

**FORTALEZAS Y
DEBILIDADES DE LA
LEY 222 DE 1995 EN
MATERIA SOCIETARIA**

IGNACIO SANÍN BERNAL

Profesor de la Cátedra de Derecho Tributario
Facultad de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana

1. FORTALEZAS

- 1.1. Temas vedados
 - 1.1.1. El derecho de retiro
 - 1.1.2. La escisión
 - 1.1.3. La anónima por suscripción sucesiva
 - 1.1.4. Sesiones no presenciales
 - 1.1.5. Régimen de mayorías
- 1.2. Responsabilidad de los administradores
- 1.3. Administradores y representantes
- 1.4. Los incapaces

2. LAS REFORMAS QUE DESAPARECIERON

- 2.1. Constitución y reforma por documento privado
- 2.2. El disgregard
- 2.3. Cláusulas obligatorias y facultativas
- 2.4. Deberes de los asociados
- 2.5. La prima
- 2.6. Reserva legal impropia
- 2.7. El derecho de receso
- 2.8. La sociedad de responsabilidad limitada

3. DEBILIDADES

- 3.1. Vicios de inconstitucionalidad
- 3.2. Deficiencias de la limitada
- 3.3. La escisión
- 3.4. El receso
- 3.5. Acciones preferenciales
- 3.6. La empresa unipersonal
- 3.7. Sesiones no presenciales
- 3.8. Las remisiones
- 3.9. Mayoría peculiar
- 3.10. Utilidades por inflación
- 3.11. Transición

Con fecha diciembre 20 de 1995 se sancionó la ley 222. Publicada en el Diario Oficial (No. 42156) el mismo día (?), su entrada en vigencia comienza seis meses después de su promulgación (según lo ordenado por el artículo 237). Lo que significa, en concordancia con el artículo 8 de la ley 57 de 1995 que el 21 de junio de 1996 comienza a regir la nueva norma que regula las sociedades mercantiles.

Pero, ¿qué tan profunda es la modificación al Código de Comercio en lo referente a las compañías colombianas? ¿Qué tanto se hizo y qué dejó de hacerse al revisar el actual Código de Comercio, vigente desde 1972?

A señalar lo que en una primera revisión se destaca como las más características fortalezas y debilidades del "nuevo" Código de Comercio, se orientan estas anotaciones.

Anticipando la observación de que la legislación nueva no es ni completa ni sistemática ni posiblemente necesaria.

No es completa por cuanto sufrió a lo largo de su discusión en el Congreso Nacional una tala despiadada que le hizo perder su naturaleza inicial de norma íntegra y de fondo. El proyecto original de la Superintendencia de Sociedades, bueno o menos bueno, malo o tolerablemente malo, era por lo menos una pieza completa, de largo alcance, bastante armónica y ambiciosa. A su paso por los abogados de varios ministerios y por las curules del Congreso, muchas manos intervinieron y fueron cercenando lo que para sus protagonistas lucía innecesario. Por más veras si la opinión del ministro de Justicia Martínez Neira, en su época artífice del primer proyecto, y a la postre conductor e impulsador de la reforma, fue la de que para que la ley sirviera, tenía que ser ante todo corta. Dando más importancia al número de artículos que a su contenido y alcance. Esa misma actitud de despiadado e irresponsable recorte, desarticuló el esquema orgánico diseñado al comenzar el proceso por la Superintendencia de Sociedades. **Quitándole hasta el más remoto vestigio de regulación sistemática y consolidada.** Lo que al final quedó es bien diferente de lo que se planteó en un principio. Y lo que quedó es, además, medio apócrifo, medio huérfano, pues nadie de los muchos que hicieron parte del proceso se responsabiliza de la criatura; más aún, unos dicen que fueron los otros los que desintegraron el texto.

Además, la reforma como quedó plasmada en la ley, **no es necesaria**, pues mientras muchos aspectos que exigían modificación de fondo no fueron abocados, se consagraron figuras y procedimientos irrelevantes, si no redundantes en definitiva.

Lo sensible es que ahora, por muchos años hacia el futuro, las voces que claman por una verdadera modificación de la regulación societaria serán acalladas por el síndrome colectivo de la reforma reciente. No bastará tratar de probar que la reforma quedó muy corta en su inicial cometido de cambiar las bases y los principios del derecho societario: habrá que guardar forzoso silencio en presencia del Código recién reformado, para no pasar por iconoclasta a ultranza.

A continuación se enumeran y mencionan (sin pretender llegar hasta un análisis de fondo, que no es este el objetivo del trabajo) **forta-**

lezas, desperdicios y virtudes de la Ley, en un inventario más crítico que exhaustivo, que podrá aportar una visión diferente del alcance y contenido de la Ley. No basta al abogado, o al profesor, o al escritor jurídico, repetir o resumir lo que la norma dispone; es menester tener el valor intelectual de profundizar con agudeza teórica y práctica, de prever las situaciones que pueden derivarse de un cambio en la legislación, y de apartarse del coro de alabanzas y de los intereses creados.

Las opiniones siguientes nacen del estudio de los diferentes proyectos que se revisaron y ajustaron durante dos años, de iniciativa de la Superintendencia de Sociedades, pero con múltiples injerencias de otros organismos (Ministerios, Congreso) que fue más lo que dañaron que lo que aportaron. De las discusiones de tales iniciativas en diferentes foros. De las advertencias planteadas por el escrito a la Superintendencia de Sociedades sobre correctivos indispensables a la iniciativa original. De la triste mutación, de lo que fue en su inicio un proyecto serio, sistemático, no necesariamente perfecto pero juicioso e integral, que terminó en un parcheo de la legislación societaria en el cual se dejaron por fuera modificaciones indispensables que estaban suficientemente inventariadas. De la observación del triste espectáculo brindado por un Congreso Nacional distraído en otras faenas diferentes a las del buen legislar, introduciendo modificaciones puntuales que desvertebraron el regazo de lo que quedaba de la propuesta original. De un proyecto que en lo referente al régimen societario tenía un extenso articulado y que concluyó en una ley que lo redujo a 88 artículos. Del asombro de oír a altos funcionarios del Ministerio de Justicia que una reforma del Código de Comercio, para ser buena, no podía pasar de sesenta artículos.

Las opiniones que siguen se emiten, en fin, frente al contexto de una Reforma básicamente incompleta e inocua, sin dejar de reconocer, como se anotará, que también contiene **regulaciones que flexibilizan y airean** la estructura funcional y operativa de las sociedades comerciales.

1. FORTALEZAS

Los aspectos que pueden destacarse como positivos en la Ley de Reforma, que aportan progreso y modernización a nuestra legislación societaria, pueden identificarse así:

1.1. -Se abordan y acometen, aunque con timidez y bajo perfil, **temas vedados** hasta ahora, cuyo reconocimiento tiene el alcance de crear la figura para que en los estatutos sociales se tenga la oportunidad de corregirla y aumentarla y hacerla más eficaz. Esos tales temas ignorados hacia el pasado, que emergen con entidad propia hacia el futuro, son la consagración del derecho de receso, de la escisión, de la sociedad anónima por suscripción sucesiva, de las sesiones no presenciales, y el de la simplificación del régimen de mayorías.

1.1.1. -El **derecho de retiro** (arts. 12 a 17) se necesitaba con urgencia, para dar a las sociedades comerciales una mayor transparencia, y para impedir con alguna eficacia el abuso impune que pueden hoy llegar a ejercer los mayoritarios.

Si bien algo de retiro se encuentra en el actual Código de Comercio, en las sociedades colectivas (art. 319-5) y en la transformación (art. 168), su presencia es totalmente tangencial. Reconocerlo de manera expresa, con alguna regulación, es advertir de su existencia y prevenir para que circunstancias no incluidas en la ley como generadoras del derecho, puedan ser reguladas por los estatutos sociales.

No es suficiente permitir que el asociado se retire cuando se le aumente su responsabilidad o se le cause un detrimento patrimonial, y limitado exclusivamente a ser consecuencia de aplicar esquemas de transformación, fusión y escisión; o cuando la sociedad cancele voluntariamente su inscripción en el mercado público de valores. Quedan por fuera otras decisiones que, de adoptarse por la mayoría, pueden tener entidad y efecto suficientes como para dar el derecho al minoritario de recesar, decisiones esas sí que tocan a fondo las reglas de juego internas, alterándolas. Tales decisiones del órgano de dirección social que de veras justifican la consagración estatutaria del derecho de receso debieran ser, entre otras: el cambio sustancial del objeto

social, el cambio de domicilio; la alteración en la responsabilidad frente a terceros, o en los derechos patrimoniales sobre utilidades, o en los remanentes y reembolsos; la prórroga del contrato más allá de lo inicialmente acordado, la alteración en el régimen de mayorías para la toma de decisiones, y las modificaciones al derecho de receso.

En el proyecto inicial se contemplaron algunas de las mencionadas, tales como el cambio de objeto social y de domicilio, pero durante el debate y la poda, desaparecieron.

Consagrar un receso amplio, generoso, al cual se tenga acceso si se produce alguna modificación en cláusulas de la sociedad, es darle **fortaleza cierta a la sociedad consagrandó su propia fragilidad**. Esta paradoja surge de concluir que mientras más fácil pueda retirarse un minoritario (porque sin lugar a dudas el retiro es un derecho del minoritario) más protección y respeto merece del mayoritario, y que mientras más blindadas y selladas sean las compañías, es más factible que en su seno se escenifique el abuso de las mayorías sobre las minorías. Aligerar y desapretar las amarras permite hacer más conscientes a los asociados de sus propios deberes y derechos frente a los demás asociados y frente a la compañía.

1.1.2. -Integrar al Código el tema de **la escisión** (arts. 3 a 11) es incorporar al sistema una figura muy útil dentro de los programas de reingeniería societaria y organizacional. De la escisión hablaban ya el Estatuto Orgánico del sistema Financiero y las doctrinas de las Superintendencias. Regular la transferencia patrimonial en bloque, de una sociedad a otra que ya existía o que se crea, con sus implicaciones económicas y jurídicas, con la consagración e implementación de las escisiones **por creación y por absorción, con o sin disolución** de la sociedad escindida, es atemperarse con lo que está sucediendo en la operación de las empresas dentro de la filosofía de desagregación patrimonial para obtener mayores eficiencias, especialmente si se complementa con el benchmarking o con el outsourcing.

Infortunadamente se transplanta del derecho francés, sin adecuación a nuestro sistema societario, un caso de **registro constitutivo** ajeno al principio de que las sociedades como entes jurídicos autó-

nomos nacen desde la fecha de la escritura de constitución, pues las sociedades beneficiarias en la escisión, y la escisión misma, sólo se perfeccionan con el registro de la escritura pública. Y es también infortunado no haber regulado otras formas escisorias, como la **por subordinación**, o la **por desmembración** que equivale a una liquidación parcial.

1.1.3. -La **sociedad anónima por suscripción sucesiva** (arts. 49 a 60), por contraste con la forma tradicional de sociedad por acciones instantáneas o formada por acto único, ofrece la posibilidad de ir agrupando inversionistas, cuyos fondos están debidamente salvaguardados, hasta tanto culmine el programa de fundación y se constituya la compañía. Esta nueva forma de constitución por etapas hace **más flexible el proceso de promoción de negocios y de sociedades**, brindando una herramienta jurídica que se acomoda a lo que ocurre en el mundo comercial. Hubiera sido más conveniente prever que, además, en este tipo de compañía pudieran acordarse plazos más amplios para la **cancelación de las acciones suscritas**, pues así la adaptabilidad a la fase promocional sería mayor; pero no se hizo, limitándose a reconocer cierta laxitud en la etapa preoperativa pero no consagrándola una vez constituida la sociedad.

1.1.4. -Acoger la existencia de **sesiones no presenciales** (arts. 19 a 21) de los órganos societarios colegiados, tanto de dirección como de administración, es **validar lo que está sucediendo** en la práctica en una época de eficientes comunicaciones, de satélites, de fibras ópticas, de internet, de telemática y de teleconferencias. De hecho, esas reuniones no se venían produciendo con la **presencia física** de sus integrantes, porque la técnica desbordó requerimientos arcaicos; y de ellas se levantaban actas que, para no evidenciar su propia nulidad o ineficiencia, incurrieron en la falsedad de registrar que los interrogantes estuvieron materialmente presentes sin haberlo estado.

1.1.5. -Se **simplifica el régimen de mayorías** (art. 68), abandonándose una multiplicidad diversa de mayorías calificadas dispersa a lo largo del régimen societario. Salvo las tres excepciones consagradas en la norma, de mayorías calificadas que sobreviven y persisten, las decisiones se adoptarán por mayoría **ordinaria o simple**.

Los estatutos podrán establecer **mayorías calificadas**, pero dicho acuerdo deberá corresponder a una época en que la ley ya esté rigiendo, debiendo suponerse que las calificadas que vienen del régimen anterior automáticamente quedan convertidas en simples mayorías a partir de junio de 1996, y que, para que subsistan, deberán acordarse válidamente y elevarse a escritura pública después de que la ley 222 haya empezado a regir, una vez transcurridos seis meses desde su promulgación. De no ser así, no tendría alcance una reforma sin dientes que permita mantener el régimen mayoritario actual por el sólo hecho de que figure en estatutos que son anteriores a la entrada en vigencia de la norma.

Las mayorías **calificadas remanentes** son:

- la del artículo 155 del Código, afinado con lo dispuesto por el artículo 240 de la Ley, que exige el voto favorable de por lo menos el 78% de las cuotas o acciones representadas para votar un **dividendo inferior** al mínimo legal;
- la del artículo 420-5, al exigirse por lo menos el 70% de las acciones presentes para aprobar un reglamento de suscripción de acciones sin observación al **derecho de preferencia** a prorrata; y
- la del artículo 455, que condiciona la aprobación de una **distribución obligatoria de acciones**, de utilidades del período, al voto favorable del 80% de las acciones representadas.

En contravía con esa política de simplificación de las mayorías, la Ley, sin embargo, consagra dos mayorías calificadas nuevas:

- la requerida para alterar el **régimen de las acciones preferenciales** sin derecho a voto (art. 63 de la ley 222), que además de ser especial es doble, pues se exige el voto a favor del 70% de las acciones preferenciales y del 70% de las acciones ordinarias;
- y la necesaria para votar un **dividendo inferior** al mínimo que, como ya se expresó, pasa a ser del 78% de las acciones o cuotas representadas, según el art. 240 de la ley.

1.2. -Insistir en que **la responsabilidad de los administradores** sea más estricta, más amplia y más definida, al establecerles deberes de fiducia tales como los de mantener la reserva y el de evitar toda situación de conflicto de intereses (numerales 1, 5 y 7 del art. 22). Adicionando la solidaridad ilimitada entre quienes resulten responsables (art. 24). El comportamiento de un buen padre de familia que antes se exigía se convierte en la exigencia de actuar como un hombre de negocios. Y los administradores pueden ser el objeto de una acción social de responsabilidad, o pueden ser sujeto de una responsabilidad pseudo-objetiva en la cual se presume la culpa si se ha actuado en violación de la ley o de los estatutos. Quedan, por lo tanto, los administradores bajo una lupa inquisidora, mucho más expuestos de lo que en el pasado lo estuvieron. Para no resultar responsable por la indemnización de los perjuicios que se causen a la sociedad, a los asociados o a terceros, el nivel exigido en cuanto a diligencia, cautela y cuidado, es superior.

1.3. -Habilidosamente se dirime la discusión originada en el actual Código, sobre la distinción precisa, si alguna, que debe existir entre **Administradores y Representantes** legales. La incisión en el tema es profunda (art. 22): se evade la polémica, y se coloca a los representantes como una de las categorías de los administradores. En el futuro, el representante legal es simplemente un administrador, uno de los varios pues la gama se hace más amplia, extendiéndola aún hasta los factores, liquidadores, miembros de los Consejos Directivos, y a quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten estas funciones, además de los tradicionales miembros de Juntas Directivas.

De optarse por categorizar estas funciones, tan diferentes la de administrar de la de representar, no se encuentra justificación que la ley ignore esa relación género-especie, como lo hace en el artículo 45 (inciso segundo) en el que distingue y separa a los administradores y a los representantes legales.

1.4. -Se generaliza la prohibición del artículo 103 del Código, a todos los incapaces (art. 2), haciendo justicia de gremio con todos los que carezcan de capacidad plena de goce. El Código protege a los

menores de edad, una especie de incapaces, los más tiernos, pero tan limitados como los demás a quienes se ha desprotegido permitiendo que terminen como socios de sociedades en las cuales se comprometa su responsabilidad solidaria.

2. LAS REFORMAS DEL PROYECTO INICIAL, QUE DESAPARECIERON

Como se anotó ya, el proyecto original integraba una temática más amplia que lo que quedó en la ley, y reflejaba un conjunto más armónico e integral. Se aspiraba, de veras, a una Reforma del régimen societario, y lo que quedó fue algo más que un parcheo. A reforzar esta opinión, tiende la enunciación de lo que desapareció del texto a lo largo de discusiones y trámites. Es así como:

2.1. -Fracasó la idea original de que las sociedades comerciales se constituyan y se reformen por **documento privado**. Porque, ¿para qué sirve la escritura pública en el derecho societario? Para incrementar costos, y para duplicar archivos y memorias. Dejando en claro que la memoria notarial es dispersa y sin secuencia, hay que buscarla; mientras que el registro que lleva la Cámara de Comercio es ordenado y completo; sobra el de la Notaría, que de nada sirve ante la necesidad de que se expresen todos los actos relacionados con una compañía, pues éstos están diseminados en los protocolos inconexos de todas las Notarías del país y Consulados en el exterior. El interés económico de un respetable sector de servidores públicos hizo retornar a la solemnidad calificada de la escritura para todas las instancias societarias.

2.2. -Sucumbió la institución del **allanamiento de la personalidad jurídica societaria**, como consecuencia y sanción para las compañías que se constituyen con fines de simulación o de fraude. El disgregard, la penetración, el rompimiento del velo, la remoción de la máscara corporativa, como quiera llamársele siguiendo los expresivos nombres adoptados por la doctrina y en otras legislaciones, constituye un formidable reto moral para el derecho de las sociedades, y una talanquera efectiva para evitar las consecuencias torticeras que pueden surgir de ciertos -de muchos- esquemas corporativos. Nada que-

dó de esta severa institución; su efecto, sin embargo, se trasladó a las Empresas Unipersonales y al régimen concordatorio.

2.3. -No se insistió en la desagregación temática del artículo 110 del Código, planteada en un principio, según la cual las **cláusulas del contrato son esenciales unas, y facultativas otras**, requiriéndose que en el documento de constitución sólo se contemplen y regulen las primeras.

2.4. -Se dejó de lado la consagración de **deberes de los asociados**. Qué acierto haber dicho que los socios y los accionistas no sólo tienen derechos en la compañía, sino que también están obligados frente a ésta a **colaborar y a ser leales**.

2.5. -No se mantuvo la extensión del beneficio de **la prima**, de manera expresa, a las sociedades de responsabilidad limitada. La prima en colocación de acciones sólo se insinúa en el artículo 386-4 del Código de Comercio, y hay que acudir a la remisión para transferirla a las demás formas societarias.

2.6. -Se intentó vanamente mantener el carácter temporal de la **reserva legal apropiada en exceso** de la mínima legal. El Consejo de Estado ha sentenciado en contra de la Superintendencia de Sociedades; mientras ésta sostuvo que la reserva legal excesiva mantiene su carácter no obstante su extralimitación en la cuantía mínima, el Consejo ha sido de la opinión de que lo que se lleva a reserva legal excediendo los topes mínimos puede posteriormente distribuirse entre los asociados o llevarse a una reserva ocasional, pues sólo es legal la mínima legal. Esta posición jurisdiccional estuvo en el Proyecto.

2.7. -El **derecho de receso** se reconocía en favor de los asociados minoritarios cuando hostilmente se aprobaban reformas tales como: cambio del objeto social, cambio de domicilio y modificaciones en la responsabilidad.

2.8. -Toda la nueva reglamentación dispuesta para una sociedad de responsabilidad limitada menos nociva y más regulada, cayó en la amputación inmisericorde. Pudo haber existido una limitada sin número máximo de socios, con capital suscrito y pagado, sin solidaridad

de los socios derivada de la falta de integración efectiva de la cuenta de capital, y con prima en suscripción de cuotas sociales. Fue sólo parte del sueño.

3. DEBILIDADES

Además de la carencia generalizada de orden sistemático, del desorden del articulado, de la improvisación e impericia legislativa que ya han sido señalados, se tratará en la parte siguiente de puntualizar algunas de las más sobresalientes debilidades de la Ley que reforma el régimen societario.

3.1. -Varias de las normas incorporadas en la ley tienen **claros visos de inconstitucionalidad**, al violarse el principio contenido en el artículo 158 de la Constitución de 1991 que consagra la “unidad temática” de las leyes. Baste confrontar:

- La ley 222, que en su encabezamiento determina que “modifica el Libro II del Código de Comercio”.
- El artículo 158 de la Constitución, que consagra que “todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia, y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella”:
- Los artículos 1, 238 y 242 de la ley 222, que regulan las sociedades civiles, y derogan disposiciones de la magna obra de Bello;
- El artículo 232 de la ley 222, que modifica el Código Sustantivo de Trabajo;
- El artículo 43 de la ley 222 que consagra un nuevo tipo criminal.

No se requiere hacer un esfuerzo intelectual o hermenéutico muy extenuante para concluir que la Ley rebasó la órbita de su aplicabilidad dentro del ordenamiento constitucional, pues al estar referida a las modificaciones al “Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones” tuvo la osadía de:

- Regular las sociedades civiles en su integridad. Hasta el punto de eliminarlas y volverlas a consagrar, las elimina al derogar, en su artículo 343, los artículos 2079 a 2141 del Código Civil, con lo cual las sociedades civiles desaparecen del escenario jurídico nacional por quedar sin regulación, sin embargo, procede a recrearlas, cuando las somete a la reglamentación del Código de Comercio en virtud de los artículos 1 y 238 de la ley 222. Hasta el extremo de que si la Corte Constitucional llegare a decidir las demandas de inexecutable ya propuestas, manteniendo los preceptos de la ley 222 como acordes con la Constitución, **las sociedades civiles serían de creación del Código de Comercio**, y sólo en este Código se encontrarían las normas que las regulan. Aberrante hibridación. ¡Alma bendita de don Andrés Bello!..
- Despojar de la acción laboral de reintegro a los administradores y revisores fiscales despedidos de las compañías, equivale a negar a algunos trabajadores el acceso a las acciones procesales de defensa que en su favor consagra el Código Sustantivo del Trabajo. Lo que no sólo invade la órbita de otra rama diferente del derecho, sino que mediante una ley ordinaria (un Código) modifica una ley estatutaria (la norma laboral).
- Sobre la consagración de delitos y penas en el Código de Comercio, puede afirmarse algo similar a lo dicho en cuanto a las sociedades civiles.

La obligación legal de mantener la unidad temática no se exime por el fácil expediente de mencionar en el encabezamiento de las leyes que, además de asuntos específicos, también se “dictan otras disposiciones”; tal ampliación genérica era válida en el régimen constitucional anterior, pero contraría de manera expresa el espíritu y la letra del actual.

Debe tenerse en mente que la Constitución de 1991 cambia las bases de análisis de eventuales inconstitucionalidades de la ley, pues en el pasado muchas normas abarcaban varias materias y pasaron el análisis constitucional, por cuanto la unidad temática es un asunto no-

vedoso que exige el delineamiento de un nuevo perfil de las atribuciones del Congreso al legislar.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado (sentencia C-531 de 1995, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero) que:

“(…) El Congreso viola la unidad de materia cuando un determinado artículo o contenido normativo no tiene ninguna relación objetiva o razonable con la temática general y la materia dominante de la ley de la cual hace parte. —Podría pensarse que se trata de un vicio formal pues parece referirse al puro procedimiento legislativo, esto es, al trámite de aprobación y perfeccionamiento de las leyes, pues la violación de la Constitución no ocurriría porque el contenido particular de un determinado artículo hubiese desconocido mandatos materiales de la Carta, o hubiese sido expedido por una autoridad a quien no correspondía hacerlo, sino únicamente porque habría sido incluido en un proyecto de ley con una temática totalmente diversa a la suya. Por consiguiente, ese contenido normativo podría ser exequible si hubiera estado en otro proyecto de la ley aprobado por el Congreso, lo cual parecería confirmar que el vicio es formal. —Sin embargo, un análisis más detenido muestra que no se trata de un vicio puramente formal, puesto que tiene que ver con el contenido material de la norma acusada. Así una ley puede haber surtido un trámite intachable, por haber sido aprobadas todas sus disposiciones conforme al procedimiento establecido por la Constitución y el reglamento del Congreso. La ley es pues formalmente inatacable; sin embargo, algunos de sus artículos pueden ser declarados inexecutable por violar la regla de unidad de materia, si su contenido normativo no tiene una conexidad razonable con la temática general de la ley. Y sin embargo, se repite, la ley es formalmente inatacable, pues se surtió de manera irregular todo el proceso de aprobación, sanción y promulgación. Esto significa entonces que el vicio de inconstitucionalidad de esos artículos, por desconocer la regla de unidad de materia, no puede ser formal pues la forma no ha sido cuestionada. El vicio deriva entonces de que el Congreso no tenía competencia para verter esos contenidos normativos en esa forma particular, esto es, en esa ley específica, y por ello son inconstitucionales, a pesar de que el trámite formal de la ley fue ajustado a la Constitución.

“(…) Esta corporación ya había señalado esa doble finalidad del mandato del artículo 158 de la Carta, cuando señaló: ‘la exigencia constitucional se inspira en el propósito de racionalizar y tecnificar el proceso normativo tanto en su fase de discusión como de elaboración de su producto final. El principio de unidad de materia que se instaura, contribuye a darle un eje central a los diferentes debates que la incitativa suscita en el órgano legislativo. Luego de su expedición, el cumplimiento de la norma diseña bajo este elemental dictado de coherencia interna, facilita su cumplimiento, la identificación de sus destinatarios potenciales y la precisión de los comportamientos prescritos. El estado social de derecho es portador de una radical pretensión de cumplimiento de las normas dictadas como quiera que sólo en su efectiva actualización se realiza. La seguridad jurídica, entendida sustancialmente, reclama, pues, la vigencia del anotado principio y la inclusión de distintas cautelas y métodos de depuración desde la etapa gestativa de los proyectos que luego se convertirán en leyes de la República’. —Esto muestra entonces que esta regla de unidad de materia se proyecta más allá del proceso legislativo, pues es un mecanismo para la sistematización y depuración de la legislación, por razones sustanciales de seguridad jurídica. —La violación de esta regla no es pues un vicio puramente formal pues recae sobre la materia y busca proteger valores fundamentales del ordenamiento, como la seguridad jurídica. Por ello, como lo indicó esta Corporación, su desconocimiento “tiene carácter sustancial y, por tanto, no es subsanable. Por la vía de la acción de inconstitucionalidad, la vulneración del indicado principio puede ser un motivo para declarar la inexecutable de la ley”.

“(…) El interrogante que se plantea es entonces si existe una relación razonable entre estas dos temáticas. Y para esta Corporación es claro que no es posible establecer una relación de conexidad causal, teleológica, temática o sistemática del artículo acusado con la materia dominante de la ley. En efecto, por más de que el término ‘materia’ debe tomarse, como esta Corte lo ha señalado ‘en una acepción amplia, comprensiva de varios asuntos que tienen en ella su necesario referente’, es claro que la ley sexta de 1992 se refiere a un tema totalmente distinto del tratado por el artículo 116”.

Consistente con la posición del juez constitucional, el Código de Comercio no tiene similitud ni complementariedad alguna ni con el Código Civil, ni con el Sustantivo del Trabajo, ni con el Penal, de donde surge el carácter intolerable del atentado realizado por la ley 222 en contra de un principio constitucional, al invadir esferas privativas de legislaciones diferentes y especializadas.

3.2. -Se ignoran de manera total, las diferencias que tiene el **actual régimen de las sociedades de responsabilidad limitada**, dejando pasar la oportunidad propicia para enmendarlas. Es bien sabido que las limitadas son las formas corporativas de más usanza, no obstante caracterizarse por una regulación de alto riesgo y de evidentes inequidades. Al limitar el comentario a lo del Código —para no mencionar las responsabilidades solitarias fiscales y laborales, pues es pertinente no menearlo—, se justificaba de sobra una Ley de reforma para subsanar situaciones creadas por el actual Código, como las siguientes:

- Si un socio no cancela íntegramente su aporte de capital, (art. 355) todos los socios —incluyendo los cumplidos— responden de manera solidaria por las obligaciones de la compañía;
- Si se incurre en fallas en la conformación de la razón o denominación social (art. 357), intencionales o culposas, también se compromete la responsabilidad solidaria de los socios por los actos y obligaciones sociales; baste pensar en el lastre patrimonial que pesa sobre los socios de las sociedades que han adoptado la abreviatura LTD, tan anglosajona y tan elegante;
- Los mayoritarios pueden excluir a los minoritarios (art. 358-2o) sin fórmula de juicio, sin estar condicionados por las causales de justificación que para las colectivas imponen los artículos 296 y 298 del Código de Comercio, y sin que se prevean mecanismos de determinación del precio justo, y de su forma y modalidad de cancelación;
- Al exigirse que en la toma de decisiones (art. 359), además de la mayoría legal o estatutaria se requiere del voto plural a favor, se

consagra un absurdo veto del minoritario en las sociedades constituidas sólo por dos socios —que son muy frecuentes—. Es incomprensible, entonces, que el socio del 51%, o del 71%, o aun del 99,9% de las cuotas sociales, piense que la facultad decisoria se fundamenta en una mayoría que es pírrica y engañosa, pues para poder tomar decisiones válidas en la Junta de socios tendrá necesariamente que contar con la aquiescencia del minoritario quien, a pesar de ser mirado con desdén, tiene la real facultad de decidir al ejercer el veto.

- La única reforma estatutaria solemne de todo el sistema societario colombiano es la cesión de cuotas sociales en las sociedades de responsabilidad limitada. Asumiendo, en gracia de discusión, que la cesión es reforma, pues para el art. 362 sólo “implicará” (así; en tiempo futuro) una reforma, y no constituye por sí misma una modificación estatutaria. Todo lo que antecede a la escritura es superfluo, incluyendo lo ocurrido en la sesión de Junta de socios, pues la cesión es ineficaz hasta tanto no se solemnice por escritura suscrita por cedente, cesionario y representante legal.
- El itinerario diseñado por el legislador en los artículos 363 y siguientes, en la cesión de cuotas sociales, para ejercer el derecho de preferencia y agotar la obligación de preferir, es incompleto y fatalista, incompleto por cuanto no permite al destinatario de la oferta objetar las condiciones de la negociación planteada, no reconoce el derecho de adquirir las cuotas a la sociedad misma, y no prevé la circunstancia de que sólo algunos de los destinatarios de la oferta la acepten; y fatalista pues en lugar de permitir que fracasada la negociación el presunto cedente pueda ceder libremente sus cuotas, además de poderse proceder a su exclusión, se contempla la alternativa de disolver y liquidar la sociedad.
- Si como conclusión del trámite de la preferencia se llega a la exclusión, ninguna norma de protección al minoritario regula esta materia, sobre asuntos tan sensibles como la determinación del plazo para el pago y demás modalidades de la cancelación del valor justo que debe reintegrarse al socio excluido.

3.3. -En la escisión se notan deficiencias:

- No haber contemplado el esquema escisorio de la creación de una sociedad subordinada (escisión por subordinación), en la cual las acciones o cuotas no pertenezcan a todos o algunos de los socios o accionistas de la sociedad escidente, sino que su titularidad corresponda a ésta, permitiendo consolidar sociedades en grupo o relaciones de matriz a subordinada;
- No haber consagrado la escisión por desmembración, por la cual todos o algunos de los socios o accionistas reciben parte del patrimonio de la sociedad escidente, a manera de liquidación parcial;
- Establecer un registro constitutivo, ajeno al derecho societario colombiano, pues el traspaso de los bienes, de los activos y de los pasivos, se perfecciona sólo con el registro de la escritura de escisión. Se institucionaliza de esta manera lo que el doctor Daniel Manrique Guzmán calificó ante el Colegio de Abogados Comercialistas de Bogotá, una “transferencia herética” de bloques del patrimonio, en que se desconocen los sistemas tradicionales de transmisión del dominio basados en la consensualidad o en la entrega.
- Acudir a los avisos mediante “telegrama” (art. 5) enviado por los administradores, ignorando medios más efectivos y más de esta época de la cibernética y del internet. Los telegramas (si es que se sabe en la ley qué es un telegrama) son medios de comunicación obsoletos e ineficientes, parte de la historia de Colombia muy diferente a la que será regida por el nuevo Código de Comercio.
- Limitar la responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias con respecto a las obligaciones de la escindida a los “activos netos que les hubieren correspondido en el acuerdo (sic) de escisión”. Habrá que definir qué se entiende por activos netos: o los activos totales, o el valor patrimonial de la porción escindida previamente afectada por los pasivos transferidos, o que, ade-

más, los bienes que se reciben no son los identificados en el acuerdo, que es una fase preparatoria, básica pero meramente preliminar, sino los que efectivamente se integren en el texto de la escritura de escisión, que es posterior.

- Dar tanta importancia a los balances que sirven de base a la escisión. Con todo respeto, debe afirmarse que ningún balance, por reciente que sea, del mes anterior o del día anterior a la fecha en que se reúnen las Asambleas o Juntas de socios para adoptar el esquema o el acuerdo de escisión, es el que, a la postre, servirá para identificar los bienes y obligaciones que con exactitud conforman la porción patrimonial que se transfiere. Sólo al balance de la fecha de ejecución (cierre o corte contable) determinará qué se transfiere y qué se recibe: y a dicho estado financiero la Ley no da ninguna trascendencia.

3.4. -Al regular el **derecho de receso o de retiro**, no se establece regulación alguna, mínima y básica, para las condiciones en que debe cancelarse el valor de sus cuotas o acciones al asociado que ejerce el derecho de irse de la compañía, cuando el mecanismo elegido es el de la **adquisición por la compañía o el de la negociación entre asociados**, como sí lo hace si es el del reembolso de la porción de capital y de patrimonio que corresponde al recesante.

3.5. -Al integrar al texto del Código la existencia y regulación de las **acciones preferenciales sin derecho de voto** (arts. 61 a 66), cercenó algunos derechos que ya habían sido reconocidos por la ley 27 de 1990 y por el decreto 3091 de 1990, como los referentes al representante de los tenedores de dichas acciones. Y a la asamblea de accionistas especial que reúne los titulares de acciones preferenciales.

3.6. -La **empresa unipersonal**, (o para decirlo con mayor precisión: la sociedad unipersonal), no se necesitaba. Este nuevo ente, con personalidad jurídica autónoma —que no se le reconocía en el proyecto original—, con limitación de responsabilidad de su constituyente, producto de la atomización que de su patrimonio y de su responsabilidad hace el comerciante, colocará a los acreedores en una situación de mayor riesgo y exposición de la que hoy tienen, al enfrentarse a

otras figuras que aportan más incertidumbre que seguridad, en un medio comercial informal e indisciplinado como el colombiano.

Es por lo demás llamativo que una característica tan relevante de estas nuevas personas, como lo es la de la limitación de la responsabilidad del constituyente al monto del aporte llevado a la empresa, no se consagre de manera explícita y directa, sino que se derive tan sólo indirectamente de la aplicación de los artículos 71 (parágrafo), 72-2 y 80, al establecerse la solidaridad (que es la negación de la limitación de la responsabilidad) si se omite el EU de la razón o denominación social, si se utiliza en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, y por la remisión expresa a las sociedades de responsabilidad limitada.

La empresa unipersonal produce una fisura en el sistema actual que reconoce el nacimiento de la personalidad jurídica desde la escritura de constitución (arts 98, 110 y 112 del Código de Comercio), y que otorga al registro en la Cámara de Comercio efectos de mera oponibilidad. Copiado del sistema francés, en este aspecto diferente al colombiano, el artículo 71 consagra una modalidad de registro constitutivo, excepción al sistema general societario, al disponer que “La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica”.

3.7. -A las **sesiones no presenciales** de los órganos colegiados de dirección y de administración (art. 19), se les imponen dos requisitos incompatibles con la misma esencia de que las reuniones no requieran de la presencia física de los integrantes del órgano:

- Aviso previo a la Superintendencia de Sociedades en que se solicite la presencia de un delegado, dado con ocho días de anticipación, cuando la espontaneidad y lo súbito es de la esencia de estos acuerdos, y es la razón de ser de su reconocimiento legal;
- Presencia de un Delegado de la Superintendencia de Sociedades; sólo una persona tiene que estar presente: el funcionario del ente de inspección, vigilancia y control de las sociedades; porque los integrantes, que son la razón de ser del órgano y de la sesión, pueden estar todos ausentes; es algo así como la con-

sagración del oso oficial. Máxime si la presencia solitaria de un funcionario, no se sabe dónde porque reunión física no hay, se justifica para “evitar que se vean atropelladas las mayorías accionarias” como si en Colombia los minoritarios fueran quienes abusan de los mayoritarios, y no a la inversa, que es lo frecuente, y como si el interés tutelable debiera ser el del socio mayoritario y no el del minoritario.

3.8. -Eliminar las **remisiones** que desdibujan el perfil propio de cada forma societaria, y que tanta confusión crean en nuestra legislación, constituía una de las finalidades de la Reforma expuestas por la Superintendencia de Sociedades en el texto de su primer proyecto. Pues resulta que las remisiones existentes **subsisten todas, y se agregan otras**, como las de que a la escisión se aplican mecanismos de la fusión (art. 5 que menciona el art. 174 del C. de Co.), que a la fusión se transfieren normas de la escisión (art 11), y que a las empresas unipersonales se integra la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 80).

3.9. -Por allá, desubicada y perdida, al final de la ley (art 240), se consagra una **nueva mayoría** (en contraste con el objetivo general de simplificar las mayorías), **peculiar, curiosa e inexplicable**, virus de quirófano, con seguridad consecuencia de una situación particular que debiera ser ajena al contenido de una Código: la de que la distribución mínima podrá dejarse sin efecto con el “voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% (sic) de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la sesión”. Para despejar el asombro que produce esta criatura anormal, baste expresar que es de origen parlamentario (sic).

3.10. -Ha ignorado la Reforma una **nueva versión de las utilidades, las por exposición a la inflación**, que complementan, adicionándoles en favor o en contra, las utilidades tradicionales reguladas por el Código de Comercio. Es que hoy, con la entrada en vigencia de los Ajustes integrales por inflación, las utilidades y las pérdidas tienen un nuevo componente, derivado de los efectos que el PAAG (Porcentaje de Ajuste del Año Gravable) arroja en la cuenta de resultados de

Corrección Monetaria, al ser aplicado a los activos y pasivos no monetarios, y al patrimonio. Esta nueva versión de las utilidades incluye, por lo tanto, un concepto teórico de beneficios nominales, que debiera tener un tratamiento distinto en lo referente a distribución de utilidades como dividendo y a compensación de pérdidas. No es coherente que el sistema tradicional del Código de Comercio siga siendo aplicado, cuando las utilidades se han modificado de manera sustancial. Se quedó atrás la reforma del Código con referencia a los nuevos sistemas de determinación y de contabilización de ganancias y de pérdidas, lo que producirá tensiones internas en las compañías entre los asociados (interesados en la distribución máxima teórica) y los administradores y la sociedad misma (quienes prefieren conservar la integridad patrimonial, proponiendo distribuciones sobre utilidades reales, que generan tesorería).

3.11. -Finalmente, lo último que no es lo menos importante. La **Ley no regula la transición de legislación**. Lo que va a ocasionar muchas controversias en casos particulares. Pues si bien es claro que las normas imperativas son de inmediata aplicabilidad sin que a ellas puedan oponerse cláusulas contractuales anteriores, queda sin embargo una gran zona gris, en la cual confluirán cláusulas contractuales del régimen anterior con disposiciones meramente facultativas o potestativas de la Ley que entra a regir; en esos eventos, ¿cuál prima?

Véase por ejemplo, la duda aplicada al nuevo régimen de mayorías. Se está hoy en un sistema de mayorías calificadas para reformar los estatutos y para otros eventos contemplados en el Código de Comercio; y la Ley simplifica las decisiones generalizando la simple mayoría, como se expresó en el numeral 1.1.5. de este trabajo, pero estableciendo en el artículo 68 que “podrá pactarse un quórum diferente o mayorías superiores a las indicadas”. ¿Tal pacto que retoma las mayorías calificadas, debe ser posterior a la entrada en vigencia de la Ley? ¿O basta que esté en los estatutos, aunque éstos sean anteriores? El conflicto es latente, pues los distintos asociados, según su interés de que impere uno u otro sistema de mayorías, alegarán en su beneficio la posición que les sea más favorable.

Y la necesidad de dicha norma de transición se evidencia en su consagración legal para algo circunstancial, como lo son las compañías civiles, para las cuales el artículo 238 dispone que en un plazo de seis meses contados a partir de la vigencia de la Ley (o sea, de doce meses desde su promulgación) deberán ajustar sus normas a las de las sociedades comerciales. Si se establecieron obligaciones de acomodamiento y ajuste estatutarios para las sociedades que no sólo son las menos usuales sino que no debieran ser objetivo del Código de Comercio, ¿qué razón puede existir para dejar sin regulación el cambio de régimen en lo relacionado con las sociedades comerciales, que son la razón de ser del Código de Comercio en lo relativo al régimen de las compañías, y que son el tipo más común, por mucho, de las compañías? ¿Será ésta una improvisación adicional de la Ley? Si lo es, no es de dimensión menor.

Quedan aquí plasmadas reflexiones personales con las cuales se pretende cumplir con los requisitos exigidos por el programa de postgrado en derecho comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, a manera de Disertación. Se han recogido inquietudes, críticas y comentarios, algunos de los cuales, con el paso del tiempo y como consecuencia del análisis sereno y sensato, podrían llegar a considerarse sin fundamento; y será así, pues se está opinando cuando la Ley está aún tibia, cuando apenas se comienzan a inventariar y a digerir sus aspectos favorables y negativos, cuando todavía faltan algunos meses para que comience a regir. Sin perjuicio, entonces, de pecar de frívolas y de no estar ancladas en una doctrina o jurisprudencia reiteradas que no existen por la cercanía de su promulgación, las anteriores meditaciones y observaciones pretenden estimular y acicatear la formación de una visión profesional y académica libre, creativa, imaginativa y audaz.

Y, como se afirmó al comienzo, el tiempo tratará de limar las asperezas que se perciben a lo largo de esta Ley, desordenada, incompleta, y, tal vez, inoportuno desgaste de una oportunidad que no se repetirá en el futuro inmediato.