

Flexibilización societaria. Un acercamiento a la Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la intervención de la Superintendencia de Sociedades¹

***Corporate flexibility. An approach to simplified actions corporations
from the regulation of Colombian Superintendence of Corporations.***

***Flexibilisation sociétaire. Une approximation à la Société par Actions
Simplifiée à partir de l'intervention de la Superintendance des Sociétés.***

*Norma Nieto Nieto²
Esteban Isaza Ramírez³*

Resumen

Este trabajo pretende mostrar las principales construcciones que en torno a la figura de la Sociedad por Acciones Simplificada ha desarrollado la Superintendencia de Sociedades colombiana a partir de sus conceptos emitidos desde el 6 de diciembre de 2008 hasta el 22 de febrero de 2010. Es uno de los productos de un proyecto de investigación que indaga sobre las garantías constitucionales para el derecho de libre asociación de los accionistas en la Ley 1258 de 2008 y permite concluir que todos los elementos jurídico económicos que definen el perfil de este tipo societario no son aún

-
- 1 Este artículo es uno de los resultados del proyecto de investigación denominado: "Derechos de los accionistas en la Ley 1258 de 2008, desarrollado en la línea de investigación en derecho de la empresa de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit. Intervienen como investigadores principales Ramiro Rengifo y Norma Nieto Nieto. Cuenta con financiación interna de la dirección de investigaciones de Eafit y está propuesto para desarrollarse entre el 20 de enero y el 10 de diciembre de 2010.
 - 2 Norma Nieto Nieto es abogada de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana y en la actualidad adelanta estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Correo electrónico: nnietoni@eafit.edu.co
 - 3 Esteban Isaza Ramírez es estudiante de último semestre de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit, miembro del semillero de investigación en derecho privado y participa como auxiliar de investigación en el proyecto. Correo electrónico: eisazar1@eafit.edu.co

Este artículo fue recibido el día 19 de febrero y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria n.º. 10 del 18 de mayo de 2010.

claros para los agentes económicos y la Superintendencia de Sociedades empieza tímidamente a ofrecer algunos criterios orientadores.

Palabras claves: sociedad por acciones simplificada, derechos de los accionistas, conceptos Superintendencia de Sociedades.

Abstract

This paper aims at showing the main constructs that the Colombian Superintendence of Companies has developed around the figure of the Simplified Joint Stock Company from their concepts issued from December 6, 2008 to February 22, 2010. It is one of the products of a research project that explores the constitutional guarantees to the right of free association of shareholders in the Law 1258, 2008 and allows to conclude that the economic and legal elements that define the profile of this type of company are not yet clear for the all economic operators and the Superintendence of Companies begins timidly to offer some guiding criteria.

Key Words: simplified joint stock company, shareholder rights, concepts of the Superintendence of Companies.

Résumé

Ce document prétend montrer les principaux constructions développés par la Surintendance de Sociétés Colombiennes autour de la figure de la société par actions simplifiée, à partir de leur concepts émis du 6 décembre 2008 au 22 février 2010. Il est l'un des produits d'un projet de recherche qui explore les garanties constitutionnelles pour le droit de libre association des actionnaires dans la Loi 1258 du 2008. Il permet de conclure que tous les éléments juridiques et économiques qui définissent le profil de ce type de société, ne sont pas encore clairs pour les agents économiques, alors la Surintendance des Sociétés timidement à offrir des critères d'orientation. **Mots clés:** société par actions simplifiée, droits des actionnaires, concepts de la Surintendance de Sociétés.

Sumario

Introducción. 1. Tendencias hacia la flexibilización societaria en Colombia. 1.1. La Empresa unipersonal. Primer intento de superación de contractualismo y flexibilización de requisitos. 1.2. Las sociedades de pequeñas dimensiones. Los tropiezos del legislador. 1.3. La Sociedad por Acciones Simplificada. Unipersonalidad y flexibilización de requisitos. 2. La Sociedad por Acciones Simplificada y función consultiva de la Superintendencia de Sociedades. 2.1. Formalidades para la creación y transformación a SAS. 2.2. Tipología de acciones y derechos de los accionistas. 2.2.1. Tipos de acciones de la Ley 1258 de 2008. 2.2.2. Derechos de los accionistas. 2.3. Transformaciones y conversiones a SAS. 2.4. Artículo 46 de la Ley 1258 de 2008. 3. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El 5 de diciembre de 2008 se expidió en Colombia la Ley 1258 que crea las sociedades por acciones simplificadas, la irrupción de este tipo en el derecho societario colombiano permite ampliar las opciones disponibles⁴ para los ciudadanos en cuanto a esquema de riesgo, forma de administración y estructura de capital de los entes con personificación jurídica para el desarrollo de emprendimientos comerciales diversos. Además, incluye importantes flexibilizaciones en cuanto a los requisitos de constitución de sociedades⁵ y define el registro del documento que contiene el acto constitutivo ante la Cámara de Comercio del domicilio principal como único trámite para el surgimiento, publicidad y oponibilidad de la persona jurídica societaria.

Además la *Sociedad por Acciones Simplificada* permite por primera vez en Colombia, de forma técnica y clara, la constitución de sociedades unipersonales

4 Empresas unipersonales, Artículo 71 y siguientes de la Ley 222 de 1995; sociedades: colectivas, anónimas, de responsabilidad limitada, comanditas simples y por acciones regidas por las normas contenidas en el libro II del Código de Comercio; sociedades plurales de pequeñas dimensiones: colectivas, anónimas y de responsabilidad limitada a partir de la Ley 1014 de 2006 y el Decreto 4463 del mismo año y sociedades por acciones simplificadas autorizadas por la Ley 1258 de 2008.

5 Autorización para constitución por escrito privado, con duración indefinida y para el desarrollo de un objeto indeterminado siempre que comprenda actos lícitos de comercio Artículos 1y 5 Ley 1258 de 2008.

nacidas de actos unilaterales de voluntad. El Artículo 98 del Código de Comercio vigente en Colombia, Decreto 410 de 1971, adhiere a la teoría *contractualista de las sociedades* en virtud de la cual las sociedades son un contrato y prescribe como requisitos de la esencia: pluralidad de sujetos que hagan un aporte con el ánimo de obtener utilidades a partir del desarrollo de una actividad económica. A su vez el sujeto que surge luego de otorgar la escritura pública de constitución conforme a los artículos 98 y 110 del Código ha nacido en virtud de un contrato. Sin embargo, aún desde el proyecto de Código de Comercio de 1958 se discutía en Colombia sobre una eventual superación del requisito de pluralidad a partir de corrientes internacionales y locales que defendían la *teoría de la institución o debilitamiento de la teoría contractualista*. Sin embargo, los redactores del proyecto de código en la exposición de motivos insistieron en conservar la adhesión a la pluralidad⁶ de sujetos como requisito de existencia.

Este trabajo se divide en tres partes principales. La primera abordará el tema de las tendencias normativas hacia la flexibilización societaria en Colombia; la segunda, un acercamiento a la figura de la sociedad por acciones simplificada desde el análisis de los conceptos que sobre el tema ha emitido la superintendencia de sociedades y la tercera presenta las principales conclusiones del trabajo.

Tendencias hacia la flexibilización societaria en Colombia

Desde antes de la Ley 222 de 1995 se pueden identificar varios eventos de unipersonalidad y flexibilización societaria en Colombia. El Artículo 218 del Código de Comercio consagra las causales generales de disolución de las sociedades. En su numeral 3 preceptúa: “Por reducción del número de asociados a menos del

6 “Este primer capítulo tiene por objeto algunas nociones y principios generales que encuadran el negocio jurídico de formación de una sociedad comercial dentro de los contratos regulados por el derecho privado. Desde la misma denominación del capítulo se define la cuestión que se ha discutido en la doctrina moderna en el sentido de que la sociedad se forma por un contrato que da forma al *animus societatis* y que regula los diversos ángulos de ese acuerdo de voluntades que la comisión no ha querido emancipar de la técnica del contrato y encuadrar dentro de nociones que, como la de la institución, tienen precisamente el defecto de ser cómodas para la especulación doctrinal porque son demasiado vagas, según la justa censura de Savatier y de Ripert” (Cock, 1958).

requerido en la ley para su formación o funcionamiento o por aumento que exceda el límite máximo fijado en la misma ley”. A su vez, el Artículo 220 indica que la causal contenida en el numeral 3 del Artículo 218 es subsanable siempre que los asociados adopten las modificaciones del caso, según las reglas prescritas para las reformas, y que el acuerdo se formalice dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal. Por tanto, a las sociedades se les permite existir con un solo asociado hasta por un término de seis meses, y aquí el legislador no ve inconveniente a la excepción a la regla del Artículo 98 del Código de Comercio⁷.

La Ley 142 de 1994 en el capítulo I, denominado “Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos”, creó una sociedad específica para la prestación de los servicios públicos domiciliarios. El Artículo 17 de la citada ley las define como *sociedades por acciones*, cuyo objeto social consiste en la prestación de servicios públicos, sujetas a intervención y vigilancia especiales por parte del Estado. Para estas sociedades, el legislador crea algunas flexibilizaciones⁸: el término de duración puede ser indefinido; la constitución puede hacerse por escrito privado; al momento de su constitución pueden definir libremente la parte del capital autorizado que se suscribe y las acciones que deberán pagarse en el momento de la suscripción, así como el plazo para la financiación; la causal de disolución por concentración del 95% o más del capital en un solo accionista no se aplica; la disolución no impide desarrollar el objeto social⁹, como ocurre con las demás sociedades comerciales, en virtud del Artículo 222 del Código de Comercio. Sin embargo, es claro que esta ley no acepta la unipersonalidad, pues prescribe como causal de disolución el caso en que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un solo accionista.

7 En Brasil se concede un término de un año para subsanar la causal de disolución por reducción del número de accionistas a uno (Ley de sociedades anónimas 6404 de 1976, artículo 206). Argentina concede un término de tres meses para enervar esta misma causal (Ley de sociedades comerciales 19.550 de 1984 artículo 94). Por su parte, la legislación peruana establece un término de seis meses para restablecer la pluralidad (Ley 16.123, artículo 312).

8 Artículos 19 y 20 de la Ley 142 de 1994.

9 Al contrario, los administradores están obligados a realizar todos los actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la prestación de los servicios a cargo de la empresa (artículo 19-13 de la Ley 142 de 1994).

Pero los eventos normativos contundentes¹⁰, a efectos de nuestro objeto de estudio, son los que crean la empresa unipersonal, las sociedades de pequeñas dimensiones de la Ley 1014 de 2006, y las Sociedades por Acciones Simplificadas.

La empresa unipersonal. Primer intento de superación de contractualismo y flexibilización de requisitos

La Ley 222 de 1995 incluye una importante novedad en el derecho mercantil colombiano al reconocer personalidad jurídica a las empresas unipersonales. La creación legal de este ente atendió una realidad económica vigente desde tiempo atrás, según la cual en algunas sociedades comerciales no existía un sustrato real para las aportaciones y gestión plurales. De tal suerte que los empresarios individuales requerían un instrumento legal que les permitiera adquirir personalidad jurídica con la consecuente separación patrimonial y limitación del riesgo hasta el monto de los bienes destinados a la actividad mercantil.

El proyecto de Ley 119 de 1993 Cámara de Representantes, de reforma al Código de Comercio, publicado en la *Gaceta del Congreso* 381 del 4 de noviembre de 1993, antecedente de la Ley 222 de 1995, planteaba la posibilidad de contar con verdaderas sociedades unipersonales, como las consagradas por la Duodécima Directiva de la Comunidad Europea¹¹ (Consejo de la Comunidad Europea, 1989) y acogidas en otras legislaciones europeas y latinoamericanas. En los debates se había discutido también la posibilidad de estructurar la figura como un patrimonio de afectación. Finalmente, se optó por la *empresa unipersonal* con reconocimiento

10 El artículo 69 de la Ley 222 de 1995 que modifica el artículo 429 del Código de Comercio incluye una interesante autorización a la Asamblea General de Accionistas para que sesione y delibere válidamente en reuniones de segunda convocatoria con uno o varios socios cualquiera sea el número de acciones representadas. Lo que implica que acepta también algún grado de unipersonalidad societaria.

11 Artículo 2: 1. La sociedad podrá constar de un socio único en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular (sociedad unipersonal). 2. Hasta una posterior coordinación de las disposiciones nacionales en materia de derecho de agrupaciones, las legislaciones de los Estados miembros podrán prever disposiciones especiales o sanciones: a. cuando una persona ficticia sea socio único de varias sociedades o; b. cuando una sociedad unipersonal o cualquier otra persona jurídica sea socio único de una sociedad (Consejo de la Comunidad Europea, 1989).

de personalidad jurídica, con lo cual el legislador pretendió darle a la figura un manejo más sencillo y práctico, desde el punto de vista comercial¹².

Puede ser constituida por “una persona natural o jurídica que reúna las calidades para ejercer el comercio” (artículos 10 al 18 del Código de Comercio), que destine parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil; (Artículo 20 y siguientes del Código de Comercio). Los bienes destinados para la realización de actos de comercio serán de titularidad de la empresa, porque constituirán su capital, y respecto al constituyente único, serán sustituidos por los derechos que al mismo le corresponden en la empresa. Goza de una estructura que permite la limitación de la responsabilidad del empresario único a los bienes que éste aporte, de modo que sólo tales bienes podrán ser perseguidos por los acreedores de la empresa.

El Artículo 72 permite que el objeto de la empresa unipersonal sea indeterminado, al admitir que cualquier tipo de acto de comercio puede ser realizado por ella. Esto la diferencia claramente de los tipos societarios, a los que se les exige precisión del objeto de su actividad comercial, teniendo en cuenta que en virtud de él se verá limitada su capacidad. La personalidad jurídica de la empresa unipersonal se adquiere una vez sea inscrito el documento constitutivo en el registro mercantil ante la Cámara de Comercio de su domicilio principal. La constitución de la empresa unipersonal es solemne, y una vez inscrita en el registro mercantil forma una persona jurídica distinta de su propietario, puede tener una duración indefinida y constituirse por escrito privado.

Actualmente se discute acerca de la función económica que cumple esta figura a partir de la autorización legal para la constitución de sociedades por acciones simplificadas unipersonales, pues ofrecen las mismas flexibilizaciones de requisitos, mayor posibilidad de concentración del riesgo hasta el monto de los aportes, eficiencia económica en cuanto a la supresión de órganos y trámites y una estructura de capital flexible con amplio margen de financiación y posibilidad de representación del capital en acciones.

12 La Corte Constitucional consideró al respecto: “El resultado final fue el de un tratamiento más cercano a la sociedad mercantil que al de empresa como se verá más adelante, así su nombre haya permanecido caracterizado como *empresa unipersonal*”. (Corte constitucional colombiana 1998, p. 10)

Para efectos de este capítulo la empresa unipersonal es importante, además de los elementos anotados, por cuanto las normas que la crean y regulan sirven de sustento normativo a las sociedades de pequeñas dimensiones de la Ley 1014 de 2006.

Las sociedades de pequeñas dimensiones. Los tropiezos de legislador

El 26 de enero de 2006 se expide en Colombia la Ley 1014 para el fomento de la cultura del emprendimiento, en su artículo 22 consagra una norma de desafortunada técnica legislativa, a partir de la cual se propusieron interpretaciones diversas que permitían sostener la creación legal de las denominadas *sociedades unipersonales del emprendimiento*. La norma prescribe que a partir de su vigencia podrán constituirse sociedades de pequeñas dimensiones¹³ bajo los tipos de colectiva, anónima y de responsabilidad limitada con las flexibilizaciones que confiere la Ley 222 de 1995 para *Empresas Unipersonales*. Hasta aquí es posible concluir que el legislador en su interés por cumplir un fin constitucional del Estado, cual es el fomento a las micro, pequeñas y medianas empresas, acudió a mecanismos creados para otro tipo de ente artificial que implican flexibilizaciones y eficiencias económicas a favor de los emprendedores.

El párrafo de la misma norma que comentamos indica: “en todo caso, cuando se trate de Sociedades en Comandita se observará el requisito de pluralidad previsto en el artículo 323 del Código de Comercio”. Tal afirmación permite sostener que en los demás tipos (anónimas, colectivas, y de responsabilidad limitada) no tendrá que respetarse la pluralidad, y entonces es viable afirmar que se crearon por la mencionada ley las sociedades unipersonales en Colombia. El párrafo incurre en el error de identificar en el artículo 323 una norma que determina la pluralidad de constituyentes para las sociedades comanditas, cuando en realidad se refiere a las diversas tipologías o especies de socios que deben existir para que el esquema de administración y asunción de responsabilidad propio de este tipo societario pueda operar.

13 “[...] que de conformidad a lo establecido en el artículo 2° de la Ley 905 de 2004 tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activos totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes”. (Artículo 22 Ley 1014 de 2006).

Estas imperfecciones de técnica legislativa generaron el ambiente propicio para discusiones de la doctrina en torno a la verdadera existencia de las sociedades unipersonales en Colombia, que fueron en parte superadas con la expedición del Decreto 4463 del 15 de diciembre de 2006, mediante el cual se reglamentó el artículo 22 de la Ley 1014 del mismo año. Esta vez sin mayores imperfecciones textuales la norma hace explícita la autorización legal para la constitución y funcionamiento en Colombia de las sociedades plurales y singulares de pequeñas dimensiones con las flexibilizaciones propias de la *empresa unipersonal*, bajo los tipos reglados en el libro segundo del Código de Comercio, adicionando a su denominación o razón social la letra “U”. Sin embargo, el decreto superó la norma que pretendía reglamentar en cuanto creó expresamente las sociedades unipersonales que el artículo 22 de la Ley 1014 no autorizó sino que fueron derivadas de una interpretación de su imperfecto texto. No obstante, los agentes económicos iniciaron constituciones de estas sociedades plurales y singulares desde la entrada en vigencia del decreto¹⁴.

La Corte Constitucional conoció de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por un ciudadano en contra del mencionado artículo 22 (Corte Constitucional Colombiana 2007), quien argumentaba que la norma violaba el principio constitucional de unidad de materia que debe respetar el legislador y los derechos de libre asociación y libertad de empresa. La Corte consideró que no se vulneraban tales preceptos constitucionales, pero procedió a puntualizar la interpretación que entendía apropiada para la norma censurada. Según el Tribunal, la autorización para la constitución conforme a las normas de la Ley 222 de 1995 implicaba solamente la flexibilización en cuanto a las formalidades en tanto podían constituirse por escrito privado registrado ante la Cámara de Comercio del domicilio principal. No obstante, en la parte resolutive de la sentencia no declaró una constitucionalidad condicionada. La sentencia no produjo ningún efecto en la actitud de los agentes económicos quienes continuaron constituyendo sociedades del emprendimiento unipersonales, las cámaras de comercio las registraron e incluso la Superintendencia de Sociedades se pronunció a favor de su conformación legal (Superintendencia de Sociedades, 2007).

14 Durante 2007 en Medellín se constituyeron 36 sociedades unipersonales bajo la Ley 1014 de 2006. Para un estudio más detallado ver (Nieto, 2008).

El Artículo 46 de la Ley 1258 de 2008 pretendió terminar con las sociedades de la Ley 1014 de 2006 al indicar que a partir de la vigencia de la Ley, 5 de diciembre de 2008, no pueden constituirse sociedades unipersonales con fundamento en el artículo 22 de la citada Ley, además, indica que las que ya estaban constituidas para esa fecha contaban con un término de 6 meses para transformarse en sociedades por acciones simplificadas. Aunque el texto de la Ley es desafortunado, pues no indica la consecuencia derivada de su desacato y coarta la autonomía de la voluntad de los constituyentes al ordenarles una transformación hacia un tipo societario concreto; la Corte Constitucional (Corte Constitucional Colombiana 2010b) en sentencia C- 597 de 2010¹⁵ determina que aquellas que no se transformaron en el tiempo estipulado en el mencionado artículo se encuentran en causal de disolución anticipada

Sobre este tema se había pronunciado previamente la Superintendencia de Sociedades en el concepto 220 – 126980, del 26 de octubre de 2009, en el que defendió que, una vez vencido el plazo de los 6 meses, las sociedades constituidas al amparo de la Ley 1014 de 2006 que no se hayan transformado en SAS estarían inmersas en una causal de disolución y deberían proceder a su consiguiente liquidación. Nos abstendremos en este aparte de hacer comentarios respecto a este pronunciamiento, pues nos dedicaremos a ellos en los subcapítulos 2.3 y 3.4 de este trabajo.

La Sociedad por Acciones Simplificada. Unipersonalidad y flexibilización de requisitos

A finales de 2008 y luego de un largo proceso legislativo, el Proyecto de Ley 211 de 2007 Senado, luego de algunas modificaciones se convirtió en la Ley 1258 que crea las sociedades por acciones simplificadas. Este nuevo tipo societario acoge las flexibilizaciones de constitución propuestas por la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales, define de una buena vez la irrupción en el derecho mercantil colombiano de la unipersonalidad societaria y propone un esquema organizativo, de responsabilidad y estructura de capital que acoge tendencias que privilegian la teoría de la “*sociedad contrato*” como una posibilidad de superar el exceso de

15 A la fecha no se ha difundido el texto definitivo de la Sentencia de que fue ponente el magistrado Nilson Pinilla Pinilla, expediente 7979

predeterminación legislativa de los tipos y de facilitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los constituyentes.

La Ley 1258, además de las flexibilizaciones arriba anotadas, para las empresas unipersonales y las sociedades de pequeñas dimensiones, incluye unas reglas de configuración del tipo novedosas en Colombia en comparación con el régimen societario vigente en el libro segundo del Código de Comercio y la Ley 222 de 1995¹⁶, tales como: limitación de la responsabilidad de los socios hasta el monto de sus aportes aún en relación con impuestos y acreencias laborales; desestimación de la personalidad; voto múltiple; creación de nuevos tipos de acciones: con dividendo fijo anual, con voto múltiple y de pago, abolición de la pluralidad para quórum; renuncia a la convocatoria a reuniones; capital flexible en cuanto a la proporción entre autorizado suscrito y pagado y ampliación del plazo para su financiación.

Esta configuración del nuevo tipo según Reyes Villamizar (2009), redactor de los proyectos que antecedieron a la ley pretende: facilitar la creación y funcionamiento de las empresas, favorecer la innovación empresarial, mejorar la competitividad del sistema económico colombiano, prevenir los conflictos intrasocietarios, incluir figuras del mundo actual, suprimir algunas prohibiciones legales que han desmotivado la inversión, facilitar un esquema flexible para actividades de grandes dimensiones; mediante una regulación leve y dispositiva que permita una amplísima libertad contractual favoreciendo el predominio de la autonomía de la voluntad sobre reglas de orden imperativo (*teoría de la sociedad contrato*).

Del texto de la ley surgieron equivocadas interpretaciones según las cuales la estructura de este tipo no contaba con un órgano de control interno obligatorio, la revisoría fiscal, a efectos de la vigilancia de la gestión de los administradores para los accionistas. La Superintendencia de Sociedades emitió el 11 de febrero de 2009 el concepto 220-039060 para absolver una consulta formulada por un ciudadano sobre el tema. El mismo pronunciamiento sirvió de base al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para proponer el contenido del Decreto 2020 del 2 de junio de 2009 con el que pretendió dar solución a la inquietud que comentamos. En esta controversia es claro que los intérpretes quisieron extender

16 Aplicable a las sociedades, colectivas, comanditas simples y por acciones, de responsabilidad limitada, y anónimas, que siendo plurales superen los requisitos dimensionales de la Ley 1014 de 2006, o que cumpliéndolos no se hayan constituido bajo sus reglas.

las pretensiones eficientistas de la reducción de órganos y funcionarios al tema de la revisoría fiscal y que el gobierno con su decreto solucionó en parte la incertidumbre generada por la ligereza interpretativa al indicar que: “la Sociedad por Acciones Simplificada únicamente estará obligada a tener Revisor Fiscal cuando (I) 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” (Presidencia de la República, 2009). En el mismo decreto se crea otra confusión importante respecto a la idoneidad profesional que han de ostentar los revisores fiscales y los encargados de expedir certificaciones en las sociedades por acciones simplificadas que no están obligadas a contar con aquellos. El análisis de este problema será abordado en el acápite sobre la participación de la Superintendencia de Sociedades en el desarrollo de la SAS.

Durante el primer año de vigencia de la Ley 1258 se cuestionó la constitucionalidad de los artículos 40 y 46. El primero confiere atribuciones a la Superintendencia de Sociedades para que mediante el trámite del proceso verbal sumario resuelva las diferencias y conflictos ocurridos entre los asociados o entre estos y la sociedad o sus administradores, salvo que se haya pactado arbitramento o amigable composición al efecto.

La Corte Constitucional conoció la acción de inconstitucionalidad interpuesta por un ciudadano contra el aparte del texto del Artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 que se resalta:

Artículo 40. Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, **incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales**, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos (Negrilla fuera del texto).

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.

Cuatro fueron los cargos que el accionante propuso contra el aparte señalado de la norma: 1. Lo acusó de violentar el Artículo 1° de la Constitución, en la

medida que la exclusividad que otorga la Ley 1258 de 2008 a los tribunales de arbitramento para resolver los conflictos societarios, atenta contra el ideal del Estado Social de Derecho. Y que al verse envuelto en aquellos desacuerdos el orden público, lo debido es que sean competencia de los jueces. 2. Según el actor, contradice el Artículo 13 de la Constitución, en tanto vulnera los intereses de los accionistas minoritarios, toda vez que por la naturaleza del arbitraje se les pone en condiciones desiguales que las de los mayoritarios; además da un trato dispar a las Sociedades por Acciones Simplificadas respecto a las demás sociedades comerciales del Código de Comercio, toda vez que la norma establece un imperativo contrario al Artículo 194 de dicho ordenamiento. 3. Contradice el Artículo 29 de la Carta Política, dado que el proceso natural para conocer de las impugnaciones de las decisiones societarias está dado ante la jurisdicción o ante la Superintendencia de Sociedades y dada su naturaleza, por la que se determina la validez o legitimidad de una decisión, no pueden ser materia de un tribunal de arbitramento. Y 4. Atenta contra los artículos 228 y 229 de la Constitución, puesto la existencia de cláusulas de tal naturaleza en los estatutos de una sociedad comercial, no permite que los accionistas acudan a la jurisdicción para debatir sobre las decisiones de los órganos sociales, aun cuando dicho acceso debe ser garantizado por mandato fundamental. La Corte Constitucional, al estudiar los cargos formulados, encuentra que 1, 2, en lo atinente a la desigualdad entre accionistas minoritarios y mayoritarios, y 3 son improcedentes por fallas en los presupuestos necesarios para formular una demanda de constitucionalidad. Los demás constituyen los problemas jurídicos que dan pie a la sentencia.

Para la Corte Constitucional, son 3 los problemas para analizar a partir de los cargos formulados, a saber: 1. ¿El aparte señalado, al referirse a materias de orden público, que no pueden abandonar la jurisdicción estatal, viola el principio de competencia jurisdiccional? 2. ¿La norma acusada restringe el acceso a la administración de justicia? Y 3. ¿La norma establece un trato desigual injustificado para la SAS frente a las demás sociedades comerciales?

Frente al primer problema, plantea la Corte que por principio el legislador goza de una libertad de configuración en materia procesal, que se encuentra limitada por los imperativos constitucionales que la rigen. Así, si bien la Ley 270 de 1996, en el Artículo 13 establecía que solo podría ser materia de arbitramento aquello que por naturaleza fuera transigible, el Artículo 6 de la Ley 1285 de 2009 modificó

tal parámetro y fijó que era el legislador quien podría determinar los asuntos de competencia de los métodos alternativos de solución de conflictos, en la medida que se respetaran los principios constitucionales que integran el debido proceso. Frente a ambas perspectivas, en su momento la Corte consideró en la sentencia C-378/08, que las impugnaciones de las decisiones de los órganos sociales eran asuntos que no se podían resolver por transacción. Ahora, la nueva ley estatutaria de justicia ha hecho que no solo se considere tal asunto como ajeno al orden público, sino que corresponda al legislador determinar los asuntos que sean competencia del arbitramento y por tanto no vulnera el Artículo 29 de la Constitución.

Con respecto al segundo problema, considera la Corte que al ejercer los tribunales de arbitramento función jurisdiccional, una disposición en virtud de la cual se acuda a ella no se hace nunca restrictiva del acceso a la administración de justicia. Para el caso aquellas disposiciones deben ser producto de una manifestación libre de la voluntad, de forma que se hace ilegal toda imposición que obligue a que se resuelvan los conflictos por una vía que no sea la jurisdiccional. Así, no es posible declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando su concreción tiene como presupuesto que los estatutos sean el producto del acuerdo de voluntad de los socios y cuando la misma Ley 1258 de 2008 establece que para la modificación estatutaria que establezca un pacto compromisorio, debe haber sido aceptada por la totalidad de los votos posibles.

Con relación al tercer problema, frente al régimen societario del Código de Comercio, el Artículo 194 establece que aunque se hubiera pactado que los conflictos societarios se resolverían por tribunal de arbitramento, sería la jurisdicción quien conocería de ellos. Imperativo que fue declarado exequible en la sentencia C-378/08, fallo soportado en la importancia pública reconocida a las discusiones sobre la legitimidad y validez de las actuaciones de los órganos societarios, en la protección de aquellas personas que no contaban con los recursos suficientes para convocar a un tribunal de arbitramento y, principalmente según la Corte, las particularidades que para las modificaciones estatutarias ha dispuesto el Código de Comercio frente a las sociedades anónimas, lo que permitiría incluir la cláusula compromisoria aun frente a la negativa de algún accionista.

En cambio, la Ley 1258 de 2008 establece un régimen en el que solo será posible incluir en los estatutos la cláusula compromisoria con la aquiescencia de la

totalidad de los accionistas. Y al momento del examen de constitucionalidad, la Ley 1285 de 2009 había eliminado de la materia la naturaleza de orden público y había hecho de esta un objeto de transacción, sometido a la voluntad de las partes en desacuerdo. Por lo anterior la Corte Constitucional encontró la norma exequible frente a las acusaciones hechas.

Vale anotar, respecto a la expectativa que causó la publicación del comunicado de prensa n.º 2 de 2010, que anunciaba el contenido de la decisión tomada por la Corte en este caso, que a la fecha, aun después de la prolongada espera por conocer el texto de la sentencia, no se ha publicado la aclaración de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

Por otro lado, la posición que adopta la Corte Constitucional en la evaluación presentada queda corta frente a la carga argumentativa necesaria que supone evidenciar por qué una materia pierde su naturaleza de orden público o adquiere un carácter estrictamente patrimonial, que es lo que permite concluir que no hay una violación del debido proceso cuando se reconoce que la impugnación de las decisiones de los órganos societarios puede ser objeto de arbitraje. Sigue sin ser claro por qué la Corte Constitucional considera que las discusiones sobre la validez y legitimidad de un acto jurídico son transigibles.

No obstante el fallo de exequibilidad de la Corte, la controversia constitucional sobre la norma que comentamos continúa vigente, pues existen razones suficientes para cuestionar la asignación de competencia a la Superintendencia de Sociedades para conocer de estos asuntos¹⁷. En primer lugar, por cuanto transfiera el sometimiento de un litigio del juez natural hacia la Rama Ejecutiva, que paulatinamente asume funciones constitucionales que corresponden al poder judicial, lo que implica el rompimiento del principio de separación de poderes. Esta atribución de jurisdicción a la Superintendencia de Sociedades implica el sometimiento del “juez” a superiores jerárquicos, no funcionales, lo que le resta imparcialidad, autonomía e independencia. El proceso verbal sumario elegido como senda procesal para ventilar estos asuntos es una vía de única instancia que implica la imposibilidad de impugnación de los actos procesales en desmedro del

17 En el concepto 220-097635 de julio 9 de 2009 la Superintendencia de Sociedades ratifica sin mayores explicaciones, salvo la cita del artículo 40 de la Ley 1258, que le ha sido atribuida válidamente la competencia.

derecho constitucional fundamental a un debido proceso. Este desplazamiento de jurisdicción se sustenta en razones de eficiencia y celeridad, pero este intento tampoco logrará la descongestión judicial y habilitación de una jurisdicción especializada, con mayores estándares de técnica en las decisiones, sobre todo si tenemos en cuenta la estructura actual de la Superintendencia y su presencia en el territorio nacional, lo que puede terminar significando una denegación de acceso a la justicia. En todo caso el principio de reserva jurisdiccional constitucional implica que los conflictos han de ser solucionados por el Superintendente y no por otros funcionarios adscritos a este organismo de la Rama Ejecutiva

Por su parte, el Artículo 46 también fue impugnado y a la fecha de elaboración de este artículo se conoce el comunicado de prensa de la Corte Constitucional que anuncia los principales apartes y sentido de la decisión.

La norma aludida define que a partir del 5 de diciembre de 2008 no podrán constituirse nuevas sociedades unipersonales al amparo de la Ley 1014, regla frente a la que no hay reparo alguno, pues es válido que el legislador a partir de su potestad de libre configuración en materia de derecho económico decida que respecto de un determinado tipo de sujeto artificial no puedan hacerse nuevas constituciones que les confieran existencia jurídica e impliquen efectos para el tráfico económico; de la misma manera que había resuelto la importancia de su creación, sobre todo si tenemos en cuenta que las sociedades unipersonales del emprendimiento surgieron de un estatuto especial y con las imprecisiones textuales y de técnica legislativa que las habían sumido en el entredicho.

La segunda parte del mencionado artículo contiene una norma en apariencia imperativa, una prescripción con estructura de mandato: “Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas” (Art. 46, Ley 1258 de 2008), pero no define cuál es la consecuencia si vencidos los 6 meses no se transforman, vacío que la doctrina ha entrado a suplir de diversas maneras¹⁸. Además de la indeterminación de la consecuencia, la norma indica el tipo societario hacia el que deben hacer la transformación y pierde

18 Causal de nulidad por contrariar norma imperativa, causal de disolución, ineficacia de la norma. Tema sobre el que profundizaremos al abordar el pronunciamiento de la superintendencia de sociedades sobre este aspecto.

de vista que incluso pueden los constituyentes estar interesados en optar por otro tipo de entes dotados de personalidad jurídica que les implique inclusive completar la pluralidad requerida para obtener el reconocimiento legal de su estatus y cumplir todos los requisitos que el legislador exige para poder atribuir la persona jurídica. Una cosa es que el legislador quiera desincentivar la figura e incluso prohibir constituciones de ella hacia el futuro, o hacer que dejen de existir las ya constituidas de forma válida, y otra es someter a los agentes económicos, en una clara vulneración a la libertad, y a los principios de autonomía y libre asociación a que se reconfiguren bajo un esquema societario específico determinado por el legislador.

Según el comunicado de prensa n.º 36 de 2010 de la Corte Constitucional Colombiana, un ciudadano impugnó por inconstitucional el siguiente aparte del artículo 46 de la Ley 1258: “Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición (se refiere al artículo 22 de la Ley 1014 de 2006)¹⁹ tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses para transformarse en sociedades por acciones simplificadas”. El actor presenta contra la norma cargos por vulneración a diferentes preceptos constitucionales: propiedad privada, derechos adquiridos con justo título, derecho a la igualdad y al trabajo, derecho de asociación, libertad económica e iniciativa privada. Todos estos cargos fueron rechazados por la Corte, lo que motivó la declaración de exequibilidad del aparte demandado.

Los siguientes elementos pueden destacarse de las breves anotaciones que aparecen en el comunicado: 1. La Corte entendió que las transformaciones podrían darse desde sociedades unipersonales del emprendimiento hacia SAS o hacia otro de los esquemas societarios previstos en el Código de Comercio, aunque utiliza de forma impropia la terminología al denominar esta operación como conversión. 2. Si vencido el término de los seis meses no se dio la transformación, se impone la disolución anticipada de la *sociedad unipersonal* inicialmente constituida. 3. Para la Corte es claro que esta disposición no somete al acreedor y propietario de la sociedad a la pérdida de los derechos generados con la constitución de aquella, la transformación no extingue sino que preserva, aunque modificados, los derechos de los iniciales accionistas (nótese otra imprecisión de la Corte, pues en el esque-

19 La aclaración en paréntesis es ajena al texto de la Ley.

ma de las SU de la Ley 1014, no todas tenían que ser sociedades de capitales, por tanto el término accionista excluye a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada unipersonales constituidas al amparo de dicha ley). Esta pretendida afectación de derechos no se daría ni siquiera en el caso de las disoluciones por ministerio de la Ley. 3 En Colombia no existe un derecho a la no alteración legislativa de un determinado marco normativo. La condición de accionista, trabajador o acreedor de las sociedades constituidas al amparo de la Ley 1014 de 2006 no genera una *situación jurídica consolidada*, en consideración a que el régimen legal de las sociedades comerciales es esencialmente susceptible de cambios normativos. 4. La norma demandada contiene una típica regla de tránsito de legislación, no tiene un propósito discriminatorio, pues responde a una situación específica no compatible con otras formas de sociedad de manera que pueda establecerse una comparación. 5. El plazo de 6 meses conferido para que opere la transformación está dentro del margen de configuración normativa del legislador.

Del texto del comunicado no podemos conocer el ejercicio interpretativo que hizo la Corte para concluir la existencia de la causal de disolución, pero es claro que el texto de la norma no lo contenía. Además, se trata de una restricción o consecuencia desfavorable para el constituyente único derivada de su inacción en el plazo conferido, que como norma de carácter sancionatorio no podría aplicarse por vía analógica. Sin embargo, se trata de una solución que en sus efectos prácticos cumple el propósito del legislador de desincentivar y excluir del tráfico jurídico y comercial una determinada especie de ente artificial dotado de personalidad jurídica.

En todo caso habrá que entender que estas sociedades quedarían en estado de disolución, con su capacidad restringida a los fines de la liquidación y pendientes de que la misma concluya para entonces poder válidamente predicar su extinción.

La Sociedad por Acciones Simplificada y la función consultiva de la Superintendencia de Sociedades.

En el primer año de vigencia de la Ley 1258 de 2008, la Sociedad por Acciones Simplificada se ha convertido en uno de los tipos societarios más recurridos, al

punto que solo ante la Cámara de Comercio de Medellín se constituyeron 2.915²⁰ y ante la Cámara de Comercio de Bogotá 10.251 durante 2009 (Cámara de Comercio de Bogotá 2010). No obstante el nuevo tipo no ha perdido aún su novedad en el ambiente jurídico, societario y comercial colombiano. Conforme con ello, los ciudadanos han demandado de la Superintendencia de Sociedades su interpretación sobre el régimen que propone la Ley 1258 de 2008, lo que la ha llevado a emitir, hasta la fecha, 70 conceptos²¹. Para este estudio los hemos clasificado en las siguientes categorías, en atención a su objeto: Formalidades para la creación y transformación; tipología de acciones y derechos de los accionistas; transformación y conversión; y Artículo 46 de la Ley 1258 de 2008. Cabe anotar que varios conceptos se tratan dentro de dos o más categorías, puesto que tocan ambos temas y algunos de ellos ya se han tratado en el apartado 1 de este trabajo.

SUB CLASIFICACIÓN	CANTIDAD
Formalidades necesarias para constituir una SAS	4*
Órganos de decisión y ejecución de la SAS	6**
Necesidad del revisor fiscal.	5***
Total de conceptos analizados	23

Formalidades para la creación y transformación a SAS.

Para la Superintendencia, en concepto 220-098786 de 13 de julio de 2009, la Ley 1258 estableció un único proceso de constitución, que si bien es simple, tiene un carácter imperativo, por lo que es necesaria, inclusive, la autenticación del con-

20 Dato suministrado por la Cámara de Comercio de Medellín a esta investigación en abril de 2010.

21 Nos referimos a aquellos conceptos emitidos y publicados en www.superintendenciasocietarias.gov.co desde diciembre de 2008 hasta 10 de mayo de 2010, que hacen referencia a la Ley 1258 de 2008.

* 220-065681 de 2009; 220-098786 de 2009; 220-192316 de 2009; y 220-003992 de 2010

** 220-070720 de 2009; 220-109774 de 2009; 220-170711 de 2009; 220-005873 de 2010; 220-008591 de 2010; y 220-008594 de 2010

*** 220-039060 de 11 de febrero de 2009; 220-044369 de 2009; 220-115333 de 2009; 220-123673 de 2009; y 220-000680 de 2010

trato que contenga lo que el Artículo 5²² de la Ley señala. Esta posición cambia en su totalidad en el concepto 220-003992 de 1 de febrero de 2010, en el cual se concibe la posibilidad de constituir una SAS mediante mensaje de datos suscrito por firma electrónica, en la medida que la Ley 527 de 1999 establece su calidad documental y la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 2000 declaró exequible los parámetros de valoración para certificar la autenticidad de los mensajes de datos. Claro que la constitución por esta vía queda sujeta a la posibilidad técnica que puedan ofrecer las cámaras de comercio, aspecto que es hoy objeto de mejora, para adaptarse al contenido de este concepto. Este avance significa un importante logro en cuanto a los cuestionamientos al régimen societario vigente en Colombia al superar formalidades y trámites que no agregan valor, no facilitan la constitución de empresas, ni agregan seguridad jurídica a la transacción. La modernización del sistema de registro y la adecuación de herramientas tecnológicas para la constitución electrónica de las SAS implica un importante paso hacia la mejora de estándares que facilitan la constitución y formalización de empresas.

La Superintendencia, en concepto 220-070720 de 4 de mayo de 2009, recoge lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008, que otorga a los socios constituyentes, en materia de composición orgánica, la libertad de establecer los cuerpos de decisión y ejecución, sus configuraciones y funciones, por tanto las normas del Código de Comercio que reglamentan la materia adquieren un carácter meramente supletivo.

En el concepto 220-170711 de 28 de noviembre de 2009, la Superintendencia entendió que es posible consagrar un cargo vitalicio en la SAS, bien sea como miembro de un órgano de decisión o de administración, como también consideró aplicable lo dispuesto en la Ley 222 de 1995 para las reuniones por comunicación simultánea o sucesiva o por consentimiento escrito, siempre que los estatutos no dispongan otra cosa.

La Superintendencia de Sociedades, en el concepto 220-039060 dijo que si bien la Ley 1258 de 2008 no había establecido un órgano de fiscalización en la estructura societaria, el ordenamiento vigente sí lo suponía para aquellas sociedades comerciales cuyos activos brutos a 31 de diciembre del año inmediatamente

22 En igual sentido se recomienda la lectura de los conceptos 220-121211 y 220-170711 de 2009, en relación con la calificación de la actividad económica y la fijación del capital en moneda legal.

anterior excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos, o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean iguales o superen tres mil salarios mínimos, en concordancia con el párrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.²³

El Artículo 203 del Código de Comercio estableció un criterio subjetivo²⁴ para determinar la necesidad del revisor fiscal en las sociedades. En cambio, el segundo párrafo del Artículo 13 de la Ley 43 de 1990 adoptó un criterio objetivo, que tiene en cuenta la dimensión del ejercicio social anual o del patrimonio para tal fin, mas no derogó expresamente lo contenido en el Decreto 410 de 1971, de ahí que se pueda concluir que hay dos normas vigentes que determinan qué sociedades están obligadas a contar con un revisor fiscal como órgano societario.

El Artículo 10 del Código Civil establece los criterios de especialidad y temporalidad de la ley como parámetros de solución de antinomias. Así, de encontrar una contradicción normativa en el ordenamiento legal, debe preferirse la disposición especial sobre la general y en caso de gozar, ellas, el mismo grado de especialidad, entonces debe prevalecer la norma consagrada en el artículo posterior. En cuanto a la especialidad de las disposiciones legales, ambas establecen criterios para fijar la necesidad del revisor fiscal en la sociedad, por lo que este parámetro no servirá para dar con la preferencia de una sobre otra. Queda acudir a la posterioridad de las normas, y si bien una norma es de 1971 y la otra de 1990, por lo que la segunda prevalecería sobre la primera, aún faltaría por demostrar que ambas normas establecen una contradicción, que es el presupuesto para la aplicación del Artículo 10 del Código Civil.

La disparidad natural de los criterios es evidente y proponer que el de la Ley 43 de 1990 es subsidiario del consagrado en el Código de Comercio, es pretender que un cambio en pro de la eficiencia societaria y de la libertad de contratación, sea entendido como un retroceso y una formalización excesiva en el ejercicio comercial.

23 Materia que fue retomada por el Gobierno Nacional en el Decreto 2020 de 2009, en el que citó el contenido del citado concepto para reglar la materia. Además permitió que la revisoría fiscal fuera desarrollada por contadores públicos autorizados e inscritos en la Junta Central de Contadores, y aclaró que aquellos actos que por ley necesitaban de un revisor fiscal, podían ser certificados y dictaminados por un contador público independiente.

24 Sociedades por acciones y sucursales de compañías extranjeras.

De ahí que sea evidente el conflicto normativo que suponen ambas normas y que sea sostenible suponer la prevalencia de la posterior sobre la anterior.

El Artículo 3 del Decreto 2020 de 2009 establece que, en aquellas sociedades que no están obligadas a contar con un revisor fiscal, las certificaciones y dictámenes que deban ser emitidos por él podrán serlo por un contador público independiente. La expresión “podrán” implica una formalidad voluntaria, no una necesaria que condicione la existencia o validez del acto. El concepto 220-115333 de 15 de septiembre de 2009 sigue tal camino, en la medida que podrá el representante legal de una Sociedad por Acciones Simplificada certificar el aumento del capital suscrito. Pero con el concepto 220-123673 de 14 de octubre de 2009, la Superintendencia se apartó de tal posición, al establecer que según el Decreto Reglamentario 1154 de 1984, la certificación del aumento del capital suscrito debe ser dada por un revisor fiscal, y en tal medida el Artículo 3 del Decreto 2020 de 2009 contenía una solemnidad en la calificación del sujeto, por lo que se hacía necesaria la intervención de un contador público certificado en ausencia de un revisor fiscal.

La posición de la Superintendencia de Sociedades va a favor de la tecnicidad de las reglas contables y la obligación de las sociedades comerciales para regirse por ellas, y así concluye que es necesaria la certificación de un contador público registrado, que dé fe de ciertos actos contables, como es el aumento del capital suscrito. De ahí que la intención sea loable a los ojos de los principios mercantiles y en virtud de una interpretación sistemática, acertada.

Tipología de acciones y derechos de los accionistas

Esta categoría recoge 2 grupos de conceptos, que por su relación serán estudiados conjuntamente dentro del mismo título. Serán los conceptos que abordan a las acciones en la Ley 1258 de 2008 y aquellos relacionados con los derechos de los accionistas en el mismo tipo social.

El primer grupo se ha subclasificado así:

SUBCLASIFICACIÓN	CANTIDAD
Emisión de acciones	4*
La acción como título valor	1**
Tipos de acciones establecidos en la Ley 1258 de 2008	11***
Total de conceptos analizados	16

Para la Superintendencia toda emisión de acciones debe guiarse por lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley 1258 de 2008 y ajustarse al ordenamiento comercial²⁵, en estricto seguimiento de las remisiones a las que se refiere el Artículo 45 de la Ley 1258 de 2008. Sobre la prohibición establecida en el Artículo 4 de la Ley de SAS, la Superintendencia emite el concepto 220-099862 de 20 de julio de 2009, que veta las emisiones masivas u ofertas públicas de acciones a las SAS. Norma y concepto concurrentes y que corresponden con la estructura de un tipo con amplias potencialidades para la exclusión, afectación y condicionamiento de los derechos de los accionistas.

En concepto 220-127317 de 27 de octubre de 2009, la Superintendencia considera que cualquier decisión de los administradores o socios que pretendan evadir aquella prohibición, en virtud de los Artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008, les haría responsables por los perjuicios causados, sin perjuicio de poder la Superintendencia declarar la nulidad absoluta del acto y, con fundamento en el literal e del Artículo 6 del Decreto 4350 de 2006, revisar posteriormente el acto de colocación de acciones.

Los fundamentos legales de esta interpretación la hacen problemática, pues el mencionado Decreto da a la Superintendencia la posibilidad de dar una autorización general para la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto o acciones privilegiadas, sin perjuicio de verificar posteriormente el proceder de la sociedad por acciones. En consecuencia, queda al margen la competencia de la Superintendencia de Sociedades para revisar cualquier otra

* 220-099852 de 2009; 220-099862 de 2009; y 220-106407 de 2009

** 220-085649 de 2009

*** 220-057533 de 2009; 220-085176 de 2009; 220-110048 de 2009; 220-114748 de 2009; 220-114773 de 2009; 220-119963 de 2009; 220-121211 de 2009; 220-121553 de 2009; 220-121561 de 2009; 220-121751 de 2009; y 220-003937 de 2009

25 Es decir, a lo dispuesto para las emisiones de acciones en la Ley 222 de 1995 y Código de Comercio.

emisión privada de acciones. Sin embargo, si bien el comportamiento propuesto por el consultante raya con el ordenamiento jurídico, puede la Superintendencia vigilar a la sociedad en razón de la violación de normas legales, literal a del Artículo 84 de la Ley 222 de 1995, y por tanto podrá en virtud del numeral 1 del mismo artículo, realizar las visitas, bien sea de oficio o a petición de interesado, y adoptar las medidas para subsanar dichas actuaciones.

Tipos de acciones de la Ley 1258 de 2008

SUB CLASIFICACIÓN	CANTIDAD
Libertad de configuración de acciones	4 ⁷
Acciones de pago	1 ⁸
Acciones con dividendo fijo	1 ⁹
Otros asuntos	1 ¹⁰
Total de conceptos analizados	7

La Superintendencia ha entendido la novedad accionaria promovida por de la Ley 1258 de 2008 como una libertad en la configuración de los derechos que confieren y las restricciones que les son propias. En concepto 220-057533²⁶ de 26 de marzo de 2009 la Superintendencia avaló la creación, en una sociedad familiar, de un tipo de acciones a las que se les restringe el hacer parte del haber relativo de la sociedad conyugal.

Difícil entendido el de la Superintendencia. Por la sola jerarquía jurídica, el acuerdo que supone los estatutos y las restricciones incluidas en ellos no pueden contrariar lo dispuesto por normas de orden público. Si bien el régimen de la sociedad conyugal es supletivo, puesto los cónyuges pudieron haber dispuesto su

* 220-057533 de 2009; 220-085176 de 2009; 220-121211 de 2009; y 220-121751 de 2009

** 220-114773 de 2009

*** 220-110048 de 2009

**** 220-114748 de 2009. Este no merece anotación alguna pues corresponde a una aclaración sobre la dinámica entre aportes de industria, patente, y participación en la sociedad.

26 En concepto 220-121751 de 5 de octubre de 2009, la Superintendencia estableció que en una SAS se puede hacer la configuración accionaria que los socios establezcan. Sin importar los derechos que otorguen o la relación entre los derechos económicos y políticos que representen.

configuración con anterioridad al matrimonio, sus disposiciones afectan a la totalidad de los bienes por su naturaleza de muebles o inmuebles, con las salvedades que la misma ley hace. Por lo tanto, la restricción estatutaria no es suficiente para excluir dichas acciones de la sociedad conyugal o patrimonial, es más, se podría evaluar la nulidad absoluta de dicha cláusula por contrariar normas de orden público, puesto que el medio idóneo para tal fin son las capitulaciones excluyentes o extintivas, reglamentadas en el ordenamiento civil.

Con el concepto 220-085176 de 11 de junio de 2009, la Superintendencia reconoce la posibilidad de crear unas acciones cuyos derechos estén atados a la persona que las haya suscrito y llegado el caso en que estos circulen, perderán tales condiciones y adoptarán otras. Importante cuestión, puesto lo que para un sujeto puede significar una acción de dividendo fijo anual y de voto múltiple, para otro el mismo título será de naturaleza ordinaria.

La Superintendencia avaló en el concepto 220-110048 de 24 de agosto de 2009 la posibilidad de que un socio cuya participación era de 35,2% del capital social, recibiera un 50% de las utilidades del ejercicio, lo que supone un dividendo fijo anual. Es de anotar que la Ley 1258 de 2006 no clarifica en qué consisten dichas acciones y tampoco la Superintendencia se ocupa de ello, aunque es notable que se trata de una modalidad especial de acciones preferenciales que implica beneficios patrimoniales adicionales sin perder los derechos políticos, cosa que las distingue de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.²⁷

Para las acciones de pago, la Superintendencia aclaró su fin como medio de extinción de obligaciones, concepto 220-114773 de 11 de septiembre de 2009. Mas esta es una tipología innecesaria, pues las acciones ordinarias pueden cumplir esta función, ya que por ser bienes muebles pueden ser objeto de una dación de pago, salvedad hecha de las reservas laborales con relación a los pagos en especie.

27 Esta falta de claridad normativa sobre la naturaleza de estas acciones puede contribuir a que los agentes económicos no estén acudiendo, en un porcentaje importante (solo el 6% de la muestra acude a tipos diferentes a los ya establecidos en el Código de Comercio) a ellas para la constitución de SAS, como lo demuestra el estudio sobre perfil económico y jurídico de la SAS, elaborado por la Cámara de Comercio de Bogotá. Por lo que aún es prematuro evaluar su contribución a la atracción de inversión.

Derechos de los accionistas

SUB CLASIFICACIÓN	CANTIDAD
Derechos económicos de los socios	1*
Derechos políticos de participación y decisión	9**
Derecho de reunión	3***
Total de conceptos analizados	12****

En los conceptos 220-008591 y 220-008594, ambos de 21 de febrero de 2010, la Superintendencia ha recordado la libertad contractual de los socios para fijar los *quórum* y mayorías de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 22 de la Ley 1258 de 2008. La única salvedad a esta capacidad fue hecha en el concepto 220-109774 de 22 de agosto de 2009, que dio a las reuniones por derecho propio, Artículo 422 del Código de Comercio, un carácter imperativo con excepción de lo dispuesto para la hora de reunión, y en consecuencia las modificaciones que pretendan los socios sobre esta reunión, serían nulas o crearían una que podría clasificarse como ordinaria o extraordinaria y no reemplazarían las otras, ni modificarían su régimen de mayorías y quórum.

Con relación a los derechos de los socios, en el concepto 220-121211 de 1 de noviembre de 2009, la Superintendencia se refirió a las acciones con voto múltiple, como aquellas que rompen con la simetría de acción por voto y por lo tanto establecen una relación de una acción por varios votos, lo que establece un funcionamiento distinto al que se había acostumbrado en los órganos de decisión, y por tanto supondría que, en razón de los conceptos de 21 de febrero de 2009, se entendiera en el texto del Artículo 22 de la Ley 1258 de 2008 que la posibilidad de discutir y decidir no se da con la reunión de un porcentaje de las acciones, sino de los votos que éstas representan. En cuanto al voto fraccionado, el concepto

* 220-117278 de 2009

** 220-072559 de 2009; 220-119963 de 2009; 220-121211 de 2009; 220-121553 de 2009; 220-121561 de 2009; 220-03937 de 2010; 220-008591 de 2010; y 220-008594 de 2010.

*** 220-109774 de 2009; 220-008591 de 2010; y 220-008594 de 2010.

**** Valga anotar que la diferencia aritmética de la suma de conceptos se da porque los conceptos 220-008591 de 2010 y 220-008594 de 2010 tratan tanto el derecho de participación en las decisiones y de reunión.

220-119963 de 30 de septiembre de 2009 condiciona su existencia a que en los estatutos se consagre bajo la modalidad de voto múltiple, pues de no haber regulación sobre esto, se entendería inexistente en dicha sociedad. Mientras que su aplicación, de acuerdo a la Ley 1258 de 2008, solo procede en las elecciones de los órganos colegiados. Sin perjuicio claro, que como lo dispone en el concepto 220-003937 de 1 de febrero de 2010, las acciones sean dadas en usufructo y en virtud de esto el usufructuario pueda votar en otro sentido que el nudo propietario, salvo prohibición en contrario.

Ahora, el concepto 220-121211 de 1 de noviembre de 2009, muy mencionado en este trabajo, expone la visión de la Superintendencia sobre el Artículo 43 de la Ley 1258 de 2009. El abuso del derecho parte de la separación que hace el accionista en sus decisiones del principio que supone el mayor interés de la compañía, por lo que la norma restringe los presupuestos que dan pie al abuso del derecho en los términos del artículo citado, a las decisiones que pretendan causar daño a la sociedad o a otros accionistas, o que pretenda dar a un tercero o al accionista una ventaja injustificada, o que pueda resultar en un perjuicio para la compañía u otro accionista; y señala la norma misma las consecuencias de indemnizar los daños causados y la posibilidad de declarar la nulidad absoluta de la decisión, competencia atribuida por ley a la Superintendencia de Sociedades.

Transformaciones y conversiones a SAS

Bajo este título se han puesto aquellos conceptos en los que se trata el proceso de transformación²⁸ o conversión a SAS, como aquellos productos de consultas en las que se da respuesta sobre la viabilidad de desarrollar un objeto determinado bajo el tipo societario de la Ley 1258 de 2008.

28 A manera de aclaración previa. Tal como se explicó en el apartado 2.2 sobre sociedades de pequeñas dimensiones, la Ley 1014 de 2006 dispuso un régimen de emprendimiento, en el que creó una categoría societaria en la que se pueden desarrollar los distintos tipos del Código de Comercio, bajo la anotación hecha para las sociedades en comandita, y así podría hablarse de una sociedad anónima unipersonal o una de responsabilidad limitada unipersonal. El paso de una de éstas al tipo social que establece la Ley 1258 de 2008, es idéntico al que hace una sociedad anónima o limitada, creada bajo los parámetros del Código de Comercio, a la SAS. Por lo que no es errónea la aplicación del término “transformación”, para referir a este evento.

SUBCLASIFICACIÓN	CANTIDAD
Proceso y formalidades de la transformación o conversión a SAS	12*
Viabilidad de la SAS para desarrollar objetos determinados	4**
Tránsito a SAS relacionado con la disolución y liquidación de sociedades comerciales	6***
Total de conceptos analizados	21****

Sobre el tema de la transformación la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado básicamente sobre cuatro tópicos: 1. Requisitos de forma y fondo, 2. Posibilidad de transformación a SAS de sociedades con determinados objetos, 3. La transformación como medio para enervar causales de disolución y 4. Transformación a SAS de sociedades sometidas a procesos de reestructuración empresarial.

En cuanto al problema de entes con determinados objetos, empresas de servicios temporales y empresas comunitarias²⁹, no vio reparo alguno en que puedan organizarse bajo la estructura y tipo legal de las SAS. Pero claramente la Superintendencia reitera, de forma acertada, la supervivencia de la teoría de la especialidad del objeto, e incluso del régimen de autorización para este tipo de entes, por cuanto desarrollan objetos en los que el interés general determina no solo la intervención del Estado, sino un sistema de limitación y control de sus actividades.

En conceptos 220 - 081657 de 2009 y 220 - 057310 del mismo año, la Superintendencia abordó el problema de la viabilidad del esquema de la sociedad por acciones simplificadas para la formación y funcionamiento de empresas de servicios

* 220-048079 de 2009; 220-049533 de 2009; 220-059279 de 2009; 220-100952 de 2009; 220-117854 de 2009; 220-121211 de 2009; 220-178517 de 2009; 220-183377 de 2009; 220-192316 de 2009; 220-000680 de 2010; y 220-005873 de 2010.

** 220-125863 de 2009; 220-125864 de 2009; y 220-177740 de 2009, 220-081652, 220-057310.

*** 220-38130 de 2009; 220-85649 de 2009; 220-097548 de 2009; 220- 111960 de 2009; 220-121211 de 2009; y 220-179808 de 2009.

**** La diferencia aritmética de la suma de conceptos se da porque el concepto 220-121211 de 1 de noviembre de 2009 se enmarca en dos categorías, la de disolución y liquidación y la de formalidades.

29 El término “transformarse” queda mal empleado en el texto referido. La empresa comunitaria es un tipo asociativo, pero no es de los regulados por el Código de Comercio ni por cualquier otra regulación mercantil como tipo societario, por lo que técnicamente es apropiado hablar de conversión.

públicos domiciliarios. En primer lugar, puntualizó que para resolver el asunto es necesario establecer la jerarquía de normas para aplicar en el caso concreto; al efecto enfatizó que dado el carácter de norma especial de la Ley 142 de 1994 ella prevalece, en especial las reglas contenidas en su artículo 19 -*Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios*-, en segundo lugar habrá de acudirse al contenido de la Ley 1258 de 2008 y en último caso con fundamento en el numeral 19.15 de la Ley 142 y el artículo 45 de la Ley 1258 a las normas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas en tanto no contraríen las disposiciones generales que rigen las sociedades previstas en el Código de Comercio.

En consecuencia, al ser la SAS una sociedad de capitales, las empresas de servicios públicos podrán organizarse bajo su esquema³⁰ pero no podrán constituirse unipersonales, pues con fundamento en el artículo 19.12 de la Ley 142 en el evento en que todas las acciones lleguen a pertenecer a un solo accionista, la sociedad estará incurso en una causal de disolución, por tanto el capital no puede pertenecer a un solo socio. No podrán tomarse decisiones en la asamblea con los votos de un solo asociado y un accionista no podrá emitir más de un voto por acción (Art. 19.9 Ley 142 de 1994). En cuanto a las juntas directivas deberá estarse a lo prescrito en el artículo 19-16, Ley 142, que prescribe que su composición es directamente proporcional a la propiedad accionaria.

Ahora, la Superintendencia no ha encontrado inconveniente para que una empresa de servicios temporales adopte el modelo de Sociedad por Acciones Simplificada, con las salvedades hechas en el Artículo 71 de la Ley 50 de 1990, en cuanto al objeto especial y la autorización del Ministerio de la Protección Social, conceptos 220-125863 de 21 de octubre de 2009 y 220-177740 de 6 de diciembre de 2009.

En punto a la transformación con miras a la liquidación, la Superintendencia consideró que en aquellos eventos en que se ha reducido el número de socios hasta la unipersonalidad, la forma ideal de enervar la causal es la transformación a SAS³¹.

30 Como lo indica el artículo 17 de la Ley 142 al decir que la ESPD son sociedades de capitales.

31 Es importante aclarar que no se trata del único medio idóneo para el logro de tal fin, acudir a otros tipos que requieren pluralidad, si se cumplen todos los requisitos, también es una vía posible. De igual manera cuando se supera el número máximo de socios indicado por la ley (caso de las sociedades de responsabilidad limitada) la transformación a SAS también permite superar la causal.

En el concepto 220-038130 de febrero 6 de 2009, la Superintendencia avaló la transformación a SAS de una sociedad anónima que se encuentra en la causal de disolución señalada en el numeral 2 del Artículo 457 del Código de Comercio, su patrimonio neto ha disminuido del equivalente del 50% del capital suscrito. Consideró la Superintendencia que la concreción de la causal no significa la disolución, por lo que puede transformarse para aprovechar el término de 18 meses fijado en la Ley 1258 de 2008, en vez de los 6 propuestos en el Artículo 459 del Código de Comercio. Por otro lado, en el concepto 220-111960 de 2 de septiembre de 2009 encuentra inconveniente que una sociedad limitada pretenda transformarse a SAS bajo el supuesto de enervar la causal establecida en el artículo 370 del Código de Comercio, ya que para la Ley 1258 de 2008 el mismo supuesto constituye una causal de disolución, Artículo 34, numeral 7 *“por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito”*. Dos críticas se pueden hacer como lector del concepto: la primera, sólo se trató una causal de las contenidas en el Artículo 370, y nada dijo sobre la posibilidad de haber alcanzado el máximo de socios permitidos para la sociedad de responsabilidad limitada. La segunda, entendió la Superintendencia, al contrario de lo expuesto en el concepto de 6 de febrero de 2009, que no podría haber una transformación que diera como resultado una SAS inmersa en una causal de disolución. ¿En qué se fundó esta disparidad de criterios? Si bien de los supuestos de hecho solo se diferencia el tipo social, el marco legal no habría cambiado, pues ambos disponen de 6 (Artículos 220, 370 y 372 del Código de Comercio) meses para tomar las medidas necesarias para resolver tal condición. No habría entonces razón para cambiar la respuesta dada.

En el mismo concepto de 2 de septiembre de 2009, estableció la Superintendencia que el término corrido sin haberse enervado la disolución de la sociedad, no se descontará del establecido para la SAS apenas se dé la transformación, por lo que sin haberse cumplido los 6 meses, podrá una sociedad cambiar su tipo societario a SAS y valerse de los 18 meses de la Ley 1258 de 2008 para poder superar aquella causal.

En concepto 220-097548 de 6 de julio de 2009, la Superintendencia concluyó que es viable que una sociedad anónima que se encuentra en proceso de reestructuración bajo la Ley 550 de 1999, se transforme a SAS, siempre que esto no se haya prohibido en el acuerdo de reestructuración. En cuanto a la necesidad de revisor

fiscal, el comité de vigilancia establecido en el numeral 10 del Artículo 34 de la Ley 550 de 1999, tiene la potestad de requerirlo en la estructura societaria. Esta postura cambió con el concepto 220-179808 de 10 de diciembre de 2009, pues a la misma consulta, la Superintendencia determinó que debe haber previa solicitud escrita del representante legal o empresario a la Superintendencia y autorización de la misma y además debería respetarse el equilibrio económico supuesto en el acuerdo, por lo que la operación también deberá ser aprobada por el comité de vigilancia o de la asamblea general de acreedores, siempre que tal balance se pueda ver afectado por la transformación y se deba realizar alguna reforma al acuerdo.

Artículo 46 de la Ley 1258 de 2008

Los conceptos³² 220 – 126980, 220- 194817³³, y 220 002879 abordan problemas derivados de la implantación de la figura de la *sociedad por acciones simplificada* en el sistema de derecho societario colombiano en cuanto a sus efectos con relación a las sociedades de pequeñas dimensiones. En primer lugar, en todos ellos la Superintendencia absolvió consultas sobre los efectos derivados del vencimiento del plazo de los 6 meses que confiere el artículo 46 de Ley 1258 sin que una sociedad unipersonal regida por la Ley 1014 de 2006 se haya transformado a SAS, indicando que el citado artículo contiene un mandato e implica un imperativo claro, categórico e ineludible. E incluye una conclusión novedosa al proponer que se ha configurado para las sociedades que incumplen tal mandato una causal de disolución y deben proceder a la liquidación pertinente. Reiteramos que con posterioridad a estos conceptos, la Corte Constitucional resolvió la exequibilidad de la norma que comentamos argumentando la existencia de una causal de disolución por ministerio de la ley, si vencido el plazo conferido la sociedad no procede a la transformación.

Novedosa la conclusión, por cuanto la Superintendencia hace una interpretación extensiva respecto a las causales de disolución. Las mismas implican una restricción,

32 De fechas 26 de octubre, 24 de diciembre de 2009 y 26 de enero de 2010, respectivamente.

33 La inquietud formulada ante la Superintendencia, en este caso, obedecía a establecer si las Empresas Unipersonales estaban afectadas por lo dispuesto en el artículo 46. El concepto aclara que solo le es aplicables a las sociedades unipersonales del emprendimiento, y reitera la posición sostenida en el concepto 220 – 126980.

pues definen el comienzo de la extinción del ente societario y su determinación ha sido conferida de forma privativa al legislador y a los constituyentes. En el caso de las sociedades unipersonales, el decreto 4463 de 2006, la Ley 222 de 1995 y el artículo 218 del Código de Comercio no consagran una causal de disolución de esta naturaleza, tampoco el artículo 46 de la Ley 1258 la consagró en ese sentido, por tanto la Superintendencia sostiene la existencia de la causal mediante una interpretación amplia de la norma.

En segundo lugar abre paso a la utilización del mecanismo de la transformación de SU a SAS como medio o instrumento que facilita la liquidación de sociedades, al resolver de forma positiva una consulta sobre la viabilidad de escindir una sociedad anónima unipersonal inmersa en causal de disolución por el vencimiento del término de los 6 meses que venimos comentando³⁴, para posteriormente liquidar algunas de las sociedades escindidas.

Conclusiones

- La flexibilización de requisitos y la unipersonalidad societaria en el derecho mercantil colombiano han cumplido más de 15 años en su trasegar, hasta lograr, con la *Sociedad por Acciones Simplificada*, una adhesión clara y consistente a las teorías que defienden el *debilitamiento de la teoría contractualista* de las sociedades y a las corrientes que abogan por la supresión de trámites y solemnidades para la constitución de las mismas.
- La implantación del tipo de las sociedades por acciones simplificadas en Colombia ha generado algunas fricciones y acomodamientos en el sistema de derecho societario vigente. Algunos auguran una “*huida*” del libro II del Código de Comercio hacia la Ley 1258, otros destacan la consolidación de un “*mercado de leyes*” que empieza a generar un ambiente de competencia. Lo cierto es que conviven hoy: 1. Las sociedades íntegramente regidas por el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995. 2. Las sociedades plurales de

34 Un estudio sobre el “*Perfil económico y jurídico de las SAS en su primer año*”, publicado en abril de 2010 por la Cámara de Comercio de Bogotá, identifica esta posible función de las SAS, según la percepción de los empresarios, como una de las razones que los ha motivado para llevar a cabo una transformación hacia este tipo (Cámara de Comercio de Bogotá, 2010, p. 16).

la Ley 1014 constituidas a partir del 26 de enero de 2006; las sociedades unipersonales de la Ley 1014 de 2006 constituidas antes del 5 de diciembre de 2008 y que no se hayan transformado a SAS antes del 6 de junio de 2009, aunque con capacidad reducida a los actos propios de la liquidación en virtud de la causal de disolución por incumplimiento del artículo 46 de la Ley 1258, según la sentencia C- 597 de 2010, todas regidas por el Decreto 4463 de 2006, la Ley 222 de 1995 y el Libro II del Código de Comercio y 3. Las Sociedades por acciones simplificadas regidas por la Ley 1258 de 2008.

- No cabe duda que la Ley 1258 provee a los agentes económicos, de una herramienta que facilita la constitución y formalización de empresas de manera eficiente desde el punto de vista económico, jurídico y administrativo. Sin embargo, resulta prematuro intentar conclusiones acerca de la capacidad del instrumento para atraer inversionistas³⁵ y de sus potencialidades como generador de empleo y riqueza con algún nivel de estabilidad. Impertinente también, por lo reciente de la ley, resulta cualquier evaluación sobre la función jurisdiccional de la Superintendencia y de los equivalentes jurisdiccionales (amigable composición y arbitraje) para la solución de los conflictos societarios. No obstante, es posible identificar en las consagraciones normativas contenidas en la ley sus aptitudes para contribuir al desarrollo de la inversión y a la ampliación de la base económica a través de herramientas como: 1. La limitación de la responsabilidad al monto de los aportes, permitiendo un balance positivo entre rentabilidad y riesgos 2. La amplia libertad al momento de configurar los órganos posibilita la fijación de reglas hacia el futuro otorgando mayor seguridad y estabilidad jurídicas. 3. La simplificación del proceso liquidatorio facilita la salida del mercado.

35 El estudio de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre el perfil económico y jurídico de la SAS en su primer año de vigencia, citado en varios apartes de este trabajo, reporta que del 15% del total de las SAS constituidas durante 2009 en Bogotá (10251), el 15% se constituyó mediante apoderado y que de ese 15%, el 8% contaba con inversión extranjera en su estructura de capital. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2010,23). Sin embargo, no aparecen otros datos sobre el tema de inversión extranjera, como enfatizamos es prematuro evaluar este elemento con certeza a solo año y medio de entrada en vigencia de la ley. Pero son innegables las potencialidades de los elementos referidos de la ley para incentivar la inversión extranjera. El mismo estudio refiere que el 8% de los empresarios que han acudido al modelo de la SAS cuenta con inversionistas como fuente de recursos para constituir su empresa. Con referencia a la utilización de crédito el 44% lo destinó para inversión.

4. La posibilidad de conformación tanto uni como pluripersonal incentiva la inversión extranjera mediante la creación y constitución de filiales.

- En igual sentido pueden destacarse instrumentos de relevancia para contribuir a la iniciación y desarrollo formal de Mipymes tales como: 1. Facilita la formalización de empresas dada la supresión y flexibilización de trámites para la constitución. 2. Al ser un tipo eminentemente dispositivo permite fijar las reglas que van a regir el funcionamiento de la sociedad de acuerdo a los intereses particulares; establecer cláusulas de limitación de negociabilidad de acciones y voto múltiple que permiten definir previamente las relaciones entre los accionistas; la jerarquía de fuentes que propone el artículo 45 de la ley, poniendo los estatutos antes de las normas sobre la sociedad anónima, e incluso sobre las reglas generales de la SAS. 3. No se compromete el patrimonio familiar en el desarrollo empresarial. 4. Las diversas tipologías de acciones permiten acudir a las emisiones como fuente de financiación alternativa, así como el plazo para la financiación del capital. 5. Necesidad de revisoría fiscal únicamente para emprendimientos maduros. 6. Mayor plazo para enervar la causal de disolución por pérdidas (Madrián, 2010).
- Los agentes económicos han acudido de forma masiva a la utilización del instrumento, con algunas claridades básicas sobre las bondades, en cuanto eficientes, de algunas flexibilizaciones: unipersonalidad, duración indefinida, objeto indeterminado, supresión de algunos órganos, composición del capital y condiciones para su financiación. En la mayoría de los casos estas claridades pueden explicarse por los aprendizajes que han dejado los ejercicios previos sobre *empresa unipersonal* y *sociedades de pequeñas dimensiones de la Ley 1014*. Pero persisten dudas y dificultades en cuanto a derechos de los accionistas, tipos de acciones, restricciones a su negociabilidad y exclusión de accionistas.
- Esas dudas, indicadas en el numeral anterior, generan básicamente dos actitudes importantes; una, no apartarse del régimen del Código de Comercio para acoger las innovaciones de la SAS; otra, formular consultas sobre estos tópicos a la Superintendencia de Sociedades.

- En el estudio de la función consultiva de la Superintendencia de Sociedades encontramos algunas contradicciones importantes entre grupos de conceptos sobre un mismo tema, sin que se explique la razón del cambio de interpretación o postura sobre el tema; conceptos en general lacónicos y que remiten al ciudadano al texto de la ley; falta de elaboración sobre elementos realmente novedosos, que implican complejidad y riesgos claros para los grupos de interés que tienen relación con la SAS. Lo que pone al descubierto la necesidad de que la academia, las cámaras de comercio y los organismos que ejercen fiscalización gubernamental adelanten una labor conjunta para una mejor comprensión y utilización del esquema de las SAS.

Referencias

- Arcila, S. C. (2009). Sociedad por acciones simplificada. *Revista E- Mercatoria*, 8 (1), pp.
- Bonilla, F. (2008). Unipersonalidad societaria: A propósito de un debate actual en el derecho colombiano. *E-Mercatoria*, 7 (1), pp.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2010). *Perfil económico y jurídico de las SAS en su primer año*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Congreso de Colombia. (1971). Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio.
- _____. (1994). Ley 142 de 11 de julio de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.
- _____. (1995). Ley 222 de 20 de diciembre de 1995, por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. En: *Diario Oficial*. Bogotá, Imprenta Nacional.
- _____. (2004). Ley 905 de agosto de 2004. En: *Gaceta del Congreso*. Bogotá, Imprenta Nacional.
- _____. (2006a). Ley 1014 de 26 de enero de 2006. De fomento a la cultura del emprendimiento. En: *Diario Oficial*. Bogotá, Imprenta Nacional.
- _____. (2008). Ley 1258 de 2008, 5 de diciembre. Por el cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Corte Constitucional Colombiana. (1998). Sentencia C- 624 de 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero. *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- _____. (2007). Sentencia C-392 de 2007, MP. Humberto Antonio Sierra Porto. *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.

- _____. (2010). Sentencia C- 014 de 2010, MP. Mauricio González Cuervo. *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- _____. (2010 b) Comunicado de prensa n.º 36, 27 de julio.
- Cock, Víctor, et al. (1958). *Exposición de motivos al Proyecto de Código de Comercio*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Consejo de la Comunidad Europea. (1989). Duodécima directiva 89-667 de la Comunidad Europea, sobre sociedades de capital unipersonales. Bruselas.
- Cubillos, G. C. (2009). Comentarios en torno al allanamiento de la personalidad jurídica en las sociedades por acciones simplificadas. *Revista E-Mercatoria*, 8(2), pp.
- Espina, D. (2003). *La autonomía en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, S.A.
- Favier-Dubios, E. (2007). Recepción de la empresa individual de responsabilidad limitada En Vitolo, Daniel, Embid, José Miguel (Directores.), *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión europea y Mercosur* (pp.399- 408). Granada: Comares.
- Gaitán, R. (2010). La SAS: una alternativa para las empresas de familia. En Reyes, Francisco (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp. 77-111). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gil, E. J. (2010). Abuso decisorio en el régimen de la SAS. En Reyes, Francisco (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp. 111-176). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Madríñán, R. R. (2010). La sociedad por acciones simplificada (SAS) y su impacto en el desarrollo: Un análisis a la inversión extranjera y el emprendimiento. En Reyes, Francisco (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (317-322). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez, D. (2007). *No es válida la constitución de sociedades unipersonales ni la constitución y reforma de sociedades por documento privado*. Medellín, Ofigraf Impresores.
- Martínez, N. (2007). Revive el derecho societario: la sociedad unipersonal ha dejado de existir. *Ámbito Jurídico*, Año X (234), pp.14
- _____. (2008). Las sociedades unipersonales no pueden revivir. *Ámbito Jurídico*, Año XI, (242), pp.14.
- _____. (2010). *Cátedra de Derecho Contractual Societario*. Buenos Aires. Abledo Perrot.
- Marsili, Celia. (2003). *Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Mendoza, R. A. (2010). Antecedentes nacionales de la Ley 1248 de 2008. En Reyes Francisco, (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp. 25-46). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Navarro, M. L. (2007). La incorporación de la sociedad anónima europea al ordenamiento jurídico francés. En *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión europea y Mercosur*. Roque Vitolo, Daniel; Embid Irujo, José Miguel (Directores) (pp 463-478). Granada: Comares.
- _____. (2009). *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el derecho español*. Granada: Comares.

- Olivera, G. R. (2005). *Estudios de derecho societario*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Presidencia de la República. (2006). Decreto 4463 de 26 de enero.
- _____. (2009). Decreto 2020 de 2 de junio.
- Olavarría, J. (1950). *Manual de derecho comercial*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Polanía, N. (2010). Consideraciones sobre el régimen de responsabilidad en la sociedad por acciones simplificada. En Reyes, Francisco (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp. 65-76). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Puyo, V.R. (2010). Los diez grandes capítulos de la legislación de sociedades comerciales en Colombia. En Reyes, Francisco (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp.247-294). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- República de Colombia. Superintendencia de Sociedades: Conceptos. Concepto 220- 057529 del 3 de diciembre de 2007
- Reyes, V. (2006a). *Derecho societario* (2ª. Ed.). Bogotá: Temis.
- _____. (2006b). *Derecho societario en Estados Unidos. Introducción comparada* (3ª. Ed.). Bogotá: Legis.
- _____. (2009). *La sociedad por Acciones Simplificada*. Bogotá. Legis.
- _____. (2009b). Estadísticamente, las SAS son el tipo societario favorito de los empresarios. *Ámbito Jurídico*, Año XII(30), pp.11
- _____. (2010). Reformas Urgentes. *Ámbito Jurídico*, Año XIII (15), p.13
- _____. (2010b). Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada. En Reyes, Francisco (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (325- 374). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, O. (2010). Las SAS: una herramienta jurídica flexible que facilita la inversión extranjera. *Ámbito Jurídico*, Año XIII(19), p.13
- Sanín, Ignacio. (2010). La Ley SAS remozca las sociedades comerciales. En Reyes, Francisco (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp.47-64). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Uribe, A. J. (1907). *Derecho mercantil colombiano*. Berlín: Decker's Verlag.
- Vitolo, Roque & Embid, I. J. (2007). *El derecho de sociedades en un marco supranacional. Unión Europea y Mercosur*. Granada: Editorial Comares.

Copyright of Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas is the property of Revista Facultad de Derecho y Ciencias Politicas and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.