

LA LEY 1258 DE 2008, UNA MIRADA CRÍTICA

Katherine Álvarez Restrepo

Katherine Siegert Ospina

Universidad EAFIT
Escuela de Derecho
2010

LA LEY 1258 DE 2008, UNA MIRADA CRÍTICA

KATHERINE ÁLVAREZ RESTREPO

KATHERINE SIEGERT OSPINA

Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar al título de Abogado

Asesor: NORMA CECILIA NIETO NIETO

MEDELLÍN
UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
2010

Nota de aceptación

Presidente del jurado

Jurado

Jurado

Ciudad y fecha (día, mes, año)

A mi familia, pues fueron siempre mi principal apoyo durante mi formación como profesional. A mis profesores siempre pacientes y dispuestos a solucionar todas mis inquietudes. A Simón por su incondicionalidad y a mis amigos y compañeros que llenaron de alegría todos estos años. A todos ellos los mejores deseos para siempre.

Katherine Siegert Ospina.

A mis padres, porque gracias a ellos y al apoyo que me han brindado durante mi formación profesional, he podido superar todos aquellos obstáculos que se han presentado a lo largo del camino. A mi amiga Katherine Siegert porque sin su incondicional amistad, mi paso por la Universidad no hubiera sido una experiencia tan divertida. Y a mis amigos y compañeros con los cuales compartí tantos momentos.

Katherine Álvarez Restrepo.

AGRADECIMIENTOS

A mi amigo y profesor Ramiro Rengifo, fuente siempre de inspiración, por su pasión al educar y por sus innumerables enseñanzas, las cuales son para mí el legado más importante que me deja mi visita por la Universidad.

Al Equipo de Trabajo de la Firma Consultores & Abogados, por brindarme siempre su conocimiento de forma incondicional, por creer en mi y por permitirme acercarme a la realidad de los fenómenos jurídicos.

Katherine Siegert O.

A la profesora Norma Cecilia Nieto Nieto, quien nos acompañó y asesoró pacientemente con el fin de sacar adelante nuestro proyecto de grado y en especial a mis padres quienes me han formado con amor y dedicación, gracias a ellos por su apoyo incondicional.

Katherine Álvarez R.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN.	8
2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SOCIEDAD COMO CONTRATO EN COLOMBIA (Reseña histórica)	12
2.1 Asociarse, una actividad inherente al hombre	12
2.2. Recepción del derecho mercantil en América Latina	14
2.3 Influencia en el derecho local	15
2.4 Las sociedades como contratos en Colombia	21
3. DEBILITAMIENTO DE LA TEORÍA CONTRACTUALISTA	26
3.1 Derecho comparado	26
3.2 Antecedentes normativos de la sociedad unipersonal en Colombia	29
- Ley 222 de 1995	29
- Ley 1014 de 2006	38
- Ley 1258 de 2008	46
4. ASPECTOS DISTINTIVOS ENTRE LAS SOCIEDADES TRADICIONALES DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LAS SOCIEDADES DEL EMPRENDIMIENTO PLURALES DE LA LEY 1014 Y LAS S.A.S.	50

5. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 1258 DE 2008.	75
5.1 Primer problema de constitucionalidad de la Ley 1258 de 2008. (Artículo 40)	76
- Niega al ciudadano el derecho al Juez Natural	82
- Desconoce que la Rama Ejecutiva está Organizada jerárquicamente	85
- Niega la posibilidad de acceder a la doble instancia	86
5.2 Segundo problema de constitucionalidad de la Ley 1258 de 2008. (Artículo 46).	91
6. CONSIDERACIONES FINALES	105
BIBLIOGRAFÍA	113

INTRODUCCIÓN

La Ley 1258 de 2008 por medio de la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada, se presenta como la principal novedad en el derecho comercial colombiano, específicamente en el campo del derecho societario. El Doctor Francisco Reyes Villamizar, quien participó ampliamente en la elaboración del proyecto de Ley de la misma, ha afirmado en reiteradas oportunidades la conveniencia de tener dentro de la legislación nacional este tipo societario, no solo por las múltiples ventajas que trae la norma, sino porque además implica un avance significativo que permite a Colombia estar a la altura de otras normatividades a nivel mundial que también la han acogido.

Sin embargo, y sin dejar de lado los buenos comentarios que ha recibido dicha Ley por parte de diferentes personalidades, entre los que se destacan juristas, doctrinantes y en particular el promotor de la misma, resulta conveniente hacer un análisis y preguntarse si se presenta algún tipo de problema jurídico, dentro de los diferentes artículos que la conforman.

En una primera aproximación a la norma y haciendo un estudio a los artículos que hacen parte de la misma, donde se evidencian dos casos específicos que presentan ciertos problemas que hacen afirmativa la respuesta al cuestionamiento anterior, y son en su momento inicial, los que generan que se lleve a cabo la presente investigación.

El objetivo principal consiste entonces en hacer ciertas precisiones puntuales a propósito de dos artículos en los cuales hemos considerado se podrían verificar los problemas jurídicos a que se hace referencia a saber, el artículo 40 y el artículo 46. El primero de ellos se refiere a la resolución de los conflictos societarios para el caso de la sociedades por acciones simplificada y el segundo ordena

transformar las sociedades unipersonales reguladas en la Ley del emprendimiento (Ley 1014 de 2006), en sociedades por acciones simplificadas.

Es importante aclarar, al momento de la realización de la presente investigación y su culminación, existen dos demandas de inconstitucionalidad parcial en contra de los siguientes artículos:

- Artículo cuarenta (40) de la Ley 1258 de 2008, la cual fue admitida por la Corte Constitucional por medio de auto del 19 de junio de 2009 (Expediente D7784); la demanda ha sido presentada por el ciudadano Fabián López Guzmán, contra aquel aparte de la norma que reza: “(...) *incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales (...)*”¹;
- Artículo cuarenta y seis (46), inciso tercero, de la Ley 1258 de 2008, admitida el veinte (20) de enero de 2010 (Expediente 7079); la demanda de inconstitucionalidad fue presentada por el ciudadano Ciro Eduardo Martínez contra la expresión: “*Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas*”.

No obstante, aún no existe un pronunciamiento formal de la Corte Constitucional frente a las demandas formuladas, ni frente al análisis que se pretende hacer en

¹ El Actor considera que el aparte demandado vulnera los artículos 1, 13, 29, 228 y 229 de la Constitución Política, por desconocimiento de la esencia del Estado Social de Derecho, porque se vulnera el derecho a la igualdad al desconocer los derechos de los socios minoritarios y porque a través del mismo se está limitando el acceso a la administración de justicia. Para mayor información sobre el contenido de la demanda remitirse a la Página Web de la Corte Constitucional de Colombia: www.corteconstitucional.gov.co

este estudio, como tampoco existe reglamentación² por parte del legislador. Lo anterior permite afirmar que los problemas presentados por la Ley en dichos artículos, no han sido subsanados.

Las críticas que en el presente trabajo se formulan, surgen como consecuencia de una percepción fundamentada en el examen y empleo de principios determinantes de la Constitución Política de 1991, los cuales se consideran desconocidos por el legislador en la Ley 1258 de 2008, de manera tal que ese estudio crítico, como se dijo, constituye el objetivo principal de este trabajo.

Por ende, se pretende:

- 1) Realizar un recorrido histórico para determinar los antecedentes de la sociedad en Colombia, teniendo en cuenta que desde sus orígenes, la misma se concibió como el producto de un contrato.
- 2) Mostrar cómo esta concepción se ha debilitado, hasta llegar hoy a permitir que se constituyan sociedades a partir de un acto unilateral.
- 3) Exponer las principales diferencias entre las formas asociativas reconocidas por el ordenamiento colombiano, es decir, las aceptadas tradicionalmente (las sociedades reguladas por el Código de Comercio), las sociedades del emprendimiento plurales de la Ley 1014 de 2006 y las S.A.S.

² En este punto es importante aclarar que en la actualidad sólo existe el decreto reglamentario 2020 del 2 de junio de 2009, por medio del cual se reglamenta el artículo 28 de la Ley 1258 de 2008, que hace referencia a la revisoría fiscal en las Sociedades por Acciones Simplificadas, sin embargo, este no se ocupa de los problemas que se tratarán en el presente trabajo de grado.

4) Como núcleo esencial de este estudio, hacer un análisis de constitucionalidad de algunos artículos de la Ley 1258 de 2008, los cuales como se mencionó antes, pueden presentar problemas de este tipo.

5) Hacer en las consideraciones finales, alusión a las ventajas que presenta la Ley 1258 de 2008, por lo novedosa que resulta en cuanto a los requisitos necesarios para su constitución y desarrollo práctico. Así mismo, se hará referencia al futuro que se piensa pueden tener las sociedades en Colombia, partiendo precisamente de la flexibilización y reducción de requisitos que traen las S.A.S frente a los demás tipos societarios.

Por el hecho de que la naturaleza misma de la investigación que se propone, es el de una monografía para optar al título de abogado y en atención al tiempo que la norma lleva como parte del ordenamiento jurídico colombiano desde su entrada en vigencia hace poco menos de dos años, no será posible dar cuenta de eventuales demandas posteriores que por razones de inconstitucionalidad se invoquen en contra de la precitada Ley. No obstante, se espera que el análisis que en este trabajo se propone de cuenta suficiente de las demandas en curso y sea elemento de referencia para quien pretenda hacerse a un panorama actual del derecho societario colombiano contemporáneo.

2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SOCIEDAD COMO CONTRATO EN COLOMBIA

2.1 ASOCIARSE, UNA ACTIVIDAD INHERENTE AL HOMBRE

Cuando el esfuerzo individual y aislado se hizo insuficiente para lograr la supervivencia, el hombre se vio en la obligación de unir fuerzas y agruparse con el propósito de conseguir determinados objetivos. La necesidad de asociarse para poder evolucionar fue inherente a la condición humana.

En palabras del investigador Emilio Szlechter:

*“La colaboración de varias personas tiene, en cualquier clase de empresas una eficacia o fecundidad de que carecen el esfuerzo o el capital simplemente individuales. Por su medio pueden crearse fuerzas económicas que superan en magnitud y en duración las posibilidades de las distintas personas interesadas en el desarrollo de una actividad determinada. Por eso es por lo que el espíritu de asociación se ha manifestado con mayor o menor vigor en todas las épocas y en todos los lugares al mismo tiempo que ha comprendido todos los ángulos de la actividad humana desde el trabajo manual, las ocupaciones intelectuales, comerciales e industriales hasta la vida religiosa misma”.*³

En la Edad Media, surge la necesidad de asociarse con el fin de continuar la comunidad hereditaria formada bajo la autoridad del *Pater familias*, asociación que se hizo en principio, siempre en consideración a la persona, desarrollando así el

³ SZLECHTER, Emilio, Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome. En: Derecho Comercial, Editorial Temis: Gabino Pinzon, 1960. Pág. 7.

principio de “**Intuito Personae**”. Fue de esta forma como surgió la sociedad civil cuyos intereses estaban enfocados en fortalecer y mantener la estructura familiar con posterioridad a la muerte del *Pater Familia*.⁴

No obstante, con el desarrollo del comercio las necesidades cambiaron y la asociación ya no se hacía con el único objeto de continuar la comunidad formada por el *Pater Familia*, sino que los fines pasaron a ser de tipo económicos, viéndose en la obligación de vincular personas extrañas a la familia.

Fue entonces con la necesidad de intercambiar bienes, (que llevaba aparejada una retribución de tipo económico) donde se dieron los primeros desarrollos de la sociedad de tipo mercantil, la cual tenía un ánimo especulativo: riesgo de ganancia o pérdida. La necesidad de asociarse con fines lucrativos, constituye el primer paso en la evolución del principio “Intuito Pecuniae”, del cual surge posteriormente la sociedad anónima desarrollada en principio en Gran Bretaña e impulsada consecutivamente en EE.UU., hoy de gran alcance en sistema capitalista.

Por su parte, el desarrollo de la sociedad en comandita se remonta a la edad media, época en la cual le era prohibido a nobles y sacerdotes ejercer directamente el comercio. Debido a esto, se vieron en la obligación de actuar por intermedio de terceras personas dando paso al desarrollo del *contrato en comando*, por medio del cual se compartían las utilidades con quien había encomendado un determinado encargo.

En el año de 1673, la “Ordenanza del Comercio” francesa abordó el tema de la sociedad colectiva, denominándola *general* o libre, tiene reglamentaciones especiales sobre contabilidad mercantil, sociedades comerciales, letras de cambio, quiebras, cesiones de bienes, jurisdicción consular, entre otros. Ésta,

⁴ Sobre el tema véase a PINZÓN, Gabino, “Derecho Comercial SOCIEDADES”, Volumen 2, Editorial Temis, Bogotá, 1960, Págs. 8 y 9.

entendía la sociedad como un contrato en el cual era indispensable la pluralidad de sujetos.

Posteriormente, en 1737 se refuerza la concepción de la sociedad como contrato con el desarrollo de las *Ordenanzas de Bilbao*, las cuales trataron las sociedades denominadas *generales* o *colectivas*.

“Las ordenanzas de Bilbao constituyen un verdadero código de comercio terrestre y marítimo que no sólo contiene reglamentaciones sobre la jurisdicción del consulado, sino sobre las distintas cuestiones de comercio, como lo relacionado con los mercaderes y sus libros, las compañías de comercio, las comisiones, las letras de cambio, los seguros, los fletamentos de navíos, los naufragios, las averías, la gruesa ventura, etc”⁵.

El Código de Comercio Francés de 1808 se ocupó de diferenciar las sociedades *colectivas* (*personas*) de las sociedades de *capital*, introduce el concepto de empresa y de sociedad anónima y surge como código independiente del código civil.

Casi noventa años después la Ley alemana de 1892 desarrolla la sociedad de responsabilidad limitada, apta para pequeños y medianos empresarios.

2.2 RECEPCIÓN DEL DERECHO MERCANTIL EN AMÉRICA LATINA

La principal influencia en América Latina proviene del derecho europeo, en especial del Código Francés de 1808 y el español de 1829.

⁵ PINZÓN, Gabino, Derecho comercial, volumen 1, Cuestiones generales y quiebras, Editorial Temis Bogotá 1957, Págs. 14 y 15.

Estos Códigos de Comercio fueron redactados para satisfacer las necesidades de sociedades con un desarrollo social, político y económico bastante diferente a las que para la época de la adopción de los mismos, tenían las sociedades de América Latina. No obstante, la influencia fue bastante fuerte y la adopción de estos códigos fue casi textual.

Brasil promulgó en 1850 su código de comercio, inspirado en el Código de Comercio francés, español y portugués. Este Código de Comercio rige aún en Brasil, pero ha sido objeto de numerosas reformas.

En México la codificación comercial inició con el Código de 1854 inspirado en el Código español de 1829, el cual rigió junto con las Ordenanzas de Bilbao hasta el año de 1884, al igual que el Código de Comercio brasilero ha sido objeto de múltiples reformas.

Eduardo Acevedo, jurista uruguayo exiliado en Argentina, fue quien redactó en este país el Código de Comercio de 1859, inspirado según los críticos, en los códigos de comercio: francés, español, portugués y holandés.

En Chile, el argentino Gabriel Ocampo también exiliado, fue el encargado de presentar el proyecto de código de comercio, inspirado en el Código Español y en el Código de Napoleón el cual empezó a regir en el año de 1867⁶.

2.3 INFLUENCIA EN EL DERECHO LOCAL

El Código de Comercio colombiano tiene una gran influencia francesa puesto que Colombia, a través del Código del Estado de Panamá, adoptó casi literalmente el

⁶ Sobre este tema véase a PINZÓN, Gabino, Derecho Comercial, Editorial Temis, Bogotá 1957, Págs. 25 y siguientes.

Código de Comercio chileno, que a su vez fue inspirado por el Código de Comercio francés.

Como antecedentes legislativos se encuentran, la legislación española con las siete partidas, la Recopilación de Indias, la Novísima Recopilación y las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

“Durante la Colonia, las actividades mercantiles en el Virreinato de la Nueva Granada estuvieron sujetas a las regulaciones que sobre la materia había dictado la Corona española. De ellas merecen especial mención las Ordenanzas de Bilbao, que tuvieron vigencia en las posesiones españolas a partir de 1737. Otras normas de contenido mercantil especialmente dictadas para las colonias, fueron recogidas en su oportunidad en la Recopilación de Indias y en la Novísima Recopilación”⁷.

El Congreso de la Nueva Granada, expidió el 1° de junio de 1853 la primera legislación nacional sobre comercio terrestre y marítimo, en cuyo artículo 1110 deroga las ordenanzas de Bilbao de 1737. Este código obedece a una copia del Código español de 1829, el cual también fue adoptado por países como: Argentina, Bolivia, Chile, Guatemala, México, Nicaragua, Perú y Venezuela. *“De inspiración española (Código español de 1829), fue elaborado en el año de 1853 un Código Nacional de comercio, el cual fue expedido el 1° de junio”⁸.*

⁷ MADRIÑAN DE LA TORRE Ramón, Principios de Derecho Comercial, Octava Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, Pág. 21.

⁸ BERNAL GUTIERREZ Rafael, “El Código de Comercio Colombiano, Historia y proyecciones”, Pág. 2 (Artículo de Internet). <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=640>, 11 de mayo de 2009.

Con la Constitución Política de 1858 se estableció en Colombia el régimen federal, originándose una división entre el Código de Comercio marítimo y el Código de Comercio terrestre, siendo común para todos los estados el primero y propio de cada estado el segundo. *“Tanto la Constitución de 1858 como la de 1863, facultaron a los Estados soberanos para dictar su propia legislación en materias civiles, comerciales y penales, reservando únicamente al gobierno central lo concerniente a comercio marítimo, exterior y costanero”*⁹.

En el año 1886 fue abolido el federalismo, reconstituyéndose a Colombia como una República unitaria con un gobierno central, la Ley 57 de 1887 sobre adopción de códigos, conllevó a que se diera una unificación de la legislación nacional, incluyéndose la mercantil.

Producto de lo anterior, rigen a partir de la fecha de forma unificada el Código de Comercio del extinguido Estado Soberano de Panamá y el Código Nacional sobre comercio marítimo del año 1884. Es en esta época cuando se comienza a hablar de compañías en la legislación nacional. Así lo sostiene Ignacio Sanín Bernal:

*“Incluidas las compañías en la legislación nacional de fin del siglo pasado por el Código de Comercio de la República reunificada, heredado del Código del Estado de Panamá que había llegado de Chile durante la primera parte del siglo XX se conocieron y regularon cuatro tipos de sociedades; la anónima, las comanditarias simple y por acciones, y la colectiva (...)”*¹⁰.

⁹MADRIÑAN DE LA TORRE Ramón, Principios de Derecho Comercial, Octava Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, Pág. 22.

¹⁰ SANIN BERNAL Ignacio, Un nuevo Derecho Societario, Primera Edición, Biblioteca jurídica Diké, Medellín, 1999, Pág. 37.

En el tema de las sociedades en particular, se establecen modificaciones respecto de las sociedades anónimas, con la expedición de la Ley 27 de 1888, la Ley 42 de 1898, 58 de 1931, 73 de 1935, el Decreto 2521 de 1950 por el cual se reglamentan en 293 artículos dichas sociedades, entre otras normas que surgieron al respecto. También se regula el tema de las sociedades domiciliadas en el exterior, como muestra de las modificaciones más relevantes que se dieron sobre el particular¹¹.

Las codificaciones adoptadas por la Ley 57 de 1887 constituyeron hasta 1971 el derecho mercantil. Según Ramón Madriñan de la Torre: *“Los ordenamientos adoptados por la Ley 57 de 1887, constituyeron durante 84 años la columna vertebral de la legislación mercantil colombiana”*¹².

Sin embargo, a partir del año 1907 se inicia un proceso para crear un nuevo código de comercio, pero solo hasta el año 1958 se presenta un proyecto ordenado de derecho mercantil, el cual sólo se vuelve ley en el año 1971. Por medio de éste, se derogan todas aquellas disposiciones anteriores que se encargaron de introducir hasta la fecha reformas y adiciones en materia mercantil.

En 1958 se crean comisiones para dar desarrollo a dicho código, desatancándose entre los miembros de éstas los Doctores: Gabino Pinzón, Victor Cock Arango, Efrén Ossa, Emilio Robledo Uribe y Álvaro Pérez, a quienes se delegó la tarea de dar vida a un proyecto armónico conformado por siete libros ordenados, comenzando con ello la existencia de la normatividad comercial vigente.

Como uno de los temas a tratar y que se incluiría dentro de los libros conformados por la comisión, está aquel que se encarga del tema de las sociedades: *“El libro segundo del proyecto versa exclusivamente sobre las sociedades. La comisión*

¹¹ PINZON José Gabino, Derecho Comercial, Editorial Temis, Bogotá, 1957, Pág. 59.

¹² MADRIÑAN DE LA TORRE Ramón, Principios de Derecho Comercial, Octava Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, Pág. 23.

establece unos principios generales comunes a todas las sociedades siguiendo con ello la influencia de la legislación mexicana en 1934, el Código Italiano de 1942 y el Código Japonés de 1951¹³”.

Posteriormente, en 1968 se conforma otra comisión que trabaja hasta el año 1971, siguiendo muchos de los lineamientos del primer grupo de doctores señalados para esa misión. *“En el año de 1968, en virtud de las autorizaciones conferidas al gobierno nacional en el núm. 15 del art. 20 de la ley 16 de 1968, se creó una comisión revisora del proyecto que estaba a la consideración del Congreso nacional”¹⁴.*

El Código de Comercio colombiano actual surge entonces a partir de la expedición del Decreto Ley 410 de 1971 y se conforma por los siguientes libros:

- El Libro primero versa sobre los comerciantes y los asuntos de comercio.
- El Libro segundo se refiere a las sociedades comerciales.
- El Libro tercero recoge las normas sobre los bienes mercantiles.
- El Libro cuarto regula las normas sobre los contratos y las obligaciones mercantiles.
- El Libro quinto compendia las disposiciones sobre navegación (marítima y aeronáutica).
- El Libro sexto trata sobre los procedimientos típicamente mercantiles.

El código no ha sido ajeno a las críticas, las cuales se presentaron tanto con la expedición del mismo, como en la actualidad y con razón, ya que son muchos los cambios que se dan a nivel mundial en materia comercial, produciéndose avances

¹³ BERNAL GUTIERREZ Rafael, Tomado del artículo de Internet “El Código de Comercio Colombiano: Historia y proyecciones”, Pág. 92. <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=640>. 11 de mayo de 2009.

¹⁴ MADRIÑAN DE LA TORRE Ramón, Principios de Derecho Comercial, Octava Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, Pág. 24.

no solo en lo referente a las sociedades, sino en general en temas de derecho comercial.

Desde el inicio existieron inconformismos que llevaron a que se tomaran decisiones apresuradas en cuanto a ciertas disposiciones importantes, lo cual implica que desde las bases legislativas existieran problemas cuyo reflejo se extiende hasta hoy.

“Este Código ha sido objeto de fuertes y constantes críticas. Ante todo, se advierte en él, especialmente en el libro segundo, la presencia de un criterio transaccional entre los proyectos presentados por los grupos en que se dividió la comisión revisora. Hay disposiciones cuya paternidad intelectual no acepta ninguno de los miembros de la comisión y que parecen haber sido fruto de inserciones inconsultas de última hora”¹⁵.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, es claro que actualmente es este código el que rige en nuestro país como un cuerpo legal de normas que tiene por objeto regular las relaciones mercantiles. Aunque se hayan presentado a partir de su promulgación diferentes reformas¹⁶ que buscan la adecuación y modernización en la materia, es claro que el proceso evolutivo es mucho más lento que en otros países.

Una vez realizado éste recorrido histórico, el enfoque del presente trabajo, pasará a ser el tema de las sociedades comerciales como contrato y su evolución en Colombia, hasta llegar a la Ley 1258 de 2008.

¹⁵ Op. Cit. Pág. 25.

¹⁶ Entre las más recientes se encuentran: la Ley 222 de 1995, Ley 1014 de 2006 y su Decreto reglamentario 4463 de 2006 y la Ley 1258 de 2008.

2.4 LAS SOCIEDADES COMO CONTRATOS EN COLOMBIA

Es de destacarse que en América Latina y más concretamente en aquellos sistemas jurídicos influenciados por el derecho romano germánico, preponderante es la teoría contractualista de la sociedad, quien considera a la sociedad es un contrato, en el que intervienen varios acuerdos de voluntades.

En Colombia, el tema no admitía ningún tipo de discusión y fue así como desde el proyecto del Código de Comercio actual, se partió de la idea que la sociedad sería constituida por dos o más individuos.

En julio de 1958 el Ministro de Justicia, Rodrigo Noguera Laborde presenta al Congreso de la República el “Nuevo Código de Comercio”, con su respectiva exposición de motivos, el cual dedicaba su primer título al “contrato de sociedad comercial”, que en su primer capítulo (“Disposiciones generales”) abordaba el tema de la sociedad como contrato.

La exposición de motivos se refiere al tema de la siguiente manera:

*“Este primer capítulo tiene por objeto algunas nociones y principios generales que encuadran el negocio jurídico de formación de una sociedad comercial dentro de los contratos regulados por el derecho privado. Desde la misma denominación del capítulo¹⁷ se define la cuestión que se ha discutido en la doctrina moderna en el sentido de que **la sociedad se forma por un contrato que da forma al ánimus societatis** y que regula los diversos ángulos de ese acuerdo de voluntades **que la Comisión no ha querido emancipar de la técnica del contrato** y encuadrar dentro de*

¹⁷ El Capítulo se denomina “Del contrato de sociedad comercial”.

*nociones que como la de la institución, tienen precisamente el defecto de ser cómodas para la especulación doctrinal porque son demasiado vagas según la justa censura de Savatier y de Ripert (René Svatier *Methamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*, p.64, y Georges Ripert, *Traité de Droit Commercial*, N° 585. (Cursiva y negrilla fuera de texto original))¹⁸.*

En la exposición de motivos del proyecto de código de comercio se consagraron unos principios que serían aplicables al contrato de sociedad comercial, el primero de ellos destaca la importancia de la pluralidad:

*“La idea de que la sociedad no es, estrictamente hablando, un contrato sino que se forma por un contrato o **mediante un acto plural de voluntad** que se sujeta, por regla general a los mismos requisitos de fondo propios de los contratos civiles (artículos 310 y 313). Dentro de esta idea – retocando simplemente la definición que se expresa en el artículo 2079 del Código Civil, se indica cuál es el objeto y cuál es la causa de las obligaciones que se contraen por los **asociados mediante ese contrato**”* Cursiva y negrilla fuera de texto.¹⁹

Por su parte, el proyecto de Código de Comercio en su artículo 301, reforzaba la importancia de la pluralidad de sujetos que se requería para constituir la sociedad:

¹⁸ COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Proyecto de Código de Comercio elaborado por la Comisión Revisora del Código de Comercio. Tomo II. Bogotá: El Autor, 1958. Pág. 89.

¹⁹ Op. Cit. Pág. 90

*ARTÍCULO 31. (Proyecto de Código de Comercio). Por el contrato de sociedad **dos o más personas** se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, para el desarrollo de una actividad económica, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa social. (Cursiva y negrilla fuera de texto)²⁰.*

La arraigada idea de concebir la sociedad como contrato, quedó reflejada en el actual Código de Comercio colombiano, que en su artículo noventa y ocho (98) describe el contrato de sociedad:

*“Por el contrato de sociedad **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”. (Cursiva y negrilla fuera de texto).²¹*

La percepción de la sociedad como un acto que requiere la voluntad de varias personas es evidente, puesto que se parte del hecho de que para poder constituir una sociedad se requiere el acuerdo de dos o más personas, cerrando la posibilidad de que se lleve a cabo por medio de un acto unilateral.

La idea de la sociedad como contrato fue un común denominador en la legislación colombiana hasta mediados de la década de los noventa, pues con la creación de la Empresa Unipersonal (Ley 222/95)²², se empieza a desvirtuar la concepción de

²⁰ Op. Cit, Pág. 90

²¹ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO. Bogotá: Legis, 2007, artículo 98.

²² Para muchos autores la sociedad unipersonal no se desarrolló con la Ley 222 de 1995, pues consideran que ésta aborda el tema de la empresa unipersonal y se debe limitar a ella. Entender

la sociedad como contrato. Esta idea se refuerza con la Ley 1014 de 2006, su decreto reglamentario No 4463 de 2006 y la Ley 1258 de 2008.

La pluralidad era entonces una característica evidente de las sociedades y es así como en el libro “*Derecho Comercial*”, publicado en 1960, su autor José Gabino Pinzón resalta lo indiscutible que resulta para la época tal característica:

*“(…) El carácter contractual del acto de formación de las sociedades es, desde luego, una cuestión que **no ofrece discusión alguna** posible en el derecho positivo vigente en el país, porque el código civil – el código de comercio no define la sociedad, pero llama en muchas de sus disposiciones contrato el acto o acuerdo inicial de los socios – es explícito (art.2079) en que “la sociedad es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o las pérdidas que resulten de la especulación”. Y por su parte la comisión revisora del código de comercio no prescinde de dicha noción, a pesar de que la rectifica en parte, y en todo el libro segundo habla insistentemente del contrato social o contrato de sociedad.”*
(Negrilla y cursiva fuera de texto).²³

Es claro que las sociedades desde que se comenzaron a regular en la legislación comercial colombiana, fueron concebidas como un contrato, teoría que se encuentra debilitada actualmente ya que se han producido cambios importantes,

que la empresa unipersonal es un desarrollo de la sociedad unipersonal sería realizar una interpretación extensiva de la norma.

²³ PINZÓN, José Gabino, “*Derecho Comercial SOCIEDADES*”, Volumen 2, Editorial Temis Bogotá, 1960, Pág. 66.

los cuales comienzan con la creación de la empresa unipersonal y su evolución y adecuación a nuevos tipos societarios, hasta llegar a la nueva Ley de Sociedades por Acciones Simplificada, Ley 1258 de 2008, importante innovación en materia societaria que conlleva en gran medida a la flexibilización de las normas del derecho societario nacional.

3. DEBILITAMIENTO DE LA TEORÍA CONTRACTUALISTA

La tan arraigada concepción de la sociedad como contrato en la legislación colombiana hasta mediados de los noventa, sufría para la época un marcado debilitamiento en la legislación extranjera, pues países como Suiza, Italia, Suecia, Alemania y Estados Unidos por nombrar algunos de ellos, ya habían aprobado dentro de su normatividad la posibilidad de constituir sociedades con un solo individuo.

Este capítulo, pretende dar una mirada a la sociedad unipersonal desde legislaciones foráneas y al mismo tiempo ilustrar cómo en la legislación local se ha visto un marcado desvanecimiento de la sociedad como contrato, a tal punto que hoy con la Ley 1258 de 2008, ya no se discute la existencia de la sociedad unipersonal.

3.1 DERECHO COMPARADO

Los primeros doctrinantes que se ocuparon de la sociedad unipersonal fueron los europeos. En Austria hay estudios que datan de principios del siglo XX²⁴; en Suiza se empezó a hablar del tema en la segunda década del siglo anterior²⁵ y en Suecia hay estudios importantes sobre el tema que se remontan al año de 1966²⁶.

La mayoría de los trabajos y ensayos que alentaban la idea de adoptar la sociedad unipersonal, basaban su fundamento en la necesidad de abolir dos problemas fundamentales:

²⁴ PISKO O., *Die Bescchränkte Haftung des Einzelkaufmannes* (1910). En: "Las sociedades de un solo socio", Editorial Revista de derecho privado, Madrid: Angelo Grisoli, año 1976. Pág. 55.

²⁵ PAUL CARRY, "*La responsabilité limitée e du commercant individuel*". En: "Las sociedades de un solo socio", Editorial Revista de derecho privado, Madrid: Angelo Grisoli, año 1976, Pág. 16

²⁶ W. L. HAARDT, "La société d' une seule personne, en Rapports Généraux au 'VII Congrès international droit comparé. En: "Las sociedades de un solo socio", Editorial Revista de derecho privado, Madrid: Angelo Grisoli, año 1976, Pág. 1.

El primero de ellos, era la irresistible tendencia que existía de dar vida a una sociedad por medio de testamentos y el segundo, hace alusión a la dificultad en que se veían inmiscuidos muchos empresarios cuando desaparecía la pluralidad de los socios y se veían enfrentados a una causal de disolución obligatoria.²⁷

Las discusiones dentro de los diferentes países para definir la conveniencia de adoptar o no la sociedad unipersonal no fueron para nada pacíficas, pues las opiniones estaban encontradas:

- Una corriente de doctrinantes establecía que *“la sociedad se expresa en una pluralidad de socios y que la organización social que caracteriza a la sociedad está conexas con una agrupación asociativa”*.²⁸(Cursiva y subrayas fuera del texto original) Defiende la idea de sociedad como contrato y no ve viable la posibilidad de constituirse una sociedad con un solo individuo. Esta concepción, estuvo en su momento tan comúnmente aceptada que la legislación sueca establecía en una de sus normas que cuando el número de socios hubiese descendido por debajo del mínimo legal y no se reconstituyese la pluralidad dentro de los tres meses siguientes, la sociedad debía considerarse disuelta.²⁹
- La otra posición, resalta la necesidad de desarrollar la sociedad unipersonal dotada de personalidad jurídica, capaz de separar el patrimonio del asociado único y por tanto otorgar a éste una verdadera protección al momento de desarrollar la actividad empresarial.

²⁷ Véase sobre el tema ANGELO Grisoli, Las Sociedades de un solo Socio, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1976, Págs.69 y ss.

²⁸ Op. Cit, Págs. 5 y 6

²⁹ Op Cit, 69.

Décadas después esta última posición triunfó, dando paso a la adopción de la sociedad unipersonal en diversas legislaciones:

En Alemania, se establece en la década de 1980 la figura de "Sociedad de Fundación Unipersonal", la cual pretendía evitar que las empresas unipersonales fueran utilizadas como testaferros. Esta figura fue asumida posteriormente por el Código de Obligaciones del Principado de Liechtenstein en 1992, bajo la figura denominada "Anstral".³⁰

En Portugal mediante el Decreto Ley 262 de 1986 se adopta el término "asociado único". Italia incluye en su Código Civil (art. 2.485 y ss) en 1994 la "sociedad de responsabilidad limitada unipersonal", constituida por un acto unilateral de voluntad.

España incorpora la directiva 89/667³¹, admitiendo dos tipos de unipersonalidad:

- La unipersonalidad originaria: entendida como la sociedad constituida originariamente por un único socio, tanto si es persona natural como jurídica.
- La unipersonalidad sobrevenida: entendida como la sociedad constituida por dos o más socios, en el momento de la fundación pero que por cualquier circunstancia todas las participaciones pasan a ser de un solo socio.

En Estados Unidos, varios de sus estados ya habían aprobado para finales del siglo XX la Sociedad de Responsabilidad Limitada ("Limited Liability Company"), la cual permite la existencia de la sociedad con un solo asociado. No obstante, fue

³⁰ Sobre este tema, véase a GALINDO VACHA Juan Carlos. *"Manual de derecho Europeo de Sociedades"*. Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, primera edición, Bogotá 1995, Pág. 207
³¹ Duodécima Directiva 89 – 667 – CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de un socio único.

para el año de 1996 cuando se uniforma la legislación en la materia con la expedición de ley tipo: “Uniform Limited Liability Companies Act”, la cual permitió llenar ciertos vacíos jurídicos y homogenizar su regulación en todo el país.

Francisco Reyes Villamizar profundiza el tema en su libro “Derecho Societario en los Estados Unidos”:

*“La posibilidad de que la sociedad de responsabilidad limitada pueda ser **constituida por un solo individuo**, la normativa estadounidense formula un desarrollo pragmático ante el viejo sistema teórico de Derecho positivo, de origen romano-germánico, de donde proviene originalmente esta figura asociativa.”³² (Cursiva y negrilla fuera de texto).*

Actualmente la sociedad de un solo asociado es comúnmente aceptada en la Unión Europea, en desarrollo de la *Duodécima Directiva Comunitaria*³³ en materia de sociedades de capital unipersonal, el plazo para su adaptación en la totalidad de los países miembros finalizó el 31 de diciembre de 1991³⁴.

3.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN COLOMBIA

- LEY 222 DE 1995

32 REYES VILLALIZAR, Francisco, “Derecho societario en Estados Unidos”, Introducción comparada, Segunda Edición, Editorial Legis, Santa Fe de Bogotá 2005, pie de página, Pág. 100.

33 Duodécima Directiva 89 – 667 – CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de un socio único.

³⁴ Como antecedente principal en la aceptación y posterior adopción de la sociedad por acciones simplificadas en nuestro país, se debe resaltar la Ley Francesa número 94-1 de 3 de enero de 1994.

Puede entenderse la empresa unipersonal como una forma de organización empresarial, mediante la cual una persona denominada comerciante destina ciertos bienes a la realización de actividades mercantiles, con la garantía y el beneficio de la personalidad jurídica; esta empresa puede ser constituida por una persona natural o jurídica que reúna las calidades para ejercer el comercio. Se destaca además porque la responsabilidad del empresario único se limita a los bienes que éste aporte.³⁵

Es así como en Colombia, el debilitamiento de la concepción de la sociedad como contrato comienza con el Proyecto de Ley No. 119 de 1993, en la Cámara de Representantes, para reflejarse posteriormente en la Ley 222 de 1995, por medio de la cual se crea la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, y aunque se estableció que el término adecuado era el de “empresa unipersonal” y no el de “sociedad unipersonal” la nueva regulación no era lejana a las sociedades. Según afirma el doctrinante Enrique Gaviria Gutiérrez en su libro *Nuevo régimen de sociedades*:

*“(...) la Ley llama a este nuevo fenómeno empresa pero buena parte la organiza y regula como sociedad”.*³⁶

La explicación respecto de este escepticismo frente a la utilización del vocablo sociedad para la constitución unipersonal de dicha figura, obedecía precisamente a la concepción tan arraigada de un gran número de pensadores de nuestro país, los cuales defendían su teoría acerca del entendimiento de la sociedad como contrato:

35 Así lo describe la Ley 222 de 1995 al referirse a la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada.

36 GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. *Nuevo régimen de sociedades. Comentario general*. Medellín, Biblioteca Diké, 1996, Págs. 41, 44,45.

*“Si a la sociedad se la ha definido como una persona jurídica que nace del contrato de sociedad de dos o más personas (art. 98 C. de Co), es imposible jurídico hablar de algo que va contra la esencia, pues ello sería una repulsa entre unipersonal y sociedad”.*³⁷ (Cursiva fuera de texto).

Según lo anterior, es claro que una de las principales críticas proviene de la contradicción terminológica entre las expresiones sociedad y unipersonal, esto amarrado al supuesto de que una sociedad para su constitución requiere de dos o más voluntades.

Dentro de las posturas en contra de la creación de las Empresas Unipersonales se encuentra la del doctrinante José Ignacio Narváez García, quien sostiene:

*(...) “la empresa unipersonal lleva implícito el propósito de limitar la responsabilidad personal del único socio, y que al socaire de esa permisión se incurre en abuso de muy variada índole, verbigracia, fraude a la ley, fraude o violación de la prohibición del contrato consigo mismo, engaños a terceros (...)”*³⁸. (Cursilla fuera de texto).

Por su parte, el doctor Ignacio Sanín Bernal también defiende esta posición, y es así como en su libro: “Un nuevo derecho societario, propuesto desde el estatuto tributario”, en su primer capítulo: “Aproximación a las sociedades en el derecho comercial”, critica que se pretenda incluir a la empresa unipersonal dentro de el termino sociedad.

³⁷ FIERRO MENDEZ, Heliodoro. Sociedades. Legislación, conceptos, doctrinas. Santafé de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997, Pág. 13.

³⁸ NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las sociedades, Novena Edición, Editorial Legis, 1996, Pág.88.

*“La empresa unipersonal (EU) no debiera incluirse en el inventario de las sociedades **pues la ausencia de pluralidad de socios contradice la esencia misma de la sociedad**, cual es la integración de esfuerzos en procura de un resultado económico que favorezca a la compañía e, indirectamente a los mismos socios. (...) (Cursiva y Negrilla fuera del texto original)*

La criatura nueva tiende, por lo tanto, más a ser una sociedad unipersonal (por lo contradictoria que luzca la expresión) que a una empresa de un comerciante individual.³⁹

Sin embargo, muchos también salieron en su defensa afirmando que ciertamente la creación de las empresas unipersonales constituye un gran avance para el derecho societario en Colombia y que la ubican como el comienzo o la base que dio inicio a la flexibilización de este punto tan polémico como es el contractualismo de la sociedad. Dentro de estos defensores, se encuentra el doctor Francisco Reyes Villamizar, propulsor de la tesis anti-contractualista de la sociedad, quien sostiene:

“La ley 222 de 1995 permitió que se iniciara un proceso de modernización del Derecho Societario colombiano. En particular, la introducción en el sistema local de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada constituyó un avance significativo en la concepción de las formas empresariales”⁴⁰.

³⁹ SANÍN BERNAL, Ignacio. Un nuevo derecho societario, el presupuesto desde el estatuto tributario, Santa Fe de Bogotá D.C., Biblioteca Jurídica Dike, primera edición 1999, p.41 a 43.

⁴⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. SAS. La Sociedad por Acciones Simplificada, Bogotá, D.C, Legis Editores S.A. 2009, Pág. 10.

Y la afirmación resulta acertada, en cuanto con la creación de esta nueva modalidad se implementaron conceptos novedosos dentro de los cuales se destacan: la posibilidad de objeto indeterminado, término de duración indefinido, la constitución por documento privado, entre otros. Procesos éstos que aunque en otros países ya tenían aplicación, en algunos más antigua en otros más reciente, en Colombia resultaban completamente novedosos puesto que la normatividad al respecto era completamente rígida y estricta en su aplicación.

Una muestra de la anterior conclusión, se encuentra en la siguiente cita, donde es claro el por qué en este proceso evolutivo no fue posible, a pesar de los intentos, llegar de forma inmediata a la sociedad unipersonal; sino que la existencia de las mismas hoy, obedece a un proceso de creación lento que pasa por varias etapas y cuyo primer escalón resultó de la ley en mención.

“(...) en la legislación Colombiana las sociedades surgen de la celebración del contrato de Sociedad y en este uno de los elementos de la esencia es la pluralidad de personas, no fue posible entonces hacer aparecer a la Empresa Unipersonal como efecto cuya causa es el contrato de sociedad”⁴¹.

Sin embargo, y a pesar de las diferentes posturas y discusiones que se presentaron alrededor de esta ley, el objetivo de la misma iba dirigido a la adecuación y modernización del derecho comercial a las tendencias mundiales en el tema y a la solución de ciertos problemas que se venían presentando en el país, debido a la ausencia de una figura comercial con las características de esta modalidad de empresa:

⁴¹ CADAVID, Luis A, VALENCIA, Horacio y CARDONA, John, *Fundamentos de Derecho Comercial, tributario y contable*. Segunda Edición. Mc Graw Hill. Bogotá, 1998, Pág.8.

“Al respecto de la nueva regulación de las sociedades, tuvo, como fin el legislador adaptarla a las nuevas circunstancias del país, especialmente a los nuevos principios que introdujo la Constitución de 1991, que modifican el papel del Estado y el modelo económico, así como las funciones de sus distintos estamentos, lo que a su vez cambia la orientación en cuanto a su función e intervención en la orbita de los particulares, a fin de que éstos puedan participar de manera ágil en las distintas fases de la actividad económica; y, para que la empresa, como base del desarrollo, pueda cumplir adecuadamente la función social que se le encomendó”⁴²

Así mismo, dentro de los principales objetivos que se pretendían lograr con la creación de la empresa unipersonal, estaba responder a una práctica y uso que tenían las personas, quienes constituían una sociedad fachada respondiendo al artículo 98 del Código de Comercio, con pluralidad de socios, pero en la realidad solo existía un único socio, quien hacía el aporte del capital social y quien respondía por las obligaciones de tal sociedad.

En la Gaceta del Congreso No. 61 del 25 de abril de 1995, página 14 se sostiene lo anterior, así:

“Con la empresa unipersonal se busca corregir aquella situación que se suele presentar y según la cual se utiliza inadecuadamente el expediente de la sociedad mercantil para la explotación de determinados negocios por parte de una sola persona, quien es realmente la dueña del negocio,

⁴²COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 222 de 1995. En: Gaceta del Congreso. Bogotá. No 381 (Nov. 1993).

*utilizando a terceras personas que presten sus nombres para configurar la pluralidad exigida como elemento fundamental para la formación de la sociedad”.*⁴³

Sin embargo, una vez creadas las empresas unipersonales las reacciones no se hicieron esperar, dentro de éstas se encontraban aquellos para los cuales la empresa unipersonal no pasaba de ser una variación al concepto generalmente aceptado de sociedad formada por dos o más; mientras que para otros a partir de la creación de la modalidad de empresa, traída por la Ley 222 de 1995 la tesis de la unilateralidad resultaba un concepto novedoso en la legislación nacional.⁴⁴

Lo anterior, se presenta en la medida en que en un principio la idea de la empresa unipersonal iba dirigida a tratarla como un patrimonio de afectación. Sin embargo, ante el temor del legislador y con el fin de aumentar la protección de los terceros respecto de ésta modalidad, se le dotó de la característica de la personalidad jurídica.

*“Precisamente la comisión de expertos comercialistas nombrada en 1992 por el Gobierno Colombiano optó por crear esta figura que no obstante haberse estructurado como un patrimonio de afectación según la propuesta original, en el último de los debates legislativos de la Ley 222 de 1995 contentiva de la misma, el Congreso optó por adicionar un artículo para dotar a la figura de la personalidad jurídica”*⁴⁵.

⁴³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. en: Gaceta del Congreso No 61 del 25 de abril de 1995, página 14

⁴⁴ NIETO NIETO, Norma Cecilia, Las sociedades unipersonales en Colombia, Tesis de Magister en Derecho Privado, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho, 2008, Pág. 63 y 64.

⁴⁵ BONILLA SANABRIA, Fabio Andrés, Unipersonalidad Societaria: A propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano, Revista e – Mercatoria, Volumen 7, Bogotá, 2008, Pág. 7.

De esta forma, lo que se generó con dicha inclusión fue crear mayor confusión entre empresa y sociedad unipersonal, debate que aún en la actualidad se mantiene y aunque hay ciertas características diferenciadoras, como se sostuvo, el tema de la personalidad jurídica para la modalidad de empresa se constituyó como un obstáculo mayor en dicha labor.

En el año 1998 es demandado el inciso segundo del artículo 75 de la Ley 222 de 1995, ante lo cual se pronuncia la Corte Constitucional para determinar o no la inconstitucionalidad del mismo, el cual reza:

“El titular de la empresa unipersonal no puede contratar con ésta, ni tampoco podrán hacerlo entre sí empresas unipersonales constituidas por el mismo titular. Tales actos serán ineficaces de pleno derecho.”⁴⁶

Según el demandante, éste resulta contrario a la Constitución, ya que lesiona el derecho a la libertad de empresa, además del derecho al trabajo consagrados en la Carta Política.

La decisión de la Corte al respecto, consistió en declarar exequible el inciso demandado en la medida en que, a partir del análisis expuesto en la sentencia objeto de estudio, las argumentaciones que presenta el actor no demuestran la inconstitucionalidad de la prohibición que allí se establece, y adiciona que el papel de esa corporación no consiste en evaluar la conveniencia de las disposiciones que se impugnan, como si lo es el confrontar las normas acusadas frente a los cánones constitucionales para determinar si se adecuan o no a ellos. Al respecto sostiene:

⁴⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995. Bogotá: El Autot, 1995, artículo 75.

“La norma acusada busca entonces objetivos constitucionalmente válidos, como son asegurar la transparencia de los mercados y evitar la defraudación a terceros. Por ende, si bien la prohibición establece un límite a la actividad económica de la empresa unipersonal y de su titular, la Corte recuerda que en el ámbito económico el interés general prevalece claramente sobre el particular y la empresa unipersonal también tiene una función social que implica obligaciones”⁴⁷.

Como uno de los puntos clave dentro de los argumentos utilizados por la Corte antes de llegar a la decisión referida, se encuentra aquel según el cual la empresa unipersonal tiene una proximidad importante con la sociedad unipersonal, según ella:

“...en todo caso, la figura de la empresa unipersonal es más cercana a la sociedad unipersonal por las razones que veremos a continuación, y en especial por la remisión que supletivamente se hace, a la aplicación de las normas mercantiles relacionadas con la sociedad de responsabilidad limitada tradicional”⁴⁸.

En conclusión, a partir de esta decisión la Corte ratificó la posición del Dr. Enrique Gaviria Gutiérrez citado en un principio, pues según esta afirmación la cercanía entre empresa y sociedad unipersonal, a pesar de los intentos por no llegar a esta última, resultó inevitable.

Fueron muchos los avances que se dieron a partir de la creación de las empresas unipersonales en Colombia, existiendo como se mostró anteriormente, posturas críticas frente a dicha modalidad y otras que actuaban

⁴⁷ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-624 del 4 de noviembre de 1998, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: El Autor, 1998.

⁴⁸ Op. Cit.

en su defensa. Pero lo que no se puede negar es que la empresa unipersonal constituyó un gran aporte al derecho comercial local, produciéndose un avance del mismo y flexibilizando la normatividad existente, permitiendo a su vez contar en Colombia con una figura ya antigua en otros países del mundo.

- **LEY 1014 DE 2006**

Debido al temor que generaba para el legislador colombiano y para la doctrina en materia de derecho comercial el tema de la sociedad unipersonal, debió pasar un largo tiempo para que se volviera a tratar el debate sobre esta forma de constitución de la sociedad, es decir, la unipersonalidad, generándose al igual que con la empresa unipersonal, un sin número de discusiones frente a la viabilidad o no de tenerla dentro de las leyes nacionales.

Finalmente con el Proyecto de Ley No. 143 de 2004 de la Cámara de Representantes, *“De fomento a la cultura del emprendimiento”* comienza el debate en el Congreso Colombiano, argumentándose la necesidad de contar con una figura jurídica que permitiera estimular a las personas y en especial a los jóvenes a desarrollar sus habilidades y a construir sus propias empresas desde una más temprana edad:

“No existe un entorno lo suficientemente estimulante que incentive los nuevos emprendimientos. La aversión a tomar riesgos y la falta de un apoyo integral son barreras que desfavorecen la realización de nuevos proyectos y la creación de valor dentro de la economía”⁴⁹.

⁴⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de motivos de la Ley 1014 de 2006. En: Gaceta del Congreso. Bogotá. No. 749 (Oct. 2006).

Luego de pasar por los debates correspondientes ante el Congreso de la República, el proyecto se vuelve ley en el año 2006 con la promulgación de la Ley 1014, la cual en su artículo 22 permitió⁵⁰ la constitución de pequeñas empresas societarias de naturaleza unipersonal. Sin embargo, tampoco fue ajena a las críticas llegando incluso, a ser demandado dicho artículo por considerarse inconstitucional.

A pesar de las controversias que se generan con la expedición de estas leyes (empresa unipersonal y sociedad unipersonal), es claro que el legislador colombiano se empeñó en hacer parte de un proceso evolutivo que se viene dando en las instituciones jurídicas, con el fin de adaptarse a las nuevas realidades mundiales a las cuales el derecho comercial no es ajeno, ni mucho menos el tema de las sociedades⁵¹.

Como principal novedad en la Ley 1014 de 2006, se encuentra la posibilidad de crear sociedades unipersonales en nuestro país, superándose en gran medida el requisito de pluralidad, además de permitirles conformarse según lo establecido para las empresas unipersonales, requisitos que tal como se señaló anteriormente, son ampliamente diferenciables además de flexibles, de aquellos exigidos en normas más antiguas relativas a las sociedades comerciales “tradicionales”.

⁵⁰La creación de este tipo societario fue muy discutido, debido primordialmente a la confusa redacción del artículo mencionado, lo cual conllevó a que algunos aceptaran su creación, pero otros la negaran por completo.

⁵¹ Es natural que con el proceso evolutivo a que se ve sometido el mundo, las instituciones jurídicas, como manifestación cultural que ellas mismas son, vean sus contenidos modificados o adaptados a las nuevas realidades. Para el caso del Derecho de Sociedades, hay quienes dicen que si bien la figura societaria ha conseguido adaptarse de manera eficaz a las nuevas realidades, presenta no obstante un problema en cuanto a su fundamentación, a la finalidad practico-económica que lleva implícita, por lo que es necesario buscar tronco común a una figura cuyas manifestaciones cada vez más son bien disímiles, de modo que este tronco o esos principios comunes nos permitan, en lo posible, determinar si el concepto de la unipersonalidad es verdaderamente extraño a la esencia de la figura societaria. BONILLA SANABRIA Fabio Andrés, Unipersonalidad Societaria: A propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano, Revista e – Mercatoria, Volumen 7, Bogotá, 2008, Pág. 2.

Es así como en el artículo 22 de la ley se establece:

“Constitución nuevas empresas. Las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta Ley, cualquiera que fuere su especie o tipo, que de conformidad a lo establecido en el artículo 2° de la Ley 905 de 2004 tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activos totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se constituirán con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VIII de la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales.

Parágrafo. En todo caso, cuando se trate de Sociedades en Comandita se observará el requisito de pluralidad previsto en el artículo 323 del Código de Comercio⁵².

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que se dio la posibilidad a las sociedades comerciales de constituirse como una sociedad unipersonal, pero estableció límites al respecto, puesto que, solo como se deriva del texto de la Ley este tipo social novedoso tiene aplicación para aquellas con una planta de trabajadores inferior a diez (10), o activos totales por valor menor a quinientos (500) salarios mínimos mensuales; además de la restricción para las sociedades en comandita, ya que por la necesidad de contar con dos tipos de socios se le imposibilita crearse por acto unilateral.

⁵² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1014 de 2006. Bogotá: El Autor, 2006. Artículo 22.

Puede sostenerse entonces, que aunque se trató de un gran avance en materia societaria, existían aún recelos frente a la posibilidad de creación de sociedades unipersonales sin límite alguno. Así, lo permite vislumbrar la profesora Norma Cecilia Nieto Nieto, cuando en su trabajo de grado para optar al título de Magister, hace referencia a la anterior situación, de la siguiente forma:

“Por ello, hoy en Colombia subsisten las que podríamos llamar, primero, sociedades de gran tamaño, siempre plurales y regidas íntegramente por las normas del libro segundo del Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, y, segundo, sociedades de pequeñas dimensiones, llamadas por algunos doctrinantes sociedades del emprendimiento⁵³.

Pero a pesar de los límites, resulta innegable que con la expedición de la norma, (entiéndase para la época a la que hacemos referencia Ley 1014 de 2006) surge en Colombia la figura de la sociedad unipersonal, lo cual supone un duro golpe para aquellos que tradicionalmente han entendido a la Sociedad como un contrato.

“La interpretación del artículo 22 dio lugar a controversias, debido al drástico efecto que tuvo su aplicación, especialmente, por el debilitamiento de la concepción contractualista prevaleciente en el Derecho Societario colombiano. Desde el comienzo el debate se centro en determinar si la Ley 1014 había introducido una autorización normativa para constituir verdaderas sociedades unipersonales de pequeñas dimensiones⁵⁴.

⁵³ NIETO NIETO, Norma Cecilia, Las sociedades unipersonales en Colombia, Tesis de Magister en Derecho Privado, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho, 2008 Pág. 15. Es importante que se tenga presente que hoy subsisten adicionalmente otras sociedades pluripersonales y unipersonales dentro de las que se encuentra el régimen de las S.A.S.

⁵⁴ Op. Cit. Pág. 16.

Las dudas se presentaron principalmente a partir de la redacción del artículo en mención, ya que desde un comienzo se prestó para confusiones, en la medida en que se refiere a “nuevas empresas” y posteriormente a “nuevas sociedades”, lo que permitió sostener que no se habían creado sociedades unipersonales, sino que por el contrario éstas tenían una existencia formal, pero con una función económica prácticamente igual a la empresa unipersonal.

Por otro lado, para quienes la creación de la sociedad unipersonal resultaba evidente, se apoyaban en el párrafo del artículo antes citado, ya que de una interpretación del mismo se puede inferir que el requisito de la pluralidad sólo debe respetarse para las Sociedades en Comandita, pudiendo las demás constituirse por un único asociado. Al respecto señala:

“(…) cuando se trate de Sociedades en Comandita se observará el requisito de pluralidad previsto en el artículo 323 del Código de Comercio”⁵⁵.

Posteriormente, el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 4463 del año 2006, mediante el cual pretendía dar solución a las múltiples dudas generadas con la expedición de la Ley, específicamente con el artículo 22 de la misma. Al respecto dejó claro al especificar: *“Podrán constituirse sociedades comerciales unipersonales...”* que el término adecuado era el de sociedad unipersonal reafirmando así, la existencia de las mismas en la legislación nacional; adicionalmente se ocupó de señalar que estas nuevas sociedades podían constituirse a través de documento privado, dejando clara la posibilidad de acudir a esta forma de constitución creada para las empresas unipersonales, reafirmando

⁵⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1014 de 2006. Bogotá: El Autor, 2006. Artículo 22

con ello la tesis según la cual era posible a partir de la Ley 1014 constituir sociedades unipersonales.

“(…) no queda entonces duda que el entendimiento de la figura legal una vez reglamentada es que la reforma a más de tocar aspectos de las formalidades constitutivas implica una ampliación del entendimiento del concepto de sociedad bajo las prácticas empresariales actuales, pudiendo hablarse de sociedades pluripersonales pero también unipersonales”⁵⁶.

Con el decreto se concluyó entonces que la existencia de la sociedad unipersonal resultaba evidente en nuestra legislación, ayudando así a disminuir las discusiones al respecto.

Así lo afirma la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-060001 del 19 de diciembre de 2007 donde sostiene:

“De la lectura de las referidas disposiciones legales, es claro que la ley establece las sociedades comerciales unipersonales y pluripersonales; estas últimas pueden ser de cualquier tipo o especie, no así las unipersonales, pues de ellas están excluidas las en comandita, toda vez que las calidades de socio gestor y socio comanditario, no pueden confundirse en el mismo y único socio.

Así pues, resulta claro que las sociedades unipersonales y las pluripersonales que se constituyan a partir de la vigencia del citado decreto y que cuenten con diez (10) o menos

⁵⁶ BONILLA SANABRIA, Fabio Andrés, Unipersonalidad Societaria: A propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano, Revista e – Mercatoria, Volumen 7, Bogotá, 2008, Pág. 28.

*trabajadores o con activos totales, excluida la vivienda, por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, podrán constituirse y realizar reformas estatutarias a través de documento privado, por disposición expresa de los artículos 1 y 2 del mencionado decreto*⁵⁷.

Como otro de los análisis relevantes frente al tema de las sociedades unipersonales, se encuentra la Sentencia C-392 de 2007 de la Honorable Corte Constitucional, ya que en sus pronunciamientos dejó nuevamente abiertas muchas preguntas sobre la existencia o no en Colombia de las sociedades unipersonales.

La demanda iba dirigida contra el artículo 22 de la Ley, específicamente a la expresión: *“Se constituirán con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995*⁵⁸, pues el actor consideraba que con ésta se violaban el derecho a la libre asociación, la unidad de materia y la garantía constitucional a la iniciativa privada.

Sin embargo, después del análisis correspondiente, la Corte declara exequible el artículo demandado, pero hace énfasis en que la remisión normativa incluida dentro del mismo, hace referencia exclusivamente a los requisitos de constitución de la empresa unipersonal; aclaración que deja abiertas como se mencionó, muchas dudas sobre el concepto de la Corte respecto de la creación o no de las sociedades unipersonales en nuestro país.

Una vez se presenta el pronunciamiento de la Corte surgen dos posiciones, una según la cual, la sentencia es interpretativa y condiciona la exequibilidad del artículo 22 de la Ley 1014 de 2006 a entender que sólo autorizó la constitución de

⁵⁷En: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=45&id=28236&m=td&a=2007&d=depend>

⁵⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-392 del 23 de mayo de 2007. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: El Autor, 2001.

las sociedades unipersonales por escrito privado. Mientras que la otra postura sostiene que se declara la constitucionalidad sin condiciones del artículo 22, pues lo entiende como una facultad y no como un mandato.⁵⁹

Sin embargo, y a pesar de las controversias y dudas que se generaron en la doctrina y la jurisprudencia alrededor de esta Ley, en la práctica se constituyeron sociedades unipersonales con las características establecidas para las mismas, es decir, que debía tratarse de microempresas, lo cual tenía como implicación que en Colombia, las sociedades de este tipo estaban aún limitadas al cumplimiento de requisitos, lo cual conllevaba a una existencia restringida de las mismas.

“De cualquier forma, la consagración exclusiva de la figura de la sociedad unipersonal en materia de microempresas, genera hacia la figura una sensación de que esta sólo es admisible en Colombia siempre que, individualmente considerada, no tenga mayores implicaciones económicas, de lo contrario comienza a levantar sospechas y a generar reproches por parte del ordenamiento, todo lo que consideramos nefasto para una figura que bien puede servir a las necesidades del comerciante individual”⁶⁰.

En la actualidad y a partir de la promulgación de la Ley 1258 de 2008 las sociedades unipersonales creadas bajo la Ley 1014 de 2006 tienden a desaparecer⁶¹, puesto que en su artículo 46, la nueva Ley sobre sociedad por acciones simplificada “ordena” que a partir de la entrada en vigencia de la misma,

⁵⁹ NIETO NIETO, Norma Cecilia, Las sociedades unipersonales en Colombia, Tesis de Magister en Derecho Privado, Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana. Facultad de Derecho, 2008 Pág. 88

⁶⁰ BONILLA SANABRIA, Fabio Andrés, Unipersonalidad Societaria: A propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano, Revista e – Mercatoria, Volumen 7, Bogotá, 2008, Pág. 30.

⁶¹ Debe tenerse en cuenta que la norma (Ley 1258 de 2008 artículo 46) ordena la transformación de **las sociedades unipersonales reguladas en la Ley 1014 de 2006**, pero subsisten las sociedades del emprendimiento plurales, reguladas también en dicha Ley.

no podrán constituirse mas sociedades de este tipo y “obliga” además a las ya existentes a transformarse en S.A.S. otorgándoles un término máximo de 6 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley; lo cual consideramos trae implicaciones importantes las cuales serán tratadas con mayor detenimiento en el capítulo cuarto del presente trabajo.

- **LEY 1258 DE 2008**

Para finalizar este capítulo, es necesario analizar la Ley 1258 de 2008, Ley que deja a un lado el carácter contractual de la sociedad, para establecer por primera vez de manera explícita, la posibilidad de crear sociedades en Colombia con un solo accionista.

Desde la justificación del Proyecto de Ley No. 39 de 2007, presentada por el Honorable Senador de la República Germán Vargas Lleras, se podría avizorar la posibilidad de constituir la sociedad con un solo accionista:

*“Como es normal dentro de las tendencias más avanzadas, la sociedad por acciones simplificada puede ser constituida y funcionar con un solo accionista. Nada diferente podría esperarse, luego de cumplidos más de quince años de vigencia de la Duodécima Directiva Comunitaria, en materia de sociedades de capital unipersonales”.*⁶²

No obstante, lo que en la exposición de motivos aparece como un hecho obvio, para la época, no resultaba tan comúnmente aceptado en Colombia el hecho que se pudieran constituir sociedades unipersonales, pues como se explicó en la sección anterior, las posiciones en cuanto a si en Colombia existía o no la

⁶² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Exposición de Motivos del proyecto de Ley 39 de 2007. En: Gaceta del congreso. No 248. (Mayo 2008).

sociedad unipersonal estaban encontradas. Por lo anterior, podemos establecer que con la Sociedad por Acciones simplificadas, creada con la Ley 1258 de 2008 se rompe la discusión existente pues con ésta no cabe duda que se puede constituir la sociedad con un solo accionista, ya que desde su primer artículo la ley expresamente contempla esta posibilidad:

ARTÍCULO 1. CONSTITUCIÓN. *La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse **por una** o varias personas naturales o jurídicas, quienes solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.* (Cursiva y negrilla fuera de texto)

Para el profesor Reyes Villamizar, el hecho que la sociedad por acciones simplificada pueda surgir de un contrato o de un acto unilateral, es simplemente la continuación de un proceso de reformas iniciado con la Ley 222 de 1995, donde se desarrolla la empresa unipersonal, continuado con la creación de sociedades para el emprendimiento (Artículo 22 de la Ley 1014 de 2006) y su respectivo decreto reglamentario.

Reyes Villamizar, afirma en su libro “*La Sociedad por Acciones Simplificada*” que la discusión sobre la posibilidad de constituir sociedades con la presencia de un solo asociado ha dejado de ser relevante en el Derecho Societario contemporáneo:

“La amplia aceptación de la unipersonalidad en los sistemas más avanzados desde hace varias décadas, ha demostrado que tal postulación no da lugar a consecuencias adversas en la práctica. Tanto la expedición de la Duodécima Directiva Comunitaria en materia de sociedades de capital unipersonales, como la amplia difusión de estas modalidades

*empresariales en todos los estados de la Unión Americana, han despejado las dudas que hace varias décadas gravitaron en torno a la supresión del requisito de pluralidad”.*⁶³

El profesor Ignacio Sanín Bernal en su texto “*Sociedad por acciones simplificadas, Ley 1258 de 2008*”, realiza una comparación entre las sociedades tradicionales (del Código de Comercio) y las SAS. De esta forma aborda el tema de la pluralidad:

	SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS	SOCIEDADES DEL CÓDIGO DE COMERCIO
PLURALIDAD	La Sociedad por Acciones Simplificada se puede constituir por <u>una o varias</u> personas.	Las sociedades del código de comercio solo pueden ser pluripersonales, pues su artículo 98 consagra como elemento esencial del contrato de sociedad la pluralidad (dos o más personas). ⁶⁴

La discusión en torno a la unipersonalidad de la sociedad se encuentra saldada en Colombia. Las sociedades por acciones simplificadas podrán ser entonces

⁶³ REYES VILLAMIZAR, Francisco, La Sociedad por Acciones Simplificada, Editorial Legis., Bogotá D.C., 2009, Pág. 41.

⁶⁴ Este texto fue realizado por el Doctor IGNACIO SANÍN BERNAL, para el Centro de Estudios Tributarios de Antioquia (CETA), como una primera aproximación al nuevo régimen societario de las Sociedades por Acciones Simplificadas. Debe tenerse en cuenta que la Ley 1014 de 2006, reguló las sociedades del emprendimiento tanto unipersonales, como plurales; no obstante la Ley 1258 de 2008, obliga a las unipersonales a transformarse en S.A.S otorgándoles un término máximo de 6 meses a partir de su entrada en vigencia.

unipersonales desde su comienzo (por creación), y las sociedades tradicionales del Código de Comercio que se encuentren inmersas en una causal de disolución por carecer de pluralidad de socios, también podrán transformarse en sociedades por acciones simplificadas con un solo accionista, evitando así la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida.

4. ASPECTOS DISTINTIVOS ENTRE LAS SOCIEDADES TRADICIONALES DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LAS SOCIEDADES DEL EMPRENDIMIENTO PLURALES DE LA LEY 1014 DE 2006 Y LAS S.A.S.

Después de haber dado una mirada al debilitamiento de la teoría contractualista de las sociedades en Colombia, se entrará a realizar una comparación entre las sociedades tradicionales del Código de Comercio, las sociedades del emprendimiento plurales reguladas en la Ley 1014 de 2006 y las sociedades por acciones simplificadas, para así analizar qué características de las S.A.S. son nuevas y cuales otras son adoptadas de otras figuras societarias ya existentes.

Con la entrada en vigencia de dicha Ley, se produjo un cambio importante en la medida en que se flexibilizaron no solo los requisitos de constitución que operan para otros tipos societarios, sino que además se presentó una reducción en las exigencias, lo que hace que los costos se reduzcan, y que el desarrollo y desenvolvimiento sea más práctico para los socios en las S.A.S, con respecto a las sociedades tradicionales reguladas en el Código Comercio colombiano y las sociedades de Ley 1014 de 2006.

Dentro de las ventajas, por nombrar algunas de ellas se encuentran: la no exigencia de un número mínimo de accionistas, la constitución por medio de

documento privado⁶⁵, la posibilidad de constituirse por un solo accionista, el término de duración indefinido; entre muchos otros que se nombrarán a continuación, pues el presente capítulo lo que pretende es precisamente mostrar no solo las ventajas que se presentan en esta Ley, sino además entrar a comparar los requisitos exigidos para la sociedad por acciones simplificadas con respecto a los demás tipos societarios, lo cual ayudará al lector a ubicarse, para poder diferenciar los cambios e impactos más significativos.

La siguiente comparación pretende ilustrar cuáles son las razones que han llevado a los empresarios a constituir masivamente⁶⁶ sociedades de Ley 1258 de 2008.⁶⁷

1. En cuanto a la creación de las S.A.S

S.A.S. Su creación se podrá hacer por documento privado, el cual será autenticado ante notario, por quienes participen en su suscripción (no es necesario que sea realizado por medio de los accionistas ni sus otorgantes). No obstante, en el documento de constitución se deberán identificar sus accionistas de manera inequívoca, esto es con nombre completo y documento de identidad.

La autenticación del documento de constitución podrá realizarse directamente por quienes suscriban las acciones o por intermedio de apoderados.

⁶⁵ Facultad que ya existía para las sociedades creadas a partir de la Ley 1014 de 2006.

⁶⁶ A octubre de 2009 según las cifras presentadas por la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 10.288 Compañías han optado por la figura de las S.A.S.

⁶⁷ La comparación que se hace entre S.A.S. vs sociedades tradicionales del Código de Comercio presenta un análisis del estudio de la norma, el cual fue complementado de los siguientes textos:

- Texto “Sociedad por acciones simplificada” realizado por el Doctor IGNACIO SANÍN BERNAL, para el Centro de Estudios Tributarios de Antioquia (CETA). Primera aproximación a este nuevo régimen societario.
- Concepto: “Sociedad por acciones simplificada S.A.S. Ley 1258 de 2008”, realizado el veinticuatro (24) de febrero de 2009 por la firma CONSULTORES & ABOGADOS.
- “Concepto sobre la sociedad por acciones simplificada” realizado por la unidad académica de la firma GOMEZ PINEDA ABOGADOS, el veintitrés (23) de diciembre de 2008.

En caso de haber activos aportados a la sociedad que se transfieran por escritura pública tales como bienes inmuebles o naves o aeronaves sujetas a registro, la constitución de la sociedad también deberá hacerse por Escritura Pública.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. Las sociedades tradicionales del Código de Comercio, se constituirán por escritura pública firmada por sus otorgantes, de conformidad con el artículo 110 del Código de Comercio. No se exige la identificación de los asociados, excepto en las sociedades en comanditas, en las que es necesario identificar al socio gestor.

Las sociedades plurales creadas de conformidad con la Ley 1014 de 2006, podrán constituirse por escrito privado.⁶⁸

2. En cuanto a la constitución de las S.A.S.

S.A.S. Adquieren personalidad jurídica a partir de la inscripción de la sociedad en la Cámara de Comercio. Antes de la inscripción en la Cámara de Comercio, la sociedad es de hecho, por tanto en caso de haber pluralidad de accionistas estos responderán solidaria e ilimitadamente.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. Con la suscripción de la escritura pública surge la persona jurídica, no obstante ésta sólo será oponible a terceros a partir de su registro en la Cámara de Comercio. (Artículo 112 Código de Comercio). Por su parte, las sociedades de Ley 1014 de

⁶⁸ La Ley 1258 de 2008 en su artículo 46 estableció que a partir de la entrada en vigencia de la misma, no se podrán constituir sociedades unipersonales de las creadas por el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006 y les dio a las ya creadas, un término máximo improrrogable de seis (6) meses para transformarse en sociedades por acciones simplificadas, al respecto sostiene:

“Sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico, una vez entre en vigencia la presente ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas”.

2006 obtienen personalidad jurídica a partir de la inscripción de la sociedad en la Cámara de Comercio.⁶⁹

3. En cuanto al nombre.

S.A.S. De conformidad con el artículo quinto, de la Ley 1258 de 2008, la razón social o denominación deberá estar acompañada de la frase “sociedad por acciones simplificada” o las letras “S.A.S.” La mencionada Ley no consagra ninguna sanción por el defectuoso nombramiento de la sociedad.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. Dependiendo del tipo societario deberá acompañarse su denominación o razón social así:

- Sociedades Anónimas. (Artículo 373 del Código de Comercio). La denominación deberá acompañarse de las palabras “sociedad anónima o las letras S.A.”. Si se omite dicha especificación, los administradores responderán solidariamente de las operaciones sociales que celebren.
- Sociedades Limitadas (Artículo 357 del Código de Comercio). La sociedad girará bajo una denominación o razón social, seguida de la palabra “limitada” o su abreviatura “Ltda”, el omitir esta denominación hará responsables solidaria e ilimitadamente a los asociados frente a terceros.
- Sociedades en comanditas. (Artículo 324 del Código de Comercio). La razón social de las comanditarias se formará con el nombre completo o el solo apellido de uno o más socios colectivos y se agregará la expresión “y compañía” o la abreviatura “& Cía”, seguida en todo caso de la abreviatura “S en C”, o de las palabras “Sociedad

⁶⁹ El artículo 71 de la Ley 222 de 1995 establece que “La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica”.

Comandita por Acciones” o su abreviatura “SCA” si es por acciones, so pena de que para todos los efectos legales se presuma de derecho que la sociedad es colectiva. El artículo en mención, consagra además la siguiente sanción: “El socio comanditario o la persona extraña a la sociedad que tolere la inclusión de su nombre en la razón social responderá como socio colectivo”.

Sociedad colectiva. (Artículo 303 del Código de Comercio). La razón social se formará con el nombre completo o el solo apellido de alguno o algunos de los socios seguido de las expresiones “y compañía”, “hermanos”, “e hijos” u otras análogas.

Para el caso de las sociedades unipersonales que se constituyan conforme a lo establecido en el presente Decreto, se deberá expresar la denominación o razón social de la sociedad, según el tipo o especie societario que corresponda, seguida de la expresión "sociedad unipersonal", o de la sigla "U.", so pena de que el socio responda ilimitada y solidariamente⁷⁰.

4. En cuanto al término de duración.

S.A.S. Podrá establecerse un término indefinido, determinándose en los estatutos que su duración será indefinida o podrá omitirse el tema. Si nada se expresa sobre su término, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006 (Artículo 110 del Código de Comercio, numeral 9°) Se deberá expresar la duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma. Su omisión traerá

⁷⁰ Decreto 4463 de 2006, por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, Bogotá: El autor, 2006.

como consecuencia la realización de una escritura pública aclaratoria en la que se menciona el término de duración. Es un elemento de la esencia de la sociedad.

Las sociedades de la Ley 1014 de 2006, podrán tener un término de duración indefinido, la Ley 222 de 1995 en su artículo 72, numeral cuarto establece que: “se deberá expresar el término de duración, si éste no fuere indefinido”.

5. En cuanto al domicilio.

S.A.S (Artículo 5°, numeral 3°) Es necesario señalar el domicilio de la sociedad y de sus respectivas sucursales. El domicilio determina la Cámara de Comercio donde deberá inscribirse la sociedad.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. (Artículo 110 del Código de Comercio, numeral 3°) La escritura pública de constitución deberá determinar el domicilio de la sociedad y de las distintas sucursales. De conformidad con el artículo 186 del Código de Comercio, las reuniones de la asamblea de accionistas o las juntas de socios se deberán realizar en el domicilio principal de la sociedad.

Las sociedades del emprendimiento, deberán indicar tanto el domicilio de los accionistas como el de la sociedad. (Ley 222 de 1995, artículo 72).

6. En cuanto a la pluralidad.

S.A.S Tal como se desarrolló en el tercer capítulo de esta tesis, con las S.A.S. se supera la teoría contractualista de la sociedad, permitiendo, desde su primer artículo que la constitución se haga por una o varias personas.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. De conformidad con el artículo 98 del Código de Comercio, es requisito indispensable que este tipo de sociedades sean plurales. La sociedad anónima exige un requisito de

pluralidad aún mayor, pues para constituirla es necesaria la presencia de al menos cinco (5) accionistas.

En cuanto a las sociedades creadas bajo Ley 1014 de 2006, su Decreto reglamentario 4463 de 2006, consagró en su artículo primero la posibilidad de crear sociedades unipersonales de este tipo, no obstante como se explicó anteriormente, esta facultad se dio por muy corto tiempo, puesto que la Ley 1258 de 2008 en su artículo 46 prohibió la constitución de sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006 y adicionalmente, estableció que las sociedades unipersonales creadas de conformidad con la mencionada normatividad tendrían un término máximo de seis (6) meses, para transformarse en Sociedades por Acciones Simplificadas.

7. En cuanto al objeto social.

S.A.S. No es necesario delimitar el objeto social. Podrá ser una actividad civil o comercial lícita. No es un elemento de la esencia, pues si nada se expresa, se entenderá que es cualquier actividad lícita. Este tipo societario podrá ser utilizado para precautelar el patrimonio de familia, realizar actividades de importación o exportación, comercialización de cualquier tipo de productos lícitos, para desarrollar cualquier tipo de actividad. La única restricción que tiene es que no podrá participar en la bolsa de valores, tal como se ilustrará más adelante.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. De conformidad con el artículo 110 del Código de Comercio, numeral cuarto, es necesario delimitar el objeto social de la sociedad haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. El mencionado artículo, determina expresamente, que será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con el objeto.

La capacidad de la sociedad estará determinada por el objeto social, artículo 99 Código de Comercio.

Las sociedades del emprendimiento (Ley 1014 de 2006), de conformidad con el artículo 72 de la Ley 222, numeral 5°, deberán realizar una enunciación clara y completa de las actividades principales que desarrollarán, a menos que se exprese que podrán realizar cualquier acto lícito de comercio. Lo anterior, evidencia que no es una condición necesaria la delimitación exacta del objeto social.

8. En cuanto a la responsabilidad de los asociados.

S.A.S. El artículo primero de la Ley 1258 de 2008 sostiene que “los accionistas no serán responsables de las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”. Para efectos fiscales la S.A.S. remite a la sociedad anónima del Código de Comercio.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. La responsabilidad dependerá del tipo societario así:

- Accionistas en las sociedades anónimas y socios comanditarios de la sociedad en comandita por acciones (Artículo 373 del Código de Comercio). Serán responsables hasta por el monto de sus respectivos aportes.
- Socios de sociedades limitadas y comanditarios en las comanditas simples (Artículo 353 del Código de Comercio). Los socios serán

responsables hasta el monto de sus aportes. Salvo en las obligaciones fiscales⁷¹ y laborales⁷².

- Los socios de las sociedades en comanditas simples. (Artículo 323 del Código de Comercio). Socios gestores: comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales.
- Los socios gestores en las sociedades comanditas responderán solidaria e ilimitadamente, artículo 323 Código de Comercio
- Sociedad colectiva. (Artículo 294 del Código de Comercio). Todos los socios de la sociedad colectiva responderán solidaria e ilimitadamente.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006, no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto a la responsabilidad de los asociados, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la ley 1014 de 2006.

9. En cuanto al capital.

S.A.S. El artículo noveno de la Ley 1258, establece que la suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las sociedades anónimas, respetando el plazo máximo para el pago de las acciones que no puede exceder de dos (2) años.

⁷¹ 794 Estatuto Tributario consagra una responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad. En todos los casos los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica de la cual sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable.

⁷² El artículo 36 del Código Sustantivo del trabajo establece que los socios de las sociedades limitadas. "Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí, en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión".

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. El numeral quinto del artículo 110 del Código de Comercio, establece que en la escritura pública de constitución de la sociedad, se deberá indicar el capital social, la parte del mismo que se suscribe y la parte que se paga por cada asociado en el acto de constitución. En las sociedades anónimas, deberá expresarse además la clase y el valor nominal de las acciones representativas de capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año.

En las sociedades anónimas se deberá suscribir el cincuenta por ciento (50%) del capital autorizado y se deberá pagar la tercera parte de cada una de las acciones suscritas, y un tercio del capital suscrito en la sociedad en comandita por acciones.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan la forma en que se deberá pagar el capital suscrito y pagado, por tanto, en cuanto al capital, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la ley 1014 de 2006.

10. En cuanto a la negociación de acciones en el mercado público de valores:

S.A.S. Las acciones emitidas por las sociedades por acciones simplificadas, no podrán ser negociadas en la bolsa, ni inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. Sólo le es permitido a las sociedades anónimas negociar sus acciones en el mercado público de valores. De conformidad con el artículo 4.1.1.3 de la Resolución 400 de 1995,

las entidades que pretendan administrar un sistema de negociación de valores y/o un sistema de registro de operaciones sobre valores deberán acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) *“Establecerse como sociedades anónimas cumpliendo el trámite de autorización previsto en el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para su constitución (...).”*⁷³

Las acciones de las sociedades del emprendimiento no podrán ser negociadas en bolsa.⁷⁴

11. En cuanto a las clases de acciones:

S.A.S. La Ley 1258 de 2008, establece en su artículo 10° un listado enunciativo de los tipos de acciones que se podrán emitir en las S.A.S.

⁷³ Resolución 400 de 1995, por la cual se actualizan y unifican las normas expedidas por la Sala General de la Superintendencia de Valores y se integran por vía de referencia otras. Bogotá: El Autor, 1995.

⁷⁴ Con respecto a la imposibilidad de la negociación de las acciones en la bolsa de valores, se ha sostenido: *“La justificación de la imposibilidad de negociar las acciones en bolsa de valores parece obvia: la enorme flexibilidad de la estructura de las S.A.S. es claramente incompatible con las disposiciones proteccionistas de orden público que gobiernan al mercado público de valores”.* Según Dominique Vidal: *“Las S.A.S. es una sociedad cerrada. Esta es la contrapartida de la libertad contractual. No puede, por tanto, acudir al mercado público de valores. El carácter abierto de una sociedad da lugar, cada vez más, a una importante distinción normativa en el Derecho Societario (...). Se ha visto, por tanto, la aparición de tres grandes categorías de sociedades: 1° Sociedades rígidas que acuden al mercado público de valores; 2° Sociedades rígidas que no acuden al mercado público de valores, y 3° Sociedades flexibles que no acuden al mercado público de valores.* REYES VILLAMIZAR, Francisco, La Sociedad por Acciones Simplificada, Editorial Legis., Bogotá D.C., 2009, Pág. 2.

“Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas:

- (i) acciones privilegiadas*
- (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto;*
- (iii) acciones con dividendo fijo anual y*
- (iv) acciones de pago.*

Al dorso de los títulos de acciones, constarán los derechos inherentes a ellas.”⁷⁵

Los estatutos deberán especificar los derechos de votación que tiene cada accionista indicando si tienen voto singular o múltiple.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. El artículo 381 del Código de Comercio, describe las acciones ordinarias y privilegiadas, las primeras de ellas confieren a sus accionistas los derechos consagrados en el artículo 379 del Código de Comercio, a saber: 1) El participar en las decisiones de la Asamblea General de Accionistas, 2) El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos en los balances de fin de ejercicio con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos. 3) El de negociar libremente las acciones a menos que se estipule un derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos. 4) El de inspeccionar libremente los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la Asamblea General en que se examinen los balances de fin de ejercicio y 5) El de recibir una parte proporcional de los activos sociales, al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad.

⁷⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008. Bogotá: El Autor, 2008. Artículo 10°.

Por su parte las acciones privilegiadas consagran además de los derechos consagrados en el artículo 379 los siguientes privilegios:

1) Un derecho preferencial para su reembolso en caso de liquidación hasta la concurrencia del valor nominal. 2) Un derecho a que las utilidades se las destine, en primer término, una cuota determinada, acumulable o no. La acumulación no podrá extenderse a un período mayor de cinco años. 3) Cualquier otra prerrogativa de carácter exclusivamente económico.

El artículo 381 expresamente prohíbe el privilegio consistente en el voto múltiple, o aquellos que priven de sus derechos de modo permanente a los propietarios de acciones comunes.

Acciones de goce o industria: estas podrán crearse para compensar las aportaciones de servicios, trabajo, conocimientos tecnológicos, secretos industriales o comerciales, asistencia técnica y en general toda obligación de hacer a cambio del aportante.

Acciones con dividendo preferencial y sin derecho al voto: Las sociedades anónimas y en comanditas por acciones podrán emitir acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, las cuales tendrán un mismo valor nominal de las acciones ordinarias y no podrán representar más del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito (Ley 222 de 1995, artículo 61).

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006, no se refieren a la clase de acciones de la sociedad, por tanto, en cuanto a la clase de acciones, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la ley 1014 de 2006.

12. En cuanto a la administración y representación.

S.A.S Está consagrada en el artículo 26 de la Ley 1258 de 2008: “La representación legal de la sociedad por acciones simplificada estará a cargo de una persona natural o jurídica, designada en la forma prevista en los estatutos. A falta de estipulaciones, se entenderá que el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. A falta de previsión estatutaria frente a la designación del representante legal, su elección le corresponderá a la asamblea o accionista único.”

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. Su representación dependerá del tipo societario:

- Sociedades anónimas. La administración de la sociedad es ejercida por los cargos de administración y control. El Gerente de la sociedad es quien tiene la representación legal. (artículo 440 Código de Comercio).
- Sociedades limitadas. De conformidad con el artículo 358 del Código de Comercio: “La representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y cada uno de los socios”. Los socios podrán delegar a un gerente para que los represente determinando en el documento de constitución sus facultades para obrar.
- Sociedades en comanditas. La administración está en cabeza de los socios gestores, quienes podrán ejercerla directamente o por sus delegados. Los socios comanditarios sólo podrán realizar excepcionalmente funciones de representación actuando como delegados de los socios gestores, para negocios determinados en los cuales se deberán indicar que obran por poder so pena de responder solidariamente con los socios gestores por las

operaciones sociales que celebren o ejecuten (artículos 326 y 327 del Código de Comercio).

- Sociedades colectivas. La administración de la sociedad corresponde a todos y cada uno de los socios, quienes podrán delegarla en sus consocios o extraños. Los delegados tendrán las mismas facultades conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se le impongan (artículo 310 del Código de Comercio).

El artículo primero del Decreto reglamentario 4463 de 2006 establece que el documento privado de este tipo de sociedades deberá contener: “La forma de administración dentro del tipo o especie de sociedad de que se trate, así como el nombre, documento de identidad y las facultades de sus administradores. A falta de estipulaciones se entenderá que los administradores podrán adelantar todos los actos comprendidos dentro de las actividades previstas”.

13. En cuanto a los órganos sociales:

S.A.S Existen varias novedades en cuanto a los órganos sociales que deberá tener la sociedad.

- Artículo 17 Ley 1258 de 2009 “En los estatutos de la sociedad por acciones simplificada se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento. A falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal.”

Si la sociedad cuenta con un solo accionista, ésta podrá ejercer todas las funciones de los diversos órganos sociales.

- De conformidad con el artículo 25 de la Ley 1258 de 2008, las S.A.S. no están obligadas a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si la sociedad carece de junta directiva, todas las funciones a cargo de ésta le corresponderán al representante legal. En caso tal de tener junta directiva los miembros podrán pertenecer a más de cinco juntas y podrán estar ligados por parentesco.

- La sociedad deberá tener un representante legal identificado con nombre y cédula, si no se le establece ninguna limitación expresa se entenderá que éste podrá realizar todos los actos o contratos comprendidos en el objeto social, a falta de estipulación estatutaria para designar el representante legal, su elección corresponderá a la asamblea general de accionistas o accionista único (artículo 26, Ley 1258 de 2008).

- La sociedad sólo está obligada a tener Revisor Fiscal en los casos en que lo determine la ley en razón del capital de la sociedad. En caso de contar con Revisor Fiscal este deberá ser contador público titulado con Tarjeta Profesional vigente.

- Los empleados y administradores de la sociedad podrán adquirir acciones y representar a los accionistas.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. Las sociedades tradicionales deberán tener asamblea general de accionistas o junta de socios y se reunirán por lo menos una vez al año en asamblea o junta ordinaria y de forma extraordinaria cuando sean convocados por los administradores, el revisor fiscal o cualquier entidad que tenga control sobre la sociedad (artículo 181 del Código de Comercio, Órgano de dirección).

En el documento de constitución se deberá designar el representante legal de la compañía (Órgano de Representación).

Sólo las sociedades anónimas están obligadas a tener junta directiva, las demás sociedades podrán pactar en sus estatutos la posibilidad de tener junta directiva. La junta directiva deberá tener al menos tres miembros con sus respectivos suplentes. El artículo 435 del Código de Comercio prohíbe que la mayoría de los miembros de la junta directiva estén ligados por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y o primero civil. Adicionalmente está prohibido que un miembro de junta actué en más de cinco juntas directivas.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto a los órganos sociales, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la ley 1014 de 2006.

14. En cuanto a la convocatoria.

S.A.S De conformidad con el artículo 20 de la Ley 1258 de 2008 *“Salvo estipulación estatutaria en contrario, la asamblea será convocada por el representante legal de la sociedad, mediante comunicación escrita dirigida a cada accionista con una antelación mínima de cinco (5) días hábiles. En el aviso de convocatoria se insertará el orden del día correspondiente a la reunión.”*

Las S.A.S no hacen diferencia entre asamblea ordinaria y extraordinaria.

De conformidad con el artículo 21 de la mencionada ley, los accionistas podrán renunciar a su derecho a ser convocados a una reunión determinada de la asamblea, por medio de comunicación escrita enviada al representante legal antes, durante o después de la sesión correspondiente. Aunque no hubieran sido convocados a la asamblea, se entenderá que los accionistas que asistan a la reunión han renunciado al derecho a ser convocados, a menos que manifiesten su inconformidad por la falta de convocatoria antes de iniciar la reunión.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. El artículo 181 del Código de Comercio diferencia entre las asambleas ordinarias y las extraordinarias. Las primeras son las que se realizan una vez al año por lo menos en la época fijada en los estatutos y las reuniones extraordinarias se efectúan cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía.

Cuando la reunión de la asamblea se haga con el fin de aprobar balances de fin de ejercicio la convocatoria se deberá realizar con al menos quince (15) días hábiles de anticipación, en los demás casos sólo se convocará con cinco (5) días de antelación.

La convocatoria realizada de forma indebida traerá como consecuencia la ineficacia de las decisiones que se adopten.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto a la convocatoria, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la Ley 1014 de 2006

15. En cuanto al derecho de inspección:

S.A.S. Cuando hayan de aprobarse balances de fin de ejercicio u operaciones de transformación, fusión y escisión el derecho de inspección de los accionistas podrá ser ejercido durante los cinco (5) días hábiles anteriores a la reunión, a menos que en los estatutos se pacte un término superior, los accionistas también podrán renunciar a este derecho de inspección mediante comunicación escrita enviada al Representante Legal.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. El derecho de inspección dependerá del tipo societario que se esté analizando.

- Sociedades anónimas. De conformidad con el artículo 379 del Código de Comercio, los propietarios de las acciones tendrán

derecho a inspeccionar libremente los libros y papeles de la sociedad dentro de los quince (15) días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinan los balances de fin de ejercicio.

- Sociedad limitada. Los socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo, por si o por medio de un representante, la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía (artículo 369 del Código de Comercio).
- Sociedades en comanditas. Los socios comanditarios tendrán derecho de inspeccionar en cualquier tiempo por si o por medio de representante los libros o documentos de la sociedad (artículo 328 del Código de Comercio).
- Sociedades colectivas. Los socios tendrán derecho a inspeccionar por si mismos o por medio de representantes, los libros y papeles de la sociedad en cualquier tiempo (artículo 314 del Código de Comercio).

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto al derecho de inspección, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la ley 1014 de 2006.

16. En cuanto al derecho de preferencia:

S.A.S. El artículo 13 de la Ley 1258 de 2008 establece que podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases siempre que la vigencia de esta restricción no exceda de diez (10) años contados a partir del momento de la emisión. Este término podrá ser prorrogado por períodos adicionales no superiores a diez (10) años por unanimidad de los

accionistas. El artículo 14 de la mencionada Ley faculta a los accionistas a someter siempre toda negociación de acciones a consideración de la Asamblea. La violación a los preceptos consignados en los estatutos en cuanto a la negociación de las acciones traerá como consecuencia que la transferencia de las acciones se ineficaz.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. El derecho de preferencia en las sociedades tradicionales del código de comercio, encuentra su principal desarrollo en las sociedades anónimas y limitadas.

- Sociedad anónima. El artículo 388 dice que los accionistas tendrán derecho a suscribir preferencialmente en toda nueva emisión de acciones, una cantidad proporcional a las que posean en la fecha que se apruebe el reglamento. En los estatutos también se podrá pactar el derecho de preferencia en la negociación de acciones indicando los plazos y condiciones dentro de los cuales la sociedad o los accionistas podrán ejercerlo (artículo 407 del Código de Comercio).
- Sociedad limitada. Existe derecho de preferencia en la cesión de cuotas, la cual implica una reforma estatutaria. El artículo 363 del Código de Comercio desarrolla el derecho de preferencia en las sociedades limitadas: “Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes manifiesten si tienen interés en adquirirlas”.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto al derecho de preferencia, se

aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la Ley 1014 de 2006.

17. En cuanto al derecho de retiro.

S.A.S. El artículo 30 de la Ley 1258 de 2008, hace referencia al derecho a las normas aplicables a la transformación, fusión y escisión. En este establece que serán aplicables las normas que consagra de Ley 222 de 1995 en cuanto al derecho de retiro en los casos en los que la sociedad se transforma, fusiona o escinde. La Ley 1258 de 2008, en su artículo 32 también consagra el derecho de retiro en cuanto a la enajenación global de activos, así: “Esta operación dará lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en caso de desmejora patrimonial”.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY 1014 DE 2006. Los socios ausentes o disidentes tendrán el derecho de retirarse la sociedad cuando después de una transformación, fusión o escisión se les impongan a los asociados una responsabilidad mayor o traiga como consecuencia una desmejora de sus derechos patrimoniales.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto al derecho de retiro, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la Ley 1014 de 2006.

18. En cuanto a las reservas:

S.A.S. Los accionistas en las sociedades por acciones simplificadas no están obligados a hacer reservas. Por mera liberalidad de los accionistas podrán pactar en el documento de constitución su voluntad de realizarlas.

SOCIEDADES CÓDIGO DE COMERCIO. Existen reservas determinadas por la legislación, por los estatutos y reservas ocasionales que pueden pactar los accionistas con el fin de cumplir un objetivo determinado. Según los artículos 350 y 452 las sociedades en comanditas por acciones, anónimas y limitadas deberán crear una reserva legal que ascenderá por lo menos al cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito, formada por el diez por ciento (10%) de las utilidades líquidas de cada ejercicio.

El artículo 154 del Código de Comercio establece que además de las reservas legales y estatutarias, los accionistas podrán realizar las reservas que consideren necesarias y convenientes siempre que tengan una destinación especial, que se aprueben en la forma prevista en los estatutos o en la ley y que hayan sido justificadas ante la Superintendencia de Sociedades.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto a las reservas, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la Ley 1014 de 2006

19. En cuanto a las causales de disolución:

S.A.S. El artículo 34 de la Ley 1258 establece que la sociedad por acciones simplificada se disuelve: por el vencimiento del término previsto en los estatutos, por la imposibilidad de desarrollar las actividades previstas en su objeto social, por iniciación del trámite de liquidación judicial, por las causales previstas en los estatutos, por la voluntad adoptada en asamblea de accionistas o por decisión del accionista único, por orden de autoridad competente y en caso de pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del 50% del capital suscrito

SOCIEDADES DEL CÓDIGO DE COMERCIO (Art 218) las causales generales de disolución que trae la ley son:

- Por el vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no opera la prórroga antes de que se produzca la expiración.
- Por la imposibilidad de desarrollar el objeto social.
- Por la disminución en el número de asociados exigidos por la ley, ya sea para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda el límite máximo permitido.
- Por las causales que se estipulen en el contrato.
- Por decisión de los asociados, siempre que se tome conforme lo establece la ley y el contrato social.
- Por aquellas causales establecidas en las leyes correspondientes a cada tipo societario de los regulados por el Código de Comercio.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto a las causales de disolución, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la Ley 1014 de 2006.

20. En cuanto a la resolución de los conflictos societarios

S.A.S. El artículo 40 de la Ley 1258 permite que las diferencias que surjan entre accionistas, con la sociedad o sus administradores, ya sea en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva que se fundamenten en cualquiera de las causas legales, se sometan a decisión arbitral o de amigables componedores, cuando así se pacte en los estatutos.

Cuando no haya lugar ha dicho pacto los conflictos serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades a través del proceso verbal sumario. Con respecto a este punto, es importante hacer nuevamente referencia al análisis realizado en el capítulo cuarto del presente trabajo, ya que se considera que se que con esta estipulación, el legislador contraría preceptos constitucionales.

SOCIEDADES DEL CÓDIGO DE COMERCIO El artículo 110 en su numeral 11, establece que las diferencias ocurridas a los asociados entre si o con la sociedad, con motivo del contrato social, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, así como la forma de hacer la asignación de los mismos, cuando así se diga en la escritura de constitución.

Las acciones de impugnación de actos de asamblea, junta directiva o junta de socios por su parte, se deberán llevar ante los jueces, independiente de si se pacto o no clausula compromisoria, así lo sostiene el artículo 194 del Código de Comercio.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto a la resolución de conflictos societarios, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la ley 1014 de 2006.

21. En cuanto a los acuerdos de los accionistas

S.A.S. Los acuerdos de accionistas siempre que se trate de asuntos lícitos, deberán ser acatados por la compañía cuando éstos se hayan depositado en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a 10 años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por periodos que no superen los diez años.

Se deberá indicar por parte de los accionistas suscriptores del acuerdo, en el momento de depositarlo, la persona que los representará para recibir información o para suministrarla cuando sea solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en

estos casos la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los 5 días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

SOCIEDADES DEL CÓDIGO DE COMERCIO El artículo 70 de la Ley 222 de 1995, se encargó de regular lo atinente a los acuerdos de los accionistas para las sociedades reguladas por el Código de Comercio en su libro segundo. Al respecto, establece: Dos o más accionistas que no sean administradores, podrán celebrar acuerdos por medio de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. En este acuerdo se podrá estipular que uno o más de ellos o un tercero, lleve la representación de todos en la reunión de la asamblea, estipulación que producirá efectos respecto de la sociedad siempre que conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funciones la administración de la sociedad.

La Ley 1014 y su respectivo Decreto reglamentario 4463 de 2006 no regulan expresamente el tema, por tanto, en cuanto a los acuerdos de accionistas, se aplicarán las normas propias del tipo societario constituido bajo la Ley 1014 de 2006.

22. En cuanto a la remisión normativa:

S.A.S. El artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, hace referencia a la remisión normativa de las sociedades por acciones simplificadas así:

En lo no previsto en la Ley las S.A.S. se regirá por los estatutos, por las normas que rigen a la sociedad anónima y en su defecto y siempre y cuando no resulten contradictorias a las disposiciones generales que rigen las sociedades del Código de Comercio.

En cuanto a la liquidación del patrimonio de la sociedad, la mencionada Ley establece en su artículo 35 que la liquidación se realizará de conformidad con el procedimiento señalado para la liquidación de las sociedades de responsabilidad

limitada actuando como liquidador el representante legal o la persona que designe la asamblea de accionistas.

SOCIEDADES DEL CÓDIGO DE COMERCIO. Las sociedades tradicionales del código de comercio tienen una regulación general en el título primero del libro segundo, en los artículos 98 a 293. Posteriormente cada sociedad tiene su propia regulación y su respectiva remisión normativa así:

- Sociedad limitada. Artículo 372 del Código de Comercio. En lo no previsto en el título que la regula o en los estatutos, las sociedades limitadas se registrarán por las disposiciones de la sociedad anónima.
- Sociedad en comandita simple: Artículo 341 Código de Comercio. Respecto a los socios gestores se aplicarán las normas de la sociedad colectiva y respecto a los socios comanditarios se aplicarán las normas de la sociedad limitada.
- Sociedad en comandita por acciones. El artículo 352 del Código de Comercio establece que a los socios gestores se aplicarán las normas de la sociedad colectiva y respecto a los socios comanditarios se aplicarán las normas de la sociedad anónima.

La remisión normativa de las sociedades constituidas bajo Ley 1014 de 2006, dependerá de la remisión normativa propia del tipo societario constituido bajo dicha Ley.

Una vez realizada la anterior comparación, centraremos el presente estudio en analizar ciertos aspectos problemáticos que a nuestro juicio presenta la Ley 1258 de 2008.

4. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 1258 DE 2008

Aunque es innegable el gran avance que en materia societaria se ha logrado a partir de la creación de las sociedades por acciones simplificadas, no es posible pasar por alto ciertas inconsistencias que presenta la Ley que las regula. Es así, que el propósito del presente capítulo consiste en hacer un análisis a ciertos artículos problemáticos de la norma, con el fin de determinar si adolecen de problemas de constitucionalidad, en la medida en que vulneran disposiciones consagradas en la Constitución Política de Colombia.

Dentro de los principios constitucionales se encuentra aquel según el cual, la Constitución es norma de normas, lo cual implica que se entienda la supremacía constitucional sobre las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico colombiano. Esto conlleva a que deba respetarse lo consagrado en ella, evitando entonces actuaciones no acordes a su contenido, ni mucho menos crear normas que pretendan estar por encima de la Carta, ya que se trata de la representación del pueblo, máxima expresión de un Estado social de derecho y democrático.

Entre aquellos artículos que presentan los problemas a los cuales se hace referencia y que por ende serán objeto de análisis en el presente trabajo, se encuentran en su orden: El artículo 40, en la medida en que otorga competencia a la Superintendencia de Sociedades para la resolución de los conflictos societarios, cuando no se haya pactado arbitramento o amigable composición y en segundo lugar, el artículo 46 en aquel aparte que reza: (...) “Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición (entiéndase artículo 22 de la Ley

1014 de 2006) tendrán un término máximo improrrogable de seis meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas”⁷⁶.

A. PRIMER PROBLEMA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 1258 DE 2008. (Artículo 40)

La Ley en mención consagra en su artículo cuarenta (40) la forma en la que se resolverán los conflictos societarios, de la siguiente manera:

“Artículo 40°. Resolución de conflictos societarios.- Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos. Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario.”⁷⁷

Del artículo anterior, se deduce que de no pactarse la resolución de conflictos por medio de amigables componedores o árbitros, la competencia para resolver éstos conflictos se ha atribuido a la Superintendencia de Sociedades.

⁷⁶ Para una mejor comprensión del lector sobre los argumentos esgrimidos y los debates que se dieron en torno a la Ley 1258 de 2008, se puede consultar la página del Honorable Congreso de la República: [http://www.senado.gov.co/Gaceta 9472008 del 05/12/2008](http://www.senado.gov.co/Gaceta%209472008%20del%2005/12/2008) – Diario Oficial N° 47.194 del 05/12/2008.

⁷⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008. Bogotá: El Autor Artículo 40, 2008. Artículo 40.

Esta sección pretende hacer un análisis sobre la atribución que se le ha otorgado a la Superintendencia para poder determinar si ésta pasa un examen de constitucionalidad.

La Constitución Política de Colombia en su artículo 116, modificado por el Acto Legislativo número 03 de 2002, establece cuáles órganos en Colombia ejercen funciones jurisdiccionales. Éste señala como los principales órganos encargados de ejercer funciones judiciales a La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales, los Jueces, y la Justicia Penal Militar.

Los mencionados órganos son los que por regla general administran justicia en Colombia. Ahora bien, la norma establece que “***excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, advirtiendo que a estas no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.***”⁷⁸ (Negrilla y subrayas por fuera del texto).

Finalmente, la norma señala que los particulares podrán ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, como conciliadores o cuando actúan como árbitros habilitados por las partes en conflicto para dictar fallos en derecho o en equidad según los términos que determine la ley.

La Ley 1258 de 2008 al dar atribuciones a la Superintendencia de Sociedades, está permitiendo que una autoridad administrativa perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público administre justicia, lo cual es un ilógico retroceso que deja a un lado los enormes esfuerzos por independizar el poder Ejecutivo del poder Judicial. (Subraya por fuera del texto)

⁷⁸ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá. Legis, 2008. Artículo 116.

La profesora María Luz Martínez Alarcón en su libro “La independencia judicial”⁷⁹, se refiere a la importancia de la independencia e imparcialidad de éste, mostrando como gran parte de la legitimidad de sus decisiones, están basadas en la independencia que éste tiene de las otras ramas del poder público, y cómo la autonomía del Juez es el único medio que le permite llegar a ser imparcial.

El mencionado libro, hace un recorrido por el camino que se transcurrió a través de la historia para lograr la independencia judicial éste ilustra cómo anteriormente el Juez recibía órdenes del monarca, quien revisaba sus decisiones e imponía la forma en que debía fallar.

El Juez estuvo sometido entonces a la voluntad del monarca durante cientos de años. Sin embargo, el siglo XVII trae consigo una importante evolución social, la cual produjo como consecuencia, que el Juez empezara a tomar sus decisiones con independencia de lo estipulado por la monarquía, se empezó a entender el juez como un mediador entre el Rey y los otros poderes políticos y sociales del pueblo.

La independencia del Juez no duró por mucho tiempo, en el período de la Ilustración, éste se convirtió en un órgano que se limitaba exclusivamente a pronunciar lo consagrado en la ley, pasando su subordinación del poder del Rey (Ejecutivo) al poder del legislativo, convirtiéndose en un sujeto al que no se le permitía interpretar ni pensar; su función se remitía a pronunciarse sobre lo estipulado por el legislador. (Subraya por fuera del texto).

⁷⁹ El recorrido histórico que a continuación se narrará es extraído del libro de la profesora María Luz Martínez Alarcón: “La independencia judicial”, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid España, 2004. Pág. 40 y siguientes, y del libro “Derecho Jurisdiccional I, Parte General escrito por los profesores: Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colmer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar, onceava edición, editorial Triant Lo Blanch, Valencia, España 2002.

“Para Montesquieu no existe libertad cuando el poder judicial está unido al legislativo, porque entonces convertido el juez en legislador, estaríamos ante la arbitrariedad; tampoco existe libertad cuando si el poder judicial y el ejecutivo están unidos, pues el juez entonces tendría la fuerza de un opresor.”⁸⁰

Posteriormente, el final de la segunda guerra mundial, trae consigo un importante hecho para la evolución de la función del juez, pues gran cantidad de estados europeos dotaron de Constituciones Políticas nuevas a sus estados y otorgaron al juez una primordial función: la de proteger los derechos constitucionales consagrados en sus cartas políticas. Fue así, como el Juez se convirtió en garante de los derechos constitucionales consagrados en las Cartas Políticas de cada estado.

Actualmente, después de un importante proceso evolutivo, podemos afirmar que la gran mayoría de los Estados ha otorgado independencia al Juez de los poderes Ejecutivo y Judicial, pues consiguieron entender que la imparcialidad en sus decisiones sólo se logra por medio de la independencia.

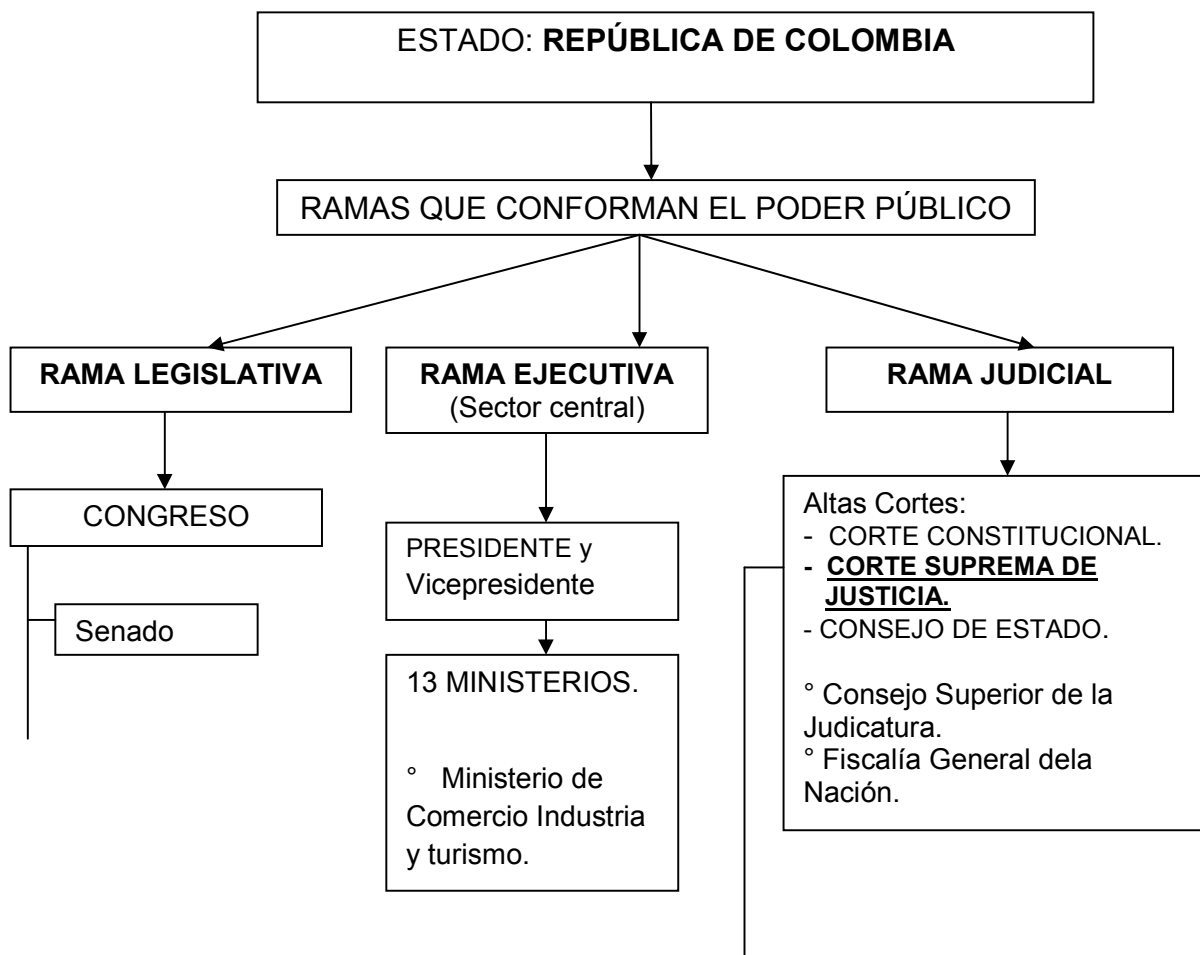
La ley, a la que tan importante poder se atribuyó en tiempos pasados ha perdido protagonismo, debido a que envejece rápidamente y en una gran cantidad de oportunidades, no es actual ni regula las necesidades que requiere la sociedad. Es así, como en la actualidad existe una tendencia muy fuerte, casi generalmente aceptada, que otorga al juez total independencia del Rey (hoy poder Ejecutivo) y del poder legislativo.

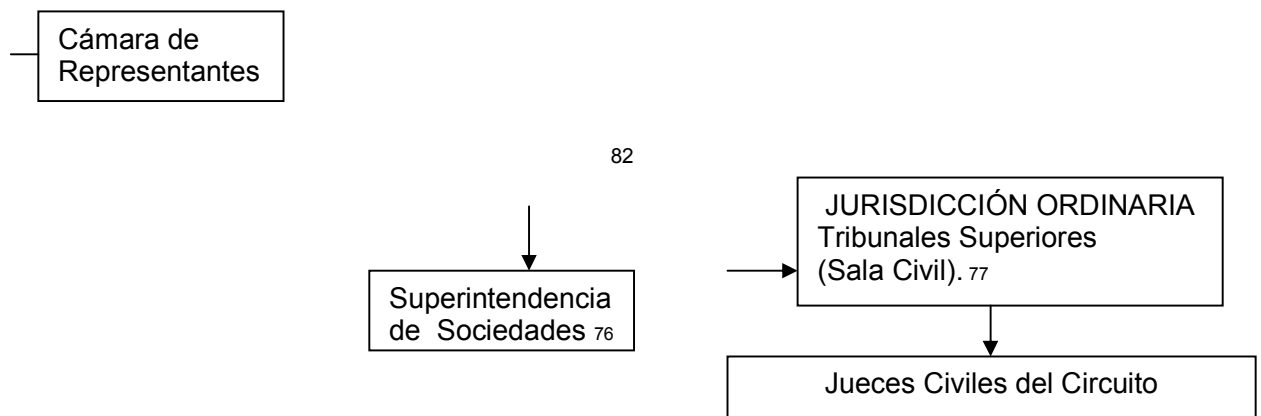
⁸⁰ MONTERO AROCA Juan, GOMEZ COLOMER Juan Luis, MONTÓN REDONDO Alberto y BARONA VILAR Silvia, Derecho Jurisdiccional I, Parte General, 11ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2002, Pág. 29.

Facultar a un órgano administrativo para que administre justicia, sería involucionar y dejar a un lado todo el progreso de independencia del poder Judicial.

Por medio del presente esquema, se busca ilustrar al lector sobre la ubicación de la Superintendencia de sociedades dentro de la rama Ejecutiva del poder público, entidad a la cual la Ley 1258 de 2008 faculta para dirimir las controversias⁸¹ que ocurran entre *“los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral”*. Adicionalmente el esquema ubicará el lugar en donde se encuentra el juez que por su naturaleza, tiene encargada la función de dirimir los conflictos en materia societaria, “juez natural” que desconoce la citada Ley.

⁸¹ La facultad de dirimir conflictos otorgada a la Superintendencia Financiera por la Ley 1258 de 2008, es una verdadera novedad, puesto que de conformidad con el anterior régimen, a saber: Ley 222 de 1995 en sus artículos 83 a 85, si bien dicha Superintendencia tiene las facultades de Inspección, Vigilancia y Control, dentro de éstas no está contemplada la facultad de dirimir conflictos, otorgada como se dijo por el artículo 40 de la precitada Ley.





La Ley 1258 de 2008 al otorgar facultades para la resolución de los conflictos⁸⁴ que se presenten en las S.A.S. a la Superintendencia de Sociedades, además de desconocer la evolución histórica, hace que se presenten los tres (3) siguientes problemas:

- Niega al ciudadano el derecho al juez natural.
- Desconoce que la Rama Ejecutiva está organizada jerárquicamente.
- Omite el acceso a la doble instancia. (Proceso verbal sumario).

✓ NIEGA AL CIUDADANO EL DERECHO AL JUEZ NATURAL:

⁸² Según la Ley 1258 de 2008, la competencia para dirimir los conflictos que se presenten en materia societaria, relacionados con las Sociedades por Acciones Simplificadas, deberán solucionarse a través de la Superintendencia de sociedades, órgano administrativo adscrito a la Rama Ejecutiva. En Colombia el presidente actual es el doctor: Álvaro Uribe Vélez, su Ministro de Comercio Industria y Turismo es el señor Luis Guillermo Plata Páez y el Superintendente de Sociedades es el señor Hernando Ruiz López.

⁸³ Los conflictos societarios por su naturaleza, son de competencia de la Jurisdicción ordinaria. Según el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, es competencia de los Jueces Civiles del Circuito en primera instancia, decidir sobre las nulidades, disoluciones y liquidaciones de las sociedades.

⁸⁴ El artículo cuarto (4°) de la Ley 1258 de 2008, establece: “Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos”.

El profesor Jesús Gonzales Pérez, en su libro “Derecho a la tutela jurisdiccional” establece que todos los ciudadanos en Colombia tenemos derecho a acceder al Juez natural:

“El acceso a la jurisdicción comporta la posibilidad de formular la pretensión ante un órgano que sea jurisdiccional. El derecho al juez natural comporta algo más: que el proceso se decida por el juez ordinario predeterminado por la ley.

(...) Es necesario, pues, que el juez sea aquel al que corresponde su conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Es una garantía frente a los órganos del gobierno del Poder Judicial y también – aunque muchas veces parece olvidarse – frente al legislativo. Se atenta contra la garantía jurisdiccional siempre que se modifica la competencia o la composición del órgano jurisdiccional, tanto por norma con fuerza de Ley, como por actos del Ejecutivo o de los órganos rectores del Poder judicial, a fin de sustraer un litigio de conocimiento del Tribunal que naturalmente correspondería.”⁸⁵ (Cursiva y subraya fuera de texto).

Tratadistas tan importantes como CARNELUTTI han resaltado en sus ensayos la importancia de acceder a un Juez independiente, sin subordinación de los otros poderes del Estado.

“No os dejéis seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el Juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede conseguir sin reglas legislativas pero no sin jueces. El hecho de que en la escuela

⁸⁵ GONZALEZ PEREZ, Jesús, “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”, Editorial Civitas, Madrid 1989, Pág. 90.

europea continental la figura del legislador haya sobrepujado en otro tiempo a la del Juez es uno de nuestros más graves errores. Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas reglas legislativas con buenos jueces, que no malos jueces con buenas reglas legislativas.⁸⁶ (...)

La importancia de un juez independiente ha inspirado los ensayos de tratadistas y profesores en todo el mundo, la autora Rosario Sierra Cristóbal no es ajena al tema:

“El ordenamiento pretende un juez imparcial y para ello trata de dotarle de una posición independiente, ya que juega la presunción de que el juez no independiente tampoco será imparcial. La independencia es un concepto jurídico que implica que éste ha de actuar sin intromisiones que provengan de otros poderes del Estado, del propio poder judicial o de cualquier otra instancia”.⁸⁷

En Colombia, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el derecho que tenemos todos los colombianos a acceder al Juez natural y es así como en la Sentencia SU1184 de 2001, la Sala Plena de la Corte Constitucional se refiere al tema:

“El derecho al juez natural comprende, además, el derecho a que únicamente (en realidad, es preferentemente) sean los jueces quienes dicten el derecho. Dicha restricción, responde a la división

⁸⁶ Citado en el libro: GONZALEZ PEREZ, Jesús, “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”, Editorial Civitas, Madrid 1989. Pág. 92.

⁸⁷ SIERRA CRISTOBAL, Rosario, La libertad ideológica del juez, Valencia España, 2004, Pág.30.

*de las ramas del poder público, y tiene traducción positiva en el derecho constitucional a acceder a la justicia”.*⁸⁸

El Doctor Jaime Araújo Rentería, Magistrado de la Corte Constitucional en Sentencia 058 de 2006, hace una concisa reflexión sobre lo que significa el derecho al Juez Natural diciendo: “*Constituye una garantía de independencia e imparcialidad del juez frente a los demás poderes públicos*”.

Con base en la reflexión anterior, se puede concluir que otorgar funciones judiciales a la Superintendencia de Sociedades es un desconocimiento al desarrollo histórico de la humanidad y una violación directa al derecho a acceder al juez natural.

Una de las razones que motivaron al autor de la Ley 1258 de 2008 a omitir los juicios por parte del poder judicial, está ligada al problema de la congestión que tiene nuestro sistema judicial. Más adelante se ampliará al tema y se analizará si tiene sentido sacrificar una serie de derechos constitucionales relacionados con el acceso a la justicia con el fin de evitar la morosidad en el sistema.

✓ DESCONOCE QUE LA RAMA EJECUTIVA ESTÁ ORGANIZADA JERÁRQUICAMENTE.

Mientras que en la Rama Judicial del poder público, los jueces son independientes y no tienen en estricto sentido un superior jerárquico, en la Rama Ejecutiva sucede todo lo contrario. El siguiente paralelo pretende ilustrar someramente estas diferencias:

SUPERIOR FUNCIONAL	SUPERIOR JERÁRQUICO
---------------------------	----------------------------

⁸⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU1184 de 2001. la Sala Plena de la Corte Constitucional. Bogotá: El Autor, 2001.

(Rama judicial)	(Rama Ejecutiva)
<p>Los jueces tienen independencia para tomar sus decisiones y orientar sus fallos.</p> <p>El control del juez es “a posteriori” por medio de la segunda instancia, éste se hace sobre una conducta ya producida. Lo anterior evidencia que el juez es imparcial, independiente y autónomo.</p> <p>Cada juez es auto suficiente sólo tiene control constitucional y legal.</p> <p>Ley estatutaria 270/96, artículo 5°. ⁸⁹</p>	<p>Los funcionarios de la Rama Ejecutiva del poder público tienen controles anteriores, posteriores y generales.</p> <p>El Presidente de la República es Superior Jerárquico del Ministro de Comercio Industria y Turismo y a su vez éste es superior jerárquico del Superintendente de de sociedades. Los superiores jerárquicos están facultados para dar órdenes a sus inferiores jerárquicos y en esta medida podrían orientar sus decisiones.</p> <p>La competencia jurisdiccional es indelegable y excepcional.</p>

- ✓ NIEGA LA POSIBILIDAD DE ACCEDER A LA DOBLE INSTANCIA. (PROCESO VERBAL SUMARIO).

El derecho a la doble instancia está consagrado en el capítulo primero de nuestra Carta Política, lo consagra al referirse a los derechos fundamentales.

Artículo 31. Constitución Política de Colombia:

“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”⁹⁰

⁸⁹ “La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia”. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270 de 1996. Bogotá: El Autor: 1996. Artículo 5. “Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

⁹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Legis, 2008. Artículo 31.

Los profesores Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar en su texto: Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, se refieren al tema de la apelación y segunda instancia:

“En sentido jurídico estricto cuando se habla de doble grado o de doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero. El doble grado o instancia permite dos pronunciamientos sobre el objeto del proceso y sobre el objeto del debate”⁹¹.

La Corte constitucional por medio de la sentencia T- 058 de 2006, del Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería, hace un pronunciamiento sobre el tema:

“El artículo 228 de la Carta Política, a su vez, preceptúa el libre acceso de las personas a la administración de justicia para someter a investigación, análisis y decisión de los jueces la realización de sus derechos e intereses, sin más restricciones que las legalmente pertinentes, al punto que las limitaciones que imposibilitan o restringen dicho acceso, es decir en lo que tiene que ver con trámites y recursos, comportan la violación de la garantía constitucional al debido proceso, ya fuere por lesión del principio de la doble instancia -en los casos en que éste se

⁹¹ MONTERO ROCA Juan, GOMEZ COLOMER Juan Luis, MONTÓN REDONDO Alberto y BARONA VILAR Silvia, Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, 11ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2002, Pág. 418 y 419.

establece constitucionalmente- o por vulneración del derecho de acceso a la justicia –cuando el recurso está previsto en la ley.”⁹²

Del análisis anterior, el lector puede estudiar los problemas fundamentales que tiene otorgarle poder judicial a una rama perteneciente al poder Ejecutivo. No obstante, es importante analizar más a fondo el motivo que llevó al legislador, a otorgar la competencia para dirimir conflictos a la Superintendencia de Sociedades.

Francisco Reyes Villamizar, en su libro “La Sociedad por Acciones Simplificada” explica la justificación que encuentra para haberle otorgado estas facultades a la Superintendencia de Sociedades:

“Al preparar el proyecto de ley se consideró que uno de los principales problemas de los regímenes societarios latinoamericanos tiene que ver con la falta de ejecución efectiva de las normas sustantivas. Por ello en el artículo 44 de la Ley SAS se atribuyen funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades para resolver sobre los asuntos que aluden los artículos 24 (ejecución específica de obligaciones pactadas en los acuerdos de accionistas), 40 (resolución de todos los conflictos societarios), 42 (desestimación de la personalidad jurídica) y 43 (abuso del derecho) del mismo estatuto”.⁹³

El mismo autor en su libro “Arbitraje comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en Estados Unidos” se refiere al tema así:

⁹² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T- 058 de 2006. Magistrado ponente: JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Bogotá: El Autor, 2006.

⁹³ REYES. VILLAMIZAR, Francisco, “La Sociedad por Acciones Simplificada”, Editorial Legis, Primera Edición, Bogotá, 2009, Pág. 75.

“La proverbial lentitud de las instancias judiciales en los sistemas latinoamericanos se convierte también en una forma de denegación de justicia. Aunque el problema no es exclusivo de esta región del continente americano, el inveterado formalismo de los sistemas judiciales, producto en parte de la herencia patrimonialista española, ha terminado por crear un sistema procesal cuya comprobada ineficacia representa un obstáculo adicional para el desarrollo económico.”⁹⁴

La lentitud en los procesos es un fenómeno que afecta a la gran mayoría de países que recibieron influencia del derecho Romano:

El profesor COUTURE, en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio de Uruguay en 1945 se refiere al tema de la lentitud en los procesos, lo anterior evidencia que esto no es sólo un problema local sino que como se dijo anteriormente, afecta a una gran cantidad de países a nivel mundial y adicionalmente es reflejo de que este inconveniente no es para nada nuevo, sino que viene de muchos años atrás. Así se expresa el profesor COUTURE frente a la problemática:

“La lentitud de los procesos civiles es endémica en todos los ordenamientos que recibieron la herencia judicial española. Creo que la lentitud es algo endémico de todo tipo de proceso, civil o no civil, hispanoamericano o no”⁹⁵

⁹⁴ REYES. VILLAMIZAR, Francisco y PALMITER Alan R., “Arbitraje comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en Estados Unidos”, Tomo I, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá 2001, Pág. 7 -8.

⁹⁵ EDUARDO J. COUTURE se refirió al tema de la lentitud de los procesos y la inactividad judicial, al respecto remitirse a la página Web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/672/8.pdf>, mayo 11 de 2009.

Los profesores Eduardo Vélez, Patricia Gómez de León y Jaime Giraldo en su libro “*Jueces y justicia en Colombia*”, publicado en 1987, ilustran la problemática desde el punto de vista local, la cual es un problema de varios años atrás:

“Una de las razones fundamentales del alto índice de congestión de la justicia en Colombia es la incapacidad del sistema para tramitar todos los casos que ingresan anualmente, de tal manera que año por año el total de procesos represados se incrementa significativamente. (...). En la justicia civil había en el año de 1982 un total de 1.337.100 casos, y la tasa de retención anual era en promedio del 23.8 por ciento”⁹⁶.

El problema de la ineficiencia de la Rama Judicial es real, tanto así, que ha traído nefastas consecuencias para el pueblo colombiano entre ellas, y quizás la más grave, el que los ciudadanos decidan hacer justicia por sus propias manos, pues encuentran un sistema jurídico que no administra justicia de forma oportuna.

A pesar de lo anterior, no es posible desconocer que nos encontramos en un Estado Social de Derecho en el cual la constitución es norma de normas y se debe respetar por encima de cualquier ley

Adicionalmente tal como se ilustró al iniciar el desarrollo de esta problemática, el artículo 116 de la Constitución Política establece que sólo excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Frente al caso analizado no podremos decir que el otorgar facultades a la Superintendencia de Sociedades para resolver los conflictos de las sociedades por acciones simplificadas, sea un fenómeno

⁹⁶ VELEZ B, Eduardo, GÓMEZ DE LEÓN, Patricia y GIRALDO A Jaime. *Jueces y justicia en Colombia*. Octubre de 1987, Editorial Guadalupe Ltda., Bogotá Colombia. Pág. 114

excepcional y preciso pues con el auge con el que actualmente se están constituyendo este tipo de sociedades⁹⁷ la Superintendencia de Sociedades podrían terminar regulando la gran mayoría de conflictos societarios que se presenten en Colombia.

Por lo anteriormente expuesto, el otorgarle facultades de este tipo a la Superintendencia de Sociedades la Ley 1258 de 2008 posiblemente no pasaría un examen de constitucionalidad pues se estaría desconociendo el derecho que tienen los ciudadanos a acceder al Juez Natural y al acceso a la doble instancia, poniendo por encima de éste la necesidad que tiene el ciudadano a acceder a una justicia pronta y eficaz⁹⁸.

B. SEGUNDO PROBLEMA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 1258 DE 2008 (Artículo 46).

“Vigencia y derogatorias.- La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico, una vez entre en vigencia la presente Ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis

⁹⁷ El periódico especializado en información jurídica, Ámbito Jurídico, en su edición N°287, Titula uno de sus artículos “La Entrada triunfante de las S.A.S; en éste establece: “Los datos de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, revelan que, a octubre de este año (2009), 10.288 compañías habían adoptado el modelo de las S.A.S y que su creación ha experimentado un crecimiento progresivo desde diciembre del año pasado, cuando entró a regir la Ley 1258”. AMBITO JURÍDICO. Bogotá D.C., 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2009. Sec. Informe. Pág. 16.

⁹⁸ Actualmente, tal como se ilustró en la introducción, existe una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo cuarenta (40) de la Ley 1258 de 2008, con relación al aparte de la norma que reza: “(...) incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales (...)”⁹⁸.

(6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas”.

Uno de los principios más relevantes dentro del derecho civil, es la autonomía de la voluntad, máxima expresión del Estado Liberal, cuyos pilares fundamentales se basaban en la protección de los derechos del individuo, a saber: la vida, la libertad y la propiedad privada. Según lo manifiesta el Doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar:

“El Estado debía limitarse a la tarea de elaborar unas reglas generales acerca de las relaciones entre las personas y defender a través de ellas su libertad y propiedad. Pero en todo aspecto debía mantener su neutralidad frente al contenido de los acuerdos entre individuos particulares”⁹⁹.

Es así como se partía del principio *“dejar hacer, dejar pasar”*, dando a los particulares la posibilidad en el campo contractual de pactar toda clase de contratos, dejando fluir su creatividad, para que fueran ellos quienes de una forma libre decidieran la regulación que en dichas relaciones iba a primar.

“En virtud de esta autonomía, los particulares pueden pactar toda clase de contratos, sean o no de los especialmente reglados por la ley; combinar unos y otros entre sí; atribuir a los contratos que celebren efectos diferentes de los que les atribuye la ley y aun modificar su estructura (...)”¹⁰⁰.

⁹⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, Contratos Mercantiles, 5ta Edición, Biblioteca Jurídica Dike, Santa Fe de Bogotá, 1992, Pág. 22.

¹⁰⁰ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, De Los Contratos, Editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1994, Pág. 10.

Sin embargo, es claro que a través de los tiempos se han producido cambios en el modelo de estado, y a partir de ello en los principales postulados del derecho, los cuales deben adecuarse a las transformaciones con el fin de no chocar con los principios fundamentales según el sistema operante.

Con la entrada en crisis del Estado liberal, se asume una postura un tanto diferente frente a los principios y conceptos reinantes en la época, produciéndose con ello un cambio interesante en aquellas instituciones que nacieron como su consecuencia.

“Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Solo que como aquellos, al proceder a hacerlo, cumplen una función que el legislador les ha delegado, deben observar los requisitos exigidos por este y que – como lo veremos después – obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad”¹⁰¹.

En Colombia, bajo el imperio de las constituciones de 1821 y 1828 los principios en materia económica no fueron ajenos a los preceptos del Estado liberal, William Lenguzamón lo expresa de la siguiente forma:

“En cuanto a los principios económicos, estas constituciones determinaron que el manejo del país se hiciera bajo los fundamentos conceptuales del liberalismo económico,

¹⁰¹ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 7ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009, Pág. 13.

propuestos por la escuela clásica de Adam Smith; en los cuales la propiedad privada es consagrada a nivel constitucional y su inviolabilidad elevada en sus primeras etapas al carácter de absoluta con leves restricciones, y, con la prohibición de aplicar la confiscación”¹⁰².

Sin embargo, el país tampoco fue ajeno al cambio en la concepción del Estado, y aunque el tema económico no era el más importante entre los constituyentes, para 1936 se comienzan a producir reformas interesantes, donde se establecían límites al derecho de propiedad y se le daba una mayor importancia a la función social.

“Los constituyentes consideraron que era necesario e importante establecer límites a la propiedad, fundamentados en la necesidad de evitar la concentración de la riqueza y por la búsqueda de una equitativa distribución de la misma entre los Colombianos”¹⁰³.

El principio de la autonomía de la voluntad sobrevive a dicho cambio, pero ya no absoluto e ilimitado como en el Estado Liberal, aparece con un alcance restringido, pero se conserva no solo como desarrollo de ciertos preceptos constitucionales, sino como inspiración del Código Civil Francés.

Así mismo, el Código de Comercio Colombiano trae diversos postulados que actúan como respaldo de este principio, en especial la libertad de asociación y las múltiples formas o tipos societarios existentes, los cuales permiten a las personas constituir sociedades de acuerdo a sus proyectos y necesidades¹⁰⁴.

¹⁰² LEGUIZAMÓN ACOSTA, William, Derecho Constitucional Económico, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Santa Fe de Bogotá, 2000, Pág. 22.

¹⁰³ Op. Cit. Pág. 28.

¹⁰⁴ Véase al respecto el libro segundo del Código de Comercio Colombiano que versa sobre las sociedades comerciales.

De igual forma, cuando en el artículo 864 del mismo Código se definen de forma general los contratos, se hace alusión a la posibilidad que tienen las partes de pactar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial, presupuesto éste que permite ver como se reconoce al igual que en materia civil, un campo de acción a los sujetos contratantes con el fin de que estipulen las pautas contractuales.

A partir de la Constitución de 1991, el Estado Colombiano entra a formar parte de los denominados Estados Sociales y Democráticos de Derecho, los cuales se caracterizan por un equilibrio entre los postulados del liberalismo y el socialismo, donde se respeta la libertad de los ciudadanos, pero se establecen límites frente a la misma, especialmente en materia económica, ya que el Estado se concibe como el mayor regulador de la economía.

“(...) después de expedido el Código Civil y especialmente en los últimos tiempos, se ha registrado en Colombia, como en casi todos los países, una progresiva intervención del Estado en el campo de la autonomía de la voluntad privada”

(...) Por estos caminos, el legislador no solamente ha impuesto nuevos efectos a ciertos actos jurídicos, v. gr., la fijación de salarios mínimos, la creación de prestaciones sociales, tales como el pago de cesantías, pensiones de jubilación, subsidios familiares, auxilios médicos, y el establecimiento de precios máximos en los contratos de provisiones, arrendamientos, transportes, créditos, etc., sino que también ha usado con largueza de la facultad que le confiere la Constitución Política para modificar y hasta para desconocer los derechos adquiridos con justo título, dictando normas que operan retroactivamente sobre los efectos de

*actos jurídicos celebrados bajo el imperio de una legislación anterior*¹⁰⁵.

Así, la denominada Constitución Económica, hace un reconocimiento no solo al libre desarrollo de la personalidad del individuo, sino que adicionalmente reconoce de manera especial el derecho a la propiedad privada, a la libertad de asociación, a la libertad de empresa y al desarrollo de la misma, como muestra del apoyo que se da a la configuración del principio de la autonomía privada, el cual se define como el ámbito de las relaciones económicas entre los particulares¹⁰⁶; pero ahora sometida a ciertos límites legales, constitucionales e incluso jurisprudenciales, lo que conlleva a que se deba concebir de una forma altamente diferente a sus orígenes.

*“Por otra parte, la conveniente generosidad que nuestro Código muestra hacia la autonomía de la voluntad privada no se opone, como ya quedó dicho, a que también la haya situado en la justa posición que le corresponde en el ordenamiento jurídico y social”*¹⁰⁷.

A partir de lo anterior, es posible sostener que la definición a la que se aludió en un comienzo para hacer referencia a este principio ha variado, pero no puede decirse que haya desaparecido.

Como bien lo expresa Fernando Hinestrosa, los principios en derecho pueden variar según la época y el modelo de Estado imperante en cada país, al respecto sostiene refiriéndose particularmente a la autonomía privada:

¹⁰⁵ . OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 7ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009, Pág. 15.

¹⁰⁶ Al respecto remitirse a los artículos 13, 14, 16, 39, 58, 333 y 334 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁰⁷ . OSPINA FERNANDEZ Guillermo y OSPINA ACOSTA Eduardo, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 7ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009, Pág. 14.

“Autonomía privada, poder de disposición de los propios intereses por iniciativa personal; con esta expresiones, podría decirse, se trasunta un patrimonio cultural, jurídico y político varias veces milenario, denominado con distintos apelativos a lo largo del tiempo, y como apenas natural, concebido sucesivamente de conformidad con la ideología , no solo imperante en la respectiva oportunidad, sino, más singularmente, la profesada por los redactores del respectivo ordenamiento, los jurisprudentes y el doctrinante que se quiere citar”¹⁰⁸.

La ley y la jurisprudencia colombiana sirven como muestra de éstas afirmaciones, puesto que el Código Civil en su artículo 1602 hace alusión a dicho principio de la siguiente manera, para referirse a la libertad y posibilidad de pactar las reglas de los contratos que tienen quienes hacen parte de una relación contractual:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”¹⁰⁹.

Adicionalmente la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha hecho referencia al tema como se muestra a continuación (a manera de ejemplo se relacionan algunas sentencias, ya que al respecto existen múltiples pronunciamientos):

En la sentencia T 468 de 1993 sostiene:

¹⁰⁸ HINESTROSA, Fernando, “Autonomía Privada y Tipicidad Contractual” En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1999, Pág. 123.

¹⁰⁹ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO. Bogotá: Legis 2007. Artículo 1602.

Como previamente lo ha sostenido esta Corporación, la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional. En efecto, este postulado se deriva de la aplicación de varios derechos constitucionales concurrentes, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14), el derecho a la propiedad privada (C.P. art. 58), la libertad de asociación (C.P. arts. 38 y 39), la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (C.P. arts. 333 y 334). Estos derechos constitucionales le confieren a los asociados la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Precisamente, en el derecho positivo colombiano, se ha construido el postulado de la autonomía de la voluntad privada a partir del contenido normativo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, conforme al cual, “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes (...)”¹¹⁰.

Igualmente sobre el particular en la Sentencia C 993 de 2006 dicha Corporación manifestó:

“La garantía de las libertades del individuo es uno de los pilares de un Estado Social de Derecho (Preámbulo y Art. 13 C. Pol). Ello explica la previsión del Art. 16 de la Constitución colombiana, según el cual todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden

¹¹⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-468 del 5 de junio de 2003. Magistrado ponente Doctor Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: El Autor, 2003.

jurídico. Dicha libertad se traduce en la facultad de aquel para autorregular su conducta en la vida social, reconocida por el ordenamiento jurídico, con sujeción a los límites impuestos por éste, y que se denomina autonomía personal.

Una de dichas libertades es la económica o libertad de empresa, que los regímenes democráticos someten al límite del bien común, en armonía con el principio de la prevalencia del interés general (Arts. 333 y 2º C. Pol.), de la cual emana la libertad de contratación, es decir, la libertad de celebrar acuerdos con otras personas, con efectos vinculantes, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación y la satisfacción de las necesidades. Esta modalidad de la autonomía del individuo se ha denominado autonomía de la voluntad privada en el campo del Derecho Privado, esto es, en la rama del Derecho que regula las relaciones entre los particulares, en un plano de coordinación o paridad”¹¹¹.

Como se deriva de los pronunciamientos anteriores, no solo se reconoce el principio de la autonomía personal, sino que también se propende por el respeto a la libertad de empresa, a la libre asociación y a la libre escogencia de profesión u oficio, todos ellos derechos que surgen como se ha mencionado como consecuencia del postulado de la autonomía privada.

Sin embargo, la Corte también es clara en sostener que dichos derechos no pueden sobrepasar el principio del interés general, ni los límites que al respecto establece el Estado, lo cual permite sostener una vez más que la autonomía no es absoluta y que debe en todo momento adecuarse a los postulados que trajo consigo la implementación del Estado Social de Derecho.

¹¹¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-993 del 29 de noviembre de 2006, Magistrado Ponente Doctor Jaime Araujo Rentarfa. Bogotá: El Autor, 2006.

Al respecto en las sentencias antes citadas, la Corte ha dejado claro que en la actualidad deben tenerse en cuenta ciertos preceptos que hacen que estos principios no se constituyan en absolutos e ilimitados (Véase la Sentencia T 468 de 2003):

“Con todo, en un principio se consideraba que la autonomía privada constituía una emanación de la voluntad general como fuente absoluta e inagotable de todo derecho¹¹², erigiéndose, entonces, en un poder ilimitado y omnímodo de autodeterminación normativa (concepción racionalista). Sin embargo, con el surgimiento de los postulados sociales del Estado de Derecho, se relativizó su alcance en favor de la salvaguarda y protección del bien común, el principio de solidaridad y los derechos de los terceros (concepción moderna)¹¹³”.

Así mismo, en la sentencia C 993 de 2006 sostiene:

Dicha concepción casi absoluta del poder de la voluntad en el campo del Derecho Privado fue moderada en la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX como consecuencia de las conquistas de los movimientos sociales y la consideración del interés social o público como una entidad política y jurídica distinta e independiente de los intereses individuales y superior a éstos, que inspiró la creación del Estado Social de Derecho y la intervención del mismo, en múltiples modalidades, en el desarrollo de la vida económica y social, para proteger dicho interés y especialmente el de los

¹¹² Citado en la Sentencia T- 468 de 2008: “Recuérdese el pensamiento expuesto por Jean Jacques Rousseau en su obra el contrato social. Principio adoptado en el Código Civil Napoleónico del Siglo XVIII”.

¹¹³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T 468 del 5 de junio de 2003, Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: El Autor, 2003.

sectores más necesitados de la población, lo cual ha limitado visiblemente el campo de acción de los particulares en materia contractual. Por tanto, se puede afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad privada mantiene su vigencia pero con restricciones o, visto de otro modo, se conserva como regla general pero tiene excepciones¹¹⁴.

A partir del análisis anterior es posible llegar a una conclusión clara sobre el principio de la autonomía de la voluntad privada en la normatividad nacional actual. El Estado social de Derecho trajo consigo el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio, así como la de aquellos derechos que se conforman en torno a este, entre los que se encuentran la libertad de empresa, libertad de asociación, la libre escogencia de profesión u oficio, entre otros. Sin embargo, estableció límites claros que no pueden dejarse a un lado por los particulares que pretendan entablar una relación contractual. Dichos límites básicamente son: el interés general concebido en un nivel superior al interés individual y la intervención del Estado en la economía como mayor regulador de la misma, lo cual supone que las relaciones económicas de los sujetos particulares deban ceñirse a lo establecido previamente por éste.

Una vez realizado el análisis anterior y teniendo presente como es el tratamiento que actualmente se hace de la autonomía de la voluntad y los principios y derechos que de la aplicación de la misma se desprenden, resulta importante concentrar la atención en el artículo 46 de la Ley 1258 de 2008, principalmente en aquel aspecto que ordena de forma imperativa la transformación en un término máximo de seis meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley, de todas aquellas sociedades unipersonales constituidas a partir de la Ley 1014 de 2006 en sociedades por acciones simplificadas.

¹¹⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia 993 del 29 de noviembre del 2006. Magistrado Ponente Doctor Jaime Araujo Rentería. Bogotá: El Autor, 2006.

Es conveniente conocer el artículo en mención en su totalidad, para explicar de una forma clara el problema de carácter constitucional que se desprende de éste.

El artículo 46 de la Ley 1258 de 2008, el cual se titula “Vigencia y derogatorias” establece:

“La presente ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico, una vez entre en vigencia la presente Ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas”¹¹⁵.

Deben resaltarse ciertos puntos relevantes respecto del mismo:

Es claro que de la existencia de las denominadas sociedades unipersonales en Colombia, fue mucho lo que se discutió, y fueron un sin número de críticas las que salieron a relucir frente a los vacíos que presentaba la Ley que las regula, así como su decreto reglamentario, análisis que se llevó a cabo en el capítulo III del presente trabajo. De lo anterior, se desprende el hecho que la nueva ley quiera evitar este tipo de inconsistencias y para el efecto sostenga que no podrán a partir de la entrada en vigencia de la misma, constituirse sociedades unipersonales y que al mismo tiempo pretenda que frente a las ya constituidas opere la transformación, pero es aquí donde es fundamental hacer un análisis importante,

¹¹⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008. Bogotá: El Autor, 2008. Artículo 26.

el cual permita conectar el estudio realizado a la autonomía de la voluntad, la libertad de asociación, de empresa y los demás derechos y principios antes mencionados, con el análisis de inconstitucionalidad al artículo en mención, propuesto al inicio del presente capítulo.

Es así que lo problemático respecto del estudio que se hace a dicho artículo, no se presenta por el hecho que el legislador decida que un tipo societario no debe existir más, siempre que sean validas las razones que fundamentan esta decisión y es claro que las sociedades unipersonales no se aceptaron de forma unánime, generándose incluso posiciones que niegan hasta hoy que las mismas hayan siquiera existido lo cual permite establecer que es lógica, a la luz de estos inconvenientes, la posición del legislador.

La atención frente al problema que se estudia, debe centrarse específicamente en aquel aparte que señala: *“Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas”*. (Subraya por fuera del texto)

Cabe anotar en este punto, que la prohibición que trae la norma para el momento de entrada en vigencia de la Ley objeto de estudio, es para la constitución de las sociedades unipersonales, ya que se podrán seguir constituyendo aquellas sociedades del emprendimiento de carácter plural.

Sin embargo, y continuando con los aspectos problemáticos que trae el artículo, es importante resaltar en primer lugar, que como vacío legal se presenta la ausencia de una sanción para aquellas que en el término propuesto no se hayan transformado a sociedades por acciones simplificadas, quedando entonces así abierta la pregunta sobre cuál será la consecuencia para aquellas que no cumplan con lo ordenado por dicha disposición. Pero lo que resulta aún más complejo y

cuestionable es la imposición caprichosa que hace el legislador, al ordenar de forma imperativa que la transformación de las sociedades unipersonales, deba ser exclusivamente a sociedades por acciones simplificadas, lo cual supone una exclusión de la variedad de tipos societarios e incluso de las formas no societarias como es el caso de la empresa unipersonal¹¹⁶, regulada en la Ley 222 de 1995, reconocidas en la legislación colombiana, dejando de lado, sin argumento válido el principio de la autonomía de la voluntad de los sujetos, además de la configuración del principio a la libertad de asociación y otros.

Como se dijo anteriormente, puede el legislador perfectamente optar por la idea de sacar un determinado tipo societario del ordenamiento jurídico, pero lo que no puede bajo ninguna circunstancia es imponer que la transformación deba hacerse a una forma societaria específica, limitando de este modo la autonomía de la voluntad, así como el derecho a la libertad de asociación y la libertad de empresa. Es claro que dichos principios cuentan con límites¹¹⁷ establecidos para que su aplicación no sea absoluta tal y como se estudio en el aparte anterior, sino que por el contrario se deben respetar el orden público, las buenas costumbres y el interés general. Sin embargo, no tiene el legislador la potestad de imponer a los ciudadanos y agentes económicos una forma específica de asociarse o de constituir empresa, ya que no existe justificación al respecto, puesto que cada sujeto siempre que decida constituir ya sea una empresa, o decida asociarse adoptando una determinada forma societaria, siempre que cumpla con la regulación establecida para cada tipo, puede autónomamente decidirse por aquella que más se ajuste a sus intereses.

¹¹⁶ En este punto es importante aclarar que cuando se trata del cambio entre cualquiera de los tipos societarios a Empresas Unipersonales, se hace por el mecanismo de la conversión y no de la transformación.

¹¹⁷ En materia Bancaria y debido al riesgo que supone la actividad de dichas Compañías (captación de dineros del público), la ley exige que las mismas se constituyan como sociedades anónimas.

Es importante mencionar que la Ley 1258 de 2008 resulta absolutamente necesaria e interesante debido a lo flexible y ágil que puede ser la constitución de las S.A.S. y su desarrollo; y que en ningún momento el presente trabajo de grado pretende mostrar lo contrario. Sin embargo, no se encuentra justificación alguna que permita al legislador tomar atribuciones o tomar decisiones que vayan en contra de presupuestos constitucionales, ya que hasta la fecha se continúa en un Estado Social de Derecho, que implica el respeto por sus postulados, no encontrando excusas entonces para que un determinado poder, en este caso el legislativo se desborde y pueda incluir artículos como los analizados en el presente, pues es claro que al respecto también existen límites que permiten ejercer un control frente a estos casos.

Es claro que aquellas personas que en su momento acudieron a la figura de la sociedad unipersonal, pueden optar por otro tipo societario¹¹⁸ o por la forma de empresa unipersonal, pues en virtud de los principios analizados y reconocidos en la Constitución Nacional, se encuentran facultados al respecto, es entonces necesario que sea el legislador quien se cuestione y entre a realizar una reglamentación clara¹¹⁹, que permita subsanar tan delicada situación.

¹¹⁸ Los otros tipos societarios reconocidos por la legislación colombiana vigente son: sociedades colectivas, sociedades en comandita, sociedades limitadas, sociedades anónimas y las sociedades del emprendimiento siempre que sean plurales; también se reconocen las Empresas Unipersonales, figura a la cual el legislador a dotado de personalidad jurídica y que comporta otra de las posibles formas de constituir empresa en nuestro país. Al respecto remitirse al Libro II del Código de Comercio Colombiano, a Ley 1014 de 2006 y a la Ley 222 de 1995.

¹¹⁹ En la medida en que no se dispuso sanción alguna para aquellas sociedades unipersonales que no se transformaran a S.A.S durante el término establecido por la norma, resulta conveniente hacer alusión a algunas de las opciones que se tendrían para dar solución a este vacío que ha dejado el legislador; dentro de las posibles salidas estarían:

- Decretar la no transformación o conversión (esta última opción en caso de que se recurra a la figura de la empresa unipersonal) como una causal de disolución; sin embargo, teniendo en cuenta que las causales de disolución son taxativas no puede tenerse como una opción válida.
- Decretar la Nulidad absoluta por ir en contra vía de una norma imperativa, tampoco resulta viable, pues al igual que en el caso anterior, los eventos que dan lugar a esta sanción están expresamente señalados en la ley.
- La declaratoria de inconstitucionalidad de dicho artículo podría ser una opción idónea, presentando como fundamento los conflictos que trae el artículo 46, los cuales se han expuesto a lo largo del presente capítulo.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A continuación, y después de este recorrido por la Ley 1258 de 2008, que regula las sociedades por acciones simplificadas, es preciso entrar a mirar cual puede ser la tendencia y el futuro de las sociedades en Colombia, partiendo de la flexibilización y reducción de requisitos exigidos para las S.A.S. en comparación con los demás tipos societarios y con la E.U.¹²⁰.

Es importante aclarar que por lo novedoso que resulta el tema en el país, en la actualidad no se cuenta con una doctrina abundante al respecto, por lo que el presente análisis se basará en las opiniones de quienes se han interesado en el tema y en especial del doctor Francisco Reyes Villamizar, quien ha sido uno de los grandes partidarios de la creación de las S.A.S y por ende de la Ley que las regula, y quien en reiteradas oportunidades se ha referido al futuro de las sociedades en Colombia, a partir de la creación de las S.A.S.

En primer lugar, es importante resaltar que en la medida en que se exigen menos formalidades para la constitución de las S.A.S, se hace mucho más atractiva esta figura pues los costos se reducen, debido no solo a lo práctica que resulta para los empresarios, sino que además se debe partir del hecho de que la misma les permite dar aplicación en gran medida al principio de la autonomía de la voluntad, pues las normas establecidas para las S.A.S son básicamente de aplicación supletoria, cuando falte la voluntad de las partes o del socio único.

¹²⁰ A partir de la creación de las S.A.S., figuras como la E.U. posiblemente quedará olvidada en el tiempo y su desuso pasará a ser significativo, toda vez que la misma se creó con el fin de permitir no solo la personificación jurídica de un sujeto unipersonal, sino que además trajo amplísimos avances en cuanto a la flexibilización de los requisitos de constitución, la posibilidad de objeto indeterminado y la duración indefinida; sin embargo, la Sociedad por Acciones Simplificada se constituye en una forma aún más novedosa, que incluye no solo los requisitos que trajo en su momento la empresa unipersonal sino muchos otros (a los cuales se ha aludido a lo largo del presente trabajo) que la hacen aún más atractiva.

Es así, como en este tipo societario la disposición de las partes es bastante amplia, dando paso a la creatividad de quienes pretendan optar por el mismo, permitiendo así a cada sociedad constituida bajo este esquema tener una regulación propia, que le permita adecuarse a los intereses y fines para la cual fue creada.

Otra característica fundamental a la que se ha hecho mención en este trabajo, consiste en la modernización del derecho comercial a partir de ésta figura societaria, pues permite que la legislación colombiana este actualizada en la materia, con respecto a otros países entre los que se encuentran: Estados Unidos, Francia, Japón, Inglaterra, entre otros¹²¹; donde la idea generalizada es la necesidad de reducir tantos requisitos y límites a los empresarios rompiendo con el esquema anacrónico que se tenía para las sociedades, permitiendo de esta forma que la actividad societaria se adecue a las nuevas realidades, disminuyendo en gran medida los altos costos de transacción que se derivan en los tipos societarios tradicionales.

Según el Doctor Francisco Reyes Villamizar, resulta claro que la tendencia de los empresarios colombianos a partir de la entrada en vigencia de la Ley que regula a la sociedad por acciones simplificada, va a consistir no solo en la constitución de un gran número de sociedades de este tipo societario, sino que además se va a dar un tránsito de aquellas constituidas bajo otra forma societaria a sociedades por acciones simplificadas¹²².

¹²¹ Así lo sostiene Reyes Villamizar, al referirse a las denominadas formas híbridas de compañía, que se han creado en lugares pertenecientes a tradiciones jurídicas diversas a nivel mundial. (La Sociedad por Acciones Simplificada, Bogotá, Colombia, 2009, Pág. 4).

¹²² “En virtud de las características muy flexibles del nuevo tipo societario es de esperarse que se produzca el tránsito paulatino hacia la SAS, por parte de los empresarios constituidos bajo las formas asociativas tradicionales. Es esa misma flexibilidad la que permite regresar al concepto de *sociedad-contrato*, es decir, al predominio de la autonomía de la voluntad sobre las reglas de orden imperativo que abundan en la regulación societaria que antecede a esta ley. La filosofía que subyace al novedoso estatuto consiste en facilitar la creación y el funcionamiento de las empresas, de modo de estimular la innovación y el desarrollo de nuevos bienes y servicios”. “La Sociedad por Acciones Simplificada: Al fin algo nuevo en el Derecho Societario Colombiano”. Publicado en Arte y

Adicionalmente se encuentra el Doctor Ignacio Sanín Bernal, abogado destacado en temas de derecho societario, quien en reiteradas oportunidades ha dejado ver su preferencia por las S.A.S., afirmando que la creación de las mismas constituye hoy, el principal avance en materia societaria. Al respecto sostiene:

“El profesor Francisco Reyes Villamizar tomó de su propia mano el proyecto de lo que hoy es la Ley 1258 de 2008 (“Ley SAS”), lo diseñó y moldeó en la forma de sus conocimientos, estudios y experiencia profesional, y presenta hoy lo que sin duda es la ley más importante en toda la historia jurídica colombiana en lo relacionado con la regulación de las sociedades, enviando las compañías tradicionales del Código de Comercio al archivo de las antigüedades¹²³”. (Subrayado fuera del texto)

Por otro lado, podrán encontrarse opiniones en las cuales a pesar de estar de acuerdo con la creación del tipo societario en la legislación nacional, se tiene más cautela al referirse al tema; en particular en lo que tiene que ver con la flexibilización de requisitos, pues es claro que en un país como Colombia se debe ser prudente, en tanto que hay quienes aprovechan este tipo de figuras jurídicas menos reguladas, para aumentar el fraude y el engaño a terceros.

Sin embargo, referente a lo anterior, es posible argumentar que no por el hecho de que existan personas que busquen hacer un uso inadecuado de la figura, se debe sacrificar la posibilidad de avanzar en materia legislativa, en temas que contribuyen al desarrollo del país y que permiten la evolución del derecho en

Cultura, Portafolio Consultorio Jurídico, Vida de hoy el 11 de diciembre de 2008, por lexbasecolombia.com/Blog.

¹²³ “La Ley S.A.S Remoja las Sociedades Comerciales”. Concepto emitido por el Doctor Ignacio Sanín Bernal experto en legislación comercial en: www.ceta.org.co/html/ArchivoForoID496.doc, en el cual deja ver su absoluto apoyo frente a este tipo societario novedoso en la legislación colombiana.

temas novedosos que implican estar en línea con modelos legislativos de prestigio internacional.

Adicionalmente, para hacer frente a este tipo de inconvenientes, la Ley 1258 de 2008 trae en su artículo 42, “Desestimación de la Personalidad Jurídica”, las consecuencias que se generan para aquellos que utilicen la figura de las S.A.S. para actos defraudatorios, distintos a los regulados en la ley¹²⁴.

Otros por su parte, sostienen que se deben tener en cuenta temas como el abuso de las minorías, específicamente en aquellos casos de fusión, escisión o transformación de las S.A.S, debido a que para que estos pueden llevarse a cabo, es requisito que se tome la decisión de forma unánime. Frente a este tema se ha hecho referencia de la siguiente manera:

“La ley señala que las SAS, al igual que otras compañías, pueden acudir a mecanismos como la transformación, fusión o escisión.

No obstante ello, la norma establece que para transformar una SAS en una compañía de otro tipo, o para transformar una de éstas en una SAS, debe contar con el voto unánime de los socios.

Esto, como es apenas evidente, puede conducir a una dictadura de las minorías que por cualquier tipo de

¹²⁴ El artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 se encarga de regular este tema estableciendo: “Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario. La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario”.

consideración (incluso legítima) decidan oponerse irrestrictamente a la transformación de la SAS en otra compañía o viceversa”¹²⁵.

No obstante y a pesar de las críticas y problemas que puedan ir surgiendo con el paso del tiempo, es claro que las sociedades por acciones simplificadas han tenido una gran acogida en el país, constituyéndose desde su creación un número significativo, que permite afirmar que los empresarios están optando por esta forma societaria en virtud de todos los beneficios que ofrece.

En los primeros meses de entrada en vigencia de la Ley, se constituyeron más de 3.200 sociedades por acciones simplificada¹²⁶, así lo confirman las cifras expuestas por Confecámaras, lo cual se puede verificar a partir de la siguiente afirmación, hecha por el Dr. Francisco Reyes Villamizar:

“Más de 3200 sociedades por acciones simplificadas creadas en los primeros meses de vigencia de la ley que introdujo las SAS son la prueba elocuente de que en Colombia, más que inestabilidad normativa, lo que hay es la necesidad de actualizar reglas anacrónicas diseñadas para otra época. Las estadísticas de Confecámaras sobre la SAS no sólo demuestran el auge definitivo de esta nueva figura, sino también la preferencia de los empresarios por la flexibilidad y la reducción de los prohibitivos costos de transacción que aún gravitan sobre una infraestructura normativa plagada de

¹²⁵ “Sociedad por Acciones Simplificada, Sociedad útil pero de cuidado”. Artículo Publicado en la página WebPortafolio.com, escrito por el Abogado Felipe Cuberos de las Casas, experto en contratos comerciales y arbitraje internacional.

¹²⁶ Como se mostró anteriormente, a octubre de 2009 según las cifras presentadas por la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio, 10.288 Compañías han optado por la figura de las S.A.S.

*formalismos inútiles y trabas de toda índole a la iniciativa privada*¹²⁷.

Partiendo de que la cifra antes enunciada hace referencia a los primeros meses de vigencia de la Ley, es posible afirmar que en la actualidad esa cifra debe haber aumentado significativamente, ya que como se ha afirmado las S.A.S constituyen una forma más práctica y económica en comparación con las otras alternativas existentes.

Sin embargo, y a pesar de la evidencia que existe frente a la aceptación de este tipo societario, resulta pertinente hacer una aclaración frente a un cuestionamiento que constantemente hace el profesor Reyes Villamizar, ya que según él, no resulta claro: ¿porque siendo la sociedad por acciones simplificada un tipo societario cuya superioridad es innegable, se siguen constituyendo sociedades de otro tipo?

Para responder de una forma ligada al Capítulo V del presente trabajo, en la medida en que como se afirmó, la creación de las sociedades por acciones simplificadas, no significa la supresión de los demás tipos societarios o de las E.U., entiéndase: sociedades colectivas, anónimas, limitadas, comanditarias y las del emprendimiento plurales, así como las empresas unipersonales, reguladas en la Ley 222 de 1995, pudiendo cada persona optar según lo considere y en virtud de la autonomía de la voluntad, la libertad de asociación y la libertad de empresa, por una cualquiera de las posibles formas de constituir empresa que se reconocen en el ordenamiento colombiano.

No debe olvidarse tampoco, la prohibición que trae la norma, al establecer en su artículo 4° sobre la imposibilidad de negociar valores en el mercado público para este tipo societario que: *“las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores*

¹²⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Los empresarios prefieren las S.A.S., Publicado en Arte y Cultura, Portafolio Consultorio Jurídico, Vida de hoy el 26 de junio de 2009, por lexbasecolombia, Eltiempo.com/Blog.

y *Emisores ni negociarse en bolsa*¹²⁸. Lo anterior permite afirmar, que por lo menos en aquellos casos en que la negociación en el mercado público se haga necesaria para la sociedad, bien sea porque sus intereses apuntan a ello o porque llegue a tener necesidades de capital que la obliguen a transformarse en otro tipo societario que le permita acceder a dicho mercado, se hará necesario contar dentro del sistema jurídico con las sociedades anónimas, para las cuales no se establecen este tipo de limitaciones.

En conclusión y para terminar el presente trabajo, es posible sostener a partir del estudio realizado los siguientes aspectos relevantes:

- Con la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008, se reitera por parte del legislador la aceptación en Colombia de las sociedades constituidas a través de un acto unilateral, lo cual permite afirmar que la teoría contractualista de la sociedad hoy se encuentra debilitada.
- Si bien las sociedades por acciones simplificadas, constituyen actualmente el tipo societario preferido por los empresarios, en virtud de la flexibilidad de sus requisitos de constitución y de la reducción de costos de transacción, no puede el legislador olvidar los principios constitucionales que limitan su actuación, de lo cual resulta necesario se haga una revisión a los artículos 40 y 46 de la Ley, ya que al respecto y según lo manifestado en el capítulo quinto del presente trabajo, se encuentran vulnerados ciertos preceptos protegidos por la Constitución.
- La gran acogida que ha tenido la sociedad por acciones simplificada, según las cifras establecidas por Comfecámaras permiten afirmar que existe una gran afinidad entre ésta y los empresarios, y que en el futuro seguramente será el tipo societario predominante en

¹²⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008. Bogotá: El Autor, 2008. Art.4.

Colombia. Sin embargo, no por ello puede afirmarse la desaparición total de los demás tipos societarios, pues los mismos siguen siendo reconocidos por el ordenamiento jurídico, pudiendo optarse por aquella sociedad o forma de organización empresarial que se adecue a los intereses y necesidades de los empresarios, según la aplicación de principios como la autonomía de la voluntad, la libertad de asociación y la libertad de empresa.

Este análisis y recorrido por la nueva forma societaria consagrada en la Ley 1258 de 2008, que lleva poco más de un año de entrada en vigencia, es apenas un abrebocas sobre lo que se especula será la Ley. Solo el tiempo se encargará de determinar si la masiva constitución actual de sociedades por acciones simplificadas es un simple auge momentáneo debido a las novedades que trae consigo.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De los Contratos, Editorial Temis, Chile, 1994.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Albero. Contratos Mercantiles, Novena Edición, Biblioteca Jurídica DIKÉ, 2002.

BELTRAN SANCHEZ, Emilio M y ORDUÑA MORENO F., Javier. Curso de Derecho Privado, Segunda Edición, Tirant Lo Blanch Editores, Valencia, 1996.

BONILLA SANABRIA, Fabio Andrés. Unipersonalidad Societaria: A propósito de un debate actual en el Derecho Colombiano, Revista e – Mercatoria, Volumen 7, Bogotá, 2008.

CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. “Los recursos ordinarios y extraordinarios en el derecho procesal civil”, Segunda Edición, Editorial Leyer, Bogotá D.C. Colombia, 2004, Pág. 21 -39.

CADAVID, Luis A, Horacio Valencia, John Cardona. Fundamentos de Derecho Comercial, tributario y contable. Segunda Edición. Mc Graw Hill. Bogotá, 1998.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco, Dignidad de la Persona, Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional, Primera Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

FERRI Luigi. La Autonomía Privada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

FIERRO MÉNDEZ, Heliodoro. Sociedades – Legislación – conceptos - doctrinas. Santafé de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997.

GALINDO VACHA, Juan Carlos. "Manual de derecho Europeo de Sociedades", Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, Bogotá 1995.

GARRIGUES, Joaquín. "Curso de derecho mercantil", Tomo II, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1987.

GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. "Apuntes sobre el derecho de las sociedades", Señal editora, primera edición, Medellín Colombia, 2004.

----- "Nuevo régimen de sociedades", Primera edición, 1996, Biblioteca jurídica DIKÉ, Medellín Colombia, 1996, págs. 41, 44 y 45.

GRISOLI Angelo. "Las sociedades de un solo socio", Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1976.

GONZALEZ PEREZ, Jesús, "El Derecho a la Tutela Jurisdiccional", Editorial Civitas. Madrid, 1989.

HINESTROSA, Fernando, "Autonomía Privada y Tipicidad Contractual" En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1999.

LEGUIZAMÓN ACOSTA, William. Derecho Constitucional Económico, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 2000.

MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón. Principios de Derecho Comercial, Octava Edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000.

MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz Martínez. La independencia judicial, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid España, 2004. Pág. 40.

MENDONCA, Daniel."Análisis Constitucional una introducción. Cómo hacer cosas con la constitución" Segunda edición, Editorial Universidad del Rosario, enero de 2009, Pág. 88 - 91.

MONTERO AROCA Juan, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar. Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil, 11ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia España, 2002, Pág 418 y 419.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Teoría General de las sociedades, Novena Edición, Editorial Legis, 2002.

NIETO NIETO, Norma Cecilia. Tesis de Maestría, Las sociedades unipersonales en Colombia, Universidad Pontificia Bolivariana, 2008.

OSPINA FERNANDEZ Guillermo y OSPINA ACOSTA Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 7ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2009.

PALACIO TORRES, Alfonso. "Concepto y control del procedimiento legislativo", primera Edición, Editado por el departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia, junio de 2005, Pág. 361 a 365.

PINZÓN, Gabino. "Derecho Comercial SOCIEDADES", Volumen 2, Editorial Temis Bogotá, 1960.

----- Derecho comercial, volumen1, Cuestiones generales y Quiebras, Editorial Temis, Bogotá, 1957.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en los Estados Unidos, Editorial Legis S.A., segunda edición 2005, Bogotá Colombia.

----- "Arbitraje comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en Estados Unidos", Tomo I, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá Colombia, 2001.

----- La Sociedad por acciones simplificada, Editorial Legis S.A., primera edición 2009, Bogotá - Colombia.

SANIN BERNAL, Ignacio. Un nuevo Derecho Societario, Primera Edición, Biblioteca jurídica Diké, Medellín, 1999.

SIERRA CRISTOBAL, Rosario. La libertad ideológica del juez, Valencia España, 2004.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado – Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo -Tomo II, Segunda Edición, Legis Editores S.A., Santa Fe de Bogotá, 2003.

VARI, Massimo. "División de poderes y límites del poder judicial", Revista Derecho del Estado N° 13, diciembre 2002, Editor Camilo Calderón Schrader, Preparación Litográfica e impresión: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Rector Fernando Hinestrosa, Secretario Hernando Parra Nieto, Consejo Editorial: Fernando Hinestrosa, Carlos Restrepo Piedrahita, Luis Villar Borda, Néstor Osuna Patiño. ISSN 0122-9893 Pág. 3 a 15.

VELÁSQUEZ TURBAY, Camilo. "Derecho Constitucional", Editado por el departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá D.C., 1998, Pág. 28-30, 46(DI), 351.

VELEZ B, Eduardo, GÓMEZ DE LEÓN, Patricia y GIRALDO A Jaime. Jueces y justicia en Colombia, Editorial Guadalupe Ltda, Bogotá Colombia, 1987.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Bogotá: Legis, 2007.

CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO. Bogotá: Legis, 2007.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO. Bogotá: Legis, 2008.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Bogotá: Legis, 2008.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 4463 del 15 de diciembre de 2006 por el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. En: Diario Oficial. Bogotá: Imprenta Nacional, 2006.

COUTURE, Eduardo Juan <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/672/8.pdf>, mayo 11 de 2009.

-----Exposición de motivos del Proyecto de Ley en Senado 39 de 2007. En: Gaceta del Congreso. No.391. (2007).

-----Exposición de motivos del Proyecto de Ley en Cámara 241 de 2008. En: Gaceta del Congreso. No.248 (2008).

-----Exposición de motivos de la Ley 1014 de 2006. En: Gaceta del Congreso. Bogotá. No.749 (Oct. 2006).

-----Exposición de motivos de la Ley 222 de 1995. En: Gaceta del Congreso. Bogotá. No 381 (Nov. 1993).

-----Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Bogotá: El Autor, 2008.

-----Ley 1014 del 26 de enero de 2006. Bogotá: El Autor, 2006.

-----Ley 270 de 1996. Bogotá: El Autor: 1996.

-----Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, por la cual se modifica el libro segundo del Código de Comercio Colombiano, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Bogotá: El Autor, 1995.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-624 del 4 de noviembre de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá

----- Sentencia C-392 del 23 de mayo de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: El Autor, 2007.

----- Sentencia T-240 del 23 de junio de 1993, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: El Autor, 1993.

----- Sentencia T-468 del 5 de junio de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: El Autor, 2003.

----- Sentencia C-341 del 3 de mayo de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá: El Autor, 2006.

----- Sentencia C-993 del 29 de noviembre de 2006, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá: El Autor, 2006.

----- Sentencia T-743 del 28 de agosto de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monrroy Cabra. Bogotá: El Autor, 2003.

----- Sentencia C-870 del 30 de septiembre de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá: El Autor, 2003.

----- Sentencia SU1184 de 2001. la Sala Plena de la Corte Constitucional. Bogotá: El Autor, 2001.

----- Sentencia T- 058 de 2006. Magistrado ponente: JAIME ARAÚJO RENTERÍA. Bogotá: El Autor, 2006.

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Proyecto de Código de Comercio elaborado por la Comisión Revisora del Código de Comercio. Tomos I y II. Bogotá:

El Autor, 1958.

PERIODICO AMBITO JURÍDICO. Bogotá D.C., 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2009. Sec. Informe. Pág. 16.

ENTREVISTA CON Alberto Ceballos, Profesor de de Derecho Procesal Civil de la Universidad Eafit. Medellín, 6 de agosto de 2009.

BERNAL GUTIERREZ Rafael, “El Código de Comercio Colombiano, Historia y proyecciones”. En: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=640>, 11 de mayo de 2009.

CUBEROS DE LAS CASAS Felipe, “Sociedad por acciones simplificada, herramienta útil pero de cuidado”. Publicado en: Webportafolio.com, 14 de mayo de 2009.

REYES VILLAMIZAR Francisco, “La Sociedad por Acciones Simplificada: al fin algo nuevo en el derecho Colombiano”. Publicado en: Arte y Cultura, Portafolio, Consultorio Jurídico, Vida de hoy, por lexbasecolombia, ELTIEMPO.COM/BLOG, 11 de diciembre de 2008.

----- “Los empresarios prefieren las S.AS.”. Publicado en: Arte y Cultura, Portafolio, Consultorio Jurídico, Vida de hoy, por lexbasecolombia, ELTIEMPO.COM/BLOG, 26 de junio de 2009.

SANIN BERNAL Ignacio, “La Ley S.A.S. remozca las sociedades comerciales (y crea, también, nuevos retos)”. En: www.ceta.org.co/html/archivos/foro/ArchivoForoID496.doc

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio No. 220-060001 del 19 de diciembre de 2007.

En://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=45&id=28236&m
=td&a=2007&d=depend

www.corteconstitucional.gov.co

GOMEZ PINEDA ABOGADOS, Unidad Académica. Concepto sobre la Sociedad por Acciones Simplificada. Diciembre 23 de 2008.

UNIVERSIDAD EAFIT. La Sociedad por Acciones Simplificada, Seminario de Derecho Empresarial, 7 de mayo de 2009.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TECNICAS. Normas Colombianas para la presentación de trabajos de investigación. Santa Fé de Bogotá D.C.: ICONTEC, julio de 2008.