

## **La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano**

**Por Francisco Reyes Villamizar\***

La sociedad por acciones simplificada (SAS) es la innovación más importante del Derecho Societario colombiano en décadas. Su configuración típica, caracterizada por una regulación leve y de espectro generalmente dispositivo, la convierte en un instrumento utilísimo para la realización de negocios en todas las escalas. La figura es ventajosa tanto en el ámbito de las empresas familiares como en el de las que no lo son. Aunque la SAS no está autorizada para negociar sus valores en bolsa, es un instrumento especialmente idóneo para acometer empresas de gran dimensión. Bajo esta nueva normativa no solo es viable estructurar contratos de sociedad que incluyan complejos acuerdos de inversión, sino que, además se permite una gama amplísima de modalidades de capitalización, determinada por la admisión de múltiples clases de acciones. Por supuesto que su utilidad también es palpable en el contexto de negocios de dimensiones más modestas –medianas o pequeñas– en las que suelen prevalecer elementos de carácter personalista. Así mismo, las denominadas microempresas pueden encontrar en esta nueva forma asociativa un mecanismo expedito para la formalización de su actividad, por la reducción de costos derivada de la simplificación del proceso constitutivo, la levedad de la estructura orgánica y la posibilidad de pactar salvaguardias para los diferentes accionistas. En la actualidad más del 95% de las sociedades que se constituyen en Colombia son del tipo de la Sociedad por Acciones Simplificada.

### **1. Introducción**

Luego de un dilatado proceso legislativo, se expidió en Colombia la Ley 1258 de 2008 que introdujo en Colombia la Sociedades por Acciones Simplificadas. La ley representa la evolución más significativa del sistema societario colombiano en las últimas cuatro décadas. En él se incorporan no sólo los antecedentes normativos locales, sino también las principales vertientes del

---

\* Francisco Reyes Villamizar [es](#) Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y Superintendente de Sociedades de Colombia. Es miembro de la Academia Internacional de Derecho Comercial, de la Academia de Derecho Comparado y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. preparó el texto del proyecto que dio lugar a la ley colombiano sobre sociedades por acciones simplificadas. Ha sido profesor visitante en las universidades del Estado de Louisiana (Baton Rouge), Stetson College of Law (Gulfport), University of Arizona (Tucson), Jean Moulin (Lyon), Católica Argentina (Buenos Aires), Instituto Tecnológico Autónomo de México y Agostinho Neto (Luanda). Es autor de siete libros sobre Derecho Societario.

Derecho extranjero contemporáneo que tienen influencia global en los procesos de reforma legislativa. En virtud de las características muy flexibles del nuevo tipo societario es de esperarse que se produzca el tránsito paulatino hacia la SAS, por parte de los empresarios constituidos bajo las formas asociativas tradicionales.

Es esa misma flexibilidad la que permite regresar al concepto de *sociedad-contrato*, vale decir, al predominio de la autonomía de la voluntad sobre las reglas de orden imperativo que abundan en la regulación societaria que antecede a esta ley. La filosofía que subyace a la nueva norma consiste en facilitar la creación y el funcionamiento de las empresas, de modo de estimular la innovación y el desarrollo de nuevos bienes y servicios. Se supone también que una regulación laxa como la que se ha aprobado puede constituir un instrumento utilísimo para la prevención de conflictos *intrasocietarios*. Ciertamente, la posibilidad de estipular con toda libertad las condiciones bajo las cuales se regirán las relaciones de los asociados, facilita considerar *ex ante* las condiciones en que ciertas controversias habrán de regirse. Los particulares contratantes tendrán, por tanto, la responsabilidad de estipular cuidadosamente cláusulas que correspondan a las especificidades que demande la empresa que se proponen acometer. Deberán definir con precisión las reglas de organización societaria (*corporate governance*) que el emprendimiento concerniente requiera y los mecanismos de resolución de conflictos que resulten más adecuados en vista de las circunstancias específicas de los asociados.

Es obvio que una apertura liberalizante como la que se propone en la nueva ley no está exenta de retos que pueden surgir de la eventual propensión para el conflicto o incluso, el abuso, que podría ocurrir en el futuro. Es por ello por lo que una parte muy significativa de la ley se destina a abordar los aspectos de aplicación de la ley en hipótesis de violación normativa o conflicto. Normas sustantivas como las relacionadas con el abuso del derecho y reglas sustantivas como las relacionadas con la posibilidad de pactar arbitraje o la amplia competencia jurisdiccional a la Superintendencia de Sociedades, se orientan a facilitar la resolución expedita de tales disputas y a generar confianza respecto del nuevo tipo de sociedad.

Las raíces de la ley sobre las sociedades por acciones simplificadas se hunden en el derecho societario local. Su principal fuente de inspiración se encuentra en la regulación de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada prevista en la Ley 222 de 1995. A pesar de este tipo empresarial se construye un modelo societario en el que, además, se incorporan las más modernas corrientes del derecho extranjero de sociedades. Se trata, por tanto, de un significativo avance respecto de las reglas que le anteceden, no sólo por la inclusión de múltiples modalidades figuras que se imponen en el mundo actual, sino por la supresión de innumerables prohibiciones legales que han dificultado la inversión y desmotivado a los empresarios en las últimas décadas.

El conocido cliché de la *inestabilidad jurídica* había hecho carrera también en el ámbito del derecho societario. Estábamos, por lo tanto, condenados a defender el *status quo* y debíamos resignarnos a mantener un sistema jurídico virtuoso, pero diseñado para otras épocas. La SAS representa un cambio sustancial en el derecho societario colombiano. La explícita admisión dentro de la legislación colombiana de un tipo societario *híbrido* abrirá sin duda el abanico de opciones de que disponen los empresarios locales y extranjeros para estructurar sus negocios en Colombia. Si se aprueba el nuevo estatuto se dará un salto hacia la modernidad societaria e implica una ruptura con ciertas concepciones anacrónicas aún vigentes en la legislación comercial colombiana.

El importante trabajo preparado por los profesores Gabino Pinzón y Luis Carlos Neira Archila, que dio lugar al decreto 2521 de 1950, sobre sociedades anónimas, constituyó una primera aproximación hacia un régimen societario adaptado a las necesidades locales. Posteriormente –y con el propósito de incluirse dentro del Código de Comercio, el mismo profesor Pinzón preparó una iniciativa de legislación, que ha dado en llamarse como proyecto de 1958, cuyo articulado, en buena parte, se convirtió en el Libro Segundo del Código de Comercio de 1971. La expedición del Código determinó la configuración de un régimen jurídico propio, influenciado por corrientes extranjeras, pero con una fisonomía adecuada a los problemas societarios existentes en Colombia en la época en que los proyectos fueron diseñados.

La importancia de la ley colombiana sobre sociedades por acciones simplificadas se pone de presente no sólo en el carácter revolucionario de sus preceptos, sino en el hecho de que aún antes de expedirse el estatuto ya comenzaba a tener influencia en otros países como México, que ha utilizado algunos de sus preceptos para introducirlos en la reforma a la ley general de sociedades mercantiles de ese país. También es relevante la presentación de un nuevo proyecto de ley (No. 067-2008 Cámara) que incluye una regulación sobre sociedades por acciones simplificadas para el archipiélago de San Andrés y Providencia. En esta iniciativa se avanza aún más en el proceso de flexibilización y competencia entre las diferentes formas asociativas existentes en Colombia.

La simple lectura del articulado de la ley sobre la SAS, permite verificar que no se trata de un simple retoque cosmético de la legislación actual. La propuesta apunta a una transformación radical de muchas de las estructuras legales vigentes con el fin de ponerlas a tono con las concepciones contemporáneas y, sobre todo, con las necesidades de los empresarios. Se trata, en esencia, de facilitar la creación y el funcionamiento de nuevas sociedades, de favorecer la innovación empresarial y de mejorar la competitividad del sistema económico. En nuestros sistemas jurídicos es necesario avanzar con prontitud hacia nuevos horizontes normativos. En una era de comunicaciones inmediatas, donde la información y el conocimiento están al alcance de la mano, no es sensato esperar -como casi siempre ha ocurrido-, a

que transcurran décadas antes de introducir reformas indispensables, cuya eficacia se ha demostrado en varios países extranjeros. Por el prurito de defender concepciones dogmáticas y anacrónicas, podría retrasarse la puesta en práctica de un sistema societario que, de adoptarse con rapidez, promete resolver buena parte de las inquietudes y dificultades que deben enfrentar los empresarios de hoy.

En un sistema societario caracterizado por la reverencia apenas retórica al postulado de la autonomía de la voluntad privada, es afortunado que este tipo de sociedad se caracterice, en la realidad, por una amplísima libertad contractual. Es el talante dispositivo de la regulación lo que individualiza a la SAS. La mayoría de las normas legales que la rigen cumple un papel supletorio de la voluntad de las partes. Así, su aplicación sólo ocurre en aquellos casos en que los accionistas no hayan empleado recursos adicionales para la negociación detallada de las cláusulas estatutarias o de los acuerdos de sindicación de acciones. Se espera que esta flexibilidad de estipulación contractual sirva al propósito de facilitar la resolución de conflictos. Aún aceptando la teoría del “contrato societario incompleto”, resulta evidente que la libertad contractual permite determinar *ex ante* reglas de juego claras que contribuyan a armonizar, en la medida de lo posible, los intereses disímiles y hasta contradictorios de los accionistas.

La SAS constituye un paso adicional en el proceso de reformas del Derecho Societario colombiano iniciado con la Ley 222 de 1995. Este último estatuto puede considerarse como punto de partida en la modernización del régimen mercantil local, en especial, por la introducción de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada. También el controvertido artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, constituyó un importante avance que forma parte de esta evolución legislativa. Esa norma introdujo nada menos que el concepto de sociedad unipersonal en Colombia. La empresa unipersonal, por su parte, trajo al país los conceptos básicos sobre los cuales se construye el régimen de la SAS. Aquella modalidad empresarial es, sin embargo, mucho menos avanzada que el nuevo tipo de sociedad, cuyos rasgos se asemejan, en buena medida, a las denominadas formas híbridas de compañía. Estas últimas tienen una importancia creciente desde la aprobación de la ley sobre sociedades limitadas (LLC) de Wyoming en 1977. Desde entonces, la combinación entre los factores de libertad contractual, limitación de responsabilidad y simplificación del régimen tributario han dado lugar a la creación de nuevas formas asociativas en lugares pertenecientes a tradiciones jurídicas diversas como Japón, Inglaterra y Francia. La legislación de este último país en materia de sociedades por acciones simplificadas, expedida en 1994, completa ya más de una década de exitosa vigencia, medida empíricamente por el enorme número de sociedades de este tipo que han sido creadas desde la promulgación de la ley. La norma francesa ha sido flexibilizada mediante las reformas de 1999 y 2001 para acercarla aún más a los tipos anglosajones con los cuales, evidentemente, compite. Y es

precisamente esa regulación la que se ha utilizado como punto extranjero de referencia para la ley colombiana. Claro que en él también ha sido significativo el influjo del derecho anglosajón, cuyos enfoques son punto de referencia obligado en materia de sociedades.

## 2. Características generales de la SAS

Dentro de las más salientes innovaciones que se incluyen en la ley sobre sociedades por acciones simplificadas deben destacarse la posibilidad de creación por acto unipersonal, la constitución por documento privado, el carácter constitutivo de la inscripción en el registro mercantil, la limitación de responsabilidad por obligaciones sociales -incluidas las derivadas de impuestos y deudas laborales-, la posibilidad de desestimación de su personalidad jurídica en hipótesis de fraude o utilización abusiva, la posibilidad de objeto indeterminado, término de duración indefinido, clasificación de acciones, voto múltiple, abolición del requisito de pluralidad para quórum y mayorías decisorias, la posibilidad de renunciar al derecho a ser convocado a reuniones de la asamblea, la libertad de proporción entre capital autorizado y suscrito, el plazo amplio de dos años para el pago del capital sin sujeción a proporción definida de cuota inicial, la efectividad de acuerdos de accionistas -incluida la posibilidad de hacer valer la ejecución específica de las prestaciones pactadas-, la supresión de prohibiciones a los administradores sociales y de los límites para la distribución de utilidades, entre otras que serán explicadas a lo largo del texto.

El régimen propuesto para las sociedades por acciones simplificadas incluye también una reforma relevante en aspectos de índole procesal que, seguramente, tendrá implicaciones en la aplicación y efectividad de las normas sustantivas de la ley. En primer lugar, se prevé la posibilidad irrestricta de arbitraje para resolver todos los asuntos contenciosos, incluidas las acciones de impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva. En segundo término, se le confiere amplia competencia jurisdiccional a la Superintendencia de Sociedades para conocer de las demandas que tengan origen en la nueva regulación. Estas facultades son particularmente útiles en la aplicación de las normas sobre abuso del derecho en las determinaciones de la asamblea general de accionistas. La acción correspondiente puede iniciarse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en aquellos de abuso de minoría y de paridad.

El método legislativo empleado en la preparación de esta iniciativa puede también considerarse novedoso en Colombia. En lugar de efectuar una reforma integral de las normas contenidas en el Libro Segundo del Código de Comercio, se prefirió crear un sistema societario paralelo que pudiera competir con el régimen previsto en el Código. Así, se evitaron las prolongadas discusiones dogmáticas sobre la conveniencia de ciertas instituciones o preceptos, defendidos a ultranza por la doctrina local. Y a pesar de que se considera que la SAS es una forma asociativa más avanzada y propicia para los negocios que las formas tradicionales contenidas en el Código, no se desconoce la importancia

que éstas tienen en el desarrollo del comercio, en parte debido a la seguridad jurídica que se desprende de su decantación doctrinaria. Así, no hay problema en que coexistan simultáneamente dos regímenes jurídicos yuxtapuestos que, en parte se complementan y en parte compiten entre sí.

Sólo resta esperar que mediante esta revolución legislativa en ciernes se obtengan resultados favorables para el sistema societario colombiano. aguardamos con expectación la reacción que puedan asumir los empresarios y abogados practicantes respecto del texto legal sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas. Ojalá que se entienda la urgencia de sancionar este importante estatuto a la mayor brevedad. Y que una vez que la ley entre en vigencia, los usuarios de esta normativa fundamental puedan asimilar con rapidez los enormes beneficios que la sociedad por acciones simplificada representa para el sistema jurídico nacional.

Se ha afirmado insistentemente que la sociedad por acciones simplificadas tiene hondas raíces en el sistema societario colombiano. A ella la anteceden la empresa unipersonal de responsabilidad limitada introducida por la Ley 222 de 1995, así como la sociedad unipersonal microempresaria prevista en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. La influencia de varias legislaciones comparadas también ha sido notoria, en particular en la escogencia del nombre del tipo, de origen innegablemente francés. Las características básicas de la nueva forma asociativa se asemejan también a las de la ley francesa. La definición de Périn sobre esta especie asociativa es elocuente sobre la similitud de las regulaciones: “La sociedad por acciones simplificada (SAS) es una sociedad comercial por su forma que puede emitir acciones y otras modalidades de valores mobiliarios y donde la responsabilidad de los asociados es limitada al monto de sus aportes. A diferencia de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, la SAS no puede emitir valores en el mercado público. En todo caso, ella forma parte de la categoría de sociedades por acciones”<sup>1</sup>.

#### A. Redefinición de elementos esenciales de la sociedad

Una de las facetas más llamativas de la SAS está en la ruptura de ciertos conceptos generales de sociedades defendidos a ultranza por la doctrina más tradicional. En contra de lo que aquí se cree, el excesivo tradicionalismo de nuestra normativa comercial ha terminado por imponer un sistema legal anacrónico e inoperante, cuyas secuelas comienzan a ser notorias en el ámbito de la inversión. Estas vetustas concepciones, ya superadas en otros países, ahuyentan a los inversionistas y perjudican al sistema económico.

#### B. Respecto de la pluralidad

---

<sup>1</sup> Op. Cit, P. 3.

En particular, conviene insistir en la importancia de la superación del concepto de pluralidad a que alude el artículo 98 del Código de Comercio<sup>2</sup>. En el nuevo estatuto la sociedad por acciones simplificada puede surgir bien de un contrato o de un acto unilateral. En ambos casos el resultado es la creación de una persona jurídica con beneficios de separación patrimonial absoluta. Esta innovación representa la continuación del proceso de reformas iniciado con la ley 222 de 1995 (empresa unipersonal de responsabilidad limitada) y continuado con la creación de la sociedad para empresas de pequeñas dimensiones, introducido por el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. La discusión sobre la posibilidad de constituir sociedades con la presencia de un solo asociado ha dejado de ser relevante en el derecho societario contemporáneo. Ya hace 15 años el profesor portugués Engracia Antunes presentaba como reseña histórica la reticencia de la doctrina local en aceptar la constitución de sociedades unipersonales. “Durante mucho tiempo, constituyó dogma en el derecho portugués la admisibilidad de la llamada unipersonalidad societaria originaria o inicial, o sea la posibilidad de constitución ‘ex novo’ de sociedades con apenas un socio. Al tomar como punto de partida un modelo clásico de sociedad comercial construido sobre un fuerte paradigma contractualista, fue siempre pacífica e indiscutida entre nosotros la doctrina según la cual la creación de una sociedad exige el concurso mínimo de dos partes: No es posible, sin incurrir en contradicción de términos, calificar la constitución de la sociedad como un contrato y admitir, simultáneamente, que la misma se pueda constituir *ab initio* con apenas una persona. Para decirlo todo en una palabra, con Ferrer Correia, ‘la sociedad originariamente unipersonal es algo inconcebible’”<sup>3</sup>. Por supuesto, este anacrónico estado de cosas no pudo resistir frente a las realidades empresariales en constante evolución. Al permitirse expresamente en los sistemas societarios europeos el fenómeno de la unipersonalidad originaria y al consagrar inequívocamente la figura de la sociedad comercial como instrumento de gestión y organización empresarial, los sistemas de la Unión Europea sufrieron una crisis respecto de los dogmas tradicionales de esta disciplina. Es por ello por lo que, como lo expresa el mismo autor “el reconocimiento de la figura de la sociedad unipersonal constituye hoy un hecho universal e irreversible en el Derecho Societario contemporáneo”<sup>4</sup>.

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

---

<sup>2</sup> Para el caso de la sociedad anónima, el arcaico requisito por virtud del cual se exigen cuando menos cinco accionistas responde a una inveterada tradición de cerca de ocho décadas. En efecto, se incluyó inicialmente en el artículo 43 de la Ley 58 de 1931, para repetirse sin mayor fundamentación lógica, en el artículo 8º del Decreto 2521 de 1950 y, posteriormente, en el artículo 374 del Código de Comercio de 1971.

<sup>3</sup> JOSÉ ENGRACIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 709

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 710.

todos los estados de la unión americana, han despejado las dudas que hace varias décadas gravitaron en torno a la supresión del requisito de pluralidad.

El artículo 1º de la Ley SAS determina que “la sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”. Esta premisa no solamente resulta útil en el contexto de personas naturales interesadas en acceder al beneficio de limitación de responsabilidad, sino que es particularmente útil para la estructuración de grupos de sociedades. Según lo afirma el tratadista Jose Engracia Antunes, es claro que los grupos transnacionales se estructuran mayoritariamente mediante la creación de sociedades de capital unipersonales (wholly-owned subsidiaries). No sorprende que cerca del 83% de las filiales extranjeras de los grupos norteamericanos constituyan sociedades unipersonales<sup>5</sup>. La importancia del fenómeno de la unipersonalidad societaria fue uno de los puntos principales de la reforma de 1999 en el régimen de la sociedad por acciones simplificada en Francia. Según lo afirma Périn, “la ley admitió la SAS con accionista único, llamadas también unipersonales y, en ocasiones, denominadas SASU”<sup>6</sup>. La reforma tuvo en cuenta, por una parte, la amplia utilización de la SAS en condición de filial íntegramente controlada por un mismo grupo y, por la otra, la lógica de simplificación propia de esta forma asociativa.

En el caso de la Ley SAS colombiana, es obvio que una sociedad pluripersonal de las consagradas en el Libro Segundo del Código de Comercio puede migrar hacia el régimen de la sociedad por acciones simplificada, como mecanismo para enervar una causal de disolución por unipersonal sobrevenida. Una vez adoptada esa forma societaria, el número de asociados podrá fluctuar libremente.

### C. Respecto de la participación en las pérdidas

Otro de los cánones parcialmente revaluados en el texto de la Ley SAS tiene que ver con la revisión del concepto según el cual todos los asociados participan en igual forma en las pérdidas que experimente la compañía. Aunque no existe el Código de Comercio un precepto jurídico en el cual se afirme explícitamente que tal noción constituya un elemento esencial del contrato social<sup>7</sup>, el hecho de que no puedan repartirse dividendos sino en aquellos casos

---

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Pierre-Louis Périn, *Op. cit.*, p. 33.

<sup>7</sup> Tal precepto sí existía en el Decreto 2521 de 1950, en materia de sociedades anónimas. Ciertamente, el artículo 1º de este estatuto preveía, de modo explícito, lo siguiente: La sociedad o compañía es un contrato por el cual dos o más personas estipulan aportar un capital a un fondo social, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o **pérdidas** que resulten de la especulación”.



en que la sociedad registre utilidades en el estado de resultados. En efecto, la primera parte del artículo 151 el Código de Comercio determina que “no podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si éstas no se hayan justificadas por balances reales y fidedignos”. De modo análogo, el inciso segundo del mismo artículo citado preceptúa que tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital.

En los sistemas contemporáneos, existe un creciente interés por procurar y estructurar mecanismos jurídicos que faciliten la financiación para las sociedades. De ahí que se hayan creado diversas modalidades de títulos que la sociedad puede emitir, que van desde la acción ordinaria, pasando por los bonos obligatoria o voluntariamente convertibles en acciones, las acciones privilegiadas o con dividendo preferencial y sin derecho a voto y, últimamente, las acciones con dividendo fijo<sup>8</sup>. Estas últimas constituyen un extraordinario mecanismo de capitalización societaria, por cuanto crean un incentivo para los inversionistas semejante al que se obtiene al adquirir títulos de renta fija. Debido a que el riesgo del inversionista se reduce, en cuanto tiene preferencia para el pago de un mínimo retorno de la inversión, el costo de capital tiende a reducirse para la sociedad. Ello se debe a que los suscriptores de estos títulos estarían dispuestos a pagar más por acciones con dividendo fijo, a pesar de que los derechos políticos que adquieren pueden ser iguales a los que corresponden a las acciones ordinarias.

Aunque las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto ya se encontraban previstas en la legislación desde hace dos décadas<sup>9</sup>, lo cierto es que la nueva norma contribuye a su futura utilización en las SAS. El hecho de que la ley no circunscriba la concesión del dividendo fijo a la pérdida de los derechos de voto, crea un instrumento muy atractivo, particularmente, para aquellas sociedades que requieran urgentes inyecciones de capital, puesto que, además, la libertad de estipulación, permite ofrecerle a los suscriptores un grado de riesgo atenuado frente a los demás accionistas. Así, el *quid pro quo* que, por lo general, implica la pérdida de los derechos políticos a cambio de mayores derechos económicos, deja de ser obligatorio en la SAS.

#### D. Respuesta a las deficiencias de los tipos de sociedad previstos en el Código de Comercio

Uno de los propósitos fundamentales de la SAS es suplir las deficiencias de las formas tradicionales de sociedad previstas en el Código de Comercio. La

---

<sup>8</sup> Para una descripción detallada sobre las modalidades de valores que una sociedad puede emitir, vid. William Klein y John C. Coffee, *Business Organization and Capital*, Westbury, Foundation Press, 1993, pp. 235-298.

<sup>9</sup> Fueron inicialmente previstas en la Ley 27 de 1989 y, posteriormente, incorporadas en la Ley 222 de 1995.

inadaptación de estos tipos a las necesidades actuales de los empresarios. La crítica fundamental que puede formularse respecto de esta regulación se centra en la inflexibilidad normativa existente. La presencia de innumerables preceptos imperativos dificulta la estructuración de negocios. Por lo demás, las diferencias tajantes entre las formas asociativas, derivadas del rígido principio de tipicidad, impide la combinación de las diferentes facetas propias de cada tipo<sup>10</sup>. La enorme ventaja de las denominadas formas *híbridas* consiste, precisamente, en la posibilidad de que, por medio de estipulaciones contractuales, pueda lograrse un sincretismo entre diversas características de cada una de las especies de sociedad.

No sería justo dejar de reconocer la importancia del sistema jurídico previsto en el Código de Comercio. Por ello, precisamente, el régimen vigente se deja inalterado luego de la entrada en vigencia de la Ley SAS. Se trata de permitirle a los empresarios la escogencia libre entre las diversas opciones previstas en la legislación. Sin embargo, es evidente que los tipos societarios anteriores a la SAS presentan dificultades claramente identificadas por la doctrina y por los propios empresarios. A pesar de la enorme popularidad de las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada, debe reconocerse que su configuración típica es deficiente ante las necesidades de los empresarios de hoy.

#### E. Simplificación de los trámites de constitución

Los atributos inherentes a la personalidad jurídica se obtienen en la SAS desde el momento mismo de la inscripción del documento privado o público de constitución de la sociedad<sup>11</sup>. Se reducen de modo significativo los denominados *costos de transacción* derivados del proceso constitutivo de la sociedad previstos en el Código de Comercio. La filosofía de flexibilización de la normativa societaria impulsada desde la Ley 222 de 1995, continúa con esta supresión del requisito, antes obligatorio, de la escritura pública<sup>12</sup>. Las razones que conducen a la supresión de esta formalidad son iguales a las que sirvieron de base a la superación de este trámite en el caso de la empresa unipersonal de

---

<sup>10</sup> El profesor Antonio Brunetti explica el concepto de tipicidad, según fue consagrado en el Código Civil italiano de 1942, en los siguientes términos: "La ley no admite otros tipos que los regulados por ella. Debe deducirse del sentido del art 1322 que éstos son los límites impuestos porque los intereses que merecen tutela son precisamente los previstos y regulados. [...] Por eso la sociedad no constituida de conformidad con los tipos previstos, no es empresa-sociedad, según la ley" (*Sociedades mercantiles*, México, Editorial Jurídica Universitaria, Tomo 1, 2001, P. 36).

<sup>11</sup> El artículo 2º de la Ley SAS es explícito en afirmar que la sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas.

<sup>12</sup> Según lo previsto en el artículo 5º de la Ley SAS, 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.

responsabilidad limitada<sup>13</sup>. Con todo, debe advertirse que en el párrafo primero del citado artículo 5º de la misma ley, se requiere la autenticación de la firma de los otorgantes de manera previa a la inscripción del documento de constitución en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio. La misma norma permite que el otorgamiento de la escritura se haga también por medio de apoderado. Esta formalidad, cuya inclusión en el texto de la ley es posterior al proyecto original, no ha de entorpecer en mayor medida el proceso de constitución de la SAS, máxime si se considera que puede constituirse con la presencia de un solo accionista. Si se trata de sociedades por acciones simplificadas de varios accionistas, es viable y expedito que uno sólo de ellos suscriba el acto constitutivo registrado, de manera que los demás ingresen inmediatamente después por medio de la suscripción de acciones.

El párrafo primero del artículo 5º exige escritura pública sólo para aquellos casos en que deban aportarse bienes inmuebles<sup>14</sup>. Esta previsión procura mantener coherencia con las normas de derecho privado referentes a la transferencia de inmuebles (C. C., arts. 756 y 1857; C. de Co., art. 922). Claro está que siempre que el constituyente considere benéfica la suscripción de documento público para la creación de la SAS, podrá hacerlo, en cuyo caso la formalidad cumplida se considerará tan solo *ad voluntatem*.

La controversia que se originaba antes por la supresión de este requisito fue superada a partir de la expedición de la Ley 222 de 1995. El régimen de constitución de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada permitió comprobar que era viable prescindir de esa formalidad sin que por ello se produjera inseguridad jurídica o una especial propensión al fraude; quedó demostrado que no se requería una costosa duplicidad de trámites en el proceso constitutivo del sujeto. Desde la vigencia de la Ley 222, citada, se le atribuyeron al registrador mercantil, en relación con las empresas unipersonales, algunas de las principales funciones que ahora ejercen los notarios sobre el otorgamiento de escrituras públicas de constitución o reforma de los tipos de sociedad previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. La cámara de comercio, en efecto, debe verificar la identidad del compareciente de su apoderado y ejercer un cierto control de legalidad sobre las menciones mínimas del documento constitutivo de la empresa. Por tanto, debe abstenerse de registrarlo si advierte que no reúne todos los requisitos mínimos establecidos en la legislación (art. 72, párrafo).

La supresión de la escritura pública para la creación de empresas unipersonales fue el antecedente utilizado para extender ese beneficio a las sociedades de pequeñas dimensiones en la ley de fomento a la cultura del

---

<sup>13</sup> Cfr. a Francisco Reyes V., *Derecho Societario*, Tomo II, cit., Capítulo IX.

<sup>14</sup> Se exigirá, en consecuencia, tanto cuando se trata de aportar bienes raíces en el momento de su constitución, como en los posteriores incrementos del capital asignado, si estos últimos corresponden a aportaciones en especie de la referida clase de bienes.

emprendimiento (artículo 22 de la Ley 1014 de 2006). Unas y otras han funcionado adecuadamente, sin que exista evidencia alguna en el sentido de haberse creado mayor inseguridad jurídica o cualquier otro problema de índole legal. Por el contrario, las estadísticas demuestran la preferencia de los empresarios por la sencillez en los trámites de constitución. De ahí que se hubiera querido continuar el proceso de flexibilización legislativa para hacer extensivo el beneficio a las SAS.

El registro asume en este caso un alcance constitutivo, pues antes de efectuarlo los actos realizados por el o los accionistas comprometen directamente su responsabilidad. Así, para los casos de *sociedad en formación*, será evidente que las hipótesis de actuación unipersonal, darán lugar a la responsabilidad de la persona natural comprometida, como si se tratara de un comerciante individual o u de un individuo que no ejerce el comercio, pero que responde personalmente por sus actuaciones de negocios<sup>15</sup>. En los casos de actuación *pluripersonal* cualquier actividad cumplida antes del registro mercantil del acto constitutivo de la SAS, dará origen a las responsabilidades reguladas para la sociedad de hecho en los artículos 499 y siguientes del Código de Comercio<sup>16</sup>.

La personificación jurídica de sujetos unipersonales existe desde hace tiempo en nuestra legislación. Las empresas industriales y comerciales del Estado son típicos ejemplos de estas modalidades de personas morales (desde la expedición de los ya derogados decretos de reforma administrativa de 1968: 3130, 3135 y 1050, hasta la regulación consagrada en la Ley 489 de 1998)<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Es claro, por lo demás, que la sociedad unipersonal *de hecho* no tiene ningún reconocimiento legal. Por ello la falta del registro implicará, sin más, la responsabilidad ilimitada y directa del empresario por todas las obligaciones que se deriven de las actividades que desarrolle. Y está bien que así sea, porque, en realidad, los efectos fundamentales que la ley le atribuye a la denominada *sociedad de hecho* no ocurren en el caso del empresario individual que no ha constituido formalmente una SAS o empresa unipersonal de responsabilidad limitada. Dentro de los efectos que se derivan de la sociedad de hecho cabe recordar los relacionados con la validez de las estipulaciones que vinculan a los asociados de hecho (C. de Co., art. 499), así como el hecho de hallarse permanentemente en causal de disolución, que puede ser invocada por cada uno de los socios en cualquier momento (art. 505). También, como es obvio, está la responsabilidad directa y solidaria de todos los socios por las obligaciones que se contraigan para la empresa social (art. 499, citado).

<sup>16</sup> Es por ello por lo que en el artículo 7º de la Ley SAS, se determina que, mientras no se efectúe la inscripción del documento privado o público de constitución en la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, se entenderá para todos los efectos legales que la sociedad es de hecho si fueren varios los asociados. En la misma norma se agrega que si se tratare de una sola persona, responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa.

<sup>17</sup> La ley 489 de 1998, por la cual se expidieron normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, introdujo disposiciones que complementan o derogan las del Código de Comercio y otras normas dispersas en varios estatutos especiales, tales como los decretos de reestructuración administrativa del año 1968. En la ley 489 se mantienen las modalidades de sujetos societarios que existían en el régimen anterior, con las modificaciones y

Posteriormente, en el Código de Comercio de 1971 se permitió la subsistencia como persona jurídica de la sociedad *devenida unipersonal*, aunque por espacio restringido de seis meses contados a partir del acaecimiento de la causal de disolución originada en la pérdida de la pluralidad en cualquiera de los tipos sociales previstos en ese Código. En los términos del artículo 220 del estatuto, es viable enervar la causal de disolución [prevista en el ordinal 3 del artículo 218, *ibídem*], siempre que la determinación respectiva se adopte dentro de los seis meses siguientes al momento en que se hubiere perdido la pluralidad. La evolución legislativa continuó con la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, según lo previsto en la Ley 222 de 1995 y con la sociedad de pequeñas dimensiones regulada en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006.

No es necesario insistir en la intrascendencia del debate dogmático sobre la necesidad de una pluralidad para la constitución de sociedades. Parece, en verdad, insólito que en pleno siglo XXI subsistan en el Derecho Societario latinoamericano discusiones bizantinas como esta. La aceptación universal de la sociedad de un accionista en todos los regímenes jurídicos avanzados del mundo obedece a la innegable utilidad práctica de este instrumento y al difundido concepto, según el cual, la limitación del riesgo al monto de lo aportado a un negocio, es la regla general y no la excepción en el mundo actual<sup>18</sup>.

#### F. Carácter siempre comercial

Desde el proyecto de ley 119 de 1993 se había intentado la unificación entre sociedades civiles y comerciales. Inicialmente se proponía la adopción de un criterio comercial típico o formal, es decir que las sociedades serían clasificadas como comerciales por el tipo de sociedad, independientemente de su objeto social. A pesar de las modificaciones que tuvo el proyecto citado, mediante las cuales se afectó la redacción original del texto, el artículo 1º de la Ley 222 de 1995, mantuvo la filosofía unificadora de las dos vertientes del derecho privado, a lo menos para los efectos del contrato de sociedad.

Tanto la Superintendencia de Sociedades como la Corte Constitucional reconocieron la constitucionalidad de la unificación mencionada<sup>19</sup>. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció por completo la innovación legislativa en comento al expedir la Circular Externa No. 7 de 2005. Mediante este instructivo la entidad determinó de modo perentorio que las sociedades civiles no están obligadas a matricularse en el registro mercantil.

---

precisiones que hemos explicado en otro lugar (Cfr. Francisco Reyes V. *Derecho Societario...* Tomo I, Capítulo I).

<sup>18</sup> Cfr. a Henry Hansman y Reineer Kraakmann, *Towards unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*

<sup>19</sup> Para un análisis detallado de la jurisprudencia y doctrina emitidas sobre el particular, vid Francisco Reyes V., *Derecho Societario*, Tomo I, cit., Capítulo I.

Este pronunciamiento regresivo ha tenido por efecto el restablecimiento de la dicotomía del derecho privado en materia de sociedades. Al obviarse la aplicación del numeral 1 del artículo 19 del Código de Comercio, se abrió paso la posibilidad de distinguir de modo tajante entre las sociedades civiles y las comerciales<sup>20</sup>.

Por lo demás, parecía evidente que a partir de la pretendida asimilación de las sociedades civiles con las mercantiles aquellas podrían también estar sometidas a la inspección, vigilancia o control que ejerce la Superintendencia de Sociedades. No obstante, con criterio francamente regresivo, las sociedades civiles fueron excluidas de la fiscalización gubernamental desde la expedición del decreto 3100 de 1997. En el artículo 1º del mencionado estatuto se determinó perentoriamente que “quedarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades las *sociedades mercantiles*” que cumplan los presupuestos a que alude ese decreto. Se trata de una discriminación injustificada que desvirtuó notoriamente la orientación y el espíritu unificador de la ley 222.

El régimen de la SAS suprime por completo la dicotomía en materia de sociedades. El artículo 3º de la ley establece de modo definitivo que la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social<sup>21</sup>. Esta norma concuerda con la previsión contenida en el ordinal 5º del artículo 5º ibídem, que permite la estipulación de objeto social indeterminado. Si bien esta última norma prevé la necesidad de formular en los estatutos de la SAS “una enunciación clara y completa de las actividades principales”, permite que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Por lo demás, la misma norma determina el principio supletorio en virtud del cual, “si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita”.

---

<sup>20</sup> No se entiende la insistencia doctrinaria en preservar una dicotomía abolida hoy en muchos sistemas. También el régimen societario francés, que en épocas remotas promovió vigorosamente la dualidad normativa, ha ido atenuando el efecto de la distinción entre las sociedades civiles y comerciales. Al analizar la diferencia entre unas y otras, ALEXIS CONSTANTIN afirma que, si bien constituyó en el pasado la *summa divisio*, la reglamentación de las sociedades civiles se ha acercado significativamente a la de las comerciales. “Estas pueden someterse a procedimientos concursales (artículo L 620-2 del Código de Comercio), numerosas disposiciones son similares (personalidad jurídica a partir de su matrícula, formalidades de publicidad, sanción a los actos cumplidos durante el periodo de su constitución, situación de los asociados, causales de nulidad y de disolución, poderes de los gerentes...). Las consecuencias de la diferencia son, sobretodo, relativas a la competencia judicial (Tribunal de Comercio para las sociedades comerciales) y Tribunal de Instancia Superior para las sociedades civiles), así como las obligaciones contables” (*Droit de Sociétés, Droit commun et droit spécial des sociétés*, 2e edition, Paris, Dalloz, 2005, pág. 8).

<sup>21</sup> En concordancia con esta disposición, debe aludirse a la regla contenida en el artículo 45 de la Ley 1258 en la cual se dispone que “las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades”.

Las normas que acaban de mencionarse contemplan el mayor grado posible de flexibilidad. Se pretende así que los empresarios puedan acometer por conducto de la SAS cualquier actividad de negocios, sin las anacrónicas restricciones derivadas de la teoría de la especialidad del objeto social. Estas antiguas reglas, muy próximas a las anticuadas concepciones del *ultra vires*, aún prevalecen en el sistema contenido en el Código de Comercio. En efecto, lo previsto en los artículos 99 y 110-4º de ese estatuto dan lugar a la nulidad de actos realizados por fuera del objeto, con la grave secuela de inseguridad jurídica para los terceros que contratan con la sociedad.

La nueva regulación suprime estas engorrosas restricciones y libera a los administradores de la cortapisa que se deriva de la cláusula de objeto determinado. Nada obsta, desde luego, para que en los estatutos se pacten actividades definidas. En tal caso, la actuación de quien represente a la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa prevista en la cláusula, según las reglas previstas en el Código de Comercio, (cuya aplicación resulta de la remisión contenida en el artículo 45 de la Ley SAS)<sup>22</sup>.

#### G. Limitación de responsabilidad

Como es apenas obvio, una de las principales ventajas de la SAS, que es propia de las sociedades de capital, consiste en la limitación del riesgo de los accionistas al monto del capital aportado<sup>23</sup>. Esa consecuencia económica surge, inequívocamente, de la personificación jurídica que la ley le atribuye a la SAS, después de su constitución regular. El beneficio de la separación patrimonial, además, les permite a los accionistas la transferencia de activos, el manejo separado de estos mismos y la posibilidad de enajenar las participaciones de capital (acciones)<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Está comprobado cómo los empresarios prefieren la flexibilidad y suelen convenir que es más conveniente indeterminar el objeto, de manera que la sociedad se disponga más adecuadamente para acometer con plena libertad aquellos negocios que resulten útiles, sin la necesidad de realizar reformas estatutarias. En el estudio efectuado sobre la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, se demostró que la mayoría de los empresarios preferían el objeto indeterminado (Cfr. a Francisco Reyes V., *Empresa Unipersonal...*, cit., P. ).

<sup>23</sup> Conviene aquí mencionar la opinión del profesor PIERRE MOUSSERON, respecto de los incentivos usualmente tenidos en cuenta para escoger una forma asociativa. “Entre los factores no fiscales, los más clásicos aluden a la *responsabilidad* en que incurrirán los participantes. En un mundo en donde la protección societaria está generalizada, numerosos empresarios son reticentes a optar por estructuras en las que su participación en las pérdidas sea indefinida (empresario individual, sociedad civil, sociedad de objeto civil...) o aún peor, indefinida y solidaria como en la SNC o en la sociedad civil profesional. Ello explica en buena parte, el éxito de formas sociales tales como la SRL y la S.A.” (*Droit des Sociétés*, 2e édition, Paris, Ed. Montchrestien, 2005, P. 79).

<sup>24</sup> Como bien afirman Ralph Folson y Alain Levaseur, “una de las razones fundamentales que preceden a la constitución de una sociedad es la de instituir una barrera o un límite a la responsabilidad contractual de los accionistas. Esta responsabilidad limitada se les garantiza a los accionistas mayoritarios en la medida en que las formalidades de constitución de la sociedad hayan sido cumplidas, si existe una adecuada capitalización y si la compañía no ha sido

Se ha procurado que la limitación de responsabilidad de los accionistas de la SAS sea plena. En el artículo 1º de la Ley SAS se señala de modo categórico que, “el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”. La única excepción a este régimen esta definida en el artículo 42, ibídem, relativo a la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad.

Se procura evitar a todo trance que se produzcan inconvenientes fisuras al sistema de limitación de responsabilidad en este nuevo tipo de sociedad, pues, aun considerando que puede existir alguna desmejora para los terceros acreedores, se cree que las ventajas de ese beneficio superan ampliamente las desventajas, hasta de orden social, que pueden originarse en esa restricción de riesgo de los accionistas<sup>25</sup>. Con razón afirma RICHARD POSNER en su notable tratado sobre Derecho y economía que, “La responsabilidad limitada en las sociedades no es un sistema de eliminar los riesgos de fracaso empresarial, sino un mecanismo para transferir ese riesgo del inversionista individual a los acreedores voluntarios o involuntarios de la sociedad. Son ellos quienes asumen los riesgos de falencia de la empresa”<sup>26</sup>. Como es obvio, los acreedores deben ser recompensados económicamente por soportar esos riesgos.

La traslación del riesgo del inversionista hacia los terceros acreedores es perfectamente justificable en lo relativo a las responsabilidades de naturaleza contractual que pueden surgir en relación con la actividad de una sociedad. En el curso de las negociaciones que anteceden a la contratación mercantil, el riesgo que se suscita en la limitación de responsabilidad de la empresa debe ser evaluado por el tercero contratante. Así, no solo exigirá una mayor compensación por la operación económica sino que, además, requerirá suficientes garantías, inclusive de naturaleza personal ante el constituyente, para protegerse contra la eventual falencia del negocio<sup>27</sup>. En este sentido existe

---

constituida con el propósito de sustraerse a ciertas obligaciones o de incurrir en fraude a la ley” (*Pratique du droit des affaires aux États-Unis*, Paris, Ed. Dalloz, 1995, P. 257-258).

<sup>25</sup> Según la autorizada opinión de ROBERT B. THOMPSON, “...al formar la sociedad, los asociados ordinariamente limitan la responsabilidad al monto de lo invertido. Si tal monto es insuficiente para cubrir las obligaciones de la empresa cuando estas se hagan exigibles, algunos de los riesgos del negocio serán asumidos por otras personas (por ejemplo, proveedores a crédito, empleados, el Estado o víctimas de responsabilidad extracontractual). Las razones para que personas diferentes de los socios asuman algunos de los riesgos de la empresa son suficientemente fuertes, de manera que existen pocas críticas a ese sistema cuando los acreedores han tenido la oportunidad de negociar con la empresa de responsabilidad limitada”. (ROBERT B. THOMPSON, *Unpacking Limited Liability*, vol. 47, núm. 1, Vanderbilt Law Review, January 1994, pág. 12).

<sup>26</sup> RICHARD POSNER, *op. cit.*, pág. 370.

<sup>27</sup> Esta característica del sistema de limitación de responsabilidad en las personas jurídicas está plenamente identificada. Para el caso de las sociedades limitadas en Francia, resultan bien acertadas las apreciaciones formuladas por SYLVIE HÉBERT, quien señala que “cuando una S. R. L. no está suficientemente capitalizada (aunque haya cumplido el requisito legal de capital



relativo consenso entre los tratadistas contemporáneos. Así, por ejemplo, POSNER afirma que “los prestamistas están plenamente compensados por el riesgo de incumplimiento que asumen, mediante una tasa de interés más alta que la compañía debe pagar como contraprestación al sistema de limitación de responsabilidad; el prestamista también es libre de insistir, como condición para otorgar el préstamo, en que los accionistas garanticen personalmente las obligaciones que asume la sociedad. También pueden exigir que se inserten en el contrato de mutuo cláusulas que restrinjan el riesgo del prestamista. Cualquier disminución en el riesgo de este, deberá, por supuesto, reducir la tasa de interés”<sup>28</sup>.

Pero, aun considerando que puede existir alguna desmejora para los acreedores del constituyente, se cree, siguiendo el mismo análisis que se utiliza para evaluar el sistema de limitación de responsabilidad en las sociedades de capital, que las ventajas de ese beneficio superan ampliamente las desventajas, hasta de orden social, que pueden originarse en esa restricción de riesgo del inversionista<sup>29</sup>. Con razón afirma RICHARD POSNER en su notable tratado sobre Derecho y economía que, “La responsabilidad limitada en las sociedades no es un sistema de eliminar los riesgos de fracaso empresarial, sino un mecanismo para transferir ese riesgo del inversionista individual a los acreedores voluntarios o involuntarios de la sociedad. Son ellos quienes asumen los riesgos de falencia de la empresa”<sup>30</sup>. Como es obvio, los acreedores deben ser recompensados económicamente por soportar esos riesgos.

La traslación parcial del riesgo del inversionista hacia los terceros acreedores es perfectamente justificable en lo relativo a las responsabilidades (a lo menos de naturaleza contractual) que pueden surgir en relación con la actividad de la SAS. En el curso de las negociaciones que anteceden a la contratación mercantil, el riesgo que se suscita en la limitación de responsabilidad de la empresa debe ser evaluado por el tercero contratante. Así, no solo

---

mínimo), los acreedores (especialmente los bancos) usualmente exigen que los directores o accionistas mayoritarios garanticen las deudas de la sociedad con su propio patrimonio. Esta es la desventaja más importante, que hace que la responsabilidad limitada resulte ilusoria en muchos sentidos”. (“The french limited liability company”, en *The European Private Company...*, cit., pág. 87).

<sup>28</sup> RICHARD POSNER, *Law and Economics*, Foundation Press, P. 370.

<sup>29</sup> Según la autorizada opinión de ROBERT B. THOMPSON, “...al formar la sociedad, los socios ordinariamente limitan la responsabilidad al monto de lo invertido. Si tal monto es insuficiente para cubrir las obligaciones de la empresa cuando estas se hagan exigibles, algunos de los riesgos del negocio serán asumidos por otras personas (por ejemplo, proveedores a crédito, empleados, el Estado o víctimas de responsabilidad extracontractual). Las razones para que personas diferentes de los socios asuman algunos de los riesgos de la empresa son suficientemente fuertes, de manera que existen pocas críticas a ese sistema cuando los acreedores han tenido la oportunidad de negociar con la empresa de responsabilidad limitada”. (ROBERT B. THOMPSON, *Unpacking Limited Liability*, vol. 47, núm. 1, *Vanderbilt Law Review*, January 1994, pág. 12).

<sup>30</sup> RICHARD POSNER, Op. cit., P. 370.

exigirá una mayor compensación por la operación económica sino que, además, requerirá suficientes garantías, inclusive de naturaleza personal ante el constituyente, para protegerse contra la eventual falencia del negocio<sup>31</sup>. En este sentido existe relativo consenso entre los tratadistas contemporáneos. Así, por ejemplo, POSNER afirma que “los prestamistas están plenamente compensados por el riesgo de incumplimiento que asumen, mediante una tasa de interés más alta que la compañía debe pagar como contraprestación al sistema de limitación de responsabilidad; el prestamista también es libre de insistir, como condición para otorgar el préstamo, en que los socios [o el constituyente en el caso de la empresa unipersonal] garanticen personalmente las obligaciones que asume la sociedad. También pueden exigir que se inserten en el contrato de mutuo cláusulas que restrinjan el riesgo del prestamista. Cualquier disminución en el riesgo de este, deberá, por supuesto, reducir la tasa de interés”<sup>32</sup>.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es la asimilación al régimen de la sociedad anónima que para efectos fiscales se efectúa en el artículo segundo de la Ley SAS. La norma señala de manera explícita que, “para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas”. Esta disposición implica, sin lugar a dudas, que no existirá responsabilidad subsidiaria de los accionistas por obligaciones tributarias según lo previsto en el Estatuto Tributario.

#### H. Autonomía contractual

Según Périn, “es el modo de organización interna lo que le confiere a la SAS su originalidad en relación con la prevista con los demás tipos de sociedades. La sociedad por acciones simplificada es una forma liberalizada de persona jurídica, que conjuga el poder financiero de las sociedades por acciones con una gran autonomía para la organización de sus poderes internos”<sup>33</sup>.

Siempre se ha hablado con elocuencia del postulado de la autonomía de la voluntad, de la amplia libertad de contratación y de las grandes posibilidades de disposición conferidas a las partes. Al margen del planteamiento retórico, lo

---

<sup>31</sup> Esta característica del sistema de limitación de responsabilidad en las personas jurídicas está plenamente identificada. Para el caso de las sociedades limitadas en Francia, resultan bien acertadas las apreciaciones formuladas por SYLVIE HÉBERT, quien señala que “cuando una S. R. L. no está suficientemente capitalizada (aunque haya cumplido el requisito legal de capital mínimo), los acreedores (especialmente los bancos) usualmente exigen que los directores o accionistas mayoritarios garanticen las deudas de la sociedad con su propio patrimonio. Esta es la desventaja más importante, que hace que la responsabilidad limitada resulte ilusoria en muchos sentidos”. (“The french limited liability company”, en *The European Private Company...*, cit., pág. 87).

<sup>32</sup> Op. cit., P. 370.

<sup>33</sup> Op. Cit., P. 3. En la opinión de PHILIPPE MERLE, “la gran novedad introducida por la SAS consiste en conferirle prioridad absoluta a la libertad contractual de los asociados, que se manifiesta en los estatutos sociales. La aplicación de la ley ocurre solamente a título supletorio” (*Droit Commercial, Sociétés commerciales*, 5e édition, Paris, Précis Dalloz, 1996, P. 602

cierto es que en la legislación colombiana subsisten innúmeros preceptos de orden imperativo que restringen las posibilidades de negociación contractual<sup>34</sup>. Tal circunstancia es patente en el ámbito específico de las sociedades de capital. La regulación de las anónimas, diseñada para la gran empresa inscrita en bolsa, se caracteriza por la presencia de una infinidad de normas de orden público que limitan las posibilidades de estipulación contractual. Lo propio ocurre con las sociedades de responsabilidad limitadas, por cuya estructura legal se somete a los asociados a múltiples e inconvenientes restricciones a la hora de redactar los estatutos. Las reglas sobre pluralidad en las votaciones, cesión de cuotas sociales, revisoría fiscal obligatoria y otros formalismos inútiles, se hacen incompatibles con los elementos personalistas propios de las sociedades de carácter cerrado. En estas debería prevalecer una amplia posibilidad de estipulación contractual, de manera que los asociados pudieran pactar con entera libertad las reglas de juego del contrato societario. De ahí que las compañías de dimensiones pequeñas o medianas queden sometidas a una camisa de fuerza normativa, que restringe las posibilidades de innovación y la creatividad de los empresarios.

Como se ha dicho reiteradamente, uno de los principios en que se ha inspirado la Ley SAS es el de permitir la más amplia autonomía contractual en la redacción del contrato social. El concepto de *sociedad-contrato*<sup>35</sup> representa la idea cardinal bajo la cual se establece toda la regulación de la sociedad por acciones simplificada<sup>36</sup>. Se trata de permitirle a las partes definir del modo más amplio las pautas bajo las cuales han de gobernarse las relaciones jurídicas que surgen de la sociedad. Así, las normas contenidas en la norma propuesta

---

<sup>34</sup> El proceso de flexibilización del régimen jurídico de las formas societarias no constituye una novedad en otras latitudes. En regímenes como el norteamericano esa filosofía subyace a las modificaciones normativas en materia societaria desde hace casi un siglo. Según O'Kelley y Thompson, "El respaldo oficial a la idea de ofrecer mayor 'libertad contractual' se encuentra en normas tan antiguas como la Ley Tipo de Sociedades de Capital (Model Business Corporation Act), adoptada por la Conferencia Nacional de Comisionados para la Redacción de Leyes Uniformes en 1928. En la exposición de motivos del texto se describe la libertad contractual como uno de los objetivos primordiales de los redactores de la iniciativa: 'Se ha hecho un esfuerzo para evitar normas legales imperativas relacionadas con asuntos concernientes a la gestión interna de la sociedad y para otorgarle al grupo de accionistas la mayor libertad posible, en la medida en que ello resulta compatible con una sana política. Para este propósito, la ley establece ciertas normas que sólo se aplican a falta de una cláusula expresa prevista en el acta constitutiva o en los estatutos de la compañía" (CHARLES R. O'KELLEY Y ROBERT B. THOMPSON, OP. Cit., P. 524).

<sup>35</sup> Cfr. a MAURICE COZIAN et al, *Droit de Sociétés*, 18 edición, Paris, Lexis-Nexis, 2005, págs. 365-366.

<sup>36</sup> COZIAN explica la filosofía subyacente al régimen legal de la SAS, en los siguientes términos: "La idea fundamental consiste en ofrecerles a quienes utilicen este tipo social, una forma de organización de la empresa, muy parecida a una sociedad-contrato, donde las reglas esenciales de funcionamiento, provienen de las convenciones entre las partes, de modo que las reglas de la sociedad anónima tienen un carácter meramente supletorio" (Ibídem). En sentido análogo, Vid. ALEXIS CONSTANTIN, *Droit de Sociétés: Droit Commun et Droit Spécial des Sociétés*, 2ª edición, Paris, Dalloz, 2005, PP. 229-243.

tendrían un carácter eminentemente dispositivo, de manera que podrían ser reemplazadas por otras previsiones pactadas por los accionistas.

Claro que, a falta de pacto expreso de las partes, se proponen reglas aplicables de modo supletorio. El artículo de la Ley SAS establece la jerarquía de las fuentes normativas aplicables a la sociedad por acciones simplificada. Se trata, en primer lugar, de las normas previstas en la propia Ley SAS; en segundo término, las disposiciones previstas en los estatutos; en tercer lugar, las disposiciones que gobiernan el funcionamiento de las sociedades anónimas contenidas en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995 y en última instancia, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades en el Código de Comercio. La invocación de estas normas ocurre por vía de remisión, de modo que, en lo no previsto expresamente para las sociedades por acciones simplificadas, habrán de aplicarse los preceptos que gobiernan el funcionamiento de las sociedades anónimas, así como el régimen general contenido en el Código de Comercio.

Es bueno advertir que el sistema parte de la base de una negociación adecuada de cláusulas entre las partes. Vale decir, que los acuerdos de inversión que se procuren alcanzar por medio de esta forma asociativa, requieren una detenida negociación entre los participantes. No hacerlo, da lugar a una reglamentación que podría resultar demasiado laxa e implicar dificultades interpretativas por los vacíos que podrían presentarse. La doctrina extranjera advierte sobre estos riesgos. Se ha dicho con acierto que, en aras de alcanzar la flexibilidad que caracteriza a esta clase de estatutos societarios, debe sacrificarse en alguna medida el carácter detallado de la regulación normativa. Es por ello por lo que si las partes se proponen variar la estructura de gestión de la compañía ante lo que está previsto de manera supletoria en la norma, deben pactarlo de manera detallada en el contrato social. La falta de previsión en estas materias dará lugar a innecesarios riesgos<sup>37</sup>. El profesor Yves Guyon es elocuente sobre este aspecto que la redacción de los estatutos de la SAS puede ser complicada “porque los fundadores no se benefician ni de las disposiciones de orden público contenidas en los artículos 89 a 177-1 de la Ley de 1966, ni aún de la aplicación, a título subsidiario, de las disposiciones supletorias de tal norma. La redacción de estatutos inadecuados podrían provocar el bloqueo de los órganos sociales en la vida social o una confusión entre la calidad de accionista y la de administrador, con todas las consecuencias que podrían derivarse de ello en el evento en que se produjera la apertura de un procedimiento colectivo”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporation Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2002, Pág. 9.

<sup>38</sup> El profesor GUYON agrega cómo, la ley permite que dentro de los estatutos se incluyan cláusulas respecto de las cuales debe valorarse cuidadosamente un peligro potencial. Dentro de ellas están estipulaciones tales como la imposibilidad de enajenar acciones, aún entre accionistas, a menos que medie autorización previa, sin que exista la obligación correlativa de readquisición, la imposibilidad plena de enajenación por espacio de 10 años y la facultad de excluir a un accionista por los motivos previstos en los estatutos” (Op. Cit., P. 116-117). Este

## I. Estructura flexible de capitalización

La primera de las normas relevantes en este aspecto determina que las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa. Esta disposición pone de presente la idea según la cual, la sociedad por acciones simplificadas, en razón de su gran flexibilidad, no es susceptible de inscribirse en bolsa de valores. Este precepto sigue de cerca la orientación prevista en la ley francesa sobre SAS, en la cual está vedada la posibilidad de acceder a los recursos provenientes del ahorro privado (*appelation a l'épargne*).

Lo anterior no significa, en forma alguna, que la SAS no resulte útil para acometer proyectos de gran dimensión. Por el contrario, este tipo de sociedad nació como una estructura muy idónea para empresas de grandes dimensiones. En verdad, la SAS surge en 1994 como una sociedad adecuada para la configuración de grupos de sociedades (*société de sociétés*). Para ese efecto, se previó inicialmente que los accionistas debían ser obligatoriamente otras sociedades. Sólo en la reforma de 1999 se estableció la posibilidad de que personas naturales pudieran fungir como accionistas de la SAS francesa.

No es correcto afirmar que la sociedad por acciones simplificada sea un instrumento diseñado especialmente para las pequeñas y medianas empresas. Es cierto que es muy útil para esta clase de sujetos, pero su finalidad primigenia es servirle a los intereses de la gran empresa. A ello contribuye, en gran medida, la estructura de capital de la Ley SAS. En ella se prevén los mecanismos más modernos de capitalización de las sociedades de capitales y se reducen las normas imperativas consagradas en el Código de Comercio.

No sólo se reducen de modo significativo las reglas imperativas que gobiernan la suscripción y el pago del capital, sino que, además, se incluyen diversas modalidades de acciones tales como las privilegiadas, con voto múltiple, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, con dividendo fijo anual y las denominadas acciones de pago.

Todas estas modalidades de acciones, cuya emisión sucesiva puede efectuarse en diversas *series*, representan un atractivo fundamental de la SAS. La posibilidad de estructurar de acuerdos de inversión con base en la naturaleza diversa de las acciones que se le asignen a grupo de inversionistas constituye, además, una importante herramienta de “gobierno corporativo”. La concesión de derechos diversos según la clase que le corresponda a cada uno de ellos permite definir *ex ante* las expectativas económicas de los accionistas y evitar conflictos futuros.

---

comentario resulta plenamente aplicable al sistema contenido en la ley colombiana 1258 de 2008.

## J. Abuso del derecho

Como se explicó antes, el régimen de abuso del derecho se inspiró en los importantes desarrollos del derecho extranjero sobre la materia. No sólo se tuvo en cuenta la impresionante producción jurisprudencial acaecida en Francia durante las últimas décadas, sino también la regulación positiva incluida en la ley brasileña de reforma al régimen de sociedades de 2001. La referencia a este último estatuto permitió dilucidar un asunto conceptual que ha gravitado negativamente en la regulación del abuso del derecho en Colombia. Se observó, en efecto, que la regulación contenida en el artículo 830 del Código de Comercio ha resultado, en general, insuficiente para resolver conflictos de Derecho de Sociedades, debido a dos circunstancias específicas: (1) Las conocidas dificultades de la jurisdicción y de los procesos de arbitraje, cuya usual lentitud dificulta la aplicación de la teoría del abuso, en especial, por dificultades en la apreciación de las pruebas, y (2) la consideración según la cual, el abuso del derecho tan sólo da lugar a una indemnización de perjuicios de acuerdo con el artículo 830, citado. Esta interpretación restrictiva de la teoría del abuso –que surge de la lectura exegética del artículo- se basa, además en la concepción doctrinaria según la cual, el abuso del derecho es fuente de obligaciones *per se*, con independencia de otros institutos tales como la nulidad absoluta del acto jurídico. Con evidente sentido práctico, el sistema del Brasil no sólo redujo a una simple norma positiva el concepto de abuso del derecho en las determinaciones societarias sino que, al margen de cualquier discusión dogmática, terminó por equiparar el acto abusivo al acto ilícito<sup>39</sup>.

## K. Desestimación de la personalidad jurídica de la SAS

La tesis del allanamiento de la personalidad jurídica constituye un mecanismo importante en la prevención del fraude societario efectuado en contra de los acreedores sociales y de los propios accionistas. A pesar de que su amplia concepción por la jurisprudencia norteamericana ha sido recientemente criticada, con cierta razón, su vigencia en el derecho extranjero sigue siendo innegable<sup>40</sup>.

Es importante anotar cómo la tesis de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad no implica el desconocimiento de esa construcción legal

---

<sup>39</sup> RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, Op. Cit., P. 263.

<sup>40</sup> El profesor Stephen Bainbridge se ha pronunciado en contra de la tesis de la perforación del velo societario por considerar que la incertidumbre que se origina sobre el beneficio de limitación de responsabilidad da lugar a un costo social comprobable, al tiempo que no es factible verificar empíricamente los beneficios sociales de la aplicación de la doctrina. Para Bainbridge, “la tesis del allanamiento es una figura extraña, carente de fundamentos y arbitraria [...] El descorrimiento del velo debería abolirse...” (*Abolishing Veil Piercing*, The Journal of Corporation Law, Vol. 26, No. 3, Spring 2001, P. 470-535).

ni la pérdida de todos los atributos que se derivan de la diferenciación del ente societario respecto de sus socios individualmente considerados. El llamado *descorrimiento del velo societario* implica tan solo desconocer el sistema de limitación de responsabilidad de los socios o de los accionistas en las sociedades de capital, esto es, permitir una intercomunicación patrimonial entre alguno o algunos de los accionistas (por lo general, quienes detentan control) y la compañía. Según lo ha sostenido la doctrina norteamericana, "la perforación del velo societario se refiere a la excepción impuesta judicialmente al principio de limitación de responsabilidad, en virtud de la cual las cortes desestiman la separación de la personalidad de la sociedad y disponen la responsabilidad de un socio por obligaciones de la sociedad, como si éstas fueran propias del asociado"<sup>41</sup>.

Los críticos del sistema de limitación de responsabilidad plena que se propone en el artículo 1º de la Ley 1258, encontrarán alivio en la amplia regulación de la figura que se comenta. El régimen de levantamiento del velo contenido en la Ley SAS es tomado, en general, de la regulación contenida para la empresa unipersonal de responsabilidad limitada en el parágrafo del artículo 71 de la Ley 222 de 1995. El concepto general de allanamiento de la personalidad jurídica consiste en imponerles a quienes utilicen la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, una responsabilidad por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Dentro de los sujetos pasivos de esta responsabilidad están, por supuesto, los accionistas y los administradores sociales.

La diferencia fundamental en las normas sobre la SAS frente a las de la empresa unipersonal, corresponde a las consecuencias de la desestimación de la personalidad jurídica de la SAS y a las autoridades jurisdiccionales que pueden conocer del proceso. Sobre lo primero se tiene que, aparte de la extensión de responsabilidad a los accionistas que controlen (que es la consecuencia básica de cualquier sistema de desestimación), puede intentarse, adicionalmente, una indemnización de perjuicios en contra de accionistas y administradores por los actos defraudatorios que hubieren dado lugar a la perforación del velo y a la consecuente extensión de responsabilidad. Así las cosas, la declaratoria de nulidad de ciertos actos que dieron lugar a la perforación del velo societario podría constituir una fuente de responsabilidad adicional.

Sobre lo segundo, debe destacarse la innovación muy significativa que se origina en la posibilidad de intentar la acción de allanamiento de la personalidad jurídica de la compañía ante la Superintendencia de Sociedades. El proceso utilizado para el efecto, será el verbal sumario. En éste como en los demás casos de atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia, el

---

<sup>41</sup>ROBERT B. THOMPSON, "*Piercing the Corporate Veil, An Empirical Study*", Cornell Law Review, Vol. 76, 1036, Pág. 1.

propósito subyacente es el de crear un procedimiento especializado, con miras a una mayor celeridad en la resolución de estos asuntos.

La competencia para conocer de las acciones de indemnización de perjuicios derivados de la nulidad de actos de defraudación se le confiere a prevención a la Superintendencia de Sociedades o a los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, los civiles del circuito del domicilio del demandante, en todo caso por medio del proceso verbal sumario.

#### L. Resolución de conflictos

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

Por lo demás, al continuar con el proceso de agilización de los trámites relacionados con el Derecho Societario la norma prevé, igualmente, que todos ellos se adelantarán mediante el proceso verbal sumario. Dentro de todos los engorrosos procesos previstos en el Código de Procedimiento Civil, este parece ser el único que puede resolverse dentro de términos razonables, pues está sujeto a menos posibilidades de dilación por ser de única instancia.

---

<sup>42</sup> En este punto hemos insistido durante la última década: “La proverbial lentitud de las instancias judiciales en los sistemas latinoamericanos se convierte también en una forma de denegación de justicia. Aunque el problema no es exclusivo de esta región del continente americano, el inveterado formalismo de los regímenes judiciales, producto en parte de la herencia patrimonialista española, ha terminado por crear un sistema procesal cuya comprobada ineficacia representa un obstáculo adicional para el desarrollo económico. El oportuno reconocimiento de esta realidad ha forzado al Estado colombiano a adoptar mecanismos novedosos para resolver litigios que, de otra forma, quedarían sujetos a instancias letárgicas, incompatibles con la celeridad que demanda el tráfico. Este aserto es particularmente válido respecto del Derecho Societario, en el que se requieren soluciones rápidas, en especial, para evitar la ruina intencional y fraudulenta de las sociedades demandadas o la aplicación de tantas otras argucias tendientes a hacer nugatorios los derechos de quienes acuden a la instancia judicial. A ello debe agregarse la complejidad de los trámites que se debaten ante los jueces, por lo general caracterizados por importantes componentes económicos, financieros o contables. El carácter interdisciplinario de estos asuntos sumado a la existencia de regulaciones extensas en los ámbitos societario, financiero y bursátil, da lugar a un entorno analítico complejo y, en ocasiones, de difícil práctica. Estas condiciones son propicias para la aplicación de soluciones alternativas que permitan superar el referido letargo y la frecuente falta de calificación en estas materias, especialmente en las instancias inferiores” (Alan R. Palmiter y Francisco Reyes V., *Arbitraje comercial y otros mecanismos de resolución de conflictos societarios en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones de la Cámara de Comercio, 2001, P. 7-8).



La asignación de todas estas facultades jurisdiccionales a la Superintendencia no es sino la respuesta indispensable a un problema de virtual denegación de justicia que aqueja al sistema desde hace décadas y que no tendrá solución expedita ni siquiera en el mediano plazo. Además, es una importante contribución normativa a la descongestión de despachos judiciales.

Según lo hemos sostenido en otra parte, uno de los principales factores que afectan negativamente la aplicación efectiva de las pautas de “gobierno corporativo” en esta región tiene que ver con la debilidad de la infraestructura institucional, así como con la escasa eficacia de las normas sustantivas<sup>43</sup>. Colombia no es excepción en materia de administración de justicia. El sistema judicial se caracteriza por conflictos entre las cortes, prolongadas huelgas y, sobre todo, gran lentitud de los procesos. Estos se dilatan con frecuencia, para perplejidad y asombro de quienes esperan una decisión justa y proferida en plazos razonables. Estas tardanzas injustificadas resultan muy nocivas en todos los ámbitos del derecho privado. Pero en materia de sociedades y concursos, son particularmente nefastas<sup>44</sup>. Es apenas obvio que en estos ámbitos las partes no pueden darse el lujo de esperar a que transcurran lustros antes de obtener una determinación final.

Por fortuna, desde hace varias décadas el país ha avanzado muy significativamente en la *desjudicialización* de los conflictos. Desde el Código de Comercio de 1971 se previó la posibilidad de adelantar procesos concursales ante la Superintendencia de Sociedades. Más adelante, el decreto 350 de 1989, la Ley 222 de 1995 y la ley 550 de 1999, mantuvieron la filosofía de relegar el trámite judicial a mecanismo subsidiario en la resolución de procesos de insolvencia. Los resultados de esta atribución de facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas, permitidas por expreso mandato constitucional desde 1991, han sido muy favorables en la tramitación de procesos de reestructuración, aunque no tan expeditos en los de liquidación de sociedades.

---

<sup>43</sup> Francisco Reyes, “Corporate Governance in Latin America: A Functional Analysis”, *The University of Miami Interamerican Law Review*, Invierno de 2008, Volumen 39, Número 2, P. 250. “En la literatura jurídica se han identificado las principales falencias de las normas *sustantivas* que afectan al *gobierno corporativo* en los países de América Latina. Existe consenso sobre la necesidad de introducir cambios normativos sustanciales que conduzcan a una mayor competitividad de las sociedades en esta región, dentro de un entorno global, de manera que puedan tener acceso a los mercados financieros internacionales. Sin embargo, no se ha enfatizado suficientemente en la necesidad de desarrollar mecanismos efectivos para hacer valer estas normas” (Ibídem, P. 251).

<sup>44</sup> No en vano el profesor John Cofee le atribuye al sistema de ejecución y cumplimiento de las normas societarias una importancia crucial en el desarrollo de los sistemas financieros y estima que en aquellos países en que existe una infraestructura institucional suficientemente sólida, el costo del capital se reduce. En palabras de Cofee, “la variable jurídica relacionada con el cumplimiento forzado de las normas (*level of enforcement*), permite distinguir una jurisdicción de otra, de modo de explicar las diferencias nacionales en el costo del capital (especialmente entre países de tradición civilista y anglosajona)...” (*Law and the Market: The Impact of Enforcement*, Working Paper No. 304, The Center for Law and Economic Studies, Columbia University School of Law, April 4, 2007, P. 6).

En todo caso, las estadísticas han demostrado de modo invariable que la Superintendencia es más eficiente y rápida que la jurisdicción ordinaria en la administración de estos trámites. Por lo demás, la jurisprudencia sentada en estos fallos suele ser coherente con los precedentes de la misma entidad y con la doctrina que periódicamente se publica en medios impresos y en portales de Intranet<sup>45</sup>.

La Ley 446 de 1998 al aumentar las atribuciones jurisdiccionales en cabeza de las superintendencias, ha permitido el desarrollo y aplicación de ciertos procedimientos tan expeditos que, en ocasiones, han sido incluso más eficientes que los mismos procesos de arbitramento comercial. Aparte de las importantes facultades atribuidas a las superintendencias en materia de conciliación, protección de accionistas minoritarios, designación de peritos y declaratoria de disolución, la verdadera innovación de esa norma estuvo en los procesos de impugnación de decisiones de asamblea y junta de socios. Ha sido tal vez en este ámbito en el que los mayores efectos de demostración se han cumplido. Además de los evidentes beneficios en términos de celeridad de las instancias procesales, la Superintendencia de Sociedades ha dado pruebas de rigor técnico e imparcialidad. La Ley 1116 de 2006 sobre procesos de insolvencia, persevera en la filosofía de *desjudicialización* presente en las normas que la precedieron. También es interesante señalar cómo el proceso de declaratoria de responsabilidad subsidiaria de las matrices en concursos de sociedades filiales ha sido *desjudicializado* por medio de la precitada ley. Será ahora la Superintendencia de Sociedades como juez del concurso, la encargada de adelantarlos. Es probable que en este nuevo procedimiento, se demuestren las bondades de un mecanismo bien intencionado que durante más de diez años de vigencia de la Ley 222 de 1995, no ha tenido sino muy precarios desarrollos merced a la errática jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es de esperar que el novedoso trámite permita que se produzcan pronunciamientos rápidos en materia de desestimación de la personalidad jurídica de sociedades subordinadas, de modo que pueda evitarse la interferencia inconveniente de la jurisdicción constitucional.

Claro que el futuro de todos estos procedimientos dependerá, en buena parte, de la forma en que sean administrados por la superintendencia que está a cargo de fallarlos. Según la autorizada opinión de Rafael La Porta, la honestidad de los jueces y su efectividad (medida en términos de aplicación de las

---

<sup>45</sup> Ciertamente, la labor de la entidad ha sido particularmente edificante en la interpretación continuada de las normas mercantiles. No es extraña la circunstancia de que la verdadera *jurisprudencia* en materia de sociedades no aparezca, por lo general, en sentencias judiciales, sino en las providencias que la Superintendencia profiere en ejercicio del control de legalidad y en la no menos importante labor de absolver consultas. Robert Charles Means ha puesto de presente la importante contribución de la entidad en el desarrollo del Derecho Societario colombiano al señalar que, “la capacidad del sistema legal colombiano para lograr un desarrollo integral en esta área del derecho, reposa esencialmente en el adecuado cumplimiento de la función interpretativa por parte de la superintendencia” (*Underdevelopment and the Development of the Law*, P. 286).

sentencias judiciales), “son elementos necesarios para un sistema de Derecho Societario”<sup>46</sup>. Su ausencia constituye hoy un problema real especialmente en países en vías de desarrollo<sup>47</sup>. Para el Profesor Luca Enriques, resulta indispensable tener en cuenta las características del denominado “buen juez de sociedades”, cuyo entrenamiento práctico específico, formación profesional e independencia son necesarios para administrar adecuadamente reglas modernas de Derecho de Sociedades<sup>48</sup>. Estas características permiten sustraer al funcionario judicial del inveterado formalismo propio de las jurisdicciones más atrasadas del derecho Romano-Germánico. Por el contrario, varias jurisdicciones de Derecho Civil, por ejemplo, en países del norte de Europa, se consideran eficientes en el propósito de evitar indebidas transferencias de valor y otras conductas oportunistas en que pueden incurrir los “agentes” (administradores y accionistas mayoritarios).

Otra opción, expresamente prevista en la Ley SAS, consiste en la posibilidad de convenir la cláusula compromisoria en los términos del artículo 40 del estatuto citado. Esta norma permite que todas las diferencias que ocurran entre los accionistas, o frente a la sociedad o 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 encuentra, 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 233 de la Ley 222 de 1995 y 194 del Código de Comercio<sup>49</sup>. La imposibilidad de dirimir ante paneles de arbitraje las diferencias surgidas con ocasión de determinaciones de asamblea y junta de socios había implicado hasta ahora que buena parte de los conflictos societarios quedaran por fuera de la cláusula compromisoria. Se espera que la ampliación del ámbito de competencias que se le pueden atribuir a los árbitros dé lugar a una jurisprudencia fructífera y útil para los accionistas de la SAS<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Citado por Luca Enriques, “Off the Books But On the Record: Evidence from Italy on the Relevance of Judges to the Quality of Corporate Law, en *Global Markets. Domestic Institutions*”, *Corporate Law and Governance in a New Era of Cross-Border Deals*, Columbia University Press, New York, 2003, pág 258-259.

<sup>47</sup> Buscaglia y Daklias, citados por Luca Enriques, op.cit., pág 259.

<sup>48</sup> Luca Enriques, op.cit., p. 257-294.

<sup>49</sup> La norma es del siguiente tenor: “las acciones de impugnación previstas en este capítulo 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 lo procesos abreviados”.

<sup>50</sup> No hay duda de que es, precisamente, en el seno del máximo órgano social donde pueden darse la mayor cantidad de conflictos societarios. La preeminencia que la legislación local le atribuye a las asambleas y juntas de socios hace que sea allí donde se ventilen las diferencias principales entre los asociados. En muchas ocasiones el formalismo de la legislación contenida en el Código de Comercio hace que se aprovechen nimias pequeñeces para estructurar litigios de gran impacto en la validez de las decisiones sociales. Es de esperar que la posibilidad de

En síntesis, se trata de un experiencia altamente satisfactoria, tanto por el número de sociedades constituidas como del aumento de la formalización y creación de nuevos modelos de negocio. Por lo demás, la existencia de proyectos de ley modelo en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la Organización de Estados Americanos demuestra que el sistema de la SAS podría utilizarse en otros países.

---

dirimir tales conflictos ante órganos jurisdiccionales calificados permita la prevalencia de las normas sustanciales sobre las meras formalidades.