

**ESTUDIO DE LA LEY 1258 DE 2008:
POR MEDIO DE LA CUAL SE CREA LA SOCIEDAD POR ACCIONES
SIMPLIFICADA EN COLOMBIA**

**LAURA FERNÁNDEZ JARAMILLO
JULIA CORREA NUTTIN**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2010**

**ESTUDIO DE LA LEY 1258 DE 2008:
POR MEDIO DE LA CUAL SE CREA LA SOCIEDAD POR ACCIONES
SIMPLIFICADA EN COLOMBIA**

**LAURA FERNÁNDEZ JARAMILLO
JULIA CORREA NUTTIN**

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Asesor: Ramiro Rengifo

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2010.**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, octubre de 2010

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. ANTECEDENTES DE LA LEY 1258 DE 2008 EN LA LEGISLACIÓN FRANCESA	9
2. ANTECEDENTES DE LA LEY 1258 DE 2008 EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.....	14
3. FIGURAS PARALELAS A LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA CONSAGRADAS POR LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE.....	19
3.1 LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP (LLP).....	19
3.2 LIMITED LIABILITY COMPANY (LLC).....	22
3.3 UNIFORM LIMITED LIABILITY COMPANY ACT (ULLCA).	24
4. RELATORIA LEY 1258 DE 2008.....	25
4.1 NORMAS CONSAGRADAS POR LA LEY 1258 DE 2008.	25
4.1.1 Autonomía Contractual	26
4.1.2 Procedimiento de constitución	26
4.1.3 Número de accionistas:	26
4.1.4 Limitación de la responsabilidad	27
4.1.5 Carácter comercial de la sociedad por acciones simplificada	27
4.1.6 Inscripción de la Sociedad en la Bolsa de Valores	28
4.1.7 Objeto social y término de duración indefinidos.....	29
4.1.8 Autenticación en notaria del documento privado de constitución	29

4.1.9 Ampliación del pago de las acciones suscritas.....	30
4.1.10 Estructura del capital	30
4.1.11 Acciones con dividendo fijo anual y acciones de pago	32
4.1.12 Acciones con voto singular o múltiple	34
4.1.13 Transferencia de acciones.....	34
4.1.14 Autorización para la transferencia de acciones	35
4.1.15 Cambios de control en la sociedad accionista.....	36
4.1.16 Organización administrativa de la Sociedad	36
4.1.17 Renuncia al derecho a ser convocado a la Asamblea de Accionistas	37
4.1.18 Elaboración de acuerdo de accionistas	38
4.1.19 Junta Directiva como ente de facultativa creación.....	39
4.1.20 Responsabilidad de los administradores	40
4.1.21 Revisoría Fiscal	41
4.1.22 Transformación de la Sociedad por Acciones Simplificada	42
4.1.23 Enajenación Global de Activos	43
4.1.24 Fusión Abreviada.....	46
4.1.25 Liquidación de la Sociedad por acciones simplificada:	47
4.1.26 Supresión de prohibiciones.....	48
4.1.27 Exclusión de accionistas.....	49
4.1.28 Resolución de conflictos societarios	50
4.1.29 Unanimidad para la modificación de disposiciones estatutarias.....	54
4.1.30 Desestimación de la personalidad jurídica.....	54
4.1.31 Abuso del derecho.....	55
4.1.31.1 Abuso de minoría.....	56

4.1.31.2 Abuso de mayoría.....	56
4.1.31.3 Abuso de paridad.....	56
4.1.29 Atribución de facultades jurisdiccionales	57
4.1.30 Régimen General.....	58
5. ¿CUÁL ES EL FUTURO DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES DEL CÓDIGO DE COMERCIO FRENTE A ESTA NUEVA LEY?	59
5.1 SOCIEDAD COLECTIVA	60
5.2 LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	62
5.3 SOCIEDADES EN COMANDITA.	65
6. CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	72

INTRODUCCIÓN

La ley 1258 de 2008 consagró en la legislación colombiana la sociedad por acciones simplificada, figura que tuvo origen en Francia en el año de 1994, país donde ha tenido gran aceptación lo que la ha llevado a ser acogida por diversos países que buscan con este tipo societario ofrecer a los inversionistas esquemas de inversión cada vez más flexibles y con mayor autonomía contractual en la administración de sus negocios.

De acuerdo con lo anterior la sociedad por acciones simplificada es un instrumento que permite facilitar las relaciones económicas y jurídicas con los países que han acogido la misma figura societaria, y con los que se pretenden lograr acuerdos de integración económica de gran importancia para la economía nacional.¹

A lo largo de la ley 1258 de 2008 se vislumbra una menor intervención por parte del legislador, en contraposición a un amplio margen de acción por parte de quienes suscriben el contrato social. De modo que los accionistas quedan facultados para estructurar la sociedad que más les convenga con ciertos límites contemplados en la misma ley, como lo son la persistencia de las normas de orden público y la remisión que hace la misma ley, a las reglas de la sociedad anónima.

La sociedad por acciones simplificada permite tener las características más atractivas de las sociedades por acciones como la limitación de la

¹ Como sucede en el caso del acuerdo comercial que se negoció con la Unión Europea, comunidad de la que hacen parte diversos países que han acogido la sociedad por acciones simplificada.

responsabilidad², pero eliminando algunas formalidades consagradas por la ley para este tipo de sociedades, como son la obligación de contar con ciertos órganos administrativos, la pluralidad de socios y algunas causales de extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, entre otras; con lo que se busca eliminar en alguna medida los altos costos en los que incurren los empresarios para la creación de una sociedad.

En la presente monografía se expondrán los antecedentes que se encuentran en la legislación francesa y en la legislación colombiana de la ley 1258 de 2008, para en segundo lugar pasar a señalar las figuras societarias paralelas a la sociedad por acciones simplificada que se encuentran en el ordenamiento jurídico estadounidense. En tercer lugar se relatará la ley colombiana que crea esta nueva figura societaria donde se describirán los artículos que la componen señalado sus ventajas, novedades y beneficios. Finalmente una vez estudiado el contenido de ley se pasara a evaluar el futuro de las sociedades del código de comercio frente a esta nueva sociedad.

A pocos años de haber empezado a regir en el ordenamiento colombiano este nuevo tipo societario, lo que se busca con esta monografía es comprender a partir del estudio de sus antecedentes, de su comparación con figuras paralelas en otros países y de su estudio a manera de paráfrasis, qué futuro tienen las sociedades contempladas en el Código de Comercio.

² En la sociedad por acciones simplificada los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.

1. ANTECEDENTES DE LA LEY 1258 DE 2008 EN LA LEGISLACIÓN FRANCESA

Uno de los medios para traer nuevas figuras de derecho societario es incorporar a la legislación aquellas instituciones que existen en otros países. Cuando ello acontece entre sistemas diferentes, como por ejemplo, en el caso de la transposición de leyes de países de tradición jurídica anglosajona a países cuya tradición es continental-europea, la tarea será más difícil. Sucede lo contrario, respecto de países con una misma raíz jurídica.

Autores como McCahery señalan que el rezago legislativo es factor de subdesarrollo económico. Para este autor, los legisladores tienen el deber de observar los conceptos y soluciones legislativas adoptados con éxito en países extranjeros, ya que la consecuencia de no hacerlo, podría estar en la pérdida de competitividad del sistema económico correspondiente frente a países que oportunamente introduzcan las reformas legales pertinentes³.

Cuando se trata de trasplantar normas de otros sistemas jurídicos que tienen origen en tradiciones distintas, como sucede con la continental o germano romana, como la nuestra y la tradición angloamericana, es preciso afirmar como lo hace Rotman que...

...si bien las traducciones jurídicas requieren precisión y certidumbre, se hace indispensable también acudir a abstracciones cuyo significado suele derivarse de contextos culturales y sociales cambiantes. Tales contextos pueden ocasionar un cierto grado de ambigüedad que se hace más notorio en aquellos casos en que los sistemas legales y culturales son radicalmente diferentes. La traducción de un texto proveniente de un país civilista en el idioma de otro país perteneciente a la misma tradición jurídica, resulta menos

³ MCCAHERY, Joseph et al. *The New Company Law. What Matters in an Innovative Economy?*, Law Working Paper No 75/2006, European Corporate Governance Institute, September, 2006.

complicada que la traducción del mismo texto al idioma de un país de la tradición anglo-americana⁴.

La idea de implantar la Sociedad por Acciones Simplificada en Colombia tiene la gran ventaja de que esta figura societaria proviene de sistemas jurídicos Europeos Continentales, donde se hablan lenguas romances como el francés y el español. Por lo tanto, cuando las normas relativas a esta sociedad se trasplantaron al ordenamiento jurídico colombiano ya se había pasado por el filtro de su incorporación en países (no sólo europeos sino también latinoamericanos) que pertenecen a la tradición civilista, como Francia y Chile.⁵

En Francia, la figura de la sociedad por acciones simplificada, aparece definida en los artículos L 227-1 a L227-20 del Código de comercio francés.⁶

La evolución del sistema societario francés (considerado hasta hace poco, uno de los regímenes más tradicionales de Europa continental), hacia concepciones pragmáticas, como la S.A.S , se debe a la relativa libertad de establecimiento de las sociedades dentro del territorio de la Unión Europea.⁷ Este tipo de libertad societario, se plasma en el marco del Tratado de la Unión Europea, cuando en el Capítulo II, del Título IV, Tercera Parte (Políticas y acciones internas de la Unión) se señala que:

⁴ ROTMAN, Edgardo. "The Inherent Problems of Legal Translation: Theoretical Aspects", en *Indiana International & Comparative Law Review*, Indiana, Vol 6, No. 1, 1996, p. 189.

⁵ En Francia, la Sociedad por Acciones Simplificada (société par actions simplifiée) es introducida en el ordenamiento en el año de 1994 con la ley 3. En el caso de Chile, es la ley 20.190 de 2007, la que introduce en la legislación, la sociedad por acciones simplificada.

⁶ "Esta figura se ha convertido para los franceses en "una excelente opción que les ha permitido combinar la naturaleza y características propias de la sociedad anónima, con un régimen mucho más abierto y flexible para su funcionamiento y composición, dando a los comerciantes franceses una posición privilegiada frente a los retos de competencia existentes en relación con otras figuras societarias de las naciones europeas". Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 241 de 2008 Cámara, 039 de 2007 Senado, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

⁷ REYES VILLAMIZAR, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada. Primera edición. Legis Editores S.A. 2009. p. 24.

Artículo 49: La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente de sociedades (...) en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (...).

Artículo 54: Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas (...) a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entienden las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.

La libertad de establecimiento, que se colige de los dos artículos, implica pues, el reconocimiento mutuo de las sociedades en todos los estados miembros. Pero no es una libertad absoluta, sino relativa, porque las sociedades que se establezcan en un Estado miembro, que a su vez pertenezcan a otro Estado miembro deberán someterse a las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales.

Consecuencia de la anterior libertad que se le asigna a los empresarios, miembros de los países de la Unión Europea es, en el caso de Francia y de los otros países miembros, un mayor esfuerzo por alcanzar modelos societarios más competitivos y flexibles, que se adapten a las necesidades de una comunidad transnacional, como lo es la Unión Europea.

En Francia, de manera concreta, el nuevo modelo societario (S.A.S), ha servido de gran incentivo para el gremio de los empresarios, quienes se han acogido a las ventajas que presenta la S.A.S, dejando de lado otras formas de asociación. Este tipo societario "crea la oportunidad para que sus accionistas adopten la estructura jurídica más flexible para la organización y el control de la sociedad. Este vehículo

les permite a las partes escoger el mecanismo más adecuado para la toma de decisiones y para estipular libremente el contenido de sus estatutos.”⁸

Tanto en Francia como en Colombia, la búsqueda de flexibilidad en la estructura de la sociedad, se debe a que en el marco de las sociedades anónimas existía una gran rigidez normativa. Esto se trató de superar con la S.A.S, dándole a los asociados la posibilidad que sean ellos mismos quienes elijan las normas contractuales.

En Alemania, el legislador, emprendió también el camino hacia la flexibilización y aumento de la autonomía de la voluntad en el ámbito societario, en el año de 1994, “(...) con la reforma para introducir un sistema jurídico más avanzado que el que existía hasta entonces en materia de compañías cerradas.”⁹ El resultado del mencionado emprendimiento, fue la Ley de sociedades por acciones de pequeñas dimensiones y de desregulación de los derechos de accionistas¹⁰. Como se aprecia, el impulso por flexibilizar el ámbito societario, no es únicamente atribuible, en sus orígenes, a Francia, sino que tiene también raíces germanas.

La ley 1258 de 2008, se inspiró en la desregulación societaria (corriente doctrinaria, también llamada aquí “flexibilización societaria”)¹¹, evidente en la ley 3 de 1994 francesa y en la legislación alemana. Ello se puede apreciar en unos estatutos más flexibles y en la libertad en los pactos contractuales, que hacen parte tanto de la legislación francesa y alemana, como de la nuestra.

⁸ REYES VILLAMIZAR, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada. Primera edición. Legis Editores S.A. 2009. p. 25.

⁹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Sociedad por Acciones Simplificada. Una alternativa útil para los empresarios latinoamericanos. Foro del Jurista. Cámara de Comercio.

¹⁰ “Se trata de un régimen jurídico aplicable de modo exclusivo a compañías de carácter cerrado, es decir, sólo a aquellas sociedades cuyas acciones no se negocian en mercados públicos de valores”. Francisco, Reyes Villamizar. Op.cit.

¹¹ Revista chilena de derecho, *versión On-line* ISSN 0718-3437. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000200011&script=sci_arttext. Bajo el término de desregulación societaria se incluyen una serie de medidas que incrementan el ámbito de la autonomía de la voluntad o de la libertad de pactos aceptados entre los socios.

Dicha “inspiración” se vio facilitada en el hecho de que, por suerte, la ley 1258 de 2008, fue traída de países, como lo hemos mencionado, con nuestra misma tradición: la tradición romano-germana. Además, los antecedentes de la sociedad por acciones simplificada, en materia de legislación societaria, tanto en Francia, como en Colombia, fueron bastante similares. En este sentido, en el Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 241 de 2008 Cámara, 039 de 2007 Senado, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada, se afirmó que:

En el escenario colombiano, la tipología societaria presenta hoy un fenómeno de rigidez similar al vivido por los franceses a comienzos de los años 1990. En efecto, el régimen societario sigue sometiéndose a las normas previstas en el Código de comercio del año 1971 junto a las reglas contenidas en la Ley 222 de 1995. Estas disposiciones mantienen una tendencia excesivamente formalista, la cual ha impedido el crecimiento y posicionamiento de las pequeñas y medianas empresas.

Por lo anterior, el derecho societario colombiano, exige la creación de una nueva modalidad de tipo social, que a diferencia de los tipos existentes, incluya los criterios de simplicidad y flexibilidad en su funcionamiento. Por lo demás, una decisión en este sentido pondría a Colombia en la vanguardia del derecho de las sociedades en América Latina, con efectos importantes en el campo de la inversión.¹²

¹² Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 241 de 2008 Cámara, 039 de 2007 Senado, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

2. ANTECEDENTES DE LA LEY 1258 DE 2008 EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Al hacer un estudio de la legislación colombiana, se pueden observar dos antecedentes de la Ley 1258 de 2008: El primero, la Ley 222 de 1995, que crea la empresa unipersonal y el segundo, la Ley 1014 de 2006, que supuestamente creó, en su artículo 22¹³ la sociedad unipersonal en el ordenamiento colombiano; pero lo que sucede en realidad es que esta ley fue reglamentada por el decreto 4463 del 15 de diciembre de 2006, el cual en su artículo primero¹⁴ sí creó la sociedad unipersonal¹⁵.

Las mencionadas normas, abrieron el camino, para que en Colombia se pudiera implementar la sociedad por acciones simplificada. Sin embargo, para poder comprender el por qué contribuyeron a la creación de la ley 1258 de 2008, es necesario estudiar ambos antecedentes.

El primer antecedente de la Ley 1258 de 2008, se encuentra pues, en la Ley 222 de 1995 (Artículos 71 a 81), la cual crea la empresa unipersonal de responsabilidad limitada en Colombia.

¹³ Ley 1014 de 2006, Artículo 22: “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 tenga una planta de personal no superior a 10 trabajadores o activos totales por valor inferior a 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. Las reformas estatutarias que se realicen en estas sociedades se sujetarán a las mismas formalidades previstas en la ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales.”

¹⁴ Decreto 4463 de 2006. Artículo 1: “Podrán constituirse sociedades comerciales unipersonales, de cualquier tipo o especie, excepto comanditas; o, sociedades comerciales pluripersonales de cualquier tipo o especie, siempre que al momento de su constitución cuenten con diez o menos trabajadores o con activos totales, excluida la vivienda, por valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dichas sociedades, podrán constituirse por documento privado, el cual expresará (...)”

¹⁵ La creación de la sociedad unipersonal habrá que estudiarla según información que se suministrará más adelante, en este mismo capítulo.

La discusión sobre esta modalidad de persona jurídica, - controversial bajo nuestra perspectiva comercial fundamentada en la existencia exclusiva de sociedades de dos o más personas -, tuvo su origen principalmente en Alemania, con un esquema de empresa unipersonal, basado en la creación de un patrimonio autónomo y propio, destinado a una definida explotación económica. Tal concepción, sin embargo, se separa de la clásica idea de que el patrimonio, como atributo de la personalidad, es uno solo y único, y que no puede dividirse sin que se divida la persona titular de los derechos y obligaciones.¹⁶

Nuestra legislación, acogió esta concepción del patrimonio, aunque se debe señalar que, con antelación a ello, existía en nuestro ordenamiento la figura de la fiducia mercantil, en la que también se tiene como sustento, el concepto de patrimonio autónomo.¹⁷

Al respecto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-624 de 1998, MP Dr. Alejandro Martínez Caballero, señaló que:

La empresa unipersonal es una figura creada y regulada por la Ley 222 de 1995 que goza entonces, de una gran cercanía a la sociedad comercial. El espíritu de la consagración de esta figura en la ley fue precisamente el de facilitar las actividades del comerciante, de manera tal que pudiera limitar su responsabilidad al monto de unos bienes destinados para la realización de actos de comercio, y así restringir también los riesgos que implícitamente se derivan de la actividad comercial, sin lesionar los intereses de acreedores y terceros.

¹⁶ Apartes Sentencia C-624 de 1998. Corte Constitucional. Mp: Martínez Caballero, Alejandro.

¹⁷ “Para algunos, ésta noción de patrimonio autónomo es la que permite estructurar una parte de la construcción jurídica de la fiducia, figura que sin duda alguna requiere de otros elementos adicionales en su desarrollo y operación, pero que ha sido de una gran utilización en materia financiera y mercantil. Al respecto, debe concluirse, por lo tanto, que nuestra legislación ha aceptado la separación del patrimonio de la persona en otros eventos, precisamente en el caso de la fiducia mercantil, y como se verá, en la empresa unipersonal.” Sentencia C-624 de 1998. Corte Constitucional. Mp: Martínez Caballero, Alejandro.

La empresa unipersonal representó así, un verdadero avance, no sólo por permitir que una persona pudiera separar su patrimonio como persona natural del de la persona jurídica, sino porque se permitió la creación de personas jurídicas estatutarias sin tantos trámites y tantas formalidades como había sido tradicionalmente; ello puede verse claramente en la introducción de nuevos conceptos tales como el objeto indeterminado y el término de duración indefinido.¹⁸

El segundo antecedente de la ley 1258 de 2008, se encuentra en el decreto 4463 de 2006, que al parecer creó la sociedad unipersonal en Colombia, excediendo el ejecutivo su función reglamentaria. Por lo tanto, se podría incluso pensar que la sociedad unipersonal nunca existió en razón de la extralimitación ya mencionada.

La sociedad unipersonal, que supuestamente existió en nuestro ordenamiento jurídico, no introdujo mayor novedad. Ello puede constatarse en la misma creación de la ley 1258 de 2008 porque en su artículo 46 estableció que las sociedades unipersonales constituidas con base en el artículo 22 de la ley 1014 de 2006 se tendrían que transformar en sociedades por acciones simplificadas en un término máximo improrrogable de seis meses contados a partir de la vigencia de la presente ley. Lo que permite concluir que a lo mejor el legislador no consideraba que la sociedad unipersonal fuese la figura apta para lograr el fomento a la cultura del emprendimiento o que realmente no había creado lo que pensaba que había hecho.¹⁹

¹⁸ Esto se puede apreciar en el artículo 72 de la ley 222 de 1995, el cual señala los requisitos de formación de la Empresa Unipersonal, entre los cuales enuncia que:

“La Empresa Unipersonal se creará mediante documento escrito en el cual se expresará:

4. El término de duración, si éste no fuere indefinido.

5. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la empresa podrá realizar cualquier acto lícito de comercio.”

¹⁹ Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C- 597 de 2010 consideró que el artículo 46 de la Ley 1258 de 2008 era exequible porque: *“Tal como se estableció, no resulta posible predicar*

La creación de este tipo de sociedad, fue bastante controversial, por cuestiones idiomáticas. Ello, en virtud de que en el lenguaje, incluso común²⁰, se entiende que, para la creación de una sociedad, debe confluír el acuerdo entre varias personas. Así, sería “anti técnico” su propio nombre, ya que sería imposible la creación de una sociedad por parte de una sola persona. Sin embargo, las legislaciones de varios países, han permitido en su ordenamiento, esta figura societaria. Es bastante clara la exposición que de esto hace, la Corte Constitucional, en la sentencia C-392 de 2007, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto:

Aquí es preciso introducir una distinción pues mientras en el sistema del *common law* las sociedades unipersonales gozan de plena acogida desde hace bastante tiempo, así por ejemplo en Estados Unidos la ley modelo de sociedades comerciales de 1962 acoge esta figura; en Europa el proceso de reconocimiento ha sido más reciente y más lento (Alemania en 1980, Francia en 1985, Bélgica en 1987 sic). En los países de la Unión Europea se aceleró a partir de la expedición de la Duodécima Directiva Comunitaria del Consejo de Ministros de 23 de diciembre de 1989 que recomendaba la expedición de estatutos legales que permitieran el funcionamiento de sociedades de capital unipersonales.²¹

un derecho adquirido, ni aún la existencia de una situación jurídica consolidada, frente a la expectativa de que el régimen jurídico bajo el cual se constituyó una determinada entidad se mantenga inalterado a través del tiempo. Se precisó, en cambio, que sí existe un derecho adquirido frente a la propiedad representada en la conformación de una sociedad unipersonal, pero que éste no resulta lesionado por una norma como la demandada, que ordena un cambio en la forma societaria específica bajo la cual se constituyó una entidad. Tampoco encontró la Corte que esta regla vulnere el derecho a la igualdad, el derecho de asociación, o la libertad económica. En relación con lo primero, no existe igualdad fáctica entre las distintas situaciones que en criterio del demandante deberían ser objeto de un mismo trato jurídico, por lo que esta glosa carece de fundamento. En relación con el derecho de asociación y la libertad económica, destacó la Corte que mientras no se aprecie una vulneración del núcleo esencial de esos derechos ni ninguna otra situación de inconstitucionalidad, esta corporación debe preservar el margen de configuración normativa asignado al legislador.”

²⁰ En el diccionario de la Real Academia Española, se define sociedad como: “Reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones.” Y ya, en el sentido comercial, como: “Agrupación de comerciantes, hombres de negocios o accionistas de alguna compañía.”

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sociedad

²¹ Sentencia C-392 de 2007. Corte Constitucional. MP: Sierra Porto, Humberto Antonio. Pie de página 20 de la Sentencia.

La Ley 222 de 1995 y el decreto 4463 de 2006, son pues, los antecedentes de la ley 1258 de 2008, en la legislación colombiana. Ellos permitieron abonar el terreno para poder crear un modelo societario como el consagrado en la Ley 1258 de 2008, en el cual se logra implantar un tipo societario híbrido que sin duda abre un abanico de opciones para los empresarios locales y extranjeros que buscan estructurar sus negocios en Colombia. El nuevo estatuto significa un salto hacia la modernidad societaria e implica una ruptura frente a múltiples concepciones aún vigentes en el régimen comercial colombiano. La normatividad busca la transformación de muchas de las estructuras legales que se encuentran vigentes, para acoplarlas a las concepciones contemporáneas²² y, sobre todo, con las necesidades de los empresarios. En esencia, se trata de facilitar la constitución y el funcionamiento de nuevas sociedades.

²² “(...) uno de los debates contemporáneos del derecho privado, se ocupa del estudio del mayor o menor grado de flexibilidad de la legislación que regula a las sociedades. En este sentido, la tendencia actual apunta a simplificar la normatividad, en beneficio de un mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad privada. Con ello se pretende asegurar la inclusión de la pequeña y mediana empresa en el sector formal de la economía, a través de la consolidación de estructuras societarias menos complejas y, por ende, sujetas a un menor rigorismo jurídico. En este nuevo panorama, el legislador está llamado a cumplir un papel trascendental en la definición del régimen societario, pues es a él a quien le corresponde establecer un sistema normativo que permita ordenar de manera coherente las reglas de juego que rigen los acuerdos contractuales de los particulares.” *Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 241 de 2008 Cámara, 039 de 2007 Senado, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.*

3. FIGURAS PARALELAS A LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA CONSAGRADAS POR LA LEGISLACIÓN ESTADOUNIDENSE

En la legislación estadounidense sobre sociedades de personas y sociedades de capitales existen figuras paralelas a la sociedad por Acciones Simplificada creada por la Ley 1258 de 2008.

Estas figuras son la *Limited Liability Partnership* y la *Limited Liability Company*²³, las cuales son formas asociativas híbridas, esto es, que tienen características de las sociedades de personas y de las sociedades de capitales. Es así, como estas figuras paralelas combinan la amplia estipulación contractual propia de las sociedades colectivas con la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades de capitales.

3.1 LIMITED LIABILITY PARTNERSHIP (LLP)

La primera ley sobre sociedades de personas de responsabilidad limitada fue expedida en el Estado de Texas en 1991²⁴, luego de que allí se presentara una gran crisis financiera en la cual las entidades bancarias no tuvieron capital para responderle a sus clientes. Esto permitió que los afectados dirigieran rápidamente su atención a los abogados y contadores que representaron a las instituciones financieras antes de su colapso, por encontrarse éstos altamente involucrados en los negocios que las entidades financieras tenían con sus clientes. Muchos profesionales individuales y en particular firmas de abogados se vieron envueltos

²³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada, Primera Ed., Bogotá, 2009, p. 20.

²⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada, Tercera Ed., Bogotá, 2006, p. 115.

en profundos problemas durante esta crisis, ya que tuvieron que responder con sus propios recursos²⁵.

Esta primera ley sobre sociedades de responsabilidad limitada eximía a los asociados de la responsabilidad por obligaciones derivadas de causas diferentes al ejercicio culposo en la práctica profesional; esto es lo que se ha denominado “*vicarious Liability*”²⁶. Actualmente el alcance de la limitación de responsabilidad en esta forma asociativa depende de las leyes del Estado donde la sociedad se haya constituido ya que algunos Estados han llegado incluso a otorgar protección respecto de responsabilidad contractual²⁷.

En las *Limited Liability Partnerships* los socios no son personalmente responsables ante ninguna persona, incluyendo a los otros socios, por contribuciones, indemnizaciones, deudas u obligaciones en las que incurra la sociedad²⁸. Para proteger a quienes pueden verse perjudicados con el beneficio de limitación de la responsabilidad, se ha consagrado que en las *Limited Liability Partnerships* se deben mantener unos niveles mínimos de activos o un seguro con qué responder²⁹.

²⁵ Robert W. Hamilton, *Law of Corporations*, In a Nutshell, p. 19.

²⁶ Según el diccionario Black’s Law, *Vicarious Liability* puede definirse como: Liability that a supervisory party (such as an employer) bears for the actionable conduct of a subordinate or associate (such as an employee) based on the relationship between the two parties. (Esto es aquella que le es impuesta a una persona por una conducta que es atribuible a otra, cuyo fundamento está en la relación existente entre las dos personas).

²⁷ Varios Estados le otorgan a los socios protección ante posibles acciones de responsabilidad contractual, en especial, para los casos en que el monto de la obligación a cargo de la sociedad, sea superior al monto del aporte de capital efectuado por el respectivo socio. Algunos de los Estados que han contemplado la limitación de la responsabilidad en materia contractual son: Colorado, Maryland, Minnesota, Nueva York, Oregon y Pennsylvania. Reyes Villamizar Francisco, *Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada*, Tercera Ed., Bogotá, 2006, p. 117.

²⁸ Así lo establece el Subcapítulo J, Sección 152.801 de el Texas Limited Liability Act.

²⁹ Robert W. Hamilton, *Law of Corporations*, In a Nutshell, p. 23.

En algunos Estados como California, Nueva York, Nevada y Oregon³⁰ no se permite que las compañías de profesionales elijan formas asociativas diferentes a la sociedad de personas, lo que ha favorecido la creación de Limited Liability Partnerships cuando el objeto social sea el desarrollo de actividades liberales, tales como abogados, contadores y médicos.

Una de las más notables ventajas de la las Limited Liability Partnerships es que no se le aplica el régimen de doble tributación al cual están sujetas las sociedades de capital o Corporations. Es esta una de las razones primordiales por la cual es habitualmente usada.

Autores como Susan Saab³¹ de Texas Tech University School of Law establecen que la Limited Liability Partnership tiene una desventaja. Esta hace referencia a que la limitación de la responsabilidad hace que en estas sociedades se deje de monitorear la conducta de los socios³².

La anotada desventaja de la Limited Liability Partnership, es precisamente la que hace que esta forma asociativa sea frecuentemente usada. Porque se trata de una desventaja para terceros que puedan verse perjudicados con las actuaciones de los socios pero de una ventaja para los propios socios de la compañía.

³⁰ Thomas E. Rutledge and Elizabeth G. Hester, Practical Guide to Limited Liability Partnerships, section 8, 5 State Limited Liability Company & Partnership Laws (Aspen 2008).

³¹ Susan Saab Fortney, "Tales of Two Regimes for Regulating Limited Liability Law Firms in the U.S. and Australia: Client Protection and Risk Management Lessons", en Social Science Research Network, 2009.

³² Debe hacerse notar que según el subcapítulo J, Sección 152.801, Literal b), Numerales 1), 2) y 3) de el Texas Limited Liability Act; establece que: un socio en una LLP no responde por deudas u obligaciones de otro socio a menos que lo esté supervisando o dirigiendo, esté directamente involucrado en la actividad o tenga conocimiento de el error, omisión, negligencia o incompetencia cometida por el otro socio.

3.2 LIMITED LIABILITY COMPANY (LLC)

La sociedad de responsabilidad limitada o *Limited Liability Company* es otra de las figuras de Norteamérica paralelas a la Sociedad por Acciones Simplificada.

La Limited Liability Company existe en el derecho societario estadounidense desde 1970, por lo que puede considerarse como un nuevo tipo societario. Inicialmente se consagró en el Estado de Wyoming pero luego de que se estableció su régimen federal tributario en los años ochenta, fue rápidamente adoptada por el resto de Estados³³.

Estas sociedades se caracterizan por ser una forma asociativa híbrida que tiene características tanto de las *Partnership* o sociedades de personas como de las *Corporations* o sociedades de capital. Con las primeras tienen en común que no se da la doble tributación propia de las sociedades de capital o lo que en inglés se denomina “*the availability of pass-through income taxation*”³⁴. La administración de impuestos de los Estados Unidos ha eximido a estas compañías del pago de impuestos federales. Con las sociedades de capital o *Corporations* tienen en común la limitación de la responsabilidad.³⁵

Para constituirse una Limited Liability Company debe llenarse el documento respectivo ante el funcionario del Estado autorizado para ello. Este documento se denomina usualmente “*articles of organization*” y en él no se incorporan de manera detallada las normas que gobernarán la sociedad. Para establecer las reglas que

³³ Robert W. Hamilton, Law of Corporations, In a Nutshell, p. 24.

³⁴ Se le impone a la sociedad el deber de presentar una declaración de renta ante la administración tributaria, sin que ello implique la obligación de pagar tributos sobre tales ingresos; estos se transfieren a los asociados y en virtud de ello resultan obligados a declarar las rentas obtenidas y pagar los tributos correspondientes. Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario en Estados Unidos.

³⁵ Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada, Tercera Ed., Bogotá, 2006, p. 120.

regirán la sociedad se crea un nuevo documento llamado “*operating agreement*” o “*regulations*”.³⁶

Los miembros de una Limited Liability Company pueden participar libremente en la administración de la sociedad, sin que ello comprometa el beneficio de limitación de responsabilidad que tienen los socios de estas compañías; esta protección se logra si en la legislación del Estado donde se constituya la sociedad se establece que los socios no son responsables por las obligaciones de la sociedad.³⁷

Esta forma asociativa brinda la posibilidad de decidir si la sociedad será administrada por sus propios socios como ya se dijo en el párrafo anterior, o si se administrará por un tercero. En caso de que la administración se ejecute a través de uno de los socios las reglas de la sociedad serán similares a las de una sociedad de personas; en el caso contrario, esto es, que sea administrada por un gerente externo, las reglas de la sociedad serán similares a las de una sociedad de capitales.

La *Limited Liability Company* puede ser una sociedad unipersonal, lo que las hace ser usadas por grandes empresarios que buscan ser el único accionista de su propia compañía, porque su régimen tributario es mucho más favorable que el que cobija a las *Corporation* pero en cuanto a la limitación de la responsabilidad se presenta el mismo beneficio. Anteriormente las legislaciones de los Estados exigían que las LLC debían tener como mínimo dos accionistas igual a como sucede con las demás sociedades de personas, pero esta regulación se ha transformado hasta permitir hoy la constitución de estas compañías con un único accionista³⁸.

³⁶ HAMILTON, Robert W. Law of Corporations, In a Nutshell, p.24.

³⁷ Ibid, p. 24.

³⁸ Ibid, p.24.

El término de duración de estas compañías puede ser indefinido³⁹ y su objeto social puede ser para la realización de cualquier actividad lícita⁴⁰; éstas son muestras de la gran flexibilidad que se presenta en las Limited Liability Companys.

3.3 UNIFORM LIMITED LIABILITY COMPANY ACT (ULLCA).

En 1996 se expidió el Uniform Limited Liability Company Act (ULLCA); para algunos autores como Francisco Reyes Villamizar en su libro Derecho Societario en Estados Unidos la promulgación de esta ley tipo ha jugado un papel importante en el desarrollo de la legislación americana porque creó cierta homogeneidad respecto de las reglas y principios aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada. Así mismo permitió llenar vacíos jurídicos que se presentaban en algunas de las legislaciones de los Estados.

Para otros autores como Robert W. Hamilton, en su libro Law of Corporations, el ULLCA no ha jugado un papel importante porque para la época de su expedición muchos estados ya habían consagrado dentro de su legislación normas que cumplían con el mismo cometido, al acoger la normativa de las LLC.

³⁹ Ibid, p 25.

⁴⁰ Sección 112 de la Uniform Limited Liability Companies (ULLCA), A limited liability company may be organized for any lawful purpose unless the State has specifically prohibited a company from engaging in a specific activity.

4. RELATORIA LEY 1258 DE 2008

La Ley 1258 de 2008 en virtud de la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada supera y satisface carencias de la legislación actual ya que opta por mecanismos que pueden ser unipersonales o pluripersonales. Se presenta hoy la posibilidad de la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.), que deja atrás la Empresa Unipersonal (E.U.), en razón de que la primera de estas figuras legales supera en mucho los inconvenientes prácticos de las denominadas E.U., tales como la solidaridad de los socios con respecto a las obligaciones laborales y fiscales, y la prohibición de contratación entre el propio empresario y su empresa, o entre empresas en cabeza de un mismo empresario, normas que no tenían razón de ser.

La Ley 1258 de 2008 por medio de la cual se crean las Sociedades por Acciones Simplificadas (S. A. S.) es el resultado de varios intentos de informalización, simplificación y flexibilización del derecho societario. Con ella se busca, como ya se dijo, que la legislación colombiana esté a tono con las figuras societarias internacionales, más actualizadas y conformes con la realidad que se vive en torno al derecho comercial.

4.1 NORMAS CONSAGRADAS POR LA LEY 1258 DE 2008.

Las normas consagradas por la Ley 1258 de 2008 se expondrán a continuación, de tal manera que se haga alusión a cada uno de los artículos que trae la nueva ley. Algunos de éstos establecen novedades con respecto a la legislación comercial colombiana que se tenía con anterioridad a diciembre de 2008. Otras

normas mencionan nuevamente características ya consagradas por el código de comercio y su legislación complementaria.

4.1.1 Autonomía Contractual

Uno de los principales presupuestos de la ley es que admite una amplia autonomía contractual en la redacción del contrato social o en la declaración unilateral, ya que, se permite a las partes definir en gran medida las pautas bajo las cuales deberán gobernarse las relaciones jurídicas que surjan de la sociedad. Ello permite que no se limiten las posibilidades empresariales, que se dé mucha creatividad y que las nuevas estructuras jurídicas se adapten más fácilmente a las cambiantes necesidades.

4.1.2 Procedimiento de constitución

El procedimiento de constitución de las S.A.S. es ágil, sencillo e informal en contraste con el que trae originalmente el Código de comercio para los demás tipos de sociedades. El artículo quinto⁴¹ de la nueva ley permite que las sociedades se creen a través de documento privado el cual tendrá que inscribirse en el registro mercantil, por lo que no se requiere de escritura pública, excepto cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública.

4.1.3 Número de accionistas:

Las nuevas sociedades superan inconvenientes exigidos por el Código de Comercio en la medida en que no tienen que cumplir el requisito al que están

⁴¹ Artículo 5 de la ley 1258 de 2008: "La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal (...)"

sujetas las sociedades por acciones, ya que, bajo el artículo 1° de la mencionada ley las S. A. S. pueden constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas sin que sea necesario, como sucede con la sociedad anónima que este conformada por un mínimo de cinco accionistas⁴².

4.1.4 Limitación de la responsabilidad

En materia de responsabilidad, la ley establece que los accionistas de la sociedad por acciones simplificadas cualquiera sea su naturaleza sólo responderán hasta el monto de sus respectivos aportes. Se establece de forma clara y expresa que los accionistas, como personas distintas de la sociedad que son, no responden por obligaciones laborales y tributarias en cabeza de ésta.

4.1.5 Carácter Comercial de la Sociedad por Acciones Simplificada

Se debe señalar que la ley 1258 cierra las discusiones que giraban alrededor del carácter civil o comercial de las sociedades. El artículo 3° de dicha ley establece que todas las Sociedades por Acciones Simplificadas son de naturaleza comercial. Se plasma así de manera más precisa que no tiene razón de ser la discusión que trató de cerrar la ley 222 de 1995⁴³, en la cual se estableció que para las sociedades de naturaleza civil se tenía que cumplir con los mismos requisitos que para las sociedades de naturaleza comercial⁴⁴, lo cual deja en entre dicho la razón

⁴² Artículo 374 del Código de Comercio: “La sociedad anónima no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas”.

⁴³ El artículo 100 de la Ley 222 de 1995, dice así: “Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial. Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles”.

⁴⁴ En Sentencia de constitucionalidad del artículo primero de la Ley 222 de 1995 la Corte Constitucional señaló que: “...Sin embargo, se advierte **“prima facie”** que la reforma se limita a la unificación del régimen societario, sin llegar a suprimir la posibilidad de que existan sociedades civiles. En cierto sentido, la generalización de las normas comerciales, brinda a las civiles un marco de regulación más rico y fecundo en prácticamente todos los capítulos del fenómeno societario. Se

de ser de las sociedades civiles y deja en claro que todas las S.A.S. se tendrán por mercantiles, zanjando así la discusión respecto a la procedencia o improcedencia de aplicar ciertas normas en razón de la naturaleza mercantil o civil de las sociedades.⁴⁵

4.1.6 Inscripción de la Sociedad en la Bolsa de Valores

Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificadas no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores, ni negociarse en bolsa. Por ello toda sociedad que quiera negociar sus acciones y otros títulos valores emitidos por ella en bolsa deberá constituirse o continuar como una sociedad anónima en razón de la restricción mencionada en el artículo 4° de la ley.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-014 de 2010 señaló que:

De ahí el que el legislador haya dejado intacto el régimen societario del código de comercio y sus normas modificatorias posteriores, y haya reconocido expresamente los límites de la SAS, al disponer, por ejemplo, que estas sociedades no pueden inscribir sus acciones y demás valores en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociar en bolsa. La enorme flexibilidad de las SAS es, a juicio del legislador, incompatible con las exigencias de gobierno corporativo que

asiste a una expansión de la ley comercial, derivada de la capacidad de objetivación de sus normas que, en este aspecto, dejan de ser especiales...". Sentencia C-435 de 1996. Corte Constitucional. Mp: Hernández Galindo, José Gregorio y Cifuentes Muñoz, Eduardo.

⁴⁵ Son ejemplos de la mencionada discusión, solucionada por la ley 1258 de 2008, los siguientes:

- Circular Externa 7 de 2005 de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se establece que las sociedades civiles no tendrán que matricularse en el registro mercantil.
- Decreto 4350 de 2006 expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el cual excluyó la fiscalización de las sociedades civiles por parte de la Superintendencia de Sociedades, ratificando lo que ya se había determinado en el Decreto 3100 de 1997.
- Finalmente, el artículo 19 del Código de Comercio, para algunos, como el abogado Ignacio Sanín Bernal, en su libro: Un nuevo derecho societario: el propuesto desde el estatuto tributario. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Temis, 2001, p. 15, sólo se aplica a las sociedades mercantiles.

naturalmente le son exigibles a una sociedad que transe en el mercado público de valores.⁴⁶

4.1.7 Objeto social y término de duración indefinidos

Como muestra de un mayor desarrollo de la autonomía de la voluntad, las S. A. S. pueden tener un término de duración indefinido si esto es lo que quieren los asociados. Igualmente la sociedad puede realizar cualquier actividad comercial lícita⁴⁷. Ambos de los aspectos previamente comentados liberan el entorno normativo-societario de exigencias legales que realmente no tienen razón de ser y que sólo han servido para hacer innecesariamente rígidos los procedimientos y actuaciones de las sociedades. El hecho de consagrar un término de duración social definido, única y exclusivamente en razón de un mandato legal⁴⁸ sin fundamento, muchas veces conduce a que la necesidad de renovación de dicho término sea olvidada por accionistas y administradores, lo que hace incurrir a la sociedad en una causal de disolución⁴⁹ que opera de pleno derecho y que en teoría es insubsanable.

4.1.8 Autenticación en notaria del documento privado de constitución

El citado artículo quinto, en su párrafo primero, indica que el documento privado de constitución societaria debe ser autenticado en notaria antes de inscribirse en

⁴⁶ Sentencia C-014 de 2010. Corte Constitucional. Mp: González Cuervo, Mauricio.

⁴⁷ El numeral 9 del artículo 110 del código de comercio en el cual se consagran los requisitos para la constitución de una sociedad establece que la escritura pública de constitución de una sociedad comercial debe expresar *“El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales. 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 aquel”*.

⁴⁸ El artículo 110 en su numeral 9 establece que la escritura pública de constitución de una sociedad comercial debe expresar *“La duración precisa de la sociedad...”*.

⁴⁹ El artículo 218 del Código de Comercio en el cual se consagran las causales de disolución de la sociedad en su primer numeral establece que la sociedad se disolverá: *“Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración”*.

el registro mercantil. A continuación, se consagra una figura bastante confusa al manifestar que la autenticación notarial del referido documento puede hacerse directamente por los socios constituyentes o a través de un apoderado. La ambigüedad surge si se tiene en cuenta que esta disposición se podría interpretar en el sentido de que aún si los propios suscriptores acuden personalmente al registro mercantil para efectuar la inscripción de los estatutos sociales con miras a obtener la personería jurídica social, previamente tendrían que haber realizado la autenticación en notaría. Es ilógico pensar en nombrar un apoderado, debiéndose notarizar el poder, para que luego éste vaya a su vez a la notaría a autenticar los estatutos para sus poderdantes. Sencillamente, si el poderdante puede ir a la notaría a otorgarle a alguien más un poder para autenticar unos estatutos, más sencillo sería que él mismo acudiera a realizar dicha autenticación, lo que permite ahorrarse el primero de los pasos notariales.

4.1.9 Ampliación del pago de las acciones suscritas

El artículo noveno, trae la novedad de ampliar el plazo máximo de pago de las acciones suscritas a dos años. Así se permite que la forma de cancelación del precio se pacte sin tener en cuenta lo consagrado para las sociedades anónimas en el Código de Comercio⁵⁰. El establecimiento de un término límite es la contrapartida frente a la flexibilidad para las condiciones del pago en comento, con miras a proteger la prenda general de los acreedores.

4.1.10 Estructura del capital

El artículo noveno de la ley 1258 de 2008 establece que:

⁵⁰ El artículo 376 del Código de Comercio que se encuentra dentro del título que regula las normas de la sociedad anónima establece que: *“Al constituirse la sociedad deberá suscribirse no menos de cincuenta por ciento del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción de capital que se suscriba”*.

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. Sin embargo, en ningún caso, el plazo para el pago de las acciones excederá de dos (2) años. En los estatutos de las sociedades por acciones simplificadas podrán establecerse porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser controlados por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. En caso de establecerse estas reglas de capital variable, los estatutos podrán contener disposiciones que regulen los efectos derivados del incumplimiento de dichos límites.

En la sociedad por acciones simplificada está la posibilidad de contar con una estructura de capital que permite incorporar aportes a la sociedad sin reformar los estatutos, ya que puede aumentarse el capital suscrito y pagado cuantas veces se quiera, hasta el tope del capital autorizado, emitiendo y colocando acciones, al igual que ocurre con la sociedad anónima del código de comercio.

Como una ventaja de la sociedad por acciones simplificada está el hecho de que se amplió el plazo para el pago del capital suscrito a dos años, distinto a lo que sucede en la sociedad anónima donde según el artículo 387 del Código de Comercio “Cuando el reglamento prevea la cancelación por cuotas, al momento de la suscripción se cubrirá, por lo menos, la tercera parte del valor de cada acción suscrita. El plazo para el pago total de las cuotas pendientes no excederá de un año contado desde la fecha de la suscripción”.

El artículo 376 del Código de Comercio, establece que “Al constituirse la sociedad debe suscribirse no menos del 50% del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción de capital que se suscriba. En la Ley 1258 de 2008 no se exige la proporcionalidad mencionada en relación con las diferentes clases de capital que sí tienen que ser observadas en la sociedad anónima.

Así mismo el artículo 9 de la Ley 1258 de 2008, permite que en los estatutos de la sociedad se pacten “...acuerdos sobre el porcentaje de participación accionaria

que podrá ser controlado por uno de los accionistas o por un grupo de ellos, con lo cual se permite, que de antemano los accionistas sepan cuáles serán los límites de su participación societaria o la de los demás accionistas de la compañía. Se podrá entonces, si así lo estipulan los estatutos, fijar límites al control accionario de la compañía, lo cual redundará en garantía de los accionistas, frente a temas de toma del control societario.”⁵¹

Como una novedad de la sociedad por acciones simplificada está la noción de capital variable que de acuerdo a una interpretación sujeta a la ley es la potestad que tienen los accionistas de la compañía para tener el capital dividido en diferentes porcentajes. Pero si esta fuera la noción de capital variable que en realidad trae la ley, no habría introducido ninguna novedad en la legislación colombiana, por lo tanto hubiera sido más acertado definir el concepto de capital variable como lo hace la Ley General Sobre Sociedades Mercantiles en México en su artículo 213 donde se establece que: “En las sociedades de capital variable el capital social será susceptible de aumento por aportaciones posteriores de los socios o por la admisión de nuevos socios, y de disminución de dicho capital por retiro parcial o total de las aportaciones, sin más formalidades que las establecidas por este capítulo”. Lo que quiere decir que una sociedad tiene capital variable cuando lo pueda aumentar o disminuir libremente dentro de ciertas pautas.⁵²

4.1.11 Acciones con dividendo fijo anual y acciones de pago

El artículo 10⁵³ crea “acciones con dividendo fijo anual” y “acciones de pago” pero sin profundizar acerca de su significado y efectos. Este artículo contiene

⁵¹ MAYA MAYA, Gabriel Ricardo. Razones y Beneficios para Constituirse o Transformarse en SAS, Primera Ed., Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 98.

⁵² RENGIFO, Ramiro. Los derechos de los accionistas en la ley 1258 de 2008. Seminario de Derecho Empresarial. La sociedad por Acciones Simplificada. Universidad Eafit 2009. P. 5.

⁵³ Artículo 10 de la Ley 1258 de 2008 “*Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales*

elementos diversos a la legislación comercial del código colombiano. De acuerdo con los debates del Congreso de la República para la estructuración del artículo 10 de la Ley 1258 de 2008 se tomó de la ley Chilena 20.190⁵⁴ la disposición relativa a acciones con dividendo fijo. Los titulares de tales acciones tengan o no derecho a voto reciben únicamente el valor anual correspondiente al dividendo fijo de manera que su posición en la sociedad no dependerá estrictamente del mayor o menor éxito de los negocios que ésta desarrolle.

Las acciones de pago son otra modalidad de acciones previstas en el artículo 10. Con éstas la sociedad puede emitir acciones a favor de sus empleados⁵⁵, siempre teniendo en cuenta la restricción mencionada en el Artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, donde se establece que: “(...) el salario en especie debe valorarse expresamente en todo contrato de trabajo. A falta de estipulación o de acuerdo sobre su valor real se estimará pericialmente, sin que pueda llegar a constituir y conformar más del cincuenta por ciento (50%) de la totalidad del salario (...)”.

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.

⁵⁴ Artículo 442 de la Ley 20.190 de Chile.- “En caso que el estatuto establezca que la sociedad deba pagar un dividendo por un monto fijo, determinado o determinable, a las acciones de una serie específica, éstos se pagarán con preferencia a los dividendos a que pudieren tener derecho las demás acciones. Salvo que el estatuto señale algo distinto, si las utilidades no fueren suficientes para cubrir el dividendo fijo obligatorio, el accionista podrá optar por alguna de las siguientes opciones:

1.- Registrar el saldo insoluto en una cuenta especial de patrimonio creada al efecto y que acumulará los dividendos adeudados y por pagar. La sociedad no podrá pagar dividendos a las demás acciones que no gocen de la preferencia de dividendo fijo obligatorio, hasta que la cuenta de dividendos por pagar no haya sido completamente saldada. En caso de disolución de la sociedad, el entero de la cuenta de dividendos por pagar tendrá preferencia a las distribuciones que deban hacerse, o

2.- Ejercer el derecho a retiro respecto de las acciones preferidas a partir de la fecha en que se declare la imposibilidad de distribuir el dividendo. Si el estatuto no señalare otra cosa, el precio a pagar será el valor de rescate si lo hubiere o en su defecto el valor libros de la acción, más la suma de los dividendos adeudados a la fecha de ejercer el derecho de retiro”.

⁵⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada, Primera Ed., Bogotá, 2009, p. 93.

4.1.12 Acciones con voto singular o múltiple

El artículo 11 de la ley 1258 de 2008 establece que “En los estatutos se expresarán los derechos de votación que le correspondan a cada clase de acciones, con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o múltiple, si a ello hubiere lugar.”

El voto múltiple permite facilitar el control societario en cabeza de un accionista, el cual, podrá detentar un porcentaje mínimo de las acciones. Así mismo con ésta herramienta se podrán clasificar a los accionistas al interior de la sociedad, ya que aquel que ostente un mayor número de votos, aunque tenga un porcentaje mínimo de acciones, será quien tenga la facultad de decisión para el desarrollo del objeto social.

Este artículo trae una importante novedad para que los empresarios opten por una sociedad por acciones simplificada, ya que el Código de Comercio, en el último inciso de su artículo 381, restringía esta posibilidad para las acciones ordinarias y las acciones privilegiadas porque establece que “En ningún caso podrán otorgarse privilegios que consistan en voto múltiple o que priven de sus derechos de modo permanente a los propietarios de acciones comunes.”

4.1.13 Transferencia de acciones

El artículo 13⁵⁶ consagra varias alternativas referentes a la enajenación de acciones ya que, se puede ir al extremo de restringir la negociabilidad hasta el

56 Artículo 13 ley 1258 de 2008: “ En los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de 10 años, contados a partir de la emisión. Este término sólo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de 10 años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas.”

punto de que éstas no puedan ser objeto de transacción alguna por un término de 10 años contados a partir de la emisión, el cual es renovable, mediante decisión adoptada con el voto favorable unánime de los asociados, por períodos sucesivos con la misma limitación en cuanto a su duración. Una variación más moderada consiste en poder someter, estatutariamente, la negociación de todas o de algunas de las acciones a la aprobación previa de la asamblea por mayoría definida por los propios estatutos, que en los casos más laxos puede ser una mayoría simple. El desacato de las disposiciones restrictivas de las negociaciones accionarias no genera nulidad, sino que opera la ineficacia de pleno derecho como efecto final⁵⁷.

4.1.14 Autorización para la transferencia de acciones

El artículo 14⁵⁸ consagra, de la misma manera que lo hace el Código de comercio en su artículo 407, la posibilidad de que dentro de los estatutos de la sociedad se pacte el derecho de preferencia para que los accionistas que quieran vender sus acciones tengan la obligación de preferir dentro de los eventuales adquirentes a la misma sociedad o en su defecto a los demás accionistas. Si la sociedad o los accionistas no pudieran adquirir las acciones se abrirá la posibilidad de que quien esté interesado en vender ofrezca sus acciones a terceros.

Se debe señalar que el derecho de preferencia no es una norma de carácter imperativo en la sociedad por acciones simplificada. Únicamente será de obligatorio cumplimiento este derecho cuando así lo hayan estipulado los estatutos sociales.

⁵⁷ Artículo 15 de la Ley 1258 de 2008. VIOLACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN. “Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho”.

⁵⁸ Artículo 14 de la ley 1258 de 2008: “Los estatutos podrán someter toda negociación de acciones o de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea”.

4.1.15 Cambios de control en la sociedad accionista

El artículo 16 establece que los cambios en situaciones de control⁵⁹ en sociedades que sean accionistas de una S.A.S. dan derecho a la exclusión de dichas accionistas por parte de los demás. Incluso la disposición llega hasta el punto de que, aparte de la exclusión, se sancione a las sociedades que incumplan su deber de informar la modificación en su estructura con la exclusión de éstas por parte de la asamblea.

(...) Los estatutos sociales podrán establecer una obligación de información cuando haya un cambio de control en la sociedad accionista, que necesariamente tendrá que generar una solicitud de autorización, si es que una sociedad accionista de la sociedad por acciones simplificada, pretende efectuar un cambio de control en su composición accionaria. Con ello en el caso de que así se adopte en los estatutos, lo que se pretende en continuar teniendo certeza de quienes son los accionistas con los que una persona se está vinculando en la S.A.S.⁶⁰

4.1.16 Organización administrativa de la Sociedad

En lo referente a la organización administrativa de la sociedad por acciones simplificada, que comienza a tratarse en el artículo 17 de la Ley 1258, se hace necesario hablar sobre la obligatoriedad de mantener una Asamblea como órgano de dirección social; lo anterior depende de la cantidad de accionistas existentes, pues si la sociedad cuenta con un único accionista es imposible que éste órgano exista. Si, por el contrario, los accionistas son varios, la Asamblea debe no

⁵⁹ Artículo 260 del Código de Comercio: “Subordinación: Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominara filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

⁶⁰ MAYA MAYA, Gabriel Ricardo. Razones y Beneficios para Constituirse o Transformarse en SAS, Primera Ed., Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 61.

solamente existir, sino cumplir a cabalidad con todas sus funciones legales y estatutarias.

Aunque la S.A.S. en sus inicios sea unipersonal, lo más recomendable es que en el documento constitutivo se deje abierta la posibilidad de crear y poner en marcha la asamblea de accionistas como órgano máximo de dirección, previendo que en el futuro la sociedad llegue a acoger nuevos accionistas.

4.1.17 Renuncia al derecho a ser convocado a la Asamblea de Accionistas

El artículo 21⁶¹ de la ley 1258 de 2008 trata el tema de la renuncia al derecho a ser convocado a la Asamblea de Accionistas. En nuestra legislación nunca se había planteado la posibilidad de que un accionista se pueda desprender del derecho a ser avisado o convocado para asistir a una reunión de la asamblea, lo que hace a la figura aún más peculiar al expresarse que dicha renuncia puede efectuarse válidamente antes, durante, o incluso después de la reunión.

El texto del inciso segundo de la norma, prescribe que aunque no hubieren sido convocados se entenderá que los accionistas que asistan a la respectiva reunión han renunciado a sus derechos de convocación, salvo que manifiesten su inconformidad por la falta de tal convocatoria antes de tener lugar la reunión. La sanción por una mala convocatoria en este contexto no es evidente, como no lo es tampoco el mecanismo para manifestar la inconformidad de que habla el artículo.

⁶¹ Artículo 21 de la Ley 1258 de 2008: “*Los accionistas podrán renunciar a su derecho a ser convocados a una reunión determinada de la asamblea, mediante comunicación escrita enviada al representante legal de la sociedad antes, durante o después de la sesión correspondiente. Los accionistas también podrán renunciar a su derecho de inspección respecto de los asuntos a que se refiere el inciso segundo de artículo 20 de esta ley, por medio del mismo procedimiento indicado. Aunque no hubieren sido convocados a la asamblea se entenderá que los accionistas que asistan a la reunión correspondiente han renunciado al derecho a ser convocados a menos que manifiesten su inconformidad con la falta de convocatoria antes que la reunión se lleve a cabo.*”

4.1.18 Elaboración de acuerdo de accionistas

El artículo 24 permite la elaboración de un acuerdo de accionistas en el cual se detalle el manejo que se le quiera dar a las operaciones con acciones de la sociedad, documento que tendrá que ser depositado en la administración de las oficinas donde opere la sociedad e indicar en el momento del depósito la persona que representará a quienes celebran el acuerdo.

(...) A efectos de brindar eficacia al acuerdo de accionistas, se establecen dos mecanismo para verificar su cumplimiento: (i) La potestad del presidente de la asamblea o cuerpo colegiado donde tenga aplicación el acuerdo, para no computar el voto del accionista que pretenda desconocer el acuerdo válidamente celebrado y depositado debidamente ante la compañía y (ii) La facultad de promover ante la Supersociedades, mediante el procedimiento del proceso verbal sumario, la ejecución de las obligaciones adquiridas en el acuerdo.⁶²

El artículo 70 de la ley 222 de 1995 establece que:

Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometen a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás ni la sociedad ni los demás accionistas responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo.

El citado artículo pretendió darle importancia a los acuerdos de accionistas pero la efectividad de los mismos quedó en entre dicho porque sólo pueden ser suscritos por accionistas no administradores, y porque sólo pueden versar sobre la persona que habrá de representar las acciones en la reunión de la asamblea o respecto de la forma en que habrá de emitirse el voto por parte de los suscriptores. Los

⁶² MAYA MAYA, Gabriel Ricardo. Razones y Beneficios para Constituirse o Transformarse en SAS, Primera Ed., Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 147.

anteriores factores han sido superados en el artículo 24 de la ley 1258 de 2008 porque permite que los accionistas de una sociedad por acciones simplificada puedan celebrar acuerdos sin que exista limitación respecto de la persona que los suscriba o los asuntos lícitos sobre los que verse el pacto.

Además de solucionar los inconvenientes que se presentaban en el artículo 70 de la ley 222 de 1995, el artículo 24 trae innovaciones como la posibilidad de que los acuerdos de accionistas no sólo tengan incidencia en la asamblea sino también en otros órganos colegiados que se lleguen a implementar al interior de la sociedad⁶³ y que luego de ser depositados en la oficina de la administración de la compañía deben ser cumplidos por la misma. Estas innovaciones le darán mayor eficacia a los acuerdos de accionistas.

4.1.19 Junta Directiva como ente de facultativa creación

El artículo 25⁶⁴ permite que la junta directiva sea de creación voluntaria, con ello se pretende hacer más expedita la administración de la sociedad en aquellos casos de sociedad por acciones simplificada de pocos accionistas. En las sociedades anónimas, en donde es obligatorio este órgano, una de las funciones preponderantes de la junta ha sido la de autorizar al representante legal a suscribir cierto tipo de contratos, que bien sea en razón de su cuantía o de su objeto, no se estima conveniente dejar exclusivamente al arbitrio de este último; puede constituirse ésta en una de las razones por la cual él o los accionistas de una sociedad por acciones simplificada quisiera nombrar a una junta directiva.

⁶³ Parágrafo primero del artículo 24 de la ley 1258 de 2008: *“El presidente de la asamblea o del órgano colegido de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado”*

⁶⁴ Artículo 25 ley 1258 de 2008: *“La sociedad por acciones simplificada no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea(...).”*

4.1.20 Responsabilidad de los administradores

El artículo 27⁶⁵ de la ley, titulado “Responsabilidad de Administradores”, permite que el representante legal de la sociedad sea una persona natural o jurídica, elegida de acuerdo al procedimiento establecido en los estatutos. Si no se consagra tal procedimiento, la elección le corresponderá hacerla a la asamblea de accionistas o al accionista único, distinto de lo que establece el Código de Comercio en el artículo 440 donde la encargada de tal elección es la junta directiva, esto porque puede suceder que no exista una junta directiva en la sociedad por acciones simplificada.

En cuanto a la responsabilidad de los administradores la ley 1258 de 2008 no introdujo cambios ya que a éstos les serán aplicables las reglas contenidas en la ley 222 de 1995. Así mismo, los conflictos que se presenten en relación con los administradores de la sociedad podrán someterse a árbitros y a amigables componedores si eso fue lo que se pactó, de lo contrario se someterán al conocimiento de la Superintendencia de Sociedades, según el artículo 40 de la ley 1258.

El artículo 27 amplía el grupo de personas a las que habitualmente la ley ha denominado administradores de la sociedad ya que en el párrafo de este artículo se establece que: “Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.”.

⁶⁵ Artículo 27 de la Ley 1258 de 2008: “Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.”

La mencionada figura podría denominarse, como lo hace la doctrina internacional, “administradores de hecho”. Esta es una novedad que introduce la ley 1258 de 2008 en el ordenamiento colombiano, para imponerle consecuencias legales a aquellos sujetos que sin tener el carácter de administradores, controlan la sociedad. De acuerdo con el artículo 27 de la ley, deben tratarse como administradores de hecho aquellos que trasciendan la ejecución de sus funciones legítimas y por lo tanto se inmiscuyan realmente, en la administración de la sociedad.

Es importante resaltar que aunque la nueva ley permita sancionar a los administradores de hecho, ello no implica, la exoneración de los verdaderos representantes legales de la sociedad, como lo señala, Francisco Reyes Villamizar.⁶⁶

4.1.21 Revisoría Fiscal

El artículo 28⁶⁷ establece que solamente en los casos que lo exija la ley⁶⁸ la sociedad por acciones simplificada estará obligada a tener revisor fiscal quien deberá ostentar la calidad de contador público titulado con tarjeta profesional vigente. Así mismo la Superintendencia de Sociedades manifestó mediante el Oficio 220-039060 del 11 de febrero de 2009 que la sociedad por acciones simplificada no está obligada a tener revisor fiscal sino en los casos que establece

⁶⁶ Coordinador: REYES VILLAMIZAR, francisco. Estudio sobre la sociedad por acciones simplificada. Primera edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 372.

⁶⁷ Artículo 28 de la ley 1258 de 2008: “En caso de que por exigencia de la ley se tenga que proveer el cargo de revisor fiscal, la persona que ocupe dicho cargo deberá ser contador público titulado con tarjeta profesional vigente. En todo caso las utilidades se justificarán en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados por un contador público independiente”.

⁶⁸ El párrafo segundo del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 establece que: “Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos”.

la Ley ya que considera la mencionada Superintendencia que si el legislador hubiera querido que la figura de la revisoría fiscal fuere obligatoria en las sociedades por acciones simplificadas, simplemente lo hubiera dicho de forma expresa, sin necesidad de utilizar la fórmula que finalmente consagró en el artículo 28.

La Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado reiterativamente sobre la obligatoriedad de tener revisor fiscal en los mismos términos del oficio mencionado en los siguientes oficios: Oficio 220 068085 del 24 de abril de 2009, Oficio 220-073736 del 19 de mayo de 2009 y Oficio 220-044357 Febrero 27 de 2009.

Así mismo, el Decreto 2020 de 2009 en su artículo primero estableció que: *“De acuerdo con lo establecido por el Artículo 28 de la Ley 1258 de 2008, la Sociedad por Acciones Simplificada únicamente estará obligada a tener Revisor Fiscal cuando (1) reúna los presupuestos de activos o de ingresos señalados para el efecto en el párrafo 2° del Artículo 13 de la Ley 43 de 1990, o (ii) cuando otra ley especial así lo exija.”*

El Oficio 220-036849 del 16 de Junio de 2010, que de igual manera trata el tema del revisor fiscal en la sociedad por acciones simplificada, hace una referencia expresa al decreto 2020 de 2009, ya mencionado en el párrafo anterior.

En este tema la sociedad por acciones simplificada puede diferenciarse de la sociedad anónima en la medida en que en esta última siempre es necesaria la figura del revisor fiscal, por el contrario en la sociedad por acciones simplificada si se constituye la sociedad con activos e ingresos inferiores a los señalados en la ley, no será necesario la sociedad cuente con revisor fiscal, lo que para algunos autores como Francisco Reyes Villamizar es un avance ya que posibilita la reducción de altos costos de transacción.

4.1.22 Transformación de la Sociedad por Acciones Simplificada

El artículo 31⁶⁹ de la ley en comento ordena que las decisiones de transformación de cualquier tipo de sociedad en sociedad por acciones simplificada o viceversa, tengan que ser tomadas por unanimidad de los asociados titulares de las acciones suscritas. Lo mismo aplica cuando como consecuencia de fusiones, escisiones u otro negocio jurídico cualquiera se proponga el tránsito de una sociedad por acciones simplifica a otro tipo societario o viceversa.

A diferencia de las transformaciones del Código de Comercio donde se requiere de reforma estatutaria para que se transforme la sociedad⁷⁰ en el artículo 31 de la nueva ley para transformar la sociedad debe votarse la decisión de manera unánime.

Esta exigencia de la unanimidad fue tomada directamente de la legislación francesa en razón de la mayor exposición de riesgo al que podrían quedar expuestos los asociados que no participaron en la creación de los estatutos que rigen las relaciones en esta forma asociativa⁷¹.

4.1.23 Enajenación Global de Activos

⁶⁹ Artículo 31 de la ley 1258: "Cualquier sociedad podrán transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. La decisión correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el registro mercantil. De igual forma la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el libro segundo del código de comercio, siempre que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas".

⁷⁰ Artículo 167 del código de comercio: "Una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este Código, mediante una reforma del contrato social. La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio".

⁷¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada, Primera Ed., Bogotá, 2009, p. 129.

El artículo 32⁷² de la ley 1258 de 2008 consagra la enajenación global de activos que es un mecanismo a través del cual una sociedad por acciones simplificada enajena total o parcialmente sus activos⁷³ y obtiene por éstos dinero u otros bienes o acciones de la sociedad que los adquiere. En la enajenación global de activos el patrimonio de la sociedad se mantiene pero lo que sucede es que los activos que lo conforman si cambian.

Puede suceder que luego de la enajenación la compañía enajenante se liquide y el dinero o las acciones recibidas a cambio de la enajenación de activos se repartan entre los accionistas. Así mismo, puede suceder que la compañía continúa funcionando mediante la adquisición de nuevos activos que permitan el desarrollo de su objeto social.

Cuando la enajenación global de activos es superior al 50% del patrimonio líquido de la compañía, la sociedad debe preparar estados financieros de propósito especial⁷⁴. Así mismo, se debe aprobar esta enajenación con el voto favorable de

⁷² Artículo 32 de la ley 1258 de 2008: “Se entenderá que existe enajenación global de activos cuando la sociedad por acciones simplificada se proponga enajenar activos y pasivos que representen el 50% o más del patrimonio líquido de la compañía en la fecha de la enajenación. La enajenación global requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión. Esta operación dará lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en caso de desmejora patrimonial. Parágrafo: la enajenación global de activos estará sujeta a la inscripción en el registro mercantil.”

⁷³ Si la operación de integración que surge de la enajenación global de activos no queda cubierta por el régimen de autorización general de la Superintendencia de Industria y Comercio deberá cumplirse el procedimiento establecido el artículo 4° de la ley 155 de 1959; el cual establece que: “Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000) o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración. Quien esta obligado a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio es la Compañía adquirente.

⁷⁴ Artículo 24 del Decreto 2649 de 1993: “Son estados financiero de propósito especial aquellos que se preparan para satisfacer necesidades específicas de ciertos usuarios de la información contable. Se caracterizan por tener una circulación o uso limitado y por suministrar un mayor detalle de algunas partidas u operaciones (...)”.

la mitad más uno de las acciones suscritas y presentes en la reunión, teniendo aplicación el derecho de retiro para los accionistas ausentes o disidentes.

Se debe señalar que la posibilidad de enajenar los activos de la compañía ya se permitía en el Código de comercio donde se establece, en el artículo 196 que:

La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad. A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad (...).

Así mismo el artículo 23 de la ley 222 de 1995 consagra dentro de los deberes de los administradores realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social, lo que lleva a concluir que la decisión de enajenar los activos de la compañía es meramente administrativa, distinto de lo que sucede hoy con la sociedad por acciones simplificada donde la decisión de la venta del 50% o más de los activos debe ser tomada por la asamblea de accionistas.

Hay que indicar que la autorización de la asamblea que se requiere para la enajenación global de activos se debe a que los administradores pueden abusar de sus funciones vendiendo bienes que se necesitan para el desarrollo del objeto social o vendiendo los mismos a precios irrisorios perjudicando la sociedad. Ello no excluye que esa enajenación pueda tener como propósito también el adecuado desarrollo del objeto social.

Así mismo es importante mencionar que como la ley 1258 de 2008 no reguló la enajenación de establecimientos de comercio dentro de la enajenación global de

activos, si ello ocurre deben de cumplirse los requisitos consagrados en los artículos 525⁷⁵, 526⁷⁶, 527⁷⁷ y 528⁷⁸ del código de comercio.

4.1.24 Fusión Abreviada

En artículo 33 de la ley consagra la figura de la fusión abreviada, que permite la absorción de una S.A.S. por parte de otra sociedad, cuando esta última posea más del 90% de la primera; esta decisión podrá ser adoptada por el representante legal o la junta directiva de las compañías que participan en la fusión abreviada.

La citada figura reduce los requisitos contemplados para la fusión consagrados en el artículo 173⁷⁹ del Código de Comercio ya que la toma de la decisión no corresponde a la asamblea de accionistas que son los dueños de la sociedad si no a los administradores que no son dueños de la sociedad. Ello deja o puede dejar

⁷⁵ Artículo 525 del código de comercio: “La enajenación de un establecimiento de comercio a cualquier título se presume hecha en bloque o como unidad económica sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran”.

⁷⁶ Artículo 526 del código de comercio: “La enajenación se hará constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente para que produzca efectos entre las partes”.

⁷⁷ Artículo 527 del código de comercio: “El enajenante deberá entregar al adquirente un balance general acompañado de una relación discriminada del pasivo, certificados por un contador público”.

⁷⁸ Artículo 528 del código de comercio: “El enajenante y el adquirente del establecimiento responderán solidariamente de todas las obligaciones que se hayan contraído hasta el momento de la enajenación en desarrollo de las actividades a La responsabilidad del enajenante cesará transcurridos dos meses desde la fecha de la inscripción de la enajenación en el registro mercantil siempre que se hayan cumplido los siguientes requisitos: **1.** Que se haya dado aviso de la enajenación a los acreedores por medio de radiograma o cualquier otra prueba escrita; **2.** Que se haya dado aviso de la transferencia en general a los acreedores en un diario de la capital de la República y en uno local si lo hubiere ambos de amplia circulación, y **3.** Que dentro del término indicado en el inciso primero no se hayan opuesto los acreedores a aceptar al adquirente como su deudor. (...)”

⁷⁹ Artículo 173 del código de comercio: “Las juntas de socios o las asambleas aprobarán, con el quórum previsto en sus estatutos para la fusión o, en su defecto, para la disolución anticipada, el compromiso respectivo (...)”.

desprotegidos a los accionistas minoritarios que no tendrían cómo expresar sus opiniones ni tendrían el derecho de retiro, a pesar de que la ley lo dice⁸⁰.

4.1.25 Liquidación de la Sociedad por acciones simplificada:

El artículo 36⁸¹ hace una remisión a las normas de sociedades de responsabilidad limitada para efectos de la liquidación del patrimonio de la S.A.S. estas son las generales que se consagran en el artículo 218 del Código de Comercio.

Al delegar la norma la liquidación en el representante legal o la persona que designe la asamblea de accionistas, está claro que los mismos accionistas podrán asumir de manera colectiva cuando la sociedad tenga pluralidad o el único accionista cuando sea unipersonal, las funciones y responsabilidades del liquidador, de conformidad con lo establecido en el artículo 229⁸² del código de comercio.⁸³

Es de anotar que la nueva ley en su artículo 36 hace más expedito el trámite de liquidación ya que al remitir a las normas de liquidación para las sociedades de responsabilidad limitada está eliminando la necesidad del trámite de aprobación de inventario consagrado en el artículo 233 del Código de Comercio, que es lo que dificulta la liquidación de la sociedad anónima.

⁸⁰ “Si bien el artículo 33 concede el derecho de retiro a los socios ausentes o disidentes, éste, en la práctica no se puede ejercer pues él opera dentro de la asamblea general o junta de socios. Como se trata de una decisión administrativa y no de la asamblea, en esa decisión no puede haber socios ausente o disidentes.” Rengifo, Ramiro. Los derechos de los accionistas en la ley 1258 de 2008. Seminario de Derecho Empresarial. La sociedad por Acciones Simplificada. Universidad Eafit 2009. P. 15

⁸¹ Artículo 36 de la ley 1258 de 2008: “La liquidación del patrimonio se realizará conforme al procedimiento señalado para la liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada. Actuara como liquidador, el representante legal o la persona que designe la asamblea de accionistas.”

⁸² Artículo 229 del código de comercio: “(...) en las sociedades por cuotas o partes de interés podrá hacerse la liquidación directamente por los asociados mismos, si estos así lo aprueban unánimemente. En este caso todos tendrán las facultades y las obligaciones de los liquidadores para todos los efectos legales”.

⁸³ MAYA MAYA, Gabriel Ricardo. Razones y Beneficios para Constituirse o Transformarse en SAS, Primera Ed., Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 182.

Lo anterior se presta para que se transformen las otras sociedades del Código de Comercio en sociedades por acciones simplificadas, cuando la sociedad busca liquidarse, con la finalidad de adelantar una liquidación de forma más ágil.

4.1.26 Supresión de prohibiciones

El artículo 38 establece que las prohibiciones contenidas en los artículos 155 (Mayoría para la distribución de utilidades)⁸⁴, 185 (Incompatibilidades de administradores y empleados)⁸⁵, 202 (Prohibición de ejercer más de cinco cargos directivos)⁸⁶, 404 (Prohibición a los administradores)⁸⁷, 435 (Prohibición de formar mayorías con personas ligadas por parentesco)⁸⁸ y 454 (Reparto del 70% de las utilidades)⁸⁹ del Código de Comercio no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas a menos que en los estatutos se disponga lo contrario.

⁸⁴ Artículo 155 del código de comercio: “Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión (...).”

⁸⁵ Artículo 185 del código de comercio: “Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en la reuniones de las asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieras. Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación.”

⁸⁶ Artículo 202 del código de comercio: “En la sociedades por acciones, ninguna persona podrá ser designada ni ejercer, en forma simultánea, un cargo directivo en más de cinco juntas, siempre que las hubiere aceptado(...).”

⁸⁷ Artículo 404 del código de comercio: “Los administradores de la sociedad no podrán ni por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejerció de sus cargos, si no cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva (...).”

⁸⁸ Artículo 434 del código de comercio: “No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades conocidas como de familia”.

⁸⁹ Artículo 454 del código de comercio: “Si la suma de la reserva legal, estatutaria u ocasionales excediere del 100% del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades liquidas que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155, se elevará al 70%”.

Aunque con esta supresión de prohibiciones se pretende facilitar la labor de los administradores, la verdad es que se estimula la existencia de conflictos de intereses y se facilita la perpetuación de los administradores de la sociedad y el abuso de los accionistas minoritarios, lo cual trataba de evitar el Código de Comercio.

Adicionalmente, la libertad que se da para repartir o no utilidades y en los porcentajes que se quiera puede frustrar uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad, como lo es el lucro que buscan los asociados.

4.1.27 Exclusión de accionistas

El artículo 39 establece que en los estatutos se podrán prever causales de exclusión de accionistas, en cuyo caso deberá cumplirse el procedimiento de reembolso previsto en los artículos 14⁹⁰, 15⁹¹ y 16⁹² de la ley 222 de 1995. Si el

⁹⁰ Artículo 14 de la ley 222 de 1995: “Los socios ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la respectiva decisión. La manifestación de retiro del socio se comunicará por escrito al representante legal. El retiro produce efectos frente a la sociedad desde el momento en que se reciba la comunicación escrita del socio y frente a terceros desde su inscripción en el Registro Mercantil o en el libro de registro de accionistas. Para que proceda el registro bastará la comunicación del representante legal o del socio que ejerce el derecho de retiro. Salvo pacto arbitral, en caso de discrepancia sobre la existencia de la causal de retiro, el trámite correspondiente se adelantará ante la entidad estatal encargada de ejercer la inspección, vigilancia o control. Si la asamblea de accionistas o junta de socios, dentro de los sesenta días siguientes a la adopción de la decisión, la revoca, caduca el derecho de receso a los socios que lo ejercieron, readquieren sus derechos, retro trayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que se notificó el retiro al representante legal”.

⁹¹ Artículo 15 de la ley 222 de 1995: “*Dentro de los cinco días siguientes a la notificación del retiro, la sociedad, ofrecerá las acciones, cuotas o partes de interés a los demás socios para que éstos las adquieran dentro de los quince días siguientes, a prorrata de su participación en el capital social. Cuando los socios no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, la sociedad, dentro de los cinco días siguientes, las readquirirá siempre que existan utilidades líquidas o reservas constituidas para el efecto. El precio de compra se fijará en la forma prevista en el artículo siguiente*”.

⁹² Artículo 16 de la ley 222 de 1995: “En los casos en que los socios o la sociedad no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés, el retiro dará derecho a quien lo ejerza a exigir el reembolso de las cuotas, acciones o partes de interés restantes. El valor correspondiente se calculará de común acuerdo entre las partes. A falta de acuerdo, el avalúo se hará por peritos designados por la Cámara de Comercio del domicilio social. Dicho avalúo será obligatorio. En los estatutos podrán fijarse métodos diferentes para establecer el valor del reembolso. Salvo pacto en

reembolso implicare una reducción de capital deberá dársele cumplimiento, además, a lo previsto en el artículo 145⁹³ del Código de Comercio.

Este artículo confirma el fuerte elemento *intuitu personae* que tienen las sociedades por acciones simplificadas porque la ley permite que los accionistas tengan plena libertad al momento de decidir con quién quieren asociarse y la perdurabilidad de esta asociación en el tiempo.

Según la ley 1258 la decisión de la exclusión debe tomarse con el voto de uno o varios accionistas que representen por lo menos la mitad más una de las acciones presentes y excluyendo el voto del socio que se pretende sancionar. Esta mayoría es simple si se contrapone con la importancia de la decisión que se va a tomar, pero teniendo en cuenta que la cláusula de la exclusión consagrada en los estatutos sociales fue pactada con el voto unánime de los accionistas.

4.1.28 Resolución de conflictos societarios

Esta norma permite que todas las diferencias que ocurran entre los accionistas, o frente a la sociedad y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral puedan someterse a decisión arbitral o de amigables componedores siempre que ello se pacte en los estatutos. Dentro de las demandas que pueden someterse al mecanismo de arbitraje se

contrario, el reembolso deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes al acuerdo o al dictamen pericial. Sin embargo, si la sociedad demuestra que el reembolso dentro de dicho término afectará su estabilidad económica, podrá solicitar a la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control, que establezca plazos adicionales no superiores a un año. Durante el plazo adicional se causarán intereses a la tasa corriente bancaria. Dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la decisión respectiva, la entidad que ejerza la inspección, vigilancia o control, podrá, de oficio o a petición de interesado, determinar la improcedencia del derecho de retiro, cuando establezca que el reembolso afecte sustancialmente la prenda común de los acreedores.”

⁹³ Artículo 145 del código de comercio: *“La Superintendencia de Sociedades autorizará la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se pruebe que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o los activos sociales (...).”*

encuentran, por primera vez en la legislación interna, la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales. Esta innovación es muy significativa, puesto que la jurisprudencia se había negado a aceptar el arbitraje en estos asuntos con fundamento en una interpretación restrictiva de lo previsto en los artículos 233⁹⁴ de la ley 222 de 1995 y 194⁹⁵ del código de comercio (...).⁹⁶

El artículo 40⁹⁷ fue demandando por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional y esta Corporación se pronunció sobre la constitucionalidad del mencionado artículo en la Sentencia C-014 del 2010 donde concluyó que era exequible porque:

La disposición acusada no vulnera el debido proceso constitucional, toda vez que el legislador no ha desconocido los límites competenciales consagrados en la Carta respecto de la justicia arbitral.

La disposición acusada tampoco vulnera el derecho de acceso a la justicia toda vez que el proceso arbitral está reconocido constitucionalmente como un mecanismo válido para ejercer jurisdicción, siempre y cuando a él se acuda, no por obligación legal, sino por habilitación voluntaria de las partes. El fragmento atacado autoriza el acceso a la justicia arbitral siempre y cuando así se haya pactado en los estatutos sociales de la respectiva SAS, y dado que se exige unanimidad para que la cláusula arbitral quede incorporada en ellos, todos los accionistas, minoritarios o mayoritarios, originarios o nuevos, habrán expresado, en ese consentimiento estatutario, la voluntad habilitante que exige la Carta.

⁹⁴ Artículo 233 de la ley 222 de 1995: “Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o a amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario”.

⁹⁵ Artículo 194 del código de comercio: “Las acciones de impugnación previstas en este capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo código y, en su defecto, en la forma prevista en el código de procedimiento civil para los procesos abreviados”.

⁹⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada. Editorial Legis. Primera edición. 2009. P. 82.

⁹⁷ Artículo 40 de la ley 1258 de 2008: “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 causales 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.”

La disposición contenida en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 que permite que la impugnación de determinaciones de asamblea de la sociedad por acciones simplificada (SAS) se someta a decisión arbitral no vulnera el principio de igualdad, en la medida en que las SAS tiene propósitos, estructura, finalidades, regulación y forma de constitución sustancialmente distinta a las de las sociedades reguladas por el código de comercio y por lo tanto es válido que, dentro del amplio margen de configuración que la Constitución le otorga en materia de procedimientos judiciales, el legislador haya dispuesto un procedimiento diferente entre aquellas y éstas. Esa diferencia es particularmente evidente en el régimen de funcionamiento de las respectivas asambleas de accionistas, lo que permite que para dirimir las diferencias respecto de ese punto específico, pueda el legislador consagrar procedimientos distintos. Más aun si se tiene en cuenta que en el caso de la SAS, la decisión de incluir la cláusula compromisoria en los estatutos exige unanimidad en los accionistas, requisito que no se exige en el caso de las sociedades reguladas en el Código de Comercio.⁹⁸

Como lo estableció la Corte Constitucional en la citada Sentencia 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, son transigibles ya que pueden someterse al conocimiento de árbitros o amigables componedores, porque según ésta Corporación estos asuntos son de contenido económico y se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, lo que permite que se dé su transacción, si así lo ha determinado el legislador de acuerdo con su libertad de configuración.

Hay quienes se apartan de la jurisprudencia de la Corte como el Ex Procurador General de la Nación Doctor Alejandro Ordoñez Maldonado quien dio su concepto en la Sentencia C-014 de 2010 en los siguientes términos:

“Las determinaciones de las juntas y asambleas de una sociedad por acciones simplificada no tienen el carácter de transigibilidad que permitiría controvertirlas en la justicia arbitral. He allí un límite material a la libertad de configuración normativa del legislador en el diseño de procedimientos judiciales arbitrales”.

⁹⁸ Sentencia C-014 de 2010. Corte Constitucional. Mp: González Cuervo, Mauricio.

En cuanto a la protección del derecho al debido proceso consideramos en primer lugar que no se está violando este derecho porque el arbitramento y la amigable composición son mecanismos de resolución de conflictos constitucionales como lo establece el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia. Así como lo dijo lo Corte Constitucional en la ya mencionada Sentencia de la siguiente manera:

“En consecuencia, si la vía arbitral es una forma constitucionalmente válida de ejercer jurisdicción, siempre y cuando se haga según lo determine la ley, en principio una disposición que permita acudir a ella para dirimir un conflicto entre particulares no puede ser objeto de reproche por restringir el acceso a la administración de justicia. El arbitramento es administración de justicia y una norma que disponga la posibilidad de acudir a él, más que restringir el derecho de acceso a la administración de justicia, lo realiza.”

“Lo mismo ocurre con la amigable composición. Como el arbitramento, sustrae el conflicto legalmente puesto a su conocimiento, de la jurisdicción estatal; y su decisión, al igual que el laudo arbitral, produce “los efectos legales relativos a la transacción” (L 446/98, art. 131), esto es, “el efecto de cosa juzgada” (CC, art. 2483) que le brinda a la amigable composición fuerza definitiva. Por eso, la misma, en las condiciones establecidas en el artículo demandado, tampoco puede entenderse como una limitación del derecho de acceso a la justicia.”

En segundo lugar a pesar de que los mecanismos alternativos de solución de conflictos son onerosos no se está violando el debido proceso como bien lo explicó la Corte Constitucional en la misma Sentencia:

“(…) La Corte encuentra que el fragmento demandado en el presente caso satisface las exigencias constitucionales plenamente, por cuanto contempla la posibilidad de acudir al arbitramento para dirimir eventos que, como se examinó anteriormente, no están excluidos del ámbito constitucional o legal de competencia de esta justicia excepcional; y lo hace de tal manera que el acceso a la decisión arbitral viene mediado por una manifestación expresa de voluntad de las partes.”

En tercer lugar no se viola el debido proceso en razón del derecho a la igualdad porque como lo dijo la Corte en la misma Sentencia:

“Existe una diferencia marcada entre el régimen de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio y las SAS. Puede afirmarse que éstas últimas responden a un paradigma conceptual totalmente distinto inspirado en la flexibilidad, el énfasis en la voluntad de los accionistas para darse sus reglas de funcionamiento, la agilidad en los procedimientos, y la deferencia a las decisiones estatutarias en preferencia a las previsiones legales. Esta notoria

diferencia conceptual, que en lugar de minar, enriquece el menú de opciones societarias posibles para los comerciantes colombianos, justifica un trato diferenciado en materia de régimen de solución de conflictos societarios. El arbitramento, en caso de que estatutariamente se pacte, luce como una alternativa lógica y natural para la solución de los conflictos societarios, incluyendo el que tiene que ver con la impugnación de las determinaciones de la asamblea.”

Por último se debe resaltar que la cláusula compromisoria para los administradores y el revisor fiscal de la sociedad por acciones simplificada que la suscriba, restringe la posibilidad de los mismos para acudir a la justicia ordinaria ya que éstos no hacen parte del contrato social.⁹⁹

4.1.29 Unanimidad para la modificación de disposiciones estatutarias:

El artículo 41¹⁰⁰ establece que cuando se trate de modificar disposiciones estatutarias que regulan asuntos como: La restricción a la negociación de acciones (artículo 13), la autorización para la transferencia de acciones (artículo 14), la exclusión de accionistas (artículo 39) y la resolución de los conflictos societarios (artículo 40), se requiere que las decisiones modificatorias sean aprobadas por unanimidad.

La importación de la mencionada consagración se traduce en un derecho de veto que tienen los accionistas de la compañía cuando consideren que se les está vulnerando el interés que los llevó a participar en la sociedad por acciones simplificada.

4.1.30 Desestimación de la personalidad jurídica:

⁹⁹ Concepto de la Universidad Externado de Colombia en la Sentencia C-014 de 2010.

¹⁰⁰ Artículo 41 de la ley 1258 de 2008: “Las cláusulas consagradas en los estatutos conforme a lo previsto en los artículos 13, 14, 39 y 40 de esta ley sólo podrán ser incluidas o modificadas mediante la determinación de los titulares del 100% de las acciones suscritas”.

El artículo 42¹⁰¹ de la ley consagra la desestimación de la personalidad jurídica cuando los accionistas o los administradores sociales utilicen la sociedad por acciones simplificada para realizar actos en fraude de la ley o de terceros. La llamada desestimación de la personalidad jurídica en Colombia, a diferencia de lo que ocurre en el derecho angloamericano trae como consecuencia la responsabilidad solidaria de los administradores por los actos celebrados por éstos en su propio beneficio. En el derecho angloamericano el acto se le imputa exclusivamente al socio.

En síntesis para que se presente la verdadera desestimación de la personalidad jurídica de acuerdo con el derecho americano es necesario que se determine el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas para que éste responda por ellas.

4.1.31 Abuso del derecho:

El Código de Comercio en su artículo 830 ya había consagrado de manera muy general la definición del abuso del derecho al establecer que: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. Así entendido el abuso del derecho es utilizar la ley para una finalidad distinta de la que se había propuesto el legislador y la sanción de incurrir en este abuso es pecuniaria.

Ahora el artículo 43¹⁰² de la ley 1258 de 2008 define el concepto de abuso del derecho para luego señalar que las determinaciones abusivas pueden llegar a

¹⁰¹ Artículo 42 de la ley 1258 de 2008: “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(...)”

¹⁰² Artículo 43 de la ley 1258 de 2008: “Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así

declararse nulas¹⁰³, así mismo diferencia las clases de abuso como lo son: de minoría, de mayoría y de paridad.¹⁰⁴

4.1.31.1 Abuso de minoría:

Se presenta cuando los accionistas minoritarios se oponen sin razón a la aprobación de decisiones societarias de gran importancia para el funcionamiento de la compañía, sin justificar sus razones y únicamente pensando en favorecer sus intereses personales.

4.1.31.2 Abuso de mayorías:

Se presenta cuando los accionistas mayoritarios buscan a través de la asamblea de accionistas tomar decisiones que no favorezcan los intereses de la compañía sino los suyos propios afectando de esta forma a los accionistas minoritarios.

4.1.31.3 Abuso de paridad:

como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto. La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.”

¹⁰³ La novedad que consagra la ley en relación con la figura del abuso de derecho está en que ya no sólo se podrá obtener la indemnización de perjuicios sino que ahora podrá declararse la nulidad del acto abusivo, lo cual no se encontraba consagrado en la legislación colombiana.

¹⁰⁴ “En especial, los desarrollos de la doctrina en cuestión se refieren a su aplicación en el contexto específico de abusos de mayoría, de minoría o de posición parietaria. En general, se trata del escrutinio de determinaciones que se adoptan en el seno del máximo órgano social, en las que, a pesar de observarse las normas sustanciales (sobre convocatoria, quórum, mayorías decisorias, etc.), se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación. REYES VILLAMIZAR, Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada. Editorial Legis. Primera edición. 2009. P 65.

Se presenta cuando el capital de la sociedad está dividido en partes iguales entre dos accionistas y falta la colaboración de uno de los mismos para la toma de decisiones. Ello lleva a que se bloquen decisiones que pueden ser necesarias para el desarrollo del objeto social de la entidad.

La sanción que impone el artículo 43 en relación al abuso del derecho es además de la responsabilidad por los perjuicios que se causen, la nulidad absoluta de la determinación adoptada. Esta sanción adicional crea un gran interrogante pues según el artículo 190 del código de comercio las decisiones serán absolutamente nulas cuando “se adopten sin el número de votos previsto en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social”. ¿Tendrá que ampliarse el contenido de este artículo o se considerará que la causal de nulidad del artículo 43 es sólo para la sociedad por acciones simplificada?¹⁰⁵

4.1.32 Atribución de facultades jurisdiccionales

El artículo 44 de la ley establece que la Superintendencia de Sociedades tendrá funciones jurisdiccionales para resolver los conflictos que se desaten en relación con 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) de la misma ley.

Aunque la asignación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades se establece con el fin de dar respuesta al inminente problema que se presenta en relación con la administración de justicia en el país, ya que el mismo se caracteriza por congestión de los despachos judiciales, el legislador debió considerar que la Superintendencia de Sociedades como entidad administrativa

¹⁰⁵ RENGIFO, Ramiro. Los derechos de los accionistas en la ley 1258 de 2008. Seminario de Derecho Empresarial. La sociedad por Acciones Simplificada. Universidad Eafit 2009. P. 21.

que es sólo puede administrar justicia de manera excepcional, como lo establece el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia. Por lo tanto, el legislador está convirtiendo la facultad excepcional que otorga la Constitución en un mecanismo general para la solución de diversos conflictos que deben resolverse a través de la justicia ordinaria.

4.1.33 Régimen General

El artículo 45 de la Ley prevé que la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio.

5. ¿CUÁL ES EL FUTURO DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES DEL CÓDIGO DE COMERCIO FRENTE A ESTA NUEVA LEY?

La creación de la sociedad por acciones simplificada es un mecanismo que permite preguntarse cuál será el futuro de las actuales sociedades comerciales contempladas por el Código de Comercio, en especial la sociedad colectiva, la de responsabilidad limitada y las sociedades en comandita.

La Ley 1258 de 2008 se ha convertido en una herramienta con mayores beneficios que los que proporcionaban las viejas figuras asociativas consagradas en Colombia. Por lo tanto, la sociedad por acciones simplificada es una figura asociativa que permite, a través de la amplia autonomía que consagra a largo de la ley, dejar atrás sociedades que hoy no suplen las necesidades de los empresarios.

Se van a explicar las principales características de la sociedad colectiva, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones, para luego confrontarlas con las características de la sociedad por acciones simplificada y concluir que esta última ofrece ventajas que podrían dejar en desuso las referidas sociedades. Adicionalmente se puede concluir que el derecho societario colombiano sólo ira a necesitar dos tipos sociales: la sociedad por acciones simplificada para proyectos económicos pequeños o con pocos accionistas y la sociedad anónima para proyectos de envergadura que exijan recursos económicos que sólo se logran a través de la colaboración de muchos accionistas o para proyectos que requieran inscribir sus valores en el mercado público.

5.1 SOCIEDAD COLECTIVA

La sociedad colectiva es la típica forma asociativa del régimen personalista; ella se utiliza en sociedades pequeñas, donde se le da prevalencia al carácter cerrado y en algunos casos familiar de la sociedad.

En la sociedad colectiva es de gran importancia que existan vínculos de confianza entre los asociados ya que la responsabilidad de los mismos es solidaria, aunque subsidiaria. Lo cual significa que los socios responden con sus propios patrimonios por las obligaciones sociales.

El artículo 310 del Código de Comercio permite que la representación y administración de la sociedad corresponda a todos y cada uno de los socios, de manera conjunta y directa, salvo que se delegue en uno de los consocios o en un extraño, caso en el cual los delegantes quedarán inhibidos para la gestión de los negocios sociales y los delegados tendrán las mismas facultadas conferidas a los socios administradores por la ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les impongan. Aunque los socios hayan delegado la administración en un tercero conservan la potestad de inspeccionar por si mismos o por medio de representantes los libros y papeles de la sociedad en cualquier tiempo, según lo establece el artículo 314 del Código de Comercio.

La amplia responsabilidad que asumen los asociados en la sociedad colectiva hace que éstos estén sujetos a un estricto régimen en relación con la administración de la sociedad como se puede visualizar en el artículo 296 del Código de Comercio, el cual estipula cuatro situaciones en las que debe contarse con la autorización de los consocios para la toma de éstas decisiones. Estas cuatro situaciones son las siguientes:

1. Ceder total o parcialmente su interés en la sociedad.
2. Delegar en un extraño las funciones de administración o de vigilancia de la sociedad.
3. Explotar por cuenta propia o ajena, directamente o por interpuesta apersona, la misma clase de negocios en que se ocupe la compañía.
4. Formar parte de sociedades o partes de interés, intervenir en su administración o en las compañías por acciones que exploten el mismo objeto social.

La violación de los numerales 3 y 4 dará derecho a la exclusión del consocio responsable, a la incorporación al patrimonio social de los beneficios que le correspondieren¹⁰⁶ y al resarcimiento de los daños que ocasionare a la sociedad. Aprobada la exclusión el representante legal de la compañía solemnizará la correspondiente reforma estatutaria, según lo establece el artículo 297 del código de comercio. La exclusión de los socios también podrá presentarse cuando se retiren bienes de la sociedad o se utilice la firma social en negocios ajenos a ella, situaciones que consagra el artículo 298 del mismo código, en estos casos de exclusión no se dará la disminución del capital como si sucede en las exclusiones del artículo 297. Las diferentes causales de exclusión de socios reflejan pues ese estricto carácter personalista que se presenta en la sociedad colectiva¹⁰⁷.

Otro elemento de ese carácter personalista es el derecho de veto que opera en las sociedades colectivas según lo prescrito por el artículo 317 del código del comercio el cual establece que: “Los socios podrán oponerse a cualquier

¹⁰⁶ El sancionado es excluido, pero conserva el derecho a la devolución de su aporte. Este se descuenta del monto total del capital social, de manera que se origina como resultado una disminución en ese rubro. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario, Segunda Ed., Editorial TEMIS, Bogotá, 2006, p. 62. Pie de página 146.

¹⁰⁷ Véase también el oficio 220-21097 del 16 de marzo del 2000 de la Superintendencia de Sociedades según el cual en las sociedades colectivas puede pactarse en los estatutos sociales la exclusión de uno de los socios en razón del carácter personalista de este tipo social.

operación propuesta, salvo que se refiera a la mera conservación de los bienes sociales. La oposición suspenderá el negocio mientras se decide por mayoría de votos. Si ésta no se obtiene se desistirá del acto proyectado (...). La realización del negocio en contraposición al veto del asociado, libera al socio que hizo uso de su derecho al veto de la responsabilidad que se origine en relación al negocio al que se opuso.

Estas características de la sociedad colectiva se pueden conservar en la sociedad por acciones simplificada, y al mismo tiempo se puede eliminar la responsabilidad solidaria aunque subsidiaria de los socios colectivos, lo cual constituye una gran ventaja para ellos. Con respecto a la responsabilidad limitada se recuerda que el artículo primero consagra que los socios no responden por ningún tipo de obligación. En lo que tiene que ver con el carácter personalista también se recuerda que en las sociedades por acciones simplificadas se puede restringir la negociación de las acciones (artículo 13), se conserva el derecho de preferencia (artículo 14) y la posibilidad de excluir socios (artículo 39). Finalmente si los accionistas quieren ellos mismos administrar la sociedad lo pueden hacer debido a la flexibilidad que la ley 1258 les permite.

Sociedad de Responsabilidad Limitada.

5.2 LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Se consagra en el artículo 353 del código de comercio¹⁰⁸. Este tipo social es una forma asociativa híbrida que tiene elementos tanto de las sociedades de personas como de las sociedades de capital.

¹⁰⁸Artículo 353: “En las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes. En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias, expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades”.

Con las sociedades de personas tienen en común su sistema administrativo y de representación legal, porque en la sociedad limitada ésta le corresponde a todos los socios, pero esta función puede delegarse en funcionarios que estarán llamados a cumplir con dicho cargo. Los socios tienen todo el tiempo la posibilidad de ejercer el derecho de inspección¹⁰⁹ sobre los libros de contabilidad, libros de registro de socios, actas y en general sobre la totalidad de los documentos de la compañía.¹¹⁰

La sociedad de responsabilidad limitada también tiene en común con las sociedades personalistas la estructura de su capital, porque a diferencia de lo que ocurre en las sociedades anónimas donde éste está dividido en acciones, en las sociedades de responsabilidad limitada existe un único rubro de capital llamado capital social, el cual se divide en cuotas sociales que no son negociables pues no se han objetivado como ocurre con las acciones. En su lugar, se ceden, lo cual significa que se transfiere la relación personal. Por ello, toda cesión requiere reforma estatutaria.

El capital social debe ser pagado de contado al momento de constituirse la sociedad. En caso de que no se cancele la totalidad del valor prometido la consecuencia será la responsabilidad solidaria ante terceros como lo establece el artículo 355 del código de comercio. Así mismo, cuando los socios de una sociedad de responsabilidad limitada quieran aumentar el capital social deben hacerlo mediante decisión adoptada por el máximo órgano social cumpliendo con las mayorías previstas en la ley y en los estatutos para la modificación del contrato social. Adicionalmente tal modificación tendrá que constar en escritura pública e

¹⁰⁹ Artículo 48 de la Ley 222 de 1995: "... en ningún caso este derecho se extenderá a los documentos que versen sobre derechos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad..."

¹¹⁰ Artículo 369 del Código de Comercio: "*Los socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo, por sí 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.*"

inscribirse en el registro mercantil, para que la reforma estatutaria sea oponible a terceros.

Su elemento similar a las sociedades de capital era que los socios respondían hasta el monto de sus respectivos aportes, aunque por razones ajenas a la filosofía de dicha sociedad, los socios terminaron respondiendo por obligaciones laborales y fiscales de la sociedad, hasta el monto de sus respectivos aportes. Esto desfiguró esa parte capitalista de la sociedad de responsabilidad limitada.¹¹¹

En relación con las obligaciones laborales la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de noviembre de 1992¹¹², expresó que para efectos laborales la sociedad de responsabilidad limitada debe ser tratada como una sociedad de personas, lo cual es una excepción a la regla que establece que las normas supletivas que deben aplicársele a las sociedades de responsabilidad limitada sean las de la sociedad anónima.

Esta desventaja de la sociedad limitada es superada en la ley 1258 pues allí se dice que las personas naturales o jurídicas que constituyan una sociedad por acciones simplificada sólo responderán hasta el monto de sus respectivos aportes. Los accionistas no responderán por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.

Es esta la razón por la cual tiene un mayor beneficio constituir una sociedad por acciones simplificada que una sociedad de responsabilidad limitada ya que la

¹¹¹ “...la regla general expresada puede tener su excepción en las sociedades de responsabilidad limitada, cuando en los estatutos se hubiere acordado para alguno, varios o para todos, prestaciones accesorias o garantías suplementarias, pero en este caso, en los estatutos debe expresarse claramente la naturaleza, cuantía, duración y modalidades en que se haga consistir la responsabilidad adicional, por lo que en ningún caso los socios comprometen una responsabilidad indefinida o ilimitada”. Oficio 220-021165 del 14 de febrero de 2008. Superintendencia de Sociedades.

¹¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sent. De 26 de noviembre de 1992.

limitación de la responsabilidad en la sociedad por acciones simplificada es total. Con este nuevo tipo societario se logra una separación total del patrimonio de los socios y de la sociedad que con la sociedad de responsabilidad limitada no se obtenía¹¹³.

De otro lado, en la sociedad por acciones simplificada el pago de capital tendrá que cancelarse dentro de los dos años siguientes a la constitución de la sociedad, según lo establece el artículo 9 de la ley 1258. La presente norma imprime flexibilidad a la forma en que debe cancelarse el capital social lo que puede considerarse como un atractivo adicional para empresarios que busquen constituir una compañía con carácter personalista pero que no tengan la totalidad de los recursos al momento de constituirse la sociedad.

La sociedad por acciones simplificada adicionalmente permite que se conserve el carácter personalista que está presente en la sociedad de responsabilidad limitada, tal como se explicó a propósito de la sociedad colectiva hace poco.

5.3 SOCIEDADES EN COMANDITA

De acuerdo a lo dispuesto en el Código de Comercio, la sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominan socios gestores y los segundos socios comanditarios.¹¹⁴

¹¹³ MAYA MAYA, Gabriel Ricardo. Razones y Beneficios para Constituirse o Transformarse en SAS, Primera Ed., Editorial Biblioteca Jurídica Diké, 2009, p. 200.

¹¹⁴ Artículo 323 Código de Comercio.

Existen dos tipos de sociedades comanditarias. La sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones, las cuales se integran por dos tipos de socios, sujetos a regímenes diferentes.

La principal diferencia entre la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones es que la primera tiene sus aportes divididos en cuotas sociales y la segunda los tiene divididos en acciones. Esto se constituye en el motivo para que, en lo que no esté previsto de manera expresa para las sociedades en comandita simple y por acciones en el Código de comercio se apliquen las normas que regulan a la sociedad limitada y anónima respectivamente¹¹⁵.

Las sociedades en comandita deben constituirse por escritura pública otorgada por todos los socios colectivos con o sin intervención de los comanditarios. La sociedad en comandita por acciones no puede constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas¹¹⁶.

Según el artículo 326 del código de comercio los socios gestores detentan de manera exclusiva la facultad de administración y por el contrario los socios comanditarios están excluidos de ésta¹¹⁷. Es por este privilegio que detentan los socios gestores que su responsabilidad es solidaria e ilimitada, mientras que la responsabilidad de los socios comanditarios es por el monto de sus respectivos

¹¹⁵ Reyes Villamizar Francisco, Derecho Societario, Segunda Ed., Editorial TEMIS, Bogotá, 2006, p. 65.

¹¹⁶ La sociedad en comandita simple puede conformarse con un mínimo de un socio gestor y un socio capitalista, no hay un límite máximo de socios gestores y el límite máximo de socios capitalistas es de 25. Para la sociedad en comandita por acciones es necesario un socio gestor y mínimo 5 comanditarios; en esta última no existe un límite máximo para ninguna de las dos clases de socios.

¹¹⁷ Artículo 327 del código de comercio: *“Los comanditarios no podrán ejercer funciones de representación de la sociedad sino como delegados de los socios colectivos y para negocios determinados. En estos casos deberán indicar, al hacer uso de la función social que obran por poder, so pena de responder solidariamente con los gestores por las operaciones sociales que celebren o ejecuten”*.

aportes. Se debe señalar que los socios comanditarios no son únicamente suministradores de capital ya que poseen todos los derechos propios de cualquier socio como lo son:

1. El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella.
2. El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por 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 el derecho de preferencia en 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.
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.¹¹⁸

Las sociedades en comandita son frecuentemente usadas por grupos familiares en donde los padres aportan sus bienes, reservándose la libre administración de los mismos haciéndose nombrar gestores únicos. Como la sociedad tiene que tener siempre socio gestor éste no podrá ser removido. Así mismo, los padres con esta figura societaria pueden evitar que a su fallecimiento deba tramitarse un proceso de sucesión, ya que los bienes pasarían a los demás socios, que para el caso serían sus hijos¹¹⁹.

A estas dos sociedades se les aplica respecto del socio gestor, las normas de la sociedad colectiva y respecto de los comanditarios las normas de la sociedad limitada y de la anónima para los comanditarios en la en comandita simple y en la en comandita por acciones respectivamente. Quiere ello decir que ellas combinan elementos personalistas y capitalistas.

La sociedad por acciones simplificada se convierte en un mejor mecanismo que la sociedad en comandita para la protección de la transmisión del patrimonio del padre de familia a sus hijos porque la nueva ley trae figuras jurídicas que permiten que el padre conserve la administración y el control de la sociedad aunque los

¹¹⁸ Artículo 379 del Código de Comercio.

¹¹⁹ NAVAS TALERO, Germán y AFANADOR SÁNCHEZ, Jorge. El Abogado del Comerciante, Editorial Intermedio, Bogotá, 2001, p. 96.

hijos sean los accionistas de la compañía y por ende los dueños de ese patrimonio.¹²⁰

La administración de los padres de familia se puede proteger con la creación de acciones con voto múltiple¹²¹, creando por ejemplo acciones que podrían denominarse acciones tipo A las cuales tendrían voto múltiple y deberían crearse otras acciones que podrán denominarse tipo B las cuales sólo tendrían derecho a un voto; las acciones tipo A pertenecerían a los padres de familia y las acciones tipo B pertenecerían a los hijos. De esta forma los hijos nunca obtendrían la mayoría necesaria para la toma de decisiones colectivas y por lo tanto para la exclusión del socio que ostenta las acciones tipo A que para el caso narrado serían los padres de familia.

Adicionalmente para proteger el carácter personalista la ley 1258 trae mecanismos que logran ese cometido como son: clasificar las acciones en ordinarias y privilegiadas¹²², establecer el derecho de preferencia en la negociación de acciones¹²³, restringir la negociación de las mismas durante 10 años¹²⁴, establecer

¹²⁰ Para las empresas familiares de cualquier dimensión la clasificación de acciones con derecho de votación heterogéneo facilitará estructurar ex ante las relaciones de poder entre accionistas fundadores y miembros de familia que ingresen posteriormente a la sociedad. Se espera que este valioso instrumento evite conflictos intrasocietarios, debido a que permite definir a priori las reglas de juego entre los participantes, de modo que nadie se llama engaño sobre sus verdaderas expectativas de poder dentro de la sociedad. A esta regla se suma la importantísima previsión que consiente en la determinación de porcentajes máximos y mínimos de capital, que los diferentes grupos de accionistas pueden tener. Se trata de definir de modo anticipado y con carácter obligatorio, el grado de poder decisorio, que cada persona o grupo ha de tener durante la vida de la sociedad (...)"Reyes Villamizar Francisco. La Sociedad por Acciones Simplificada. Editorial Legis. Primera edición. 2009. P 95.

¹²¹ Ley 1258 de 2008. "Artículo 11. Voto singular o múltiple. En los estatutos se expresarán los derechos de votación que le correspondan a cada clase de acciones, con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o múltiple, si a ello hubiere lugar."

¹²² "Artículo 10: Clases de acciones. 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. (...)."

¹²³ "Artículo 14: Autorización para la transferencia de acciones. Los estatutos podrán someter toda negociación de acciones o de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea."

acuerdos de accionistas que han de ser respetados si son previamente depositados en la administración de la sociedad¹²⁵, aprovechar las posibilidades que brinda la estructura de capital, autorizado, suscrito y pagado, para realizar emisión de acciones con prima en colocación de acciones¹²⁶ y aprovechar que no se requiere de la pluralidad para la toma de decisiones¹²⁷.

¹²⁴ “Artículo 13: Restricción a la negociación de acciones. En los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años, contados a partir de la emisión. (...)”

¹²⁵ “Artículo 24: Acuerdos de accionistas: Los acuerdos de los accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por periodos que no superen los diez (10) años. (...)”

¹²⁶ “Artículo 9: Suscripción y pago del capital. La suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previsto en las normas contempladas en el Código de comercio para las sociedades anónimas. Sin embargo, en ningún caso, el plazo para el pago de las acciones excederá de dos (2) años. En los estatutos de las sociedades por acciones simplificadas podrán establecerse porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser controlados por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. En caso de establecerse estas reglas de capital variable, los estatutos podrán contener, disposiciones que regulen los efectos derivados del incumplimiento de dichos límites.”

¹²⁷ “Artículo 1: Constitución. La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas. (...)”

6. CONCLUSIONES

El que la sociedad por acciones simplificada haya tenido origen en la legislación francesa, país con tradición continental europea como la de Colombia, permitió que transplantar el modelo societario consagrado por la ley 1258 de 2008 fuera más fácil que si la figura hubiera tenido origen en un país de tradición jurídica anglosajona.

La ley 1258 de 2008 se asemeja en gran medida a la ley 3 de 1994 francesa, ley que consagra la sociedad por acciones simplificada en Francia ya que al estudiar la ley colombiana se observa que ésta se caracteriza por tener particularidades como la flexibilidad, informalidad y autonomía propias de la legislación francesa.

Los dos principales antecedentes de la sociedad por acciones simplificada que se encuentran en la legislación colombiana son la ley 222 de 1995, que consagra la empresa unipersonal y el decreto 4463 del 15 de diciembre de 2006, el cual creó la sociedad unipersonal.

La ley 1258 de 2008 prohibió en su artículo 46 la constitución de sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la ley 1014 de 2006; por lo tanto la sociedad por acciones simplificada es la única opción societaria con la que cuentan los empresarios para crear una sociedad de carácter unipersonal, como la dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-597 de 2010.¹²⁸

¹²⁸ Ver pie de página número 19.

Las figuras paralelas a la Sociedad por Acciones Simplificada que se consagran en la legislación estadounidense son la *Limited Liability Partnership* y la *Limited Liability Company*.

Las Limited Liability Partnership y las Limited Liability Companies consagradas en la legislación estadounidense aunque guardan grandes similitudes con la sociedad por acciones simplificada consagrada por la legislación colombiana no se constituyen en un antecedente de la misma.

La sociedad por acciones simplificada creada por la ley 1258 de 2008 es una figura societaria que flexibiliza, simplifica e informaliza el derecho societario colombiano.

Es una ley tan versátil que puede llegar a reemplazar a la sociedad colectiva, a la sociedad de responsabilidad limitada, a la sociedad en comandita por acciones y a la sociedad en comandita simple.

BIBLIOGRAFÍA

Diccionario Black's Law.

HAMILTON, Robert W. Law of Corporations, In a Nutshell.

MAYA MAYA, Gabriel Ricardo. Razones y Beneficios para Constituirse o Transformarse en SAS. Primera Edición. Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 2009.

MCCAHERY, Joseph. *The New Company Law. What Matters in an Innovative Economy?* Law Working Paper No 75/2006, European Corporate Governance Institute, September, 2006.

NAVAS TALERO, Germán y AFANADOR SÁNCHEZ, Jorge. El Abogado del Comerciante. Bogotá: Editorial Intermedio, 2001, p. 96.

RENGIFO, Ramiro. Los derechos de los accionistas en la ley 1258 de 2008. Seminario de Derecho Empresarial. La sociedad por Acciones Simplificada. Universidad Eafit, 2009.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos. Introducción Comparada. Tercera Edición. Bogotá, 2006.

_____. Derecho Societario. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

_____. La Sociedad por Acciones Simplificada. Primera Edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 2009.

_____. Sociedad por Acciones Simplificada. Una alternativa útil para los empresarios latinoamericanos. Foro del Jurista. Cámara de Comercio.

ROTMAN, Edgardo. The Inherent Problems of Legal Translation: Theoretical Aspects. En: *Indiana International & Comparative Law Review*, Indiana, Vol 6, No. 1, 1996.

RUTLEDGE, Thomas E. y G. HESTER, Elizabeth. Practical Guide to Limited Liability Partnerships, section 8, 5 State Limited Liability Company & Partnership Laws (Aspen 2008).

SAAB FORTNEY, Susan. Tales of Two Regimes for Regulating Limited Liability Law Firms in the U.S. and Australia: Client Protection and Risk Management Lessons. En: Social Science Research Network, 2009.

SANÍN BERNAL, Ignacio. Un nuevo derecho societario: el propuesto desde el estatuto tributario. Segunda Edición. Bogotá D.C.: Temis, 2001, p. 15.

Coordinador: REYES VILLAMIZAR, francisco. Estudio sobre la sociedad por acciones simplificada. Primera edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 372.

Cybergrafia:

Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=sociedad

Revista chilena de derecho. *Versión On-line* ISSN 0718-3437. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372007000200011&script=sci_arttext

VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. La Sociedad por Acciones Simplificada.

VELÁSQUEZ RESTREPO ABOGADOS. Derecho Económico. Disponible en:
<http://carlosvelasquezasociados.com/SAS.pdf>.

Revist@ e – Mercatoria, Volumen 8, Número 1 (2009).
<http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/emerca/article/viewFile/2034/1821>

Normatividad:

Código de Comercio Colombiano.

Decreto 2649 de 1993.

Decreto 4463 de 2006.

Ley 155 de 1959.

Ley 43 de 1990.

Ley 222 de 1995.

Ley 3 de 1994 de Francia. La cual introduce la Sociedad por Acciones Simplificada (société par actions simplifiée), en ese país.

Ley 1014 de 2006.

Ley 1258 de 2008.

Ley 20.190 de 2007 de Chile.

Uniform Limited Liability Companies (ULLCA). Sección 112

Decreto 4350 de 2006 expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Circular Externa 7 de 2005 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Oficio 220-21097 del 16 de marzo del 2000 de la Superintendencia de Sociedades.

Oficio 220-021165 del 14 de febrero de 2008. Superintendencia de Sociedades.

Oficio 220-044357 Febrero 27 de 2009 de la Superintendencia de Sociedades.

Oficio 220 068085 del 24 de abril de 2009 de la Superintendencia de Sociedades.

Oficio 220-073736 del 19 de mayo de 2009 de la Superintendencia de Sociedades.

El Oficio 220-036849 del 16 de Junio de 2010 de la Superintendencia de Sociedades.

Decreto 2020 de 2009.

Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 241 de 2008 Cámara, 039 de 2007 Senado, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

Jurisprudencia:

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Laboral. Sentencia de 26 de noviembre de 1992.

Sentencia C-624 de 1998. Corte Constitucional. Mp: Martínez Caballero, Alejandro

Sentencia C-392 de 2007. Corte Constitucional. MP: Sierra Porto, Humberto Antonio.

Sentencia C-014 de 2010. Corte Constitucional. Mp: González Cuervo, Mauricio.

Sentencia C-435 de 1996. Corte Constitucional. Mp: Hernández Galindo, José Gregorio y Cifuentes Muñoz, Eduardo.

Sentencia C-595 DE 2010. Corte Constitucional. Mp: López Martínez, Ciro Eduardo.