cual define en los siguientes términos (Yunus, p. 19):

*“Podemos pensar en la empresa social como un negocio desinteresado cuyo propósito es acabar con un problema social. En este tipo de negocios, la empresa obtiene un beneficio, pero nadie se aprovecha de él. Dado que la empresa está dedicada por completo a la causa social, toda idea de beneficio personal queda al margen del proyecto. El propietario puede retirar tras un periodo de tiempo sólo la cantidad invertida.”*

Para Yunus la Empresa Social es un instrumento de inversión social a través del cual un grupo de asociados suman esfuerzos para buscar la solución de una problemática social a través del ejercicio de una actividad empresarial. Toda empresa social, según él, debe cumplir con las siguientes características (p. 31):

1. El objetivo del negocio es superar la pobreza, o resolver uno o más problemas que amenacen a la población y a la sociedad (como educación, salud, acceso a la tecnología, medio ambiente), no maximizar beneficios.
2. La empresa logrará sostenibilidad financiera y económica.
3. Los inversores recuperan sólo el dinero invertido. No reciben ningún dividendo que supere la inversión original.
4. Cuando se devuelve la cantidad invertida, el beneficio permanece en la compañía para ampliación y mejoras.
5. La compañía será ambientalmente consciente.
6. La mano de obra recibe un salario mejor que las condiciones de trabajo estándar.
7. ¡¡¡Hazlo con alegría!!!

Por otro lado, la doctrina anglosajona se enfoca en “la creación de valor social sin definir explícitamente la forma jurídica que utilizarían, pero estableciendo una relación directa entre los objetivos sociales y los sectores económicos en los que desarrollan la actividad. En concreto, la actividad de las Empresas Sociales se circunscribe a los sectores de educación, sanidad, servicios sociales o energías renovables.” (Díaz-Foncea & Marcuello, 2012, p. 147)

En desarrollo de esta visión, en Estados Unidos, la realidad de las empresas sociales se ha estructurado bajo el establecimiento de *sociedades híbridas*, entre las cuales se encuentran las denominadas Benefit Corporations (B Corporations), en español: Empresas B. En éste país cada Estado es autónomo para reglamentar y autorizar la constitución de los nuevos tipos societarios autorizados por el Congreso. Según datos de Vargas Balaguer (2014, p. 213), en este país 27 Estados han incorporado este tipo de sociedad “ya sea mediante la sanción de una ley especial para las B Corporations o por vía de la reforma a la legislación societaria”. Las Empresas B tampoco gozan de una única definición, no obstante se puede entender que a grandes rasgos combinan elementos de los sectores sociales y privado. En términos de Vargas Balaguer (p. 213):

*“son empresas que sin perder de vista la rentabilidad pretenden generar un impacto positivo en la comunidad y en el medio ambiente desde el negocio mismo.*

*Como vemos, se trata de organizaciones de naturaleza híbrida, que persiguen objetivos que combinan los ámbitos sociales y ambientales con aquellos netamente económicos.”*

De conformidad con las variaciones que cada modelo de empresa pueda tener, se han establecido algunas características esenciales que deben acreditar las entidades que aspiren a ser certificadas<sup>3</sup> como Empresas B:

1. Dentro de sus objetivos buscan solucionar problemas sociales o ambientales, a través de prácticas respetuosas con sus trabajadores y el medio ambiente. A diferencia de los programas de responsabilidad social empresarial, las Empresas B adquieren realmente una obligación ya que su finalidad social queda establecida en sus estatutos.
2. Se somete a un proceso de certificación para el cual deben autorizar ser auditados por un tercero independiente.
3. Protegen su misión empresarial.

Adicionalmente a las organizaciones establecidas en la normatividad de este país, que abordaremos más adelante, algunos autores en este país centran su atención en el diseño y la propuesta de organizaciones orientadas a la maximización de los resultados sociales sobre el lucro económico de los socios. Uno de ellos es Robert Shiller, quien propone que realmente se necesita una entidad lo suficientemente robusta en términos financieros, para que realmente tenga probabilidades de solucionar grandes problemas sociales

---

<sup>3</sup> Se ha pretendido incorporar un sistema de certificación que se debe renovar de forma periódica, previa la calificación por una entidad independiente.

(Zamagni, 2014). Estas organizaciones requieren ser altamente atractivas para que muchas personas inviertan en ellas. En tal sentido, Shiller propone la creación de la “Participation non profit organization” (“Empresas con participación sin ánimo de lucro”): organizaciones que estarían “autorizadas a emitir acciones (además de bonos) que proporcionan grandes beneficios fiscales al suscriptor con la única condición de que, en caso de venta de acciones, los beneficios se inviertan en otras empresas del mismo tipo. De lo contrario, el inversor, si quisiese conservar para sí las ganancias, deberá devolver los beneficios fiscales que recibió” (p. 214).

Hoy en día no hay consenso doctrinal ni legal sobre qué es una empresa social, pero básicamente se pueden identificar algunas características que son mencionadas en la generalidad de los casos. A nivel de la Unión Europea, en donde quizás debería existir un mayor desarrollo del concepto no existe una definición precisa (Pestoff & Hulgard, 2015, p. 10), aunque en términos generales se apoya la definición realizada por la red EMES de equilibrar las dimensiones económica y social en la empresa social, elementos comunes a muchas de las definiciones; pero va más allá al proponer una tercera dimensión que no ha sido valorada suficientemente en muchas de las conceptualizaciones sobre la Empresa Social: la dimensión de la gobernanza participativa, la cual se manifiesta en la autonomía de la Empresa Social con respecto al mercado y el Estado; el involucramiento en la toma de decisiones a representantes de los *stakeholders* de la entidad; el ejercicio democrático para tomar las decisiones, en el sentido de que se aplican principios como el de un voto por cabeza, sin que sea factor determinante la participación de capital (Pestoff & Hulgard).

En nuestro país, el Municipio de Medellín estableció mediante Acuerdo Municipal No. 41 de 2011 la política pública para la economía social y solidaria. En esta reglamentación definió el concepto de Empresa Social en su artículo 2 de la siguiente manera:

*“Empresas sociales solidarias. Son otras formas asociativas y solidarias de propiedad de la economía solidaria que como empresas producen bienes y*

*servicios asumiendo las figuras jurídicas de asociaciones, corporaciones, empresas comunitarias, organizaciones comunales con visión empresarial, entidades autónomas sin ánimo de lucro, cuyo objeto social está orientado a facilitar la realización y goce efectivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de los ciudadanos/as y que para lograr dicha finalidad social, producen riqueza colectiva y propiedad social, distribuyendo sus excedentes en cumplir su objeto para construir bienes públicos y generar balances sociales que contribuyen a la equidad y la exclusión de los sectores poblacionales en contextos de vulnerabilidad y discriminación.”*

Para los fines de este estudio no profundizaremos en mas definiciones teóricas y nos centraremos a continuación en analizar cómo otros ordenamientos jurídicos han incorporado o reglamentado formas asociativas que han servido para la implementación de empresas sociales en sus respectivos países.

### **La Empresa Social en el derecho comparado:**

A continuación realizaremos un estudio sobre cómo la Empresa Social ha empezado a ser reconocida como un tipo de persona jurídica reconocido por el ordenamiento jurídico; aunque también, existen casos en los que no tienen un reconocimiento expreso por las normas de un país, teniendo presente que en ellos la doctrina argumenta que en estos países se pueden implementar empresas sociales en alguna de las entidades ya existentes.

#### **A. Italia:**

En Italia la Empresa Social cuenta con reconocimiento expreso por la normatividad del Estado, la cual indica que puede funcionar desde cualquiera de las tipologías de entidades sin ánimo de lucro establecidas en la ley.

Debido a lo anterior, la mayoría de la doctrina indica que entre las diferentes formas asociativas, las características de empresa social se encuentran reflejada en mayor grado en la llamada cooperativa social.

Las cooperativas sociales surgieron en los años sesenta como respuesta de las cooperativas tradicionales para responder por las necesidades de un amplio sector de la población en condiciones de vulnerabilidad. No sobra traer a colación algo de historia: “La primera cooperativa de solidaridad social nacida en Italia es la San Giuseppe di Roè Volciano (Brescia), constituida en 1963 bajo la guía fuerte de Guiseppe Filippini, presidente honorario de Federsolidarietá hasta su muerte repentina el 31 de julio de 2000.” (Vargas Saenz & Podestá Correa). Como novedad, la cooperativa social en Italia rompió el paradigma de la *mutualidad interna* como requisito *sine qua non* de la cooperativa según el cual solamente los asociados se pueden beneficiar de la actividad de la cooperativa. Este país reconoció a la cooperativa social como un tipo específico de persona jurídica en la ley n. 381 de 1991, definiéndola así:

*Art. 1 Definición. Las cooperativas sociales tienen el objeto de perseguir el interés general de la comunidad, a la promoción humana y a la integración social de los ciudadanos a través de:*

- a) la gestión de servicios socio-sanitarios y educativos;*
- b) el desarrollo de actividades diversas –agricolas, industriales, comerciales o de servicios- dirigidas a la inserción laboral de personas discapacitadas.*

Otra de las novedades de la Cooperativa Social es que permite la consagración de varios tipos específicos de socios:

a) Socios voluntarios (artículo 2 de ley n. 381 de 1991) quienes participan en la cooperativa de forma gratuita. Es interesante en cuanto no reciben ningún beneficio, pero pueden participar en la administración o ejecución del objeto social de la cooperativa. Si

bien son opcionales, en caso se establecieran, su número no puede superar a la mitad de los socios.

b) Socios trabajadores: “Son socios trabajadores aquellos que participan en la conducción de la sociedad y ponen a disposición de la cooperativa sus capacidades profesionales obteniendo una compensación proporcional a la calidad y cantidad de trabajo prestado.” (Vargas Saenz & Podestá Correa, p. 15)

b) Socios trabajadores con discapacidad: Según el artículo 4º, las personas discapacitadas deben ser mínimo el 30% de los trabajadores de la cooperativa, quienes deberán ser también socios, salvo que se encuentren en estado de incapacidad mental o bien, siendo plenamente capaces no acepten adquirir la calidad de socios de la cooperativa.

c) Socios financiadores: “fueron previstos en el art. 2526 del código civil, el cual establece que ‘a los poseedores de los instrumentos financieros no se les puede atribuir, en cualquier caso, más de un tercio de los votos correspondientes al total de los socios presentes o representados en cada asamblea’.” (Vargas Saenz & Podestá Correa, p. 19) No obstante, la práctica usualmente aceptada en las cooperativas sociales de Italia, indica que los socios financiadores no reciben dividendos o retornos económicos: “es un financiador, pero sin otro ‘retorno’ diferente a la satisfacción de ayudar al crecimiento de una empresa de solidaridad”. (p. 19)

d) Socios beneficiarios: “Son socios beneficiarios aquellos que usufructúan directa o indirectamente los servicios ofrecidos por la cooperativa...[p]or ejemplo, existen numerosas cooperativas en cuya base social hay una fuerte presencia de padres de personas con déficit intelectual los cuales autogestionan (junto con los socios trabajadores y los socios voluntarios) un servicio concreto para sus propios hijos.” (p. 19)

e) Socios personas jurídicas: “el art. 11 de la L. 381/91 dice que ‘pueden ser admitidas como socias de las cooperativas sociales personas jurídicas públicas o privadas en cuyos estatutos esté previsto el financiamiento y el desarrollo de tales cooperativas’.” (p. 20)

La Empresa social fue reconocida en el ordenamiento jurídico italiano por la ley n. 118 de 2005, la cual fue reglamentada por el Decreto 155 de 2006. El artículo 1° de la ley define a las empresas sociales como: “las organizaciones privadas sin ánimo de lucro que ejercen estable y fundamentalmente una actividad económica de producción o de intercambio de bienes o servicios de utilidad social, direccionada a la realización de una finalidad de interés general”. En tal sentido, la empresa social no es una persona jurídica reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico pues podrá reconocerse como tal a cualquier entidad sin ánimo de lucro: desde fundaciones hasta las cooperativas sociales pueden ser empresas sociales.

El Decreto 155 establece las siguientes características de la Empresa Social, de las cuales resalto las siguientes:

1. Prestación de bienes y servicios de utilidad social: en su artículo segundo se define qué son bienes y servicios de utilidad social, concepto importante ya que estos delimitan el alcance del objeto social de la Empresa Social en Italia. En este punto y a semejanza de la cooperativa social, se reconocen dos tipos de empresas sociales:
  - 1.1. Cualquiera que pertenezca a los siguientes sectores, siempre y cuando los ingresos por el ejercicio de las actividades a cada uno sean superiores al 70% del total de los ingresos. Los sectores son los siguientes:
    - 1.1.1. De asistencia social, de conformidad con la Ley n. 328 del 8 de noviembre del 2000.
    - 1.1.2. De cuidado de la salud, de acuerdo con el Decreto n. 33 del 8 de febrero de 2002 del Presidente del Consejo de Ministros.
    - 1.1.3. De asistencia socio-sanitaria, según Decreto n. 129 del 6 de junio de 2001 del Presidente del Consejo de Ministros.
    - 1.1.4. De educación, instrucción o formación, de conformidad con la Ley n 53 del 28 de marzo de 2003.

- 1.1.5. De protección del medio ambiente y del ecosistema, según Ley n. 328 del 15 de diciembre de 2004.
  - 1.1.6. De mejora del patrimonio cultural, de acuerdo con el Código del patrimonio cultural y paisajístico (Decreto legislativo n. 42 del 22 de enero 2004).
  - 1.1.7. De turismo social, según en el artículo 7 y 10 de la Ley n. 135 de 29 de marzo de 2001.
  - 1.1.8. De formación universitaria y post-universitaria.
  - 1.1.9. De investigación y prestación de servicios culturales.
  - 1.1.10. De formación continua, destinada a la prevención de la deserción estudiantil y al éxito escolar y formativo.
  - 1.1.11. De servicios instrumentales para las empresas sociales, conformadas a partir de más del setenta por ciento por organizaciones que sean empresa social.
- 1.2. Pueden adquirir la calidad de empresa social aquellas que realizan actividad de empresa siempre que tengan como finalidad la integración o inserción laboral de personas que se encuentren en alguna de las siguientes condiciones, los cuales no podrán ser menos del 30% de los empleados de toda la empresa social:
- 1.2.1. Trabajadores desfavorecidos, según definición contemplada en el artículo 2º, literal f) del Reglamento de la CE 2204/2002 y sólo en los siguientes casos:
    - 1.2.1.1. Todo joven menor de 25 años que haya finalizado su educación a tiempo completo en los 2 años anteriores y que no haya tenido antes un primer empleo fijo remunerado,
    - 1.2.1.2. Toda persona que se considere que es o ha sido toxicómano con arreglo a lo dispuesto en el derecho nacional.

- 1.2.1.3. Toda persona que no haya tenido un primer empleo fijo remunerado tras haber empezado un período de privación de libertad u otra medida penal.
  - 1.2.2. Trabajadores discapacitados, según definición contemplada en el artículo 2º, literal g) del Reglamento de la CE 2204/2002. Esta discapacidad la califica cada estado y puede ser física, mental o psicológica.
2. Ausencia de lucro: el artículo tercero indica que las empresas sociales deben destinar las utilidades o excedentes financieros al desarrollo de su objeto social o al aumento de su patrimonio, por lo cual está prohibida cualquier distribución de ellos a sus socios, participantes, trabajadores o colaboradores. Incluso, se prohíbe la distribución “indirecta” de excedentes a aquellos, lo cual se entiende que pasa en los siguientes casos:
  - 2.1. Cuando se hacen pagos de salarios a los administradores superiores al 20% a lo que empresas similares reconocen a sus respectivos administradores.
  - 2.2. Cuando se realizan pagos de salarios a trabajadores por encima del pago de otros trabajadores en empresas semejantes, salvo que se demuestre que estos poseen un nivel de estudios avanzado.
  - 2.3. Cuando se reconoce el pago de intereses, a cualquier tipo de personas, por encima de cinco puntos porcentuales a la tasa oficial, excepto cuando los intereses son pagados a bancos e intermediarios financieros.
3. Balance social: según el artículo 10 es obligatorio entregar un balance social de conformidad con la reglamentación que haga el Presidente del Consejo de Trabajo y Política Social.

## B. Portugal:

La Empresa Social en Portugal tiene sustento bajo la figura de las cooperativas de solidaridad social: “El 22 de diciembre de 1997 se promulgó una ley que, interviniendo sobre el Código Cooperativo (ya adoptado con la ley n. 51/1996), introdujo la disciplina de las cooperativas llamadas de solidaridad social. En el ámbito de esta ley, la cooperativa de solidaridad social es definida como una organización que, a través de la mutualidad de sus propios miembros en obediencia a los principios cooperativos, busca sin fines de lucro la satisfacción de sus necesidades sociales y su promoción e integración...” (Lamiceli, p. 125).

Los voluntarios sociales pueden participar de alguna forma en la gestión de la cooperativa, para lo cual adquieren la calidad de “miembros honorarios”, los cuales sin embargo participan con voz pero sin derecho a voto en la asamblea general. De todas formas pueden participar en la fiscalización a través de la elección de un representante suyo en el consejo fiscal.

## C. Bélgica:

“A la luz de recientes reformas intervenidas, se puede afirmar que la empresa social en Bélgica ha tenido siempre forma de sociedad, sea esta de sociedad cooperativa o de una sociedad de capitales. El rol desarrollado por las asociaciones sin ánimo de lucro no parece poder ignorar que el artículo 1 de la ley del 27 de junio de 1921, modificada por la ley n. 51 de 2002, en vigencia desde el 1 de julio de 2003, define tales asociaciones como organizaciones que no se dedican a actividades industriales y comerciales (además de no perseguir el objetivo de procurar una ganancia patrimonial para sus propios miembros).” (Lamiceli, p. 127).

En tal sentido la sociedad capitales en Bélgica contempla la posibilidad de que los socios la constituyan con fines sociales, caso en cual (Lamiceli, p. 127) la sociedad no

puede dedicarse “al enriquecimiento de sus propios socios y su estatuto prevea en particular que:

- los socios puedan tener un beneficio patrimonial limitado o ningún beneficio patrimonial;
- la sociedad no persigue de manera principal y objetivo patrimonial (ni siquiera indirecto), sino un objetivo social como reflejo del objeto social de sus actividades;
- la destinación de las ganancias y del patrimonio en liquidación deben ser conformes a las finalidades de la sociedad y compatibles con la reserva de fondos.”

Adicionalmente, los trabajadores al año pueden ejercer el derecho de convertirse socios, calidad que mantendrán mientras tengan vigente su contrato con la sociedad. En todo caso, ningún socio podrá tener más del 10% de los votos asignados a las cuotas o acciones de la sociedad.

Finalmente, la normatividad belga exige que las sociedades con fines sociales redacten anualmente “un reporte especial inherente a las modalidades mediante las cuales fueron perseguidos (y alcanzados) los fines de la sociedad, teniendo particular cuidado con las finalidades sociales. Encuentra un espacio en el código de las sociedades, una idea de balance social, que reviste gran importancia en el funcionamiento de la empresa social.” (Lamiceli, p. 128)

#### D. Francia:

De conformidad con el análisis formulado por Paola Lamiceli (p. 129), en Francia se presentó una reforma legislativa “orientada a introducir una disciplina específica para la empresa social. En este caso, se optó por una (única) forma de sociedad cooperativa (la Société coopérative d’interet collectif, constituida con el acrónimo Scic), hacia la cual se

tiende a convergir el modelo asociativo, previendo que las asociaciones puedan transformarse en estas sociedades...La elección de la forma cooperativa se combinó con la decisión de admitir una limitada distribución de las utilidades a favor de los socios, conservando la obligación de destinar como reserva el 50% de las utilidades y la prohibición de emplear para tal fin las contribuciones públicas.” Debe tenerse en consideración adicionalmente que la finalidad de la Scic es fundamentalmente social ya que debe estar orientada principalmente a la producción de bienes y servicios de interés colectivo.<sup>4</sup>

En este país, las Scic deben tener al menos tres categorías de socios, entre los cuales deben encontrarse los trabajadores y los beneficiarios habituales.

#### E. Reino Unido:

En el Reino Unido la Empresa Social se reglamentó como una persona jurídica denominada “Community Interest Company” (sociedad de interés de la comunidad), creada por la “Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004”. De conformidad con la norma, se resaltan las siguientes características:

- i. Se les aplica la normatividad de la sociedad. En tal sentido se le atribuyen algunas “prerrogativas propias de empresa con ánimo de lucro en términos del nivel profesional de los directivos y administradores..., además de permitir a la empresa acceder a instrumentos de financiación propios de la sociedad como aquellos conexos a la emisión de capital de deuda (las obligaciones) o de riesgo (las acciones)” (Lamiceli, p. 130).

---

<sup>4</sup> Ver art. 19 quinquies Ley n. 624 del 17 de julio de 2001: “Les sociétés coopératives d'intérêt collectif sont des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée à capital variable régies, sous réserve des dispositions de la présente loi, par le code de commerce. Elles ont pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale.”

- ii. Establece límites para la distribución de rendimientos financieros de conformidad con lo indicado en la Section 30.
- iii. Los estatutos de la Empresa Social claramente deben indicar que su finalidad es la de beneficiar la comunidad. (Lamiceli, p. 130)
- iv. Permite que participen como asociados una amplia gama de personas que sean señaladas en los estatutos e incluso algunas de ellas se podrán encontrar exentas de la obligación de entregar aportes (por ejemplo socios voluntarios o beneficiarios). (p. 130)
- v. De conformidad con la Section 34, se deben elaborar y divulgar reportes de las actividades realizadas por la sociedad.

#### F. España:

“La economía social, como concepto y como realidad, ha sido reconocida recientemente en la legislación española por la Ley 5/2011 de 29 de marzo, de Economía social, publicada en el BOE de 30 de marzo.” (Fajardo García, 2012, p. 64). En este país es reciente el avance normativo en cuanto a la definición del concepto de “entidades sin ánimo de lucro” o también denominadas algunas veces por la normatividad como entidades del “tercer sector”, este último definido por la ley 39 de 2006, artículo 2.8. como *“organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales”*.

La ley de economía social contempla una lista de las entidades que hacen parte de la economía social en su artículo 5.1., en el cual se mencionan entre otras: la cooperativa, las mutualidades, las fundaciones y asociaciones, las sociedades laborales, etc. En el proyecto de esta ley, algunos expertos sugirieron incorporar expresamente como una entidad de la economía social a la empresa social, pero no fue incorporada debido a “la

ausencia de una definición de una empresa social en nuestra legislación” (Fajardo García, p. 77).

En el año 2013 se propuso un proyecto de ley para reglamentar en dicho país la “Sociedad de Responsabilidad Limitada de Interés General (SLIG)”, tomando de referencia la normatividad de las B-Corps de los Estados Unidos, proyecto que finalmente no fue aprobado. No obstante, este proyecto las definía como “empresas que tendrán como objeto social desarrollar una actividad económico con el objetivo de reducir o transformar una necesidad social concreta; proporcionar productos y servicios al alcance de individuos o colectivos vulnerables; promover oportunidades económicas para individuos colectivos en riesgo de exclusión social, preservar el medio ambiente.” (Ronquillo Campoverde, 2015, p. 50).

En consecuencia, en este país carece de un reconocimiento expreso, razón por la cual funciona desde otros tipos de entidades de la economía solidaria, cada una con sus limitaciones.

#### G. Comisión Europea:

De conformidad con la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, con fecha del 25 de noviembre de 2011 (COM (2011) 682 final), se define a la Empresa Social como “un «agente de la economía social» cuyo principal objetivo es tener una incidencia social, más que generar beneficios para sus propietarios o sus socios. Funciona en el mercado proporcionando bienes y servicios de manera empresarial e innovadora y utiliza sus excedentes principalmente para fines sociales. Está sometida a una gestión responsable y transparente, en concreto mediante la asociación de sus empleados, sus clientes y las partes interesadas de que se trate en su actividad económica.” (Fajardo García, p. 79).

De conformidad con Fajardo García, esta comunicación contempla dos tipos de empresas sociales:

1. Empresas que prestan servicios sociales o suministran bienes y servicios destinados a un público vulnerable, y/o
2. Empresas cuyo modo de producción de los bienes o servicios persigue un objetivo de tipo social, pero cuya actividad puede incluir bienes o servicios que no sean sociales.

Finalmente, la Comunicación (Fajardo García) da a entender que la Empresa Social puede funcionar desde diferentes tipos de entidades sin ánimo de lucro o incluso, con ánimo de lucro: "...se dice más adelante que la economía social agrupa entidades con un régimen jurídico específico (cooperativas, fundaciones, asociaciones y mutuas), muchas de las cuales son también empresas sociales; y empresas sociales en forma de sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima."

H. Argentina:

De conformidad con Vargas Balaguer (2014), en Argentina las Empresas Sociales (o Empresas B, como este autor las denomina siguiendo la denominación surgida en Estados Unidos), no tienen reconocimiento expreso por el ordenamiento jurídico, aunque estas pueden desarrollarse bajo la normatividad establecidas para las sociedades. Para llegar a esta conclusión indica que el artículo 1º de la LSC<sup>5</sup> (Ley de Sociedades Comerciales) señala como característica esencial de la sociedad el beneficio para los socios y no su lucro, siendo dos conceptos completamente diferentes. En consecuencia, dice Vargas Balaguer (2014, p. 216) que "el concepto de 'beneficio' en el ordenamiento societario tiene un significado y alcance mucho más amplio que el de 'lucro', no refiriéndose

---

<sup>5</sup> *ARTICULO 1º — Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.*

únicamente a la obtención de ganancias que se traduzcan en un incremento patrimonial o de riqueza a repartirse entre los socios.” Adicionalmente a lo anterior, el artículo 3° de la LSC permite establecer actividades sociales y ambientales dentro del objeto social de una sociedad, por lo tanto una Empresa Social, según Vargas Balaguer, podría adoptar cualquiera de los tipos previstos en el capítulo II de la LSC.

## I. Estados Unidos:

En este país la legislación se hace de manera autónoma en cada uno de los Estados que hacen parte de la Unión. Particularmente, el Estado de California ha tomado la delantera en cuanto a la reglamentación de diferentes tipos de entidades bajo las cuales se pueden constituir diferentes modelos de Empresas Sociales bajo el esquema de “social hybrid entities”, las cuales combinan elementos de las entidades sin y con ánimo de lucro. En los Estados Unidos se permite actualmente constituir tres tipos de estas entidades: la “Benefit Corporation” (B Corp), la “Flexible Purpose Corporation (FPC)” y la “Low Profit Limited Liability Company” (L3C). Las dos primeras fueron adoptadas por el Estado de California el 1 de enero de 2012 y es el único Estado que ha incorporado las FPC (Kelley, 2014). A continuación y tomando de referencia el trabajo de Ross Kelley (2014), indicaremos los elementos relevantes de cada una de estas entidades:

1. Flexible Purpose Corporation (FPC): La sociedad tiene permiso establecer unos objetivos especiales diferentes a la maximización de las utilidades para los socios, en tal sentido los administradores de estas sociedades estarán a salvo y no podrán ser demandados por los socios cuando destinen recursos para el cumplimiento de estos objetivos especiales, por ejemplo la realización de actividades encaminadas a la solución de problemas sociales o ambientales. Adicionalmente, los administradores de la sociedad deberán preparar y entregar un informe anual a los socios, no solamente en lo atinente a los asuntos contables y financieros, sino en ellos se debe explicar de qué manera se está logrando cumplir con los objetivos especiales (para nuestro análisis, los objetivos sociales). Finalmente, se exige una “supermayoría” de dos terceras partes de los votos

para que el objeto específico sea modificado o eliminado, razón por la cual las FPC dedicadas al sector social tendrán mayores probabilidades de permanecer en el tiempo.

2. Benefit Corporations: De la misma forma que las FPC, estas pueden seguir un doble propósito, pero se diferencia en los siguientes puntos: a) El o los propósitos sociales o ambientales debe ser manifiestamente expresado en sus estatutos; b) Los administradores deben enviar un informe más exhaustivo (por ejemplo deben reportar los nombres de quienes tengan una participación mayor al 5% en el capital social), y adicionalmente también es necesario que las B Corps sean auditadas una vez al año por un tercero neutral encargado de verificar el cumplimiento de sus actividades sociales.

3. Low Profit Limited Liability Company: En estas entidades también es permitido establecer un objetivo diferente a la obtención del lucro, el cual prevalecerá sobre éste. Específicamente estos deben ser fines benéficos o educativos. Como prevalece el objetivo social sobre la obtención de lucro, estas sociedades pueden recibir inversiones de entidades sin ánimo de lucro, las cuales tienen prohibido invertir en entidades con ánimo de lucro.

En su conjunto, estas nuevos tipos de híbridos societarios permiten realidades que no son viables para las sociedad con ánimo de lucro (que en éste país corresponden a las Corporation o Limited Liability Company) ya que en estas los administradores tienen el mandato de maximizar las utilidades de los socios, el cual debe prevalecer sobre cualquier otra finalidad, como por ejemplo los programas de Responsabilidad Social Empresarial, por lo tanto cualquier socio podría demandarlos si demuestra que no se está cumpliendo el mencionado mandado y en consecuencia se afecta de manera desproporcionada su expectativa de lucro económico. Por otro lado, las entidades sin ánimo de lucro en Estados Unidos tienen bastantes limitaciones para realizar actividades diferentes a los fines sociales por disposiciones de la autoridad en impuestos, la IRS.

#### J. Polonia:

En este país no hay una definición legal de la Empresa Social, no obstante, se ha entendido, según Les & Ciepielewska-Kowalik (2014, p. 2), que estas tienen cabida bajo las formas de las fundaciones, las asociaciones o las cooperativas sociales. Igualmente, según el trabajo de estas autoras, el Programa de Economía Social ha diseñado un borrador en el cual ha indicado los elementos propios de una Empresa Social:

1. No realizan distribución de los excedentes financieros entre inversionistas, administradores, directores, trabajadores, etc.
2. Gobernanza democrática que cuenta con la participación activa de empleados, miembros y otros stakeholders.
3. Límites salariales a los administradores.
4. Solamente pueden generar ingresos por la venta de productos o por la prestación de servicios.

#### K. Senegal:

La OHADA (L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) define la sociedad cooperativa como “un grupo autónomo de personas asociadas voluntariamente para satisfacer sus aspiraciones y necesidades económicas, sociales y culturales, por medio de una empresa cuya propiedad y gestión es colectiva y donde el poder se ejerce democráticamente de acuerdo con los principios cooperativos” (Ndour & Gueye, 2015).

Específicamente en Senegal, las cooperativas sociales se empiezan a desarrollar desde la independencia de este país en 1960. Posteriormente, con la ley 95-03 del 5 de enero de 1995, se crean las primeras cooperativas de ahorro y crédito, cuyo artículo segundo las define como entidades sin ánimo de lucro. De conformidad con Ndour y

Gueye (2015), bajo estos dos tipos de entidades sería viable predicar la existencia de empresas sociales en Senegal.

**Observaciones finales:**

Como se desprende de lo anterior, podemos deducir que a nivel internacional la Empresa Social es una forma de organización del tercer sector para la puesta en marcha de actividades de interés general, para lo cual en los ordenamientos jurídicos analizados se ha establecido un tipo específico de persona jurídica orientada a tales fines, diferentes para cada legislación. No obstante lo anterior, se evidencian algunos puntos en común, como son los siguientes:

- a. Persiguen una finalidad eminentemente social.
- b. La mayoría aceptan la posibilidad de realizar un reparto parcial de las utilidades y/o una remuneración por el capital de riesgo a favor de los socios inversionistas.
- c. Posibilidad de ampliar la participación en el gobierno de la empresa, a diferentes representantes de grupos de interés (stakeholders): como por ejemplo socios voluntarios, beneficiarios, financiadores, etc.
- d. Exigencia legal para preparar informes o balances sociales.

## **Capítulo 2**

### **Empresas Sociales y Desarrollo.**

En el presente capítulo se buscará establecer la posibilidad de identificar conexiones entre la Empresa Social y el concepto de desarrollo, con la finalidad de determinar si aquella es un catalizador óptimo para el logro del último. En tal sentido, para efectos de analizar los puntos de encuentro entre la Empresa Social y el concepto de desarrollo, será preciso hacer en primera instancia un barrido por las teorías del desarrollo, para lo cual se mencionarán solamente las principales teorías. Luego, se hará alusión a algunas posturas del Neo-Institucionalismo o Nueva Economía Institucional (NEI) corriente teórica económica que busca “explicar la importancia de las instituciones en la vida social, utilizando un lenguaje económico, pero integrando conceptos de disciplinas como el derecho, la ciencia política, la sociología, la historia, o la antropología.” (Carrasco Monteagudo, 2012).

#### **2.1. Teorías del desarrollo:**

Desde Adam Smith se intentó construir una argumentación razonada para explicar las causas de la generación de la riqueza, con la finalidad de entender por qué unos países parecían progresar y acumular mayores riquezas que otros. Estas primeras elaboraciones teóricas, adoptaron en consecuencia, una conexión directa entre desarrollo y crecimiento económico. Desde esta perspectiva, al hablar de Estados desarrollados, en el fondo se estaba demostrando de Estados con gran crecimiento económico y el cual se podría medir en términos de cuánto produce su economía: entre más intercambios de bienes y servicios es un Estado más desarrollado; otra forma de medir el desarrollo es a través de los ingresos per cápita de sus pobladores, ingresos devengados por los individuos gracias a su participación y trabajo especializado en el mercado de bienes y servicios.

Bajo este contexto, Adam Smith establece una teoría del desarrollo fundamentada en el principio de libertad de los mercados, toda vez que estos actúan como mecanismos

en los que se encuentran e interactúan la oferta y la demanda, productores y consumidores. Al decir que los mercados deben ser libres, Adam Smith indica que los mercados son autosuficientes y en consecuencia no requieren de la intervención estatal para su óptimo funcionamiento (eficacia del mercado). En consecuencia, la existencia del mercado demanda la exigencia de individuos dotados de racionalidad y libertad, que participan en el mercado esperando maximizar sus intereses económicos, de esta forma los productores y consumidores logran acordar entre ellos condiciones óptimas para el intercambio de bienes y servicios. En últimas, Smith resalta la importancia de la libertad y de la competencia en los mercados para que estos sean mecanismos generadores de riqueza y utilidad general.

No obstante lo anterior, Adam Smith indicaba que con respecto a algunos bienes públicos por naturaleza así como semipúblicos, le correspondería al Estado suministrarlos ya que este los puede suministrar de forma eficiente. Son ejemplos, la existencia de un cuerpo de seguridad del Estado: el ejército, o la prestación del servicio de educación básica.

Continuando en la senda histórica, a partir de Adam Smith nos encontramos con otros economistas que establecen un énfasis en la dimensión económica del desarrollo, pero para efectos de este trabajo, mencionaremos solamente la tesis desarrollada por John Maynard Keynes, para luego dar paso a las teorías alternativas del desarrollo. En términos generales, Keynes proponía que el Estado estaba llamado a desempeñar un rol más activo en la economía ya que consideraba que su intervención era necesaria en aquellas situaciones en las que se detectaba el estancamiento de los mercados, caso por excelencia cuando se observan altos índices de personas en situación de desempleo. En consecuencia, a través de la intervención del Estado en la economía y de la extensión del gasto público, se introducen nuevos recursos en la economía que sirven como estímulo para la generación de un mayor número de empleos (por ejemplo, la realización de grandes obras públicas como autopistas, etc.); así mismo, Keynes pregonaba un cambio en el pensamiento de la interacción entre mercados a nivel internacional, pues indicaba

que el Estado debía buscar la apertura de nuevos mercados internacionales en los cuales pueda colocar sin mayores restricciones los excesos de la producción nacional. Estos principios serían adoptados en lo que se conoce como el Sistema de Bretton Woods a partir de los cuales los gobiernos de todo el mundo empiezan sistemáticamente a eliminar las barreras comerciales para favorecer una mayor libertad en el intercambio de bienes y servicios.

Pese a la gran acogida que las anteriores teorías del desarrollo tuvieron en los años siguientes, se empezaron a esbozar algunas posturas críticas por cuanto parecía ser incapaces para dar una solución a las inequidades o injusticias más evidentes de nuestra época. En este punto se encuentra la doctrina de Amartya Sen, economista premio Nobel de Economía, quien apartándose de la doctrina económica dominante empieza a centrar su discurso en el papel de la libertad como piedra angular del desarrollo. En términos de Amartya Sen, “[e]l desarrollo consiste en la eliminación de algunos tipos de falta de libertad que dejan a los individuos pocas opciones y escasas oportunidades para ejercer su agencia razonada” (Sen, 2000).

En tal sentido, el desarrollo deja de estar centrado en el crecimiento económico y se empieza a estructurar un concepto de desarrollo que establece al individuo como finalidad. Entre mayores sean las libertades de una persona (entre menores las restricciones al ejercicio de ellas), se convertirá en un agente de su propio bienestar, visión opuesta a la que se tenía de las personas como sujetos pasivos a las que no les queda más remedio que limitar su desarrollo a las posibilidades ofrecidas por el mercado o el Estado.

Adicionalmente, Amartya Sen aboga por un enfoque pluralista en el cual se equilibre el papel del Estado y el libre uso de los mercados. En este sentido, argumenta que no basta el reconocimiento de la existencia de libertad económica para que los individuos participen en el mercado, sino que es necesario expandir las libertades a espacios por fuera del mismo, como son las libertades políticas y el reconocimiento de

garantías de transparencia, las que solamente podrían surgir en sociedades lo suficientemente democráticas. Esto es importante porque no es más desarrollado un país con mercados económicamente crecientes pero en los que sus ciudadanos no tienen libertades para decidir quiénes serán sus gobernantes. En últimas, Amartya Sen esboza una teoría del desarrollo en la cual sean los individuos quienes de forma completamente libre y democrática deliberen sobre la forma en la cuál se deben distribuir equitativamente sus libertades.

En consonancia con la tesis de Amartya Sen, Muhammad Yunus economista nacido en Bangladesh y premio Nobel de la Paz en 2006, establece una visión del desarrollo en la cual se busca reevaluar el papel de los “pobres” en la economía. Las personas económicamente menos favorecidas tienen, en mayor o menor medida, obstáculo o limitaciones financieras externas para lograr su desarrollo. La culpa del subdesarrollo en muchas comunidades no es imputable a ellas, muchas veces son víctimas de la arquitectura económica dominante y de la inequitativa distribución de la riqueza. En tal sentido, las instituciones económicas no son buenas o malas por sí mismas; por ejemplo para Yunus, fenómenos como la globalización no son necesariamente malos o buenos: “La norma de ‘todo para el más fuerte’ debe ser reemplazada por normas que aseguren que los más pobres participen en el proceso, sin ser sacados a codazos por los más ricos. La globalización no debe convertirse en un imperialismo financiero”. (Yunus, 2011).

Finalmente<sup>6</sup>, Luigino Bruni y Stefano Zamagni han desarrollado una tesis en defensa del resurgimiento de la economía civil, aquella iniciada por el italiano Antonio

---

<sup>6</sup> No se analizan otras teorías del desarrollo, como por ejemplo las marxistas ya que implicaría alejarnos bastante del objeto de estudio. De todas formas, para efectos de ilustración del lector, la concepción marxista ve al mercado como un lugar de conflicto y no como un lugar de encuentro: “La riqueza, las mercancías, esconderían por tanto las relaciones entre las personas, en particular relaciones de fuerza y de explotación: el mercado no visto ya como el lugar de encuentro positivo y mutuamente ventajoso entre personas iguales, sino un lugar donde la parte más fuerte explota la parte más débil”. Cfr. Bruni, Luigino. p. 32.

Genovesi, contemporáneo de Adam Smith pero con menor reconocimiento que éste<sup>7</sup>. Desde entonces, los postulados Genovesi giraban a una concepción de la economía como medio a través del cual se resalta al hombre como fin y no como medio, razón por la cual la economía no debe estar atenta exclusivamente a predicar análisis de eficacia y distribución del ingreso, pues no puede olvidarse del principio de reciprocidad (confianza). Genovesi inaugura una nueva tradición, la cual “concibe las relaciones económicas de mercado como relaciones de mutua asistencia y no sólo de mutua conveniencia. De hecho el mercado mismo es concebido como una expresión de la ley general de la sociedad civil, la reciprocidad.” (Acuña, Isla Madariaga, & Sion , 2015, p. 6). Los postulados de la economía civil son hoy el fundamento de la llamada “economía de comunión”, doctrina acogida por los Focolares en diferentes países bajo la cual han constituido más de 840 empresas de economía de comunión.

## **2.2. Nueva Economía Institucional:**

Brevemente explicaremos el concepto de la Nueva Economía Institucional (NEI) para efectos de soportar el análisis realizado al caso concreto de las empresas sociales en el siguiente numeral y si estas además de servir como medios para el logro del desarrollo humano, son más eficientes que otras instituciones (civiles o comerciales). Según Williamson, ganador del premio Nobel de Economía en 2009 (compartido con Elinor Ostrom), una empresa debe ser considerada no como una estructura de producción, sino como una estructura de gobernanza. En tal sentido, una empresa puede producir bien conforme a los estándares vigentes de la industria, pero al mismo tiempo tener una pésima estructura de gobernanza y bajo tal hipótesis, este tipo de organizaciones no están

---

<sup>7</sup> Es necesario indicar que según estos autores, Adam Smith no estaba tan alejado de los postulados de Genovesi, pues muchos de sus textos fueron malinterpretados incluidas sus concepciones sobre la naturaleza del ser humano. Al respecto indica Luigino Bruni: “Una visión no lejana inclusive de la de Adam Smith, el fundador de la economía moderna, que sostenía la tesis que el mercado es la principal forma de “sociedad civil”, porque es el lugar de las relaciones entre pares (opuesta a la jerarquía feudal); y el mendigo que depende para su propia comida de la “bondad del carnicero” si entra en el mercado se convierte en más persona, y no dependerá más de la bondad del carnicero para su vida”. Cfr Bruni, Luigino. De las Cooperativas Sociales a las Empresas Sociales, Compiladores Mario Vargas y María Paola Podestá, p. 32.

llamadas a prosperar por el incremento en sus costes de transacción. De conformidad con Williamson: "...aquellas estructuras de gobernanza con mejores cualidades en cuanto al ahorro de costos de transacción desplazarán aquellas con peores características, siendo todo lo demás constante" (Carrasco Monteagudeo, p. 48). Según lo anterior es oportuno preguntarnos si la Empresa Social tendría menores costos de transacción que otro tipo de organizaciones (civiles o comerciales), en la solución de problemáticas sociales.

En cuanto a la visión del desarrollo, la Nueva Economía Institucional mantiene un marcado acento en la importancia del crecimiento económico, aunque resalta que este se presenta como consecuencia de la creación o el fortalecimiento de las instituciones a través de las cuales se puedan "evitar las perturbaciones económicas"<sup>8</sup>.

### **2.3. La Empresa Social.**

De conformidad con las definiciones de la Empresa Social mencionadas en el capítulo anterior, vemos que la finalidad para la cual esta se constituye buscar impactar en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, creando o fortaleciendo las capacidades en individuos económica, social, política o culturalmente aislados. Recordemos las palabras de Mario Vargas cuando define a la empresa social como "una organización que propende simultáneamente por el incremento del capital social y económico a través de la generación de rendimientos sociales y financieros..." O en la definición de M. Yunus, cuando dice que "[p]odemos pensar en la empresa social como un negocio desinteresado cuyo propósito es acabar con un problema social...".

Ahora bien, ¿cómo conectar el concepto de la Empresa Social con las teorías del desarrollo? Para responder esta pregunta es necesario preguntarnos si este tipo de organización a diferencia de otras entidades (como las sociedad con ánimo de lucro) tiene mejores posibilidades de contribuir al logro del desarrollo y a un mejoramiento en la calidad de vida y del fortalecimiento de las capacidades de los individuos, de

---

<sup>8</sup> (Carrasco Monteagudo, 2012, p. 51)

conformidad con las teorías del desarrollo elaboradas por Amartya Sen, Yunus y Bruni y Zamagni.

Según estos dos últimos autores, el desarrollo necesita de tres principios autónomos: eficiencia, equidad y confianza, por lo cual pasaremos a explicar de que forma la Empresa Social se encuentra con mayores posibilidades de contribuir al cumplimiento de cada uno de ellos.

- a. Principio de Eficiencia: este principio hace alusión a que el mercado debe ser eficiente para asegurar su función de intercambio.

Podríamos decir que la Empresa Social, como institución está llamada a participar en el mercado como un agente productor de bienes o prestador de servicios.

La naturaleza de quién o quiénes ofrecen un producto o servicio no interesa al mercado, si este es realmente eficiente permitirá la presencia en él de todas las variedades de organizaciones, razón por la cual el producto o servicio puede ser ofrecido por una sociedad mercantil con ánimo de lucro o también por una Empresa Social y en consecuencia, desde este punto de vista y adoptando una postura desde la economía clásica o neoclásica, la empresa social se convierte en un competidor adicional en el mercado.

- b. Principio de Equidad: este principio apunta a la redistribución de los recursos obtenidos en el mercado.

Según Amartya Sen la libertad económica necesita también otro tipo de libertades fundamentales, pues sin estas, un grupo minoritario y poderoso (con intereses egoísticos), podría imponer, de manera antidemocrática,

redistribuciones inequitativas de los recursos e incluso en la definición o reparto de bienes públicos (por ejemplo establecer los criterios para definir si la educación es gratuita o no).

Podría pensarse que desde este punto de vista, organizaciones como la Empresa Social incorporan en su ADN una estructura de gobierno esencialmente democrática, en la cual no sería posible la conformación de jerarquías o agendas ocultas (propias de organizaciones controladas por socios o accionistas mayoritarios), fomentarían una distribución equitativa de los recursos y las ganancias (plusvalía) en la sociedad. Pensemos por ejemplo en una entidad financiera con ánimo de lucro privada, que gracias a su posición dominante puede decidir libremente a quién le concede un crédito de dinero y a quién lo deniega, muchas veces sin considerar criterios de justicia para ello: se crea la regla implícita que indica que los préstamos se conceden a quienes demuestran plenas capacidades para retornar el dinero al banco, así no lo requiera con urgencia, como sucedía en la sociedad en la cual nació el Banco de los Pobres de M. Yunus, quien demostró que una empresa social de carácter financiero puede realizar una distribución más equitativa de los créditos financieros, pues en sus órganos decisorios tienen cabida sus asociados, y se ha demostrado que los pobres cumplen con la devolución de los préstamos.

- c. Principio de Reciprocidad o Confianza: “La reciprocidad tiene el fin de lograr la consolidación del nexo social, es decir, la confianza generalizada sin la que no podrían existir los mercados.” (Bruni, Zamagni).

Según se ha demostrado, los hombres individualmente considerados no son exclusivamente egoístas, en términos de M. Yunus: “Todo el mundo tiene un fuerte impulso de generosidad, un deseo de ayudar a los demás que es tan poderoso como el deseo del lucro personal. Pero el capitalismo tradicional no se ha preocupado nunca de este fuerte impulso de los seres

humanos. A consecuencia de ello, la economía mundial ha seguido creciendo de una manera desequilibrada, y el desequilibrio se hace pero cuando crece” (Yunus, p. 239).

En este punto la Empresa Social crea lazos firmes con las comunidades, son instituciones creadas y administradas por sus miembros se convierten en un socio ideal para establecer alianzas con las autoridades públicas y privadas.

Las Empresas Sociales son instituciones que buscan participar en el mercado en las mismas condiciones que las tradicionales empresas (con ánimo de lucro) buscando no sólo su sostenibilidad, sino también impactar positivamente en la obtención de soluciones a problemas sociales.

Desde el punto de vista de la Nueva Economía Institucional, la Empresa Social podría ser un tipo de organización más eficiente que aquellas con ánimo de lucro, lo cual se podría demostrar en consideración a que adopta como estructura de gobernanza la democracia y en tal sentido, está llamada a tener menores costos de transacción. Además la Empresa Social tiene mayores incentivos para cooperar con otras empresa sociales, esto es, tiene mejores aptitudes para desarrollar capital social. De todas formas, no hay suficiente evidencia que lo pueda demostrar, razón por lo cual sería interesante y necesario que a futuro se investigue sobre este punto y así podríamos confirmar la hipótesis bajo la cual la Empresa Social comporta menores costos de transacción para la acumulación de capital económico y social. Este tipo de estudios ya se están realizando, como por ejemplo el llevado a cabo por Marlene Karl (*Are ethical and social Banks less risky?* 2015), en el cual concluye que los bancos alternativos (éticos y sociales) son significativamente más estables que los bancos convencionales y están en mejor capacidad de responder ante una crisis económica como la presentada a finales de la década de los 2000.

En estos términos podríamos comprender la diferencia que tiene la Empresa Social en relación con las demás organizaciones:

a. Con respecto a las organizaciones sin ánimo de lucro: las Empresas Sociales rescatan la importancia del mercado y la eliminación de las barreras para que los individuos puedan participar libremente en él:

*“Según la tradicional teoría económica de las organizaciones sin ánimo de lucro, la empresa social puede ser, antes que nada, interpretada como un mecanismo institucional que está en grado de reducir las falencias del mercado, debidas a situaciones de carencia y asimetría informativa en la relación entre empresa y consumidores o entre empresa y trabajadores.” (Vargas Saenz & Podestá Correa, 2012).*

b. Con respecto a las organizaciones con ánimo de lucro: las Empresas Sociales incorporan la distribución equitativa de los beneficios obtenidos, lo cual se asegura a través de la adopción de procesos de gobierno democráticos. Se hace imposible la toma de control por parte de un grupo de asociados y en tal sentido, el poder “político” se encuentra equitativamente distribuido entre los asociados de la Empresa Social, razón por la cual las disputas o conflictos entre asociados deberían ser más reducidas en este tipo de organización.

El surgimiento de las Empresas Sociales tienen un fundamento económico sólido: la reducción de los costos de transacción impuestos por otras formas asociativas menos eficaces para el logro de mejores condiciones de calidad de vida. El surgimiento y auge de iniciativas como el *social-lending* o el *crowdsourcing*, se explican en cuanto son dinámicas que no pueden darse bajo los esquemas tradicionales para organizar la actividad social y empresarial. Todas estas iniciativas comparten en última instancia el mismo objetivo: “producir una auténtica democratización del mercado, mediante la pluralización de los tipos de empresas que pueden operar en él. Como en el terreno

político, donde se requiere el pluralismo de partidos para que podamos hablar de democracia política, así también en el ámbito económico deben ser capaces de trabajar, codo con codo, diferentes tipos de empresas, si se quiere democratizar el mercado”. (Zamagni, p. 215)

En síntesis, podríamos concluir que las Empresas Sociales son instrumentos productivos que participan en la economía de mercado, con la finalidad de estimular la distribución equitativa de la riqueza, la cual no ha sido logrado porque otros tipos organizativos no la tienen como su finalidad (incluso el Estado ha sido incapaz desde la crisis del Estado de Bienestar). Apropiándonos de las palabras de Carlo Borzaga (Vargas Saenz & Podestá Correa, 2012), la siguiente puede ser una gran síntesis del presente capítulo:

*“Solo interpretando a la empresa social como una organización productiva, que distribuye parte del valor creado según lógicas diversas del mercado, es decir, no pidiendo contraprestaciones iguales al precio establecido por el encuentro entre oferta y demanda, es posible entender cómo estas empresas ofrecen sus servicios sólo o también a personas que no están en grado de pagarles, del todo o en parte, o cómo aceptan comprometerse en actividades en las cuales benefician personas a quienes no es posible hacer pagar por los servicios que reciben.*

*Esta forma de entender la empresa social es culturalmente innovadora. Pone en crisis la convicción, profundamente arraigada, según la cual las empresas privadas y al médium mercado, les compete exclusivamente la tarea de producir y asignar bienes privados, actuando sólo en el interés de los productores, mientras al Estado, y sólo marginalmente a las organizaciones sin ánimo de lucro, les corresponde redistribuir las ganancias producidas, atenuando las desigualdades generadas por un mecanismo productivo gobernado por el objetivo de la utilidad.”*

### Capítulo 3

#### Personas Jurídicas en el Derecho Privado Colombiano.

En Colombia la Empresa Social carece de un reconocimiento expreso como tipología específica con personería jurídica. Para llegar a esta conclusión basta realizar una lectura de las diferentes formas que puede adoptar una persona jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano, para lo cual nos detendremos en primer lugar en la definición del concepto de persona jurídica.

El artículo 633 del Código Civil define a la persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.” En tal sentido, estas adquieren personería jurídica diferente a la de las personas que participan en su constitución, razón por la cual adquiere la capacidad jurídica de adquirir, bajo su propio nombre, derechos y obligaciones que quedan radicados en su patrimonio y no en el de sus asociados. Esta norma establece una ficción legal bajo la cual se entiende que las personas jurídicas tienen capacidad para actuar en el mundo civil tal y como si fueran personas naturales, pese a no contar con una existencia fáctica o material. Obviamente, existen diferencias en el tratamiento entre las personas naturales y las personas jurídicas, pues estas se encuentran excluidas del ejercicio de los derechos personalísimos (por ejemplo el derecho a recibir alimentos) y de los derechos de carácter político (derecho a votar en las elecciones) propios de las personas naturales. Al carecer de existencia material, las personas jurídicas deben actuar a través de un representante legal plenamente capaz, el cual asume el mandato de adquirir derechos y obligaciones en nombre de la persona jurídica. Es por esta razón que al momento de constitución de la persona jurídica los asociados trasladan<sup>9</sup> los riesgos del ejercicio de la actividad a la nueva persona jurídica. En términos de Ramiro Rengifo (2012):

---

<sup>9</sup> Por regla general ya que excepcionalmente existen algunas tipologías de personas jurídicas en las que sus asociados responden a título personal por obligaciones adquiridas por la entidad, como por ejemplo la sociedad colectiva.

*“Considerar al ente asociativo como persona jurídica significa otorgarle autonomía patrimonial. De ahí que los asociados que constituyen un ente con personería jurídica le proveen un patrimonio inicial, en forma de aportes. Lo que haga esa nueva persona con su patrimonio es algo que no afecta el patrimonio de los asociados. Ello quiere decir que el fracaso económico de la persona artificial, llamada también estatutaria, solo destruye su patrimonio pero no extiende al de los socios”.*

Desde el punto de vista jurídico, las personas jurídicas de derecho privado, esto es, aquellas constituidas por la asociación de particulares, pueden constituirse bajo el amparo de una de las tipologías establecidas en la normatividad civil y comercial. Por consiguiente, en la primera parte del presente capítulo se realizará un análisis y características básicas de cada tipología. Esto es necesario pues con fundamento en la caracterización de tales tipologías, se buscará dar respuesta a la pregunta sobre la posibilidad de implementación de una Empresa Social al amparo de alguna de tales tipologías de personas jurídicas, tomando de referencia los elementos esenciales que la normatividad y doctrina internacional han desarrollado (según los capítulos anteriores).

### **1. Entes sin personería jurídica:**

Antes de iniciar el estudio por las tipologías de personas jurídicas en el derecho privado, es preciso indagar sobre la posibilidad que tiene una Empresa Social, tal y como han sido caracterizadas por la doctrina, para funcionar bajo la figura de un ente sin personalidad jurídica. Sobre este punto, es necesario recordar que la Constitución Política de Colombia establece en su artículo 38 el derecho de libertad de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, entre las cuales se encuentran todas aquellas actividades con fines altruistas o que buscan el

bienestar general de la sociedad<sup>10</sup>. Adicionalmente, existe un reconocimiento claro sobre la existencia de los entes sin personalidad jurídica en diversos sectores del derecho. En materia comercial: la sociedad de hecho contemplada en el artículo 498 del Código de Comercio y el contrato de cuentas en participación, en el artículo 507 del mismo estatuto. En materia de contratación estatal: los consorcios y uniones temporales, establecidos en la ley 80 de 1993. Y en general, “a nivel contractual y como resultado de la autonomía privada pueden darse formas contractuales asociativas que, en la medida que realicen actividades lícitas, son aceptadas por el derecho. Las alianzas son un ejemplo.” (Rengifo)

De conformidad con lo anterior, desde el punto de vista del derecho colombiano, es viable que un grupo de inversionistas sociales<sup>11</sup> se obliguen a entregar unos aportes destinados a la solución de un problema social y establecer “órganos” y procedimientos de gobierno acordes al espíritu de una Empresa Social, sin que constituyan una persona artificial o ficticia. En este caso se configuraría una asociación de naturaleza civil sin personería jurídica. Anteriormente el Código Civil reglamentaba expresamente esta situación con el nombre de “sociedad civil de hecho” en el derogado artículo 2083 de ese código<sup>12</sup>. En tal sentido existe un vacío legal para establecer el tratamiento que deben recibir los asociados de tal asociación civil sin personalidad jurídica. Al respecto existirían dos posibilidades. La primera consistente en aplicar vía interpretación analógica el artículo 499 del Código de Comercio Colombiano<sup>13</sup>, teniendo presente que

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional: El núcleo esencial de la libertad de asociación, no se reduce a los actos de voluntad representados en el **libre ingreso** a un cuerpo social o en el posterior retiro, sino que se extiende también a la **fijación del objeto de la asociación** y a la decisión sobre las **condiciones o requisitos para adquirir la condición de asociado**, titular de ciertos derechos y obligaciones. (negritas con intención).

<sup>11</sup> Llamo inversionista social a aquella persona que participa como asociando, realizando un aporte (en dinero, especie o trabajo) para la solución de un problema social.

<sup>12</sup> Establecía este artículo: “Sociedad civil de hecho. Si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como asociación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado. Esta disposición no se aplicará a las sociedades que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto.”

<sup>13</sup> Esta aplicación analógica se encontraría soportada en parte del fallo del 10 de diciembre de 1997 del Tribunal del Distrito Judicial de Antioquia en el proceso ordinario de declaración de pertenencia iniciado por la Iglesia Evangélica Presbiteriana de Dabeiba en contra del Consejo de las Misiones Extranjeras de la Iglesia Presbiteriana de Los Estados Unidos, el cual indica: “De otro lado, la sociedad civil de hecho, permisible por analogía con las de carácter mercantil, ‘no está revestida de solemnidades, no es persona

como consecuencia de esta interpretación, los asociados se sujetarían a la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 501 del Código de Comercio Colombiano:

*Artículo 501. En la sociedad de hecho todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas. Las estipulaciones tendientes a limitar esta responsabilidad se tendrán por no escritas.*

*Los terceros podrán hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o a favor de todos los asociados de hecho o de cualquiera de ellos.*

No obstante, la posibilidad de aplicar por analogía los artículos de la sociedad mercantil de hecho no encontraría sustento si se acepta que la responsabilidad solidaria debe estar expresamente consagrada en una norma legal y por consiguiente, no es viable que el operador jurídico establezca la existencia de esta responsabilidad entre los asociados de una asociación civil por analogía, allí donde el legislador no la contempló expresamente<sup>14</sup>. Por consiguiente, al no existir una norma que expresamente establezca la responsabilidad solidaria, la asociación civil sin personería jurídica no se sujetaría a las normas establecidas para la sociedad mercantil de hecho, lo cual nos lleva a la segunda posibilidad: la responsabilidad de cada asociado se sujeta al régimen de la responsabilidad civil. Esto quiere decir que con respecto a cualquier tercero, víctima de un daño ocasionado por la asociación sin personería jurídica, el operador jurídico deberá probar los elementos de la responsabilidad civil extracontractual: el hecho o la omisión

---

jurídica distinta a los socios, ni está sometida a las reglas de publicidad de las sociedades correctamente estructuradas', no adquiere para sí, ni se compromete con terceros, 'sino que adquiere para sus socios y los obliga solidariamente', motivo por el cual 'nunca podrá obrar procesalmente, por activa o por pasiva, como sociedad, puesto que no existe, y al juicio han de concurrir, únicamente, los socios que la integran'. Este fallo se encuentra citado en la Sentencia del 30 de noviembre de 2001 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno.

<sup>14</sup> De conformidad con la Sentencia C-083 de 1995, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz: "[I]a analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual."

causantes del perjuicio; el daño o perjuicio; el nexo de causalidad entre el hecho u omisión y la imputación a título de culpa o dolo de cada asociado, para que cada uno responda a la luz de lo establecido en el artículo 2344 del Código Civil Colombiano:

***Artículo 2344:** Responsabilidad solidaria. Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo el perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.*

Por cualquiera de las dos vías podemos concluir que los asociados de una asociación civil sin personería jurídica asumen grandes riesgos que se materializarían al tener que responder frente a terceros con su propio patrimonio, razón por la cual tiene sentido la constitución de una persona jurídica porque a través de esta, los mencionados riesgos pueden ser trasladados, de tal forma que los patrimonios de los asociados están a salvo de cualquier tercero, los cuales solamente podrán iniciar las acciones legales contra la persona jurídica y su patrimonio, con la salvedades mencionadas anteriormente.

De esta manera, la posibilidad de constituir una persona jurídica es una manifestación clara a través de la cual se materializa el derecho de asociación, el cual pueden ejercer tanto las personas que deciden asociarse para realizar proyectos sin ánimo de obtener lucro económico, como aquellas que realizan aportes para la constitución de una sociedad mercantil con ánimo de lucro económico. De conformidad con Rengifo (2012, p. 20): “La idea del reconocimiento de personalidad jurídica a una asociación de personas era que había que proteger a ese grupo de individuos que se atrevía a aunar esfuerzos económicos para emprender proyectos empresariales que no estaban al alcance de un solo individuo o que de estarlo, eran proyectos con un riesgo tan alto que un solo individuo no estaba en disposición de asumirlos.” En tal sentido, la misma lógica aplicaría con respecto a la situación de los asociados que deciden realizar aportes para solucionar una problemática social, sin ánimo de lucro, mediante la realización de proyectos de alto riesgo y cuyo fracaso no se le debería trasladar a sus asociados.

Es por esta razón que en aras de proteger los intereses de los inversionistas sociales, la Empresa Social debería poder desarrollarse bajo el amparo y protección de una asociación con personería jurídica. Por ello examinaremos a continuación, las tipología de las personas jurídicas establecidas por el derecho privado en el ordenamiento jurídico colombiano.

## **2. Personas jurídicas del derecho privado:**

En primer lugar es pertinente aclarar que las personas jurídicas no son exclusivas del derecho comercial, ni del derecho civil, ni tampoco del derecho público<sup>15</sup>. Desde la óptica del derecho privado, abordaremos en primer lugar el análisis de las personas jurídicas del derecho civil, esto es, aquellas reconocidas expresamente por el Código Civil Colombiano<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Las personas jurídicas del derecho público no serán objeto de estudio. Para guiar al lector, estas personas son aquellas que se refieren a la organización del Estado: “De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política, el Estado en Colombia se organiza en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales. En aplicación del concepto de descentralización a que hace referencia este artículo, el Estado en Colombia se organiza en dos niveles, el nacional y el territorial, y, por lo tanto, la organización política del Estado colombiano comprende la Nación y las entidades territoriales. En estas condiciones, la Nación, los departamentos, distritos y municipios son personas jurídicas de derecho público. Adicional a la organización política del Estado, la organización administrativa permite la creación, tanto en el nivel nacional como en el territorial, de entidades públicas diferentes a las señaladas, con su propia personalidad jurídica. Es el caso, por ejemplo, para el nivel nacional, de la Comisión Nacional de Televisión (C.P., art. 76), el Banco de la República (C.P., art. 371) y las entidades descentralizadas (C.P., arts. 150-7, 209 y tr. 27). En el mismo sentido la Constitución consagra para el nivel territorial la creación de entidades descentralizadas (C.P., arts. 300-7 y 313-6) y la constitución de regiones administrativas y de planificación (C.P., art. 306).” Cfr. Corte Constitucional, Sentencia 1096 de 17 de octubre de 2001, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

<sup>16</sup> Desafortunadamente el Código Civil se queda demasiado corto para establecer a profundidad el tratamiento de las fundaciones y corporaciones como personas jurídicas sin ánimo de lucro. Tal reglamentación se encuentra entre los artículos 633 a 652 del código. No obstante, por remisión normativa contenida en el artículo 42 del Decreto 2150 de 1995, le serán aplicables las normas establecidas para las sociedades mercantiles.

### 3.1. Derecho Civil:

De conformidad con Rengifo (p. 21): “[e]l Código Civil, a partir del artículo 633, las regula con el nombre de ‘persona jurídica’, la cual distingue de la ‘persona natural’, en el sentido que precisa el artículo 73 del mismo código. Esas personas jurídicas las clasifica en fundaciones y corporaciones. La Fundación es un patrimonio destinado a fines benéficos dotado de personería jurídica. Se caracteriza porque en ella tiene primacía el llamado patrimonio de afectación y, en cambio, está normalmente ausente el concepto de pluralidad de sujetos que se asocian de forma permanente. La Corporación o asociación es una colectividad de sujetos organizados para un fin determinado no comercial, como sería propender por la educación de sus miembros, su mejoramiento moral o religioso, impulsar el deporte, ayudar a los pobres. Estas personas jurídicas del código civil se caracterizan porque sus asociados no tienen ánimo de lucro, a diferencia de las personas jurídicas de carácter comercial en donde este fin de lucro es fundamental.”

#### 3.1.1. Entidad sin ánimo de lucro:

Las fundaciones y las corporaciones comparten un elemento esencial: la falta de ánimo de lucro de sus administradores<sup>17</sup> o asociados<sup>18</sup>, respectivamente. Esto quiere decir que los asociados de una corporación o asociación, como los fundadores o administradores de una fundación, renuncian a la posibilidad de incrementar su patrimonio al apropiarse de los excedentes financieros que puedan obtener estas

---

<sup>17</sup> La fundación como patrimonio autónomo afectado al cumplimiento de una finalidad específica carece de asociados, razón por la cual necesita de un órgano de administración del mencionado patrimonio.

<sup>18</sup> De conformidad con el Decreto 2150 de 1995, artículo 45° existen otra clase de entidades sin ánimo de lucro con particularidades diferentes a las fundaciones y corporaciones, las cuales no son objeto del presente estudio ya que sus elementos esenciales. Estas son: las instituciones de educación superior; las instituciones de educación formal y no formal a que se refiere la Ley 115 de 1994; las personas jurídicas que prestan servicios de vigilancia privada; las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones, y asociaciones de ministros; las reguladas por la Ley 100 de Seguridad Social, los sindicatos y las asociaciones de trabajadores y empleadores; partidos y movimientos políticos; Cámaras de Comercio; y las demás personas jurídicas respecto de las cuales la Ley expresamente regule en forma específica su creación y funcionamiento, todas las cuales se registrarán por sus normas especiales.

entidades. Si al final del ejercicio contable, los balances debidamente aprobados dan cuenta de la obtención de excedentes financieros en la fundación o corporación, estos deberán destinarse en su totalidad al cumplimiento de la finalidad para la cual fueron constituidas: la realización de actividades benéficas, altruistas o de interés general. Por lo tanto, los asociados no pueden recibir ningún retorno económico, mientras que todo lo contrario sucede con respecto a las sociedades mercantiles (por ejemplo una sociedad anónima, S.A.) en las que sus socios tienen como finalidad enriquecer su patrimonio al recibir parte de las utilidades obtenidas por la entidad como producto del ejercicio de una actividad mercantil.

Desafortunadamente el concepto de entidad sin ánimo de lucro suele confundirse en cuanto al tipo de actividades que puede desarrollar una corporación o una fundación ya que se cree erróneamente que estas no pueden ofrecer productos o servicios a título oneroso en el mercado; esto es, algunas personas creen que todas las actividades ofrecidas por una entidad sin ánimo de lucro deben ser gratuitas o sin costo para quien accede a tales servicios o productos. La confusión parte de la tradición de vieja data, bajo la cual se afirma que la sostenibilidad financiera de las corporaciones y fundaciones se obtiene exclusivamente de cuantiosas donaciones provenientes de reconocidos grupos familiares propietarios de grandes industrias o empresas. Por consiguiente, es preciso indicar que tanto las corporaciones como las fundaciones pueden desarrollar actividades mercantiles siempre y cuando estas se encuentren subordinadas a su actividad misional, esto es, el desarrollo de una actividad benéfica o de interés general.

Por otro lado, la definición de una entidad sin ánimo de lucro también ha sido objeto de una definición propia en materia tributaria pues el Estatuto Tributario Colombiano establece un tratamiento impositivo diferenciado, más beneficioso, para estas entidades. La reglamentación del Estatuto Tributario Colombiano es tan específica que una corporación puede ser considerada desde el punto de vista legal como una entidad sin ánimo de lucro, pero ser considerada desde el punto de vista tributario, como una sociedad mercantil, para el Gobierno y sus entidades de fiscalización (Dirección de

Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN). Esto por cuanto el Estatuto Tributario establece unos requisitos muy detallados que deben acreditar las entidades sin ánimo de lucro para hacerse beneficiarios del régimen tributario especial consagrado en dicho estatuto. Régimen que básicamente establece unas menores tasas en cuanto al impuesto de renta con respecto a las tasas establecidas para las sociedades mercantiles.

En este punto, es preciso formular la siguiente pregunta: ¿En materia tributaria, qué es una entidad sin ánimo de lucro? El Estatuto Tributario establece en su artículo 19 las entidades que hacen parte del “Régimen tributario especial” con respecto al impuesto de renta. Para los efectos de este artículo son las siguientes entidades:

1. *Las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, con excepción de las contempladas en el artículo 23 de este Estatuto, para lo cual deben cumplir las siguientes condiciones:*
  - a) *Que el objeto social principal y recursos estén destinados a actividades de salud, deporte, educación formal, cultural, investigación científica o tecnológica, ecológica, protección ambiental, o a programas de desarrollo social;*
  - b) *Que dichas actividades sean de interés general, y*
  - c) *Que sus excedentes sean reinvertidos totalmente en la actividad de su objeto social.*
2. *Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que realizan actividades de captación y colocación de recursos financieros y se encuentren sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.*
3. *Los fondos mutuos de inversión y las asociaciones gremiales respecto de sus actividades industriales y de mercadeo*
4. *Las cooperativas, sus asociaciones, uniones, ligas centrales, organismos de grado superior de carácter financiero, las asociaciones mutualistas, instituciones auxiliares del cooperativismo, confederaciones cooperativas, previstas en la legislación cooperativa, vigilados por alguna superintendencia*

*u organismos de control. Estas entidades estarán exentas del impuesto sobre la renta y complementarios si el veinte por ciento (20%) del excedente, tomado en su totalidad del Fondo de Educación y Solidaridad de que trata el artículo 54 de la Ley 79 de 1988, se destina de manera autónoma por las propias cooperativas a financiar cupos y programas de educación formal en instituciones autorizadas por el Ministerio de Educación Nacional.*

De conformidad con lo establecido en el primer numeral, una corporación que no cumpla con alguno de los literales establecidos no podrá hacerse beneficiaria del régimen tributario especial y en consecuencia, tributará a la misma tarifa establecida para las sociedades mercantiles, lo cual se encuentra expresamente establecido en el párrafo primero del mencionado artículo 19 del Estatuto Tributario: *“Sin perjuicio de lo previsto en los numerales 2) y 3) del presente artículo y en los artículos 22 y 23 del Estatuto Tributario, las corporaciones, fundaciones y asociaciones constituidas como entidades sin ánimo de lucro, que no cumplan las condiciones señaladas en el numeral 1) de este artículo, son contribuyentes del impuesto sobre la renta, para cuyo efecto se asimilan a sociedades limitadas.”*.

Adicionalmente, en el párrafo cuarto del mismo artículo se establecen otros requisitos para que las entidades sin ánimo de lucro puedan hacerse acreedoras del tratamiento tributario:

*Parágrafo 4. Para gozar de la exención del impuesto sobre la renta, los contribuyentes contemplados en el numeral 1 de este artículo, deberán cumplir además de las condiciones aquí señaladas, las previstas en los artículos 358 y 359 de este Estatuto.*

Para facilitar la consulta, los mencionados artículos se citan a continuación:

*Art. 358: La parte del beneficio neto o excedente que no se invierta en los programas que desarrollen su objeto social, tendrá el carácter de gravable en el año en que esto ocurra.*

*Art. 359: El objeto social que hace procedente la deducción y exención de que tratan los artículos anteriores, deberá corresponder a actividades de salud, educación, cultura, deporte aficionado, investigación científica y tecnológica o a programas de desarrollo social, siempre y cuando las mismas sean de interés general y que a ellas tenga acceso la comunidad.*

La ausencia del ánimo de lucro se encuentra, como elemento de la esencia en las mencionadas entidades, se explica también en dos situaciones concretas:

- a. Imposibilidad de transformarse a una entidad con ánimo de lucro: En diferentes conceptos, la Superintendencia de Sociedades ha ratificado tal imposibilidad de la siguiente manera: “conforme al artículo 167 del estatuto mercantil una sociedad antes de su disolución, puede adoptar uno cualquiera de los tipos societales regulados por el mismo, a través de una reforma del contrato social...Así mismo...el acto de transformación no produce solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades, ni en su patrimonio; vale decir que la condición del sujeto no se modifica.” Más adelante el mismo concepto concluye: “Así pues, la continuidad en la existencia de la persona jurídica, como condición de la transformación, sólo puede cumplirse respecto de personas jurídicas de naturaleza societaria; presupuesto que necesariamente determina la interpretación restrictiva que este despacho le ha dado a la figura...”<sup>19</sup>.
- b. Destino de remanentes de activo patrimonial: si a la finalización del proceso de liquidación de la entidad sin ánimo de lucro quedase algún remanente de activo

---

<sup>19</sup> Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-104645.

patrimonial, este deberá entregarse a una entidad sin ánimo de lucro designada en los estatutos o en su defecto a una de objeto social similar (artículo 20° del Decreto 1529 de 1990), estando prohibido su reembolso a los asociados.

Continuando un poco con nuestro objeto de estudio, podríamos indagarnos qué pasa cuando una entidad constituida como una fundación o corporación, realiza un reparto de excedentes o utilidades a sus asociados en contravía a la esencia de la figura jurídica adoptada. De conformidad con lo explicado anteriormente, sabemos que su tratamiento tributario cambia y en tal sentido estas entidades deberán tributar como lo haría una sociedad limitada. Adicionalmente, se podría iniciar un proceso para la cancelación de la personería jurídica toda vez que los gobernadores<sup>20</sup> están autorizados para hacerlo en aquellos casos en los que se verifique que una entidad sin ánimo de lucro realmente no lleva a cabo una actividad de interés general, la cual se queda en el papel, y también cuando se verifica que a través de procesos sofisticados los asociados logran apropiarse de los excedentes financieros. El fundamento de la cancelación de la personería jurídica se encuentra establecido en el artículo 7° del Decreto 1529 de 1990, el cual indica lo siguiente:

*Artículo 7°.- Cancelación de la personería jurídica. El Gobernador del Departamento podrá cancelar, de oficio o a petición de cualquier persona, la personería jurídica de las asociaciones o corporaciones y fundaciones o instituciones de utilidad común, o la inscripción de sus dignatarios, incluyendo la del representante legal, además de los casos previstos en la ley, cuando sus actividades se desvíen del objetivo de sus estatutos, o sean contrarias al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.*

---

<sup>20</sup> De conformidad con el Decreto 1318 de 1988 (modificado parcialmente por el Decreto 1093 de 1989), el Gobierno delegó en las gobernaciones y el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, la función de ejercer la inspección y vigilancia sobre las Instituciones de Utilidad Común, domiciliadas en el respectivo Departamento y en la ciudad de Bogotá, que no estén sometidas al control de otra entidad (como por ejemplo las Instituciones de Educación Superior, cuya inspección y vigilancia está a cargo del Ministerio de Educación Nacional).

*La solicitud de cancelación de la personería jurídica se dirigirá al Gobernador acreditando la prueba de configuración de la causal invocada y formulando los hechos y los fundamentos legales. Con la firma de la solicitud se entenderá que la queja se presentar bajo la gravedad del juramento.*

La simulación de una entidad sin ánimo de lucro normalmente se hace para que sus asociados puedan disfrutar de forma ilícita el tratamiento tributario especial consagrado en el vigente artículo 19 del Estatuto Tributario, anteriormente mencionado. Por si fuera poco, también se abusa de la figura de las entidades sin ánimo de lucro debido a las facilidades que tienen a su favor para contratar con el Estado, toda vez que una entidad pública (sometida al régimen de contratación estatal), por expresa disposición constitucional, puede suscribir contratos de forma directa<sup>21</sup> con tales entidades, casos en los cuales se busca evitar la contratación a través de procesos de contratación en los que se tenga que competir con otros proponentes, como por ejemplo la licitaciones. Por esta razón, la utilización abusiva de las entidades sin ánimo de lucro y la falta de control, ha contribuido a que sean utilizadas como instrumentos para facilitar prácticas de corrupción en la contratación en el sector público.

### 3.1.2. Objeto social de las entidades sin ánimo de lucro:

De conformidad con las normas del Código Civil (artículos 633 y siguientes) y las anteriores disposiciones del Estatuto tributario, se puede concluir que las entidades sin ánimo de lucro deben tener como objeto social principal la realización de actividades de interés general. Pero, ¿pueden estar contemplar la realización de una o varias actividades mercantiles en su objeto social? De conformidad con el principio de la libre autonomía privada no hay impedimento para que una fundación o una corporación puedan establecer una actividad mercantil. Por consiguiente, las actividades mercantiles deberán estar expresamente consagradas en los estatutos y deberá quedar suficientemente claro que

---

<sup>21</sup> Cfr. Artículo 355 de la Constitución Política.

ellas se encuentran subordinadas, guardando una relación de medio a fin, con respecto al cumplimiento de la actividad de interés general, la cual prevalecerá por encima de ellas. Por poner un ejemplo básico: una fundación que busca mitigar los efectos de la desnutrición infantil puede realizar la venta de artículos decorativos para financiar la primera actividad.<sup>22</sup>

### 3.1.3. Aporte en las entidades sin ánimo de lucro:

La entrega de un aporte por los asociados no es obligatorio en todas las entidades sin ánimo de lucro, toda vez que la corporación puede constituirse sin que en ese momento ninguno de los asociados se obligue a entregar algún aporte: ni en dinero, especie o trabajo. No obstante, en los estatutos se suele establecer la posibilidad de establecer pagos o cuotas de sostenimiento obligatorias para los asociados. La fundación por el contrario, requiere necesariamente que los fundadores destinen parte de sus activos patrimoniales para con ellos conformar el patrimonio autónomo de la fundación. Por lo tanto, podríamos predicar que la obligación de entregar aportes no es un elemento de la esencia en todas las entidades sin ánimo de lucro establecidas en el código civil colombiano.

En conclusión, las entidades sin ánimo de lucro desde el punto de vista del Código Civil, son aquellas que tienen como misión principal el desarrollo de una actividad de interés general con impacto en un amplio sector de la sociedad, para cuyo financiamiento estas podrán recibir donaciones<sup>23</sup> o también podrán realizar actividades de carácter mercantil y ofrecer en el mercado, a título oneroso, productos o servicios. En ambas situaciones, los excedentes que se obtengan no podrán repartirse (total o parcialmente) entre sus asociados o fundadores y en consecuencia deberán reinvertirse totalmente en la actividad misional establecida. Por otro lado, el Estatuto Tributario

---

<sup>22</sup> Cfr. Oficio No. 020160 de abril 12 de 2004 de la DIAN.

<sup>23</sup> Nótese que el Estatuto Tributario también busca incentivar a través de beneficios fiscales a las personas naturales o jurídicas que entreguen donaciones a las entidades sin ánimo de lucro, siempre que se cumpla con lo dispuesto en los artículos 125 y 125-1 del Estatuto Tributario.

establece unos requisitos contemplados en la normatividad citada y en caso de verificarse la ausencia de uno de ellos, la entidad sin ánimo de lucro será tratada tributariamente como una sociedad mercantil.

### **3.2. Personas jurídicas de la economía solidaria:**

De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 454 de 1998, se define a la economía solidaria “al sistema socioeconómico, cultural y ambiental conformado por el conjunto de fuerzas sociales organizadas en formas asociativas identificadas por prácticas autogestionarias solidarias, democráticas y humanistas, sin ánimo de lucro para el desarrollo integral del ser humano como sujeto, actor y fin de la economía.”

Contrariamente a la situación de las personas jurídicas reglamentadas en el Código Civil Colombiano, las entidades de la economía solidaria tienen una mayor reglamentación en cuanto a la definición de las tipologías y la forma en la cual se administran. Veremos a continuación las principales de ellas:

#### **3.2.1. Cooperativas:**

Estas personas jurídicas se encuentran reglamentadas en la Ley 79 de 1988. En el artículo 4º de la mencionada ley se encuentra el concepto de cooperativa:

*“Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.*

*Se presume que una empresa asociativa no tiene ánimo de lucro, cuando cumpla los siguientes requisitos:*

1. *Que establezca la irrepartibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.*
2. *Que destine sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus asociados para los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.”*

Las cooperativas son personas jurídicas sin ánimo de lucro por lo que al igual que las corporaciones y fundaciones tienen prohibida la repartición de excedentes a sus trabajadores o usuarios. La cooperativa surge de un acuerdo solidario que “consiste en el contrato privado que se celebra entre un número determinado de personas con el objeto de crear y organizar una entidad jurídica de derecho privado denominado cooperativa, para cumplir actividades de interés social y sin ánimo de lucro, donde sus asociados tienen derechos y deberes recíprocos pactados a partir del acuerdo y se trabajará en equipo en búsqueda del mejoramiento del nivel de vida de los asociados y su grupo familiar.” (Alvarez Rivera, 2012).

No se profundizará en el análisis jurídico de la cooperativa, razón por la cual nos centraremos en traer a colación las características esenciales y cuyo análisis en el próximo capítulo nos permitan verificar si la Empresa social puede funcionar desde este tipo de persona jurídica.

1. Es una entidad sin ánimo de lucro<sup>24</sup>: esto quiere decir que se prohíbe toda forma de entrega directa de los excedentes a los asociados. No obstante, es preciso indicar que en las cooperativas el excedente “se utiliza principalmente para: a) generar nuevos servicios

---

<sup>24</sup> En tal sentido las cooperativas también hacen parte del régimen tributario especial del impuesto de renta establecido en ya citado artículo 19 del Estatuto Tributario, reglamentado por el artículo 6° del Decreto 640 de 2005.

para los asociados, b) fortalecer y apuntalar el progreso de la entidad” (Salgado, 2008). En el artículo 54 y siguientes de ley 79 de 1988 se establece el destino de los excedentes en una cooperativa:

***Artículo 54.** Si del ejercicio resultaren excedentes, estos se aplicarán de la siguiente forma: Un veinte por ciento (20%) como mínimo para crear y mantener una reserva de protección de los aportes sociales; un veinte por ciento (20%) como mínimo para el Fondo de educación y un diez por ciento (10%) mínimo para un Fondo de solidaridad.*

*El remanente podrá aplicarse, en todo o parte, según lo determinen los estatutos o la asamblea general, en la siguiente forma:*

- 1. Destinándolo a la revalorización de aportes, teniendo en cuenta las alteraciones en su valor real.*
- 2. Destinándolo a servicios comunes y seguridad social.*
- 3. Retornándolo a los asociados en relación con el uso de los servicios o la participación en el trabajo.*
- 4. Destinándolo a un Fondo para amortización de aportes de los asociados.*

Especial atención debe tener el numeral tercero antes citado ya que es el fundamento bajo el cual una cooperativa tiene autorizado el reparto de excedentes obtenidos a los asociados, lo cual se debe realizar en consonancia con el artículo 10 de la mencionada ley, aspecto que será mencionado en el numeral 4° señalado abajo.

2. Democratización de los órganos de dirección y administración: ninguna persona natural podrá entregar más del diez por ciento (10%) de los aportes sociales. De igual forma, ninguna persona jurídica podrá realizar más del cuarenta y nueve por ciento (49%) de los aportes. Estas restricciones tienen como objetivo materializar el principio democrático en

cuanto a propiedad y gobierno (toma de decisiones) de las cooperativas. Se debe tener en consideración el número mínimo de asociados que para una cooperativa corresponde a veinte asociados y cada cuenta con un voto sin importar el monto del aporte.

3. Educación solidaria: toda cooperativa debe realizar de modo permanente actividades de educación cooperativa. El artículo 88 de la Ley 79 de 1988 indica que los beneficiarios de la formación son los asociados, los trabajadores y los administradores de la cooperativa para lo cual dichas actividades se podrán financiar con cargo a los excedentes destinados al Fondo de educación mencionado en el artículo 54.

4. Prestación de servicios a no asociados: las cooperativas prestarán preferencialmente sus servicios al personal asociado. Sin embargo, si se pacta en los estatutos los servicios podrán extenderse al público no afiliado, siempre en razón del interés social o del bienestar colectivo. Por ejemplo: una cooperativa de consumo que busca que sus asociados adquieran productos alimenticios a bajo costo puede aprovecharse de la economía de escala obtenida y comercializar estos productos a personas no asociadas. En tales casos, los excedentes que se obtengan de los servicios prestados a terceros serán llevados a un Fondo social no susceptible de repartición (art. 10 de la Ley 79 de 1988).

5. Prohibición de realizar acuerdos o alianzas con sociedades mercantiles: toda cooperativa tiene prohibido establecer con sociedades o personas mercantiles, combinaciones o acuerdos que hagan participar a éstas, directa o indirectamente, de los beneficios o prerrogativas que las leyes otorgan a las cooperativas. (artículo 6° de la Ley 79 de 1988, numeral 2°).

Por último, el artículo 158 de la ley 79 de 1988 establece la remisión normativa:

*Artículo 158. Los casos no previstos en esta Ley o en sus reglamentos, se resolverán principalmente conforme a la doctrina y a los principios cooperativos generalmente aceptados.*

*En último término se recurrirá para resolverlos a las disposiciones generales sobre asociaciones, fundaciones y sociedades que por su naturaleza sean aplicables a las cooperativas.*

Según lo anterior a las cooperativas se le aplican de forma subsidiaria las disposiciones contenidas en el Código Civil para las fundaciones y asociaciones y si es del caso, las del Código de Comercio que le sean aplicables.

### 3.2.2. Precooperativas:

Definidas en el artículo 124 de la Ley 79 de 1988 como aquellos grupos que, bajo la orientación y con el concurso de una entidad promotora, se organizan para realizar actividades permitidas a las cooperativas y que carecen de capacidad económica, educativa, administrativa, o técnica, razón por la cual no están en posibilidad inmediata de organizarse como cooperativas.

Las precooperativas deberán evolucionar hacia cooperativas en un término de cinco (5) años, que pueden ser prorrogables y están reglamentadas en el Decreto 1333 del 21 de junio de 1989.

### 3.2.3. Asociaciones mutuales:

Las Asociaciones Mutuales son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social (artículo 2º Decreto 1480 de 1989). Se constituyen con un número mínimo de veinticinco (25) personas naturales.

Las asociaciones mutuales tienen por objeto la satisfacción de necesidades de los asociados mediante asistencia médica, farmacéutica, funeraria, subsidios, ahorro y crédito, actividades culturales, educativas, deportivas o turísticas, así como cualquier otra prestación dentro del ámbito de la seguridad social que tenga por fin la promoción y dignificación de la persona humana; no obstante, si lo establecen los estatutos se les autoriza para prestar estos servicios a terceros, sin que esto sea óbice para que se afecte la razón de ser de la asociación mutua (artículo 43° del Decreto 1480 de 1989).

#### 3.2.4. Fondos de empleados:

Los fondos de empleados son empresas asociativas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas por trabajadores dependientes y subordinados (artículo 2° Decreto 1481 de 1989). Esto es, solamente podrán constituir o asociarse a un fondo de empleados, aquellas personas que tengan una relación laboral dependiente con respecto a una empresa privada o pública (art. 4°). Se constituyen con un mínimo de 10 trabajadores asociados (art. 5°). Los fondos de empleados prestarán los servicios de ahorro y crédito en forma directa y exclusiva a sus asociados, servicios que se prestarán en las modalidades y requisitos establecidos en los reglamentos y de conformidad con lo que dispongan las normas que reglamenten la materia (art. 22°). Con respecto a la prestación de otros servicios, como son los servicios de previsión y seguridad social y los demás previstos en su objeto social, podrán ser prestados por intermedio de otras entidades, preferencialmente de igual naturaleza o del sector cooperativo (art. 24°). Finalmente, las instituciones o empresas podrán patrocinar o contribuir al fondo de empleados mediante diversas alternativas: otorgamiento de auxilios con destinaciones específicas; estímulo al ahorro mediante donaciones (por ejemplo entregar al fondo un porcentaje de lo ahorrado por el empleado), que serán abonadas en las cuentas de cada trabajador en el fondo; donación de acciones de la empresa al fondo, etc. (art. 51°).

### 3.2.5. Administraciones cooperativas:

Se encuentran reglamentadas en el Decreto 1482 de 1989 el cual las denomina también como Empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas. Estas personas jurídicas hacen parte del sector cooperativo. Se conforman con mínimo cinco asociados, los cuales solamente podrán tener alguna de las siguientes calidades:

- i. Entidades territoriales: La Nación, los departamentos, municipios y distritos;
- ii. Los establecimientos públicos y
- iii. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las administraciones cooperativas tendrán por objeto la prestación de los servicios previstos en los estatutos a las entidades asociadas. Sin embargo, en razón del interés social o del bienestar colectivo, cuando la naturaleza de los servicios lo permita, podrán establecer en sus estatutos la extensión de éstos a otras entidades o al público en general. En tales casos, los excedentes que se obtengan serán llevados a un fondo social no susceptible de repartición entre los asociados, como en las cooperativas (art. 31º del Decreto 1482 de 1989).

### 3.3. Personas jurídicas con ánimo de lucro:

Son aquellas personas jurídicas constituidas para la realización de una o varias actividades mercantiles mediante el acuerdo de un número plural<sup>25</sup> de asociados con la finalidad de distribuirse entre ellos las utilidades obtenidas. De conformidad con la legislación del Código de Comercio y normatividad comercial relacionada (por ejemplo

---

<sup>25</sup> Por regla general se requiere un número plural de asociados para la constitución de una sociedad mercantil. No es el objeto de estudio de este trabajo pero para ilustración del lector existen algunas situaciones bajo las cuales es posible predicar la existencia de personas jurídica con ánimo de lucro con un único *asociado* o propietario: la sociedad unipersonal, la sociedad por acciones simplificada y la empresa unipersonal.

la Ley 1258 de 2008 que creó la sociedad por acciones simplificada), por regla general las personas jurídicas con ánimo de lucro son denominadas como sociedades mercantiles<sup>26</sup>.

### 3.3.1. Elementos de la esencia de la sociedad mercantil:

El artículo 98 del Código de Comercio define a la sociedad como: un contrato a partir del cual dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Según criterio de Martínez Neira (2010, p. 86) en el artículo 98 del mencionado código, “se determinan los elementos esenciales de esta convención, a saber: pluralidad de asociados, aportaciones y ánimo de lucro”. En igual sentido Rengifo (2012) establece tres elementos esenciales de la sociedad mercantil: “i) una pluralidad de socios; ii) el aporte; iii) la vocación de utilidades como resultado de la actividad económica a través de la cual se pretenden dichas utilidades y que viene a constituir el objeto del contrato”.

De esta manera se procederá a explicar cada uno de los anteriores elementos de la esencia de la sociedad mercantil, para establecer a luego si estos resultan compatibles con la caracterización elaborada de la Empresa social.

**a. Pluralidad de socios.** Según el diccionario de la Real Academia Española la pluralidad es definida en su acepción primera como sustantivo femenino que significa “multitud, número grande de algunas cosas, o el mayor número de ellas.” La pluralidad significa entonces que se necesitan al menos de dos personas que acuerden suscribir de

---

<sup>26</sup> Con excepción de la empresa unipersonal que no es una sociedad mercantil. La sociedad por acciones simplificada y la sociedad unipersonal, pese a la contradicción lógica, siguen conservando la naturaleza de sociedad mercantil aun cuando tengan un solo asociado, toda vez que potencialmente durante su vigencia nuevos socios pueden adquirir participación en el capital social.

común acuerdo el contrato societario (los estatutos) descrito en el artículo 98 del Código de Comercio. No obstante la anterior apreciación, cada uno de los tipos societarios existentes y reconocidos por la normatividad comercial, establece un número calificado para que el constenimiento de los asociados efectivamente se traduzca en la forma asociativa buscada por ellos; por ejemplo, para la constitución de una sociedad anónima el artículo 374 del Código de Comercio establece que “[l]a sociedad anónima no podrá constituirse nin funcionar con menos de cinco accionistas”. Adicionalmente, también puede establecerse en algunos casos un número máximo de asociados para un determinado tipo societario, tal y como se exige en la llamada sociedad de responsabilidad limitada, en cuyo artículo 356 del Código de Comercio se indica dicho límite: “[l]os socios no excederán de veinticinco. Será nula de pleno derecho la sociedad que se constituya con un número mayor. Si durante su existencia excediere dicho límite, dentro de los dos meses siguiente a la ocurrencia de tal hecho podrá trasformarse en otro tipo de sociead o reducir el número de sus socios.”

**b. Aportación:** “La aportación significa la obligación que contrae cada uno de los socios respecto de los demás y a favor del fondo social. El aporte, consistente en la obligación de dar, hacer o no hacer, es el objeto de la aportación misma”.<sup>27</sup> Para cumplir con este elemento de la esencia basta, según lo anterior, que las personas que quieren asociarse se obliguen a transferir un aporte al fondo societario, razón por la cual no se desvirtúa en aquellos casos en los que el aporte no sea entregado efectivamente a la sociedad, ya que si el asociado no cumple su palabra y no paga el aporte, estará incumpliendo el contrato social suscrito y en consecuencia, la sociedad (en calidad de acreedora del aporte) podrá iniciar el proceso para cobrarle el aporte al socio y optando por alguna de las posibilidades establecidas en el artículo 125 del Código de Comercio<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> MARTINEZ NEIRA, Nestor Humberto. P. 89.

<sup>28</sup> Indica el Código de Comercio en su artículo 125: “Cuando el aporte no se haga en la forma y época convenidas, la sociedad empleará los arbitrios de indemnización establecidos en el contrato. A falta de estipulación expresa al respecto, la sociedad podrá emplear cualquiera de los siguientes arbitrios o recursos: 1º) Excluir de la sociedad al asociado incumplido; 2º) Reducir su aporte a la parte del mismo que haya entregado o esté dispuesto a entregar, pero si esta reducción implica disminución del capital social se

**c. Ánimo de lucro:** En palabras de Martínez Neira (2010, p. 91), “[e]l ánimo de lucro es el fin, el móvil o la causa del contrato, expresado en el propósito de distribuirse entre los asociados las utilidades derivadas de la explotación de la empresa u objeto social, como lo advierte el art. 98 del Código de Comercio. En consecuencia la sociedad no es un contrato desinteresado desde el punto de vista económico. La explotación del objeto no se hace con fines altruistas, sino para satisfacer el ánimo especulativo de los asociados, que se desprenden de una parte de su patrimonio para efectuar la inversión correspondiente”.

Este es un requisito esencial que se encuentra protegido en el artículo 150 del Código de Comercio, bajo el cual se entenderán ineficaces las estipulaciones estatutarias que prevea algo contrario: “[l]as cláusulas del contrato que priven de toda participación en las utilidades a algunos de los socios se tendrán por no escritas, a pesar de su aceptación por parte de los socios afectados con ellas”. De todas formas podríamos indagarnos si bajo este artículo también serían ineficaces aquellas cláusulas que priven *parcialmente* la participación de un socio en las utilidades, esto porque el artículo parece indicar que solo son ineficaces aquellas cláusulas “...que priven *de toda* participación en las utilidades”. En tal sentido los socios pueden autorizar un reparto parcial de utilidades a todos los socios (en las proporciones que les corresponda) y ordenar, de conformidad con los procedimientos y mayorías establecidas en los estatutos, la creación de reservas<sup>29</sup> con destinación específica, como por ejemplo para la financiación de un programa de Responsabilidad Social Corporativa o cualquier otra destinación aprobada por el órgano

---

aplicará lo dispuesto en el artículo 145, y 3º) Hacer efectiva la entrega o pago del aporte. En los tres casos anteriores el asociado incumplido pagará a la sociedad intereses moratorios a la tasa que estén cobrando los bancos en operaciones comerciales ordinarias.”

<sup>29</sup> El Decreto 2649 de 1993 por medio del cual se reglamentó la contabilidad y se expidieron los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, en su artículo 87 dispone, que las reservas o fondos patrimoniales representan recursos retenidos por el ente económico, tomados de sus utilidades o excedentes, con el fin de satisfacer requerimientos legales, estatutarios u ocasionales. Cfr. Superintendencia de Sociedades, Oficio 340-012241 del 10 de marzo de 2005.

societario. No obstante, esta renuncia no puede ser permanente ya que solamente se pueden establecer reservas ocasionales cuando se cumplen las mayorías establecidas en el artículo 154 del Código de Comercio y además están “sólo serán obligatorias para el ejercicio en el cual se hagan y el mismo órgano social, podrá cambiar su destinación o distribuir las cuando resulten innecesarias, teniendo en cuenta lo anterior, dichas reservas ocasionales permanecerán en el balance, en el grupo de patrimonio, hasta cuando así lo disponga el máximo órgano social, para ser trasladadas con otra destinación o finalidad”.<sup>30</sup>

En consonancia con lo anterior, es necesario preguntarnos lo siguiente: ¿Podrían los socios reunidos en asamblea o junta de socios, renunciar voluntariamente al derecho de recibir su parte en las utilidades obtenidas? De acuerdo con lo anterior, vemos que el artículo 154 del Código de Comercio permite que la renuncia sea parcial siempre y cuando se apruebe por las mayorías previstas en dicho artículo. Por consiguiente, los socios pueden crear las reservas ocasionales para determinados fines, como por ejemplo como lo sería la destinación de la totalidad de los excedentes para la financiación de actividades de interés general o la solución de problemáticas sociales inherentes a la sociedad mercantil. Pues bien, si tal reserva se crea una vez no se estaría infringiendo la norma citada ya que los socios pueden crear libremente esta clase de reservas. No obstante este tipo de decisiones no podrían realizarse periódicamente (año tras año), sin el riesgo de que se pueda evidenciar un detrimento al *interés social* ya que bajo que bajo este tipo de prácticas usualmente los socios estarían realizando un ejercicio abusivo del derecho. Me explico: si el ánimo de lucro es un elemento esencial de la sociedad mercantil y de forma constante, los socios determinan por mayoría no proceder al reparto de la utilidad cuando estén soportadas en balances reales y fidedignos (art. 151 del Código de Comercio), la mayoría estaría pasando por encima del interés de los socios minoritarios, los cuales no tienen poder político para inclinar la decisión a su favor en

---

<sup>30</sup> Superintendencia de Sociedades, Oficio 340-012241 del 10 de marzo de 2005.

caso de oponerse y por ello resultarían perjudicados por una práctica reiterada que termina por desnaturalizar la esencia de la sociedad mercantil.

En su obra, Martínez Neira (2010, p. 420) nos indica que la retención de las utilidades es una de las prácticas abusivas en el derecho societario, para lo cual me permito citar parte de su argumento:

*“Pero esto no puede significar , en la más pura interpretación exegética, que cuando se concreta esta mayoría, la asamblea puede incrementar o crear reservas que retengan utilidades de manera injustificada...Porque al ejercer esta atribución, la mayoría del máximo órgano social debe hacerlo teniendo presente lo que hemos denominado el interés social. No puede ser este un recurso al se apele para retener utilidades injustamente, mucho más si de lo que se trata es de asfixiar a los socios minoritarios para recomprar sus acciones a menor precio, como se acostumbra, lo que determina un típico abuso del derecho, conforme a los criterios enunciados.”*

De conformidad con lo anterior, los socios no podrán:

1. Renunciar de forma expresa en los estatutos al derecho de recibir las utilidades que les corresponda según balances reales y fidedignos.
2. No repartir utilidades y crear reservas ocasionales “injustificadas”.
3. No repartir utilidades por varios periodos consecutivos con el objetivo de crear reservas ocasionales, aunque estas puedan estar plenamente justificadas.

En caso de presentarse el supuesto del primer numeral, la sanción es la ineficacia de lo pactado (art. 150 del Código de Comercio), mientras que los numerales dos y tres son supuestos de una práctica abusiva, la cual deberá estar debidamente probada en un proceso jurisdiccional.

### 3.3.2. Objeto Social de las entidades con ánimo de lucro:

Las sociedades mercantiles a partir de su constitución adquieren la capacidad para la realización de las actividades señaladas en su objeto social, esto es, la cláusula en el contrato social que de manera detallada indica la o las finalidades para las cuales se constituye la sociedad. Es la razón de ser de la sociedad (artículo 110 numeral 4, Código de Comercio). En tal sentido, el objeto social es importante ya que las sociedades tendrán capacidad jurídica solamente para la realización de las actividades principales establecidas en la cláusula del objeto social y también para realizar aquellas que estén directamente relacionadas con tales actividades o tengan por finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la sociedad (artículo 99 del Código de Comercio).

De manera excepcional, la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.), reglamentada en la Ley 1258 de 2008, tiene permitido la posibilidad del pacto de un objeto social indeterminado, es decir, no será esencial establecer las actividades o finalidades para las que se constituye este tipo societario. De conformidad con el numeral 5° del artículo 5° de la mencionada ley, una sociedad por acciones simplificada podrá establecer como objeto social la realización de cualquier actividad comercial o civil lícita. Es más, si se omite la cláusula del objeto social se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.

Hasta acá la teoría básica sobre el concepto del objeto social en la sociedad mercantil y a continuación, me permito explicar el por qué se ha mencionado lo anterior. Básicamente, el objetivo es el determinar si una sociedad mercantil tiene capacidad para la realización de actos de carácter eminente no mercantil, a modo de las actividades de interés general que realizan las entidades sin ánimo de lucro. Para responder esta inquietud basta realizar una lectura al artículo 1° de la ley 222 de 1995 (que modificó el artículo 100 del Código de Comercio), y el cual dice que las sociedades pueden realizar

todo tipo de actividades sin importar la naturaleza de la misma, es decir, sin importar si tales actividades son de carácter mercantil o civil:

*ARTICULO 1o. SOCIEDAD COMERCIAL Y AMBITO DE APLICACION DE ESTA LEY. El artículo 100 del Código de Comercio quedará así:*

*ARTICULO 100. Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.*

*Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil.*

Luego de examinar el citado artículo, es evidente que si una sociedad puede tener exclusivamente actividades no-mercantiles (civiles) en su objeto social, tales como las contempladas en el artículo 23 del Código de Comercio u otras de naturaleza eminentemente civil, por consiguiente puede tener establecidas concurrentemente en su objeto social actividades mercantiles (establecidas en los artículos 20 y 21 del Código de Comercio) y actividades de naturaleza civil. También podrá realizar actividades civiles que se encuentren directamente relacionadas con su objeto social principal de naturaleza mercantil. De esta manera, las sociedades mercantiles podrán realizar en concurrencia con las actividades mercantiles, actos de naturaleza civil como por ejemplo aquellos que se traduzcan en la búsqueda del interés general. Tal es el argumento que permitiría que las sociedades mercantiles puedan realizar las actividades que hacen parte de los denominados programas de “Responsabilidad social empresarial” a través de los cuales la organización busca impactar positivamente en las condiciones de calidad de vida de la comunidad en la que se ubica y de sus diferentes grupos de interés (*stakeholders*).

## Capítulo 4

### Tipicidad de la Empresa Social en Colombia.

La Empresa Social es una realidad que va más allá de una definición legal. Roberto D'Alessio, Johnny Dotti y Flaviano Zandonai, citados por Vargas Saenz (p. 61), resaltan lo anterior de la siguiente forma: “la empresa social no es (o por lo menos no sólo) un dispositivo de ley, sino un acto económico y social que pretende contribuir en forma inédita, a través de su actividad, a las políticas sociales y de trabajo. Una ley por tanto difícilmente puede crear ex novo (desde el principio) una forma de organización y emprendimiento; actúa más como factor que puede sostener o inhibir el desarrollo y la afirmación, formalizando algunas de sus características distintivas. La historia misma de las cooperativas sociales es emblemática en este sentido: en la época del reconocimiento jurídico, ya había cientos de empresas que se definían como tal.”

Adicionalmente, de conformidad con el análisis realizado en el primer capítulo primero de este trabajo, vimos que la Empresa Social encontraba, especialmente en Europa, diferentes reglamentaciones desde la que se reconocía su funcionamiento desde entidades sin ánimo de lucro y entidades con ánimo de lucro.

En la mayoría de los casos, la Empresa Social ha sido reglamentada bajo la estructura típica de una entidad sin ánimo de lucro, no obstante la dificultad que en algunos países ha significado aceptar que este tipo de organizaciones puedan realizar actividades de carácter mercantil para financiar sus actividades sociales. En Colombia, esta no es una dificultad para determinar si la empresa social puede funcionar desde cualquiera de las tipologías analizadas en el capítulo anterior, pues como vimos, las entidades sin ánimo de lucro pueden realizar actividades mercantiles desde que sean subsidiarias y cumplan una relación de medio a fin con respecto a la actividad misional principal. De igual forma, las sociedades mercantiles pueden dedicarse a realizar tanto actividades mercantiles o civiles, de conformidad con la libre autonomía estatutaria de sus asociados, quienes pueden

determinar tales actividades en el objeto social, aunque tal posibilidad estaría limitada por la misión inherente a toda sociedad mercantil: el ánimo de lucro.

En consecuencia, bajo la normatividad colombiana, debemos analizar si otro de los criterios analizados será el que nos oriente para ir descartando alguna de las personas jurídicas del derecho privado: el ánimo de lucro. Vimos que las Empresas Sociales por regla general no pueden realizar un reparto total de las utilidades a sus asociados, pues dependiendo de la definición y del país, el reparto puede ser parcial o estar totalmente prohibido. Bajo tal caracterización de la empresa social, se puede afirmar entonces la inviabilidad para que en Colombia la Empresa Social pueda desarrollarse desde cualquier forma de sociedad mercantil, ya que según analizamos, esta tiene por esencia ánimo de lucro y no será permitido que los socios renuncien a recibir la parte de las utilidades que les corresponda (en caso de pactarse, recordemos que el artículo 150 del Código de Comercio establece que estas renunciar a las utilidades se entenderán como no escritas). En tal sentido, los administradores también estarían sujetos a que se les interponga una acción social de responsabilidad (art. 25 de la ley 222 de 1995), cuando por acción u omisión le ocasionen un perjuicio a los socios, por ejemplo, cuando estén afectando o vulnerando el derecho de estos a participar de las utilidades. Por lo tanto, podríamos afirmar que en Colombia los administradores no pueden descuidar o sacrificar el mandato que tienen de maximizar las utilidades para los socios y se harán civilmente responsables cuando se verifique que no ha sido cumplido.

Por tal motivo, el universo de las posibilidades bajo las cuales puede funcionar una Empresa Social en Colombia se restringirían a las tipologías que hacen parte de las entidades sin ánimo de lucro. En tal sentido, con respecto a cada una analizaremos las ventajas y desventajas con respecto a las caracterizaciones teóricas y legales que se han elaborado en otros países para determinar si alguna de ellas es la más idónea o si por el contrario resultaría recomendable plantear alguna reforma legislativa para que alguna de ellas se adapte a esta nueva realidad económico y social.

#### **4.1. La empresa social en la fundación:**

La fundación es un patrimonio autónomo conformado por los aportes de un o varios fundadores, quienes en los estatutos designan cuáles serán los órganos que tendrán la función de administrar el patrimonio autónomo para cumplir con la finalidad (de interés general) establecida. Veamos si cumple con los criterios básicos legales de una Empresa social:

- 4.1.1. Prevalencia de la realización de una actividad social o de interés general: la fundación cumple a cabalidad con este requisito ya que el Código Civil exige que se constituya para estos fines.
- 4.1.2. Posibilidad de realizar actos mercantiles para financiar la sostenibilidad de la actividad social: es permitido y las fundaciones pueden dedicarse a estas actividades siempre y cuando sea de manera subsidiaria.
- 4.1.3. Posibilidad de realizar un reparto parcial de utilidades: No está permitido según lo mencionamos en el capítulo anterior pues la fundaciones son entidades esencialmente sin ánimo de lucro y la normatividad actual no permite la distribución total o parcial de utilidades o excedentes financieros so pena de la cancelación de la personería jurídica por la gobernación (autoridad de control en Colombia) y en todo caso, cambiará su tratamiento tributario ya que será considerada como una sociedad de responsabilidad limitada. De todas formas, no es posible la repartición de excedentes financiero a los socios ya que propiamente la fundación no tiene socios o asociados, pues quienes toman las decisiones son administradores de la entidad, nombrados solamente podrán ejercer las funciones establecidas en los estatutos y a lo sumo, si es del caso, recibirán como contraprestación una remuneración a título de honorarios o salarios por participar en los órganos de administración de la fundación.
- 4.1.4. Incorporar diferentes clases de socios o asociados y procesos que aseguren la aplicación de principios democráticos: la Empresa social se caracteriza por ampliar la participación a los representantes de diferentes grupos de

interés. En tal sentido, el gobierno de las normas de la fundación no establecen nada sobre este asunto quedando entonces sujeto a lo contemplado en los estatutos, en los cuales los fundadores podrán establecer la creación de diferentes órganos en los que puedan participar con voz y voto los representantes de los diversos grupos de interés: voluntarios, beneficiarios, financiadores, etc. Un caso particular es la Universidad EAFIT en la cual los estatutos contemplan la participación de estudiantes, profesores y egresados en diversos órganos de la Fundación.

- 4.1.5. Elaborar y entregar un balance social: las fundaciones solamente están obligadas a preparar y entregar balances financieros de conformidad con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados. No obsta lo anterior para que aquellas que lo quieran hacer voluntariamente lo realicen como muestra de transparencia, principalmente aquellas que administran dineros o recursos donados.

## **4.2. La empresa social en la corporación o asociación:**

La corporación o asociación es una entidad sin ánimo de lucro conformada por la voluntad de un número plural de asociados para la realización de actividades de interés general. A diferencia de la fundación, no es necesario que los asociados entreguen aportes desde el momento de su constitución y también porque los asociados conservarán de manera indefinida tal calidad, mientras cumplan con los requisitos y obligaciones establecidas en los estatutos.

- 4.2.1. Prevalencia de la realización de una actividad social o de interés general: la corporación cumple a cabalidad con este requisito ya que el Código Civil exige que se constituya para estos fines. No obstante, se ha interpretado, a raíz de la Sentencia del 21 de agosto de 1940 del Consejo de Estado, que la Corporación también puede dedicarse al beneficio de sus asociados: *“La corporación está formada por una reunión de individuos y*

*tiene por objeto el bienestar de los asociados, sea físico, intelectual y moral...*”. En consecuencia, los asociados de forma potestativa podrán centrar los esfuerzos de la corporación a la satisfacción de sus intereses, caso en el cual podría predicarse que en estas situaciones, la corporación se dedicaría a la realización de actividades de interés de general de “bajo impacto”, comparándolas con otras corporaciones o fundaciones que buscan beneficiar a un amplio sector de la sociedad.

- 4.2.2. Posibilidad de realizar actos mercantiles para financiar la sostenibilidad de la actividad social: al igual que la fundación la corporación puede realizar actos mercantiles desde que se encuentren subordinados a la actividad de interés general. En este punto es necesario preguntarnos cómo responden los administradores de las entidades sin ánimo de lucro pues en materia civil no existe una norma que expresamente reglamente el tema, tal y como sucede con la ley 222 de 1995 que en sus artículos 22 a 25 determina el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles. Esto es importante porque el administrador de una entidad sin ánimo de lucro asume deberes con ella y en consecuencia, deberá responder con su propio patrimonio por los perjuicios ocasionados a ella y sus asociados. En consecuencia, si la corporación tiene como finalidad la realización de una actividad de interés general o la búsqueda de beneficios para sus asociados, el administrador deberá priorizar el cumplimiento de estos sobre las actividades mercantiles que pueda ejecutar la entidad. En tal sentido, los administradores serán responsables por no cumplir con la finalidad de la corporación. El fundamento de la responsabilidad lo podríamos encontrar en las disposiciones del contrato de mandato contenidas en el Código Civil Colombiano, especialmente su artículo 2155 que establece la responsabilidad del mandatario: “[e]l mandatario responde hasta de culpa leve en el cumplimiento de su encargo.” En consecuencia, si la misión principal de la corporación es el cumplimiento de una finalidad social, en tal sentido los deberes de

diligencia del administrador de la corporación deberán estar focalizados a la atención de esta actividad. Obviamente, si la corporación decide realizar actividades mercantiles para financiar su misión social, también el administrador deberá ejecutarlas y acreditar la diligencia de un “buen padre de familia”. De todas formas, en caso de conflicto entre la actividad misional y la actividad mercantil, el administrador deberá priorizar el cumplimiento de la primera.

- 4.2.3. Posibilidad de realizar un reparto parcial de utilidades: No es viable ya que es un requisito de su esencia y podría estar sujeta al proceso de cancelación de su personería jurídica por la Gobernación, sin olvidar que para efectos tributarios pasaría a ser considerada una sociedad de responsabilidad limitada.
- 4.2.4. Incorporar diferentes clases de socios o asociados y procesos que aseguren la aplicación de principios democráticos: Existirá libertad estatutaria para que los asociados permitan la participación en los órganos decisorios de personas que pertenezcan al grupo de stakeholders de la entidad. No existe una norma legal que lo establezca por lo cual en cualquier momento una corporación podrá aprobar una reforma para limitar la participación de personas diferentes a los aportantes.
- 4.2.5. Elaborar y entregar un balance social: las corporaciones solamente están obligadas a preparar y entregar balances financieros de conformidad con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados. No obsta lo anterior para que aquellas que lo quieran hacer voluntariamente lo realicen como muestra de transparencia, principalmente aquellas que administran dineros o recursos donados.

### **4.3. Con respecto a las Cooperativas:**

Las Cooperativas son entidades sin ánimo de lucro que cumplen en su mayoría con las características básicas de la Empresa Social. Veamos a continuación el análisis realizado.

- 4.3.1. Prevalencia de la realización de una actividad social o de interés general: Las cooperativas en nuestro ordenamiento jurídico son esencialmente de interés mutualista. No obstante estas tienen permitido extender los servicios a favor de la comunidad en general siempre y cuando también se busque el beneficio de sus asociados<sup>31</sup>. Por tal motivo podríamos indicar que en nuestro ordenamiento jurídico el mutualismo interno es un requisito esencial de las cooperativas ya que este debe estar siempre presente y los socios no pueden renunciar a recibir los beneficios, los cuales dependerán del tipo de cooperativa (financiera, de consumo, etc.). Los asociados pueden aunar esfuerzos para favorecer a un sector de la comunidad (público no afiliado), pero tal decisión es potestativa y deberá estar consagrada expresamente en los estatutos. En tal sentido, no sería viable jurídicamente una cooperativa que prescinda totalmente del mutualismo interno y se dedique de lleno a realizar actividades para el beneficio de la comunidad.
- 4.3.2. Posibilidad de realizar actos mercantiles para financiar la sostenibilidad de la actividad social: Las cooperativas pueden prestar sus servicios o vender sus productos a terceros (no afiliados), según el artículo 10 de la ley 79 de 1988, con la finalidad de lograr la sostenibilidad financiera. No obstante, esta posibilidad debe estar consagrada específicamente en sus estatutos.
- 4.3.3. Posibilidad de realizar un reparto parcial de utilidades: Las cooperativas tienen establecido en el artículo 54 de la ley 79 de 1988 el procedimiento para el reparto y destino de los excedentes financieros. En su numeral tercero, después de cumplir con el resto de

---

<sup>31</sup> Artículo 10 de la Ley 79 de 1988.

exigencias, tiene autorizado un reparto parcial a sus asociados en proporción al uso de los servicios o la participación en el trabajo.

- 4.3.4. Incorporar diferentes clases de socios o asociados y procesos que aseguren la aplicación de principios democráticos:
- 4.3.5. Elaborar y entregar un balance social: No es obligatorio, el artículo 53 de la ley 79 de 1988 solamente se refiere a la obligación de preparar un balance para fines contables y financieros: “Las cooperativas tendrán ejercicios anuales que se cerrarán el 31 de diciembre. Al término de cada ejercicio se cortarán las cuentas y se elaborará el balance, el inventario y el estado de resultados

## Conclusiones

-La Empresa social es una realidad económica, social, política y jurídica que se ha extendido por todo el mundo. No obstante, no es posible evidenciar la consolidación de un único modelo, lo cual se observa al analizar la forma en que los diferentes ordenamientos jurídicos han incorporado nuevas entidades o realizado reformas legislativas para la implementación de las empresas sociales.

-La Empresa social incorpora elementos propios de las entidades sin ánimo de lucro y de las sociedades mercantiles. De las primeras toma el objetivo de priorizar la solución de un problema o necesidad social, mientras que de las segundas se vale de sus herramientas de gestión administrativa y atracción a la inversión. En algunos países, como por ejemplo Estados Unidos, se habla de “sociedades o corporaciones híbridas”. Al incorporar elementos de ambas, se crean ciertas “tensiones” que resultan aclaradas por la normatividad respectiva, por ejemplo con respecto a la posibilidad de realizar repartos de las utilidades obtenidas, lo cual es posible en países de corte anglosajón como Estados Unidos e Inglaterra, pero restringido o prohibido en países como Italia. De la misma manera, la gobernanza participativa (gobierno democrático) no es una característica esencial en todos los casos analizados y de igual manera con respecto a la prevalencia de la actividad social sobre la actividad empresarial en las empresas sociales, pues en algunos casos, como en Estados Unidos o Argentina, parece priorizarse el segundo elemento, mientras que en Italia lo primero.

-En Colombia no existe, salvo una primera definición del Concejo de Medellín de 2011, un acercamiento de la doctrina jurídica al concepto de la Empresa social. En tal sentido, el presente trabajo pudo demostrar los principales obstáculos que puede presentarse para la implementación de la Empresa Social en nuestro país. Principalmente, son los siguientes con respecto a cada tipo organizativo:

- a. Corporaciones y fundaciones: de conformidad con algunas propuestas teóricas, como la formulada por Borzaga y Yunus, la Empresa social puede repartir parte de sus excedentes entre sus asociados sin que esto afecte el cumplimiento del fin social de la misma. En tal sentido se pudo verificar que actualmente existen al menos las siguientes restricciones para que esto pueda realizarse en las corporaciones o fundaciones porque estas son esencialmente entidades sin ánimo de lucro y nuestro ordenamiento jurídico está diseñado para sancionar situaciones en las cuales estas entidades realizar total o parcialmente dicho reparto de utilidades, lo cual se evidencia en: a. Posibilidad de cancelación de la personería jurídica y b. Sanciones tributarias y cambio de régimen tributario. Con respecto a esta posibilidad, la cooperativa es la única entidad sin ánimo de lucro que eventualmente tiene autorización legal para realizar un reparto parcial de los excedentes a sus afiliados, aunque con la desventaja que no pueden incluir en el reparto los ingresos obtenidos por la prestación de servicios o venta de productos a personas no afiliados.
- b. Sociedades mercantiles: las Empresas sociales entran en contradicción con el interés de los socios en recibir parte de las utilidades obtenidas por la sociedad, existen elementos normativos contenidos en el Código de Comercio que declaran ineficaces las estipulaciones estatutarias bajo las cuales se limite el reparto de las mencionadas utilidades.

-Con respecto a la priorización de la actividad social y al establecimiento de elementos de gobernanza participativa que aseguren procesos de gobierno democráticos: una persona un voto; la entrega de balances sociales; la incorporación de stakeholders en los órganos de gobierno, son características de las empresas sociales que pueden desarrollarse en las entidades sin ánimo de lucro (incluidas las entidades de la economía solidaria) y las sociedades mercantiles contempladas en Colombia. No obstante, esto es posible siempre y cuando se

pacte expresamente en los estatutos y por consiguiente estos acuerdos son susceptibles de ser modificados o eliminados en cualquier momento. Algunos países como Estados Unidos en las Benefit Corporations establecen “supermayorías” o mayorías calificadas (dos terceras partes de los votos) para que estos cambios se puedan realizar.

-De conformidad con lo anterior, algunos modelos de Empresas sociales podrían ser implementados en Colombia sin que sea necesaria la incorporación de modificaciones a la normatividad. No obstante otros modelos serían incompatibles, sobretodo aquellos que contemplan la posibilidad de realizar repartos parciales de utilidades o excedentes financieros entre sus asociados, caso en el cual sería recomendable una reforma legislativa para hacer viable este tipo de empresas sociales.

-La dinámica de las Empresas sociales demandan administradores que al gerenciar apliquen teorías y conocimiento administrativo y tener conocimientos del sector social, quienes deben cumplir con la diligencia que se espera de un “buen hombre de negocios”. En tal sentido, la normatividad deberá incorporar un régimen de responsabilidad para los administradores de estas entidades, pues actualmente las entidades sin ánimo de lucro carecen de este y solamente se encuentra establecido para los administradores de las sociedades mercantiles (ley 222 de 1995).

### Bibliografía

- Vargas Saenz, M. E., & Podestá Correa, M. P. (2012). *De las cooperativas a las empresas sociales* (Vol. 2). Medellín, Colombia: CMG: Gobernación de Antioquia: Universidad EAFIT.
- Borzaga, C., & Fazzi, L. (2008). *Governo e organizzazione per l'impresa sociale*. (C. Borzaga, & L. Fazzi, Edits.) Roma, Italia: Carocci Editore.
- Yunus, M. *Las empresas sociales*.
- Díaz-Foncela, M., & Marcuello, C. (2012). Las empresas sociales en España: concepto y características. *GEZKI* (8), 143-164.
- Vargas Balaguer, H. G. (2014). Empresas B: ¿Hacia un nuevo tipo societario? *Estudios de Derecho Empresario* .
- Zamagni, S. (2014). El reto de la responsabilidad civil de la empresa. *Mediterraneo Económico* , 26, 209-225.
- Pestoff, V., & Hulgard, L. (2015). Participatory Governance in Social Enterprise. *5th EMES International Conference on Social Enterprise* (págs. 1-18). Helsinki: EMES.
- Lamiceli, P. (s.f.). La empresa social en Europa: algunos puntos de comparación. En M. E. Vargas Saenz, *De las cooperativas a las empresas sociales* (pág. 144). Medellín: s.d.
- Fajardo García, G. (2012). El concepto legal de economía social y la empresa social. *GEZKI* (8), 63-84.
- Ronquillo Campoverde, J. E. (2015). *La Empresa Social: Un modelo de negocio emergente*. Cartagena, España: s.d.
- Kelley, R. (2014). The Emergin Need For Hybrid Entities: Why California Should Become The Delaware Of "Social Enterprise Law". *Loyola of Los Angeles Law Review* , 47 (619), 619-656.
- Les, E., & Ciepielewska-Kowalik, A. (2014). Social Enterprises in Poland: Competitive Advantages, Challenges, Obstacles and Innovative Ways Forward. A case of Early Childhood Education and Care Services. *54th ERSA Congress* (págs. 1-18). St. Petersburg: ERSA.
- Ndour, M., & Gueye, B. (2015). L'Entrepreneuriat Social au Senegal: une etude exploratoire du champ. *Revue Africaine de Gestion* (Special), 1-36.
- Acuña, Á., Isla Madariaga, P., & Sion , R. (2015). La economía de comunión como modelo de emprendimiento social. *V Coloquio Internacional de Epistemología e Sociologia da Ciencia Administracao*, (págs. 0-14). Florianapolis.