

**EFFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS FRENTE
A LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES
POR ACCIONES SIMPLIFICADAS EN COLOMBIA ENTRE LOS AÑOS 2008 Y 2018**

LAURA ISAZA

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN
2019

**EFFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS FRENTE
A LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES
POR ACCIONES SIMPLIFICADAS EN COLOMBIA ENTRE LOS AÑOS 2008 Y 2018**

Presentado por:

LAURA ISAZA

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de

ABOGADO

Modalidad de Trabajo de grado:

MONOGRAFÍA JURÍDICA

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

MEDELLÍN

2019

Hoja de aceptación

Firma del presidente del jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Medellín, mayo de 2019.

Dedicatoria

Este trabajo está dedicado a todas aquellas personas que me acompañaron en este camino de formación académica y profesional, especialmente a mi familia, por ser mi soporte y por brindarme una voz de aliento en el momento adecuado.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	11
1. CAPÍTULO 1: LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS	15
1.1. CONCEPTO	15
1.2. NATURALEZA DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS) 16	
1.3. CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS ACIERTOS Y VACÍOS DE LA LEY 1258 DE 2008	18
1.3.1. Régimen de pluralidad	20
1.3.2. Constitución de la sociedad	20
1.3.3. Requisitos mínimos.....	23
1.3.4. Autonomía contractual.....	25
1.3.5. Desestimación de la personalidad jurídica y abuso del derecho.....	27
1.3.6. Capital de la sociedad	30
1.3.7. Control societario.....	31
1.3.8. Organización de la sociedad	32
1.3.9. Prohibiciones que podrán ser excluidas.....	35
1.3.10. Transformación, fusión y escisión	37
1.3.11. Causales de disolución.....	38
1.3.12. Exclusión de accionistas	39

1.3.13. Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades e inspección, vigilancia y control	40
1.3.14. Responsabilidad de los socios en las SAS	40
2. <i>CAPÍTULO 2: ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN COLOMBIA DURANTE LA ÚLTIMA DÉCADA</i>.....	43
2.1. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS SEGÚN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	43
2.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS Y SOCIOS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES COLOMBIANAS.....	47
2.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES COLOMBIANAS.....	50
2.4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS REVISORES FISCALES EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES COLOMBIANAS.....	53
2.5. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES JURÍDICOS, DE LOS SOCIOS Y DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES COLOMBIANAS	56
3. <i>CAPÍTULO 3: ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN MATERIA SOCIETARIA</i> ..	62
3.1. CONCEPTO DE DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA	62
3.2. HISTORIA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. 66	
3.3. LA DOCTRINA NORTEAMERICANA DEL DISREGARD.....	68
3.4. EL FRAUDE.....	71

3.5. LA TEORÍA DEL DISREGARD EN EL DERECHO ALEMÁN	75
3.6. LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS HISPANOAMERICANOS.....	77
3.7. LAS DOCTRINAS DEL ESTOPPEL, DISREGARD Y DE LOS PROPIOS ACTOS	78
3.7.1. Estoppel y Disregard.....	79
3.7.2. Doctrina de los propios actos.....	79
4. <i>CAPÍTULO 4: RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS FRENTE A LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS ENTRE LOS AÑOS 2008 A 2018.....</i>	82
4.1. LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	82
4.2. EFECTOS DEL DISREGARD O DESESTIMACIÓN EN LAS SOCIEDADES .	84
4.2.1. Validez del contrato de sociedad	84
4.2.2. Desestimación de la personalidad jurídica por el no pago de aportes y por no anunciarse como sociedad limitada	86
4.2.3. Desestimación de la personalidad jurídica por posesión de partes de interés, cuotas o acciones en la sociedad dominante.....	88
4.2.4. Responsabilidad por el pago de impuestos	90
4.2.5. La unidad de empresa en el derecho laboral.....	91
4.2.6. Desestimación por pago de salarios y prestaciones sociales	92
4.3. IMPLICACIONES DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.....	93

4.4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS.....	98
4.5. VIGILANCIA Y CONTROL EJERCIDA POR EL ESTADO COLOMBIANO SOBRE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS.....	101
<i>CONCLUSIONES</i>.....	<i>102</i>
<i>REFERENCIAS</i>	<i>108</i>

RESUMEN

La presente monografía tiene como propósito realizar un análisis en torno a los efectos de la responsabilidad de los socios y accionistas frente a la desestimación de la personalidad jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificadas en Colombia entre los años 2008 y 2018; para ello, se parte de una caracterización de los principales aspectos de este tipo de sociedades en Colombia; posteriormente, se abordan los alcances de la responsabilidad en las sociedades comerciales en Colombia durante la última década; a su vez, se identifican los antecedentes y naturaleza de la acción de desestimación de la personalidad jurídica en materia societaria; y por último, se determina la responsabilidad de los socios y accionistas frente a la desestimación de la personalidad jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificadas entre los años 2008 a 2018.

Palabras clave: *accionistas, desestimación, personalidad jurídica, responsabilidad, Sociedades por Acciones Simplificadas, socios.*

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the effects of the liability of shareholders and shareholders against the dismissal of the legal status of the Companies for Simplified Shares in Colombia between 2008 and 2018; for this, it is based on a characterization of the main aspects of this type of societies in Colombia; subsequently, the scope of responsibility in commercial companies in Colombia during the last decade is addressed; in turn, the background and nature of the action to reject the legal personality in corporate matters are identified; and finally, the liability of the shareholders and shareholders is determined in the face of the dismissal of the legal status of the Companies for Simplified Shares between the years 2008 to 2018.

Key words: shareholders, dismissal, legal personality, liability, Companies for Simplified Actions, partners.

INTRODUCCIÓN

Con el propósito de permitir una mayor flexibilización de algunos aspectos societarios del Código de Comercio colombiano se han promovido procesos que garanticen las inversiones y promuevan la pequeña y mediana empresa, por lo que surge la Ley 1258 de 2008, la cual contempló modificaciones sustanciales a las sociedades por acciones.

Específicamente, la Ley 1258 de 2008 surge como una salida a la crisis ocupacional y con la pretensión de liberar de requisitos la constitución de fuentes de empleo, que permitiera solucionar la sobreoferta de mano de obra; de esta manera, se decide, vía legislación, la posibilidad de gestionar sociedades por acciones que se enmarquen dentro de la potestad dispositiva de los ciudadanos, desprovista de trámites complejos en su constitución.

En efecto, la Ley 1258 de 2008 buscaba cumplir con el objetivo anterior, brindando así la posibilidad de la constitución de empresas medianas y familiares bajo esta modalidad, que pretendió, según la motivación del proyecto de ley que dio origen a la misma, brindar opciones empresariales ágiles y a la vez permitir el incremento de la inversión propia y extranjera.

En primer lugar, se puede decir que este nuevo modelo societario viene nominado como un tipo de sociedad de capital, según su artículo 3, cuando en remisión normativa determina que “(...) la sociedad por acciones simplificadas se registrará por las reglas aplicables a las sociedades anónimas” (Congreso de la República, Ley 1258 de 2008, art. 3).

En segundo lugar, se observa una contradicción en el significado, en el sentido de que una sociedad en términos comerciales implica una “agrupación de comerciantes, hombres de negocios o accionistas de alguna compañía (...)” (RAE, 2014); es decir, se hace referencia con este significado a la unión de dos o más comerciantes, por lo que resulta incongruente una sociedad de una sola persona. De este modo, a partir de la Ley 222 de 1995, se buscó, como un incentivo para la economía nacional, la posibilidad de la creación de entes comerciales por un solo constituyente, lo que se evidenció en la empresa unipersonal, la misma que se precisó en la Ley 1014 de 2006, que fomentó el emprendimiento comercial.

Otro aspecto a tener en consideración es que la Ley 1258 de 2008 entra a reemplazar las sociedades unipersonales, ya que a partir de la vigencia de la ley no se pueden constituir sociedades unipersonales, y aquellas que existan deberán transformarse en Sociedades por Acciones Simplificadas –S.A.S. – durante los seis meses siguientes.

Claro que sigue existiendo la posibilidad de constituir sociedades limitadas, colectivas, en comandita simple y por acciones, sociedades de hecho, etc.; sin embargo, aunque la Ley 1258 de 2008 no lo señala expresamente, se vislumbra que, dada la vocación de simplicidad en la creación, manejo y administración, las S.A.S. podrían arrasar con los demás tipos societarios, al punto que las sociedades de personas van a sentir la irremediable necesidad de transformarse en S.A.S. La ley, previendo dicha situación, dispone que cualquier sociedad puede transformarse en S.A.S. mediante documento privado, el cual deberá ser registrado en la respectiva Cámara de Comercio.

Es de destacar que esta clase de sociedad representa para Colombia la posibilidad de crear más empresas de manera fácil, rápida, segura, sin tanto trámite y una figura societaria que permite que una persona sin necesidad de buscar un socio, con la posibilidad de proteger su patrimonio y con su propio capital inicie o cree empresa y así ayude al desarrollo social del país, ya que trae consigo las ventajas de generar empleo y también de generar mayor capital, que siempre continúa en el círculo necesario del mercado y de capital, entendido ello como la voluntad del hombre por crear riqueza y por su constante intención de multiplicarla.

Pero a pesar de las bondades de esta tipología societaria, siguen existiendo vacíos. De esta manera, este estudio de enfoque cualitativo, de alcance descriptivo y no experimental, busca realizarse con el fin de identificar, a través de un rastreo documental de la norma, la doctrina y la jurisprudencia, los efectos de la responsabilidad de los socios y accionistas frente a la desestimación de la personalidad jurídica de las S.A.S. en Colombia entre los años 2008 y 2018; de igual manera, se pretende mostrar la trascendencia de lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 en cuanto a que la legislación protege al que actúa de buena fe, entendiendo que la actividad empresarial es de riesgo para todos los que participan en ella y sanciona al ilícito, al que con fines fraudulentos forma parte de una S.A.S., tal como lo expresa la Corte Constitucional en la Sentencia C-865 de 2004 al señalar que habrá lugar al levantamiento del referido velo cuando, por ejemplo, se perciba mala fe, fraude, abuso del derecho, burla al ordenamiento legal por parte de una persona jurídica.

También se pretende exponer los mecanismos jurídicos y jurisprudenciales a los que se puede acudir generalmente en materia de la responsabilidad patrimonial de los accionistas en las S.A.S., en los casos en que es utilizada dicha sociedad con el propósito de defraudar económicamente a sus trabajadores.

Todo lo anterior se justifica porque el Código de Comercio establece que “la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados” (art. 98, inciso 2); la personalidad jurídica hace parte de los atributos de las sociedades, por lo que la sociedad se convierte en el eje de imputación jurídica con autonomía patrimonial para desarrollar la actividad económica organizada. Esto significa que es necesario determinar si la responsabilidad de los socios tiene alguna relación con la personalidad jurídica o si ésta presenta una relación directa con los tipos de sociedad, para llegar a concluir si la desestimación de la personalidad jurídica dirime el problema de la responsabilidad de los accionistas.

1. CAPÍTULO 1: LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

1.1. CONCEPTO

Las sociedades por acciones simplificadas son una novedad en el derecho comercial colombiano, creadas por Ley 1258 de 2008, la cual no hace parte del Código de Comercio de nuestro país, a diferencia de los demás tipos societarios que si se encuentran contemplados en dicho código. Según Reyes (2008),

esta forma de sociedad (Sociedades por Acciones Simplificadas) es un híbrido entre las demás sociedades comerciales y es precisamente este aspecto su principal ventaja, ya que ofrece la posibilidad de que, por medio de estipulaciones contractuales, pueda lograrse un sincretismo entre diversas características de cada una de las especies de sociedades comerciales (p. 44).

Por ello es indispensable conocer las principales características de las Sociedades por Acciones Simplificadas y conocer su verdadera relación con los demás tipos societarios incluidos en nuestra legislación. Esta clase de sociedad comercial es creada por la Ley 1258 de 2008, la cual fue motivada principalmente por las necesidades de los empresarios colombianos y extranjeros, quienes reclamaban mayor dinamismo y mayor flexibilidad en el derecho comercial colombiano.

La sociedad por acciones simplificada siempre será de naturaleza comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social.

1.2. NATURALEZA DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

Desde una lectura desprevenida del artículo 3 de la Ley 1258 de 2008, se presenta la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) como una simple sociedad de capital con carácter comercial. En efecto, señala el mencionado artículo que

La Sociedad por Acciones Simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la Sociedad por Acciones Simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas (Congreso de la República, Ley 1258 de 2008, art. 3).

Con todo, para tratar de entender dicha definición, es necesario señalar, que si bien, se prescinde de muchas formalidades (simplificación) para la constitución de una SAS, ésta será una sociedad de hecho mientras no tenga el registro que le garantice oponibilidad; esta es la regulación de los artículos 2, 5, 7 y 8 de la citada ley, lo que “obliga”, a que se haga el respectivo registro, a fin de que se presente una persona jurídica autónoma, que se estructura con fines netamente comerciales.

Sin embargo, un análisis integral de la ley señala aspectos que no coinciden totalmente con dicha afirmación, y evidencia una institución híbrida, en donde confluyen aspectos de tipos societarios de personas (*intuitus personae*), con el propósito de permitir el desarrollo de proyectos económicos familiares y de mediana empresa, anexando la exoneración de responsabilidades que se proponen en las sociedades de capital.

En efecto, destaca Reyes (2008), al hacer una lectura a los antecedentes debatidos por el autor de dicha norma, se puede evidenciar en estos, que los intereses sociales del Estado Social de Derecho, riñen con los intereses comerciales.

Según Reyes (2011), la discusión se centra (podría decirse el interés) en las interpretaciones que, como guarda de la integridad constitucional, hace la Corte Constitucional en responsabilidades sociales de los tipos societarios a la que se le tilda de “garantista”, con “escaso fundamento técnico”, que efectúa un “análisis basado solamente en preceptos constitucionales” que “han suscitado incertidumbre y han perjudicado la indispensable seguridad jurídica con consecuencias muy graves para la inversión” (p. 74).

Como puede verse, el fondo del asunto, para fundamentar la naturaleza de la Sociedad por Acciones Simplificada, no está en eliminar las formalidades en su constitución, sino que deviene de aminorar los controles legales, administrativos y jurisprudenciales que puedan recabar como entes comerciales en un Estado Social de Derecho, donde las empresas y las sociedades comerciales tienen una inescindible responsabilidad social.

De acuerdo con Díaz, García & León (2017), tal como se plantea, este modelo societario, que pretende ser una garantía para la inversión y que pugna con alguna responsabilidad social, es netamente comercial, creada en función de empresas familiares (sociedad de personas) y con las exoneraciones de las sociedades de capital.

1.3. CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS ACIERTOS Y VACÍOS DE LA LEY 1258 DE 2008

De acuerdo con el profesor Cadavid (2009), al entrar en vigencia la Ley 1258 de 2008, aparece en Colombia un nuevo avance en materia de sociedades, ya que se rompe con excesivos formalismos, exigencias y trámites dispendiosos, los cuales en muchos casos hacían desistir a los contratantes o constituyentes de la conformación de sociedades. Al entrar en vigencia la normativa a que se viene haciendo referencia, se concede un plazo de seis meses para que las sociedades o empresas unipersonales creadas conforme a lo preceptuado por la Ley 1014 de 2006 se transformen en sociedades por acciones simplificadas, es decir, aquellas constituidas bajo los parámetros de activos totales inferiores a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales o una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores. Estas sociedades o empresas unipersonales pierden su respaldo legal una vez haya transcurrido el plazo fijado por la Ley 1258 de 2008; al respecto, el artículo 46 de la anterior normativa, se expresaba así en su inciso segundo:

Sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico, una vez entre en vigencia la presente ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas (Congreso de la República, Ley 1258 de 2008, art. 46).

Según el jurista Martínez (2009), es delicada la solución que propone la Ley 1258 para salvar la situación creada, al ordenarles a las sociedades unipersonales que se constituyeran en Sociedad

por Acciones Simplificada, pues sólo contaron para ello con seis meses improrrogables para “transformarse” a lo que agregó el mencionado autor:

¿Quiere decir que el 6 de junio próximo “dejan de existir” las sociedades que no se transformen? ¿O la consecuencia es que quedan disueltas? Nada dijo la ley al respecto y mucho me temo que la situación se volverá insoluble para miles de estas “compañías”, que con seguridad no se transformarán en SAS: y cuya existencia regular difícilmente podrán certificar las cámaras de comercio (Martínez, 2009, p. 16).

Sin embargo, esta no es la primera vez que ocurre tal cosa en el ámbito del derecho societario colombiano; precisamente, con la Ley 222 de 1995 se presentó una situación similar y el orden jurídico no se derrumbó; al respecto el artículo 238, inciso primero, de la anterior normativa en forma textual expresa: “Para los efectos previstos en el artículo primero de esta ley las sociedades civiles dispondrán de un plazo de seis meses contados a partir de la vigencia de la misma para ajustarse a las normas de las sociedades comerciales” (Congreso de la República, Ley 222 de 1995, art. 238).

De esta manera, las sociedades unipersonales constituidas al amparo del artículo 22 de la Ley 1014 de 2006 quedan disueltas si no recurren a la transformación dentro del plazo que ordena la ley; sin embargo, según lo dispuesto por el artículo 180 del Código de Comercio, pueden utilizar la denominada fusión impropia, para la cual disponen de otros seis meses contados a partir de la disolución.

De acuerdo a estos planteamientos, resulta a todas luces necesario tener presentes las consideraciones hechas por el profesor Cadavid (2009), al respecto de los vacíos y aciertos de la Ley 1258 de 2008.

1.3.1. Régimen de pluralidad

El Código de Comercio Colombiano exige la pluralidad de socios, cuando expresa: “Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajos o en otros bienes apreciables en dinero (...)” (art. 98), a diferencia de las sociedades por acciones simplificadas que no requieren de este requisito, pues la Ley 1258 de 2008, permite que esta sociedad pueda surgir, bien de un contrato o de un acto unilateral, en cualquiera de los casos se crea una persona jurídica diferente de los socios que la conforman.

Se puede entonces crear sociedades por acciones simplificadas con uno o varios socios. Anteriormente cuando fueron creadas las sociedades unipersonales en Colombia, mediante el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, se creó mucha polémica en el sentido de lo que se entendía por sociedad y era inconcebible para muchos que una sola persona pudiera conformarla. Esta discusión se llevó a cabo en otros países hace ya varias décadas, donde hoy dada su operancia se justifica la creación de una sociedad por un solo socio, como un ajuste a las realidades empresariales que están en constante evolución (Reyes, 2009, p. 41).

1.3.2. Constitución de la sociedad

Como su nombre lo indica, las Sociedades por Acciones Simplificadas pretenden ofrecer a los empresarios mayor simplificación en la constitución de esta sociedad, simplificación que se traduce en menor tramitología y menores costos de constitución.

Las SAS pueden constituirse por documento público o privado. La constitución por medio de escritura pública es una formalidad necesaria en el caso de que se efectúen aportes de bienes raíces u otros que requieran para su enajenación de instrumento notarial (Ley 1258 de 2008, art.

5). De lo contrario se podrán crear sociedades por acciones simplificadas por medio de documento privado, de una forma ágil y económica, pues para nadie es un secreto los altos costos generados en la elaboración de un documento público. Con esta garantía se pretende que sean más las sociedades de hecho que decidan convertirse en personas jurídicas a través de las sociedades por acciones simplificadas.

Desde la vigencia de la Ley 222 de 1995, se implementó el documento privado como forma de constitución para las empresas unipersonales de responsabilidad limitada y dada la experiencia se ha demostrado que la creación por medio de este documento privado no implica el surgimiento de la inseguridad jurídica o propensión al fraude (Reyes, 2009, p. 49).

Otra forma de proporcionar simplificación en la constitución, lo provee la Ley 1258 de 2008 para la redacción del documento privado, la cual no exige mayores formalidades, brindando así agilidad en el trámite de verificación por parte de las Cámaras de Comercio. Es importante mencionar que la constitución de la sociedad se puede hacer por medio de apoderado, este aspecto facilita aún más las labores de creación de la sociedad comercial.

La sociedad por acciones simplificada, conocida también como SAS, podrá constituirse por documento privado, pero éste deberá ser reconocido ante notario para luego ser inscrito en el registro mercantil y así obtener la personería jurídica el ente societario. Aunque el texto legal, artículo 5º, parágrafo 1º, expresa que el documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el registro mercantil de la cámara de comercio, por quienes participen en su suscripción, y que dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado; sin embargo, el término de autenticación no corresponde y debe entenderse como reconocimiento, la base para tal afirmación es la siguiente:

El notario podrá dar testimonio escrito de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que la haya registrado ante él, previa confrontación de las dos. También podrá dar testimonio de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo la identidad de los firmantes (Presidencia de la República, Decreto 960 de 1970, art. 73).

Pero, de otro lado, el artículo 77 del decreto 960 de 1970, dice así: “La autenticación sólo procede respecto de documentos de que no emanen directamente obligaciones, no equivale al reconocimiento, tiene el valor de un testimonio fidedigno, y no confiere al documento mayor fuerza de la que por sí tenga” (Presidencia de la República, Decreto 960 de 1970, art. 77).

Es claro, entonces, que del documento constitutivo de una Sociedad por Acciones Simplificada emanan obligaciones y, por lo mismo, este no debe ser objeto de autenticación sino de reconocimiento, pues según lo practicado en la forma dispuesta en el Capítulo V del Decreto 960 de 1970, y según lo afirma su artículo 72, da plena autenticidad y fecha cierta al documento y procede respecto del otorgado para pactar expresamente obligaciones; téngase, además, presente, que lo que se autentica son las firmas o copias de documentos y lo que se reconoce son los documentos privados.

Según lo que observa Cadavid (2009), no se quiso dejar por fuera a los notarios, tal vez para evitar su oposición, la cual muy probablemente pudiera provocar alguna presión en contra de la aprobación de la ley; así, los legisladores les dan participación en la constitución de la sociedad y así remedian en parte lo que pierden cuando no se constituyen dichas sociedades por escritura pública; este último documento será imprescindible si a la sociedad se aportan bienes o derechos

cuya transferencia requiere de dicha escritura, como ocurre con los inmuebles, naves, aeronaves y el derecho real de usufructo sobre inmuebles, entre otros.

Así las cosas, la Sociedad por Acciones Simplificada será siempre mercantil, independientemente de la naturaleza de los actos que conformen su objeto, es decir, que si los actos son mercantiles exclusivamente, o civiles exclusivamente, o civiles y mercantiles, de todas maneras la sociedad será comercial y estará regulada por las normas mercantiles, lo cual da lugar a que en este tipo societario no pueda hablarse de sociedades civiles, cuestión importante, ya que las normas sobre sociedades del Código Civil fueron derogadas por la Ley 222 de 1995, según lo establece su artículo 252.

1.3.3. Requisitos mínimos

El artículo 5° de la Ley 1258 de 2008 enumera los requisitos mínimos que deberán aparecer en el documento contentivo de la expresión de la voluntad del constituyente o los constituyentes, lo cual implica un acto unilateral para la creación de una Sociedad por Acciones Simplificada de carácter unipersonal o un contrato de sociedad, el cual será la causa de una Sociedad por Acciones Simplificada pluripersonal.

En lo que respecta a esta última se rompe con el mínimo obligatorio establecido para la “en comandita por acciones” y la “sociedad anónima”, en cuanto a que los socios capitalistas deben ser por lo menos cinco en ambos tipos societarios. Los requisitos que trae la ley para las cláusulas estatutarias, dice que son los mínimos, porque se da campo abierto para que quienes constituyan

la sociedad puedan agregar las disposiciones que consideren pertinentes sin contrariar la naturaleza de la entidad que se está creando y, en general, la ley; con lo anterior nos ubicamos dentro del principio de filosofía jurídica denominado autonomía de la voluntad, el cual se basa en que la voluntad libremente expresada tiene el poder de crear obligaciones.

Es pertinente destacar dentro de las disposiciones estatutarias relacionadas con este tipo societario, el término de duración de la sociedad, el cual podrá ser indefinido; además, el objeto podrá ser indeterminado, ya que a la sociedad le estará permitido realizar cualquier actividad lícita; el plazo para el pago de las acciones no excederá de dos años; la administración de la sociedad podrá contar únicamente con la representación legal, por no serle obligatoria la junta directiva.

A su vez, las Cámaras de Comercio se abstendrán de inscribir en el Registro Mercantil el documento mediante el cual se constituya la sociedad, se haga un nombramiento o se reformen los estatutos, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en el artículo 5º de la Ley 1258 de 2008.

Según Reyes (2007), lo más importante de esta revolución societaria en principio es el radical cambio de concepción sobre la forma de estructurar sociedades. El carácter dispositivo de la mayor parte de las normas contenidas en la Ley 1258 de 2008 hace que las relaciones societarias tengan un sustento esencialmente contractual. Así, las partes deberán diseñar los estatutos sociales en la forma que más convenga a sus propios intereses. La negociación de las cláusulas estatutarias es responsabilidad de las partes, de manera que las protecciones para cada una de

ellas dependerán en gran medida de la diligencia de los contratantes y asesores en la definición de reglas equilibradas en el contrato social. De ahí que no resulte aconsejable la excesiva dependencia en formatos y modelos que, aparte de tender a una inconveniente estandarización de los términos contractuales, puede dar lugar a iniquidades y desequilibrios en el negocio societario.

En el aparte de este documento relacionado con el modelo o minuta para la constitución de una Sociedad por Acciones Simplificada lo que se pretende es darle al lector unas orientaciones para que al momento de celebrar el acto o contrato tenga conocimiento de lo que puede hacer, no se busca someterlo a determinadas cláusulas; de otro lado, tampoco se pretende sustituir la asesoría de expertos en la materia, la que seguramente será necesaria en la celebración de ciertos actos o contratos que originan la sociedad por acciones simplificada, dadas las pretensiones e intereses particulares de los constituyentes o contratantes.

1.3.4. Autonomía contractual

La sociedad por acciones simplificadas acoge en todo el sentido de la palabra la autonomía de la voluntad, principio inmerso en toda celebración de un contrato.

Esta sociedad permite una amplia autonomía contractual en la redacción de sus estatutos sociales; la Ley 1258 de 2008 tiene un gran carácter dispositivo y le da la posibilidad a los socios o partes del contrato de sociedad, definir las pautas bajo las cuales trabajará o funcionará la sociedad. La norma provee algunas regulaciones en caso que los socios o accionistas no

estipulen nada. En los aspectos que no son abordados por la Ley 1258 de 2008, el legislador señala que se regulará por lo expuesto en la normatividad de las sociedades anónimas.

A pesar de la simplicidad que permite la Ley 1258 de 2008, según expresan Rodríguez & Hernández (2014), las partes deberán pactar en forma detallada las cláusulas que regirán la sociedad por acciones simplificada de querer contar con la flexibilidad que otorga este tipo societario, de lo contrario se acogerán a la normatividad referida a las sociedades anónimas y en lo que no resulte contradictorio a la normatividad expuesta en el Código de Comercio.

El carácter dispositivo de la norma, permite entre otras cosas que el objeto social sea indeterminado y que su término de duración sea indefinido. En el contenido del documento de constitución los socios pueden determinar las actividades comerciales a las cuales se dedicará la sociedad, en caso que nada se diga, se entenderá que realizará cualquier actividad lícita. En cuanto el término de duración, éste también podrá ser pactado y en caso de que no se estipule se entenderá indeterminado.

Otra de las garantías expuestas para los empresarios que quieran constituirse bajo esta modalidad societaria, está en la estructura flexible del capital, que los socios bajo su autonomía de la voluntad podrán pactar. En primer lugar, la suscripción y pago del capital se podrá hacer como lo señala el Código de Comercio para la sociedad anónima en sus artículos 384 y siguientes o puede recurrirse a reglas distintas, pero el pago de las acciones no excederá de dos años. En los estatutos de las sociedades por acciones simplificadas podrán establecerse porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser controlados por uno

o más accionistas, en forma directa o indirecta. En segundo lugar, La ley 1258 de 2008 permite la creación de nuevos tipos de acciones; las acciones con dividendo fijo y las acciones de pago, con estas últimas podrán remunerarse los servicios que presten personas a la sociedad. Así, se tiene entonces que la clase de acciones en las sociedades por acciones simplificadas podrán ser de diferentes tipos: Las acciones privilegiadas, las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y las acciones con dividendo fijo anual y acciones de pago. En tercer y último lugar, las sociedades por acciones simplificadas dan campo abierto para estipular el voto singular o múltiple, en cuanto a este último se daría en el caso de pactar en los estatutos sociales que alguno o algunos socios por cada acción tengan derecho a emitir no un solo voto, sino varios votos; también se permite fraccionar el voto cuando se trate de elección de miembros de junta directiva u otros órganos plurales o colegiados. La Ley expresamente prohíbe negociar en bolsa las acciones de la empresa precisamente por la gran flexibilidad que se maneja.

En esta clase de sociedad no es obligatoria la figura del revisor fiscal, aunque los socios la pueden pactar en caso de creerla necesaria. Es importante aclarar que independientemente que no sea obligatorio en las sociedades por acciones simplificadas contar con la revisoría fiscal, en el caso de que el monto de sus activos e ingresos superen los montos estipulados, será obligatorio contar con este órgano de control.

1.3.5. Desestimación de la personalidad jurídica y abuso del derecho

La Ley 1258 de 2008 en su artículo 42 tiene en cuenta la desestimación de la personalidad para cuando se utilice la Sociedad por Acciones Simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de

terceros, lo cual dará lugar a que los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, respondan solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios ocasionados. Cabe advertir que la misma ley, en su artículo 27, párrafo, manifiesta que las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores. Lo anterior es un avance, pues sabido es que hay personas expertas en manejar negocios ajenos sin que aparezcan directamente comprometidas en ellos.

Téngase en cuenta que como la personalidad jurídica de la Sociedad por Acciones Simplificada surge a partir de la inscripción del documento de su constitución en el registro mercantil de la cámara de comercio correspondiente al lugar en el que la sociedad establezca su domicilio principal, si dicha inscripción no se efectúa, para todos los efectos legales se entenderá que la sociedad es de hecho si lo que se celebró fue un contrato y si se trata de un acto unilateral, el constituyente responderá personalmente por las obligaciones contraídas en desarrollo de la empresa. Lo anterior no hace otra cosa que subrayar la importancia del registro en la constitución de sociedades por acciones simplificada, no debe olvidarse que el registro mercantil exigido por la ley, una vez se cumple con esta formalidad, le da al acto o contrato objeto de la exigencia el carácter de oponible, es decir, que produce efectos frente a terceros, podrá hacerse valer frente a ellos, quienes no podrán desconocerlo ya que por tratarse de un registro público como es el mercantil, los terceros pueden acceder a la información en él contenida cada que lo soliciten, en cambio, si el acto o contrato sometido a inscripción en el registro no se lleva a cabo, el acto o

contrato será inoponible a terceros, o sea que no producirá efectos frente a ellos, por tanto, podrán desconocerlo ya que no tuvieron oportunidad de informarse sobre el mismo por haber incumplido con la obligación de su inscripción quienes debieron efectuarla. No sobra recordar que en la sociedad de hecho todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas, lo anterior da lugar a que los terceros puedan hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o a favor de todos los asociados de hecho o cualquiera de ellos.

El artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 se refiere al abuso del derecho; al respecto, el Código de Comercio en su artículo 830 también lo enuncia de manera general, así: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. En la nueva ley la enunciación es más extensa, se refiere, además, al abuso del derecho al voto y sostiene lo siguiente:

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 (sic) 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 ilicitud del objeto.

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante proceso verbal sumario (Congreso de la República, Ley 1258 de 2008, art. 43).

1.3.6. Capital de la sociedad

La suscripción y pago del capital se podrá hacer como lo señala el Código de Comercio para la sociedad anónima en sus artículos 384 y siguientes o puede recurrirse a reglas distintas, pero el pago de las acciones no excederá de dos años. Es oportuno tener en cuenta que la Ley 1258 de 2008 da lugar a que puedan crearse nuevos tipos de acciones, las que denomina acciones con dividendo fijo y las acciones de pago, con estas últimas podrán remunerarse los servicios que presten personas a la sociedad, dentro de los cuales se debe recordar que ello puede hacerse mediante la utilización de diversas modalidades contractuales como, por ejemplo, contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios, contrato de sociedad con aporte de industria o trabajo, entre otros.

La clase de acciones en las SAS podrá ser muy variada, incluidas las siguientes: acciones privilegiadas, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto y las ya aludidas acciones con dividendo fijo anual y acciones de pago. Se da campo abierto para estipular el voto singular o múltiple, en cuanto a este último se daría en el caso de pactar en los estatutos sociales que alguno o algunos socios por cada acción tengan derecho a emitir no un solo voto, sino varios votos; también se permite fraccionar el voto cuando se trate de elección de miembros de junta directiva u otros órganos plurales o colegiados.

1.3.7. Control societario

El artículo 16 de la Ley 1258 de 2008 se refiere expresamente al cambio de control en la sociedad accionista, para lo cual permite que en los estatutos se estipule la obligación de informar a la Sociedad por Acciones Simplificada acerca de cualquier operación que implique un cambio en el control de aquella, según lo previsto en el artículo 260 del Código de Comercio, y va más allá la norma al disponer que en los casos de cambio de control, la asamblea tendrá facultad de excluir a las sociedades accionistas cuya situación de control fue modificada, la decisión de la asamblea en este sentido y cuando se apliquen sanciones pecuniarias, requerirá del voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, excluido el voto del accionista que fuere objeto de tales medidas

La norma citada al principio de este comentario hace alusión al denominado control societario, esto es, cuando una sociedad que recibe el nombre de controlada o subordinada tiene su poder de decisión sometido a la voluntad de otra u otras personas, y quien tiene dicho poder se denomina matriz o controlante, sobre este tema tratan los artículos 260 a 262 y 265 del Código de Comercio y artículos 26 a 33 de la Ley 222 de 1995.

Destaca Murillo (2009) que entre las varias clases de control cabe destacar uno de los más comunes, el jurídico o interno, el cual se da cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio de sus subordinadas o de las subordinadas de estas. Para este efecto no se computarán las acciones con dividendo preferencial

y sin derecho a voto. Cuando la matriz o controlante ejerce el control en forma directa, a la sociedad subordinada o controlada se la conoce como filial y cuando el control es ejercido en forma indirecta, como ocurre cuando se lleva a cabo por intermedio de subordinadas de la matriz, a la sociedad controlada se la denomina subsidiaria. Por ejemplo:

Ejemplo: Si la sociedad anónima X tiene el 70% de las acciones con derecho a voto en una Sociedad por Acciones Simplificada Y, la anónima X es la matriz o controlante de Y, siendo esta última subordinada de X con el carácter de filial; y si la Sociedad por Acciones Simplificada Y es la propietaria del 60% de las cuotas sociales de la compañía Ltda. W, esta será subordinada de la sociedad anónima X con el carácter de subsidiaria, ya que el control que ejerce X es indirecto, pues lo hace por intermedio de su filial Y (Murillo, 2009, p. 31).

1.3.8. Organización de la sociedad

Destaca Morgestein (2011) que en cuanto a la organización de la sociedad, existe libertad de estipulación estatutaria; a falta de estipulación contractual, se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal.

Lo anterior se halla dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1258 de 2008, con lo que se distinguió entre asamblea cuando la sociedad es pluripersonal y de único socio cuando es unipersonal. De igual modo, la Sociedad por Acciones Simplificada no está obligada a tener junta directiva, pero si el socio o los socios que la constituyen lo consideran pertinente, en los estatutos podrán crearla sin que el número de integrantes deba ser mínimo tres como aparece establecido en la norma que al respecto trae el Código de Comercio (artículo 434), por lo que

debe tenerse en cuenta que según lo dispuesto por la Ley 1258 de 2008, artículo 25, que los miembros de la junta directiva podrán o no tener suplentes.

A su vez, la asamblea de accionistas de la sociedad por acciones simplificada, podrá reunirse en su domicilio principal o fuera de él, aunque no esté presente un quórum universal, siempre y cuando se cumplan los requisitos de quórum y convocatoria previstos en los artículos 20 y 22 de la Ley 1258. Según el artículo 182 del Código de Comercio, inciso segundo, la asamblea o junta de socios sólo podrá reunirse válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocatoria, cuando se hallare representada la totalidad de los asociados, o sea lo que se conoce como quórum universal.

Valga la pena tener en cuenta que las reuniones podrán realizarse por comunicación simultánea o sucesiva y por consentimiento escrito, para lo cual en los estatutos podrán establecerse los mecanismos pertinentes, pero si esto no se expresa en las mencionadas disposiciones, se seguirán las reglas previstas en los artículos 19 a 21 de la Ley 222 de 1995.

Cabe también destacar cómo se rompe con la exigencia de pluralidad tanto para el quórum como para la conformación de las mayorías en la toma de decisiones, al respecto se refiere el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008, el cual expresa que salvo estipulación en contrario, la asamblea deliberará con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas y que las determinaciones se adoptarán mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más uno de las acciones presentes, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior para

algunas o todas las decisiones. Queda claro que el respeto por lo que el constituyente o los constituyentes de la sociedad decidan es el rasgo predominante o el factor común en la norma, sea esta la razón para que al momento de constituir una Sociedad por Acciones Simplificada se deba contar con la asesoría adecuada o se tengan los conocimientos suficientes sobre el contenido de la ley y, por lo tanto, no sólo se respeten sus disposiciones, sino que también se haga uso, según las circunstancias lo exijan, de la libertad que ella otorga para la elaboración de los estatutos de la sociedad.

No debe olvidarse que como contrapartida a las decisiones con mayorías no muy altas, existen también disposiciones en las que se exige la unanimidad de los asociados para tomar decisiones, así aparece previsto en el artículo 31, cuando hace referencia a la transformación, la fusión, la escisión u otro negocio jurídico en el que se proponga el tránsito de una Sociedad por Acciones Simplificada a otro tipo societario o viceversa; a la unanimidad también alude el párrafo del artículo 35 refiriéndose a las causales de disolución por unipersonalidad sobrevenida o reducción de las pluralidades mínimas en los demás tipos de sociedad previstos en el Código de Comercio, las que también podrán agotarse mediante la transformación en sociedad por acciones simplificadas, siempre que así lo decidan los asociados restantes de manera unánime o el asociado supérstite.

La SAS no está obligada a tener junta directiva, salvo estipulación estatutaria en contrario, en caso de no consagrar en los estatutos la creación de junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal estarán en cabeza del representante legal designado por el órgano de dirección o asamblea general. Si se establece junta directiva los miembros de esta

podrán tener suplentes y la designación no será obligatorio hacerla teniendo en cuenta el cociente electoral, pues la ley faculta para establecer cualquier otro método en los estatutos, en los que también podrá estipularse libremente el funcionamiento de la junta directiva u órgano de administración interna.

El órgano de administración externa o representación legal podrá estar a cargo de una persona natural o jurídica, la que será designada según se establezca en los estatutos, pero en caso de estos guardar silencio al respecto, la designación corresponderá a la asamblea o al socio único.

1.3.9. Prohibiciones que podrán ser excluidas

En las SAS las prohibiciones que trae el Código de Comercio en sus artículos 155, 185, 202, 404, 435, y 454 no se aplicarán, salvo que en los estatutos sociales se disponga lo contrario. Esta es otra muestra de supresión de prohibiciones en este tipo de sociedades, pero dejando muy en claro el principio de la libertad contractual, en el sentido de permitir a las partes disponer como lo consideren pertinente en los temas a que se refieren las normas antes relacionadas, las que es bueno recordar tratan los siguientes aspectos:

Artículo 155.- Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión. Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores.

Artículo 185.- Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los

poderes que se les confieran. Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación.

Artículo 202.- En las sociedades por acciones ninguna persona podrá ser designada ni ejercer, en forma simultánea, un cargo directivo en más de cinco juntas, siempre que las hubiere aceptado. La Superintendencia de Sociedades sancionará con multa (...) la infracción a este artículo, sin perjuicio de declarar la vacancia de los cargos que excedieren el número antedicho. Lo dispuesto en este artículo se aplicará también cuando se trate de sociedades matrices y sus subordinadas, o de éstas entre sí.

Artículo 404.- Los administradores de la sociedad no podrán ni por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos excluido el solicitante. Los administradores que infrinjan esta prohibición serán sancionados con multas (...) que impondrá la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a petición de cualquier persona y, además, con pérdida del cargo.

Artículo 435.- No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia. Si se eligiera una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará la junta anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para nueva elección. Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contraviniera lo dispuesto en este artículo.

Artículo 454.- Si la suma de la reserva legal, estatutaria u ocasionales excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades líquidas que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155, se elevará al 70% (Presidencia de la República, Código de Comercio).

Es importante tener en cuenta que el hecho de levantar ciertas prohibiciones, así lo permita la ley, puede crear cuestionamientos de carácter moral. Es dable considerar como no debido el hecho de preparar y presentar unos estados financieros a la asamblea de accionistas, teniendo en ella la mayoría decisoria, y luego proceder a votar su aprobación, esto es parecido a elaborar un examen, resolverlo quien lo elaboró y ese mismo sujeto entrar a calificarlo. Lo que es permitido por una norma jurídica no necesariamente está de acuerdo con la moral.

1.3.10. Transformación, fusión y escisión

La Ley 1258 de 2008 trae normas que se refieren de modo específico a los fenómenos societarios de transformación, fusión y escisión, en tal sentido lo disponen los artículos 30, 31 y 33 de la citada ley. Es del caso anotar que los accionistas de las sociedades absorbidas o escindidas podrán recibir dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o cualquier otro activo, como única contraprestación en los procesos de fusión o escisión que adelanten las sociedades por acciones simplificadas. Cualquier sociedad podrá transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas, también la Sociedad por Acciones Simplificada podrá transformarse en uno cualquiera de los tipos societarios previstos en el Código de Comercio, caso en el cual se exige la unanimidad de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas; dicha unanimidad es requisito para aquellos casos en los que por virtud de un proceso de fusión o de escisión o mediante cualquier otro negocio jurídico, se proponga el tránsito de una Sociedad por Acciones Simplificada a otro tipo societario o viceversa.

En los casos en que una sociedad detente más del 90% de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante la determinación por el representante legal o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión, esto lo denomina el artículo 33 como fusión abreviada.

De otro lado, la Ley 1258 de 2008 en su artículo 32 dispone lo relacionado con la enajenación global de activos la cual en la Sociedad por Acciones Simplificada debe entenderse como aquella en que se proponga enajenar activos y pasivos que representen el 50% o más del patrimonio líquido de la compañía en la fecha de la enajenación. Esta operación dará lugar al ejercicio del derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en caso de desmejora patrimonial; la enajenación global de activos está sujeta a la inscripción en el registro mercantil. Como puede observarse, el derecho de retiro no está únicamente previsto para los eventos enunciados en la Ley 222 de 1995, artículo 12, sino que también podrá ejercerse en el caso de la enajenación global de activos, cuando se trata de Sociedades por Acciones Simplificadas.

1.3.11. Causales de disolución

Para la Sociedad por Acciones Simplificada hay enumeración de las causales de disolución en el artículo 34 de la Ley 1258 de 2008, el que a primera vista da la impresión de ser taxativo, lo cual no es cierto si se tiene en cuenta que afecta una causal adicional enunciada en el numeral 3 del artículo 218 del Código de Comercio, la cual tiene que ver con la reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su constitución o funcionamiento o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley; para el caso de las SAS el número mínimo de accionistas para las pluripersonales es dos, el máximo ilimitado, el mínimo y el máximo, cuando se trata de unipersonal, es uno.

Las causales relacionadas por el arriba aludido artículo 34, son las siguientes:

- 1) Por vencimiento del término previsto en los estatutos, si lo hubiere, a menos que fuere prorrogado mediante documento inscrito en el registro mercantil antes de su expiración.
- 2) Por imposibilidad de desarrollar las actividades previstas en su objeto social.
- 3) Por iniciación del trámite de liquidación judicial.
- 4) Por las causales previstas en los estatutos.
- 5) Por voluntad de los accionistas adoptada en asamblea o por decisión del accionista único.
- 6) Por orden de autoridad competente, y
- 7) Por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del 50% del capital suscrito.

1.3.12. Exclusión de accionistas

Es clara la Ley 1258 al establecer la exclusión de accionistas; al respecto, su artículo 39 afirma que los estatutos sociales podrán prever causales de exclusión de accionistas, en cuyo caso deberá cumplirse el procedimiento de reembolso previsto en los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995. La norma da a entender que puede establecerse un procedimiento diferente, pero de no ser ello así, la exclusión requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la reunión, sin contar el voto del accionista o accionistas que fueron objeto de la exclusión. Recuérdese que la exclusión también aparece prevista en el artículo 16, para los casos

de cambio de control, en los que la asamblea podrá ordenarla para las sociedades accionarias cuya situación de control fue modificada.

1.3.13. Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades e inspección, vigilancia y control

Están atribuidas a la Superintendencia de Sociedades funciones jurisdiccionales para lo previsto en los artículos 24, 40, 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008. Con esto se facilita en buena medida que los trámites procesales correspondientes puedan ser más ágiles que ante los jueces ordinarios, debido a la congestión tan frecuente en los despachos de los últimos; en la Superintendencia de Sociedades el trámite se lleva a cabo mediante proceso verbal sumario. La inspección, vigilancia y control de las sociedades por acciones simplificadas corresponde a la Superintendencia de Sociedades, así lo establece el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008.

1.3.14. Responsabilidad de los socios en las SAS

El artículo 1 de la Ley 1258 de 2008 resulta atractivo para los empresarios debido a que explícitamente delimita la responsabilidad de los socios frente a las obligaciones laborales y tributarias de la sociedad.

La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad (Congreso de la República, Ley 1258 de 2008, art. 1).

Como es común en todas las sociedades comerciales, una vez la sociedad se ha constituido legalmente bajo la modalidad de sociedad por acciones simplificada, surge la separación entre el patrimonio de los socios y el patrimonio de la sociedad; con esto se pretende la protección de los recursos del empresario, los cuales no están comprometidos en la nueva sociedad. La Ley 1258 de 2008, en su artículo primero, trata de manera explícita el tema de las obligaciones laborales y tributarias, expresando que el o los accionistas no serán responsables por estas obligaciones.

Ofreciendo mayores incentivos para la creación de empresa en el país surge este tipo societario, pues el empresario prefiere la flexibilidad e incurrir en menores obligaciones que las impuestas por las demás sociedades comerciales.

De conformidad con lo estipulado en el artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les son aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.

De esta manera, cuando una SAS incumpla alguna de las obligaciones que asumió, por ejemplo, por una escisión o lo haga la escidente respecto de obligaciones anteriores a la misma, las demás sociedades participantes responderán solidariamente por el cumplimiento de la respectiva obligación. En este caso, la responsabilidad se limitará a los activos netos que les

hubieren correspondido en el acuerdo de escisión. En caso de disolución de la sociedad escidente y sin perjuicio de lo dispuesto en materia tributaria, si alguno de los pasivos de la misma no fuere atribuido especialmente a alguna de las sociedades beneficiarias, éstas responderán solidariamente por la correspondiente obligación.

De igual manera, sin perjuicio de lo previsto en materia de responsabilidad de los socios colectivos, quienes ejerzan el derecho de retiro en los términos previstos en la ley, responderán en forma subsidiaria y hasta el monto de lo reembolsado, por las obligaciones sociales contraídas hasta la inscripción del retiro en el Registro Mercantil. Dicha responsabilidad cesará transcurrido un año desde la inscripción del retiro en el Registro Mercantil.

En cuanto a los administradores, éstos responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

2. CAPÍTULO 2: ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES EN COLOMBIA DURANTE LA ÚLTIMA DÉCADA

Cuando se crea o surge una persona jurídica, ésta contempla unos derechos y obligaciones, pero no se puede desconocer que para que este ente jurídico interactúe en la sociedad, será necesaria la intervención de otras personas, como son los accionistas, los socios, el representante legal, el administrador y el revisor fiscal. Las personas anteriormente descritas dadas sus competencias, funciones y actividades asignadas, deberán participar de las responsabilidades legales, laborales, económicas y tributarias de la persona jurídica, entendiendo que estas responsabilidades, en la mayoría de los casos, estarán delimitadas por las leyes comerciales y los estatutos de la misma sociedad.

2.1. LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS SEGÚN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

La Constitución Política de Colombia ha concebido y garantizado el derecho de libre asociación, es así como en su artículo 38 se garantiza este derecho para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, pero este derecho se ve limitado en la misma carta política cuando indica en su artículo 333:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que

implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 333).

La misma Constitución Política se encarga de delimitar ese derecho a la libre asociación con la figura de la responsabilidad, la cual no es otra que la responsabilidad social, que como veremos es obligación del Estado velar porque se cumplan estos postulados, y está en manos del propio Presidente de la República controlar y desarrollar mecanismos para hacer cumplir la Constitución, cuando establece en el artículo 189, en su numeral 24, que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

Destaca Prieto (2010) que es importante recordar que la constitución de una sociedad surge inicialmente del contrato de sociedad, un contrato que reúne todos los requisitos generales de cualquier contrato. El Código Civil Colombiano expresa claramente:

Para que una persona se obligue a otra por un pacto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) que sea legalmente capaz; 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito; 4º) que tenga una causa lícita (Congreso de Colombia. Código Civil, Art.1502).

Pero además de estos requisitos generales, el contrato de sociedad, es un contrato solemne, pues requiere de la observancia de ciertas formalidades.

El Código de Comercio regula específicamente lo atinente al contrato de sociedad en su artículo 101, informa sobre los requisitos de validez, los cuales son: Capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y causa lícita. Para la constitución y prueba de la sociedad comercial, el Código de Comercio exige la constitución por medio de escritura pública, la cual deberá ser registrada en la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio principal de la sociedad, de no cumplirse con los requisitos anteriormente mencionados, se estaría frente a una sociedad de hecho, en donde los socios responderán solidaria e ilimitadamente por las obligaciones de la empresa.

Todos estos requisitos enunciados son importantes puesto que la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (Presidencia de la República, Código de Comercio, art. 98). Es en ese momento cuando la persona jurídica comienza a ser sujeto de derechos y obligaciones. Este nuevo ente jurídico realizará las actividades para la cual fue creado según su documento de constitución, redactadas como objeto social, ésta será la capacidad de la persona jurídica. Expresa el artículo 99 de Código de Comercio: “Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad” (Presidencia de la República, Código de Comercio, art. 98).

Determinar el alcance y la capacidad de la persona jurídica es importante, toda vez que de esta delimitación se podrán inferir la responsabilidad, ya sea del ente jurídico, del representante legal o de los socios.

La amplitud y el alcance de la capacidad de toda persona jurídica depende de varios factores; como lo indica López & Cesano (2000), primero se tiene en cuenta el régimen jurídico de cada país, en segundo lugar el tipo de sociedad de que se trate y por último el alcance de los estatutos de la sociedad.

Una vez surge a la vida jurídica la sociedad, el capital que invierten los socios pasa a ser única y exclusivamente de la sociedad por la separación patrimonial que se debe efectuar por ser la sociedad una persona jurídica independiente a las personas o socios que la conforman.

Esta separación patrimonial también define las responsabilidades de la persona jurídica. La sociedad responderá por las obligaciones laborales, tributarias y de cualquier otra naturaleza con su patrimonio, el cual está integrado no solo por su capital social, sino también por las utilidades percibidas en el desarrollo de su objeto social, se vio anteriormente que en algunos casos como en las sociedades colectivas, los socios responden también con su propio patrimonio, ya que se está frente a una responsabilidad solidaria, pero en casos como el de las sociedades por acciones simplificadas aquí los socios manejan frente a las obligaciones de la sociedad una responsabilidad limitada, ya que solo responderán hasta el monto de los aportes efectuados.

2.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS Y SOCIOS EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES COLOMBIANAS

De acuerdo con las características de las sociedades comerciales existentes en Colombia, se puede observar el régimen de responsabilidad de los socios y accionistas en cada una de ellas; es importante anotar que la responsabilidad de los socios y accionistas está estipulada principalmente en el Código de Comercio, no obstante como se verá a continuación, existen algunas leyes laborales y tributarias que han definido responsabilidades a socios y accionistas.

Para iniciar, se dirá que el Código de Comercio establece que la responsabilidad de los socios comanditarios, de los socios de sociedades anónimas y socios de las sociedades de responsabilidad limitada, por las deudas sociales se concreta al monto de sus aportes y esto es lo que ha sido llamado el postulado de la limitación de responsabilidad. En los demás tipos societarios no es posible predicar esta misma limitación porque en ellos los socios y accionistas tienen un régimen de responsabilidad mayor, donde deben responder ilimitada, solidariamente y en forma subsidiaria con la sociedad por las deudas de ésta. Sin embargo, existen ciertas excepciones a este postulado de limitación de la responsabilidad relacionadas con las obligaciones laborales y tributarias a cargo de la sociedad.

El Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989), en su artículo 794, hace referencia a la responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad:

Artículo 794. Modificado por el art. 51, Ley 633 de 2000, Modificado por el art. 30, Ley 863 de 2003. Responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad. Los

socios, copartícipes, asociados, cooperados, accionistas y comuneros, responden solidariamente por los impuestos de la sociedad correspondientes a los años gravables 1987 y siguientes, a prorrata de sus aportes o acciones en la misma y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable.

Inciso Modificado por el art. 163, Ley 223 de 1995. Lo dispuesto en este Artículo no será aplicable a los accionistas de sociedades anónimas inscritas en la Bolsa de Valores, a los miembros de los fondos de empleados, a los miembros de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez y a los suscriptores de los fondos de inversión y de los fondos mutuos de inversión.

Parágrafo. Adicionado por el art. 108, Ley 488 de 1998. En el caso de cooperativas, la responsabilidad solidaria establecida en el presente artículo, sólo es predicable de los cooperadores que se hayan desempeñado como administradores o gestores de los negocios o actividades de la respectiva entidad cooperativa (Presidencia de la República, Estatuto Tributario, art. 794).

Esta situación desvirtúa en parte la razón de ser de aquellas sociedades en las cuales su principal motivo para su constitución es precisamente la responsabilidad.

La responsabilidad solidaria de los socios de una sociedad en materia impositiva, significa que estos tienen que responder con su patrimonio por los impuestos que la sociedad le adeude al Estado. En materia de impuestos, no existe la responsabilidad contemplada en el derecho comercial, según la cual, un socio responde hasta el monto de sus aportes. Este principio elemental no tiene validez alguna en relación con deudas tributarias. Quiere decir esto, que un socio debe responder con su patrimonio por los impuestos que la sociedad adeude a prorrata de su participación, sin importar que el valor adeudado que le corresponde supere el monto de su participación en la sociedad.

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto 2663 de 1950) en su artículo 36 y conjuntamente con la sentencia de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se

expresa que los socios de las sociedades de personas, concepto dentro del cual la jurisprudencia laboral ha incluido a la sociedad de responsabilidad limitada, responden por salarios y prestaciones sociales de todos los trabajadores de la sociedad.

Otro aspecto importante para ser analizado es que el Código de Comercio en su artículo 105, expresa que cuando hay nulidad por ilicitud del objeto o de la causa, no surge a la vida jurídica la sociedad, pues no hay contrato social, surge así una sociedad de hecho en la cual, la responsabilidad será ilimitada y solidaria, tanto por el pasivo externo como por los perjuicios causados.

Cuando se compruebe abuso del derecho por parte de alguno de los asociados y accionistas, estos como bien lo explica el artículo 830 de Código de Comercio, estarán obligados a indemnizar los perjuicios que se causen.

Por su parte el artículo 207 de la Ley 222 de 1995, independientemente del contenido del contrato social, hace responsables a los socios que incurran en violación de la ley por la comisión de actos de defraudación frente a terceros. Dispone la norma en cita:

Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad, La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario.

La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario (Congreso de la República, Ley 222 de 1995, art. 207).

Como se verá más adelante, estas mismas responsabilidades aplican para el ámbito de las Sociedades por Acciones Simplificadas.

2.3. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES COLOMBIANAS

De acuerdo con Ortega (2009), los administradores de las sociedades comerciales no son ajenos a las exigencias de responsabilidad, pues además de garantizar el buen ejercicio de su profesión, estos deberán estar atentos al cumplimiento de lo estipulado en los estatutos y en las leyes comerciales y sobre la profesión del administrador.

Se entiende por administradores de una sociedad, los miembros de las juntas directivas, representantes legales, liquidadores y factores, todos ellos hacen parte de la estructura organizacional.

Las funciones de los administradores están fijadas en los estatutos de cada sociedad; sin embargo, la ley colombiana establece ciertas obligaciones respecto de las juntas directivas y los representantes legales. A los administradores se les confía, dentro de una visión y en desarrollo de una misión, la función de planear, organizar, dirigir, y controlar la empresa de manera que cumpla con sus finalidades (Legis, 2015, p. 181).

Es precisamente por la confianza que depositan los socios en los administradores de la empresa, que ellos asumen unos compromisos y responsabilidades dentro de cualquier ente jurídico. El artículo 24 de la Ley 222 de 1995, indica lo siguiente:

Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador (Congreso de la República, Ley 222 de 1995, art. 24).

Así entonces, para que surja la responsabilidad del administrador deberán ser probados los siguientes elementos:

El hecho imputable al administrador y que consiste en el incumplimiento de una obligación.

- El hecho debe ser culposo
- La existencia de daño o perjuicio
- La relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño.

En cuanto al elemento de la culpa, se entenderá que existe o se presume cuando se presenta:

- Incumplimiento o extralimitación de funciones
- Violación de la Ley o los estatutos
- Cuando se hayan propuesto o ejecutado decisiones sobre distribución de utilidades en contravención al artículo 151 de Código de Comercio (Ortega, 2009, p. 61).

La ley prevé otros casos especiales en los cuales los administradores deberán responder, ejemplo de ello es el artículo 116, primer párrafo, del Código de Comercio, donde se establece que los administradores que realicen actos dispositivos sin que se haya hecho el registro en Cámara de Comercio de la escritura de constitución o, si hay aportes de inmuebles, el correspondiente registro en la oficina de registro de instrumentos públicos, responderán solidariamente ante los asociados y terceros de las operaciones que celebren o ejecuten por cuenta de la sociedad.

Tal como opera para los socios, en caso de nulidad de la sociedad por objeto o causa ilícitos, los administradores responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo externo y por los perjuicios causados (Cfr. art. 105 del Código de Comercio).

El Código de Comercio expone en sus artículos 192 y 193 que cuando se declara la nulidad de una decisión de la asamblea o de la junta de socios, los administradores deben tomar las medidas necesarias para que se cumpla la sentencia, pues de lo contrario su negligencia los hará responsables de los perjuicios que ocasionen y de indemnizar a la sociedad por el cumplimiento de las decisiones anuladas, con derecho a repetir contra los asociados que las aprobaron.

Como se puede analizar en los ejemplos de responsabilidad anteriormente mencionados, los administradores de las sociedades pese a las altas facultades que tienen y la poca subordinación que en ellos recae, son sujetos de control, y las leyes son claras en atribuirles responsabilidad cuando sus acciones así lo ameriten.

El administrar tiene como principal función, la toma de decisiones en un ente jurídico y estas decisiones pueden involucrar aspectos laborales, tributarios, ambientales, financieros, etc. (...) es por ello que el administrador deberá actuar con suficiente cautela, garantizando la óptima toma de decisiones y siguiendo los lineamientos de la sociedad de la cual hace parte (Ortega, 2009, p. 63).

La responsabilidad de los administradores no solamente es de carácter mercantil. Las leyes tributarias, laborales, inclusive la misma Ley penal, establece las sanciones a las que estará sometido un administrador en caso de incurrir en una falta.

2.4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS REVISORES FISCALES EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES COLOMBIANAS

Otra persona que también es llamada a responder por sus actuaciones dentro de una sociedad comercial es el revisor fiscal. Esta figura es un órgano de control, y está reglamentada por la Ley 43 de 1990 y por el Código de Comercio en sus artículos 203 a 217. Son estas normas las que señalan expresamente quienes están obligados a tener revisor fiscal.

El Código de Comercio en su artículo 203 establece quiénes deben tener revisor fiscal:

- 1) Las sociedades por acciones;
- 2) Las sucursales de compañías extranjeras, y
- 3) Las sociedades en las que, por ley o por los estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del veinte por ciento del capital (Presidencia de la República, Código de Comercio, art. 203).

De otra parte, la Ley 43 de 1990, en su artículo 13, parágrafo 2 contempla que:

Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos (Congreso de la República, Ley 43 de 1990, art. 13).

De igual modo, mediante la Ley 1474 de 2011, se realizaron algunas otras adiciones a la norma en materia de revisoría fiscal, las cuales, luego fueron modificadas por la Ley 1778 de 2016, en cuyo artículo 32 se estableció lo siguiente:

Artículo 32. Responsabilidad de los revisores fiscales. El artículo 7° de la Ley 1474 de 2011 quedará así:

Artículo 7°. Responsabilidad de los revisores fiscales. Adiciónese un numeral 5 al artículo 26 de la Ley 43 de 1990, el cual quedará así:

5. Los revisores fiscales tendrán la obligación de denunciar ante las autoridades penales, disciplinarias y administrativas, los actos de corrupción así como la presunta realización de un delito contra la administración pública, un delito contra el orden económico y social, o un delito contra el patrimonio económico que hubiere detectado en el ejercicio de su cargo. También deberán poner estos hechos en conocimiento de los órganos sociales y de la administración de la sociedad. Las denuncias correspondientes deberán presentarse dentro de los seis (6) meses siguientes al momento en que el revisor fiscal hubiere tenido conocimiento de los hechos. Para los efectos de este artículo, no será aplicable el régimen de secreto profesional que ampara a los revisores fiscales (Congreso de la República, Ley 1778 de 2016, art. 32).

Vale recalcar que en el caso de las empresas señaladas por el artículo 203 del Código de Comercio, estas están obligadas a tener revisor fiscal sin importar si cumplen o no los requisitos establecidos por la Ley 43 de 1990 y demás normas complementarias.

Entre las funciones del revisor fiscal, está la de cerciorarse que los actos y operaciones desarrolladas por la empresa, se ajusten a lo establecido por los estatutos y mandamientos de la asamblea general de accionistas y junta directiva, los que a su vez deben estar ajustados a la ley. Entre las funciones del revisor fiscal, está también verificar que la empresa cumpla con las obligaciones de ésta con las diferentes entidades del estado que las vigilan, lo que implica estar al tanto del cumplimiento de obligaciones formales y sustanciales en lo relativo a impuestos, el deber de reportar información que las entidades vigilantes soliciten, etc.

Si en una empresa se comenten irregularidades, es natural que el revisor fiscal tiene la obligación de tomar las medidas y diseñar los mecanismos que le permitan identificar dichas

irregularidades, por lo que en primer lugar el revisor es responsable de advertir tales anomalías, y en consecuencia será responsable si no implementa los mecanismos adecuados de control y vigilancia encaminados a detectar hechos y situaciones irregulares.

En cuanto a la responsabilidad de estas personas en la sociedad, es importante señalar que todo revisor fiscal deberá ser un Contador Público, en este sentido se debe explicar que al igual que los notarios, los contadores públicos dan fe pública en los documentos que ellos certifican, por ello la responsabilidad como lo veremos es de varias clases: social, civil, comercial, penal, y hasta moral.

Revisando los parámetros determinados por el artículo 211 del Código de Comercio, éste indica que el revisor fiscal deberá responder por los perjuicios que ocasione a la sociedad, a sus asociados o a terceros, por negligencia o dolo en el cumplimiento de sus funciones, además responderá penalmente, según el artículo 212 del mismo código, en el cual se expone que todo revisor fiscal que, a sabiendas, autorice balances con inexactitudes graves, o rinda a la asamblea o a la junta de socios informes con tales inexactitudes, incurrirá en las sanciones previstas en el Código Penal (Ley 599 de 2000) para la falsedad en documentos privados, más la interdicción temporal o definitiva para ejercer el cargo de revisor fiscal.

Como el revisor fiscal no tiene facultad para tomar decisiones y así cambiar las situaciones irregulares, lo que debe hacer es reportar, informar esas irregularidades acompañadas de posibles correctivos. Si las irregularidades no son informadas a quien corresponda, el revisor fiscal

seguirá siendo responsable por las irregularidades presentadas y las consecuencias en que estas puedan derivar.

Si el revisor fiscal quiere exonerarse de las responsabilidades por los actos irregulares por él detectados, además de informarlos, debe conservar la prueba de que ha reportado y que ha hecho todo lo posible para que la empresa tome los correctivos necesarios.

2.5. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ENTES JURÍDICOS, DE LOS SOCIOS Y DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES COLOMBIANAS

Los fallos constitucionales en materia de responsabilidad de los socios, accionistas y administradores de las sociedades comerciales en Colombia han sido un tema que ha generado polémica en el derecho privado, debido a que varias sentencias han asignado responsabilidad más allá del monto de sus aportes a los socios de las sociedades de capitales, inclusive se verá como a las sociedades de responsabilidad limitada, la Corte Constitucional ha dejado en entredicho esta clase de responsabilidad y frente a las obligaciones laborales y tributarias les ha asignado una responsabilidad solidaria.

Una vez la sociedad es constituida legalmente, ella cobra personalidad propia, lo que quiere decir, que las personas (socios o accionistas) que realizan los aportes, pasan a ser personas diferentes a la constituida, es así como lo explica el mismo Código de Comercio Colombiano. Cuando suceden casos como problemas para el pago de obligaciones laborales y la empresa ya

no cuenta con los recursos suficientes para liquidar estos dineros, los trabajadores han realizado varias demandas exigiendo que se consideren responsables los socios de estos entes jurídicos y en la mayoría de los casos la Corte Constitucional ha sobrepuesto el interés general, por el particular y ha dado prioridad a los derechos fundamentales como el salario y la seguridad social a la que tiene derecho todo trabajador.

Una de las sentencias que ha introducido la extensión de la responsabilidad en las sociedades anónimas es la Sentencia T-014 de 1999, en la cual la Corte Constitucional estableció que los accionistas de una sociedad anónima eran responsables por las obligaciones laborales dejadas de pagar por la compañía. Esto sucedió aún teniendo en cuenta lo estipulado por el Código de Comercio sobre sociedades anónimas, donde especifica que los accionistas solo son responsables hasta el monto de sus aportes. Esta sentencia es de vital importancia, puesto que contribuye a la creación de una doctrina probable, que determina la responsabilidad de los accionistas en las sociedades anónimas, tanto así, que todo inversionista que quiera conformar una sociedad de este tipo es conocedor de las responsabilidades que en materia laboral deberá afrontar en caso de ser requerido.

Otra de las sentencias o fallos emitidos por la Corte Constitucional en materia de responsabilidad de accionistas, fue la C-865 de 2004, en la cual se pronunció la Corte, apoyando el principio de separación patrimonial propios de las sociedades anónimas. Con esta sentencia se pudo evidenciar como la Corte se aparta de lo fallado en la Sentencia T-014 de 1999, pues es totalmente contrapuesta.

En esta sentencia es válido resaltar lo comentado por la Superintendencia de Sociedades, en cuanto a la importancia de la separación patrimonial como respuesta histórica a la integración de capitales para asumir riesgos que un peculio individual jamás estuviese dispuesto a desarrollar. En ese orden de ideas, afirma que todos los ordenamientos jurídicos reconocen una modalidad societaria distinta a las sociedades de personas, destinada a agrupar grandes sumas de capital, bajo la premisa indiscutible de limitar la responsabilidad de los socios al aporte realizado.

Por su parte, la Corte Constitucional, en la parte motiva de la sentencia, expone algunos planteamientos que es importante tenerlos en cuenta:

La limitación de riesgos a favor de los socios de las sociedades anónimas no puede considerarse un derecho absoluto, como no lo es, ninguno de los derechos personales o reales previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Es precisamente en su relatividad intrínseca, como producto de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demás o de impedir su desarrollo abusivo como medio de defraudación o engaño, o en últimas, en interés de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público, que el legislador permite interponer acciones contra los socios de dichas sociedades (...) (Corte Constitucional, 2004, C-865).

Se debe recordar en este aspecto, las mismas leyes creadas que en materia de responsabilidad fueron analizadas anteriormente, ejemplo de ello es la Ley 222 de 1995, independientemente del contenido del contrato social, hace responsables a los socios que incurran en violación de la ley por la comisión de actos de defraudación frente a terceros.

Es entonces la Sentencia C-865 de 2004 una nueva posición de la Corte Constitucional, en cuanto a la responsabilidad de los socios que participan en las sociedades de capitales, dado que reconoce la separación del patrimonio y determina como facultades propias del legislador

levantar la limitación de riesgo, siempre y cuando se presenten circunstancias especiales y específicas que ameriten dicha determinación. La Corte explica que la adopción de un modelo de responsabilidad, corresponde igualmente a la competencia de configuración normativa del legislador, bajo la exigencia de respetar los valores, principios y derechos previstos en la Constitución.

Por último, en la Sentencia C-865 de 2004, la Corte puso de manifiesto que la limitación de la responsabilidad es esencial para el sistema económico, entre otras razones porque permite la generación de empleo e incrementa las expectativas de recursos fiscales para el estado.

Como se indicó anteriormente, el Estatuto Tributario en su artículo 794, contempla la responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad. Muchos socios desconocen el alcance de esta norma, y se preocupan poco por la gestión tributaria de su empresa, ignorando el riesgo a que exponen su patrimonio personal ante la posibilidad de asumir la responsabilidad solidaria frente a los impuestos dejados de pagar por la sociedad. Esta norma fue demandada ante la Corte constitucional, quien mediante Sentencia C-210 del 2000 la declaró exequible.

A manera de ejemplo se puede apreciar lo expuesto por la Corte en la Sentencia C-621 de 2003, en lo que tiene que ver con la responsabilidad de los administradores, en ella se expresa que la renuncia presentada por estos funcionarios, no los libera de las responsabilidades propias de sus cargos, mientras no se registra una nueva designación.

Sobre la responsabilidad en materia ambiental, mediante la Sentencia C-320 de 1998 la Corte Constitucional acepta que se presentan dos tipos de responsabilidad, por un lado, la de la persona jurídica y, por otro, la de las personas naturales, sean estos empleados o socios gestores, en los casos de sociedades en comandita simple o por acciones. La Corte explica que las personas jurídicas son responsables, ya que ellas son las que se benefician de las actividades ilícitas que se realizan, por lo que, necesariamente deben responder.

Reyes (2008), propulsor de las Sociedades por Acciones Simplificadas, ha criticado en varias oportunidades las decisiones de la Corte Constitucional, pues según su criterio se ha desconocido el derecho privado y esto ha desencadenado una gran inseguridad jurídica en materia societaria. Es así como Reyes (2008) afirma que “en el campo específico de las sociedades anónimas, por ejemplo, el alto tribunal ha dejado sin piso en varias ocasiones el principio de limitación de responsabilidad, a pesar de tratarse de un postulado que se respeta universalmente” (p. 120).

La jurisprudencia, se ha manifestado como se pudo observar en párrafos anteriores, sobre la responsabilidad de las sociedades, la de sus socios y accionistas y la de sus administradores. Los fallos promovidos por la Corte en este campo han sido diversos, observándose varias vertientes, es decir, algunos fallos han reafirmado los derechos fundamentales de los trabajadores, obligando a los socios a responder por el pasivo laboral de la sociedad, aún con su propio patrimonio y una posición contrapuesta que avala la separación patrimonial entre la persona jurídica y sus asociados.

Vale la pena destacar lo que opina la Corte sobre el papel del legislador en materia comercial, y el apoyo que merece su labor para alcanzar los fines propuestos.

3. CAPÍTULO 3: ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN MATERIA SOCIETARIA

3.1. CONCEPTO DE DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA SOCIETARIA

La acelerada actividad comercial de los actuales tiempos ha llevado a que surjan modernas y novedosas instituciones en el orden legal, con las cuales se busca reprimir el desenfreno y la deshonestidad en la contendida competencia entre comerciantes por la conquista del mercado. Es sabido que el derecho comercial se basa en la reglamentación de las prácticas comerciales usuales entre comerciantes y se pretende, con dichas reglas, evitar el desborde de ciertas actuaciones y su adecuación a los cánones de la ética, por los cuales siempre debe estar orientada la actividad comercial.

Precisamente a aquella institución, en virtud de la cual se pretende moralizar la actividad que cumplen las sociedades comerciales cuando sus actuaciones exceden los campos de la honestidad e incurrir en actividades fraudulentas que causan daño al Estado o a terceros, se denomina “desestimación de la personalidad jurídica”, también llamada indistintamente “levantamiento del velo corporativo”, “penetración de la personalidad jurídica”, “allanamiento de la personalidad jurídica” o “Disregard of Legal Entity”.

La Superintendencia de Sociedades en Colombia precisamente mediante Auto 801-017366 del 10 de diciembre de 2012 realizó un análisis sobre los inicios de regulación y limitación al abuso de las sociedades de capital, y más específicamente del abuso de la personalidad jurídica, y al hacer un recuento de la historia de esta figura señaló que:

(...) el mayor uso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad trajo consigo un correlativo incremento en el abuso de esta figura. En lugar de proscribir su uso, se concluyó que, ante la importancia que revestía la sociedad de capital, era necesario desarrollar mecanismos de protección para hacerle frente a quienes se propusieran usarla de manera ilegítima.

Una primera aproximación al problema mencionado consistió en diseñar reglas que redujesen, ex ante, el riesgo de abuso de la figura societaria. Con base en esta postura, muchos países establecieron estrictos requisitos para la constitución de compañías de capital, incluidos los de escritura pública y capitalización mínima. Sin embargo, a partir de incontables estudios académicos, ha hecho carrera la tesis de que tales requisitos son insuficientes para evitar el abuso de esta forma asociativa (p. 3).

Más adelante continúa la Superintendencia de Sociedades (2012) diciendo que “(...) la fijación de estrictos requisitos de constitución es una manera ineficiente de mitigar el riesgo de abuso de la sociedad de capital” (p. 4). En cuanto a la desestimación de la personalidad jurídica la Superintendencia de Sociedades (2012) en el mencionado Auto señala:

Una solución más idónea para contrarrestar el abuso de la sociedad de capital consiste en introducir medidas de fiscalización judicial que permitan controvertir ex post las actuaciones indebidas de los empresarios. Esta alternativa tiene la ventaja de imponerle altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fue diseñada la aludida figura societaria. Así, por ejemplo, mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso (p. 5).

Si bien en la legislación colombiana existen diversos mecanismos de fiscalización judicial para evitar el abuso de personas jurídicas societarias, estas medidas de protección han encontrado su máxima expresión en la regulación de la sociedad por acciones

simplificada (...). Tras la promulgación de la Ley 1258 de 2008, se introdujo en nuestro ordenamiento ya mencionada sociedad por acciones simplificada. Una de las principales innovaciones de la citada ley consistió en simplificar los trámites requeridos para la constitución de este tipo societario. Así, pues, no sólo se suprimió la necesidad de contar con una escritura pública, sino que también se permitió la creación de sociedades unipersonales. Además, la Ley 1258 les confirió a los asociados una amplia libertad dispositiva. Los accionistas de una SAS pueden consagrar en los estatutos sociales todas aquellas cláusulas que consideren necesarias para regular sus relaciones intrasocietarias, sin que les resulten aplicables muchas de las normas imperativas previstas en el Código de Comercio para los demás tipos societarios (p. 10).

Como contrapartida de la simplificación de trámites y la amplia discreción atribuida a los asociados de las SAS, el legislador colombiano estableció un estricto régimen de protección de accionistas y de terceros (p. 11).

Por último, señala la Superintendencia de Sociedades (2012) que:

Entre las innumerables normas de derecho sustancial de la Ley SAS en las que se pretende hacer prevalecer el fondo sobre la forma, puede destacarse el artículo 27, que introduce el concepto de administrador de hecho, que extiende los deberes fiduciarios a cualquier persona que se inmiscuya en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad. En idéntico sentido, el artículo 42 del mismo estatuto predica la desestimación de la personalidad jurídica cuando la sociedad es utilizada como instrumento formal para incurrir en fraudes o abusos (p. 11).

En general, dice Velásquez (2016), dentro de la historia de las ideas jurídicas, la elaboración del concepto de desestimación de la personalidad jurídica ha sido ardua y el camino recorrido para crear la subjetividad de los entes colectivos o personas jurídicas ha sido largo y difícil. Por este camino han transitado juristas de distintas escuelas, como la histórica con el jurista alemán Friedrich Karl von Savigny, quien estimó la personalidad como una ficción; la escuela conceptual con el también jurista alemán Caspar Rudolf von Ihering; el sociologismo antijurídico con el jurista francés Pierre Marie Nicolas Léon Duguit, quien negó la personalidad; las teorías institucionales con el jurista y sociólogo francés Maurice Hauriou; y las normativas con el jurista y filósofo austriaco Hans Kelsen, todas ellas afirmando la realidad de la personalidad colectiva,

también llamada persona jurídica. Ello supone que estas personas jurídicas, similares al hombre en cuanto sujeto de derechos, tienen una capacidad y un patrimonio.

En todo caso, la institución de la desestimación de la personalidad jurídica nació en el sistema anglosajón o del Common Law; sin embargo, se puede catalogar como nueva dentro de las legislaciones latinoamericanas. Aunque en los últimos años ha tenido un gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial. En Colombia, por ejemplo, la desestimación de la personalidad jurídica fue consagrada por primera vez, de manera expresa, en la legislación laboral, específicamente en el artículo 194, el cual regula lo atinente a la figura denominada “unidad de empresa”, fenómeno mediante el cual se busca que los diversos trabajadores al servicio de un conjunto de empresas, unidas entre sí por vínculos de subordinación, o de coordinación, gocen de un mismo régimen prestacional, todo ello por cuanto el ordenamiento jurídico considera que se trata de empresas pertenecientes a una misma unidad de explotación económica, que se encuentran vinculadas entre sí por una situación de control económico, contractual o administrativo de las unas con respecto a las otras.

Es de anotar que esta norma fue derogada por el artículo 75 de la Ley 550 de 1999, pero la Corte Constitucional colombiana, por medio de la Sentencia C-1185 de 2000, la declaró inexecutable. También cabe recordar que después de la expedición de la Ley 1116 de 2006, a través de la cual se estableció el Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia, la Ley 550 sólo se aplica a las entidades territoriales, las descentralizadas del mismo orden y las universidades estatales del orden nacional o territorial de que trata la Ley 922 de 2004.

También la desestimación de la personalidad jurídica se utiliza en el campo del derecho tributario, específicamente en lo que tiene que ver con los pagos de tributos correspondientes a sociedades, de cuyo pago efectivo responden los socios, solidariamente, con la sociedad. Esto en las sociedades de responsabilidad limitada y sus asimiladas.

Finalmente, en la Sociedad por Acciones Simplificada, que es el eje central de este estudio, la desestimación de la personalidad jurídica se consagró de manera expresa en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, la desestimación de la personalidad, cuando se use la sociedad para defraudar la ley o en perjuicio de terceros.

3.2. HISTORIA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La desestimación de la personalidad jurídica, señala Velásquez (2016), aparece como aporte del gran esfuerzo realizado por el alemán Rolf Serick, quien trató diversos estudios jurisprudenciales haciendo aplicación en América del Norte de esta figura. Es este el primer estudio sistemático de la materia; sin embargo, con anterioridad el suizo Jean Vacheron ya había hablado del tema del abuso de la personalidad.

Rolf Serick expresó al respecto de la desestimación de la personalidad jurídica que:

Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata de burlar la ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceros (Scotti, 2006, p. 211).

En general, siguiendo con lo que plantea Velásquez (2016), la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica hace parte del derecho de las “Corporations” (sociedades anónimas), por oposición al derecho de las “Partnership” (asociaciones o sociedades colectivas), las cuales no requieren autorización previa, no tienen personalidad jurídica y simplemente constituyen un patrimonio autónomo.

Es de anotar que las “Corporations” son personas jurídicas y, por ende, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones; su patrimonio y personalidad son propios, distintos de los socios que las constituyen; por ello, en algunas ocasiones se ha abusado mediante estas de la personalidad jurídica. Dicho abuso, dice Joaquín Garrigues, citado por Mori y Torres (2013), es posible gracias al carácter instrumental que tiene la atribución de la personalidad jurídica como aparato técnico ofrecido por la ley, para el logro de finalidades lícitas que los individuos por sí solos no podrían conseguir, pero sucede que ese instrumento jurídico puede dar lugar a un uso indebido; cuando ello acontece y la ley permanece silenciosa, la jurisprudencia, principalmente la americana y la alemana, han reaccionado decretando el apartamiento de la persona jurídica para llegar hasta el fondo del asunto, es decir, para llegar hasta las personas individuales que se ocultan, precisamente, detrás del aparato técnico.

Hasta ahora se ha entendido que el beneficio derivado de la desestimación de la personalidad jurídica y su función económica se traduce en una forma de moralizar las prácticas o actividades mercantiles, realizadas por medio de sociedades, cuando dichas entidades se usan como un mecanismo para defraudar la ley, para incumplir las obligaciones contractuales, para eludir las

normas fiscales o como elusión de las normas sobre trámites sucesorales y, en general, para defraudar a terceros.

En principio la forma societaria escogida para cumplir estos propósitos desviados y dañinos fue la sociedad anónima, ya que esta forma societaria, al limitar la responsabilidad de los socios, se constituía en forma expedita para cumplir la finalidad dañina y consecencialmente obtener el provecho indebido sin que el patrimonio de los causantes se viera amenazado en forma alguna. Luego en Alemania, a partir 1906 aproximadamente, y con el nacimiento en este lugar de la sociedad de responsabilidad limitada, también se recurrió a esta forma societaria para alcanzar iguales fines. Ambas formas societarias se tienen como formas asociativas de capital y por ello el riesgo sólo va hasta subsumir el capital depositado y comprometido en la tarea económica encomendada, contrario a lo que ocurría en la “Compagnia”, en donde no existía, según Águila-Real (2016), una personalidad jurídica, sino simplemente un patrimonio afectado a la explotación de una determinada actividad.

3.3. LA DOCTRINA NORTEAMERICANA DEL DISREGARD

Dice Velásquez (2016) que la teoría del Disregard se le debe a Frederick Powell, abogado estadounidense, quien sostiene que una sociedad controlante debe responder por el pasivo de su subsidiaria insolvente, siempre que esta segunda haya sido una simple instrumentalidad de la primera. Sin embargo, anota el mencionado doctrinante que esta teoría posee un problema básico en el sistema norteamericano, el cual se basa en el carácter meramente pragmático y casuístico con que se ha tratado la figura en dicho ordenamiento, para lo cual sólo se han tenido en cuenta

normas de la equity (equidad) y en modo alguno supuestos o hipótesis previsivos de hechos o conductas dañinas preestablecidas por el legislador, lo cual hace que se torne difícil la sistematización de la mencionada teoría en el derecho del common law y, en consecuencia, su estudio para las personas que de alguna manera puedan resultar interesadas en su análisis, ya sea académico, doctrinario o jurisprudencial. Simplemente, no existen allí principios universalmente aceptados a partir de los cuales pueda predicarse, sin duda alguna, que se está ante un supuesto del cual vale indicarse la desestimación de la personalidad jurídica.

En Norteamérica, en algunas ocasiones, y motivados por la equidad, los jueces han hecho aplicación de la figura y han desestimado la personalidad jurídica de las sociedades cuando los mandatos de la ética y la corrección en los negocios así lo ameritan, pero sin que haya parámetros objetivos que permitan sistematizar los supuestos a partir de los cuales procede la aplicación de la institución.

Son tantas y tan variadas las formas de defraudar a terceros, al Estado, a la propia ley, que la jurisprudencia más bien ha dejado la teoría a la disposición, a la razonabilidad de los jueces de equidad en el ordenamiento jurídico anglosajón.

Con el fin de objetivizar estos supuestos o hipótesis y sustraerlos del mero capricho del juez de cada causa, señala Velásquez (2016), se han extraído varias hipótesis frente a las cuales debe proceder la desestimación de la personalidad jurídica societaria siempre que ocurra una de las conductas allí descritas. Tales hipótesis son las siguientes:

La controlante posee la totalidad o la mayor parte del capital de la subsidiaria.

La controlante y la subsidiaria tienen directores y funcionarios comunes.

La controlante financia a la subsidiaria.

La controlante suscribe la totalidad del capital social de la subsidiaria o realiza por otro medio su constitución.

El capital de la subsidiaria es manifiestamente inadecuado.

La controlante paga los salarios y otros gastos o pérdidas de la subsidiaria.

La subsidiaria no tiene actividades de importancia excepto con su controlante, ni otros activos que los que fueron transferidos por aquélla.

En la documentación de sus funcionarios, la subsidiaria es descrita como un departamento o división de la controlante, o su actividad o responsabilidad financiera, es referida a la de la controlante.

La controlante utiliza los bienes de la subsidiaria como si fueran propios.

Los directores y funcionarios de la subsidiaria no actúan con autonomía y en interés de ésta, sino que reciben instrucciones de la controlante en interés de esta última.

Los formalismos legales de la subsidiaria, con respecto a la matriz, no son observados (p. 704).

Pero no todas estas hipótesis o supuestos anteriormente señalados ameritarían la desestimación de la personalidad, pues el desarrollo de la actividad mercantil ha demostrado que cada día surgen nuevas y más sofisticadas formas de defraudar, por lo cual sería imposible catalogar las conductas constitutivas de hipótesis que acarrearían como consecuencia la desestimación de la personalidad jurídica societaria.

En todo caso, han señalado de Greiff et al. (1992), son tres las formas adoptadas por el ordenamiento americano en la aplicación de la doctrina del Disregard: la doctrina del caso Deep Rock, la consolidación procesal y la consolidación sustantiva.

Con la doctrina del caso Deep Rock se posterga hasta el último lugar el crédito suministrado por la accionista principal y controlante de una sociedad que actuó fraudulentamente, hasta tanto se cancelen los créditos de los demás acreedores; ello por cuanto el manejo financiero que la accionista mayoritaria había dado a la sociedad y a su capital, era inadecuado e inconveniente.

La consolidación procesal, por su parte, consiste en someter, en el curso de un procedimiento concursal, y como consecuencia del fraude y de los malos manejos, a todo un grupo de sociedades vinculadas con la sociedad insolvente, a una «administración conjunta» bajo la autoridad del juez del concurso.

Y la consolidación sustantiva resulta de los casos en que se extiende a otras sociedades la responsabilidad por el pasivo de alguna de ellas, formando así en sus patrimonios una masa común. En esta hipótesis se corre con el peligro de desconocer a los accionistas de esas sociedades que fueron ajenos a la sociedad controlante, cercenándole sus derechos; y de otro lado, no se tiene en consideración a los acreedores de las demás sociedades implicadas, que no necesariamente están en la posibilidad de conocer las sutiles conexiones accionarias, financieras, administrativas y de dirección entre ellas.

Dicen de Greiff et al. (1992) que la doctrina procesal ha criticado esta última forma de aplicar la doctrina del Disregard aduciendo que la opción de decisiones de consolidación en el concurso no satisface las exigencias constitucionales de un debido proceso, ya que estas personas son desmejoradas en sus derechos sin haber sido oídas, ni vencidas en juicio.

3.4. EL FRAUDE

De acuerdo con Polanía (2012), en la concepción americana sobre la institución de la desestimación de la personalidad jurídica es necesario, en cualquier caso, el fraude, la mala fe, es

decir, la presencia de cualquier hecho predestinado a engañar. Si no existe este elemento subjetivo, entonces no se tipifica la figura de la desestimación de la personalidad jurídica. La equidad en dicho ordenamiento jurídico, base sobre la cual se funda esta institución, exige en cualquier caso, para la procedencia de la figura, la existencia de este elemento. En el sistema anglosajón, el fraude comprende la teoría de la imprevisión, el abuso del derecho, la teoría del error, el fraude a la ley y el fraude pauliano.

Costantini (2016), señala que, por regla general, se requieren de los siguientes elementos para la estructuración del fraude:

1. Una falsa manifestación relativa a hechos, no siendo suficiente la simple emisión de opiniones o la ocultación maliciosa;
2. La falsa representación debe ser sobre hechos determinados;
3. El conocimiento de la falsedad del hecho manifestado;
4. No existe derecho a amparo si resulta obvio que el engaño se produjo como resultado de ignorar el perjudicado lo que cualquier persona normal hubiere debido entender o hubiera debido observar y prever (Costantini, 2016, p. 31).

Lo anterior significa que para que exista fraude es necesario, en cualquier caso, que haya mala fe por parte de quien lo origina.

Doctrinaria y jurisprudencialmente, expresa Velásquez (2016), tres son las formas de manifestación del fraude en cuanto al orden societario: las falsas manifestaciones, la presentación de lo falso como verdadero y el ocultamiento de lo que es verdadero.

Las falsas manifestaciones consisten en una actitud del demandado que por sí misma es apta para confundir al perjudicado en cuanto le indica algo diferente a la realidad y es idónea la

manifestación para moverlo a actuar de una manera determinada. En otras palabras, es una forma de inferir e inducir a un error. En esta hipótesis, según la equidad, aún las manifestaciones inocentemente efectuadas, como resultado de una conducta desaprensiva, si indujo a error, constituye fraude. Todo lo que debe acreditarse es que existió una falsa manifestación y que esa falsa manifestación indujo a error a una persona.

En la presentación de lo falso como verdadero existe una afirmación con conocimiento de su falsedad y con intención fraudulenta. También hay amparo en los casos de afirmaciones simplemente negligentes, emitidas sin el cuidado debido.

Y en el ocultamiento de lo que es verdadero los tribunales de equidad, en algunos casos, se han mostrado renuentes a admitir que la ocultación de la verdad, por sí misma, constituya fraude, exigiendo prácticamente en todos los casos que la persona a quien se le impute como defraudador haya tenido conocimiento del hecho cuyo acaecimiento haya omitido mencionar.

Según Velásquez (2016) existen dos clases de fraude en las sociedades comerciales: el fraude construido o tácito y el fraude actual o positivo.

El fraude construido surge de aquellos actos o contratos, los que a pesar de no tener origen en ningún designio maligno actual, o en el empeño en causar un efectivo fraude o perjuicio a otras personas, son, por tanto, por su tendencia a engañar o a crear equívocos a otras personas, o por burlar la confianza pública o privada, considerados tan e igualmente reprobables que el fraude actual.

El fraude construido es el inferido por la naturaleza y materia intrínseca del negocio que se intenta dejar de lado. Nos hallamos frente a una pura determinación judicial por la cual se adopta un mecanismo ambiguo para evitar el enriquecimiento indebido de una persona en perjuicio de otra, aun cuando no exista el menor indicio de la presencia de actos intencionales para ello. Consiste en cualquier acto de omisión contrario a las obligaciones legales y deberes de equidad, o en la violación a alguna relación de confianza depositada en la persona que realiza el acto que es el que resulta contrario a la buena conciencia y causa un perjuicio a otro. Esta teoría sólo se aplica en sede de equidad y resulta extraña a la jurisdicción del common law.

El fraude construido o tácito genera varias consecuencias que van desde la nulidad parcial, que mantiene como válido parte de lo actuado y considera nulo el resto, hasta la inoponibilidad del acto a terceros perjudicados, como en la acción pauliana o en la simulación.

El fraude actual o positivo, por su parte, hace referencia a aquella intención positiva de engañar mediante la realización de un acto o la afirmación u omisión de una conducta. Corresponde esta categoría a lo que en el derecho occidental se conoce como dolo, que vicia, por tanto, el consentimiento y que en el derecho norteamericano también genera la nulidad del acto.

En el derecho anglosajón, señala Velásquez (2016), cuando el fraude es actual, el acto queda viciado de nulidad, pues allí se estima que el fraude crea un error y el error es un vicio del consentimiento que genera la nulidad como sanción. Es necesario pues que, en su formación, el acto esté viciado por fraude para que surja la sanción como consecuencia jurídica. En el caso de

las sociedades que actúan fraudulentamente por manipulación de los socios, la sanción es la desestimación de la persona jurídica cuando el fraude fue positivo o actual.

Cuando el fraude fue construido o tácito, en el ordenamiento jurídico anglosajón se consagran otras sanciones menos drásticas que la anterior, que van desde la nulidad parcial del acto hasta la revocación o su inoponibilidad a los terceros perjudicados. De la actuación abusiva, servida de la personería jurídica de las sociedades, la jurisprudencia norteamericana ha deducido básicamente tres instituciones:

a. La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades y la consecuente imputación de la responsabilidad y de los perjuicios consecuenciales a los socios o accionistas responsables de la actuación abusiva.

b. La extensión del concordato y la liquidación obligatoria a los socios o accionistas que ejercieron el control desviado, como sanción por su actuación abusiva.

c. La postergación de los créditos, hasta el último lugar, de los socios o accionistas que abusaron de la personalidad de la sociedad concursada o en liquidación (Velásquez, 2016, p. 708).

3.5. LA TEORÍA DEL DISREGARD EN EL DERECHO ALEMÁN

La ley alemana de sociedades anónimas (AKG) de 1965, señala Embid (2010), es quizá más que una legislación de sociedades por acciones, convirtiéndose en una regulación estricta de los grupos de sociedades y de los posibles abusos y sanciones por el desvío en el ejercicio de la influencia dominante.

Básicamente en dicha ley se define el concepto de “empresa dependiente” como aquella sobre la cual otra empresa puede ejercer directa o indirectamente una influencia dominante, influencia

que se presume siempre que la mayoría de los votos de la primera empresa correspondan a la segunda. Quien tenga influencia dominante frente a una sociedad, es responsable por los daños que a ella pueda ocasionarle por la utilización intencional e indebida de esa influencia. Los funcionarios de la sociedad dominante también son responsables cuando hayan actuado con violación de sus deberes. Tales acciones pueden ser agitadas por los accionistas o por los acreedores de la sociedad dominada.

Ahora bien, la responsabilidad no se tipifica si entre ambas sociedades (empresa dependiente y empresa dominante) existe contrato de dominación o cualquier otro contrato relativo a la integración de empresas, casos en los cuales es perfectamente legítima esta influencia dominante aun cuando se haga en perjuicio de la sociedad o de sus accionistas, ya que en los propios contratos de dominación o integración se han preestablecido las retribuciones que la sociedad dominante debe a la dominada por el hecho de la subordinación.

La AKG de 1965, por su meticulosa reglamentación sobre dominación y subordinación de personas jurídicas y su consecuencial perjuicio para los accionistas y terceros, ha servido para fomentar y estimular la reglamentación en ese mismo campo en otros países, como por ejemplo Francia, en donde en 1967 se expidió una ley sobre grupos de sociedades. Tanto la ley de Alemania de 1965 como la de Francia de 1967 sobre grupos de sociedades, sirvieron de estímulo para que en Latinoamérica se expidieran normas que tuvieran esta misma finalidad.

3.6. LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS HISPANOAMERICANOS

Macagno (2015) señala que quizá uno de los primeros doctrinantes en hacer alusión a la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica fue Isaac Halperin, quien expresó que cuando la personalidad jurídica “se aparta, la ley y el juez deben prescindir de tal personalidad porque no puede emplearse con fines ilícitos, de engaño o de fraude” (Macagno, 2015, p. 6). Sin embargo, el principal promotor de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, especialmente en Argentina a partir de 1967 fue Héctor Masnatta.

Por su parte, de acuerdo con Richard (2009), Sergio Le Pera, italiano, también trata el tema con profundidad, al igual que lo hace Juan M. Dobson, argentino, éste último elaborando una doctrina que indiscutiblemente debe ser consultada por quienes buscan desentrañar los verdaderos límites de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica.

Para Juan M. Dobson, siguiendo con lo planteado por Richard (2009), la teoría de la desestimación jurídica en Argentina, por ejemplo, se aplica bajo las siguientes modalidades:

a. Desestimación propiamente dicha o absoluta: se presenta en el evento en que se desconozca precisamente la cualidad de ente jurídico, para establecer una simple reunión o comunidad de personas.

b. Desestimación limitada o parcial: en esta hipótesis, la persona jurídica, como sujeto autónomo de derecho, subsiste frente a todo el mundo, pero se hace inoponible frente a un acreedor determinado, por circunstancias precisas.

c. Casos de extensión del concordato y la liquidación obligatoria, en virtud de supuestos específicos que consagra la ley de concursos argentina.

d. Casos en los que se hace extensiva la responsabilidad de la sociedad por una deuda fiscal, a un socio amparado por la responsabilidad limitada o a un tercero no socio (p. 2).

3.7. LAS DOCTRINAS DEL ESTOPPEL, DISREGARD Y DE LOS PROPIOS ACTOS

Para Bernal (2010), las doctrinas del Estoppel, Disregard y de los propios actos poseen, cada una, unas similitudes y también unas diferencias. La doctrina del Estoppel, por ejemplo, tiene por finalidad impedir la inclusión de pruebas en un proceso que vengán a contradecir una afirmación o una negación anterior de la persona que agita la pretensión. Se trata de una regla procesal negativa según la cual una persona se verá impedida (Estopped) para negar o afirmar un hecho, por cuanto anteriormente había afirmado o negado otro, contrario al que, ahora, pretende hacer valer.

El origen del vocablo Estopped se encuentra en la voz francesa estoupe, que significa “detener”. Esta figura procesal procede en juicio por vía de excepción y coloca al excepcionante en posibilidad de impedir la demostración de los hechos que sirven de fundamento a la pretensión, por cuanto el accionante, con anterioridad al proceso, actuó o afirmó en contra de lo que, ahora, actúa o afirma en el proceso. Por ejemplo: un marido se enteró de que su esposa falsificaba en sus cheques su firma y no hizo la pertinente denuncia penal, ni notificó al banco. Posteriormente no puede alegar la falsificación de su firma frente al banco, ni frente a terceros. Es una regla procesal que tiene efectos sustantivos de innegable alcance es una aplicación del antiguo principio romano *Nemo auditur quid propiam turpitudinem allegans* (Nadie puede alegar a su favor su propia culpa).

La aplicación de esta figura se ha convertido en el soporte procesal de la denominada en Colombia “representación aparente”. Así, el socio aparente no puede afirmar la existencia de la sociedad para evadir la acción de los acreedores sociales.

3.7.1. Estoppel y Disregard

Siguiendo con lo que establece Bernal (2010), las figuras del Estoppel y Disregard actúan en los estrados judiciales conjuntamente, es decir, la vía que conduce al Disregard en las actuaciones judiciales es necesariamente el Estoppel. Así, dos sociedades anónimas que tienen personalidad distinta y separada se verán impedidas de afirmar esa separación si por sus conductas anteriores y por sus palabras, han afirmado la existencia de esa unidad de empresa. De la misma manera se ha procedido cuando existen directores o empleados interrelacionados, o su actividad económica se realiza en conjunto en forma tan inextricable o imbricada, que sería sumamente difícil separar sus actuaciones. Esta apariencia de unidad ha llevado al público a la creencia errónea, pero generalizada, de que se trata de una misma sociedad. Las sociedades que así actuaron quedan obligadas por esa apariencia creada con anterioridad (estoppel), desechándose, en consecuencia, sus personalidades jurídicas (disregard).

3.7.2. Doctrina de los propios actos

Dice también Bernal (2010) que la continua búsqueda de la doctrina argentina condujo a algunos autores de este país a la construcción de la figura de “los propios actos”, la cual

actualmente goza de prestigio y acogida por la propia Corte Suprema de esta nación, y que frecuentemente es aplicada por otros tribunales inferiores del país.

En suma, la doctrina sostiene que nadie puede alegar un derecho que vaya contra sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*).

Este principio, introducido en el ordenamiento jurídico argentino, hace que se desestimen las pretensiones aducidas en la demanda que sean contradictorias respecto de conductas anteriores de quien promueve la pretensión. Su mérito en la doctrina sólo opera en los procesos jurisdiccionales, con el fin de que se desestime la pretensión contraria a una actuación anterior.

El aspecto tutelado en la norma es la coherencia de la conducta externa y la protección de los terceros que actuaron sobre la base de una conducta determinada, externa y aparente.

La incoherencia crea inseguridad jurídica y ofende la buena fe comercial, que es el motor básico de los usos y costumbres mercantiles, usos que se basan en la reiteración de una misma conducta que, por esa misma repetición, crea conciencia de obligatoriedad y sirve de fundamento para que sea tomada como obligatoria por los terceros que observan esa conducta reiterada.

Sin embargo, no basta para que se tipifique la excepción que la conducta actual sea contraria a una conducta anterior; es necesario, adicionalmente, que la conducta anterior sea jurídicamente válida. Así, los actos simulados y los actos nulos, por cualquier causa, escapan a la contradicción. Los actos contradictorios, ambos, deben ser lícitos y permitidos.

En suma, la consecuencia de la teoría de los propios actos reside en que el acto jurídico nuevo y contradictorio con el anterior se hace inoponible a terceros.

4. CAPÍTULO 4: RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS FRENTE A LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS ENTRE LOS AÑOS 2008 A 2018

4.1. LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

De acuerdo con Velásquez (2016), el traslado de la figura del Disregard, que surgió en el contexto de un derecho basado esencialmente en la costumbre, a un ordenamiento dogmático positivo como el colombiano, encuentra su origen en el sistema anglosajón, el cual a su vez genera la solución a los conflictos que se presentan con base en principios prácticos y de manera casual, en cada caso. Por el contrario, los ordenamientos jurídicos positivos siempre que ofrecen una solución recurren primeramente a razones lógicas, académicas y dogmáticas que justifiquen la solución planteada.

Según el artículo 98 del Código de Comercio, “la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados” (Presidencia de la República, Código de Comercio, art. 98). Esta definición es fundamental en este estudio, ya que la personalidad jurídica de las sociedades y la limitación a la responsabilidad de los socios, es un atributo otorgado por la propia ley sólo a las sociedades legalmente constituidas.

Así, de acuerdo con el artículo 501 del Código de Comercio, las sociedades que no sean constituidas legalmente, devienen en sociedades de hecho y no gozan de la personería jurídica otorgada por la ley, a título de sanción, por la omisión en que se ha incurrido, no hay velo que descorrer, no hay persona, tampoco hay limitación en la responsabilidad. Estos dos instrumentos o mecanismos jurídicos que actúan como aparato técnico ofrecido por la ley para el logro de finalidades lícitas que los socios individualmente no pueden o no desean conseguir, pueden dar lugar a un mal uso del instrumento legal.

Al respecto, señala Velásquez (2016):

Cuando tal abuso ocurre, es necesario recurrir al apartamiento de la personalidad jurídica o de la responsabilidad limitada, para llegar directamente a la persona del socio y a la responsabilidad personal e ilimitada del mismo, salvando la estructura legal creada, pero inadmitiendo los ilícitos cometidos por intermedio o mediante el uso ilícito del beneficio, sin afectar, por vía general, las reglas generales de la personalidad jurídica y de la limitación de la personalidad (p. 714).

Actualmente, según agrega Velásquez (2016), es innegable la existencia de grupos económicos integrados por sociedades subordinadas y por una sociedad matriz que interviene en forma directa y determinante en las decisiones de las sociedades subordinadas, sin que pueda desconocerse, por parte del legislador, la existencia de esta realidad. En tales grupos de sociedades, en mayor grado en los de subordinación, existe, como su nombre lo dice, dependencia de unas sociedades con respecto de otras, las cuales tienen, por decirlo así el control de la sociedad subordinada. Este control se ejerce algunas veces directamente, pero en la mayoría de los casos se hace por intermedio de sociedades filiales o simplemente subordinadas.

Esta subordinación facilita el hecho de que se incurra en excesos y abusos por parte de la sociedad dominante, en contra no sólo de la sociedad dominada, sino, además, en contra de sus acreedores y de los propios socios minoritarios de la sociedad dominada, que se ven expuestos a que su deudor, o sociedad de la cual son socios, deba cumplir órdenes e instrucciones impartidas por una sociedad dominante, que no es su acreedora, ni de la cual ellos son socios.

Con el fin de controlar estos grupos de intereses económicos y darle transparencia a las actuaciones así cumplidas, se viene abriendo paso desde el siglo pasado, a la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica o disregard. De acuerdo con Gaviria (2013), esta es una figura completamente novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano, lo cual no es completamente cierto por cuanto existen instituciones nacidas en el propio Código Civil de 1887 y en el Código de Comercio, que garantizan soluciones idénticas a las ofrecidas por esta institución.

4.2. EFECTOS DEL DISREGARD O DESESTIMACIÓN EN LAS SOCIEDADES

4.2.1. Validez del contrato de sociedad

El contrato de sociedad, como todo contrato, requiere de algunos requisitos generales y de otros especiales, así: “objeto y causa lícitos, capacidad de los socios, consentimiento exento de vicios, escritura pública, pluralidad de socios, aportes en dinero, especie o trabajo, animus societatis, y distribución de utilidades” (Hundskopf, 2014, p. 81).

La falta absoluta de algunos de estos elementos, según Hundskopf (2014), genera inexistencia del contrato. La ilegalidad de otros elementos genera nulidad absoluta, y los vicios e incapacidades, en otros casos, generan nulidad relativa.

El Código de Comercio consagró las figuras de la nulidad individual y de la nulidad parcial. Según la primera sanción, el vicio que afecte a uno de los socios (en tratándose del contrato de sociedad), no acarrea la nulidad de todo el negocio, a menos que su participación, según las circunstancias, sea esencial para la consecución del fin previsto (Presidencia de la República, Código de Comercio, art. 903).

Es necesario distinguir, en el contrato de sociedad, entre el objeto de la obligación de cada asociado, y el objeto del contrato de sociedad que consiste en la formación de una compañía de determinado tipo, y que es distinto, igualmente, del objeto de la sociedad, esto es, del conjunto de actividades principales que desarrollará la compañía. Así entonces, cuando la inexistencia, ineficacia, nulidad absoluta, nulidad relativa, nulidad individual afecten el vínculo de uno o algunos de los socios sin que ello impida la formación o existencia de la sociedad, sólo se afecta el vínculo de tales socios. Sobrevive a esta anomalía el contrato de sociedad, con lo cual subsiste la persona jurídica y el límite en la responsabilidad para los otros socios, si tal límite existe en la forma societaria adoptada.

Por el contrario, si la anomalía, cualquiera que ella sea, afecta la existencia o la validez misma de la sociedad como tal, ésta deviene en nula o en inexistente y la consecuencia en ambos casos es el levantamiento del velo de la personalidad jurídica, la cual desaparece en forma definitiva, y consecuentemente aparece la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de cada uno de los socios (arts. 104, 108, 498, 501 y 899 del C. de Co.) (Velásquez, 2016, p. 716).

En síntesis, la sociedad una vez constituida, debe tener, en abstracto, un objeto lícito, lo cual se garantiza en parte para las sociedades comerciales y algunas civiles, con el estudio y control de legalidad que ejercen las propias cámaras de comercio, al momento de su inscripción allí.

Es usual recurrir a la constitución de sociedades con la finalidad de utilizarlas en actuaciones fraudulentas en contra de terceros, del Estado, o para evadir responsabilidades contractuales o simplemente para utilizar el beneficio de la responsabilidad limitada en las actuaciones comerciales. En algunos de estos casos la causa de la sociedad sería ilícita y el juez podría desestimar la persona jurídica de la sociedad decretando su nulidad y responsabilizando a los socios o accionistas solidariamente y en forma ilimitada, según se expuso.

Estrictamente, en ninguno de los supuestos anteriores estamos frente a la hipótesis objeto de nuestro análisis, esto es, la desestimación de la personería jurídica societaria, por cuanto, por norma general, no se pretende con esta institución la disolución y liquidación de la sociedad en forma definitiva, sino que, por el contrario, se trata de desestimar la personalidad jurídica o la limitación a la responsabilidad, para un caso, por vía de excepción, cuando el acto fue abusivo, sobreviviendo la personalidad jurídica o la limitación a la responsabilidad a la desestimación ocasional que de ella se haga.

4.2.2. Desestimación de la personalidad jurídica por el no pago de aportes y por no anunciarse como sociedad limitada

El Código de Comercio, en su artículo 355, establece lo siguiente:

Artículo 355. Sanciones por el no pago del total de los aportes en la sociedad de responsabilidad limitada. Cuando se compruebe que los aportes no han sido pagados íntegramente, la Superintendencia deberá exigir, bajo apremio de multas hasta de cincuenta mil pesos (hoy hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales), que tales aportes se cubran u ordenar la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que la responsabilidad de

los socios se deduzca como en la sociedad colectiva. Paréntesis fuera de texto. (Presidencia de la República, Código de Comercio, art. 355).

Esta norma regula el evento en que no se cancelen los aportes en el momento de la constitución de sociedades de responsabilidad limitada y se establece como supuesto, que el no pago de los aportes, previo requerimiento de la Superintendencia de Sociedades, acarrea la desestimación, definitiva, de la personalidad jurídica y se deduce para los socios, responsabilidad personal, solidaria e ilimitada, como en las sociedades colectivas. Este artículo no es más que una aplicación por vía casuística de la norma general, según la cual, los aportes son elemento esencial para la existencia del contrato de sociedad, evento que habíamos analizado al hablar de la validez del contrato de sociedad ante la falta de algunos de sus elementos, al momento de su constitución.

De otro lado, el art. 357 del Código de Comercio consagra otro evento en el que los socios de la sociedad de responsabilidad limitada pueden ver comprometido su propio patrimonio, el cual ocurre cuando no se incluye la palabra limitada o su abreviatura «Ltda.» en su razón o denominación social. Tal vez sea algo drástica la sanción para la omisión de un requisito que en principio podría verse como de poca importancia, pero en realidad, la medida se justifica, pues el legislador debe velar por la transparencia en el tráfico de los negocios, por lo que, conocer el alcance de la responsabilidad de la persona con la que se contrata constituye información vital en la vida de los negocios. Esta misma disposición también podría acarrear sanciones para las Sociedades por Acciones Simplificadas que no incluyan dentro de su denominación la sigla S.A.S.

4.2.3. Desestimación de la personalidad jurídica por posesión de partes de interés, cuotas o acciones en la sociedad dominante

Modificado por el artículo 32 de la Ley 222 de 1995, el artículo 262 del Código de Comercio señala que “las sociedades subordinadas no podrán tener, a ningún título, partes de interés, o cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen” (Presidencia de la República, Código de Comercio, art. 262); por su parte, el artículo 265 de dicho código (subrogado por el artículo 31 de la Ley 222 de 1995), establece lo siguiente:

Artículo 265. Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo consideran necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes (Presidencia de la República, Código de Comercio, art. 265).

Destaca Velásquez (2016) que resulta importante al hablar de los grupos de sociedades, tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 842 del Código de Comercio que habla del mandato aparente, o teoría de la apariencia, y según la cual si se hace creer que alguien tiene la capacidad legal para obligar a un tercero, sin tenerla, debe responder por dicha representación inexistente. En efecto, si se presenta una imbricación tal entre la sociedad matriz y sus filiales o subsidiarias, de manera que no solamente aquélla tiene en su capital participación de éstas, sino que además, éstas tienen participación en el capital de la matriz, nos encontramos ante una unidad de empresa o un grupo “inter sociedades”, que deviene en una sociedad de hecho, formada por sociedades que están vinculadas entre sí por sus participaciones recíprocas en el capital. El Código Civil,

con su clásico concepto, y el Código de Comercio, con su moderno concepto de sociedad de hecho, hacen que sea inexorable la tipificación de la figura entre las sociedades que se imbrican en la forma expuesta. Sano es reconocerlo y necesario es decirlo. Los grupos de sociedades tienen en las sociedades subordinadas, participación económica, financiera o administrativa, unas veces en forma clara y directa, otras veces, la participación se presenta por intermedio o con el concurso de otra u otras sociedades que sólo son subordinadas de la matriz.

La prueba en estos casos es sumamente amplia, puesto que son admisibles todos los medios reconocidos para el efecto por la ley, y los socios de la sociedad de hecho responden, como es sabido, en forma solidaria, personal e ilimitada (arts. 498 y 501 C. de Co.).

Es decir, según el predicado de la institución objeto de análisis, en los casos de grupos de sociedades las sociedades implicadas responden por las obligaciones de todas en forma única por cuanto se desestima la personalidad jurídica de las sociedades constituyentes del grupo y su patrimonio forma una masa común que sirve de prenda general a los acreedores de todas ellas.

Esta solución, sin embargo, puede afectar negativamente, sin haber sido oídos y vencidos en juicio, a los acreedores de las sociedades solventes que conforman el grupo económico. Por esta razón fundamental se ha criticado la teoría de la apariencia y su consecuencia, la sociedad de hecho, para los grupos de sociedades.

Ahora, frente al nuevo texto del artículo 265 del C.de Co., subrogado por el artículo 31 de la Ley 222 de 1995, hay duda sobre si será la propia superintendencia, como organismo de control,

la que pueda decretar el desconocimiento de la persona societaria de las sociedades intervinientes subordinadas y su sociedad matriz, o si por el contrario, se requiere de un largo y penoso proceso judicial para que se decrete la mencionada sanción de la unidad patrimonial y la responsabilidad solidaria e ilimitada, con la consecuente desestimación de la personalidad jurídica.

Frente a lo anterior, vale decir que la norma atribuye esta facultad a la superintendencia en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

4.2.4. Responsabilidad por el pago de impuestos

La teoría de la desestimación de la personalidad jurídica ha venido tomando mayor fuerza en Colombia, por cuanto ya no sólo se deduce de la aplicación de los principios generales del derecho sino que, a partir del año 1989, se consagra tácitamente como institución normativa en los artículos 793 y 794, este último modificado por el inciso final del párrafo 2 del artículo 51 de la Ley 633 de 2000 y 795 del Estatuto Tributario. La consecuencia de la aplicación de estos artículos es la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad insolvente y la responsabilidad solidaria de los socios, en proporción a su participación en el capital social, por los impuestos dejados de pagar por la sociedad correspondientes a los años gravables 1987 y siguientes.

Se exceptúa de tal desestimación de la personalidad los accionistas de las sociedades anónimas y sus asimiladas, los fondos de empleados, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los fondos de inversión y los fondos mutuos de inversión. De lo dicho se colige que la

desestimación de la personalidad jurídica es una realidad del derecho positivo colombiano. En ello se adelantó el Estado a los avances doctrinarios y jurisprudenciales con el fin de no perder sus tributos.

4.2.5. La unidad de empresa en el derecho laboral

La ley 50 de 1990 contentiva de reformas al Código Sustantivo del Trabajo, introdujo modificaciones al antiguo artículo 194, que a su vez había sido modificado por el artículo 15 del decreto 2351 de 1965, en el cual, desde aquella época, se desestimaba la personalidad jurídica societaria de las distintas personas pertenecientes a una unidad de explotación económica, cuando entre ellas existía control económico, financiero o administrativo, y realizaban procesos afines, conexos, o complementarios y con el único fin que los trabajadores de todas estas sociedades subordinadas, pudieran tener acceso al régimen prestacional más benéfico que existiera en cualquiera de ellas.

Destaca Velásquez (2016) que es este otro caso de desestimación de la personalidad jurídica societaria consagrado con el único fin de beneficiar a la clase trabajadora, cuando las varias empresas que conforman la misma unidad productiva, resquebrajan esta unidad, prevaliéndose de la constitución de una o varias sociedades que atiendan el mismo proceso industrial para evitar, con la constitución de estas sociedades, que sus trabajadores se beneficien laboralmente.

Con la unidad de empresa se evita que existan regímenes prestacionales diferentes para trabajadores que laboran al servicio de una misma unidad de explotación económica y que están dedicados a procesos productivos conexos o complementarios.

4.2.6. Desestimación por pago de salarios y prestaciones sociales

En el campo laboral, los socios de las sociedades de personas responden por los salarios y prestaciones sociales de todos los trabajadores de la sociedad (artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo).

Para la Corte Suprema de Justicia, según referencia de Velásquez (2016), la sociedad de responsabilidad limitada hace parte de las sociedades de personas, así lo dispuso en sentencia de noviembre 29 de 1957, donde estableció que: en el sistema comercial colombiano, las sociedades de responsabilidad limitada ostentan predominantemente tratamiento de sociedades de personas. Y en pronunciamiento un poco más reciente, reiteró su posición en los siguientes términos:

Resulta Forzoso concluir que si al expedirse las normas que dieron origen al Código Sustantivo del Trabajo se consagró la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales entre las sociedades de personas y sus miembros, comprendiéndose en su momento dentro de estas sociedades de personas a las sociedades de responsabilidad limitada, la sola circunstancia de que mercantilmente su régimen supletorio ya no sea el de las sociedades colectivas sino el de las anónimas, no significa que se haya eliminado la protección que la ley laboral otorgó al trabajador (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de noviembre 26 de 1992).

4.3. IMPLICACIONES DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

En la Sociedad por Acciones Simplificada desarrollada a través de la Ley 1258 de 2008, expresamente se consagró la desestimación de la personalidad jurídica en el art. 42, en aquellos casos en los que se utilice la sociedad para defraudar a la ley o a terceros, haciendo responsable solidariamente por los perjuicios causados tanto a los accionistas involucrados en el fraude, como a los administradores que hayan participado.

Además, la misma norma establece que será competente la Supersociedades para conocer de los procesos de nulidad absoluta de los actos defraudatorios, obviamente aunque la ley no lo diga, por adolecer de objeto ilícito.

Pero no ha sido solo la ley la encargada de desarrollar esta figura. La jurisprudencia también se ha ocupado del tema y en diferentes pronunciamientos ha definido el alcance de la separación patrimonial de los socios y la sociedad, así como sus limitaciones.

Al respecto, el Consejo de Estado mediante sentencia del 19 de agosto de 1999, analizó una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo por el cual un municipio adjudicó un contrato para la construcción de una carretera. Entre las varias razones que motivaron la demanda, alegó el actor que el municipio no podía sumarle al contratista persona natural una multa por incumplimiento de un contrato, pues no fue a él al que se le

impuso, sino a la sociedad de la cual hacía parte. Por tanto, al ser la sociedad una persona jurídica diferente de sus socios, dicha sanción no podía perseguirlos a éstos.

Aunque las pretensiones de la demanda fueron desestimadas por otros cargos, el Consejo de Estado aprovechó la oportunidad para referirse al tema de las sanciones a las personas jurídicas y las consecuencias para sus socios:

Pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella (...).

Es así como la doctrina ha elaborado la teoría del levantamiento del velo de la sociedad o *lifting the veil*, conocida también en el derecho anglosajón como *disregard of legal entity*, que son medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindirse de tal persona y, tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de agosto de 1999).

Y sobre el caso concreto establece:

Tal y como se plantea la cuestión, se tiene a una persona natural, esto es al demandante ofreciendo servicios similares a los que ofrecía la sociedad que se sancionó por el incumplimiento en otro contrato, de la cual era socio y además prestaba su fuerza laboral, toda vez que fue el residente la obra objeto del mismo, razón por la cual se deduce que participaba en la gestión de la sociedad y que por ello resulta forzoso concluir que cuando un socio involucra a las actividades de la sociedad la suya propia como persona natural y son sus actos humanos los que se traslucen en el quehacer del ente societario, la responsabilidad resulte indivisible (...).

No otra respuesta tendría la contratación individual que pretendió celebrar el demandante, pues si la sociedad de la cual era socio se encontraba sancionada por incumplimiento en contratos anteriores y no había impedimento legal para que él lo hiciera

como persona natural no dejaba de ser un esguince a la ley buscar la contratación con el Estado de esta manera (Consejo de Estado, Sentencia del 19 de agosto de 1999).

A pesar de no ser un análisis muy profundo de la figura, si permite concluir que la jurisprudencia colombiana la conoce y le da aplicación. Sin embargo, es importante resaltar la importancia de la utilización de la desestimación de la personalidad jurídica en estos casos en los que está comprometida la moralidad y la transparencia de la administración pública, especialmente de los procesos de contratación, que han dado tanto de que hablar en nuestro país, por lo que se hace necesario recurrir a cualquier medio con tal de garantizar el cumplimiento de la ley y evitar los posibles esguinces.

También es necesario examinar la posición de la Corte Suprema de Justicia, la cual parece no ser muy uniforme. Las controversias en esta Corporación han girado principalmente en torno a la responsabilidad de los socios de las sociedades, respecto de las obligaciones laborales, teniendo en cuenta que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo limita la responsabilidad de los socios a las sociedades de personas.

Pues bien, el primer pronunciamiento se encuentra en las Sentencias de casación del 9 de abril de 1960 y del 28 de marzo de 1969, citadas por la Corte Constitucional en la Sentencia T-014 de 1999. La posición de la Corte Suprema se resume en los siguientes párrafos:

Al respecto no vale el argumento de que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, al contemplar solo la responsabilidad solidaria de las sociedades de personas con sus miembros y de estos entre sí, excluye las de capital, puesto que si se creyó conveniente regular de manera especial en dicho estatuto tal aspecto de la responsabilidad, no fue con el ánimo de exonerar de la que incumbe a las sociedades anónimas, casi siempre con mayor suma de obligaciones laborales por su vasto radio de acción, sino porque esa materia está

regulada en su integridad en el derecho comercial aplicable en lo pertinente a las obligaciones surgidas del contrato de trabajo, a falta de disposición expresa. (Corte Constitucional, 1999, T-014).

Sin embargo, la posición del máximo tribunal de la justicia ordinaria parece haber cambiado.

Así se concluye después de leer la providencia del 18 de noviembre de 1996, radicado 8991:

El accionista no compromete su responsabilidad en los mismos términos que la persona natural o que el socio de las sociedades de personas. La tiene frente al ente social, en cuanto le corresponde pagar el precio de la acción, pero una vez efectuado, el carácter anónimo de su inversión lo desvincula de las obligaciones que asuma el ente social. El sistema que informa ese tipo de inversión económica no permite decir que el accionista sea titular de un derecho de propiedad sobre el ente social, sino de uno distinto que para el accionista se desarrolla a través de las deliberaciones y decisiones de la asamblea, dominadas por el principio de las mayorías. El sujeto de los derechos y las obligaciones es el ente social, el factor de comercio que recibe los beneficios o que asume las pérdidas es también el ente social; el dividendo es la medida del beneficio para el accionista y el riesgo de su inversión se concreta en la eventual pérdida de la misma. Pero el accionista no es propietario de la empresa (...).

El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa. De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales.

Cuando el artículo 252 del C. de Co. establece que en las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, y que en la fase de la liquidación solo pueden ejercerse contra los liquidadores, este precepto guarda armonía con el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo mismo es un error considerar que dentro de ese esquema normativo el juez pueda recurrir al artículo 28 ibídem para decir que, como el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de su patrono, cuando se produce la disolución o liquidación de una sociedad de capital los accionistas deben hacerse cargo, en forma solidaria (o individual), de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, pues ni el régimen legal laboral extiende a ellos ese tipo de responsabilidad ni puede decirse que los accionistas sean copropietarios de una empresa que se ha constituido y desarrollado bajo la forma propia de las sociedades anónimas (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de noviembre de 1996).

Esta misma posición fue ratificada en sentencia del 10 de agosto de 2000, radicado 13939, sala de casación laboral, donde, después de citar en la parte motiva la providencia anterior, decidió lo siguiente:

Por lo tanto, teniendo en cuenta que quien ostentó la calidad de empleador del demandante lo fue la demandada DEPORTESA S.A., cuya naturaleza jurídica es la de una sociedad anónima, y que la codemandada COLDEPORTES es sólo uno de los socios de la misma, aspectos que no se discuten en la presente contención, no resultaba dable hacer extensiva la responsabilidad solidaria de los créditos sociales deducidos en favor del actor frente a los accionistas de esta última entidad. Y ello en atención a que de conformidad con el tenor literal de la norma sustantiva laboral aludida, la solidaridad allí consagrada se predica de las sociedades de personas, característica de la que carece la empleadora del actor; lo que además es concordante con lo previsto en el artículo 252 del C.de Co. ya transcrito (...).

En el anterior orden de ideas, al ampliarse la responsabilidad solidaria frente a los socios de otro tipo de sociedades diferentes de aquellas que dará y palmariamente prevé la norma (sociedades de personas), como ocurrió en el subjuicio donde empleadora es una sociedad anónima, se incurre en el yerro de intelección denunciado por el recurrente (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de agosto de 2000).

Como puede verse, la posición de la Corte Suprema ha variado y en los últimos pronunciamientos ha optado por reconocer la separación patrimonial entre socios y accionistas de las sociedades de capitales, aun en lo que tiene que ver con obligaciones laborales, específicamente en cuanto a salarios y prestaciones sociales.

Esta interpretación, aunque pueda resultar gravosa para los trabajadores, resulta la más apropiada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 del Código del Trabajo, en el cual expresamente se establece la excepción sobre la responsabilidad solidaria de los socios y accionistas únicamente en las sociedades de personas, por lo que al ser una norma que consagra

una excepción a un principio general, no puede extenderse por analogía a las Sociedades por Acciones Simplificadas.

4.4. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

Desde el primer artículo de la Ley 1258 de 2008 se expresa claramente que los socios solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Aún más llamativo para los empresarios es el complemento de este mismo artículo, cuando se informa que los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra índole.

Para la limitación de responsabilidad de los socios en las Sociedades por Acciones Simplificadas se identifica la primera salvedad contemplada en el artículo 42 de esta normatividad, que se refiere a la desestimación de la personalidad jurídica cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley y en perjuicio de terceros. En este caso, tanto los accionistas y administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La institución de la desestimación de la personalidad jurídica, también es llamada por otros doctrinantes como el “levantamiento del velo corporativo” o “el allanamiento de la personalidad jurídica”. Esta es una novedad en el orden legal que, según Velásquez (2016), trata de reprimir el

desenfreno y la inmoralidad en la reñida competencia entre comerciantes por la captura del mercado. Lo que se pretende en conclusión es moralizar las prácticas o actividades mercantiles.

La figura de la desestimación de la personalidad jurídica también aplica cuando se presenta el abuso del derecho. La ley 1258 de 2008, en su artículo 43 establece que:

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 organismos 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 ilicitud del objeto.

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante proceso verbal sumario (Congreso de la República, Ley 1258 de 2008, art. 43).

Los accionistas o administradores de la sociedad, también serán llamados a responder personalmente cuando la sociedad no esté legalmente constituida, es decir, la personalidad jurídica de la Sociedad por Acciones Simplificada surge a partir de la inscripción del documento de su constitución, ya sea público o privado en el registro mercantil de la respectiva Cámara de Comercio; si esta inscripción no es realizada, la sociedad no estaría legalmente constituida y se entenderá que la sociedad es de hecho si lo que se celebró fue un contrato y si se trata de un acto unilateral, el constituyente responderá personalmente por las obligaciones contraídas en desarrollo de la empresa.

Con todo y la figura de la desestimación de la personalidad jurídica, el sistema de limitación que contempla la Ley 1258 de 2008 trae sus desventajas, las cuales deben ser analizadas. Una de ellas es la desmejora para los terceros acreedores, pues el riesgo según los propulsores de la Ley se traslada a estas personas y son ellos quienes asumen los riesgos de falencias de la sociedad, expresa Reyes (2008) al respecto “en consecuencia los acreedores podrán ser recompensados económicamente por soportar el riesgo” (p. 55).

Al respecto informa Reyes (2008):

Los prestamistas están plenamente recompensados por el riesgo de incumplimiento que asumen, mediante una tasa de interés más alta que la compañía debe pagar como contraprestación al sistema de limitación de la responsabilidad; el prestamista también es libre de insistir, como condición para otorgar el préstamo, en que los accionistas garanticen personalmente las obligaciones que asume la entidad (p. 56).

Aunque Reyes (2008) expresa que el riesgo por las falencias de la sociedad lo asumen los acreedores, este riesgo en gran medida lo soportan los mismos socios y administradores de las sociedades por acciones simplificadas, ya que acreedores, proveedores, entidades financieras y demás, no estarán prestas a firmar un gran contrato si la sociedad no cuenta con un capital autorizado, suscrito y pagado y además un patrimonio suficiente para garantizar las obligaciones que se puedan derivar.

Es comprensible que la limitación de la responsabilidad es esencial para el sistema económico, y puede contribuir a la generación de empleo. Pero además de crear empleos, se debe dar un estricto cumplimiento de las obligaciones laborales en las que incurra la sociedad tal como se expresa no solo en las leyes laborales de nuestro país, sino en los tratados

internacionales que se han ocupado del tema. Es así como se debe dar cabal cumplimiento a las obligaciones surgidas del contrato de trabajo por el empleador (Salarios, prestaciones sociales, seguridad social), sin dar traslado de los riesgos derivados en la sociedad a los empleados.

4.5. VIGILANCIA Y CONTROL EJERCIDA POR EL ESTADO COLOMBIANO SOBRE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

La inspección, vigilancia y control de las sociedades por acciones simplificadas corresponde a la Superintendencia de Sociedades, así lo establece el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008.

Las funciones jurisdiccionales están dadas a la Superintendencia de Sociedades para lo previsto en los artículos 24, 40, 42 y 43 de la Ley 12 58 de 2008, lo anterior lo dispone el artículo 44 de esta misma normativa. Con esto se facilita en buena medida que los trámites procesales correspondientes puedan ser más ágiles que ante los jueces ordinarios, debido a la congestión tan frecuente en los despachos de los últimos; en la Superintendencia de Sociedades el trámite se lleva a cabo mediante proceso verbal sumario.

CONCLUSIONES

Uno de los avances más sugestivos de los últimos tiempos ha sido el de la denominada Sociedad por Acciones Simplificada (SAS). Las características simplificadas del tipo implican que su regulación queda, en general, sujeta a las pautas contractuales que sus asociados escojan.

Tal como se plantea, tendríamos que decir entonces que este modelo societario pretende ser una garantía para la inversión y el trabajo, que pugna con alguna responsabilidad social; es netamente comercial, creada en función de empresas familiares (sociedad de personas) y con las exoneraciones de las sociedades de capital. La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) es una tipología especial de sociedades por acciones que permite el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

La introducción de las Sociedades por Acciones Simplificadas en el régimen societario Colombiano, ha sido una gran innovación en el campo del derecho comercial, debido a que existen varias características que acompañan esta sociedad que ha contribuido, como su nombre lo indica, a simplificar y flexibilizar la forma de hacer empresa en nuestro país, como que no necesita escritura pública, ni revisor fiscal, ni número mínimo de socios.

Tal y como se ha visto en la realidad societaria en los últimos años en Colombia, los tipos o formas societarias reguladas por el Código de Comercio están siendo desplazadas a la Sociedad por Acciones Simplificada, ya que da la posibilidad de celebrar el contrato de sociedad o el acto

unilateral de sociedad en donde lo que prime sea la voluntad de los constituyentes, debido a la enorme flexibilidad que otorga la ley para la estipulación de las cláusulas estatutarias. El tipo societario que continuará con su vigencia será el de la Sociedad Anónima cuyos valores se negocian en Bolsa de Valores, pues a la Sociedad por Acciones Simplificada le está prohibido inscribirlos en el Registro Nacional de Valores y Emisores y negociarlos en bolsa, según lo establece en forma tajante el artículo 4º de la mencionada Ley 1258.

Frente al tema de la responsabilidad de los accionistas de las SAS, existen institutos en el Código Civil y en el Código de Comercio colombiano que ayudan a solucionar los nuevos problemas que presenta la acelerada actividad mercantil de la presente época. Tales instituciones tienen como finalidad evitar el fraude y las actuaciones injustas que vayan en detrimento de la ley o de terceros, y nada tienen que envidiar en cuanto a la solución ofrecida por la aparente y novedosa teoría de la desestimación de la personería jurídica societaria. El mismo Código de Comercio, específicamente en el artículo 863, consagra el principio de la buena fe como piedra angular sobre la cual debe edificarse toda actividad económica. De esta forma, la teoría de la desestimación de la personería jurídica tiene sus propios fundamentos dogmáticos en la teoría de la buena fe, que por lo mismo, evita el fraude, el abuso o la simulación de los actos y de la personalidad jurídica en la actividad económica.

Existen en el Código Civil y en el Código de Comercio otras instituciones que también ofrecen soluciones prontas y eficaces a los problemas que trata de solucionar la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, como por ejemplo la teoría de la apariencia, consagrada en el artículo 842 de la codificación comercial que, unida a las expuestas a lo largo

de este trabajo, han garantizado y continúan garantizando soluciones a los actos fraudulentos que realizan los comerciantes y en general los particulares que se sirven de los beneficios de la personalidad jurídica societaria o de la limitación a la responsabilidad de los socios. Otra figura sumada a las anteriores es el instituto de la responsabilidad aquiliana a la que hace alusión el artículo 2341 del Código Civil.

El legislador colombiano en los últimos años ha optado por consagrar expresamente la desestimación de la personalidad jurídica en casos puntuales, siempre con la intención de castigar el uso fraudulento de las personas jurídicas, aunque lo más relevante, sin duda, ha sido el desarrollo jurisprudencial que se ha dado en los últimos años al interior de las altas Cortes, especialmente, en la Corte Constitucional.

La limitación de la responsabilidad de los socios de las sociedades de capitales, como bien lo ha señalado la Corte Constitucional, es un pilar fundamental de la economía de libre mercado, y debe ser garantizada por el legislador con el propósito de crear un ambiente de seguridad jurídica que fomente la inversión extranjera y la creación de empresa; sin embargo, esta protección no puede convertirse en excusa para justificar actuaciones fraudulentas o dolosas que afecten los derechos de terceros o incluso al Estado mismo.

La persona jurídica como ente es un centro de imputación jurídica que contrae derechos y obligaciones; por ello, cuando se utiliza indebidamente dicha personalidad jurídica es necesario el desconocimiento de la entidad legal, el alzamiento del velo de la personalidad jurídica, la

penetración de la personalidad jurídica, hasta encontrar a las personas individuales responsables de tal actuación.

Por regla general, cuando la persona jurídica se utiliza para atacar los intereses generales, justificar un daño, proteger el fraude, incentivar el abuso o defender la comisión de un ilícito civil, la jurisprudencia norteamericana considera a la sociedad como inoperante en sí misma y desestima a su vez la responsabilidad limitada de los socios para concurrir hasta ellos, descubrirlos y hacerlos responsables ilimitadamente por los perjuicios ocasionados. En otras palabras, se desestima la persona jurídica y la limitación de la responsabilidad haciendo inoperantes estos dos beneficios.

Si bien es cierto que moral y derecho constituyen dos instituciones distintas y su esfera de validez apunta a finalidades diferentes, también es cierto que el ámbito de validez de una y otra coinciden, en su mayoría. Ambas indican la conducta a observarse, el deber a cumplirse o la actuación debida, idónea, que posibilite la pacífica convivencia entre las personas que integran una determinada comunidad; por ello el derecho, y el ordenamiento jurídico en general, muchas de las veces, recogen principios éticos y morales con el fin de positivizarlos y así atribuirle la función de coercibles, nota esencial al derecho positivo, con el fin de que la norma ética así positivizada pueda cumplir su función, que no es otra que evitar las conductas que atentan contra el normal y honesto desarrollo de los negocios; ambas instituciones pretenden el perfeccionamiento del ser humano y la realización de conductas que permitan la paz y la coordinación de las personas en el campo de sus actividades económicas, aunque con ello no se pretende afirmar que en la mayoría de los casos moral y derecho se antepongan o se excluyan;

por el contrario, en la mayoría de las ocasiones uno y otro apuntan a la realización de unos mismos valores.

La figura de la desestimación de la personalidad jurídica tiene como propósito mantener la ética en el ejercicio de la personalidad jurídica, concebida ésta como un centro de imputación jurídico y patrimonial distinto de los socios o accionistas individualmente considerados. Se busca no sólo que el objeto de la sociedad sea lícito, sino que también lo sea la actividad realizada por la sociedad en cumplimiento de ese objeto social. Parece ser que bajo este punto de vista se pretende moralizar la actividad de las personas jurídicas, sancionando a la persona biológica de los socios, quienes son, en última instancia, los verdaderos centros de imputación y, en consecuencia, de responsabilidad jurídica y patrimonial.

En suma, la figura de la desestimación de la personalidad jurídica no es nueva, simplemente sucede que debido al incremento exorbitante en la actividad comercial de hoy se ha acentuado la ocurrencia de ciertos fenómenos debido, básicamente, a la expansión de las actividades societarias, en la medida en que los comerciantes se han dado cuenta que sólo a través de las grandes sociedades se puede cumplir la actividad de venta masiva de productos o servicios en los mercados internacionales, que hasta ahora se encuentran en proceso apremiante de integración y de apertura, deshaciendo las barreras y limitaciones establecidas y fijando un nuevo orden de libertad e igualdad entre países con mercados afines. Se trata pues de moralizar la actividad de las compañías internacionales, multinacionales, transnacionales, que en su carrera desenfrenada por capturar los mercados, recurren a prácticas abusivas del comercio, desleales para con sus

competidoras y, en fin, al “dumping”, “trust”, “cartel”, a la competencia desleal, a las prácticas atentatorias de la propiedad industrial, etc.

REFERENCIAS

- Águila-Real, J. (2016). *El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades*. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/1209_es.pdf
- Aristizabal G., V., & Giraldo G., A. (2017). *Abstención registral de las cámaras de Comercio frente a la sociedad por acciones simplificada* (Tesis de maestría en derecho empresarial). Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Leyer.
- Bernal F., M. (2010). La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Vniversitas*, (120), 253-270.
- Cadavid A., L. (2009). *Algunas consideraciones en torno a la ley 1258 de 2008 y modelo de estatutos para la constitución de una Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) de carácter pluripersonal* (Tesis de derecho). Medellín: Universidad de Antioquia, Departamento de Ciencias Contables.
- Congreso de la República. (1950). *Decreto Ley 2663. Sobre Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá: Diario Oficial No. 27.407 de septiembre 7 de 1950.

Congreso de la República. (1990). *Ley 43. Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones.*

Recuperado de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-104547_archivo_pdf.pdf

Congreso de la República. (1995). *Ley 222. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.* Bogotá: Diario Oficial No. 42.156 de Diciembre 20 de 1995.

Congreso de la República. (1999). *Ley 550. Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley.* Bogotá: Diario Oficial No. 43.940 de 19 de marzo de 2000.

Congreso de la República. (2000). *Ley 599. Por la cual se expide el Código Penal.* Bogotá: Diario Oficial 44097 del 24 de julio de 2000.

Congreso de la República. (2004). *Ley 922. Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 550 de diciembre 30 de 1999.* Bogotá: Diario Oficial 45.776 de 29 de diciembre de 2004.

Congreso de la República. (2006). *Ley 1014. De fomento a la cultura del emprendimiento.* Bogotá: Diario Oficial No. 46.164 de 27 de enero de 2006.

Congreso de la República. (2006). *Ley 1116. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006

Congreso de la República. (2008). *Ley 1258. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008.

Congreso de la República. (2011). *Ley 1474. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Bogotá: Diario Oficial 48128 de julio 12 de 2011.

Congreso de la República. (2016). *Ley 1778. Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción*. Bogotá: Diario Oficial No. 49774 del 02 de febrero de 2016.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1999). *Sentencia del 19 de agosto. Radicación 10.641-99*. Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque.

Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-320*. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (1999). *Sentencia T-014*. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-1185*. Magistrados Ponentes: Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-210*. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-621*. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C-865*. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. (1992). *Sentencia del 26 de noviembre. Radicado 5386*. Magistrado Ponente: Hugo Suescún Pujols.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. (1996). *Sentencia del 18 de noviembre. Radicado 8991*. Magistrado Ponente: Germán Valdés Sánchez.

Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. (2000). *Sentencia del 10 de agosto. Radicado 13939*. Magistrado Ponente: Fernando Vásquez Botero.

Costantini, P. (2016). La doctrina del Disregard of the Legal Entity en el derecho inglés. *Revista Jurídica*, 4(1), 19-56.

Cristancho E., F. (2017). El problema de agencia entre accionistas minoritarios y mayoritarios en las sociedades por acciones simplificadas colombianas. *Economic Analysis of Law Review*, 7(2), 443-473.

de Greiff R., G., Arrubla P., J., Tamayo J., J., Puyo V., R., Trujillo C., B., ... Sanín B., I. (1992). *La contratación mercantil y otros aspectos comerciales*. Medellín: Dike.

Díaz C., M. V., García M., J. G., & León H., G. E. (2017). Sociedad por acciones simplificadas como estrategia para el emprendimiento social. *Revista Vincula Téctica EFAN*, 3(1), 277-285.

Embid I., J. (2010). *Ley alemana de sociedades anónimas*. Recuperado de <http://www.marcialpons.es/static/pdf/100884638.pdf>

Gaviria G., E. (2013). *Selección de estudios de derecho comercial*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Hundskopf E., O. (2014). *Derecho comercial XIII: temas societarios*. Lima: Universidad de Lima.

- Legis. (2015). *Responsabilidad de los Administradores de Sociedades*. Bogotá: Legis.
- López M., M., & Cesano, J. (2000). *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*. Buenos Aires: Edigraf S.A.
- Macagno, A. (2015). *La personalidad jurídica de las sociedades comerciales –con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional–*. Recuperado de http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/publicaciones/comercial/sociedades/personalidad_juridica_soc_comerciales_macagno.pdf
- Martínez N., N. (2009). El triste final de las sociedades unipersonales. *Ámbito Jurídico*, 12(266), 16.
- Morgestein S., W. (2011). La SAS en el derecho societario colombiano: de un institucionalismo de forma hacia un nuevo contractualismo. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, (6), 1-32.
- Mori S., A., & Torres M., M. (2013). *Reflexiones acerca de la teoría del levantamiento del velo societario: a propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5481036.pdf>

Murcia, T., Goretti, I., Orozco, E., & Lizeth, Y. (2017). *Las asociaciones por acciones simplificadas SAS* (Tesis de derecho). Bogotá: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

Murillo U., M. (2017). *Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS)*. Medellín: Universidad CES.

Murillo V., L. (2009). Análisis del concepto de responsabilidad en las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) Ley 1258 de 2008 (Tesis de derecho). Medellín: Universidad se Antioquia.

Ortega L., M. (2009). *Responsabilidad civil de los administradores en las sociedades comerciales* (Tesis de derecho). Chía (Cundinamarca): Universidad de La Sabana.

Polanía T., N. (2012). Responsabilidad por violación de la buena fe en la sociedad por acciones simplificada. *Revista de Derecho Privado*, (23), 267-317.

Presidencia de la Republica. (1970). *Decreto 960. Por el cual se expide el Estatuto del Notariado*. Bogotá: Diario Oficial No. 33.118 del 5 de agosto de 1970.

Presidencia de la Republica. (1971). *Decreto 410. Por el cual se expide el Código de Comercio*. Bogotá: Diario Oficial 33.339 de junio 16 de 1971.

Presidencia de la Republica. (1989). *Decreto 624. Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuesto Nacionales*. Bogotá: Diario Oficial 38756 de Marzo 30 de 1989.

Prieto C., H. (2010). Fundamentos del estudio de la responsabilidad civil societaria. *Principia Iuris*, (14), 45-81.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa. Recuperado de <http://www.rae.es>

Reyes V., F. (2008). Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano. *Revista Foro del Jurista de la Cámara de Comercio de Medellín*, 28, 129-143.

Reyes V., F. (2009). *SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada*. Bogotá: Legis.

Reyes V., F. (2011). Sociedad por acciones simplificadas: Una alternativa útil para los empresarios latinoamericanos. *Themis, Revista de derecho*, (59), 73-87.

Richard, E. (2009). *Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad*. Recuperado de <file:///C:/Users/USER/Downloads/inoponibilidadpersonajuridica.pdf>

Rodríguez S., J., & Hernández S., J. (2014). Las sociedades por acciones simplificadas entre la flexibilidad societaria y la formalización del emprendimiento empresarial. *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*, (41), 123-146.

Scotti, L. (2006). *Armonización Legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente para el MERCOSUR?* Argentina: Universidad de Buenos Aires.

Superintendencia de Sociedades. (2012). *Auto 801-017366*. Recuperado de https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Auto%20No.%20801-17366%20%2810-dic-2012%29.pdf

Velásquez R., C. (2016). *Orden societario*. Medellín: Señal Editora.