

EN TORNO A LA SAS:

**ANÁLISIS DE SUS CARACTERÍSTICAS, VIRTUDES Y DEFICIENCIAS, A LA LUZ DE LOS
INTERESES DE LOS EMPRESARIOS**

MONOGRAFÍA JURÍDICA PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO

Dirigida por María Victoria Moreno Jaramillo

Presentada por Juan José Huertas Quiñones

**Facultad de Ciencias Jurídicas
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
BOGOTÁ**

Septiembre de 2013

El interés en el Derecho Societario, lo debo al profesor Francisco Reyes Villamizar, quien desde su Cátedra de Sociedades me presentó, con excepcional maestría, el área jurídica que terminó volviéndose mi predilecta. Este trabajo es un humilde y sincero tributo de mi admiración y gratitud.

La elaboración de este trabajo no hubiera sido posible, de no haber contado, a lo largo del camino, con la sólida guía intelectual de la doctora María Victoria Moreno. Honda gratitud por el tiempo dedicado y las lecciones aprendidas. Lo mismo quiero decir de la doctora Beatriz Sanín, quien con infinita generosidad académica y humana, impulsó desde su inicio este empeño, y lo vio de cerca hasta llegar a buen puerto. Su extraordinaria mente jurídica y su cálida alma, hicieron toda la diferencia en el proceso que culmina con estas líneas.

Las largas horas de estudio que llevaron a este trabajo, y a lo que él significa, fueron gratas, por contar con el apoyo decidido y amoroso de mi familia. A mis padres, Santiago Huertas y Claudia Quiñones, a quienes les debo todo lo que soy, les va mi más profunda gratitud, por soportar en sus espaldas todas mis ilusiones y preocupaciones, y por tener siempre la respuesta acertada.

La alegría de terminar la etapa universitaria, que se cierra con este trabajo, sólo es completa porque la comparto con una mujer excepcional, que me llena de fuerzas cada día. Beatriz: estas páginas son para ti, como todas las que vengan en nuestra vida.

RESÚMEN

La sociedad por acciones simplificada (“SAS”) responde a los intereses y necesidades de los empresarios. Su introducción en la legislación societaria colombiana supuso una profunda reforma a la concepción dogmática tradicional, y no estuvo exenta de debate. La legislación anterior reclamaba una extensiva revisión; los creadores de la SAS afirman que ésta se dio mediante la Ley 1258 de 2008. Sus detractores, por otra parte, aseguraron que la nueva norma estaba llena de inconsistencias frente al régimen societario precedente. Luego de casi cinco años de vigencia, es pertinente examinarla desapasionadamente. Este trabajo busca hacerlo, desde la óptica de sus usuarios: los empresarios.

Palabras clave: sociedad, Ley 1258, reforma societaria, aproximación empírica a la SAS.

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1 - ALGUNOS ASPECTOS DEL DERECHO SOCIETARIO EN COLOMBIA, PREVIOS A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1258 DE 2008.

- 1.1. Descripción general
- 1.2. Tipos societarios clásicos
 - 1.2.1. Sociedad Colectiva
 - 1.2.2. Sociedad en Comandita (simple y por acciones)
 - 1.2.3. Sociedad de Responsabilidad Limitada
 - 1.2.4. Sociedad Anónima
- 1.3. Análisis sobre la situación societaria descrita
- 1.4. Carencias de la regulación societaria clásica, desde la perspectiva del mundo empresarial.
 - 1.4.1. Naturaleza contractual del derecho societario
 - 1.4.2. Excepciones a la limitación de la responsabilidad.
 - 1.4.3. Exceso de formalidades para la constitución de las sociedades
 - 1.4.4. Rigidez de la regulación sobre aportes de capital
 - 1.4.5. Falta de efectividad en el control judicial de las sociedades
- 1.5. Carencias prácticas del régimen societario tradicional

CAPÍTULO 2 - NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA SAS

- 2.1. Generalidades
- 2.2. Análisis de las novedades introducidas por la Ley 1258 de 2008 como respuesta a las carencias del régimen societario tradicional.
 - 2.2.1. Naturaleza contractual del derecho societario
 - 2.2.2. Excepciones a la limitación de la responsabilidad
 - 2.2.3. Exceso de formalidades para la constitución de las sociedades

2.2.4. Rigidez de la regulación sobre aportes de capital

2.2.5. Falta de efectividad en el control judicial de las sociedades

CAPÍTULO 3 - REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES CRÍTICAS FORMULADAS A LA SAS

3.1. Descripción general

3.2. Aproximaciones críticas teóricas

3.2.1. El debate de la unipersonalidad

3.2.2. La limitación de la responsabilidad y sus efectos

3.2.3. La simplificación de la estructura y los *stakeholders*

3.2.5. La SAS como vehículo inepto para el mercado de valores

3.2.6. La SAS como regulación paralela al régimen societario tradicional

3.3. Observaciones prácticas

3.3.1. La SAS como modelo de contratación

3.3.2. El recelo oficial frente a la SAS

3.3.4. La SAS como mecanismo para organizar relaciones jurídico-familiares; otros usos prácticos

CAPÍTULO 4 - CONTEXTO EMPÍRICO DE LA SAS EN COLOMBIA

4.1. La SAS como vehículo de inversión

4.2. Datos sobre constitución de SAS en Colombia

CAPÍTULO 5 – CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Hasta hace pocos años, las Sociedades por Acciones Simplificadas (en adelante, “SAS”) resultaban desconocidas y ajenas al mundo legal colombiano, a donde fueron trasladadas como la respuesta que dio el legislador al clamor, casi unánime, de la doctrina y de diversos sectores empresariales, que con fuerza pedían reformar el estatuto societario nacional, el cual consideraban desactualizado e inoperante, respecto tanto de sus necesidades, como de la normatividad de otros países.

Su diseño inicial se presentó como un vehículo de inversión, dirigido, según se verá, a casi todos los sectores económicos, que encontraban, en su quehacer diario, múltiples e inexplicables barreras en la legislación comercial que los regía. Desde la aparición de este tipo societario, la academia colombiana ha dedicado múltiples esfuerzos a revisar sus características, y a evaluar el significado y el impacto que su introducción en el ámbito mercantil nacional ha producido. Sobre la base de estas autorizadas voces, este trabajo pretende realizar una aproximación práctica a lo ocurrido a partir de la expedición de la Ley 1258 de 2008.

Pese a la intención y a los alcances logrados por las SAS, a cuyo estudio se dedicarán estas páginas, de antemano debe afirmarse que las SAS no deben considerarse la panacea jurídica, ni deben eximirse del justificado y profundo examen que se ha propuesto por buena parte de la academia nacional. Justamente, la aceptación tan generalizada que ha recibido este tipo societario, tanto por parte del ciudadano común

como de los especialistas en la materia, hacen tanto necesario como útil, analizar los motivos que lo inspiraron y los efectos que ha generado.

El estudio de toda institución jurídica puede abordarse desde diversas perspectivas. Así, podrían examinarse las SAS, en principio, como consecuencia de una manifestación de la autonomía de la voluntad privada, o acercarse a ellas desde su carácter generador de obligaciones. Puede, también, ahondarse en su carácter de tipo societario, novedoso dentro del panorama normativo colombiano e incluso latinoamericano. Así mismo, como es la intención de este trabajo, puede pensarse en ellas como un vehículo de inversión, es decir, como mecanismo apto para canalizar recursos –de capital y de trabajo– en aras de lograr desarrollo económico. En este sentido, el análisis jurídico es el punto de partida hacia un ámbito más amplio: el del impacto que producen las normas en las realidades económicas.

Este trabajo analiza la legislación societaria anterior a la SAS y qué tan efectivas fueron las respuestas ofrecidas por ésta, a las deficiencias de la regulación tradicional, frente a la realidad empresarial del Siglo XXI. El primer capítulo de este escrito hace un recuento de la regulación que, en materia de sociedades, existía en el país hasta el momento en que entró en vigencia la Ley 1258 de 2008. En ese acápite, se pone de presente la descripción de los tipos sociales anteriores a la SAS y sus características, y la lógica en la que se sustentan, con el fin de mirar, desde esa óptica, los desafíos que enfrentan, de cara al mundo contemporáneo.

El segundo capítulo de este trabajo describe las principales novedades que, en materia de regulación societaria, introdujo en la legislación colombiana la creación de la SAS. Lo anterior, con el doble fin de comprender este proceso de *trasplante* jurídico (tan criticado) y, a la vez, de caracterizar los aspectos que sitúan a la SAS como el tipo societario más innovador en América Latina, en sintonía con las avanzadas jurisdicciones de Norteamérica y Europa Occidental.

Desde allí, el tercer capítulo hace un recuento de las principales críticas que se han formulado a las SAS, algunas válidas y con sólidos argumentos. En el entendido de que las SAS transformaron el ámbito societario colombiano, este acápite se centra en las autorizadas voces que, desde diversos ángulos, señalan a este tipo societario como violatorio del derecho de igualdad de los demás tipos sociales, y quizás como expediente idóneo para la defraudación de la ley. Así mismo, este capítulo analiza tales críticas, y aborda ciertos aspectos prácticos del desarrollo de las SAS.

El cuarto capítulo intenta, a manera de colofón de los tres anteriores, analizar la respuesta que dio el mundo comercial colombiano, a las oportunidades y desafíos ofrecidos por la SAS. Para ello, hace uso de las diversas y muy calificadas mediciones a que han sido sometidas. Por último, el capítulo final presenta algunas reflexiones e inquietudes sobre el uso dado a la SAS por los comerciantes, y otros sectores de la sociedad colombiana.

Todo lo anterior, se hizo a partir de una amplia revisión de los más recientes pronunciamientos de la doctrina nacional e internacional. Esta última, además, se

exploró para analizar la respuesta que, a nivel comparado, han tenido las formas asociativas semejantes a la SAS, en el resto del mundo.

Por razones metodológicas, y con el fin de que la lectura comprensión de este trabajo sean ágiles, el lector encontrará que la estructura de los tres primeros capítulos es semejante; de esa manera, se propone que la comparación entre: (i) las características y deficiencias de la legislación societaria tradicional; (ii) las respuestas que ofreció la SAS a esas carencias; (iii) las principales críticas formuladas a la SAS; y (iv) un análisis de las mismas, a la luz de los intereses del sector empresarial, siga un mismo orden.

CAPÍTULO 1

ALGUNOS ASPECTOS DEL DERECHO SOCIETARIO EN COLOMBIA, PREVIOS A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1258 DE 2008

1.1. DESCRIPCIÓN GENERAL

Como es sabido, el ordenamiento jurídico colombiano está basado en la tradición jurídica europea. En particular, el Derecho Privado¹ colombiano, que se nutre del Código Napoleónico de principios del Siglo XIX, presenta una marcada tendencia a reflejar las instituciones civiles francesas, que a su vez provienen del antiguo Derecho Romano². Como consecuencia de esta trayectoria legislativa, es particularmente importante señalar, para los propósitos de este trabajo, la regulación que diferencia los asuntos civiles de los comerciales³. Las explicaciones que enmarcan esta dicotomía, ya histórica, son diversas y complejas. Actualmente, existen en el mundo argumentos a favor y en contra de la llamada *unificación del Derecho Privado*, tal como ocurrió en Suiza en 1907, e Italia en 1942.

En Colombia, también han surgido intentos legislativos para unificar las dos vertientes del Derecho Privado⁴, cuya separación se justificaba debido a las sustanciales diferencias históricas entre el Derecho Civil y el Comercial que, de acuerdo con muchos

¹ Véase la caracterización de esta rama del Derecho hecha por el profesor Guillermo Ospina Fernández, en su clásica obra sobre obligaciones. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones*. 5 edición, Editorial Temis, Bogotá. 1994.

² Para una completa exposición del trasfondo histórico y jurídico del Derecho Privado colombiano, desde su origen romano, véase el esclarecedor trabajo de la profesora Emilssen González de Cancino, *Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil Colombiano*, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 2007.

³ Desde la expedición del Código Civil Italiano de 1942, se ha generado una corriente a favor de la unificación del Derecho Privado, impulsada también por el antecedente suizo del Código de las Obligaciones de 1907. La razón y utilidad de esta histórica distinción parece haberse desvanecido hoy. Véase al respecto, Francesco Galgano, *Derecho Comercial*, Bogotá, Ed. Temis 1999, pg 1.

⁴ Por ejemplo, Arturo Valencia Zea, *Proyecto de Código de Derecho Privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980.

expertos tratadistas⁵, perdieron validez. Sin embargo, el legislador se ha resistido a esta reforma, haciendo prevalecer la voz de otro tanto de la doctrina, que considera aún necesaria la dicotomía⁶.

Más allá de lo anterior, lo cierto es que dicha dicotomía -según lo afirma la autorizada opinión del profesor Francisco Reyes Villamizar⁷- es problemática, en particular desde el punto de vista del derecho contractual y societario, ya que significa la existencia de una doble regulación, aplicable a diversos acuerdos surgidos de la voluntad privada. La complejidad propia de esta distinción, genera un componente subjetivo que dificulta determinar qué normatividad debe regir cada caso⁸. Entonces, el derecho societario colombiano –entendido como una especie del Derecho Privado– se enmarca aún hoy dentro de esta corriente anacrónica, que busca separar los regímenes encargados de reglar las relaciones entre los particulares. Como consecuencia, en principio aún es posible encontrar en Colombia sociedades *civiles* y sociedades *comerciales*; tradicionalmente, el criterio para determinar frente a cuál se está, se basa en el objeto que busca desarrollar la sociedad, de conformidad con las reglas de los artículos 23 y 24 del Código de Comercio⁹.

⁵ Véase Ramón Madriñán de la Torre. *Principios de Derecho Comercial*, 6ª edición, Editorial Temis, Bogotá. 1995.

⁶ En el régimen francés que sirvió de modelo a la legislación privada latinoamericana, la dicotomía se explica en la existencia de una jurisdicción comercial, separada de la civil. En Colombia, en cambio, no existe tal diferenciación procedimental, lo que hace inane la segregación sustancial tradicional. De todos modos, la doctrina más clásica en el ámbito regional, rechaza la posibilidad de unir las dos ramas del Derecho Privado. Ver Roberto Mantilla Molina. *Derecho Mercantil*, 29 edición, Editorial Porrúa, México. 1997.

⁷ Francisco Reyes Villamizar, *A New Policy Agenda for Latin American Company Law: Reshaping the Closely-held entity landscape*. Tilburg University, Tilburgo. 2011.

⁸ El profesor Stephen Zamora explica el resultado de la dicotomía así: “mientras que los contratos de naturaleza comercial son regidos por las reglas aplicables del Código de Comercio, los principios básicos de las obligaciones contractuales se determinan de conformidad con las normas establecidas en el Código de Comercio” Ver: Stephen Zamora et al., *Latin American Law*, New York, Oxford University Press, 2004, at 551.

⁹ Más adelante se explicará detalladamente la inconveniencia de estos criterios.

La dicotomía recién mencionada, como característica central del régimen iusprivatista nacional, se acompaña del también heredado gusto por la codificación. Estos códigos se caracterizan por contener normas de orden público, imperativas, contra las cuales no opera la voluntad privada. Es llamativo que esto sea así, justamente tratándose del área del Derecho encargada de reglar las relaciones entre sujetos particulares, las cuales surgen principalmente por el concurso de la voluntad de estos sujetos. Frente al debate sobre la evidente contradicción entre el origen de las situaciones que gobierna el Derecho Privado (la voluntad privada), y la forma en la que el mismo las regula (mediante normas imperativas), lo cierto es que en materia de sociedades es muy palpable tal contradicción.

En consecuencia, los códigos en materia societaria, como unidad normativa, incluyen múltiples disposiciones imperativas, verbigracia: el gobierno de las sociedades, las reglas sobre la integración de su capital, la obligación de llevar contabilidad de una manera determinada, los eventos en los cuales la sociedad está llamada a disolverse, y las reglas que deben seguirse para su liquidación, por mencionar sólo algunas¹⁰. La explicación clásica detrás de tal cantidad de normas imperativas, tiene que ver con la protección a los accionistas minoritarios y a los acreedores sociales. Existen, sin embargo, fuertes cuestionamientos a la efectividad de estas medidas –denominadas *reglas ex ante* por la doctrina especializada¹¹. Desde 1987, con motivo de los 15 años de la expedición del Código de Comercio –y probablemente antes también– se encuentran textos que llaman la atención sobre la ineficiencia de tales disposiciones. Por ejemplo, el profesor Fernando Londoño no dudó en afirmar que “(...) *las previsiones del Código*

¹⁰ Para mayor ilustración, ver artículos 440 a 465, del Código de Comercio.

¹¹ Francisco Reyes Villamizar, op. Cit. 2011. Pg. 131. Véase también Joseph McCahery et al., *European Company Law: The Governance of Close Corporations and Partnerships US and European Perspectives*, Oxford University Press, 2004, Pg. 195

en las que se prohíbe a los administradores votar en las asambleas de accionistas, aquellas que ordenan una distribución mínima de utilidades, las que tienen que ver con el derecho de inspección concedido a los accionistas antes de la asamblea, y el requisito de un número plural de personas para conformar quórum, resultaron ser una broma para los expertos en jugar con la ley”¹². Es más, como lo recuerda el profesor Reyes Villamizar, desde 1952 el asunto de la efectividad de las previsiones imperativas en materia societaria, había sido fuertemente cuestionado ¹³. El académico estadounidense Phanor Eder publicó ese año, un artículo en la revista de Derecho de la Universidad de Notre-Dame, referido al derecho societario en Latinoamérica, en el que con gran tino describe que “(...) todas las leyes de América Latina, contienen prohibiciones similares a las nuestras, sin embargo, nuestras prohibiciones son más efectivas en la práctica”¹⁴. La discusión sobre el motivo de tal inoperatividad es extensa y muy enriquecedora; sin embargo, basta consignarla aquí, como un relevante antecedente frente al tema de este trabajo.

Aparte de las múltiples normas imperativas recién mencionadas, otra de las características que se derivan de la codificación iusprivatista, es la de la tipificación de las especies societarias legalmente permitidas ¹⁵. Bien entendida, ésta es una consecuencia de las anteriores. En efecto, haciendo eco de lo que ocurría en ese entonces en casi todas las jurisdicciones del mundo, el Código de Comercio de 1971 se encargó de regular, con todo detalle, las formas en las cuales era permitido asociarse,

¹² Fernando Londoño. *El Código de Comercio 15 años después: ¿En qué ha cambiado la vida colombiana?* en *Revista de Derecho Privado*, No. 2, Vol. I, Bogotá, 1987, pg. 159

¹³ Francisco Reyes Villamizar. *Op. Cit.* 2011 Pg. 17.

¹⁴ Phanor Eder. *Company Law in Latin America*, en 27 *Notre Dame Law* 5, pg. 223

¹⁵ Véase, al respecto, el clásico trabajo de José Gabino Pinzón. *Sociedades Comerciales: Teoría General*. Editorial Temis, 1977. Bogotá.

con el propósito de desarrollar una *empresa*¹⁶. Lo anterior significa que, al determinar de qué maneras podía manifestarse la voluntad privada en desarrollo del antiguo concepto del *animus societati*, y por supuesto del derecho fundamental a la asociación, el legislador societario, resolvió regular la creatividad de los sujetos privados, en aras de lograr seguridad jurídica y estabilidad económica¹⁷. Así, entonces, solamente se permitió constituir alguna de las sociedades específicamente reguladas (*tipificadas*) en el Código de Comercio¹⁸.

Más adelante, se analizarán los efectos de esta tipificación, la cual está actualmente sometida a examen por parte de la doctrina societaria nacional. En realidad, la pregunta que impera hoy en este campo, la resume, con toda propiedad, el profesor Néstor Humberto Martínez, cuando afirma que “*la concepción de la Ley 1258 ha de permitir un profundo debate en la academia acerca de la posibilidad de incorporar en nuestro derecho escrito la libertad de formas societarias*¹⁹” (Negrilla original). Por lo pronto, y en razón de la brevedad que exige este trabajo, para permitir su recordación por el lector, en seguida se presenta una síntesis somera de las formas asociativas permitidas por el Código de Comercio, hasta el momento de entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008.

¹⁶ “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.” Artículo 25 del Código de Comercio.

¹⁷ José Ignacio Narváez. *Teoría General de las Sociedades*, Editora Inversiones Bonnet, Bogotá. 1975. Pg. 70.

¹⁸ La Ley 222 de 1995 fue pionera al permitir otra forma de emprendimiento, que si bien no constituía una persona jurídica, como las sociedades comerciales, sí traía uno de sus más descollantes beneficios: la limitación de la responsabilidad. Se trata de la empresa unipersonal (EU), regulada en el Capítulo VIII de dicha Ley. Esta figura fue un importante antecedente de la Ley 1258 de 2008.

¹⁹ Néstor Humberto Martínez, Prólogo a Felipe Cuberos de las Casas. *SAS: Novedades, Aciertos y Desaciertos*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, pg. 20.

1.2. TIPOS SOCIETARIOS CLÁSICOS²⁰

Según se dijo, el derecho societario colombiano encuentra sus raíces en los sistemas de codificación del Siglo XIX. Ya desde entonces, existían tres de los cuatro tipos societarios clásicos: (i) sociedad anónima; (ii) sociedad colectiva; y (iii) sociedad en comandita. El cuarto tipo clásico, la sociedad de responsabilidad limitada, se adoptó en Colombia mediante la Ley 124 de 1937, y constituyó una novedad tan importante en su momento, como lo son hoy las SAS.

Sin perjuicio de los justificados reparos hechos a la codificación societaria, es notorio que ella cuenta con múltiples ventajas. Por ejemplo, al dividir la regulación de las sociedades en una parte general y una parte especial, se creó un sistema eficiente con aspectos comunes a todas las sociedades, bajo una misma estructura normativa (parte general)²¹, que incluye asuntos tales como la constitución de la sociedad, la capacidad de sus asociados, las reformas estatutarias y los cambios estructurales, como fusiones, escisiones y liquidaciones. Seguidamente, el Código se ocupa en regular las particularidades de cada una de las cuatro especies sociales clásicas.

Para caracterizar esas cuatro especies sociales, existe una clasificación tradicional, enraizada en dos criterios que se entendían contradictorios. Si lo relevante dentro de la sociedad es la persona de sus socios (*intuitus personae*), se dice que se trata de sociedades de personas o personalistas. Si, por el contrario, lo relevante es el aporte de capital hecho por los asociados (*intuitus pecuniae*), se dice que se trata de sociedades de

²⁰ Esta sección se presenta a manera enunciativa, y no exhaustiva, de las regulaciones societarias colombianas tradicionales. Para una explicación detallada, ver Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario (Tomo 1)*, Editorial Temis, Bogotá, 2006 y Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010., magistrales textos en los que se fundamenta esta exposición.

²¹ Ver Libro Segundo del Código de Comercio.

capital o capitalistas²². Dentro de estos dos paradigmas se mueve el espectro societario: en una esquina, como arquetípica sociedad personal, se encuentra la sociedad colectiva; en la otra, como prototipo de sociedad capitalista, se halla la sociedad anónima. En medio de las dos, se encuentran los otros tipos clásicos (sociedad de responsabilidad limitada y sociedad en comandita, tanto simple como por acciones), que toman características propias de los regímenes personalista y capitalista²³. Debe advertirse desde ya, sin perjuicio de un posterior análisis más detallado, que todas las sociedades tradicionales se entendían como un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades. Por lo tanto, como norma general, todas debían tener por lo menos dos socios, interesados en unir sus esfuerzos para desarrollar una empresa.

Los siguientes son los tipos societarios clásicos:

1.2.1. Sociedad Colectiva

Una sociedad colectiva se define como un contrato entre dos o más personas, que realizan aportes de capital, en especie, o en industria, con el fin de desarrollar una empresa²⁴. Los socios son solidaria e ilimitadamente responsables por todas las obligaciones en las que incurra la sociedad²⁵. La constitución de una sociedad colectiva entraña las mismas formalidades requeridas para los demás tipos societarios, incluyendo un acta de constitución elevada a escritura pública, y el registro de la misma ante la Cámara de Comercio del domicilio de la sociedad²⁶. Anteriormente, se exigía una autorización de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Sociedades.

²² Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2006, pg. 45.

²³ Rafael Bernal Gutiérrez. *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en Colombia*. Editorial Legis, Bogotá, 1977.

²⁴ José Gabino Pinzón, *Op. Cit.* 1977, pg. 31.

²⁵ Ver art. 294 del Código de Comercio.

²⁶ Ver arts. 110 y 111 del Código de Comercio.

Es muy importante recalcar que, como ocurre en los otros tipos societarios, la ausencia de las formalidades mencionadas, hará que no exista una sociedad colectiva, sino una sociedad de hecho, que no constituye una persona jurídica distinta a los socios. Sin embargo, teniendo en cuenta que la sociedad colectiva no limita la responsabilidad de los socios, las consecuencias de esta disposición son nugatorias.

Es evidente que en la regulación de la sociedad colectiva, tiene una enorme incidencia su carácter personalista. Los socios disponen de un amplio margen para configurar sus relaciones intra-societarias, incluyendo el funcionamiento interno de la sociedad, su disolución, e incluso causales para expulsar a los socios que incumplan ciertas condiciones²⁷. Así mismo, los socios son los administradores naturales de la sociedad, y la representan frente a terceros a menos que, como lo permite el artículo 310 del Código de Comercio, se delegue la administración en persona distinta a los socios. El esquema recién explicado resulta muy llamativo, porque permite diseñar y aplicar estructuras de gobierno societario, a la medida de las necesidades de los empresarios²⁸. Sin embargo, en la práctica esta ventaja se desvanece frente al régimen de responsabilidad ilimitada reservado para este tipo social. Lo anterior, explica sin dificultad que el uso de esta sociedad sea una verdadera rareza en el ámbito comercial colombiano. Es pertinente tener en cuenta esta característica a la hora de analizar, más adelante, las particularidades que hacen de las SAS el fenómeno que son.

²⁷ Ver arts. 296 y 297 del Código de Comercio.

²⁸ Es de recordar que este es el acento que persigue este trabajo: comprender las ventajas y desventajas que implica cada tipo para los *empresarios*, como usuarios finales y definitivos de los tipos societarios.

1.2.2. Sociedad en Comandita (simple y por acciones)

La sociedad en comandita es un tipo asociativo cuyos orígenes se rastrean en tiempos medievales, en el contrato llamado *commenda*, del que la sociedad toma su nombre²⁹. En dicho esquema contractual, existía un socio que aportaba capital (o bienes en especie), llamado el *commendator*, y un socio que aportaba su industria o trabajo, llamado el *tractator*. El *tractator* era el único ejecutor del negocio, y por lo tanto era personalmente responsable por todas las obligaciones en las que incurriera para desarrollarlo, mientras que el *commendator* no tenía facultad para participar en el negocio, pero tenía limitada su responsabilidad al monto del aporte que hubiera hecho al mismo. Este modelo contractual es la base de la sociedad en comandita, en la que existe un socio gestor, encargado de dirigir los negocios de la compañía, quien, como el *tractator*, asume responsabilidad personal e ilimitada por las obligaciones surgidas en desarrollo de la empresa social, de conformidad con el artículo 323 del Código de Comercio. Existe también un socio comanditario, que como el medieval *commendatore*, no puede participar directamente en los negocios, pero sólo responde personalmente por todas las obligaciones sociales³⁰.

La sociedad en comandita se divide en dos sub-tipos, de acuerdo con la forma en la que se estructura su capital³¹. En primer lugar, existe la sociedad en comandita simple, en la cual el capital se divide en cuotas. En segundo lugar, existe la sociedad en comandita por acciones, en la cual, como es obvio, el capital se divide en acciones. A la simple, frente a ciertos aspectos, le aplican las reglas de la sociedad limitada, mientras que a la por acciones, le aplican frente a los mismos aspectos, las reglas de la anónima. En este

²⁹ José Ignacio Narváez, *Op. Cit.* 1975, pg. 126.

³⁰ Ver art. 327 del Código de Comercio.

³¹ Ver, para la sociedad en comandita simple, los arts. 337 y 338 del Código de Comercio, y para la sociedad en comandita por acciones, el art. 343 del mismo código.

sentido, y desde una perspectiva comercial, resulta más favorecedor el esquema de las comanditas por acciones, puesto que al estar dividido su capital en acciones, existe mayor flexibilidad en torno a aspectos tales como la enajenación de las mismas, y el aumento del capital de la sociedad. Durante años, este tipo social fue preferido especialmente por las empresas de familia, ya que era el único que permitía diferenciar entre tipos de socios, y asignar distintas responsabilidades a unos y otros. Como se verá más adelante, la estructura de las SAS también permite esta ventaja, incluso en grado mucho mayor, por lo cual las sociedades en comandita se han visto en rápido descenso.

1.2.3. Sociedad de Responsabilidad Limitada

La sociedad de responsabilidad limitada se basa en la *GmbH* alemana de 1892, y en la sociedad homónima francesa de 1927³². Es, en las palabras del maestro Reyes Villamizar, “*un esfuerzo por reconciliar la característica esencial de limitación de responsabilidad establecida para las sociedades anónimas, con el mayor nivel de flexibilidad permitido a las sociedades colectivas*”³³. Esta concepción original, fue la que sirvió de base al trasplante que se haría, años después, en la legislación colombiana, mediante la Ley 124 de 1937. Es pertinente resaltar que la normatividad que sirvió de base a la sociedad limitada colombiana, se expidió más de cuarenta años antes de su llegada a Colombia. Casi medio siglo de diferencia, que resulta indicativo del permanente atraso en que ha vivido la dogmática societaria nacional.

De todos modos, el rezago en este frente no fue exclusivo del momento de su consagración legal; este tipo societario, revolucionario en su momento, ha sufrido diversas transformaciones en las más avanzadas jurisdicciones societarias, para

³² Véase Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2011, pg. 34.

³³ Ídem.

mantenerlo a tono con las cambiantes necesidades de aquellos a quienes está destinado, es decir, los empresarios. En Colombia, en cambio, se ha mantenido prácticamente intacta la legislación al respecto, desde su inepción hace poco menos de un siglo³⁴. Uno de los pocos cambios ocurridos resultó tremendamente desafortunado: por vía de la legislación laboral, se abrió un verdadero boquete a la limitación de responsabilidad que da su nombre a este tipo societario, al establecerse que los socios de la limitada responderían solidariamente por las deudas de carácter laboral y tributario³⁵. Desde un punto de vista meramente formal, la sociedad limitada presenta una restricción curiosa: no pueden asociarse bajo esta especie menos de 2 ni más de 25 personas, so pena de incurrir en causal de disolución. Esta limitación es llamativa, toda vez que no se explica en razones atendibles en el mundo contemporáneo, tal como se verá más adelante.

1.2.4. Sociedad Anónima

Como quedó dicho, la sociedad anónima es la arquetípica sociedad de capital, en la que prevalece el *intuitus pecuniae*. En consecuencia, y en tanto que se caracterizan por la importancia del capital aportado, son sociedades en principio diseñadas para acometer empresas de grandes dimensiones. De hecho, en su génesis fueron concebidas para transar su capital en las bolsas de valores, y es común que se restrinja –como ocurre en Colombia– el acceso al mercado de valores, como emisores, a aquellas sociedades organizadas bajo la forma de una anónima.³⁶ Su estructura de capital, dividido en acciones libremente negociables³⁷, y segmentado en capital autorizado, suscrito y pagado, genera

³⁴ Esto se refleja en los dispendiosos procedimientos de constitución, de transferencia de cuotas sociales y de reforma estatutaria, entre otros. Ver, al respecto, los arts. 360 y 364 del Código de Comercio.

³⁵ Véase el Decreto 2663 de 1950, mediante el que se reformó el Código Sustantivo del Trabajo.

³⁶ Al respecto, véase la Ley 964 de 2005 y el Decreto Único del Sector Financiero, Asegurador y del Mercado de Valores (No. 2555 de 2010).

³⁷ Esta libre negociabilidad puede ser restringida mediante la consagración estatutaria de un derecho de preferencia.

grandes ventajas a la hora de manejar con flexibilidad los requerimientos de capitalización de la sociedad, para el desarrollo de sus negocios.

Desde un punto de vista orgánico, la anónima resulta la más aparatosa de las sociedades clásicas. La estructura de gobierno de la compañía es la más compleja, y las normas que la regulan son de carácter imperativo. Por lo tanto, todas las anónimas están obligadas a tener una junta directiva, compuesta mínimamente por tres miembros; mínimo dos representantes legales; y por lo menos dos revisores fiscales³⁸. Lo anterior se explica en su diseño pensado para las grandes compañías de capital disperso³⁹; sin embargo, esa misma razón, permite entender su poca funcionalidad para las pequeñas y medianas empresas, a las que somete a costos exagerados. Con todo, las anónimas fueron muy populares, porque eran el único vehículo societario que permitía acceder a una completa limitación de la responsabilidad de los accionistas⁴⁰. Así mismo, la regulación de la anónima contempla que deberá constituirse con por lo menos 5 accionistas, ninguno de los cuales podrá ser beneficiario de más del 94.9% del capital suscrito de la compañía⁴¹. Esta doble prohibición no encuentra ningún sustento meta-jurídico, y se convierte, realmente, en un cortapisa a los intereses de los empresarios, que se ven abocados a conseguir socios “fantasma”, sin verdadero interés en el desarrollo de la empresa; meras figuras para cumplir el requisito. Esta es, justamente, una de esas situaciones regladas mediante parámetros *ex-ante*, que son evidentemente inoperativos.

³⁸ Ver arts. 203, 419, 434, y 440 del Código de Comercio.

³⁹ Para una explicación más detallada de la situación de las compañías de capital disperso en América Latina, ver el trabajo que sobre este particular preparó el profesor Reyes Villamizar, como marco general para la introducción de un proyecto unificado de regulación para sociedades cerradas en América Latina. Véase Francisco Reyes Villamizar. *Op. Cit. 2011*, Capítulo 4.

⁴⁰ Ver el art. 373 del Código de Comercio.

⁴¹ Ver el numeral 3 del art. 457 del Código de Comercio.

1.3. ANÁLISIS SOBRE LA SITUACIÓN SOCIETARIA DESCRITA

Hechas las anteriores consideraciones sobre el estado en que se encontraba el derecho societario colombiano, antes de la promulgación de la Ley 1258 de 2008, es oportuno referirse a un marco geográfico y jurídico más amplio. Es muy interesante notar, como lo señala el profesor Francisco Reyes Villamizar, que la anterior estructura normativa se replica, de forma prácticamente idéntica, en las principales jurisdicciones de América Latina⁴². Esta similitud legislativa es fácilmente explicable; lo curioso es que, también, se replican en todas estas jurisdicciones las condiciones económicas que permiten pensar que ese esquema decimonónico no se adecúa a las necesidades de los empresarios, por lo menos desde hace varias décadas⁴³. El análisis de las causas que llevan a la resistencia frente al cambio normativo, y por esa vía a la inoperatividad de las propias normas, es profundo e incluye múltiples factores extrajurídicos; los destacados profesores McCahery y Vermeulen se han encargado de hacer una interesante aproximación a la materia, que sirve de base a estas consideraciones⁴⁴.

Es sabido el enorme impacto que generan las normas societarias y contractuales en la realidad económica de un país⁴⁵. Esta situación se explica en que el ordenamiento jurídico es el encargado de reglar las condiciones en las cuales es lícito hacer negocios. Lo anterior, se desprende del derecho constitucional a la libre asociación, consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política, y desarrollado a su vez en el artículo 333 superior, mediante el derecho a la libertad de empresa. El marco general de lo antedicho

⁴² Véase Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2011, Capítulo 1.

⁴³ Para una explicación detallada de las carencias de la legislación latinoamericana, desde un punto de vista comparado, ver Ídem, Capítulo 2.

⁴⁴ Joseph McCahery, Erik Vermeulen et al. *The New Company Law - What Matters in an Innovative Economy?* ECGI - Law Working Paper No. 75/2006, Tilburg University, Tilburgo, 2006.

⁴⁵ Para mayor ilustración, ver Francisco Reyes Villamizar, *Análisis Económico del Derecho Societario*, Editorial Legis, Bogotá, 2012.

se encuentra en el principio de legalidad que rige los estados de derecho, de acuerdo con el cual los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la ley⁴⁶. Como se verá más adelante en este trabajo, una regulación societaria inadecuada para la realidad económica que pretende gobernar, genera altísimos costos para los empresarios, tal como se ha demostrado en el prestigioso reporte *Doing Business*, del Banco Mundial⁴⁷.

En el marco anterior, teniendo en cuenta que el mundo comercial y empresarial crece y se desarrolla a ritmos superiores que los del mundo jurídico, es normal que se presenten diferencias entre lo que ocurre en la práctica económica y lo que está regulado en la ley. Por citar tan sólo un ejemplo, cabe mencionar lo que ha ocurrido en años recientes con los contratos como el *leasing*, el *factoring*, la franquicia y los *joint ventures*, que aunque no tenían asiento legal, se ejecutaban en la práctica cotidiana con asombrosa frecuencia, constituyéndose, algunos de ellos, en verdaderos ramos independientes de la actividad económica nacional⁴⁸, mucho antes de que el Derecho se ocupara en regularlos. En estos casos, el mundo empresarial se encontraba con vacíos legislativos que permitían adecuar sus conductas al mentado principio de legalidad. En el caso societario, por el contrario, el mundo empresarial se encontraba ya no con vacíos, sino con verdaderas prohibiciones, que impedían el desarrollo de los negocios de conformidad con sus reales necesidades. Pretermitir estas prohibiciones se volvió, como proféticamente lo anunciaba el profesor Londoño hace más de 25 años, un juego para expertos.

⁴⁶ Artículo 6 de la Constitución Política de Colombia.

⁴⁷ Véase <http://www.doingbusiness.org/data/exploreconomies/colombia/>. Es interesante ver cómo ha mejorado Colombia en este índice global, desde la vigencia de la Ley 1258. Sin embargo, debe reconocerse que a esta mejora han contribuido otros factores exógenos a la regulación puramente societaria.

⁴⁸ Prueba de ello son las agremiaciones organizadas en torno a estos negocios. Verbigracia: Fedeleasing, <http://www.fedeleasing.org.co/leasing.php>. Véase, como ejemplo, el artículo publicado en el diario La República el 20 de abril de 2013, recuperado de: http://www.larepublica.co/finanzas/¿por-qué-tenemos-miedo-al-leasing_36807.

En consecuencia, la discrepancia entre la legislación en materia de sociedades, y lo que los empresarios requerían de ella, dio pie, desde principios de la década de 1990, a un movimiento en pro de la reforma societaria. Los abanderados de esta tendencia tuvieron su primera victoria con la expedición de la Ley 222 de 1995, que modificó aspectos sustanciales del régimen societario tradicional ⁴⁹; hoy, resultaría imposible hacer negocios a través de sociedades, sin los cambios introducidos en la Ley 222.

1.4. CARENCIAS DE LA REGULACIÓN SOCIETARIA CLÁSICA, DESDE LA PERSPECTIVA DEL MUNDO EMPRESARIAL

Sin dejar de reconocer el mérito que le cabe a la legislación societaria clásica, inspirada en sólidas tradiciones jurídicas, a las que el país les debe mucho, lo cierto es que es posible hacer una enumeración de los aspectos que, por desatender la realidad económica, se convirtieron en obstáculos y no en los motores de la actividad comercial llamados a ser. En un reciente y esclarecedor texto sobre el derecho societario latinoamericano, el profesor Francisco Reyes pone de presente los que, en su concepto, fueron los principales problemas de la legislación societaria tradicional. Se trata, según el académico mencionado, de: (i) la codificación del derecho societario; (ii) la naturaleza de “orden público” de la mayoría de las reglas societarias; (iii) la dicotomía del Derecho Privado; (iv) la naturaleza contractual del derecho societario; (v) la renuencia a dar efectividad a los acuerdos de accionistas; (vi) las múltiples excepciones a la limitación de responsabilidad; (vii) el exceso de formalidades legales; (viii) la función limitada del registro mercantil; (ix) el exceso de causales de disolución; (x) el

⁴⁹ Al respecto, ver Francisco Reyes Villamizar. *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos* (2nd ed). Bogotá: Editorial Temis, 1999.

impacto negativo de la teoría *ultra vires*; (xi) la rigidez de las normas sobre aportes de capital; y (xii) la falta de efectividad del control judicial sobre las sociedades⁵⁰.

Las tres primeras causas coinciden con lo expuesto al inicio de este capítulo; el profesor Reyes Villamizar afirma que la herencia recibida del derecho civil francés, con su consabida característica de derecho escrito (a diferencia del derecho consuetudinario propio de la tradición anglosajona), es determinante a la hora de comprender el sistema normativo iusprivatista en toda América Latina⁵¹. La codificación⁵², ventajosa en algunos aspectos, presenta numerosas complicaciones a la hora de actualizar la vigencia de las normas codificadas. Según Reyes Villamizar, “*eliminar la dependencia del derecho societario frente a los códigos civiles y comerciales, debe ser de importancia capital, con el fin de establecer un ambiente flexible*”⁵³.

En consonancia con lo expuesto atrás, el hecho de que la mayoría de las reglas societarias se consideren de orden público, genera grandes limitaciones al desarrollo del comercio a través de las sociedades. Como lo explica el citado texto, el propósito de estas normas imperativas tiene que ver con la protección a los inversionistas de sociedades, que transan sus acciones en el mercado de valores. Esto no se compadece con la realidad nacional y regional, en la que solo una absoluta minoría de sociedades

⁵⁰ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit. 2011*, pg. 21.

⁵¹ “El contenido de los códigos civiles, comerciales y procedimentales, la educación jurídica, la estructura de la profesión jurídica, la influencia de los académicos del Derecho, y el papel del juez en el proceso judicial, en casi todos los países de América Latina, corresponde en gran medida a la tradición de derecho civil desarrollada en Europa Occidental” James G. Apple and Robert P. Deyling. *A Primer on the Civil-Law System*. Federal Judicial Center of the United States , pg. 19.

⁵² El movimiento codificador en América Latina fue impulsado por tres grandes maestros del Derecho en el Siglo XIX: Dalmacio Vélez-Sársfield, Andrés Bello y Augusto Teixeira de Freitas. Al respecto, véase la explicación hecha por el profesor Boris Kozolchyk. *El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico*, Editorial McGraw Hill, México, 1996.

⁵³ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit. 2011*, pg. 21

participan del mercado accionario⁵⁴, pero sí continúa generando grandes restricciones e imponiendo severos costos a los empresarios locales y extranjeros. En este sentido, otro ejemplo de las limitaciones generadas por esta vía tiene que ver con la posibilidad de pactar normas estatutarias entre los asociados. El numeral 14 del artículo 110 del Código de Comercio permite que, dentro de los estatutos sociales, se pacten los acuerdos entre los asociados en relación con la sociedad, siempre que sean compatibles con cada especie asociativa. La condición incluida al final de esa norma, termina por volverse una prohibición, pues se entiende que las previsiones de cada especie asociativa son de orden público, y por lo tanto nada puede la voluntad de los asociados contra ellas, haciendo nugatorio el principio tan orgullosamente enseñado, según el cual el contrato es ley para las partes. Además de los evidentes problemas que esta situación genera, desde el punto de vista de la administración de las sociedades, es interesante notar lo que el texto de Reyes denomina un “*perjuicio a la innovación y un límite a la ingeniería jurídica costo-efectiva*”⁵⁵, que surge a causa de la estandarización de las normas estatutarias. Para comprender mejor el alcance de esta limitación, desde una perspectiva comparada con lo que ocurre en los sistemas anglosajones, resulta muy ilustrador el trabajo del reputado académico Stephen Bainbridge, que analiza en profundidad los efectos de las reglas imperativas⁵⁶.

Resulta conveniente explorar, además de las ya mencionadas deficiencias, algunas otras que generan fuerte impacto en la realidad económica y empresarial: (i) la naturaleza contractual del derecho societario; (ii) las excepciones a la limitación de responsabilidad; (iii) la excesiva formalidad para la constitución de las sociedades; (iv)

⁵⁴ Véase el reporte preparado por la Superintendencia Financiera de Colombia, en <http://www.superfinanciera.gov.co/ComunicadosyPublicaciones/ComunicadosdePrensa/fumerca.pdf>.

⁵⁵ Francisco Reyes Villamizar. *Op. Cit.* 2011, pg. 42.

⁵⁶ Stephen Bainbridge. *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, Nueva York, 2002, pg. 30.

la rigidez de las regulaciones sobre los aportes de capital; y (v) la falta de efectividad en el control judicial societario.

1.4.1. Naturaleza contractual del derecho societario

Los conocidos antecedentes romanos del Derecho Privado, encuadran la naturaleza histórica contractual⁵⁷ de la sociedad. En efecto, esta concepción se basa en la institución romana de la *societas*, la cual era un acuerdo de voluntades sobre el desarrollo conjunto de una actividad, que producía vínculos jurídicos. El fundamento contractual de la figura, se mantuvo en las sucesivas formas de asociación surgidas en las codificaciones francesas, que tomaron su estructura básica de la *societas*. Es de advertir que esto, no necesariamente, implica una desventaja; por el contrario, al remitirse al régimen obligacional y de responsabilidad propio de los contratos, se complementó la regulación societaria con un importantísimo cuerpo normativo, vital en el escenario del derecho escrito, propio de los países de tradición continental.

En Colombia, dicha naturaleza contractual se halla expresamente establecida en el artículo 98 del Código de Comercio. De conformidad con esta preceptiva, solamente entidades formadas por la voluntad de más de una persona, son reconocidas como sociedades, con derecho a los dos principales atributos que ello implica: personificación jurídica independiente de sus asociados, y limitación de la responsabilidad de los mismos. Es más, para el caso de la sociedad anónima, como se dijo anteriormente, no basta el concurso de la voluntad de dos personas, sino que la ley exige la presencia de por lo menos cinco accionistas⁵⁸.

⁵⁷ Para un estudio detallado de las relaciones jurídicas contractuales, ver Arturo Valencia Zea. *Derecho Civil, Tomo 2*, Editorial Temis, Bogotá, 1996 y Guillermo Ospina Fernández. *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2009.

⁵⁸ Ver artículo 374 del Código de Comercio.

Huelga decir que semejante disposición crea enormes dificultades a los empresarios que no quieren, o no pueden, hallar otras personas con las cuales asociarse para desarrollar una empresa. Considérese, verbigracia, el caso del inventor de una idea que cuenta con los recursos necesarios para ponerla en práctica, bajo un esquema productivo. De conformidad con la legislación societaria tradicional, el inventor no podría acceder a desarrollar la empresa a través de una persona jurídica distinta a él mismo, y por lo tanto, verá comprometida su entera responsabilidad frente a las deudas en que se incurra como consecuencia del negocio⁵⁹. Semejante desincentivo seguramente lo disuadirá de perseguir su empresa⁶⁰. También, es precaria la situación de un empresario extranjero (por ejemplo, una sociedad extranjera ya consolidada en el exterior) que tenga interés en desarrollar negocios en Colombia. Pues bien, el inversionista extranjero no podía constituir una sociedad filial suya, a menos que contara con por lo menos otro socio (si le interesaban la sociedades limitadas o en comandita) u otros cuatro socios (si prefería la sociedad anónima). Sobra decir, también, que esta situación dio pie a variados esquemas artificiosos para cumplir ley, en un intento de los empresarios por ver sus necesidades satisfechas. En síntesis, si bien existe una justificada explicación histórica, es claro que el contractualismo en que se basó la legislación societaria decimonónica y de principios del Siglo XX, ya no responde a las necesidades del mundo económico⁶¹.

⁵⁹ Es natural que sea así, debido a la cláusula general del derecho privado, según la cual el patrimonio es prenda general de los acreedores.

⁶⁰ La Ley 222 de 1995, mediante la figura de la empresa unipersonal, dio un gran salto hacia delante, al permitir el beneficio de la limitación de responsabilidad, sin crear una persona jurídica distinta al empresario unipersonal. Por lo mismo, es un relevante antecedente de la SAS.

⁶¹ Como se verá más adelante, lo que prima actualmente en la consideración de una sociedad no es su característica de contrato, sino de vehículo de inversión. Para comprender con más detalle este cambio de concepción, ver Reinier Kraakman et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford University Press, 2009.

1.4.2. Excepciones a la limitación de la responsabilidad

Resulta fácil comprender que el principal incentivo para que un empresario se organice en forma de sociedad, es la limitación de la responsabilidad que estas entidades conllevan. De no existir esta figura -consustancial a la economía moderna de capital-, siendo como es el patrimonio prenda general de los acreedores, todos los empresarios verían expuesto la totalidad de su patrimonio personal, a causa de los riesgos tomados en desarrollo de sus negocios. Esto, por supuesto, no solamente es inconveniente desde el punto de vista de cada empresario, sino del agregado social y económico, que vería un fortísimo obstáculo para el desarrollo de la industria y la creatividad.

En ese sentido, también es necesario reconocer que existen casos en los que puede usarse dicha limitación de responsabilidad como una manera de burlar la ley, y violar de esa manera los derechos de los acreedores y de terceros. Con muy buen criterio, el legislador ha permitido que, en ciertos casos, se elimine la limitación de responsabilidad, en perjuicio de los socios, para proteger a los acreedores y terceros que se vieron perjudicados a través del uso de la sociedad⁶², mediante la figura llamada doctrinariamente “perforación o descorrimiento del velo societario” (*piercing the corporate veil*). Sin embargo, dichos casos deberían ser una especialísima excepción a la regla general. Permitir otra cosa, tendría el mismo efecto –o quizás uno peor, porque implica una inmensa inestabilidad jurídica– que negar la figura de la limitación de responsabilidad. En apoyo de esta idea, e incluso con mayor radicalidad, se han

⁶² Ver artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo.

pronunciado voces tan autorizadas como la del profesor Stephen Bainbridge, quien ha llegado a afirmar que debería eliminarse la posibilidad de perforar el velo societario⁶³.

En materia de limitación de la responsabilidad, se advierte la presencia creciente de una tesis, encaminada a proteger a terceros, considerados especialmente vulnerables. Dicha tesis, ha creado una larga serie de casos en los que es posible desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, o lo que es lo mismo, correr el velo societario⁶⁴. En particular, consideraciones de naturaleza tributaria y laboral, han influido grandemente al permitir nuevas hipótesis de perforación. De nuevo, como en el acápite inmediatamente anterior, es evidente que esto genera una altísima restricción a los inversionistas, pues los hace incurrir en riesgos muy considerables⁶⁵. Ejemplo tristemente famoso de esto, es la sentencia SU-1023 de 2001, de la Corte Constitucional, referente a una acción de tutela instaurada por antiguos trabajadores, contra la Compañía de Inversión de la Flota Mercante S.A.; su estudio representa un fecundo campo de análisis sobre los riesgos recién expuestos.

1.4.3. Exceso de formalidades para la constitución de las sociedades

Es comúnmente aceptada la idea según la cual, como herederos que somos de la tradición jurídica española, la colombiana es una cultura jurídica dada al formalismo. No se refiere esta categorización al formalismo como escuela dogmática, sino al apego a la minucia de las formas, y la marcada importancia dada a las ritualidades procesales. Por supuesto, el derecho societario no escapó de esta poco halagadora característica, y

⁶³ Stephen Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, en *The Journal of Corporation Law*, Vol.26, N.3, Spring, 2001.

⁶⁴ Este fenómeno no es exclusivo de Colombia. Otras jurisdicciones latinoamericanas, tales como la Mexicana y la Brasileña, tienen parámetros semejantes. Ver. Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2011, Pg. 57

⁶⁵ Aparte de lo establecido en la legislación tributaria y laboral, ver también el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, que regula el procedimiento de reestructuración empresarial.

realmente –en consonancia con lo ocurrido a lo largo del continente americano– fue quizás el campo en el cual se gestó una mayor reverencia por la meticulosidad formal per se. Lo anterior contrasta fuertemente con la necesidad de rapidez que existe alrededor del ámbito comercial y empresarial.

La constitución de una sociedad tradicional, de conformidad con las reglas del Código de Comercio, representa una verdadera limitación a los empresarios. Para decirlo en términos económicos, significa una barrera de entrada, que si bien no es insalvable, sí resulta costosa de sortear. El laberinto de trámites requeridos para constituir una sociedad clásica, va desde el otorgamiento de una escritura pública, hasta su registro ante la Cámara de Comercio respectiva, con innumerables requisitos formales, supuestamente encaminados a fortalecer la institución societaria⁶⁶. De acuerdo con la investigación comparada hecha por el profesor Reyes Villamizar, existe evidencia empírica de que aquellos sistemas legales más flexibles son los más llamativos para los inversionistas, lo cual a su vez redundo en mayores ingresos para el Estado, por cuenta de un mayor número de sociedades activas y registradas⁶⁷. Comúnmente se cita como ejemplo el caso del estado de Delaware, Estados Unidos, caracterizado por la facilidad para constituir sociedades, en donde los ciudadanos pagan un menor impuesto de renta, merced al mayor importe tributario que pagan las sociedades extranjeras por concepto de impuestos de registro⁶⁸. El dispendioso procedimiento para formar una sociedad en Colombia, se hace extensivo también a muchas de sus posteriores actuaciones. Por ejemplo, toda reforma estatutaria debe hacerse por escritura pública, inscrita ante la

⁶⁶ Como ejemplo de lo anterior, ver el art. 110 del Código de Comercio.

⁶⁷ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit. 2011*, pg. 28.

⁶⁸ No obstante lo anterior, el profesor Reyes advierte que existen otras causas diversas que explican el éxito rotundo de Delaware como jurisdicción societaria. Para una explicación extensiva, ver Roberta Romano, *The Genius of American Corporate Law*, Washington D.C., AEI Studies in Regulations and Federalism, 1993, pgs. 6-12.

Cámara de Comercio respectiva; esto significa demoras y costos en los procesos que, con gran frecuencia, tienen que manejarse con celeridad y eficiencia. Lamentablemente, esta, que es la menos sustancial de las deficiencias existentes, es aquella a la que se le ha prestado mayor atención, y en la que se centra el grueso de la crítica.

1.4.4. Inflexibilidad en la regulación sobre aportes de capital

Preservar el capital de la sociedad es una tendencia notoria en algunos ordenamientos mercantiles. Algunos doctrinantes la califican como una verdadera obsesión⁶⁹. Se le otorga un valor predominante al concepto del capital social, a tal punto que se exigen reservas obligatorias, que deben sustraerse de las utilidades, para guardarlas hasta que constituyan una determinada porción del capital. En adición, incluso existe una antigua regla según la cual una sociedad entra en causal de disolución cuando, por causa de las pérdidas acumuladas, el patrimonio de la sociedad disminuye por debajo de la mitad del capital suscrito⁷⁰. Anteriormente, tal como ocurre aún hoy en otras jurisdicciones latinoamericanas, existían requisitos mínimos de capitalización, y hasta autorizaciones gubernamentales previas.

Desde otro punto de vista, hay restricciones a la manera en la que debe integrarse el capital. Es así como, en la sociedad de responsabilidad limitada, de acuerdo con la regla del artículo 354 del Código de Comercio, la totalidad del capital debe pagarse al momento de constituir la sociedad. Esto no es solo inconveniente, sino imposible en la práctica: para pagar el capital a favor de la sociedad, de acuerdo con la forma normalmente aceptada en la actualidad, es necesario tener una cuenta bancaria, la cual

⁶⁹ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2011, pg. 37.

⁷⁰ Ver arts. 370 y 457 del Código de Comercio.

no puede abrirse sin tener un número de identificación tributaria (NIT), que se asigna solamente después de la constitución de la sociedad. Así, queda en evidencia que dicha regla se trata de una mera formalidad inocua. Por su parte, para la sociedad anónima – cuyo capital se divide en autorizado, suscrito y pagado– el artículo 376 del Código establece que el suscrito no podrá ser menos de la mitad del autorizado, y que el pagado al momento de la constitución deberá ser por lo menos una tercera parte del suscrito. Esta regla, si bien es más flexible que la que gobierna las sociedades limitadas, tampoco alcanza para agilizar el correcto funcionamiento de los negocios. Después de todo, son los propios empresarios los que deben determinar sus necesidades de capital; la ley, que intenta hacerlo para proteger a los acreedores y a terceros, incurre de nuevo en una mera formalidad, con lo cual no genera los efectos deseados, sino que por el contrario ralentiza el tráfico mercantil. Estas reglas se enmarcan dentro de concepciones financieras que hace tiempo fueron superadas; en la actualidad, lo que debe buscarse no es un monto fijo de capital en el balance, sino un flujo de efectivo suficiente para cumplir todas las obligaciones⁷¹.

1.4.5. Falta de efectividad en el control judicial de las sociedades

Coloquialmente se ha dicho que tanto vale un derecho, como poder probarlo. La sabiduría que subyace al decir popular es verdadera: de nada sirve contar con sofisticadas estructuras normativas sustanciales, si la arquitectura procesal no permite una efectiva reivindicación de los derechos. En este caso, como en otro anterior, el excesivo formalismo propio del sistema jurídico colombiano, actúa en contra de los intereses que defiende. La lentitud que caracteriza al sistema judicial del país es el

⁷¹ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2011, pg. 38.

mayor enemigo de la efectividad y garantía de los derechos⁷². Teniendo en cuenta las imperiosas necesidades de rapidez, eficiencia y estabilidad que tiene el mundo comercial y empresarial, la contradicción entre éstas y la pobre respuesta judicial, se hace aún más patente. A lo anterior, se suma la falta de pericia de los administradores de justicia frente al complejo, y a veces muy técnico, derecho societario. En un país donde, según cifras oficiales, la mayoría de los asuntos ventilados ante los jueces son procesos ejecutivos hipotecarios, y en donde es de público conocimiento el profundo padecimiento del sistema judicial en general, mal se podría exigir de un juez, el conocimiento y tiempo necesarios para la pronta resolución de asuntos complejos, que involucran diversas disciplinas, tal como ocurre con las sociedades. Tampoco ayuda el muy limitado –por no decir inexistente– campo de acción que tenían, en la regulación clásica, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como el arbitramento⁷³.

1.5. CARENCIAS PRÁCTICAS DEL RÉGIMEN SOCIETARIO TRADICIONAL

Superado el análisis sobre las deficiencias teóricas del régimen societario clásico, conviene hacer ahora una breve enumeración de ciertas falencias particulares de los tipos tradicionales, entendidas desde la perspectiva de las necesidades de los empresarios y comerciantes, que buscan facilitar el próximo estudio de las respuestas introducidas por las SAS. Estas limitaciones normativas tienen amplio efecto en la práctica económica nacional; mientras duró la hegemonía del régimen societario clásico, la economía colombiana fue consistentemente clasificada como una de las

⁷² Véase, al respecto, el informe presentado por la Corporación Excelencia en la Justicia, en <http://www.cej.org.co/index.php/publicaciones/justicia-y-desarrollo-debates>.

⁷³ El artículo 194 del Código de Comercio, derogado por el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, establecía que “Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria, y se tramitarán como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados.”

menos amigables a los inversionistas extranjeros⁷⁴, y desde un punto de vista doméstico, la informalidad en los negocios alcanzó proporciones tan alarmantes, que llevó que se profirieran las Leyes 1014 de 2006 y 1429 de 2010.

Es comúnmente aceptado que los tipos societarios clásicos presentan falencias prácticas, que pueden resumirse así: las sociedades de personas (colectivas y comanditarias), aún teniendo la posibilidad de contar con amplia libertad para definir sus estructuras societarias internas, tienen la desventaja enorme de no acceder a una limitación de la responsabilidad. Ese desincentivo es de tal magnitud, que equivale a no obtener ningún beneficio de organizarse en forma de sociedad. La sociedad de responsabilidad limitada, en la práctica, no limita a sus aportes la responsabilidad de sus socios, en razón a la extensión de responsabilidad que ocurre en materia laboral y tributaria. A este problema se le suma que su estructura de capital es rígida, lo que se demuestra en que la cesión de cuotas implica una reforma estatutaria, y en que las cuotas sociales deben pagarse íntegramente en la constitución de la sociedad. Así mismo, requiere mínimo de dos socios, y no puede tener más de 25.

La sociedad anónima, por su parte, cuenta, en principio, con limitación completa de la responsabilidad, pero acompañada por una estructura aparatosa, diseñada, al menos con esa pretensión inicial, para las grandes sociedades de capital disperso a través del mercado de valores. La pluralidad mínima de cinco accionistas, las rígidas normas sobre el gobierno interno de la compañía, y la obligación de constituirse y modificarse a través de escrituras públicas, contribuyen a generar una carga pesada para empresarios de pequeñas y medianas dimensiones.

⁷⁴ De conformidad con el reporte *Doing Business*, del Banco Mundial, Colombia ha ocupado históricamente los peores lugares en la facilidad para hacer negocios. Dicho índice se ha modificado favorablemente a partir de la creación de la SAS. Ver cita 47.

CAPÍTULO 2

NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LAS SAS

2.1. GENERALIDADES

Dentro del rígido marco fáctico descrito anteriormente, se gestó un movimiento en pro de la reforma societaria. La primera manifestación plausible de este intento renovador fue la Ley 222 de 1995, mediante la que se modificó una parte sustancial de la regulación societaria vigente hasta entonces⁷⁵. En particular, la creación de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada significó un revolucionario avance en materia de dogmática societaria. La doctrina especializada en su momento, la reconoció como *“una regulación en la que encontraron recibo todas las modernas figuras y opciones que intentaron implantarse en el campo de las sociedades y fueron rechazadas inmisericorde y críticamente por algunos sectores”*⁷⁶.

Además de las múltiples y largamente requeridas reformas a la legislación societaria, la Ley 222 creó por primera vez un mecanismo jurídico para desarrollar negocios de forma unipersonal, accediendo al beneficio de la limitación de responsabilidad. La empresa unipersonal no constituía una persona jurídica distinta del empresario y, en ese sentido, no era un vehículo societario; pero aún así, su introducción –que contó con no pocos detractores⁷⁷– abrió las puertas del mundo jurídico colombiano a algunas de las más innovadoras teorías societarias.

⁷⁵ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 1999, pg, 121

⁷⁶ Rafael Bernal Gutiérrez, *De la utilidad de la empresa unipersonal*, en Revista Juris Consulta No. 1, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, pg. 117.

⁷⁷ Entre ellos, nadie menos que el eminente profesor Gabino Pinzón. Ver Gabino Pinzón. *La empresa unipersonal*, en Revista Juris Consulta No. 1, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, pg. 18.

Justamente en ese sentido, se pronunció en su momento el profesor Francisco Reyes Villamizar, promotor de la reforma societaria en Colombia. En sus palabras, la regulación introducida en la Ley 222 se convirtió en “*un modelo que podrá imitarse para introducir, más adelante, una serie de reformas que deberán hacerse al régimen societario actual, cuya modificación no ha sido posible en algún grado, merced al excesivo tradicionalismo que caracteriza a amplios sectores de la doctrina societaria colombiana.*”⁷⁸” Pues bien, la anunciada introducción de tales reformas se materializó –aunque no como una verdadera reforma, sino como la creación de un régimen paralelo al societario tradicional– a través del proceso que culminó con la expedición de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, mediante la cual se creó la sociedad por acciones simplificada (SAS)⁷⁹.

Aparte de los recién mencionados antecedentes en la legislación nacional, la SAS se inspiró en las modernas tendencias internacionales. Tratándose de un *modelo híbrido* de sociedad (en tanto que toma aspectos propios de las sociedades personalistas y las capitalistas), sus orígenes se encuentran en la normatividad norteamericana de la década de 1970⁸⁰. Esta tendencia anglosajona rápidamente encontró eco en legislaciones de naturaleza romano-germánica; como lo explica el profesor Joseph McCahery, en el continente europeo se inició la denominada *competencia normativa*⁸¹ entre los distintos tipos de sociedad disponibles, por lo cual, varios países continentales adoptaron esquemas híbridos previamente implantados en Inglaterra⁸². Esta idea de competencia normativa fue la que llevó a los redactores de la Ley 1258 a preferir el diseño de una

⁷⁸ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 1999, pg. 319.

⁷⁹ Para una detallada explicación del proceso que llevó a la Ley 1258, sus antecedentes nacionales y extranjeros, y sus principales características, ver Francisco Reyes, *Op. Cit.* 2010, Capítulo 2.

⁸⁰ En particular, estas formas híbridas se adoptaron mediante las figuras de la *limited liability partnership* (LLP) y la *limited liability company* (LLC).

⁸¹ Ver Roberta Romano. *Op. Cit.* 1993.

⁸² Ver Joseph McCahery, Erik Vermeulen et al. *Understanding (Un)incorporated Business Forms, Topics in Corporate Finance*, Amsterdam Center for Corporate Finance, 2005.

normatividad paralela, en lugar reformar el estatuto societario vigente, con el objetivo de permitir la coexistencia y *competencia* entre ellas⁸³. La intención detrás de esta decisión permite, como se examina más adelante en este trabajo, una medición empírica de la aceptación o rechazo de las SAS, por parte de sus usuarios finales, los empresarios. Debe advertirse desde ya, sin perjuicio del posterior análisis, que este esquema paralelo ha sido objeto de algunas de las más profundas críticas a las SAS⁸⁴.

Con todo, es indudable que las SAS trajeron consigo numerosas y muy importantes novedades, en lo que respecta a la tradicional dogmática societaria colombiana. Después de mucha discusión, hoy, coinciden en esto las más diversas voces de la doctrina⁸⁵. Por tanto, es conveniente hacer un recuento de las novedades que introdujeron las SAS para el ordenamiento jurídico colombiano, sobreponiéndolas a las carencias normativas descritas en el capítulo anterior. Sólo de esa manera será posible contar con una visión de conjunto, que permita luego apreciar, con mayor claridad, las sólidas críticas formuladas a esta figura societaria, y su implementación en Colombia.

⁸³ “El método legislativo empleado en la preparación de esta iniciativa puede considerarse también como una novedad en Colombia. En lugar de efectuar una reforma integral de las normas contenidas en el Libro Segundo, se prefirió crear un sistema societario paralelo que pudiera competir con el régimen previsto.” Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit. 2010*, pg. 11.

⁸⁴ Para el profesor Néstor Humberto Martínez, la SAS “cayó en una inadecuada trampa conceptual, consistente en crear una nueva forma de sociedad y discriminar a las existentes, al impedirles servirse de las ventajas que consiguió el legislador para las SAS”. Ver Néstor Humberto Martínez, Prólogo a Felipe Cuberos de las Casas. *SAS: Novedades, Aciertos y Desaciertos*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, pg. 20.

⁸⁵ “Se trata, entonces, de una figura sin duda moderna, vanguardista, y sobre todo de la creación más revolucionaria que el Derecho de las Sociedades haya dado en Colombia”. Felipe Cuberos de las Casas *SAS: Novedades, Aciertos y Desaciertos*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, pg. 26.

2.2. ANÁLISIS DE LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 1258 DE 2008 COMO RESPUESTA A LAS CARENCIAS DEL RÉGIMEN SOCIETARIO TRADICIONAL.

El autor del proyecto de ley que terminó con la promulgación de la Ley 1258, afirma que:

“La promulgación de la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se creó la sociedad por acciones simplificada (SAS), es de lejos la reforma societaria colombiana más exitosa en las últimas décadas. La implementación de la SAS ha dado lugar a un cierto nivel de competencia entre los diferentes tipos societarios existentes en la legislación comercial del país. La inyección de este nuevo vehículo de negocios permite a los empresarios escoger entre el régimen legal tradicional, caracterizado por anticuadas y regresivas regulaciones, y el nuevo y moderno tipo societario. (...) La inferioridad comparativa de los tipos societarios tradicionales, previamente usados para estructurar sociedades cerradas, hace que su uso en el futuro sea innecesario.”⁸⁶”

Pues bien, en el entendido de que el propósito de este trabajo es lograr una aproximación crítica al fenómeno fáctico ocurrido a raíz de la creación de las SAS en Colombia, se hace necesario examinar esta afirmación, desde múltiples puntos de vista. Como se apuntó, en primer término es imperativo describir, someramente, las innovaciones que supusieron las SAS dentro del régimen societario colombiano. Para ello se hará especial énfasis en aquellas que entraron a responder a las falencias del ordenamiento anterior, en el entendido de que la complejidad y extensión de la materia

⁸⁶ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2010, pg 8.

tratada íntegramente, desbordaría el propósito de este trabajo. Para facilitar la comparación con lo descrito en el Capítulo 1 se incluirán aquí las novedades, respetando el orden en que se enunciaron las falencias, así: (i) la naturaleza contractual del derecho societario; (ii) las excepciones a la limitación de responsabilidad; (iii) la excesiva formalidad para la constitución de las sociedades; (iv) la inflexibilidad de las regulaciones sobre los aportes de capital, y (v) la falta de efectividad en el control judicial societario.

2.2.1. Naturaleza contractual del derecho societario

Pese a los beneficios derivados de referir el régimen societario al cuerpo normativo contractual, lo cierto es que desde hace largos años el ordenamiento colombiano estaba en mora de permitir la personificación jurídica de sujetos controlados unipersonalmente. El ámbito comercial nacional y extranjero así lo reclamaba. Las limitaciones a la unipersonalidad crean rigidez y costos de transacción muy altos, relacionados con el acceso a la limitación de la responsabilidad.

En atención a este llamado, el artículo 1° de la Ley 1258 pone fin al concepto de pluralidad para constituir sociedades. Esta modificación generó los más enconados ataques a las SAS, por considerarlas violatorias de la tradición jurídica local; dichas críticas serán estudiadas más adelante. De todos modos, en la opinión del tantas veces mencionado maestro Reyes Villamizar, autorizado experto en asuntos de derecho societario comparado, *“la discusión sobre la posibilidad de constituir sociedades con la presencia de un solo asociado ha dejado de ser relevante en el Derecho Societario contemporáneo.”*⁸⁷

⁸⁷ Ídem, pg. 81

Esta posición se explica en la consideración de la sociedad ya no como un acuerdo de voluntades originador de obligaciones, sino como un vehículo de inversión, es decir, como *“un instrumento jurídico-económico idóneo para canalizar una determinada cantidad de recursos hacia una actividad económica productiva específica”*⁸⁸. Como es natural, ese vehículo de inversión será tanto más eficiente cuanto más se acomode a las necesidades de dicha actividad en particular y de las personas que la ejercitan. Tan cierto es lo anterior, que en el ámbito internacional no subsisten voces que reclamen pluralidad para crear sociedades⁸⁹. Es evidente la utilidad de esta innovación desde una doble perspectiva: la de las personas naturales que quieren acceder a la limitación de responsabilidad y la de los inversionistas extranjeros que buscan establecer sus negocios en Colombia (recuérdense los ejemplos que, en ese sentido, se formularon en el Capítulo 1).

2.2.2. Excepciones a la limitación de la responsabilidad

Se ha insistido, a lo largo de este trabajo, en que el principal incentivo para que un empresario decida organizar su negocio a través de un esquema societario se encuentra en la posibilidad de limitar responsabilidad, efecto connatural a la concepción contemporánea de estos vehículos. En los tiempos que corren es muy improbable encontrar un empresario dispuesto a emprender un negocio formal, sin la protección que le ofrece la posibilidad de separar una porción de su patrimonio, para destinarla a la

⁸⁸ McCahery et al. *Op. Cit.* 2005 Pg. 5.

⁸⁹ "El reconocimiento de la figura de la sociedad unipersonal constituye hoy un hecho universal e irreversible en el Derecho Societario contemporáneo". Ver José Engracia Antunes. *Os grupos de sociedades*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 709, citado en Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2010, pg. 92.

empresa propuesta⁹⁰. Además de resultar muy riesgoso para el empresario, una estructura sin limitación de la responsabilidad le haría incurrir en desmesurados costos de vigilancia sobre la actuación de los administradores de la sociedad, que podrían caer en los denominados *problemas de agencia*, con severas consecuencias para el empresario.

Así, “una de las razones fundamentales que preceden a la constitución de una sociedad es la de instituir una barrera o un límite a la responsabilidad contractual de los accionistas⁹¹”. Por eso, el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 1258 establece que “el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”. Como única y necesaria salvedad, se incluye la previsión del artículo 42 de la misma ley⁹².

El asunto de los efectos de la limitación de la responsabilidad de los socios ha sido extensamente analizado desde diversos sectores académicos nacionales y extranjeros. Nadie menos que el profesor Richard Posner, en su afamado texto sobre derecho y economía, afirma que la limitación de responsabilidad societaria no tiene por propósito ni como efecto eliminar los riesgos inherentes al fracaso del negocio, sino que busca y logra transferir el riesgo, para que se radique en cabeza de los acreedores, y no del

90 Según explica el profesor francés Pierre Mousseron, existen diversos factores que juegan en la decisión de un empresario sobre la forma asociativa que usará. “Entre los factores no fiscales, los más clásicos aluden a la responsabilidad en que incurrirán los participantes. En un mundo en donde la protección societaria está generalizada, numerosos empresarios son reticentes a optar por estructuras en las que su participación en las pérdidas sea indefinida.” Ver Pierre Mousseron. *Droit des Societes* segunda edición, París, 2005.

91 Francisco Reyes Villamizar, Op. Cit. 2010, pg. 108.

92 En virtud de esta norma, “Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.”

inversionista⁹³. La doctrina especializada ya tiene claramente definida y aceptada esa posibilidad⁹⁴. Los profesores Reinier Kraakman y Henry Hansmann sostienen, desde un punto de vista ligado al análisis económico del Derecho, que *“la limitación de responsabilidad permite mayor flexibilidad en la distribución de riesgos y rentabilidades entre accionistas y acreedores y reduce costos de transacción por efecto del cobro de obligaciones en hipótesis de insolvencia, al tiempo que simplifica y estabiliza de modo sustancial el precio de las acciones”*⁹⁵.

2.2.3. Exceso de formalidades para la constitución de las sociedades

La respuesta de las SAS a esta notoria falencia fue, por supuesto, la de eliminar buena parte de las formalidades anteriormente requeridas para la constitución de una sociedad. El dispendioso trámite consignado en el Código de Comercio incluía la obligación de constituir las y reformarlas por escritura pública debidamente inscrita ante el registro mercantil, del domicilio principal de la sociedad.

En ese sentido, el artículo 5 de la Ley 1258 establece que *“la sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio.”*

El doble trámite antiguamente exigido no generaba sólo mayores demoras y costos a la hora de constituir una sociedad para desarrollar negocios; también implicaba una especie de irregularidad jurídica, en la que quedaban las decisiones adoptadas por las sociedades, en el interregno comprendido entre el otorgamiento de la escritura pública,

⁹³ Richard A. Posner. *Economics Analysis of Law*, Boston, Little Brown & Co., 1986, p. 370.

⁹⁴ Francisco Reyes Villamizar, Op. Cit. 2010, pg. 110.

⁹⁵ Reinier Kraakman y Henry Hansmann, *What is Corporate Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 9

y su registro ante la Cámara de Comercio. En efecto, la legislación societaria tradicional determina que la sociedad queda legalmente constituida al momento de otorgarse el instrumento público que la contiene y, adicionalmente, requiere el registro de la misma, en la Cámara de Comercio, para que se considere regular⁹⁶. En otros términos, se llaman irregulares aquellas sociedades ya constituidas mediante escrituras públicas, pero que no han sido inscritas ante la correspondiente Cámara. Esto, claramente, genera riesgos para terceros e incertidumbres jurídicas evitables.

Lamentablemente, la supresión de la formalidad de la escritura pública –que no es la principal ni la más sustantiva de las innovaciones propuestas por las SAS– fue uno de los puntos más controvertidos, aunque hoy es más bien pacífica la aceptación de que la eliminación de este trámite fue provechosa. En su momento, se acusó a esta simplificación procedimental de permitir esquemas de fraude a la ley. Lo cierto es que, incluso desde antes de la Ley 1258, era permitido en Colombia emprender negocios mediante estructuras creadas por documento privado⁹⁷. La importante función antes realizada por los notarios, en el sentido de ejercer un control de legalidad sobre el documento, no ha sido eliminada sino transferida a las propias Cámaras de Comercio, que en virtud de la Ley 222 y de la propia Ley 1258, deben abstenerse de registrar el documento, si éste no supera el examen que dichas normas específicamente indican⁹⁸.

Esta novedad genera un efecto en cuanto al momento de la personificación jurídica de la sociedad; si en el régimen tradicional, se daba mediante el otorgamiento de la escritura pública, con las SAS se logra mediante la inscripción en la Cámara de Comercio. En

⁹⁶ Ver art. 500 del Código de Comercio.

⁹⁷ Justamente, esta fue una de las precursoras ventajas que incluyó la Ley 222 en materia de empresa unipersonal de responsabilidad limitada.

⁹⁸ Ver art. 6 de la Ley 1258 de 2008.

palabras del profesor Reyes Villamizar, “*el registro asume en este caso un alcance constitutivo, pues antes de efectuarlo los actos realizados por el o los accionistas comprometen directamente su responsabilidad*”⁹⁹.

2.2.4. Inflexibilidad de la regulación sobre aportes de capital

La regulación sobre el capital de las SAS es, a todas luces, mucho más favorable y flexible que la anteriormente existente. El solo hecho de suprimir las múltiples normas prohibitivas a este respecto, impacta en la manera en la que los empresarios pueden concurrir a integrar el capital necesario para su emprendimiento. Mediante el texto de la Ley 1258 se eliminó la relación existente entre el capital autorizado y el suscrito, así como entre éste último y el efectivamente pagado al momento de constitución. Así mismo, se amplió el plazo para que los accionistas paguen el capital suscrito hasta por dos años a partir del momento de constitución¹⁰⁰.

Pero la regulación de las SAS no se limitó a imponer normas más flexibles en cuanto a la forma y término de integrar el capital; también significó un profundo y trascendental avance en materia de la composición del mismo. Se sabe que las sociedades de capital lo dividen en títulos negociables, como las acciones¹⁰¹, las cuales son mecanismos idóneos para lograr una efectiva capitalización de la persona jurídica. La facilidad de transmisión que entrañan las acciones, unida a la posibilidad de limitarse mediante un derecho de preferencia, son dos aspectos en los que las SAS marcan una diferencia sustancial. En efecto, las SAS permiten la creación de distintos tipos de acciones, tales como las ordinarias, privilegiadas, de voto múltiple, con dividendo preferencial sin

⁹⁹ Francisco Reyes Villamizar, Op. Cit. 2010, pg. 120.

¹⁰⁰ Ver artículo 9 de la Ley 1258 de 2008.

¹⁰¹ Ver arts. 619 y subsiguientes del Código de Comercio.

derecho a voto, de pago, con dividendo fijo anual, o sin dividendo, así como otras, pues la enunciación de las anteriores en el artículo 10 de la Ley 1258¹⁰² no es restrictiva¹⁰³. La concepción de acciones sin dividendo impone severos cambios en la idea del lucro como elemento sustancial de una sociedad. La doctrina especializada sostiene con razón que *“Todas estas modalidades de acciones, cuya emisión sucesiva puede efectuarse en diversas series, representan un atractivo fundamental de la SAS. La posibilidad de estructurar acuerdos de inversión con base en la naturaleza diversa de las acciones que se le asignen a grupos de inversionistas constituye, además, una importante herramienta de organización societaria¹⁰⁴.”*

Lo anterior –como casi todo lo que distingue a las SAS frente a la regulación clásica- va en la misma línea planteada por los profesores McCahery y Vermeulen, quienes afirman que *“la flexibilidad en las formas asociativas ofrece singulares beneficios, si sirve para mejorar la competitividad de las compañías¹⁰⁵”*. La amplitud de esta regulación incluye la posibilidad de pactar una restricción a la libre negociabilidad de las acciones, no solamente mediante el conocido derecho de preferencia en la suscripción o en la enajenación de acciones¹⁰⁶, sino a través de prohibiciones e inhabilidades para enajenar acciones durante un periodo de tiempo determinado, con miras a mantener el carácter

¹⁰² “Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.” Artículo 10, Ley 1258 de 2008.

¹⁰³ “Se permite la creación de tantas clases y series de acciones como los accionistas estimen conveniente, según las necesidades y los fines que en cada caso orienten la creación de la sociedad” Oficio 220-113532 expedido por la Superintendencia de Sociedades el 8 de septiembre de 2009.

¹⁰⁴ Francisco Reyes Villamizar, Op. Cit. 2010, pg. 114.

¹⁰⁵ Joseph McCahery, Erik Vermeulen et al, Op. Cit. 2005, pg. 5

¹⁰⁶ Se trata, como se ve, de dos derechos de preferencia distintos. El primero, en la suscripción, es un elemento natural de todas las sociedades, que puede ser excluido estatutariamente. El segundo, en la enajenación, es un elemento accidental de las sociedades, que debe ser expresamente incluido en los estatutos para surtir efectos. Francisco Reyes Villamizar, Op. Cit. 2006, pg. 213.

cerrado de la sociedad, por lo menos en su etapa inicial, en la que los accionistas primigenios soportan el mayor riesgo y pueden preferir no contar con nuevos socios¹⁰⁷.

En síntesis, y sin perjuicio del más detallado análisis que se hará sobre este asunto particular más adelante¹⁰⁸, es posible afirmar desde ya que “*la gran flexibilidad de las reglas en materia de capitalización de las SAS (...) permite tal variedad de instrumentos de financiación que supera en este aspecto incluso a la sociedad anónima.*”¹⁰⁹. Desde otro punto de vista, es claro que se modificó el paradigma societario clásico, según el cual todos los asociados sufrían o disfrutaban en igual medida la repartición de pérdidas y utilidades. Ahora, es posible –mediante las acciones con dividendo anual fijo, por ejemplo– modificar esa situación para adecuarla a los reales intereses y necesidades empresariales de cada sociedad.

Por último, cabe anotar que las acciones de las SAS no pueden ser inscritas en el Registro Nacional de Valores y Emisores y, por lo tanto, no pueden participar del mercado público de valores, ni acceder al ahorro público vía la emisión de valores, como fuente de financiación¹¹⁰. El autor del texto que dio lugar a la Ley 1258 justifica esta restricción en que, tratándose de sociedades abiertas que negocian sus acciones en la bolsa, son necesarias normas imperativas tendentes a proteger el ahorro público, lo cual no se compadece con el carácter dispositivo de la regulación establecida para las

¹⁰⁷ “En los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este término sólo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de (10) años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas.” Artículo 13, Ley 1258 de 2008.

¹⁰⁸ Ver Capítulo 4.

¹⁰⁹ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2010, pg. 182.

¹¹⁰ “Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa.” Artículo 4, Ley 1258 de 2008.

SAS¹¹¹. Con todo, este es un aspecto que despierta controversia entre algún sector de la doctrina, porque considera que mediante esta limitación, se le impone a las SAS el destino de tener “*un lugar privilegiado en el mundo de las miniaturas, en calidad de reinas*”¹¹². Este aspecto se estudiará en otro lugar de este trabajo.

2.2.5. Falta de efectividad en el control judicial de las sociedades

Es un tema largamente tratado el de la falta de efectividad del sistema judicial colombiano, en general. La realidad indica que, infortunadamente, no existe en el país un régimen de administración de justicia transparente, oportuno y eficaz. Las causas de esta situación resultan de tal complejidad, que abordarlas aquí resultaría incompleto e infértil¹¹³. De todos modos, lo cierto es que en materia societaria, dicha ineficiencia es altamente notoria y sumamente costosa para los empresarios y, como se verá, para el sistema jurídico en general. La jurisdicción ordinaria civil, encargada de llevar los procesos de derecho privado –incluyendo los societarios–, tiene un represamiento de decisiones pendientes que se contabiliza en lustros, y los operadores judiciales, en su mayoría, no cuentan con la experticia requerida para resolver asuntos societarios, desde una perspectiva técnica y económicamente eficiente. Como si fuera poco, la legislación tradicional sobre sociedades cercenó la posibilidad de acudir a mecanismos alternos de resolución de conflictos, como el arbitramento, que han sido medios muy socorridos en

¹¹¹ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit. 2010*, pg. 182. En adición, es muy interesante notar la propuesta del profesor Reyes, en el sentido de empezar a considerar como útil y aplicable la distinción entre las sociedades abiertas y cerradas. En su opinión “En lugar de insistir en distinciones artificiosas como las que separan a las sociedades civiles de las comerciales, conviene hoy considerar la diferencia fundamental entre sociedades de capital abiertas y sociedades cerradas. Las primeras, debido a la inscripción y negociación de sus acciones y demás papeles comerciales en las bolsas de valores, justifican una regulación especializada con normas que permitan precaver el fraude, garantizar amplio acceso a toda la información relevante para los inversionistas y salvaguardar los recursos provenientes del ahorro privado que reciben los emisores de valores.” Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit. 2010*, pg. 113.

¹¹² Néstor Humberto Martínez, Prólogo a Felipe Cuberos de las Casas, *Op. Cit. 2012*, Pg. 25.

¹¹³ Ver nota 72.

Colombia para lograr una justicia más pronta y cumplida¹¹⁴. La brecha entre el denominado “derecho en los libros” y el “derecho en acción”, identificada hace más de 100 años por académicos estadounidenses¹¹⁵, no ha logrado superarse.

En ese escenario, un trasplante normativo, tal como el ocurrido con las SAS, debe tomar en cuenta no sólo el diseño de normas sustanciales, sino la posibilidad que tienen ellas de hacerse cumplir mediante el sistema judicial (*enforceability*). Siguiendo a la profesora Katarina Pistor¹¹⁶, los redactores de la Ley 1258 quisieron asegurar un verdadero *trasplante estructural*, que en palabras del profesor Reyes Villamizar, significa que “*además de las normas legales que pretenden importarse, debe extrapolarse también el contexto de aplicación efectiva del cual provienen. Así las cosas, cualquier reforma normativa de reglas societarias sustantivas, debe estar acompañada de reglas procedimentales, y de reformas a las instituciones encargadas de administrar tales reglas*”¹¹⁷.

En consecuencia, la Ley 1258 adoptó dos novedades en materia procedimental. Por una parte, con el propósito de lograr lo que el profesor Luca Enriques llama un *buen juez de sociedades*, es decir, aquel cuyo entrenamiento práctico específico, su formación profesional y su independencia, permiten aplicar las reglas modernas del derecho societario¹¹⁸, el artículo 44 de la norma citada le atribuyó funciones jurisdiccionales a la

¹¹⁴ Ídem.

¹¹⁵ Ver Roscoe Pound. *Law in the books and Law in action*. American Law Review No. 44, 1901, pg. 12.

¹¹⁶ Katarina Pistor. *The evolution of corporate law: a cross-country comparison*, en *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*. Worldbank. 2001.

¹¹⁷ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2010, pg. 153. El mismo autor explica el largo y justificado deseo de contar con una jurisdicción societaria especializada, capaz de resolver los asuntos de su conocimiento en un tiempo prudencial y con solvencia técnica. Como ejemplo de la importancia de una jurisdicción especializada y efectiva, pone el caso del estado de Delaware (pg. 154).

¹¹⁸ Véase Luca Enriques. *Off the Books But On the Record: Evidence from Italy on the Relevance of Judges to the Quality of Corporate Law*, en *Global Markets and Domestic Institutions: Corporate Law and Governance in a New Era of Cross-Border Deals*, Columbia University Press, New York, 2003

Superintendencia de Sociedades, para conocer los asuntos a los que se refieren los artículos 24, 40, 42 y 43 de la misma ley¹¹⁹. Esta entidad gubernamental ya venía ejerciendo funciones jurisdiccionales frente a asuntos societarios, en particular en procesos concursales y liquidatorios. Diversos estudios académicos y empíricos demuestran la efectividad de dicha agencia estatal en la resolución de los asuntos anteriormente sometidos a su conocimiento¹²⁰.

De otro lado, el artículo 40 de la citada ley permitió someter a arbitramento todas las diferencias que ocurran entre los accionistas, o frente a la sociedad o sus administradores. Esta disposición, meramente discrecional, rompe por fin la inexplicable tradición originada en el artículo 194 del Código de Comercio, y reiterada por pronunciamientos de la Corte Constitucional¹²¹, que impedía ventilar, ante la jurisdicción arbitral, las acciones de impugnación de decisiones de asamblea y de junta directiva. La disposición de la Ley 1258 fue, sin duda, la punta de lanza que permitió la expresa derogatoria del citado artículo 194 del Código de Comercio, a través de la Ley 1563 de 2012, mediante la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Esto significa que en la actualidad, todos los tipos societarios disfrutan de la posibilidad de un arbitraje más amplio que el que existía en vigencia de esa retrógrada norma. No cabe duda de que este es un resultado colateral a los beneficios

¹¹⁹ “Las funciones jurisdiccionales a que se refieren los artículos 24, 40, 42 y 43, serán ejercidas por la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política.” Artículo 44 de la Ley 1258 de 2008. Con esta atribución, la Superintendencia adquiere competencia para resolver prácticamente todos los conflictos societarios que puedan presentarse en una SAS.

¹²⁰ Véase, al respecto, el completo análisis que hace el profesor Reyes, incluyendo datos empíricos recogidos por el Banco Mundial, que demuestran la inmensa diferencia existente entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial conferida a la Superintendencia de Sociedades, incluso antes de la Ley 1258 de 2008, en Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2010, pg. 158-163.

¹²¹ Ver sentencia C-378 de 2008 de la Corte Constitucional.

que ha demostrado este mecanismo de resolución de conflictos dentro del ámbito de las SAS.

En ese mismo sentido, cabe anotar que, sin perjuicio del posterior examen que se hará en otro lugar de este trabajo, la onda reformista y flexibilizadora introducida por las SAS en el panorama procesal colombiano, llegó a su punto más alto recientemente, cuando mediante el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011, que expidió el Código General del Proceso, se estableció que *“Las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, por el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, procederán respecto de todas las sociedades sujetas a su supervisión¹²²”*.

¹²² Ver, al respecto, el Oficio 220-022473 del 15 de abril de 2012, en el que la Superintendencia hace un análisis del alcance de estas facultades.

CAPÍTULO 3

REVISIÓN DE LAS PRINCIPALES CRÍTICAS FORMULADAS A LAS SAS

3.1. DESCRIPCIÓN GENERAL

Se ha dicho en este trabajo que el empeño reformista que dio lugar a la Ley 1258 de 2008 no estuvo exento de detractores y severos críticos. Si bien hasta ahora se ha afirmado que estas críticas corresponden, mayormente, a un sector tradicionalista de la doctrina, reticente a adoptar nuevas y necesitadas tendencias al interior del ordenamiento jurídico colombiano, no sería justo desestimar las muchas objeciones que, con cierto fundamento, se le han formulado a las SAS. El debate se ha centrado, principalmente, en la supuesta *deformación* del régimen contractual societario, profundamente revaluado –por no decir superado– por virtud de la introducción del concepto de sociedad unipersonal¹²³. Sin embargo, existen muchas otras aristas desde las que es posible someter a examen la legislación societaria que creó las SAS.

Debido a la novedad del tema, lo cierto es que no se han publicado muchas obras al respecto. La excepción es el estudio realizado por el profesor Felipe Cuberos de las Casas¹²⁴, que cuenta con la inmensa ventaja de ser no sólo un dedicado académico, sino también un reconocido abogado que centra su práctica profesional justamente en asuntos societarios. En ese sentido, su texto resulta una guía al momento de recorrer los reclamos que, sin duda, caben a la regulación de las SAS. Aparte del libro del profesor Cuberos, la mayoría de las demás revisiones críticas a la Ley 1258 han tomado la forma

¹²³ Véanse, como ejemplo los siguientes artículos:

[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120823-07\(francisco_reyes_villamizar_la_sas_colombiana_es_la_base_de_leyes_modelo_propuestas\)/noti-120823](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120823-07(francisco_reyes_villamizar_la_sas_colombiana_es_la_base_de_leyes_modelo_propuestas)/noti-120823)

¹²⁴ Felipe Cuberos de las Casas. *Op. Cit.* 2012. Pg. 58

de artículo periodístico de opinión, lo cual es interesante de analizar, aunque sea brevemente. Es difícil recordar una institución de Derecho Privado patrimonial que hubiera dado tanto de qué hablar, no sólo a la comunidad jurídica académica y profesional, sino también al común de la sociedad colombiana. En verdad, el remesón en materia de Derecho de Sociedades que supuso la Ley 1258 generó un caudal de reacciones variadas, que incluso alcanzó a tomar visos de debate público entre promotores y contradictores¹²⁵. El hecho de que un tema eminentemente técnico, como es la regulación societaria, haya calado tan hondo en la conciencia pública general, indica sin vacilación que, no obstante la complejidad del asunto, sus efectos se sienten en la cotidianidad de las personas.

En primer término, volviendo a lo dicho anteriormente, la discusión se centró en la posibilidad de constituir sociedades unipersonales. Si bien esta no fue la primera vez que la legislación colombiana permitió tal opción, pues ya lo había hecho –aunque de manera algo confusa– mediante el artículo 24 de la Ley 1014 de 2006¹²⁶, sí fue la primera consagración expresa de la unipersonalidad como medio para constituir personas jurídicas separadas de sus creadores¹²⁷. Es muy interesante notar que la mayoría de las aproximaciones críticas formuladas hasta ahora, tienen como elemento central el hecho de existir SAS con un único accionista; resulta pertinente preguntarse,

¹²⁵ Se recuerdan, por ejemplo, diversos foros académicos organizados por entidades tales como la Cámara de Comercio de Bogotá y distintas universidades del país, en la que con la apropiada altura se transaron en debate los dos más fervientes contendores: el profesor Francisco Reyes, en defensa de las tesis que prohió en su redacción de la Ley 1258, y el profesor Néstor Humberto Martínez, reflexiva voz en contra de algunos aspectos de la SAS. La dialéctica iniciada entre estos dos ilustres abogados se replicó a lo largo y ancho de las Facultades de Derecho, en las que hubo cabida a interesantes discusiones entre estudiantes y maestros al respecto.

¹²⁶ El citado artículo permitió la creación de cualquier tipo societario, “con observancia de las normas propias de la empresa unipersonal”, siempre que se tratara de lo que la misma ley define como microempresas. Esta norma permitía dos interpretaciones: (i) que se podrían constituir especies societarias por documento privado y (ii) que se podrían constituir con un solo socio o accionista. Para una explicación detallada del propósito detrás de esta norma, ver Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2010, pg. 49. Lo cierto es que esa norma fue derogada por la Ley 1258, y póstumamente su reglamentación mediante decreto fue declarada contraria a la ley por el Consejo de Estado.

¹²⁷ Recuérdese el artículo 5 de la Ley 1258 de 2008.

desde ya, si los mismos reparos pueden formularse para SAS que tengan dos o más asociados.

3.2. APROXIMACIONES CRÍTICAS TEÓRICAS

3.2.1. El debate de la unipersonalidad

Amplios sectores de la doctrina consideraron que era un exabrupto pretender la creación de una sociedad –acto eminentemente contractual– a través de la manifestación de voluntad de un solo sujeto. El profesor Cuberos explora esta tesis en su interesante trabajo y la presenta desde una perspectiva novedosa, ya no sólo encaminada a desvirtuar la unipersonalidad como violatoria del régimen contractual, sino también a *“abordar un análisis de técnica legal y de consistencia regulatoria (...) que supone revisar no si es o no posible per se la existencia de personas jurídicas establecidas por un único creador, sino si catalogarlas como un nuevo tipo de sociedad sin hacer una enmienda estructural del derecho societario, resulta adecuado, suficiente y coherente”*¹²⁸. Tras hacer un detallado recuento de los conceptos tradicionales de sociedad y de su adecuación frente al régimen de las SAS, concluye el profesor Cuberos que la Ley 1258 quedó corta al crear un tipo de sociedad que no participa de las características esenciales legalmente atribuidas a esta institución, sino que más parece un patrimonio autónomo¹²⁹. Se trata de una crítica profunda, no exenta de razón desde un punto de vista puramente jurídico, al menos dentro del marco normativo colombiano.

En el mismo sentido se pronunció el profesor Néstor Humberto Martínez, voz de indiscutible autoridad en el foro académico colombiano. En su extensa obra,

¹²⁸ Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012 Pg. 45.

¹²⁹ Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012 Pg. 48.

sugestivamente titulada Cátedra de Derecho Contractual Societario, afirma que las SAS son un “*desatino conceptual*”¹³⁰. Lo cierto es que resulta innegable que las SAS no encuadran dentro de la definición legal vigente de sociedad; quedará para futuras reflexiones la decisión de modificar este concepto, para adecuarlo a las realidades económicas contemporáneas, o de sustraer las SAS del mundo societario y encasillarlas, como lo sugiere el profesor Cuberos, como una forma de patrimonio autónomo novedoso, por tener personería jurídica. De todas maneras, sí es posible afirmar, desde ya, que las características que, de acuerdo con la reciente doctrina sobre el tema, hacen que la SAS se asemeje a un patrimonio autónomo, son compartidas por las demás especies societarias; con la sola excepción de la unipersonalidad. En otras palabras, una sociedad puede –solamente para propósitos dialécticos en este trabajo– entenderse como un patrimonio autónomo dotado de personería jurídica, y según esta concepción, no hay distinción, en tratándose de una sociedad conformada por uno o varios asociados. En cambio, ningún patrimonio autónomo tiene personería jurídica, y este atributo, que le fue conferido legalmente a las SAS, resulta un elemento diferenciador clave en la respuesta a la inquietud planteada.

3.2.2. La limitación de la responsabilidad y sus efectos

Desde otra perspectiva, igualmente general, se ha propuesto un interesante y aún incipiente debate, frente al otorgamiento del beneficio de la limitación de la responsabilidad a las SAS, en tanto modelo societario híbrido, con amplias características personalistas. El motivo y los efectos de este beneficio han sido abordados en este trabajo¹³¹, siguiendo la más moderna doctrina al respecto¹³². La discusión propuesta se da en torno a la pregunta de si, al permitir la limitación de

¹³⁰ Néstor Humberto Martínez, *Op. Cit.* Pg. 67.

¹³¹ Véanse los Capítulos 1 y 2.

¹³² Véase Hansmann y Kraakmann, *Op. Cit.* 2009.

responsabilidad a una estructura societaria, conformada por un único empresario -quien por supuesto es el determinador del negocio- ¿resulta excesivo beneficiarlo con la separación patrimonial en su máximo nivel?¹³³. En palabras del profesor Cuberos, “hasta la expedición de la Ley 1258, el único tipo societario en el que se admitía que los accionistas no respondieran en ningún evento (...) por actividades propias de la compañía era la Sociedad Anónima”, especie societaria para la cual dicho beneficio resultaba razonable, “en la medida en que se trata de una estructura eminentemente capitalista, concebida para albergar a cinco o más accionistas, donde lo relevante no es quiénes son ellos sino los aportes que realizan¹³⁴”.

Con el mayor respeto hacia la autorizada opinión del profesor Cuberos, no parece suficiente esa explicación como obstáculo para permitir la limitación de responsabilidad a la SAS, ni para adoptar, según su sugerencia, un esquema de limitación parcial, tal como el que existe para la sociedad de responsabilidad limitada¹³⁵. Entre otras razones, porque si bien la SAS es una sociedad híbrida -con marcado acento personalista, reflejado en la posibilidad de definir estatutariamente amplios asuntos del gobierno interno y del capital de la sociedad-, no deja de ser justa y precisamente eso: una *sociedad híbrida*, en la que participan también, y muy fuertemente, las características capitalistas que, en opinión del profesor Cuberos, justifican la concesión del beneficio de la separación patrimonial. De otra parte, en tanto que las SAS *pueden* ser creadas por un solo accionista, pero también *podrían* ser creadas por una pluralidad de accionistas, no queda claro si el reparo frente a la extensión de la separación patrimonial aplica sólo frente a las SAS con socio único o también frente a aquellas que tengan varios.

¹³³ Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012 Pg. 51.

¹³⁴ Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012 Pg 51.

¹³⁵ Recuérdese que los socios de la sociedad de responsabilidad limitada pueden verse abocados a responder solidaria e ilimitadamente por deudas laborales o tributarias de la sociedad.

Con todo, el profesor Cuberos hace una observación muy interesante y enriquecedora, que resulta apropiado reproducir, debido al enfoque práctico al que aspira este trabajo. Desde su perspectiva de abogado comercialista, el profesor Cuberos asegura que la situación antes comentada ha conducido a que en la práctica “*las S.A.S. hayan sido vistas con algún grado de recelo para cierto tipo de operaciones, y en particular, para grandes financiaciones o para contratos que supongan la realización de suministros a gran escala, con el efecto perverso de terminar en la exigencia de garantías personales del accionista o accionistas*¹³⁶”. Si bien la práctica de requerir garantías personales ya era previamente utilizada, casi de manera universal para negocios del tipo referido, llama poderosamente la atención que las SAS generen mayores reticencias en este sentido.

3.2.3. La simplificación de la estructura y los *stakeholders*

Dentro de estas aproximaciones críticas generales, interesa señalar una ciertamente inquietante, por referirse a un tema cada día más en boga dentro del derecho societario contemporáneo. De tiempo atrás, se ha señalado que no solamente los accionistas de una sociedad tienen poder de decisión en su interior, y que no solamente a ellos les puede afectar el devenir de la persona jurídica de la que son accionistas¹³⁷. La teoría del análisis económico del derecho demostró que existen otros sujetos que, sin ser accionistas, también pueden afectar el logro del objeto societario, así como verse afectados por el mismo¹³⁸. Esta figura se ha llamado, en inglés, *stakeholder*¹³⁹

¹³⁶ Felipe Cuberos, Op. Cit. 2012 Pg. 53.

¹³⁷ R.E. Freeman et al. *Stockholders and Stakeholders: a new perspective on corporate governance*, California Management Review, 1983, pg. 83. Citado en Felipe Cuberos, Op Cit. 2012 Pg 53.

¹³⁸ Ídem.

(interesado, tenedor de interés), para diferenciarlo del *stockholder* (accionista, tenedor de acciones). Pues bien, plantea la crítica que existe “*una distorsión, por así decirlo, de los principios básicos de gobierno corporativo que (...) tienen una incidencia, directa o indirecta, en situaciones que interesan a terceros*¹⁴⁰”. Según ese argumento, la “*excesiva simplificación de estructuras que se ha querido lograr para la S.A.S.*” puede terminar “*traduciéndose en una desventaja para la compañía (...), cerrándole el acceso a líneas de crédito, a flujos de capitales...*¹⁴¹”.

El punto inmediatamente anterior no es novedoso; ya se ha señalado en este trabajo que el sistema de limitación de responsabilidad –que es el que genera el conflicto que se pone de presente con esta discusión, puesto que los *stakeholders* quieren asegurar que las obligaciones adquiridas por una entidad (cuya única garantía es su patrimonio y no el de sus accionistas) serán cumplidas– implica que el riesgo del fracaso del negocio lo asumen los acreedores voluntarios e involuntarios de la sociedad (*stakeholders*)¹⁴². En otras palabras, el riesgo que asumen los *stakeholders* debe tener como contrapartida “*la garantía de que existe un sistema adecuado para el manejo de los asuntos sociales, en donde haya mecanismos de control que aseguren que las decisiones no se tomen por razones ajenas al beneficio de la compañía*¹⁴³”.

En opinión del profesor Cuberos, las normas de la Ley 1258 tendentes precisamente a regular la mencionada *garantía*, son insuficientes. Luego de hacer una detallada exposición de las razones por las que considera que la normatividad sobre

¹³⁹ Dentro de esta categoría, pueden incluirse sujetos tales como acreedores, proveedores, empleados y contratistas de todo tipo, que tengan un interés económico que pueda verse afectado por el manejo de la sociedad.

¹⁴⁰ Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012 Pg. 54.

¹⁴¹ Ídem.

¹⁴² Véase Richard Posner, *Op. Cit.* 1986, pg. 370.

¹⁴³ Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012 Pg. 54.

desestimación de la personalidad jurídica de las SAS (*piercing of the corporate veil*)¹⁴⁴ y sobre abuso del derecho¹⁴⁵ es inadecuada¹⁴⁶, el doctrinante indica que en la práctica, frente a ciertas situaciones de negocios, de gran envergadura, “*con jugadores que tienen ya algún nivel de sofisticación*”, estos últimos tienen que “*entrar a exigir modificaciones estructurales de fondo, como la implementación de límites a la capacidad de contratación, el establecimiento de juntas directivas, el nombramiento de revisores fiscales, o incluso, la creación de juntas paralelas extra-societarias para la realización de seguimientos y controles...*”¹⁴⁷ En síntesis, para la crítica, esto genera que se desvirtúe la “*pretendida simplificación y la esperada omnipotencia del socio unipersonal*”, que lleve a que el empresario, a quien “*se le vendió la quimera de una separación de patrimonios y responsabilidades sin límites ni controles, termine en un escenario que no quiso*”¹⁴⁸.

La hipótesis anterior es provocadora y podría llevar a un pronto convencimiento de las razones que la fundamentan. Bien mirada, sin embargo, dicha argumentación omite una consideración esencial: lo importante para el empresario (o para los empresarios, pues no debe olvidarse que las SAS pueden también ser constituidas por más de un accionista) es que exista la libertad de configuración interna. En otros términos, la bondad de la amplia regulación de las SAS es que permite que en un mismo tipo

¹⁴⁴ “Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.” Artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.

¹⁴⁵ “Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.” Artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

¹⁴⁶ Véase Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012, Pgs. 53-57.

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ Ídem.

societario quepan una sociedad con una estructura simplísima, y una que tenga límites de contratación, junta directiva, revisores fiscales y juntas paralelas. No cabe duda de que la persona adecuada para determinar las necesidades de configuración de la arquitectura societaria es el empresario (o los empresarios, se insiste), y no el legislador, ajeno e indiferente a los saberes económicos y comerciales de los que depende el correcto funcionamiento del negocio. De ningún modo puede entenderse que el hecho de que las SAS permitan que, en el desarrollo de un cierto negocio complejo, se *pueda* contar con estructuras intra-societarias sofisticadas, sea una limitación o una carencia resultante de la amplitud de su normatividad. Justamente lo contrario: el verdadero respeto que esta legislación profesa hacia el principio de autonomía de la voluntad privada y a la libertad contractual, permite configurar –según las necesidades de cada negocio, incluidos aquellos de gran envergadura– el esquema necesario.

Lo anterior se fundamenta en la explicación del profesor Richard Posner, quien asegura que en el curso de las negociaciones que anteceden a la contratación, el riesgo que surge como consecuencia de la limitación de la responsabilidad deberá ser evaluado por el contratante¹⁴⁹. En desarrollo y como efecto de esa evaluación, *“no sólo exigirá una mayor compensación por la operación económica, sino que, además, demandará suficientes garantías, inclusive de naturaleza personal ante el constituyente, para protegerse contra la eventual falencia del negocio”*¹⁵⁰. El profesor Posner llega a afirmar que, por ejemplo, en el caso de un contrato de mutuo en el que una sociedad que limita la responsabilidad de sus accionistas es deudora, *“los prestamistas están plenamente compensados por el riesgo de incumplimiento que asumen, mediante una tasa de interés más alta que la compañía debe pagar (...) El prestamista también puede*

¹⁴⁹ Richard Posner, *Op. Cit.* 1986, Pg. 370

¹⁵⁰ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2010, pg. 102.

*exigir que se inserten en el contrato de mutuo cláusulas que restrinjan el riesgo del prestamista*¹⁵¹” Esas cláusulas a las que se refiere el profesor Posner, perfectamente pueden ser aquellas que menciona Cuberos en su análisis. Es evidente, entonces, que la exigencia de una estructura societaria compleja al interior de una SAS, *como respuesta a las necesidades del negocio*, no desdice de las virtudes que genera el poder contar con una libertad amplia para configurar tal estructura. Sin embargo, la advertencia del profesor Cuberos, en tanto que incluye a otros *stakeholders* que no cuentan con la capacidad de negociación de los acreedores o contratantes que aquí se han mencionado, conserva enorme relevancia de cara, por ejemplo, al grado de protección de los empleados de una SAS.

3.2.5. La SAS como vehículo inepto para el mercado de valores

Ya se había anticipado que algunos de los más reconocidos tratadistas del Derecho Comercial colombiano se han pronunciado en el sentido de reprochar que se hubiere vetado el acceso al recurso del ahorro público a la SAS mediante la emisión de valores, conforme a la prohibición contenida en el artículo 4 de la Ley 1258¹⁵². El profesor Néstor Humberto Martínez afirmó que esa restricción significaría que las SAS servirían sólo para *“el mundo de las miniaturas, en calidad de reinas. Porque la vocación de toda sociedad de capitales es crecer y convocar el ahorro privado en su proceso de ensanche, posibilidad que se le cercenó injustamente a la S.A.S*¹⁵³.” En igual sentido, el profesor Cuberos expuso que no se entiende cómo una norma flexibilizadora, como

¹⁵¹ Richard Posner, Ídem.

¹⁵² “Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa.” Artículo 4 de la Ley 1258 de 2008.

¹⁵³ Néstor Humberto Martínez. Prólogo a Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012, pg. 24

quiere ser la Ley 1258, imponga una restricción que pueda significar una disminución de las posibilidades de acceso a capital¹⁵⁴.

En verdad, sus voces levantan un interrogante relevante. Al explicar la prohibición del artículo 4 de la Ley 1258, el profesor Francisco Reyes Villamizar expuso que *“la sociedad por acciones simplificada, en razón de su gran flexibilidad, no puede acceder a los mecanismos bursátiles previstos en las leyes de valores¹⁵⁵”*. De acuerdo con su opinión, las SAS están concebidas para ser sociedades cerradas, mientras que las abiertas, a causa de su apelación al ahorro en los mercados de valores, requieren de una regulación especializada, con normas que permitan precaver el fraude, garantizar amplio acceso a toda la información relevante para los inversionistas, y salvaguardar los recursos provenientes del ahorro privado. Basándose en la experiencia del Derecho Comparado, el profesor Reyes dice que, tomando como ejemplo los sonados casos de fraude bursátil ocurridos en los Estados Unidos¹⁵⁶, y la regulación que resultó de tales escándalos (como la Ley *Sarbanes-Oxley*), *“es evidente que la regulación de la sociedad anónima abierta requiere de un amplio componente imperativo. Reglas de obligatorio cumplimiento que aseguren la necesaria honestidad de los emisores, de los comisionistas y demás agentes del mercado, los miembros de juntas directivas y los demás administradores de sociedades anónimas abiertas.¹⁵⁷”* Tales reglas son incompatibles con la flexibilidad merecida en los escenarios de las sociedades cerradas.

De todos modos, no queda claro por qué no podrían aplicarse las reglas que en las normas del mercado de valores se consagran con el propósito de proteger los derechos

¹⁵⁴ Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012 Pg. 148.

¹⁵⁵ Francisco Reyes Villamizar. *Op. Cit.* 2010, pg. 111

¹⁵⁶ Recuérdese, por ejemplo, el famoso caso de la multinacional ENRON.

¹⁵⁷ Francisco Reyes Villamizar. *Op. Cit.* 2010, pg. 111

de los inversionistas y garantizar que la información continúe siendo el pilar de ese mercado, de manera que una SAS que pretenda inscribirse como emisor en el Registro Nacional de Valores y Emisores deba cumplirlas como condición precedente a su inscripción y a la colocación de sus valores en este mercado. En otras palabras, no se trata de no someter a las SAS a la regulación del mercado de valores, sino de establecer que la misma (no consagrada en el derecho societario sino en su sitio natural, que es la normativa del mercado de valores) se cumpla por aquellas SAS que deseen inscribirse como emisores en el Registro Nacional de Valores y Emisores y, de ser su interés, listar sus acciones en una Bolsa de Valores u otorgarle mercado secundario a los otros valores que emitan, en sistemas de negociación de valores autorizados. Ello ciertamente implicaría, especialmente tratándose de las reglas que en materia de organización introdujo la Ley 964 de 2004 y demás normas posteriores, restricciones en cuanto a la libertad de configuración del esquema de gobierno interno y control de una sociedad, pero no se advierte dificultad mayor en que una SAS emisora del mercado de valores cumpla la normativa que le impone deberes en materia de información, o que le asigna obligaciones o responsabilidades especiales a sus administradores, o que impone restricciones sustentadas en la adquisición de participaciones significativas, o en el desliste de bolsa o, en fin, en los procesos de emisión, readquisición y posterior enajenación de acciones, para mencionar sólo algunos aspectos.

De esa manera, quedaría zanjada la fundamentada crítica que le hace la doctrina nacional a la prohibición de mientes, que si bien encuentra asiento en las justificaciones anteriormente expuestas, perfectamente puede desvirtuarse, aún de llegarse a encontrar que cierta regla, dada su particularidad, debiera ser revisada o armonizada atendiendo la naturaleza de la SAS, aspecto que no se analiza en este escrito, por exceder el ámbito

del mismo. Ahora bien, desde otra perspectiva, la alternativa de permitir la apelación al mercado de valores iría en apoyo de la promocionada flexibilidad de las SAS a la hora de hacer negocios.

Cabe una última precisión a este respecto. Tanto los defensores de las SAS como sus detractores coinciden en afirmar que el volumen del mercado de valores colombiano es muy limitado. El profesor Cuberos se pregunta si la prohibición del artículo 4 de la Ley 1258 podrá entenderse como un reconocimiento al hecho de que las SAS no son adecuadas para los grandes negocios, para de inmediato responderse que *“no puede perderse de vista que, en economías como la nuestra, donde el desarrollo de los mercados públicos es aún precario, hay muchas sociedades que bien pueden considerarse como “grandes compañías”, sin necesariamente inscribirse o transar sus acciones en el mercado público de valores¹⁵⁸.”* Idénticas reflexiones ha hecho el profesor Reyes Villamizar¹⁵⁹. En ese sentido, y dentro del más amplio marco propuesto por él, en su trabajo sobre sociedades cerradas en América Latina¹⁶⁰, no es estéril preguntarse si la introducción de las SAS en el mercado de valores podría fomentar el necesitado crecimiento del mercado de valores colombiano y, en particular, de su mercado accionario.

3.2.6. El régimen paralelo de las sociedades en Colombia

Como se ha explicado anteriormente en este trabajo, la Ley 1258 de 2008 no supuso una reforma al régimen societario tradicional, contenido en el Libro Segundo del Código de

¹⁵⁸ Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012 Pg. 56.

¹⁵⁹ “Las cifras suministradas por la Superintendencia Financiera denotan con claridad el carácter precario del mercado de valores local, caracterizado por un escaso número de emisores en papeles de renta variable (acciones), con el agravante de que los emisores que registran *“alta bursatilidad”* representan un porcentaje muy reducido frente al total de sociedades inscritas en el Registro Nacional de Valores”. Francisco Reyes Villamizar. *Op. Cit.* 2010, pg. 112

¹⁶⁰ Francisco Reyes Villamizar. *Op. Cit.* 2011, pg. 131

Comercio y modificado por la Ley 222 de 1995. Más bien, la regulación de las SAS se concibió como un régimen paralelo al clásico. Y es en este punto donde se centra otra de las críticas de mayor calado al modelo implementado mediante la Ley 1258: la doctrina especializada afirma que *“es precisamente allí donde se encuentra la mayor de las tachas u objeciones que pueden efectuarse a la Ley 1258 (...). Porque habiendo podido modernizar todo el derecho societario, extendiendo las ventajas de la reforma a todas las especies societarias, cayó en una inadecuada trampa conceptual, consistente en crear una nueva forma de sociedad y discriminar a las existentes, al impedirles servirse de las ventajas que consiguió el legislador para las S.A.S.¹⁶¹”*

El interés que subyace en la crítica anterior se relaciona con una serie de preguntas, tales como: ¿por qué no permitir que todos los tipos societarios tradicionales, al igual que la SAS, se constituyan por documento privado?; ¿por qué no se extienden los beneficios de la flexibilidad en torno al objeto social indeterminado, al plazo indefinido y a la estructura del capital social?; ¿cómo explicar que las otras sociedades por acciones no puedan adoptar un esquema de limitación a la negociación de acciones, como el que se prevé para la SAS? En verdad, resulta pertinente analizar los efectos de este paralelismo legal, así como sus causas.

Con respecto a los efectos, cabe afirmar, con el profesor Néstor Humberto Martínez, que sin duda se creó un régimen dicotómico, claramente diferenciable, entre las SAS y el resto de sociedades. Esto, a primera vista, carece de lógica jurídica. En el mismo sentido, se expresan diversos expositores académicos, cuando analizan el hecho de clasificar la SAS como un tipo societario, sin emprender una reforma integral de dicho

¹⁶¹ Néstor Humberto Martínez, Prólogo a Felipe Cuberos, *Op. Cit.* 2012, pg. 20.

ordenamiento iusprivatista¹⁶². Como ejemplos de la dicotomía, además de los ya mencionados anteriormente, pueden citarse: (i) la rigidez en la regulación del gobierno interno de la sociedad en el régimen tradicional, frente a la flexibilidad casi absoluta que en este sentido contempla la Ley 1258; (ii) la inexistencia del mecanismo de exclusión de accionistas en hipótesis de cambio de control, para las sociedades por acciones reguladas por el régimen tradicional, frente a la expresa posibilidad de pactar un instrumento semejante en las SAS, para preservar su carácter cerrado; (iii) la creación de la llamada enajenación global de activos, mediante la Ley 1258, sin contar con una regulación análoga o similar en el régimen tradicional, para las demás sociedades; y (iv) el diferente régimen del derecho de inspección otorgado a los accionistas, en uno y otro esquema, que en el caso de las SAS hace inocuas las normas imperativas de protección a las minorías. Así, la crítica llega a afirmar que el régimen dicotómico no tiene sentido, pues “*sería tanto como que solo unas formas societarias pudiesen fusionarse y otras escindirise*”. En vista de lo anterior, un sector de la doctrina cuestiona los motivos del régimen paralelo, llamándolos una “*mezquina concepción, que terminó dándole un privilegio a la S.A.S., del cual derivan su actual éxito (...)*”¹⁶³.

En sentido contrario, los promotores de la norma explican su decisión de mantener el régimen de las SAS separado de la regulación tradicional. En su opinión, el “*excesivo tradicionalismo*” que caracteriza al entorno jurídico colombiano, hacía muy difícil superar la resistencia al cambio que suponía una regulación novedosa y flexible, como la de las SAS¹⁶⁴. Las élites jurídicas se han mostrado reticentes a la reforma integral del régimen societario, tal como quedó demostrado con la Ley 222 de 1995, que si bien recogió buena parte del movimiento renovador del Derecho de Sociedades, quedó

¹⁶² Véase Felipe Cuberos. *Op. Cit. 2012*.

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit. 2010*, pg. 57.

incompleta frente a su intención original. Al respecto, los profesores holandeses Joseph McCahery y Erik Vermeulen exploran en un enriquecedor artículo -titulado con el sugestivo nombre “*The New Company Law*” (El Nuevo Derecho Societario)- los incentivos que tienen dichas élites para oponerse al cambio, y las razones por las que, en su opinión, se trata de una batalla perdida, porque luchan en contra de la fuerza de los hechos¹⁶⁵. Se trata de una perspectiva muy interesante, porque busca consultar la utilidad del derecho, no basada solamente en rígidos preceptos jurídicos, sino y sobre todo, en aplicaciones prácticas económicas¹⁶⁶.

Con todo, lo cierto es que puede notarse una analogía entre lo ocurrido con la inserción de otra de las grandes reformas del mundo jurídico-comercial, como lo fue la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, y lo desatado con ocasión de la creación de las SAS. Tal como se citó anteriormente, la regulación de la empresa unipersonal se concibió como “*un modelo que podrá imitarse para introducir, más adelante, una serie de reformas que deberán hacerse al régimen societario actual, cuya modificación no ha sido posible en algún grado, merced al excesivo tradicionalismo que caracteriza a amplios sectores de la doctrina societaria colombiana*¹⁶⁷.” No cabe duda de que justamente las SAS son el resultado de tal iniciativa, propuesta a instancia de la solitaria voz de la Ley 222, a la que se le formularon reparos y objeciones de toda suerte. Así mismo, puede considerarse a la Ley 1258 como un nuevo impulso en esa tendencia reformista, que, como se verá más adelante, ya está rindiendo sus primeros frutos más allá del perímetro de su propia regulación.

¹⁶⁵ Es muy interesante observar la novedosa perspectiva que estos autores promueven, y la forma en la que se encuentra plasmada en la regulación de la SAS. Véase, al respecto, Joseph McCahery y Erik Vermeulen, *Op. Cit.* 2006.

¹⁶⁶ Sin embargo, no debe confundirse esta óptica con la del *análisis económico del derecho*, el cual busca aplicar métodos propios de la economía para determinar el efecto de las normas jurídicas.

¹⁶⁷ Véase Nota 77.

En efecto, los redactores de la norma quisieron deliberadamente crear un sistema paralelo¹⁶⁸, que permitiera el fenómeno conocido como *competencia normativa*. Dicho fenómeno ha sido ampliamente estudiado en el Derecho Comparado¹⁶⁹, y se ha caracterizado como un factor que genera estabilidad jurídica, crecimiento económico y regulación eficiente¹⁷⁰. El llamado mercado de leyes de sociedades¹⁷¹, como ocurre en los Estados Unidos, donde cada estado tiene su propia legislación societaria y en donde los empresarios son libres de escoger aquella que más adecuada les resulte, es una muestra fehaciente del poder de lo fáctico sobre lo normativo. En ese caso concreto, el estado de Delaware, conocido por su avanzada jurisdicción societaria, es el que mayor número de constituciones de sociedades reporta, y es aquel que marca la pauta en materia normativa, la cual posteriormente es seguida por todos los estados que no quieran verse rezagados. Un fenómeno semejante ha empezado a ocurrir en la Unión Europea, tal como lo explica el profesor Reyes Villamizar¹⁷².

En Colombia, la Ley 1258 crea un incipiente modelo de competencia normativa, a través del cual los empresarios son los llamados a elegir, de entre dos regímenes claramente diferenciables, aquel que prefieren. Los resultados empíricos de este modelo serán examinados más adelante en este trabajo¹⁷³. Sin embargo, desde un punto de vista puramente jurídico, cabe advertir, como lo previeron los redactores de la norma, que el sistema jurídico tradicional ha ido comprendiendo que, si no se ajusta a las novedades

¹⁶⁸ Francisco Reyes Villamizar. *Op. Cit.* 2011, pg. 156.

¹⁶⁹ Ídem.

¹⁷⁰ Ídem.

¹⁷¹ Véase, al respecto, Francisco Reyes Villamizar. *Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada*, Editorial Legis, Bogotá, 2007.

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ Véase el Capítulo 4.

que ahora demandan los empresarios, perderá vigencia. El más claro ejemplo de esto consta en el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011¹⁷⁴.

3.3. OBSERVACIONES PRÁCTICAS

En el entendido de que es conveniente, dentro del espíritu de este trabajo, trascender la mera discusión teórica jurídica sobre las implicaciones societarias de la Ley 1258, para abordar las SAS desde un punto de vista que podría llamarse *pragmático-comercial*, cabe añadir a los anteriores interrogantes críticos unos más, ya no relacionados directamente con la normatividad misma, sino con el devenir que éstas han tenido en el mundo comercial.

3.3.1. Las SAS como modelo de contratación

Se ha insistido a lo largo de este trabajo que las SAS son –o fueron pensadas como– una herramienta idónea para la creación de empresa, debido a las grandes ventajas que ofrecen a los hombres de negocios¹⁷⁵. Sin perjuicio de la demostración empírica que se hará en el Capítulo 4, y más bien como su anticipo y complemento, es pertinente hacer una reflexión sobre la manera cómo, en la práctica, se han usado las SAS para estructurar esquemas productivos.

En primer lugar, es necesario definir lo que significa empresa. El Código de Comercio establece que “Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios (...)”. La precisión de esta definición legal es un ideal primer paso para entender qué es una empresa; sin embargo, se queda corta en expresar el

¹⁷⁴ Véase Nota 121. La Ley 1450 extendió las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, previstas en la Ley 1258 para las SAS, a los demás tipos societarios.

¹⁷⁵ Al respecto, ver el Capítulo 2.

carácter eminentemente económico de tal concepto y su alcance sociológico. De acuerdo con otra definición, tomada del Diccionario de Sociología de Luciano Gallino, una empresa es un “grupo social en el que a través de la administración de sus recursos, del capital y del trabajo, se producen bienes y servicios tendientes a la satisfacción de las necesidades de una comunidad. Conjunto de actividades humanas organizadas con el fin de producir bienes o servicios.” Lo cierto es que la caracterización de una empresa es un asunto que además de los normativos, comprende elementos históricos, políticos, sociológicos y económicos. Es dentro de este concepto amplio de empresa donde cabe preguntarse si las SAS se han usado en Colombia para *hacer empresa*.

Hacer empresa se asocia tradicionalmente, con la organización de factores múltiples que produzcan riqueza. Riqueza medida en beneficios para los empresarios, claro, pero no solamente en eso. También en generación de empleo y de bienestar a la comunidad en la que se desarrolla tal empresa. Hacer empresa se asocia a un empeño de largo aliento, con vocación de permanencia; en este esquema, la experiencia acumulada y la experticia correspondiente (*good will* y *know how*) son asuntos fundamentales y se miden en relación con cada sociedad. Así, entonces, tener una sociedad establecida, con años de experiencia, es un activo valioso, que se refleja al momento de pensar en transferir la propiedad sobre la misma.

En la actualidad, no es claro que las SAS se hayan usado para *hacer empresa*. Por lo menos, no para hacer empresa en los términos anteriormente descritos. La práctica ha demostrado que, con abrumadora frecuencia, las SAS se han usado más como un modelo de contratación, que como un medio para organizar esfuerzos y recursos hacia la producción de un bien o la prestación de un servicio. Si bien indudablemente existen

SAS que hacen empresa de la manera tradicional, lo cierto es que con ímpetu cada vez mayor, se presenta la tendencia de usar las SAS como un vehículo de negocios mediante el que se estructura un sistema contractual, esencialmente temporal, que no se relaciona con la forma usual de operar una sociedad. Aunque en Colombia este es un fenómeno reciente, en otras latitudes ocurre de tiempo atrás, y se le denomina con el nombre de *specific purpose vehicle (SPV)*, o vehículo de propósito específico. Un SPV es un vehículo societario creado con el fin de desarrollar un único proyecto; por lo tanto, una vez expirado éste, su vocación productiva termina, y en consecuencia se disuelve y liquida la sociedad. Por supuesto, la flexibilidad y facilidad de las SAS las hacen el expediente idóneo para este tipo de vehículos.

Por ejemplo, el sector de la construcción ha sido muy propenso a organizar su estructura de negocio así. Cada vez más, los constructores colombianos prefieren constituir una SAS para cada proyecto inmobiliario que emprenden; de esa manera, logran una separación patrimonial y una limitación del riesgo de fracaso que no lograrían si el proyecto lo emprendiera directamente el constructor (sea éste una persona jurídica o natural). Tan pronto está terminada la construcción se liquida la sociedad y se reparten los remanentes. Lo mismo puede decirse de muchas otras industrias y sectores económicos. Si bien no hay nada jurídicamente reprochable en esto, no deja de ser llamativo el cambio en la mentalidad empresarial, que ha sido generado por la introducción del esquema societario de las SAS en Colombia. Cabe anotar también, que esta forma de hacer negocios a través de las SAS puede explicar la diferencia entre el aumento del número de constituciones de sociedades en los últimos años y el índice de crecimiento económico del país, incluyendo las tasas de empleo. En síntesis, es pertinente una discusión en torno a lo que se entiende, dentro de la economía

colombiana, como *hacer empresa*, a la luz de los nuevos esquemas contractuales implantados por el uso de los empresarios. Cabe anotar que, aceptar esta tesis, conlleva aceptar que el propósito inicial de la SAS se desvirtuó en algún sentido. Quizás algunas herramientas tributarias y fiscales, cuyo análisis escapa los propósitos de este trabajo, son las responsables del incremento de este esquema contractual.

3.3.2. Recelo oficial frente a las SAS

Ante la novedad de este tipo societario y su flexible regulación, se ha generado un efecto que en la práctica resulta particularmente inconveniente y peligroso. Se trata de lo que el profesor Cuberos acertadamente llama *satanización* de la figura de las SAS; una marcada desconfianza de parte de algunas autoridades, frente a la constitución de este tipo de sociedades. La amplitud y flexibilidad de la regulación de las SAS ha dado pie, injustamente, a que se crea y diga que es un expediente idóneo para defraudar la ley. Así, por ejemplo, diversas agencias estatales y privadas –entre otras, la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas DIAN, y la Unión Colegiada del Notariado Colombiano– han expresado su preocupación por los usos dados a la SAS, que podrían vincularse, según ellos, a la evasión fiscal. En consecuencia, la DIAN ha endurecido su propia regulación respecto a las SAS, de una forma particularmente atípica: las cortapisas a la hora de realizar hasta el trámite más simple con respecto a una SAS, ante esta autoridad estatal, son ciertamente más elevadas que las que se imponen al resto de las especies societarias (tramitación de NIT, RUT, RIT, etc.). Sin asidero en una norma jurídica, las entidades, mediante lo que se conoce informalmente como *jurisprudencia de ventanilla*, exigen requisitos adicionales y presentan mayores objeciones cuando se trata de una SAS.

Algunos autores han querido endilgar dicho recelo a una *“preocupación, que sin duda resulta legítima y más aún desde la perspectiva de quienes tienen a su cargo recaudar los tributos de los colombianos¹⁷⁶”*. A pesar de reconocer que no puede llegarse al extremo de afirmar que las SAS son, per se, un instrumento de defraudación, estos doctrinantes aseguran que *“los señalamientos y reparos del ente fiscalizador tendrían un matiz diferente si no estuviéramos enfrentados a la posibilidad de que los empresarios dividan su patrimonio creando compañías sin asumir ningún tipo de responsabilidad personal por sus operaciones y sin ningún tipo de controles externos más allá del criterio de sus propios creadores para la conducción de sus negocios.”*. En otras palabras, si bien estos comentaristas consideran excesivas las objeciones de algunas entidades estatales frente a la flexibilidad de las SAS, reconocen que en efecto hay un riesgo mayor de fraude a través de esta especie societaria. En consecuencia, según los mismos doctrinantes, se presenta un efecto perverso de la Ley 1258 que consiste en que *“por querer establecer un instrumento flexible en extremo sin más consideraciones que la flexibilidad misma, se ha despertado la natural suspicacia del estado (sic), haciéndole un gran daño a este nuevo tipo societario”*.

No parece lógico, sin embargo, atribuirle al concepto de la *flexibilidad* que acarrearán las SAS, la posibilidad de defraudar la ley; este argumento no explica, por ejemplo, por qué a través de otros tipos societarios menos flexibles, de la misma manera se cometan fraudes. En otras palabras, el hecho de que las SAS puedan constituirse por documento privado y que no estén obligadas a tener junta directiva ni revisoría fiscal¹⁷⁷, no es suficiente para afirmar que a través suyo se pueden realizar actos ilícitos más fácilmente. Desde otra perspectiva, resulta contrario a un principio elemental del

¹⁷⁶ Felipe Cuberos. *Op. Cit.* 2012, pg. 59.

¹⁷⁷ Excepto si supera los límites establecidos en la Ley 43 de 1990.

Derecho calificar la suspicacia del Estado como natural. En un estado de derecho en el que impera la presunción de inocencia y el derecho al debido proceso, no hay ninguna justificación para observar con mayor recelo una institución jurídica, máxime cuando la diferencia en el trato se origina en consideraciones que parten de la presunción de mala fe, por parte de los usuarios de la norma. Mal podría decirse, entonces, que es natural que la DIAN y otras autoridades, impongan mayores obligaciones, así sean de poca relevancia, basada en su propia –y mezquina– interpretación de la norma y su uso.

Tampoco parece acertado calificar el anterior como un efecto perverso de la Ley 1258. Sin duda es una perversidad, pero no atribuible a la norma mediante la que se crearon las SAS, sino a la ya mencionada tendencia al excesivo formalismo, que impera en el ámbito jurídico nacional. Creer que el otorgamiento de una escritura pública, o la casi siempre rutinaria firma de un revisor fiscal, impedirá el fraude, no tiene ningún fundamento.

Por supuesto, no se trata de trivializar la importantísima y necesaria lucha contra todas las formas de la ilegalidad: ese es uno de los papeles del Estado, y si las SAS se están usando para propósitos defraudatorios, habrá que aplicar lo correctivos necesarios. Esos correctivos, seguramente, no impliquen modificar la norma societaria, sino el esquema de control, vigilancia y coerción del Estado. No se puede creer que el fraude en Colombia empezó con la Ley 1258 de 2008, ni que la necesaria flexibilidad en ella contenida sea un aliciente para los delincuentes. En palabras del mismo profesor Cuberos, autor de las críticas arriba señaladas, *“sostener que por el sólo hecho de tratarse de un instrumento flexible que apunta a facilitarle la vida a los empresarios estamos en presencia de un mecanismo de defraudación de los intereses del estado (sic)*

es un despropósito carente de toda justificación.” Entrando en una evidente contradicción con sus primeros comentarios críticos, referidos arriba, el autor citado concluye con toda razón que “el fraude existe, no porque haya herramientas de fácil utilización o porque haya separación de patrimonios entre los socios y la compañía, puesto que ello ocurre no sólo en las S.A.S. sino en casi todos los tipos de sociedades. El fraude existe por la falta de mecanismos adecuados de control y coerción, los cuales desde luego no pueden llevarse al extremo de poner en la mira a todo aquello que suponga una mayor libertad de los particulares¹⁷⁸”. Esta discusión cobra mayor vigencia, en la actual coyuntura, debido a los hechos de público conocimiento en torno a la aplicación de la Ley de Tierras y las SAS como mecanismo de adquisición.

Desde otro punto de vista, se ha querido señalar la posibilidad de establecer un objeto social indeterminado para las SAS, como la causa de la supuesta propensión a usarlas con fines inconfesables. Este tampoco parece un argumento sólido, pues el objeto indefinido de las SAS lo limita la ley a cualquier actividad comercial lícita. Por lo tanto, quien de mala fe pretende usar una sociedad para propósitos defraudatorios, bien puede servirse de una cuyo objeto consiste en una actividad determinada, o de una cuyo objeto social sea indeterminado, sin que haya diferencia entre una y otra.

3.3.4. La SAS como mecanismo para organizar relaciones jurídico-familiares; otros usos prácticos

Por último, cabe hacer una breve referencia a un fenómeno que se ha dado como consecuencia de la inepción de la SAS en Colombia, directamente en el ámbito del Derecho de Familia y, en particular, del derecho sucesoral, aspecto que quizás desborda

¹⁷⁸ Felipe Cuberos. *Op. Cit.* 2012, pg. 148.

la intencionalidad original de la SAS. De tiempo atrás se han intentado, con creciente frecuencia, esquemas que permitan regular las relaciones familiares, en su componente patrimonial, mediante estructuras diferentes a las tradicionales reglas del Código Civil. Anteriormente estos esquemas incluían el uso de sociedades comanditarias, las cuales, al contemplar la existencia de dos tipos de socios¹⁷⁹, permitían incluir como asociados a los padres de familia y sus hijos, asignando toda la responsabilidad por la conducción de los negocios a los primeros. Esa fue una opción muy socorrida, y ciertamente útil.

Pues bien, con el auge de las SAS en Colombia el modelo ha cambiado, y en la actualidad estos *protocolos de familia*, como se les conoce en su medio, se organizan usualmente a través de estas sociedades. Se puede mencionar como beneficios para este asunto los mismos que se predicán de las SAS en sí mismas; beneficios que, volcados al campo del derecho de familia, adquieren dimensiones impensables. Cabe señalar, entre otras, las siguientes: (i) la muy comentada sencillez y flexibilidad en sus procesos de constitución y de gobierno interno; (ii) la posibilidad de incluir cláusulas restrictivas de entrada y salida de socios, para controlar a voluntad, presencias u ausencias de terceros; (iii) la flexibilidad en las reglas de capital, para poder repartir utilidades discrecionalmente, y, muy especialmente, (iv) la clasificación y creación de diversas acciones, que puedan reflejar la clasificación de los socios. Así, por ejemplo, se pueden crear acciones con ciertos privilegios de gobierno societario, para los padres de familia, y dejar en cabeza de los hijos acciones de otro tipo, por ejemplo sin derecho a voto, a las que se les pueden imponer restricciones en su negociación, que impidan que se trasladen, por diversos mecanismos, a cónyuges o terceros. Las posibilidades en esta

¹⁷⁹ Véase la Sección 1.2.2. de este trabajo.

materia son muy amplias y para explorarlas en profundidad sería necesario un trabajo enteramente dedicado a ello.

En el mismo sentido, se empiezan a identificar otros usos comúnmente dados a las SAS en la práctica comercial del país que, si bien no pueden ser abordados en este trabajo, vale la pena mencionar, como prueba de su indiscutible versatilidad y de la creatividad que ha fomentado este esquema. Entre otras, pueden mencionarse las siguientes: (i) la estructuración de grupos empresariales a través de SAS que sirven exclusivamente como matrices; (ii) las SAS como mecanismo alternativo a la fiducia de inversión; (iii) las SAS como vehículo de operaciones tipo *venture capital*, en las que concurren aportes de industria y capital; (iv) las SAS como expediente de recepción de inversión extranjera directa, y (v) las SAS como forma asociativa frente a procesos de selección objetiva ante entidades estatales.

CAPÍTULO 4

CONTEXTO EMPÍRICO DE LA SAS EN COLOMBIA

4.1. LA SAS COMO VEHÍCULO DE INVERSIÓN

A lo largo de este trabajo se ha insistido en analizar las SAS desde la perspectiva de los empresarios; este enfoque permite comprender y determinar la utilidad de esta institución jurídica, desde la óptica de este sector, llamado a usarla en su cotidianidad. Además, es claro que esta fue la perspectiva desde la cual se concibió el trasplante normativo que terminó con la promulgación de la Ley 1258 de 2008; su regulación se inspiró en lo que ocurre en las más avanzadas jurisdicciones societarias del mundo, que son, por eso mismo, las preferidas por los empresarios locales.

Al respecto, cabe recordar lo que sobre este asunto explica el profesor Francisco Reyes Villamizar en su obra *Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada*: una legislación sobre sociedades será efectiva en la medida en la que responda a los requerimientos de los empresarios, que son sus destinatarios¹⁸⁰. Por ello, verbigracia, la legislación societaria del estado de Delaware se encuentra en permanente actualización, a través de una estructura participativa y multidisciplinaria, compuesta tanto por abogados como por comerciantes y hombres de negocios¹⁸¹. Esta característica, entre otras, la sitúa en la cúspide de las preferencias de los empresarios, no sólo de Estados Unidos sino del mundo entero.

Antes de entrar a examinar los resultados que, en el sentido anteriormente explicado, se han dado en Colombia, conviene detenerse en una breve reseña de lo que es un vehículo

¹⁸⁰ Francisco Reyes Villamizar, *Op. Cit.* 2007, pg. 46

¹⁸¹ Ídem.

de inversión, y de la importancia que este concepto ha adquirido en el derecho societario contemporáneo. En primer lugar, cabe recordar la ya mencionada definición ofrecida por los profesores McCahery y Vermeulen, según la cual un vehículo de inversión es “*un instrumento jurídico-económico idóneo para canalizar una determinada cantidad de recursos hacia una actividad económica productiva específica y que será tanto más eficiente cuanto más se acomode a las necesidades de dicha actividad en particular y de las personas que la ejercitan*¹⁸²”. Así, entonces, un vehículo de inversión tiene una doble naturaleza: jurídica y económica. Una sociedad, según se ha explicado, se adecúa a esa definición. Al respecto, la más autorizada doctrina del país sostiene que una sociedad es una institución jurídico-mercantil, que “*le suministra a los particulares un esquema adecuado de la organización de la empresa*¹⁸³.” En otras palabras, la sociedad es el instrumento jurídico al que se refieren los profesores McCahery y Vermeulen, que, según el profesor Reyes Villamizar, resulta adecuado para organizar una *empresa*, es decir, una *actividad económica productiva específica*.

Por supuesto, es posible utilizar otros vehículos de inversión distintos a las sociedades¹⁸⁴. Es necesario entender por qué un empresario preferirá desarrollar su empresa a través de una sociedad, máxime teniendo en cuenta que, como con acertado humor lo anotan los profesores Easterbrook y Fischer, “*las sociedades no surgen por generación espontánea*¹⁸⁵”. Dichos prestigiosos profesores explican la motivación

¹⁸² Joseph McCahery y Erik Vermeulen, *Op. Cit. 2005*, pg. 5.

¹⁸³ Francisco Reyes Villamizar. *Op. Cit. 2006*, pg. 111

¹⁸⁴ Al respecto, considérense el interesante análisis hecho por los profesores Solomon y Palmiter, quienes afirman que “Un negocio conducido como una sociedad, se parece mucho a un negocio conducido mediante formas no societarias.” L. D. Solomon y A. R. Palmiter. *Corporations examples and explanation*. Little Brown and Company, Boston, 1994.

¹⁸⁵ F. Easterbrook y D. Fisher. *The economic structure of corporate law*. Massachusetts, Harvard University Press, 1996. Pg. 21

económica detrás de una sociedad como vehículo de inversión¹⁸⁶. En ese sentido, según lo apuntan otros autorizados académicos del Derecho de Sociedades en Estados Unidos, una sociedad es un vehículo de inversión idóneo, porque permite establecer y administrar con certeza lo que ellos llaman los “*elementos esenciales del negocio, que los empresarios denominan como los deal points básicos. Pueden describirse estos elementos según cuatro conceptos generales: (a) riesgo de pérdida; (b) utilidades; (c) control; y (d) duración del negocio.*”¹⁸⁷ En otras palabras, el completo régimen que gobierna a las sociedades hace que definir estos elementos esenciales sea fácil, incurriendo en un riesgo comparativamente inferior al que se crearía mediante otros vehículos de inversión.

En ese contexto, resulta claro que los empresarios son los llamados a calificar la adecuación de un tipo de sociedad frente a otras, en tanto que todas son vehículos de inversión disponibles dentro del ordenamiento jurídico, para la organización de su empresa. Una muy buena manera de medir esta *calificación* dada por los empresarios colombianos y extranjeros, a la inepción de las SAS en Colombia, consiste en examinar lo que ha ocurrido con el número de sociedades constituidas en el país y los tipos sociales escogidos. La Confederación de Cámaras de Comercio (CONFECÁMARAS) hizo un interesante trabajo de recopilación de datos que, si bien ya han sido utilizados en diversos estudios, permiten en el marco de éste, comprender los efectos de la regulación de las SAS en el país, y sirven como una incontestable respuesta empírica a las críticas teóricas.

¹⁸⁶ Ídem.

¹⁸⁷ W.A. Klein y J.C. Cofee. *Business Organization and Finance Legal and Economics Principles*. Nueva York, Foundation Press, 2007.

4.2. DATOS SOBRE CONSTITUCIÓN DE SAS EN COLOMBIA¹⁸⁸

A partir del 5 de diciembre de 2008, día en que se promulgó la Ley 1258, la constitución de SAS en Colombia ha sufrido un vertiginoso ascenso, rápidamente situándose como el tipo societario más usado por los empresarios colombianos en la actualidad.

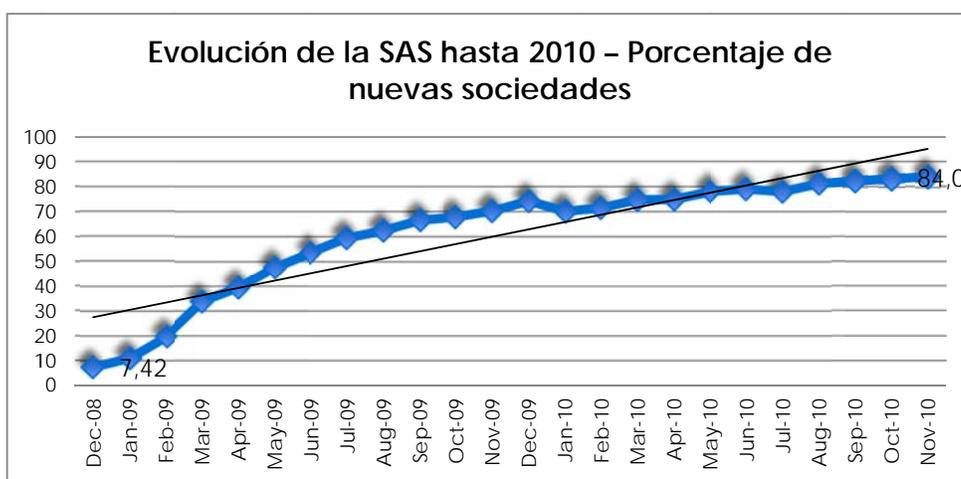
Solamente en el primer mes de vigencia de la Ley 1258 se constituyeron 160 sociedades de este tipo, es decir, el 7.4% del total de sociedades constituidas en el país. El porcentaje creció exponencialmente durante el primer año (2009), tal como se muestra en la siguiente tabla:

Agosto	1773	62.4%
Mes	Número de SAS constituidas	% sobre el total de sociedades
Enero	293	11%
Febrero	629	19.8%
Marzo	1019	33.8%
Abril	1184	39.4%
Mayo	1424	47.6%
Junio	1544	53.6%
Julio	2052	59.4%

¹⁸⁸ Datos preparados por CONFECÁMARAS. Las tablas y gráficas de esta sección se elaboraron para este trabajo.

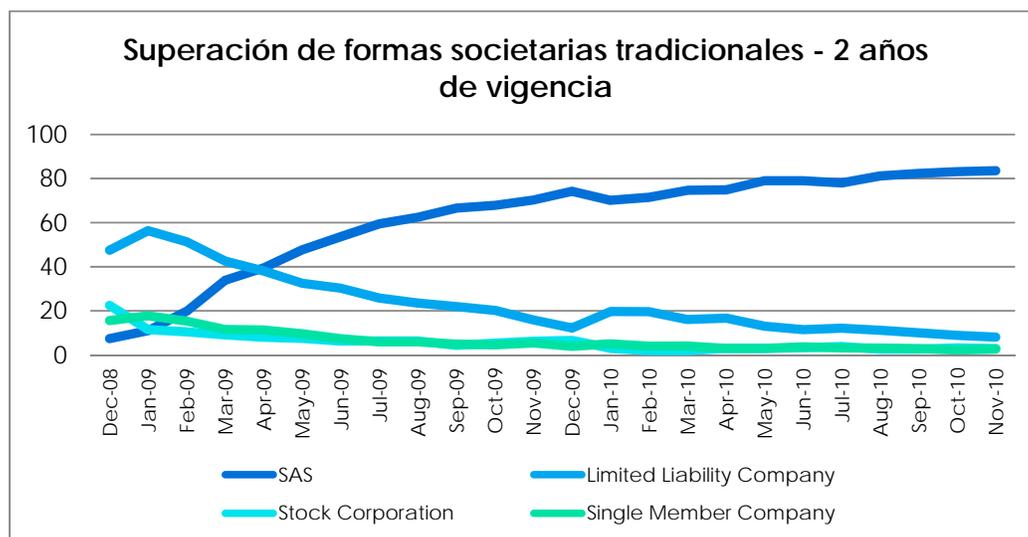
Septiembre	2316	66.5%
Octubre	2183	67.8%
Noviembre	1872	70.2%
Diciembre	1551	74.2%

En tan sólo un año, las SAS incrementaron su participación en el total de sociedades constituidas en 10 veces, pasando del 7.4% en diciembre de 2008 al 74.2% en el mismo mes de 2009. Lo anterior demuestra la rapidez con la que el empresariado nacional reconoció los beneficios ofrecidos por la SAS, y que ésta respondía a un llamado largamente ignorado por el ordenamiento jurídico. El porcentaje creció un 10% más a lo largo del año 2010, como se aprecia en la siguiente gráfica:



Las formas societarias tradicionales se vieron rápidamente relegadas; bastaron tres meses para que la SAS superara a la empresa unipersonal de responsabilidad limitada y a la sociedad anónima. Y, más sorprendentemente aún, en mayo de 2009, seis meses

después de la promulgación de la Ley 1258, las SAS superaron a la que hasta entonces era el tipo de sociedad favorita entre los colombianos: la de responsabilidad limitada, tal como se muestra en el siguiente gráfico:



Hasta finales de noviembre de 2010, antes de cumplirse dos años de la entrada en vigencia de la Ley 1258, el número de SAS constituidas en Colombia llegó a 55.000. A finales de abril de 2013, la cifra llegaba a más de 200.000. El porcentaje de SAS constituidas, con respecto a los demás tipos societarios, llegó, en diciembre de 2012, al 95%. Es decir, 9 de cada 10 sociedades constituidas en Colombia son SAS. Las cifras del total de sociedades existentes en Colombia, hasta abril de 2013, son igualmente elocuentes. De un total de 814.270 sociedades existentes en el país, 208.720 eran SAS. En sólo cuatro años y medio de existencia, las SAS comprenden una cuarta parte (25%) del total del mercado societario colombiano; cifra nada despreciable, cuando se considera que el competidor más joven –la sociedad de responsabilidad limitada– lleva casi 80 años en el mercado. Sin duda, la sociedad de responsabilidad limitada sigue siendo la principal participante del mercado en términos absolutos, pues más de 430.000

sociedades existen bajo este tipo, es decir, cerca del 50% del total. Sin embargo, debe recordarse que esa sociedad ha tardado ocho décadas en alcanzar tal participación, y que es creciente el número de transformaciones que se dan día a día; las SAS ya cuentan con la mitad de ese porcentaje, en poco más de cuatro años. Lamentablemente, no se ha logrado establecer una relación directa entre el crecimiento de las sociedades y los índices de desarrollo económico del país.

Como complemento de las cifras anteriormente presentadas, es oportuno señalar lo que ha ocurrido, ya no a nivel del registro mercantil, sino de las notarías. En efecto, en un estudio realizado para este trabajo, en una de las notarías del Círculo de Bogotá, se encontró que los siguientes son los índices de constitución de sociedades en los últimos diez años:

AÑO	LIMITADA	S.A.	S.A.S	S. EN C.S.	S.C.A	E.U.
2002	51	11	N/A	4	3	0
2003	59	30	N/A	10	3	0
2004	75	27	N/A	5	6	3
2005	67	29	N/A	2	3	1
2006	60	39	N/A	20	2	1
2007	53	45	N/A	14	2	7
2008	38	26	N/A	19	0	9
2009	17	7	7	12	0	0
2010	3	1	4	3	0	0
2011	1	2	2	1	0	0
2012	0	2	3	3	0	0
2013	0	0	0	0	0	0

Parece muy claro que el modelo normativo adoptado para las SAS sirve adecuadamente los propósitos de los empresarios. Gracias al incipiente esquema de competencia

normativa, implantado por la existencia de dos regímenes societarios paralelos¹⁸⁹, los empresarios pueden escoger entre la antigua regulación y la nueva. El resultado, en los términos anteriores, no podría ser más favorable para las SAS, ni más representativo del atraso con el que venían, desde hace décadas, las normas societarias del Código de Comercio. Al respecto, resulta ilustrador retornar sobre palabras ya citadas en este trabajo: *“La inferioridad comparativa de los tipos societarios tradicionales, previamente usados para estructurar sociedades cerradas, hace que su uso en el futuro sea innecesario”*¹⁹⁰. No cabe duda de que esa es, justamente, la tendencia hacia la que marcha el mundo societario colombiano, por lo menos de conformidad con los datos aquí recogidos. Frente a los críticos de las SAS, cabría replantear la pregunta: ¿qué los motiva a preferir los esquemas tradicionales, frente a las SAS, pudiendo esta ser una normatividad a la medida de las necesidades del empresario?

La favorabilidad de las cifras y porcentajes aquí señalados, no exime el atento análisis al que deben someterse diversos aspectos de las SAS, de conformidad con los cautelosos llamados de la doctrina. Todo lo contrario. El abrumador éxito de las SAS entre los empresarios, impone al mundo jurídico el deber de estar alerta para advertir errores y enmendarlos, en cuanto sea necesario. Abogar por una sacralización de las SAS, por llamarla de alguna manera, es tan contraproducente como satanizarlas, pidiendo que el régimen anterior se mantenga intacto. El debate es el fecundo crisol de las ideas, y en materias como ésta, resulta además de pertinente, imprescindible.

¹⁸⁹ Véase, al respecto, la Sección 3.2.6 de este trabajo.

¹⁹⁰ Ver cita 85.

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES

La sociedad por acciones simplificada constituye, sin lugar a dudas, la más significativa reforma introducida al Derecho Privado colombiano en las últimas décadas. Su impacto en la realidad jurídico-comercial ha sido inmenso; en poco más de cuatro años de vigencia de la Ley 1258 de 2008 se han constituido más de 200.000, cerca del 25% del total de sociedades existentes en Colombia actualmente.

La SAS se nutre de las más avanzadas tendencias societarias, a nivel internacional. Pese a que su regulación se inspiró en modelos societarios norteamericanos, que fueron trasladados a legislaciones romano-germánicas como la francesa y la alemana, su llegada al mundo jurídico nacional ha sido funcional y eficiente. Las cifras son elocuentes en sustentar lo afirmado.

También es claro que la SAS surgió, justamente, como una tardía pero necesaria respuesta dada por el legislador a una situación insostenible; por eso, los aspectos generales y particulares de su regulación se centran en corregir las deficiencias identificadas en la legislación societaria clásica. Como quedó demostrado en este trabajo, las novedades que en materia dogmática introdujo la SAS en Colombia responden, punto por punto, a las carencias que, de tiempo atrás, se habían identificado en el régimen del Código de Comercio. Desde el punto de vista práctico comercial, solamente es posible enumerar ventajas de las SAS frente a los tipos societarios tradicionales. Las críticas que le caben desde la perspectiva teórica, válidas, no desdican de su inmensa utilidad para los empresarios: lo ocurrido en Colombia es un reflejo de lo

acaecido en otras jurisdicciones, en las que existen sociedades con estas características desde tiempo atrás.

Sea como fuere, lo cierto es que la realidad demuestra una abrumadora acogida por parte del empresariado nacional hacia la figura de la SAS. Las cifras absolutas y comparativas presentadas en este trabajo, no dejan duda al respecto. Además, otros sectores de la sociedad y otras áreas del Derecho, también han visto crecer los efectos de la regulación de la SAS, incluso más allá de lo que originalmente se había pensado. Esto invita a continuar el debate, centrado no tanto en las importantes pero etéreas consideraciones teóricas jurídicas, sino en las implicaciones prácticas de los usos dados a la SAS, ya que hoy nadie duda que este es el tipo societario del presente y del futuro. El mundo empresarial de hoy sería inimaginable sin las SAS.

BIBLIOGRAFÍA

BAINBRIDGE, STEPHEN. *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, Nueva York, 2002.

BAINBRIDGE, STEPHEN. *Abolishing Veil Piercing*, en *The Journal of Corporation Law*, Vol.26, N.3, Spring, 2001.

BERNAL GUTIÉRREZ, RAFAEL. *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en Colombia*. Editorial Legis, Bogotá, 1977.

BERNAL GUTIÉRREZ, RAFAEL. *De la utilidad de la empresa unipersonal*, en *Revista Juris Consulta* No. 1, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.

COFFEE, JOHN. *Law and the Market: The Impact of Enforcement*, Working Paper No. 304, The Center for Law and Economic Studies, Columbia University School of Law, April 4, 2007.

CUBEROS DE LAS CASAS, FELIPE. *SAS: Novedades, Aciertos y Desaciertos*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

DEYLING, ROBERT P.. *A Primer on the Civil-Law System*. Federal Judicial Center of the United States, 1997.

EASTERBROOK, F. y FISHER, D. *The economic structure of corporate law*. Massachusetts, Harvard University Press, 1996.

EDER, PHANOR. *Company Law in Latin America*, en *27 Notre Dame Law* 5,

ENGRACIA ANTUNES, JOSÉ. *Os grupos de sociedades*, Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 709.

ENRIQUES, LUCA. *Off the Books But On the Record: Evidence from Italy on the Relevance of Judges to the Quality of Corporate Law*, en *Global Markets and Domestic Institutions: Corporate Law and Governance in a New Era of Cross-Border Deals*, Columbia University Press, New York, 2003

FREEMAN, R.E., et al. *Stockholders and Stakeholders: a new perspective on corporate governance*, *California Management Review*, 1983, pg. 83.

GALGANO, FRANCESCO. *Derecho Comercial*, Bogotá, Ed. Temis 1999.

GONZÁLEZ DE CANCINO, EMILSSEN. *Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil Colombiano*, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

KLEIN, W.A. y COFEE, J.C. *Business Organization and Finance Legal and Economics Principles*. Nueva York, Foundation Press, 2007.

KLEIN, WILLIAM, et al. *Business Organization and Finance: Legal and Economic Principles*, Fifth Edition, Westbury, New York, Foundation Press, 1993.

KOZOLCHYK, BORIS. *El Derecho Comercial ante el Libre Comercio y el Desarrollo Económico*, Editorial McGraw Hill, México, 1996.

KRAAKMAN, REINIER, et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford University Press, 2009.

KRAAKMAN, REINIER y HANSMANN, HENRY. *What is Corporate Law*, Oxford University Press, 2004.

LONDOÑO, FERNANDO. *El Código de Comercio 15 años después: ¿En qué ha cambiado la vida colombiana?* en *Revista de Derecho Privado*, No. 2, Vol. I, Bogotá, 1987.

MADRINÁN DE LA TORRE, RAMÓN. *Principios de Derecho Comercial*, 6ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1995.

MANTILLA MOLINA, ROBERTO. *Derecho Mercantil*, 29 edición, Editorial Porrúa, México, 1997.

MARTÍNEZ, NÉSTOR HUMBERTO. Prólogo a Felipe Cuberos de las Casas. *SAS: Novedades, Aciertos y Desaciertos*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

MARTÍNEZ, NÉSTOR HUMBERTO *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

MERRYMAN , JOHN HENRY et al. *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems, Cases and Materials*, Charlottesville, The Michie Company, 1978.

MCCAHERY, JOSEPH et al. *European Company Law: The Governance of Close Corporations and Partnerships US and European Perspectives*, Oxford University Press, 2004.

MCCAHERY, JOSEPH, VERMEULEN, ERIK, et al. *The New Company Law - What Matters in an Innovative Economy?* ECGI - Law Working Paper No. 75/2006, Tilburg University, Tilburgo, 2006.

- MCCAHERY, JOSEPH, VERMEULEN, ERIK, et al. *Understanding (Un)incorporated Business Forms, Topics in Corporate Finance*, Amsterdam Center for Corporate Finance, 2005.
- MOUSSERON, PIERRE. *Droit des Societes* segunda edición, París, 2005.
- NARVÁEZ, JOSÉ IGNACIO. *Teoría General de las Sociedades*, Editora Inversiones Bonnet, Bogotá. 1975.
- OCAMPO, JOSÉ ANTONIO et al. *Globalization and Development, A Latin American and Caribbean Perspective, Economic Commission for Latin America and the Caribbean*, The World Bank, 2003.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Régimen General de las Obligaciones*. 5 edición, Editorial Temis, Bogotá. 1994.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO. *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, Editorial Temis, Bogotá, 2009.
- PINZÓN, JOSÉ GABINO. *Sociedades Comerciales: Teoría General*. Editorial Temis, 1977. Bogotá.
- PINZÓN, JOSÉ GABINO. *La empresa unipersonal*, en Revista Juris Consulta No. 1, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.
- PISTOR, KATARINA. *The evolution of corporate law: a cross-country comparison*, en *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*. Worldbank. 2001.
- POSNER, RICHARD A. *Economics Analysis of Law*, Boston, Little Brown & Co., 1986.
- POUND, ROSCOE. *Law in the books and Law in action*. American Law Review No. 44, 1901, pg. 12.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *A New Policy Agenda for Latin American Company Law: Reshaping the Closely-held entity landscape*. Tilburg University, Tilburgo. 2011.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Derecho Societario (Tomo 1)*, Editorial Temis, Bogotá, 2006
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Análisis Económico del Derecho Societario*, Editorial Legis, Bogotá, 2012.
- REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos* (2nd ed). Bogotá: Editorial Temis, 1999.

REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. *Derecho Societario en Estados Unidos: Introducción Comparada*, Editorial Legis, Bogotá, 2007.

ROMANO, ROBERTA. *The Genius of American Corporate Law*, Washington D.C., AEI Studies in Regulations and Federalism, 1993, pgs. 6-12.

SOLOMON, L.D. y PALMITER, A. *Corporations examples and explanation*. Little Brown and Company, Boston, 1994.

VALENCIA ZEA, ARTURO. *Proyecto de Código de Derecho Privado*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1980.

VALENCIA ZEA, ARTURO. *Derecho Civil, Tomo 2*, Editorial Temis, Bogotá, 1996.

VERMEULEN, ERIK P.M. *The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States, Venture Capital, Joint Venture and Partnerships Structures*, Wolter-Kluwe Law and Business, Eindhoven, 2002.

ZAMORA, STEPHEN et al., *Latin American Law*, New York, Oxford University Press, 2004, at 551.