

**SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS: ANÁLISIS CRÍTICO DEL
CONTROL JURISDICCIONAL DELEGADO EN LA SUPERINTENDENCIA DE
SOCIEDADES.**

**LAURA MARCELA NOVOA SUÁREZ
MYRIAM JOHANA TORRES MEJÍA**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2011

**SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS: ANÁLISIS CRÍTICO DEL
CONTROL JURISDICCIONAL DELEGADO EN LA SUPERINTENDENCIA DE
SOCIEDADES.**

**LAURA MARCELA NOVOA SUÁREZ
MYRIAM JOHANA TORRES MEJÍA**

Proyecto de grado para optar al título de Abogada

**Directora:
CESAR AUGUSTO QUIJANO QUIROGA
Abogado.**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
BUCARAMANGA**

2011

*A mi familia quienes han hecho de mi todo
lo que quiero ser.*

Johana Torres Mejía

*A quienes admiro por su constancia y valor,
Por confiar en mis proyectos y recordarme hacerlo;*

Mi familia.

Laura Marcela Novoa Suárez

AGRADECIMIENTOS

Los autores expresamos nuestros agradecimientos a:

El profesor Cesar Quijano, por haber aceptado ser nuestro director en este trabajo de grado, a los profesores Eduardo Muñoz Serpa y Yesid Santos(QEPD) por habernos despertado el interés por el Derecho Societario, a todos nuestros docentes que aportaron en nuestra formación académica y personal y a la Dra. Marta I. Rueda por su importante colaboración en este proyecto.

A nuestras Familias por su indispensable apoyo.

A nuestros amigos, por habernos regalado gratos momentos y animarnos cada vez que lo necesitamos.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	14
1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y ORDENAMIENTOS CON LEGISLACIONES SIMILARES A LAS SAS	19
1.1 ANTECEDENTES JURÍDICOS.	19
1.2. TRATAMIENTO DE SOCIEDADES SIMILARES A LAS SAS EN OTRAS LEGISLACIONES.	22
1.2.1 Estados Unidos	23
1.2.2 Francia	34
1.2.3 Latinoamérica	36
1.2.3.1 Chile.	36
1.2.3.2. Brasil	38
1.3. AVANCES	40
2. TIPOS DE CONFLICTOS PRESENTES EN LAS SAS Y LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN PREVISTOS EN LA LEY	45
2.1 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS SAS	45
2.2 LOS MASC EN LAS SAS	55
3. FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES; PRINCIPIOS RECTORES Y ANTECEDENTES JURÍDICOS	64
4. LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES EN RELACIÓN CON LAS SAS	92
5. CONCLUSIONES	110

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1. Personas naturales o jurídicas aceptadas o convocadas a liquidación judicial, por año de apertura o finalización del proceso.	97
Tabla 2. Duración promedio de los procesos de liquidación judicial	97
Tabla 3. Sociedades aceptadas o convocadas a liquidación obligataria	98
Tabla 4. Duración promedio de los procesos terminados	99
Tabla 5. Acuerdos de Reestructuración, por año de aceptación o finalización del proceso	99
Tabla 6. Acuerdos Celebrado. Tiempo promedio transcurrido desde el inicio del proceso hasta su celebración.	100
Tabla 7. Personas Naturales o Jurídicas aceptadas a un acuerdo de Reorganización, duración promedio de los proceso.	101
Tabla 8. Sociedades aceptadas o convocadas a concordatos, por duración promedio de los proceso terminados.	102

RESUMEN:

Título: Sociedades Por Acciones Simplificadas: Análisis Crítico Del Control Jurisdiccional Delegado En La Superintendencia De Sociedades*.

Autores: Laura Marcela Novoa Suarez
Myriam Johana Torres Mejía**

Palabras Claves: Sociedad por Acciones Simplificada, Solución de Conflictos, Superintendencia de Sociedades.

Descripción:

Las tendencias actuales de mercado a nivel mundial nos ofrecen novedosas disposiciones normativas dirigidas a flexibilizar las relaciones comerciales y dinamizar el mundo de los negocios. En el Derecho Societario dichas disposiciones permiten la creación de Sociedades con características que modifican la concepción tradicionalista de algunos ordenamientos jurídicos.

En Colombia esta nueva corriente conceptual y legal se ha desarrollado a través de la Ley 1258 de 2008, las SAS o Sociedades por Acciones Simplificadas contiene la estructura explícita que denota dicha evolución normativa en nuestro país,

Este nuevo tipo societario permite la solución de sus conflictos por medio de alternativas distintas a la justicia ordinaria. En las SAS, las controversias originadas podrán resolverse en primer lugar, mediante un Tribunal de Arbitramento o amigables componedores si existe cláusula compromisoria, y en segundo lugar y a falta de ésta a través de la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario de única instancia; es una característica especial atribuida por el legislador en uso de su potestad pues le otorga a una entidad de vigilancia y control del área administrativa, facultades para administrar justicia en todos los casos, es decir, sin posibilidad de acudir ante un juez de la república, situación que no tiene antecedente normativo en Colombia.

Aunque los MACS (Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos) constituyen una de las alternativas prevista por la ley en mención, las facultades atribuidas a un ente del poder ejecutivo como lo es la Superintendencia de Sociedades, permite analizar la legalidad y constitucionalidad de disposiciones que le confieren una competencia plena al actuar como juez en los conflictos de un tipo específico de sociedad, las SAS, estableciendo si pueden verse vulnerados los principios y derechos fundamentales de quienes deciden asociarse bajo esta nueva figura.

* Proyecto de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas, Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director Cesar Augusto Quijano

SUMMARY:

Title: Simplified Joint Stock Companies: Critical Analysis Of Judicial Delegate In The Superintendency Of Companies*.

Authors: Laura Marcela Novoa Suarez
Myriam Johana Torres Mejía**

Keywords: Simplified joint stock company, Conflict Resolution, Superintendency of Companies.

Description:

Current trends in global market we offer innovative provisions aimed to ease trade relations and boost the business world. The Corporate Law they permit the creation of companies with characteristics that modify the traditional conception of certain jurisdictions.

In Colombia this new conceptual and legal power has been developed through the Act 1258 of 2008, SAS or simplified joint stock companies explicitly contains the structure which shows that regulatory developments in our country, This new type of company can solve their disputes through alternatives to the ordinary courts. In SAS, any dispute arising will be resolved first by an arbitration tribunal or friendly if clause, and secondly the absence of it through the Superintendency of Companies through the process verbal summary of single instance; is a special characteristic attributed by the legislature in using its power as an entity grants to monitor and control the administrative area, the power to administer justice in all cases, ie no possibility of going before a judge of the republic situation that has no legislative history in Colombia

Although MACS (alternative dispute resolution of conflicts) are one of the alternatives provided by law in question, the powers attributed to an executive agency such as the Superintendency of Companies, to analyze the legality and constitutionality of provisions that confer full authority to act as judge in disputes of a specific type of society, SAS, establishing whether they can be infringed upon the fundamental principles and rights of those who choose to partner in this new figure.

* Graduation Project

** Faculty of Human Sciences, School of Law and Political Science. Director Cesar Augusto Quijano

INTRODUCCIÓN

La acogida que ha tenido en nuestro país la figura creada por la Ley 1258 de 2008 denominada Ley SAS -Sociedades por Acciones Simplificadas-, nos planteó un interrogante sobre el carácter especial de esta nueva figura que la hace tan atractiva en el campo comercial.

Observando la cantidad de sociedades que de éste tipo han surgido¹ y al adentrarnos en la ley que las reglamenta, el análisis de ellas se hace mucho más interesante pues no sólo encontramos las ventajas que tienen en cuanto al proceso de constitución y que han servido de incentivo para su aumento, sino además se evidencia un fenómeno de desjudicialización[♦] al momento de dirimir las controversias que dentro de ellas se generen.

Efectivamente con la Ley 1258 de 2008 la Superintendencia de Sociedades entidad de vigilancia y control del poder ejecutivo, se convierte en el máximo órgano encargado de resolver los conflictos de este tipo específico de sociedad², ejerciendo su competencia de manera plena y no a prevención como suele facultarse en esta clase de eventos.

Al tratarse de una SAS (Sociedad por Acciones Simplificada) encontramos entonces que sólo cuando los socios deciden pactar previamente clausula compromisoria para que sus conflictos se ventilen ante un tribunal de arbitramento o ante amigables componedores, sólo si esto ocurre, la Superintendencia de

¹Véase: www.confecámaras.org.co

[♦] En lo referente a la desjudicialización la manejaremos cómo la exclusión del poder judicial en la solución de conflictos dentro de una SAS en razón del contrato social o acto unilateral.

² Cfr. Ley 1258 de 2008, Arts. 24, 40, 42, 43 y 44.

Sociedades quedaría al margen de ejercer sus funciones jurisdiccionales, de no ser así es competente en todos los casos.

Esta reglamentación tan especial, pues es la primera vez que esta entidad administrativa asume plenamente la función jurisdiccional atribuida por el artículo 116 constitucional, es decir, resolviendo la totalidad de conflictos societarios dentro de las SAS, constituye nuestro trabajo de investigación pues se presenta como una situación bastante compleja que merece un análisis de fondo.

Iniciamos así nuestro estudio sobre el particular, pero teniendo presente que debido al carácter reciente de tales disposiciones -sólo tres años en vigencia- nuestras consideraciones y críticas hacia la Superintendencia de Sociedades y su papel jurisdiccional, no pueden basarse en resultados que aún no se han presentado.

Pero antes de abarcar lo referente al funcionamiento de este ente administrativo, se hace necesario un estudio evolutivo sobre la novedosa figura.

Las SAS entran a funcionar en un país con un Derecho Societario por demás tradicional, en donde los primeros esbozos de organizaciones con características similares a ellas se presentan en leyes de hace pocos años³, si deseamos entender la razón de un trato diferenciado que el Legislador ha considerado adecuado en uso de su potestad, es válido que ahondemos sobre las raíces y el desarrollo de aquellas dentro de nuestro ordenamiento jurídico; por esta razón se exponen casos de Estados cuyas legislaciones contienen formas societarias semejantes a las SAS, que manejan su estructura y conocen de sus ventajas desde hace ya un buen tiempo, dos de aquellos casos son el estadounidense y el francés, el primero de ellos expone atributos similares en varias de sus formas

³ Cfr. Ley 222 de 1995, Decreto 1080 de 1996.

asociativas⁴ -como por ejemplo la unipersonalidad facultativa dispuesta en el artículo 1º de la Ley 1258 de 2008⁵ -algunas de gran tradición, el segundo fue nuestro modelo normativo⁶ y ha manejado dicha figura de manera muy parecida a la nuestra.

Conociendo aquellos ordenamientos que sirvieron de modelo para la adopción del proyecto de ley de las SAS resulta mucho más fácil analizar su desarrollo legislativo a nivel interno. La tendencia mundial que trae consigo éste tipo de figuras comerciales mucho más sencillas en su tramitología, las políticas de mercado que invitan a la flexibilización, las operaciones de negocio, nos permiten entender de mejor forma porque adoptar, en este caso, un tipo de sociedad tan diferente de las demás manejadas por nuestra legislación comercial, porque otorgarle calidades tan distintas y únicas, en fin, porque aceptar que su tratamiento sea especial. Ese será el avance que observaremos en las disposiciones que anteceden a la Ley 1258 de 2008, la Ley 222 de 1995 -por medio de la cual se crea la Empresa Unipersonal- y la Ley 1014 de 2006 -que crea las Sociedades Unipersonales- disposiciones que irán accediendo paulatinamente al reconocimiento de las ventajas que por último contendrá en su totalidad la Ley que instaura las SAS (tales ventajas son, la posibilidad de pactar un objeto indeterminado, de crearla en cabeza de un solo socio, de obviar la escritura pública para su constitución, entre otras).

Habiendo contextualizado su uso y determinado sus características más importantes, aquellas que la hacen tan única, es posible ocuparnos de los mecanismos previstos en la ley para la resolución de conflictos originados en las

⁴ Cfr. Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada, Tercera Edición, Bogotá, Legis, 2006, Pág. 133-136

⁵ "Artículo 1o. Constitución. 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."

⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. SAS La Sociedad Por Acciones Simplificada. Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2010, Pág. 65. "...en la elaboración del proyecto de ley se siguió el orden temático de la ley francesa sobre sociedades por acciones simplificadas, según esta ha sido reformada en las sucesivas leyes de 1999 y 2001."

SAS; se faculta en primer lugar a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos específicamente al Arbitramento y la Amigable composición, para que entren a administrar justicia si existe clausula compromisoria que así lo permita, y en segundo lugar a la Superintendencia de Sociedades que a falta de clausula compromisoria ejerce competencia plena, es decir en todos los casos.

Al existir únicamente dos posibilidades para el socio de una SAS que pretenda hacer valer sus pretensiones cuando considera por ejemplo que ha sido ignorado en una decisión vulnerando sus derechos o en cualquier otro caso, nos obliga a estudiar esa otra opción diferente a la Superintendencia de Sociedades -que es nuestro tema investigativo- toda vez que en ningún evento es posible acudir ante la justicia ordinaria.

Es así como exponemos el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en Sentencia C-014 de 2010, en donde establece los parámetros bajo los cuáles debe valorarse el acceso a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos por parte de los asociados de las SAS.

Finalmente y habiendo realizado este análisis volvemos a nuestro punto de partida y nos concentramos en él; el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a organismos del ejecutivo como las Superintendencias ha sido objeto de varios fallos de las altas Cortes, es una práctica bastante común pues el Legislador así ya lo ha dispuesto en otras ocasiones⁷, pero es la primera vez, como se ha mencionado, que son de carácter pleno, que entran a remplazar de lleno el ejercicio del juez.

El estudio de estas facultades en un escenario tan particular, en circunstancias que no habían tenido lugar en nuestro ordenamiento jurídico a nivel societario, nos invita a realizar un análisis crítico acerca de ellas, a preguntarnos por la capacidad

⁷Cfr. Ley 222 de 1995, Ley 1116 de 2006

de la entidad que ha merecido tan notables atribuciones, a establecer si constitucionalmente los derechos y principios que rigen la administración de justicia son garantizados en el ejercicio de las mismas, si debe prescindirse de la competencia de los jueces en todos los casos dentro de una sociedad.

Todas las consecuencias que de este análisis se deriven serán entonces nuestras conclusiones, establecer la validez legal y constitucional, la conveniencia de permitir un desmonte de funciones propias del poder judicial a entes del ejecutivo, de poner en cabeza de la Superintendencia de Sociedades el deber de proteger fielmente los derechos de los asociados que tiene a su cargo.

Es esta la finalidad que pretendemos alcanzar y que consideramos, lograremos a través del esquema planteado en este aparte; de esta manera creemos alcanzar adecuadamente los objetivos de una investigación bastante interesante, sobre un tema novedoso y que merece evidentemente posteriores análisis en la medida en que la figura implementada por la Ley 1258 de 2008, las SAS, alcancen su máximo auge y comiencen a desentrañarse nuevos trasfondos.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y ORDENAMIENTOS CON LEGISLACIONES SIMILARES A LAS SAS

1.1 ANTECEDENTES JURÍDICOS.

Colombia se caracterizaba por tener una legislación muy rígida y cargada de condiciones para crear una empresa o sociedad, situación que condujo a que los empresarios y comerciantes evitaran implementar las formalidades legales en el momento de iniciar sus negocios, por tal razón se observó la necesidad inminente de transformar el régimen jurídico para proporcionar a los comerciantes la facilidad de relacionarse entre sí, es en este momento donde aparece la Ley 222 de 1995 en la cual se implementan importantes transformaciones como la de crear una empresa unipersonal.⁸

Con la introducción de la empresa unipersonal se amplía la concepción tradicionalista del derecho societario, modificando el concepto de contrato social que exige la participación de por lo menos dos personas, para dar paso a la posibilidad de que una sola persona que desea invertir activos en una asociación comercial no se vea impedida para hacerlo y a su vez su patrimonio personal no se afecte. Se busca de esta manera dinamizar el ejercicio comercial dando paso a tendencias acogidas ya internacionalmente en este campo, en donde la facultad

⁸Sentencia. C-624, Nov. 4/98. M.P. Alejandro Martínez Caballero “Una de las bases de la creación de la empresa unipersonal es la limitación de la responsabilidad del empresario único a los bienes que éste aporte, de modo que sólo tales bienes podrán ser perseguidos por los acreedores de la empresa. En el documento de constitución, tales bienes deben ser determinados, junto con el monto de su valor, ya que constituyen el capital de la empresa. Esta precisión del límite de responsabilidad, si bien no se encuentra expresa en la legislación, se puede deducir de los artículos que regulan la empresa unipersonal, y en especial de la remisión que hace el artículo 80 de la Ley 222 de 1995 al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada. También puede decirse que es una consecuencia parcial del interés que dio lugar a la creación de esa figura y que parte de la separación patrimonial que se logra entre los bienes de la empresa y los bienes del titular, con el beneficio de la personalidad jurídica atribuida a los bienes designados para la empresa unipersonal.”

de crear sociedad no se vea limitada al cumplimiento del requisito de pluralidad de asociados y que la responsabilidad sea limitada.

Con la empresa unipersonal las modificaciones se advierten por doquier, por ejemplo, el objeto puede ser indeterminado, el término de duración es indefinido, la formalización del proceso de constitución de las empresas se realiza por medio de la inscripción del documento privado en el que se plasma el contrato social en el registro mercantil, y por primera vez se le atribuyen funciones jurisdiccionales concretas a la Superintendencia de Sociedades, marcando la pauta que permitió que se creara en Colombia la Sociedad por Acciones Simplificada.

Posteriormente aparece en el escenario jurídico la Ley de Fomento a la Cultura del Emprendimiento 1014 de 2006, que dota de un verdadero carácter societario a las agrupaciones cuyo número de socios y el monto de activos totales corresponda a los permitidos para la constitución de microempresas o que decidan acogerse a la forma de sociedad unipersonal. Si bien es cierto que con la Ley 222 de 1995 se abre el camino para la aceptación de la figura de la unipersonalidad, el propósito de esta nueva ley resulta ser mucho más ambicioso pues plantea que independientemente del tipo de sociedad comercial que se decida constituir -a excepción de la sociedad en comandita que debe conservar la pluralidad de asociados- pueda ello llevarse a cabo mediante el régimen establecido para la constitución de la empresa unipersonal de la Ley 222 de 1995. El artículo 22 de la Ley 1014 de 2006 dicta:

“Las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley, cualquiera que fuere su especie o tipo, que de conformidad a lo establecido en el artículo 2° de la Ley 905 de 2004, tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activos totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se constituirán con observancia de las normas propias de la empresa unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995. Las reformas

estatutarias que se realicen en estas sociedades se sujetarán a las mismas formalidades previstas en la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales (...)

(...) en todo caso, cuando se trate de sociedades en comandita se observará el requisito de pluralidad previsto en el artículo 323 del Código de Comercio”.

Con respecto a los alcances de esta norma se originaron innumerables controversias pues como se observó se amplió la aplicación de las disposiciones contenidas en la ley de la empresa unipersonal a las demás clases de sociedades previstas en el Código de Comercio; se produjeron cambios importantes que llevaron a La Corte Constitucional a pronunciarse en Sentencia C-392 de 2007 declarando la exequibilidad del artículo 22 de la mencionada ley exponiendo dos puntos claves frente a la discusión suscitada, el primero de ellos aclara que sólo se hace referencia a los requisitos de constitución de la Empresa Unipersonal y el segundo explica que no debe entenderse la expresión “*se constituirán con observancia de las normas propias de la empresa unipersonal*” (sic) como una restricción a la posibilidad de que asociaciones que por sus características hacen parte del mundo microempresarial puedan constituirse bajo otro tipo societario.

El conjunto de requerimientos establecidos por nuestra normatividad comercial para la constitución de sociedades se ve de esta forma “equiparado” por otro cuya composición resulta ser mucho más laxa y escueta; si con la Ley 222 de 1995 se buscaba la introducción de una nueva forma asociativa que persuadiera al interesado para crear una Empresa Unipersonal, otorgando para tal fin innumerables ventajas, con esta nueva ley se pretende ir más allá ofreciendo dichas ventajas a la totalidad de formas societarias existentes y que bajo su vigencia se originen, revolucionando de esta manera el proceso de constitución de estas entidades con cambios bastante interesantes.

Se advierte la importancia de analizar si es adecuado menguar la cantidad de requisitos legales que la legislación actualmente exige para la constitución de sociedades pues ellos se han convertido en una traba que impide que aumente el número de sociedades. Y es que resulta tan necesario debatir que se permitan cambios en el régimen de constitución de las sociedades que las conclusiones a que se llegue se traducen en el dotar de funciones a ciertas entidades estatales de control y vigilancia las que deberán asumir un papel protagónico en el desenvolvimiento normal de las sociedades comerciales; se puede admitir que se otorguen funciones jurisdiccionales a los mismos entes gubernamentales que ejercen funciones de control y vigilancia sobre las sociedades, siendo ello expresión de una práctica sana en un Estado descentralizado, pero será necesario evaluar su conveniencia.

Con la Ley 1258 de 2008 tal análisis no sólo resulta imprescindible sino, además, llamativo al endilgarle a la Superintendencia de Sociedades, una entidad de control, funciones jurisdiccionales de carácter permanente para que dirima o resuelva las controversias que surjan al interior de las SAS sean ellas entre asociados, entre asociados y la sociedad, entre la sociedad, asociados y los administradores.

1.2. TRATAMIENTO DE SOCIEDADES SIMILARES A LAS SAS EN OTRAS LEGISLACIONES.

Para entender y comparar la Sociedad por Acciones Simplificada en Colombia nos resulta imprescindible exponer los ordenamientos jurídicos mas significativos que consagran y regulan la constitución y existencia de sociedades que tienen características similares a las SAS

1.2.1 Estados Unidos

Al iniciar nuestro recorrido por el Derecho estadounidense y aunque el referente europeo es inmediato pues es Francia nuestro modelo normativo⁹, conviene aclarar que es en Estados Unidos donde se origina el tipo societario que contiene las características propias de las SAS

En el derecho societario norteamericano encontraremos las correspondientes equivalencias entre nuestros tipos de sociedades y aquellas definidas por ese ordenamiento, como *Sociedades de Personas (Partnership)*, *Sociedades de Responsabilidad Limitada (Limitedliability Company)* y *Sociedades de Capital (Corporation)* y podremos analizar sus diferentes características logrando de esta forma asimilar conceptos propios de la corriente anglosajona y cómo estos pueden aproximarse a los usados en la tradición romano- germánica. Cabe resaltar de igual forma que es precisamente Estados Unidos uno de los países que actualmente lidera las relaciones de mercado a nivel mundial; sus posturas e innovaciones son asumidas por la mayoría de los Estados que quieren mantenerse a la par y lograr captar considerables beneficios económicos.

Cuando analizamos el Derecho Societario norteamericano encontramos numerosas similitudes entre sus formas asociativas y las nuestras, y es que, a pesar de pertenecer a otro tipo de tradición jurídica, las diversas clases de sociedades comerciales parecen ser universales pues si observamos, la gran mayoría de ordenamientos jurídicos mantienen un mismo patrón aunque varíen en ciertos detalles o innoven en algunos aspectos.

⁹REYES VILLAMIZAR, Francisco. *SAS La Sociedad Por Acciones Simplificada*. Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2010, Pág. 65 “...como se verá a lo largo de este libro, en la elaboración del proyecto de ley se siguió el orden temático de la ley francesa sobre sociedades por acciones simplificadas, según esta ha sido reformada en las sucesivas leyes de 1999 y 2000.”

Lo primero en mencionar es que al ser este un Estado Federal la legislación escrita proviene de dos puntos, es decir, de la creada en cada Estado -Estadual- y de la que se origina en el Congreso Federal que tiene cobertura nacional. Por este motivo es común encontrar divergencias de normas entre un Estado y otro dependiendo de la tradición comercial con que éste cuente, aunque no quiere decir ello que no existan leyes generales -por ejemplo en lo atinente al manejo de la bolsa de valores- o que dichas normas estatales sean contradictorias y excluyentes en su sentido más amplio, simplemente obedecen al principio de libertad propio de una organización federalista que le permite a cada estado manejar de la mejor forma su actividad económica, más aún si consideramos que en los Estados Unidos siempre ha predominado la concepción económica sobre la jurídica, adaptándose la segunda a la primera.

El divorcio que existe entre quien es titular de la acción -accionista- y quien lleva a cabo la gestión social -administrador- resulta clave para diferenciar aquellos casos en que de acuerdo al tipo de sociedad la responsabilidad entre unos y otros varía. A lo largo de este análisis se observará como el grado de responsabilidad es fundamental para entender las diversas clases de sociedades que funcionan en los Estado Unidos.

En el caso de las Sociedades de Personas (*Partnership*) puede decirse de ellas: *“Asociación de dos o más personas, que se reúnen en calidad de copropietarios, para un negocio con una finalidad lucrativa, constituirá una sociedad de personas aunque no exista voluntad de los asociados para conformarla”*¹⁰

Aunque como característica general las Sociedades de Personas poseen un régimen de responsabilidad solidaria, existen diferentes clases en donde esta responsabilidad puede llegar a limitarse.

¹⁰ Sección 202 Nueva Ley Uniforme de Sociedades de Personas (RUPA) citada por Francisco Reyes Villamizar, Derecho Societario en Estados Unidos, Introducción Comparada, Tercera Edición, Bogotá, Legis, 2006. pág. 100.

Las Sociedades de Personas se dividen en tres clases:

- Comanditarias "*Limited Partnership*"
- Personalista de Responsabilidad Limitada "*Limited Liability Partnership*"
- Comanditaria con Responsabilidad Limitada de los Socios Gestores "*Limited Liability Limited Partership*"¹¹

En estas tres clases puede evidenciarse el tipo de responsabilidad que les atañe a quienes ocupan el puesto de socios gestores ("*Gerencial Partner*") o a quienes son socios comanditarios ("*Limited Partner*"); la administración de la empresa social es una actividad cuya importancia es resaltada por el Derecho anglosajón. Aunque el patrimonio de una sociedad está compuesto por la totalidad de los activos de que es titular y que tienen como dedicación específica el destinarse a desarrollar el objeto, lo que le permitirá desenvolverse económicamente, el manejo de ese patrimonio debe estar a cargo de individuos especializados, expertos en la materia, pericia de la que suelen carecer aquellos que sólo se limitan a hacer un aporte económico. Es por esta razón que existe un mayor grado de responsabilidad sobre quienes se les ha encomendado realizar los negocios propios de la sociedad pues son quienes al final de cuentas logran captar mayores y mejores beneficios económicos dentro de lo que puede considerarse como una asociación rentable.

A pesar de que hay excepciones y eventos en los que sin importar el monto de la inversión de un socio, si se levanta el velo corporativo o disregard, este puede llegar a responder solidariamente por delitos en donde se evidencia el conocimiento o participación en el hecho fraudulento de este tipo de socios, en general, la gestión social es sometida a un régimen jurídico bastante estricto pues los administradores deben dar fe del manejo que llevan a cabo diariamente.

¹¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos*. Introducción Comparada, Tercera Edición, Bogotá, Legis, 2006. pág.111-119

Pero si hemos iniciado nuestro estudio con el análisis de las sociedades de personas no ha sido deliberadamente ni mucho menos por el mero afán de exponer teóricamente el ordenamiento jurídico de los Estado Unidos en materia de sociedades, nuestra intención fue comenzar con un tipo societario tradicional capaz de exponer principios básicos en este campo como lo son las diferentes clases de socios y el régimen de responsabilidad ya expuestos. Como consecuencia de las premisas anteriores, podemos adentrarnos en las demás clases de sociedades y observar como muchas de las características propias de las SAS se encuentran dispersas en estas, pues a diferencia del caso colombiano las novedosas inclusiones propuestas por las Sociedades por Acciones Simplificadas, en lo que respecta a Norteamérica, ya hacían parte de distintos tipos societarios.

A continuación mencionaremos aspectos esenciales presentes en las SAS y el correspondiente paralelo en el Derecho Anglosajón;

A) Acuerdo informal

Con la Ley 1258 de 2008 el proceso de constitución de una SAS a diferencia de cualquier otro tipo societario en nuestro país, se redujo ostensiblemente, pues se suprimieron muchos requisitos entre los que estaban la creación mediante escritura pública, para dar paso a la posibilidad de llevarla a través de documento privado cuya inscripción se hace ante la Cámara de Comercio respectiva; sólo en caso de que la aportación de ciertos bienes requiera para su enajenación de solemnidad, se hará obligatorio el trámite de la escritura pública.

Esta tendencia de liberar de numerosos gastos y engorrosos “papeleos” a quienes decidían formar una sociedad ya había sido acogida por el derecho societario norteamericano, incluso mucho antes de los primeros esbozos ofrecidos en su tiempo por la Ley 222 de 1995; en las *Partnership* (Sociedades de Personas) la

informalidad del documento con el que se daba inicio ya era característica propia de esta clase de sociedades.

Si bien las SAS corresponden a lo que más adelante analizaremos como Sociedades de Capital Cerrado, ésta posibilidad de abreviar el proceso de constitución en los Estados Unidos es característica propia de las Sociedades de Personas, las *Corporations* (Sociedades de Capital) a pesar de contar con reducciones significativas en sus requisitos legales no fueron pioneras en este aspecto, incluso para su constitución existe una importante diferencia entre el “Acta de constitución”, que contiene las cláusulas de mayor importancia para la sociedad y cuya modificación requerirá del mismo trámite ante la Secretaria de Estado, y de la aprobación por parte de la asamblea de socios, y los “Estatutos Sociales” que por el contrario contienen estipulaciones accidentales relacionadas con su funcionamiento interno.

B) Objeto social indeterminado

Cuando se analizaba el estatuto de una sociedad cualquiera y se echaba un ojo a su objeto social, era común leer grandes párrafos que describían un sinnúmero de posibles actividades a las que podía encaminarse o efectuar en algún momento dicha sociedad; ya de por sí esto nos dejaba un “sabor” a indeterminación pues en muchas ocasiones tales actividades ni siquiera guardaban algún tipo de relación.

Cuando se estipuló legalmente que en las SAS el objeto social podía ser indeterminado, se originaron algunas controversias aunque supiéramos de antemano que ésta ya era una práctica bastante común, en donde sólo en pocos casos se iniciaba alguna clase de proceso de nulidad por indeterminación en el objeto social.

Lo que en los Estado Unidos constituye una novedad fue la implementación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, situación que no ocurrió en la tradición romano-germánica en donde tal sociedad ya era conocida y manejada.

Con la *Limited Liability Company* se permitió pactar un objeto social indeterminado al igual que en las *Corporations* (Sociedades de capitales), quedando permitida cualquier actividad económica legal.

Estas Sociedades de Responsabilidad limitada contienen características de las Sociedades de Capital y también de las Sociedades de Personas, por ejemplo, el capital se encuentra dividido en "interés social", pero del mismo modo la responsabilidad tal como su nombre lo indica se encuentra limitada a los aportes hechos al igual que en las Sociedades de Capital.

Es importante tener en cuenta que en la actualidad la aceptación de la indeterminación del objeto social a lo que apunta es a evitar que terceros o los mismos socios tras efectuar negocios, invoquen la nulidad de estos por no estar contempladas en los documentos de constitución, dando prioridad a intereses personales, actuando de mala fe y menoscabando derechos y prestaciones de quienes sí obraron honestamente. Con todo, siempre que pueda probarse fraude o cualquier actuación extraña, el interesado podrá acudir ante el tribunal correspondiente y hacer valer sus derechos. Algunos de los eventos que podrían invocarse son el abuso por parte de los administradores o el abuso de la capacidad de la sociedad, tal como nos lo enuncia Francisco Reyes Villamizar en su estudio del derecho estadounidense.

C) Unipersonalidad

El requisito de pluralidad de socios ya hace un buen tiempo que fue desplazado como básico para la creación de una sociedad en la legislación norteamericana.

En Colombia el artículo 98 del Código de Comercio establece que la sociedad se constituye a través de un contrato plurilateral de colaboración, es decir, que requiere como elemento de sus esencia que a su creación concurren dos o más personas.

El Artículo 1º de la Ley 1258 del 2008 que posibilita y regula la creación de las SAS establece:

“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.”¹²

Antes de esta norma fue la Ley 222 de 1995 la que abrió las puertas por primera vez para que se pudieran en nuestro país constituir sociedades en las que no se requería la presencia de dos o más personas sino que bastaba con que hubiera un solo asociado.

En los Estados Unidos existen las Sociedades de Capital Unipersonal así como las Empresas Individuales; en Colombia, con la Ley 1258 de 2008 se dio paso a las SAS regulando que ellas pueden ser sociedades unipersonales y en el último de sus artículos se exige que dentro de los 6 meses siguientes a su entrada en vigencia las sociedades unipersonales creadas al amparo del art. 22 de la Ley 1014 de 2006 deben transformarse en SAS o desaparecer.

En Norteamérica las Empresas Individuales son la forma más elemental y también más común para llevar a cabo negocios societarios; contienen características muy semejantes a las otras formas asociativas pero no lo son, son “Negocios

¹²Ley 1258 de 2008, Colombia.

Individuales” dirigidos por “Empresarios Individuales”, más comúnmente conocidas como “Organizaciones de Negocios.”¹³

Estas empresas se rigen bajo el contrato de mandato, (“Agency”) y la legislación autoriza que tengan nombres propios como ocurre con las sociedades, pero en estas últimas el nombre que tienen (razón social o denominación social) es una consecuencia de la personalidad jurídica. Tales empresas no están sujetas al cumplimiento de requisitos legales de constitución y sólo deben obedecer a normas que regulan la comercialización de productos, -de acuerdo a aquellos que negocien- es decir, según el tipo de actividad económica que desarrollen.

D) Abuso del derecho

Las Sociedades por Acciones Simplificadas son Sociedades de Capital Cerrado y al igual que en el Derecho estadounidense, en el Derecho colombiano están sujetas a normas bastante rígidas en lo que respecta al caso de que con ellas se configuren fraudes o proceder que se constituyen en abusos del derecho.

En ambos escenarios -el colombiano y el norteamericano- existe una gran preocupación por evitar que en este tipo de sociedades en donde las acciones no se negocian en el mercado público de valores ocurran situaciones abusivas por parte de quienes ostentan algún tipo de poder -sea a través del máximo órgano de control, Administradores o por poseer un mayor número de acciones- y puedan influir en las decisiones societarias para beneficio propio.

Pero en los casos norteamericano y colombiano existen similitudes, diferencias y en general aspectos importantes que debemos enunciar en relación con las

¹³REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos*. Introducción Comparada, Tercera Edición, Bogotá, Legis, 2006, Pág. 133-136

sociedades de capital cerrado concebidas en el derecho anglosajón y en las SAS en nuestro ordenamiento jurídico.

Como primer punto tenemos:

La legislación estadounidense consagra que sociedades de este tipo única y exclusivamente se pueden constituir para desarrollar actividades empresariales pequeñas, con un máximo de treinta socios, en la legislación colombiana (Ley 1258 del 2008) es del espíritu y la filosofía de tal norma el que ellas tienen como razón de ser el de llevar a cabo pequeños negocios o constituir pequeñas empresas, pero no se prohíbe que al amparo de esta figura se constituyan sociedades dedicadas a actividades propias de la mediana y la gran empresa.

Un claro ejemplo son las legislaciones de los estados de Delaware y California que contemplan la Sociedad Cerrada o "*Statutory Close Corporation*" sólo con máximo treinta (30) accionistas.¹⁴

Aunque en el caso de las SAS no existe un número máximo de socios es evidente que al tratarse de Sociedades de Capital Cerrado, en donde las acciones se negocian entre los mismos asociados hay derecho de preferencia, se puede prohibir la transferencia de ellas hasta por un periodo de diez años (prorrogables hasta por diez años más), pueden generarse situaciones de conflicto entre quienes administran las sociedades, sus máximos órganos y sus socios; por ello en ambos casos las normas dirigidas a evitar tales abusos son bastantes claras y estrictas.

En la Ley 1258 de 2008 en su artículo 43 prevé los casos en que puede presentarse abuso del derecho en el ejercicio del derecho de voto en las asambleas generales de accionistas:

¹⁴ Ibídem, pág. 146.

“Por lo tanto, la propia ley establece las conductas que pueden configurar abuso del derecho en los casos del ejercicio del derecho de voto por parte de un accionista, para lo cual parte de la consagración de un principio esencial que los accionistas habrán de observar al ejercer su derecho autónomo de voto, cual es el interés general de la compañía; por ende, cuando se vote una decisión particular que desconozca tal principio, podrá generarse el abuso del derecho que la norma regula. De todos modos la norma enuncia unos presupuestos bajo los cuales se configuraría el ejercicio abusivo del derecho de voto como son: (i) El ejercicio con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas; (ii) El ejercicio con el fin de obtener para sí o para un tercero, ventajas injustificadas; y, (iii) El voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas” (oficio 220-120050 del 30 de septiembre de 2009). La Superintendencia concluye que toda conducta abusiva del accionista en el ejercicio de su derecho de voto en una sociedad simplificada es ilegal porque “dicha conducta no origina simplemente la obligación de indemnizar, sino que también está prevista expresamente como causa o motivo de nulidad absoluta de la correspondiente decisión”¹⁵

El régimen jurídico anglosajón, por su parte, también contempla diferentes eventos que originan abuso del derecho en esta clase de sociedades:

<<“En estas compañías la falta de liquidez facilita el atropello en contra de los minoritarios, quienes pueden verse forzados a vender sus participaciones de capital en condiciones desfavorables.

En el célebre caso de Donahue vs. Rodd Electrotype Co. Of New England, fallado en 1975 por La Corte Suprema del estado de Massachussets, se señalaron algunas de las conductas abusivas de que pueden ser víctimas los minoritarios. La denominada exclusión inducida (freeze-out) se manifiesta en una serie de actuaciones, tales como la negativa a repartir dividendos, la asignación de remuneraciones excesivas a favor de los accionistas mayoritarios que forman parte de la administración, la celebración de contratos con partes vinculadas, el favorecimiento de parientes de aquellos que controlan a la sociedad, el monopolio de los cargos de gestión, etc. La sentencia citada

¹⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *SAS La Sociedad Por Acciones Simplificada*. Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2010, Pág. 123

alude a la precaria situación de un accionista minoritario puesto en estas condiciones, quien, a la postre, se ve forzado a iniciar negociaciones con los mayoritarios.” Es en este momento cuando se realiza el designio urdido por quienes controlan a la sociedad. Este consiste, precisamente, en inducir al minoritario a enajenar su participación en la compañía a un precio injusto. Cuando finalmente el minoritario accede a ofrecer en venta sus acciones en condiciones desfavorables, se habrá garantizado el triunfo del mayoritario”. Para hacerle frente a esta situación, se establecieron deberes fiduciarios aplicables a la actuación de las mayorías. Dentro de ellos, La Corte fue explícita en imponerles a los accionistas mayoritarios la obligación de actuar conforme a una buena fe calificada y con observancia de un estricto deber de lealtad. Así, el ejercicio de sus derechos queda sujeto a estas pautas de conducta, por cuyo efecto se restringe la posibilidad de opresión en contra de los minoritarios, so pena de indemnizar los perjuicios a que hubiere lugar.”>>¹⁶

Ambos ordenamientos contienen disposiciones tendientes a controlar el abuso del derecho en sociedades de características cerradas, pero en el caso norteamericano (y este constituye nuestro segundo punto), aún son los jueces los que detentan la competencia para conocer de este tipo de conflictos; son ellos quienes aún se encargan de restablecer el equilibrio cuando por actuación fraudulenta o encaminados por la mala fe se busca beneficiar a cierto sector y se aleja por completo del fin último el cual no es otro que procurar por el interés general de la sociedad.

Los grandes precedentes en esta materia están dados por las sentencias de las altas cortes, los asociados que sientan menoscabados sus derechos pueden aún acudir ante un juez natural, un órgano judicial, pues como lo exigen sociedades de características tan especialísimas, la solución a los conflictos suscitados en ellas debe ser no sólo ágil, sino además justa y con la garantía del cumplimiento de todos los derechos y principios propios de la administración de justicia y el acceso a ésta.

¹⁶ Ibídem. pág. 121, 122.

1.2.2 Francia

Los países europeos se encuentran en una competencia constante en la que cada uno intenta que su legislación y territorio sean los preferidos por las personas de los Estados miembros para la constitución y ubicación del domicilio principal de las sociedades, por lo tanto la evolución de las normas se encamina a hacer la legislación más atractiva para los interesados en crear una empresa, por eso desde hace ya más de tres décadas en Europa se habla de sociedad unipersonal, y de sociedades por acciones con limitación de responsabilidad.

Nuestro estudio lo enmarcaremos en Francia ya que según el profesor Francisco Reyes Villamizar, es esta legislación la sirvió de guía para estructurar el contenido del proyecto de ley (Ley 1258 de 2008) de lo que hoy son las Sociedades por Acciones Simplificadas.

Su desarrollo:

Con la Ley 3 de enero de 1994 se introduce en Francia la Sociedad por Acciones Simplificada sin embargo allí se han presentado dificultades, razón por la cual tuvieron que revisar el contenido de la ley para garantizar una mejor implementación. La citada ley se ha modificado en los años 1999, 2001 y 2008. De dichas reformas se puede resaltar:

En 1999: antes, de esta modificación, las SAS era únicamente sociedades con un capital suscrito no menor a 1500 millones de francos, lo cual marginaba a las pequeñas y medianas empresas, por tal razón resultó necesario eliminar esta restricción y expandir sus alcances; desde 1999 cualquier persona natural o jurídica puede constituir una SAS sin importar si tiene o no la calidad de comerciante y el monto del capital a suscribir. En Colombia este inconveniente no se presentó en ningún momento ya que la intención de tomar como modelo para nuestra legislación las SAS francesas era, además de facilitar la constitución de

empresas, el que fueran accionistas de ellas otras sociedades y grandes inversionistas, e impulsar la formalización y creación de pequeñas y medianas empresas.

Cuando se abre esta opción en Francia gran cantidad de personas prefieren crear este tipo de sociedad e incluso transformar su pequeña empresa al régimen SAS sobre todo por dos razones específicas: (a) El presidente de la empresa hace el estatuto social, el cual se refiere a los regímenes de protección social para los accionistas y los empleados, y (b) La libertad contractual.

En el año 2001 se reforma todo lo que se relaciona con la regulación del conflicto de intereses y se estipula que todos los documentos expedidos por las SAS deben llevar el nombre de la sociedad precedidos por la sigla SAS o SASU.

Además, reglamenta que para transformar una sociedad en otro tipo social se exige el voto unánime de todos los titulares de acciones de la sociedad. Fuera de lo anterior, antes de la reforma se consideraba delito el hecho de que el presidente no emitiera un reporte de gestión mensual, ella suprime este requisito pues deja de ser obligatorio excepto cuando se deba reportar un total del balance fijado a un millón de euros, un valor de negocios sin impuestos de 2 millones de euros o un número de asalariados permanentes en el curso del ejercicio igual a 20¹⁷.

La última reforma es la del año 2008 que implementa un llamado público al ahorro por encima de 50 mil euros, pero aun existe la restricción taxativa de emitir valores para el mercado financiero¹⁸.

Así que después de todos estos perfeccionamientos podemos deducir que las principales características de las SAS en Francia resultan ser: "(a) Puede ser

¹⁷<http://pme.service-public.fr/actualites/breves/sarl-sas-associe-unique-dispense-du-rapport-gestion.html?xtor=RSS-1>

¹⁸<http://www.legifrance.gouv.fr>

constituida por toda persona natural y jurídica, sin que sea necesario ostentar la calidad de comerciante; (b) puede constituirse con un solo accionista, en cuyo caso se denominada Sociedad por Acciones Simplificada unipersonal SASU; (c) La responsabilidad de los asociados se limita al monto de los aportes; (d) la mitad del capital, al igual a como ocurre en las sociedades anónimas debe ser liberada en el momento de su constitución, el saldo en un plazo de cinco años ; (e) existe gran flexibilidad para su funcionamiento (ciertas reglas impuestas a la sociedad anónima no le son aplicables), (f) Las S.A..S pueden servir de instrumento jurídico para el ejercicio de una profesión liberal¹⁹. Las anteriores características resultan muy similares a las que tenemos hoy en día en nuestra legislación con la ley 1258 de 2008.

1.2.3 Latinoamérica

La tendencia económica actual ha llevado a que la gran mayoría de países en Latinoamérica hayan optado por admitir en sus ordenamientos novedosos tipos de sociedades, que suelen variar un poco respecto de sus características pero que en general apuntan a criterios de flexibilización, modernizando sus estructuras e incentivando la formación de sociedades comerciales a nivel interno.

En este capítulo mencionaremos brevemente dos casos cercanos en donde al igual que en nuestro país, las SAS ya han venido funcionando aunque no conserven el mismo nombre o muchas de sus ventajas -nuevas para nosotros- pertenezcan a otras clases de sociedades ya reguladas.

1.2.3.1 Chile. Para referirnos al caso chileno, la Ley 20.190 de 5 de junio de 2007 se encargó de introducir modificaciones al Código de Comercio agregándole a las S.p.A (Sociedades por Acciones); el artículo 424 que expone:

¹⁹ LEMEUNIER, Francies. Citado por: FRANCISCO REYES VILLAMIZAR En:SAS: *La Sociedad por Acciones Simplificada*.Bogota. 2010, Legis. p.65.

“La sociedad por acciones, o simplemente la “sociedad” para los efectos de este Párrafo, es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto constitución perfeccionado de acuerdo con los preceptos siguientes, cuya participación en el capital es representada por acciones (...)”

Estas sociedades supletoriamente están sujetas a las disposiciones que rigen a las Sociedades Anónimas. Con su creación se observa los objetivos planteados por el Legislador:

*“...1. Abaratamiento de los costos de transacción y de contratación comercial sofisticada;
2. Promoción del Desarrollo de la Industria de capital de riesgo y financiamiento de nuevos proyectos;
3. Profundización de reformas de perfeccionamiento de los regímenes de administración societarias; y
4. Fortalecimiento de los mecanismos de fiscalización, potestades de control, sanción y coordinación (...)”²⁰*

Algunas de las características de las S.p.A son:

- La sociedad se forma, existe y prueba por un acto de constitución social, el cual puede ser escritura pública o por instrumento privado suscrito por los otorgantes, y cuyas firmas sean autorizadas por notario público, en cuyo registro será protocolizado dicho instrumento.
- El acto de constitución debe ser inscrito en el Registro de Comercio que corresponda al o los domicilios sociales, como asimismo, deberá ser publicado por una vez en el Diario Oficial. El plazo de inscripción y publicación del acto de constitución es de un mes contado a partir desde del instrumento constitutivo de la sociedad.

²⁰ Cfr. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 2, pp. 381 - 384 [2007]

- Los accionistas sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes en la sociedad.
- Si el nombre de una sociedad fuere idéntico o semejante a otra ya existente, ésta tendrá derecho a demandar la modificación del nombre de aquélla mediante juicio sumario.
- Deben llevar un registro de accionistas que no guarda especial diferencia con el de la anónima.
- Se puede constituir por una o mas personas jurídicas o naturales.
- Su objeto siempre será considerado mercantil.
- Su capital se divide en acciones.
- Libre transferencia de derechos de propiedad sobre la sociedad.
- La solución de conflictos es desarrollada obligatoriamente por un tribunal de arbitramento.

Con las sociedades por acciones S.p.A. se introduce un cambio importante en la forma de concebir a la sociedad en Chile, pues a pesar de que se asimilan a las sociedades anónimas, el carácter dispositivo y rígido de estas últimas es remplazado por una mayor autonomía de la voluntad de las partes, en donde el imperio normativo asume un carácter supletorio, sólo frente al silencio de los asociados.

1.2.3.2. Brasil. Ahora bien tratándose de Brasil, debemos resaltar que posee una de las legislaciones cuyo carácter moderno y dinámico ha sido producto de reestructuraciones al derecho comercial de tiempo atrás. No es un secreto que en materia mercantil, Brasil ha venido destacándose por su asimilación temprana de modelos extranjeros, -en su gran mayoría norteamericanos- y su gran desenvolvimiento en negocios de carácter internacional.

En relación con figuras como la SAS el Derecho brasileño no contempla como en la mayoría de los casos, sociedades disímiles en su estructura pero que

comparten ciertas características, no, en el caso de Brasil la Ley 10.303 de 2001 introdujo disposiciones dirigidas a modificar aspectos concretos de las sociedades anónimas, es decir, que en la práctica se constituyen sociedades anónimas y se le adicionan aquellos elementos que la ley permite y que en el caso de las SAS en Colombia o de las S.p.A en Chile corresponden a las amplias prerrogativas otorgadas a la voluntad privada y a la restricción mediante disposiciones bastantes estrictas, del abuso del derecho en asociaciones de carácter cerrado.

«La carencia de un tipo social como las SAS en Brasil fuerza a los asociados a afectar el tipo de la sociedad de anónima para incluirle elementos contractual de naturaleza personalista. El carácter intuitus personae en sociedades anónimas puede alcanzarse en ese país mediante “la limitación a la circulación de las acciones, la exigencia de prestaciones accesorias, restricción a la admisión de asociados por razón del objeto social, exigencias de calidades de los socios (p. ej., nacionalidad o determinada condición), relaciones diferenciadas entre la mayoría y la minoría, en la que se involucra mayor presencia de los socios en la administración, acuerdos de votación, de preferencia sobre la enajenación de acciones, restricciones o discriminaciones en relación con derechos de gestión, voto privilegiado, cláusula de recompra o compra forzada de acciones, hipótesis para el derecho de retiro más allá de las previstas en la ley, en otras”»²¹

Un aspecto importante tenido en cuenta por nuestra legislación, es el desarrollo en materia de abuso del derecho llevado a cabo por el ordenamiento brasileño y cuyas disposiciones fueron tenidas en cuenta en la Ley 1258 de 2008, en relación con el voto en las asambleas de accionistas.

²¹QUEIROZ ASSIS, Olney. *Direito Societario*, Sao Paulo, Editora Damásio de Jesús, 2004. pág. 287. Citado por: REYES VILLAMIZAR, Francisco. *SAS La Sociedad Por Acciones Simplificada*. Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2010.pág. 69.

1.3. AVANCES

Una vez logramos determinar los antecedentes legales y otros modelos internacionales, haremos mención del avance en el derecho comercial y a la economía, sobre la ultima podemos decir que dichos avances han sido planteados desde dos elementos principales “(i) el establecimiento de sectores de talla mundial o altamente exportadores, y (ii) la ampliación de la base empresarial, principalmente, mediante la formación empresarial”²²

Los avances en el derecho comercial que destacamos es la consecuencia previsible de una serie de modificaciones que se han desarrollando, al ser la conglomeración y consolidación de pautas instituidas desde la Ley 222 de 1995 y 1014 de 2006, y junto con otras novedades propias de la Ley 1258 de 2008.

1. Posibilidad de constituir de manera unipersonal una sociedad: aunque lingüísticamente produce aversión esta denominación ya que al referirnos a sociedad inmediatamente lo relacionamos con la agrupación de dos o mas personas que, en estos casos conviene aportar bienes y servicios para iniciar una actividad económica y dividirse los beneficios; en la practica a consecuencia con las necesidades comerciales modernas las personas prefirieron crear una modelo societario , en el que no fuera necesario sino un solo accionista que actúe como único socio.

2. Con esta la Ley 1258 de 2008, la anterior característica atrae considerablemente a la inversión extranjera pues facilita la creación de empresa pues no exige que haya más socios en el momento de la constitución de la empresa, teniendo en cuenta los dos elementos que relacionamos para observar si existe una avance económico, es la facilidad para la inversión extranjera, y el

²² MADRIÑAN RIVERA, Ramon. *La sociedad por acción simplificada (SAS) y su impacto en el desarrollo: un análisis frente a la inversión extranjera y el emprendimiento. Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*. Primera Edición. Bogotá. Universidad Externado. 2010. pag. 298.

fortalecimiento de la microempresa y mediana empresa, notamos que estas resultan en gran manera favorecidas por otorgar la posibilidad que tan solo el capital de una sola persona pueda llegar a constituir una empresa.

3. Limitar la responsabilidad: proporciona un blindaje al patrimonio de los accionistas al limitar la responsabilidad de estos, bien sea al tratarse de una SAS con un gran capital o un pequeño emprendedor frente a las obligaciones que asume la sociedad incluyendo las obligaciones laborales y fiscales.

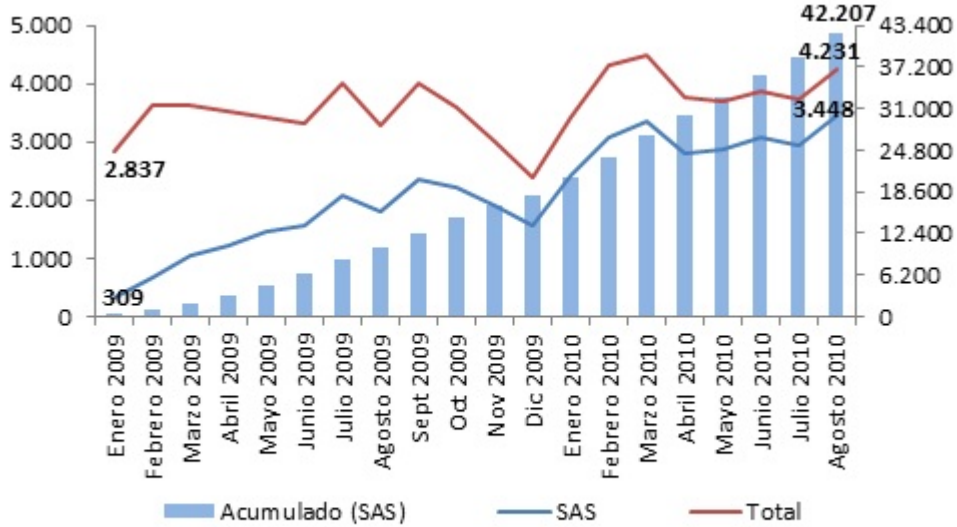
4. Posibilidad de crear la sociedad mediante documento privado²³ y su registro en la cámara de comercio, facilita la formalización de la microempresa ya que debido a los altos costos de la escritura pública las personas preferían mantenerse en la informalidad, lo cual además de ser un inconveniente pues las empresas no entraban bajo las mismas condiciones en la competencia mercantil, reducen para el Estado las posibilidades de recaudar los impuestos justos y alcanzar los índices de empleo necesarios en el país.

En consecuencia notamos que entre enero de 2009 y agosto de 2010 se han creado 42.207 Sociedades de este tipo. En 2009 se crearon en total 40.701 nuevas sociedades, de las cuales cerca del 45% eran Sociedades por Acciones Simplificadas (18.194), mientras que entre enero y agosto de 2010 más del 76% de las empresas creadas son SAS, es decir 24.013 SAS frente a 31.520 nuevas empresas.

²³ «El documento de constitución es objeto de autenticación directamente por quienes suscriben o a través de apoderado, en criterio de la Superintendencia de Sociedades, se requiere que “ las firmas impuestas en el documento privado por quienes lo suscriben son las que deben ser autenticadas, lo cual no resulta posible cuando constituyentes de la compañía pretendan actuar mediante apoderado lo que solo es factible cuando los suscriptores (...)ya tengan registradas sus firmas previamente ante el notario”». (criterio de las Supersociedades 65681/09. Citado en: SANIN BERNAL, Ignacio, La ley SAS remozca las sociedades comerciales (y también crea nuevos reos) Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada. Primera Edición. Bogotá. Universidad Externado. pág. 49.

Sociedades por Acción Simplificada

(Creadas mensualmente)



Fuente: RUE- Confecámaras.

24

5. La duración puede ser indefinida es decir el termino de la durabilidad de la sociedad puede no tener un limite, de este modo si no se estipula en los estatutos se entiende que es indeterminado.

6. La forma de pago permite que no se especifique entre el capital autorizado ,suscrito y pagado siempre y cuando no se exceda el termino de dos años; cuando tratamos este tema de capital también es interesante mencionar que a los capitales extranjeros les llama mucho la atención invertir en este tipo de sociedad al saber que los activos pueden enajenarse hasta en un 50% sin que la sociedad deje de existir, esta es una situación que aunque beneficia mucho al inversionista, quebranta la necesidad que tiene el Estado de que la misma cantidad del dinero que se recaude en su territorio se invierta en el mismo y no que los capiteles una

²⁴www.confecámaras.org.co

vez explotados se trasladen a otros países, sin beneficiar de ninguna manera a quien le proporcione el suelo y las garantías para el desarrollo.

7. No se requiere la designación de junta directiva si así se pactare en los estatutos, ni revisor fiscal siempre y cuando: sus activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente a 5.000 SMMLV o sus ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente de 3.000 SMMLV o cuando otras leyes especiales así lo exijan.

8. El representante legal actúa libremente y es autónomo en sus decisiones siempre y cuando no sean restringidas sus funciones en los estatutos.

9. La impugnación de las decisiones de la junta directiva o la asamblea pueden intentarse mediante tribunal de arbitramento o amigable compondores si se pacta en cláusula compromisoria y de no haberse realizado se podrá solicitar la impugnación a la Superintendencia de Sociedades.

10. Los accionistas pueden renunciar al derecho de inspección del que gozan.

11. El objeto puede ser indeterminado lo que indica que puede realizar cualquier actividad legal en el término de su vigencia.

12. “Estable que las prohibiciones de los artículos 155, 185, 202, 404, 435 y 454 del Código de Comercio no serán aplicables a este tipo de societario lo que significa, que los administradores empleados, podrán representar a los accionistas en reuniones de asamblea, y que los administradores podrán negociar acciones y votar los estados financieros de fin de ejercicio.”²⁵

²⁵La ley SAS remoja las sociedades comerciales (y también crea nuevos reos) Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada. Primera Edición. Bogotá. Universidad Externado. pág. 53.

13. Se restringe la emisión de acciones en la bolsa de valores, esta situación es una limitante que decide el Legislador, ya que el mercado bursátil se caracteriza por exigir estrictas formalidades a las sociedades y la naturaleza laxa de estas las SAS controvierte con estos lineamientos.

Todos estos avances eran indispensables para una evolución conceptual y practica en el Derecho Comercial con el fin de garantizar las necesidades que tienen las personas en el momento de apostarle a iniciar un negocio, una empresa o una sociedad; como pudimos ver las SAS no soy una novedad absoluta, pero si constan de particularidades que fueron atribuidas solamente en nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas el establecer como juez natural a una autoridad administrativa- Superintendencia de Sociedades- lo cual puede producir cierto recelo en las personas y causar obstáculos para acceder a la justicia.

Veamos cuáles son los conflictos que se presentan en una SAS en razón del contrato social o el acto unilateral y cuales son los mecanismos que según manifestación expresa del Legislador son los indicados para solucionar dichos conflictos.

2. TIPOS DE CONFLICTOS PRESENTES EN LAS SAS Y LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN PREVISTOS EN LA LEY

2.1 RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS SAS

Las novedosas disposiciones contenidas en la Ley 1258 de 2008 no sólo se refieren a la forma de constitución de la Sociedad por Acciones Simplificada, además de esto, a la hora de resolver los conflictos que se originen en esta reciente forma societaria, se han habilitado dos vías a través de las cuales, los accionistas de las SAS pueden acudir para lograr poner fin a los problemas que surjan dentro de ellas. Estas dos vías son, en primer lugar la oportunidad de acceder a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, si así es pactado de antemano, en lo que respecta al arbitramento y la amigable composición, y en segundo término la posibilidad de que sea la Superintendencia de Sociedades quien actuando en virtud del otorgamiento de funciones jurisdiccionales, consagradas en el artículo 116 de la Constitución Política, conozca de aquellos casos provenientes de las SAS y actúe como juez mediante un proceso verbal sumario.

Pero en primer lugar nos centraremos en la primera de estas posibilidades, es decir en el acceso a un tribunal de arbitramento o la amigable composición y su sustento constitucional dentro de estas sociedades.

Para ello analizaremos en primera medida las clases de conflictos que pueden originarse en las Sociedades por Acciones Simplificadas, los cuales se encuentran estipulados en los siguientes artículos de la Ley 1258 de 2008:

- 1 **Artículo 24 Acuerdos de accionistas;** obligaciones que se originen en ellos en razón del contrato social.
- 2 **Artículo 40 Resolución de conflictos societarios;** las diferencias que ocurran entre los accionistas, éstos y la sociedad o éstos y los administradores, así como la impugnación de determinaciones de la asamblea o junta directiva siempre y cuando se disponga en el contrato social.
- 3 **Artículo 42 Desestimación de la personalidad jurídica;** uso de la sociedad en actos fraudulentos o en perjuicio de terceros.
- 4 **Artículo 43 Abuso del derecho;** tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad; ejercicio abusivo del derecho de voto en las determinaciones de la asamblea.

Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores

Este tipo de conflictos se presentan debido a que una de las partes incumple con sus deberes de hacer o no hacer con respecto a las obligaciones que asumió frente a la sociedad, bien sea como accionista, como representante legal o como administrador, y en razón al contrato social o acto unilateral y lo estipulado en este, por lo tanto determinar cuales pueden ser los conflictos que se presenten entre estos sujetos resulta casi imposible ya que se deriva de la particularidad de las obligaciones asumidas por las partes y consagradas en los estatutos de cada una de las sociedades inscritas en el registro mercantil, así, lo único que se presume es que cuantas sociedades existan así mismo podrán surgir conflictos en consecuencia a las distintas obligaciones enmarcadas en los estatutos de ellas.

La impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva

Solo en este modelo societario puede presentarse una impugnación de las actas de asambleas o juntas de socios ante jurisdicciones distintas a las ejercidas por los jueces estatales, lo que resulta una novedad evidente teniendo en cuenta que en el artículo 194 del Código de Comercio enuncia: **Acciones de impugnación**

interposición y trámite: Las acciones de impugnación previstas en este Capítulo se intentarán ante los jueces, aunque se haya pactado cláusula compromisoria(subrayado nuestro), y se tramitarán como se dispone en este mismo Código y, en su defecto, en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil para los procesos abreviados.-El texto señalado fue declarado exequible- en la Sentencia C-378 de 2008 bajo los criterios de que: en primer lugar las declaratorias de impugnación de las actas de asambleas o juntas de socios están demandando un asunto de legalidad y de orden publico el cual no puede ser tratado como un problema entre particulares, pues se ignoraría su carácter erga omnes, en segundo lugar la clausula compromisoria pactada en los estatutos de las sociedades requieren para su aprobación la mitad mas uno del total de las acciones situación que excluye a los accionistas minoritarios y disidentes²⁶, dejando como potestad propia de los de los jueces de la república el realizar pronunciamientos al respecto. Contrario a lo anterior en el fallo C-014 de 2010 declara la exequibilidad del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008 indicando particularidades específicas de las SAS por las que se “...autoriza el acceso a la justicia arbitral siempre y cuando así se haya pactado en los estatutos sociales de la respectiva SAS y dado que se exige unanimidad para que la cláusula arbitral quede incorporada en ellos, todos los accionistas, minoritarios o mayoritarios, originarios o nuevos, habrán expresado, en ese consentimiento estatutario, la voluntad habilitante que exige la Carta”²⁷ además argumenta La Corte que no hay vulneración a ningún derecho constitucional al permitir que mediante tribunales de arbitramento se puedan resolver las impugnaciones de las actas expedidas por las asambleas o juntas de socios debido a que las SAS son un modelo particular de sociedad, tan distinta a las demás que dentro de la libre regulación que tiene el Legislador de impartirle funciones jurisdiccionales a entes administrativos en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, se le nombra como único interviniente para impartir justicia -si no se ha pactado clausula compromisoria- a la

²⁶ Sentencia C-378 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

²⁷ Sentencia C-014 de 2010 M.P.

Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario, con excepción de la impugnación de la personalidad.

Cabe destacar que La Corte Constitucional antes de la Ley 1258 de 2008 SAS se había pronunciado con respecto a la posibilidad de deliberar este asunto frente a un tribunal de arbitramento²⁸ de forma tajante por observar vulneraciones tan evidentes como cuando al pactarse clausula compromisoria sujetos que no hagan parte del contrato social y la clausula compromisoria no pueden solicitar la impugnación del acta dejando por fuera a los administradores y revisores fiscales contrariando lo estipulado por el artículo 93 del Código de Comercio, pero al realizar el control constitucional de la ley SAS simplemente desvincula a las Sociedades por Acciones Simplificadas de las demás sociedades y permite la resolución de conflictos mediante tribunal de arbitramento argumentando que el voto de la mayoría absoluta de los socios para pactar la clausula compromisoria.

Ahora bien como lo mencionamos anteriormente si los socios deciden no pactar clausula compromisoria, o al menos uno de ellos no está de acuerdo con este acuerdo, es competencia de la Superintendencia de Sociedades declarar la nulidad, ineficacia o inoponibilidad del acta de la asamblea o la junta de socios en virtud de las funciones jurisdiccionales que le atribuye la ley y mediante proceso verbal sumario, lo cual indica que los únicos recursos a los cuales se podrá acudir son a los de reposición y queja ya que no existe apelación para los procesos verbales sumarios.

Desestimación de la personalidad jurídica

A pesar de que la desestimación de la personalidad jurídica puede considerarse una modalidad de abuso del derecho, pues se usa el nombre de una sociedad para cometer actos fraudulentos o transgredir en sus derechos a terceros, es una figura que debe estudiarse por separado, ya que contiene características propias y

²⁸ Véase: Sentencia C-378/08 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

su desarrollo legal es también bastante definido.

Mencionaremos de igual forma algunas disposiciones legales que desarrollan esta figura en nuestro país.

El atributo de la personalidad jurídica de que goza una sociedad, es aquel capaz de darle vida propia a dicha entidad, es el que permite que al momento de efectuar negocios, ésta pueda ser considerada como un ente distinto de la totalidad de socios que lleguen a conformarla, que bajo su nombre se realicen contratos, operaciones económicas, porque ostenta la capacidad para hacerlo. Por esta razón las actuaciones que se hagan bajo su nombre, deben ser no solamente aprobadas por sus asociados sino además legales y adecuadas al bien común.

En sociedades como las SAS en donde el régimen de responsabilidad de cada accionista se limita al monto de sus aportes, se dio lugar también a esta preocupación por evitar que miembros inescrupulosos actuando de mala fe, vulneraran en sus derechos a terceros o a los demás socios y contrajeran obligaciones, usando el nombre de la sociedad. Bajo este supuesto, no podía permitirse que dicho régimen de responsabilidad se mantuviera intacto y es allí cuando la ley faculta el descorrimiento del velo societario, para que quienes se verán implicados en actos de este tipo, respondan solidariamente por las obligaciones contraídas.

Esta responsabilidad puede entenderse bajo los supuestos de que aquellos socios culpables respondan por las obligaciones asumidas en su momento, que deban pagar la indemnización a que tengan lugar los socios o terceros afectados y por la correspondiente nulidad que pueda decretarse de aquellos actos mal concebidos.

El referente más cercano y base de la disposición contenida en la Ley 1258 de 2008, fue el parágrafo del artículo 71 de la Ley 222 de 1995:

«Artículo 71 - Parágrafo: “Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicios de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participados o facilitados los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por lo perjuicios causados.”»

Más adelante con la Ley 1116 de 2006 los artículos 61 y 82 exponen algunas situaciones en donde se permite el allanamiento de la personalidad jurídica en casos de insolvencia empresarial, cuando se pretenda desmejorar la garantía de los acreedores con ocasión de conductas dolosas o culposas.

En relación con la Ley 1258 de 2008 el artículo 42 expresa:

“Cuando se utilice la Sociedad por Acciones Simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el proceso verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.”

De esta manera se integran a la norma aquellos eventos en los que asociados de una SAS deben responder patrimonialmente por actos fraudulentos o efectuados de mala fe que ocasionen perjuicios a terceros independientemente del régimen de responsabilidad de estas sociedades y a nuestro parecer es una salvedad que

es bastante importante sobre todo si tenemos en cuenta que esta nueva figura societaria trae consigo bastantes ventajas que la hacen atractiva al público y que ocasionan su aumento progresivo.

A continuación expondremos el abuso del derecho y algunas de sus características.

Abuso del derecho

Al analizar esta figura encontramos que una de las primeras bases legales, además de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 83 y 95, que se refieren explícitamente al deber de cada ciudadano de obrar de buena fe, en el desarrollo de sus derechos y obligaciones sin transgredir derechos ajenos, aparece en nuestro Código de Comercio, más exactamente en su artículo 830 que contempla: *“(...) el que abuse de sus derechos, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.”* A partir de esta disposición y a pesar de que su referencia es de carácter indemnizatorio, se sustentan los posteriores avances que en esta materia se han dado y que han nutrido a nuestro ordenamiento jurídico con disposiciones cada vez más interesadas en controlar el ejercicio del derecho bajo la observancia de la buena fe y el bien común.

Entre las primeras normas que se ocuparon del asunto debemos mencionar el Decreto 2153 de 1992, en donde el Legislador se preocupó por la posición dominante que podían ostentar algunos comerciantes, quienes obedeciendo a fines insanos buscaban eliminar la competencia en el mercado, reduciendo costos en sus productos de forma irrazonable o negándose a la venta de insumos a ciertos compradores, entre otras muchas prácticas. Aunque en este primer caso la norma está orientada a proteger a aquellos pequeños comerciantes que pueden ser afectados por grandes empresarios, valiéndose de artimañas para acaparar la totalidad del mercado, es bastante importante su mención, pues constituye uno de los primeros eventos en que el Estado pone en duda acciones que se encuentran

dentro de parámetros legales, pero que analizadas en un contexto definido, contienen en el fondo mala fe y son discriminatorias; es así como la ley comienza a regular el ejercicio de derechos subjetivos, es decir la “intencionalidad” a que apuntan, a pesar de que como se mencionó, el primer ejemplo nos lo brinde una legislación de carácter mercantil más que societario.

Partiendo de esta base, lo que siguió fue procurar la aplicación de la figura del abuso del derecho dentro de un contrato social, es decir, dentro de un conjunto de asociados en donde perteneciendo a una entidad jurídica superior a cada individuo, se velara por los derechos de aquella o aquellas partes, que en ocasiones se ven sometidas a la voluntad de ciertos organismos que tienen el poder de incidir definitivamente en decisiones trascendentales para la sociedad.

Con éste objetivo y acudiendo a aportes internacionales en la materia, tal como en el caso francés y la reforma al derecho societario brasileño de 2001, aparece con la Ley 1258 de 2008 el artículo 43, que prevé el caso en que al ejercer el derecho de voto dentro de una Sociedad por Acciones Simplificada, se transgreden los derechos de los demás asociados, al incidir de forma definitiva en decisiones que aunque aparentan ser justas pues se ciñen a los estatutos y a las leyes, tienen una intención dañina que amerita ser reprochada.

El artículo 43 expresa:

“Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en interés de la compañía, se considera abusivo el voto con interés de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como de aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse del derecho de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

La acción de la 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 el proceso verbal sumario.”

Respecto de éste artículo efectuaremos un análisis que se dividirá en dos puntos de la siguiente manera:

PRIMERO; al estudiar el artículo evidenciamos que existe una diferencia entre el “acto abusivo” y el “objeto ilícito”; la obligación de indemnizar a quienes se han visto afectados por las determinaciones tomadas y que de manera general contempla el artículo 830 del Código de Comercio, dejó de ser la única alternativa de protección de los derechos ante decisiones abusivas, para permitir de igual forma la posibilidad de declarar nulo el acto a través del cual se originó dicha disposición. Es así como no sólo se castiga a quien ha abusado de su derecho con el pago de perjuicios a los afectados, sino que además puede accederse ante la autoridad competente, para lograr la nulidad del acto expedido por el órgano administrativo y así cesar en el tiempo los efectos lesivos.

“Nuestra legislación ha asumido el abuso del derecho como fuente de obligaciones en todo caso independiente de otras instituciones como la nulidad absoluta del acto jurídico; diferente a lo que sucede en otras legislaciones como la brasileña, donde, de manera bastante práctica se terminó equiparando el acto abusivo al acto ilícito.”²⁹

SEGUNDO: doctrinariamente nuestra legislación ha tenido en cuenta tres clases de abuso del derecho:

²⁹VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. *Sobre el Abuso del Derecho en Materia de Sociedades*. Véase: http://carlosvelasquezasociados.com/Abuso_sociedades.pdf

Abuso de la mayoría: En esta situación quienes ostentan la mayoría de las acciones toman determinaciones que afectan en sus derechos a los accionistas minoritarios; algunas de esas acciones pueden negarse a repartir utilidades o constituir reservas sin justificación alguna. Bajo esta modalidad se estará presente ante determinaciones del órgano máximo que buscan menoscabar los derechos de la minoría en aquellos casos en que para la toma de una decisión no se requiere de quórum absoluto.

Abuso de la minoría: este abuso se presenta en aquellos eventos en que los socios minoritarios sin razón aparente se niegan a dar su aprobación para la toma de una decisión de vital importancia para la sociedad, o aunque no lo fuere se niegan a ello con el fin de salvaguardar derechos propios de manera egoísta, dejando de lado el interés común de la sociedad. Aquí igual que en el abuso de paridad, la conducta abusiva no proviene de una determinación del máximo órgano sino, de la incapacidad de cierto sector de permitir que mediante su voto favorable tal determinación sea acogida por la sociedad.

Abuso de paridad: cuando en una sociedad el número total de acciones se encuentra dividido en partes iguales entre dos sectores definidos, las decisiones a que hubiere que tomar para dar marcha a la sociedad pueden verse afectadas si uno de estos dos sectores se niega a dar su aprobación, generándose una situación de bloqueo que podría tornarse indefinida por el choque de estos dos sectores.

En lo que al carácter procedimental se refiere, el abuso del derecho en las SAS se atenderá bajo el proceso verbal sumario de única instancia y será de competencia de la Superintendencia de Sociedades.

A continuación mencionaremos la forma como se solucionan los anteriores conflictos.

2.2 LOS MASC EN LAS SAS

Para solucionar los conflictos que se lleguen a presentar entre los socios de una SAS, en razón al contrato social o acto unilateral existe dos vías jurídicas: Los mecanismos alternativos de solución de conflictos y la intervención de la Superintendencia de Sociedades, por lo tanto resulta indispensable mencionar que además de la consagración de la amigable composición y el arbitramento en el artículo 116 de la Constitución Política, existe un desarrollo legal que ha definido su área de competencia; la Ley 270 de 1996 reguló en cuanto a la materia de nuestro interés por primera vez la función jurisdiccional ejercida por particulares en tanto conciliadores o árbitros habilitados por las partes, y definió el carácter transable que deben poseer estos asuntos; más tarde la Ley 446 de 1998 en su artículo 111 establece sobre el arbitramento:

“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión llamada laudo arbitral”.

En el caso de la amigable composición también deben ser transables las obligaciones sometidas a ella.

Con la Ley 1285 de 2009, se modifica el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996:

*“Artículo 6. Modifíquese el artículo 13 de la Ley 270 de 1996:
Artículo 13. Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:
...3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de*

procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso”.

Además La Corte Constitucional, define aspectos importantes de los MASC, en varias oportunidades ; en primer lugar, especifica que aquellos asuntos que se sometan a la solución de un mecanismo alternativo, obedecen a la autonomía privada, es decir pueden establecerse como de carácter económico³⁰, en segundo lugar, y a pesar de que las partes manifiesten su deseo, se deben observar las normas que en particular regulen el proceso arbitral, o el mecanismo al que se desee acudir y las leyes generales de procedimiento que garanticen lo principios y derechos propios del acceso a la justicia y en tercer lugar deben tratarse de asuntos susceptibles de ser transados en cuanto a este último punto la Sentencia C-098 de 2001 expuso:

“En diversos fallos - algunos de ellos ya citados - esta Corporación ha avalado el límite material del arbitramento, al señalar que no toda cuestión materia de controversia, no obstante la habilitación de las partes, puede ser sometida genéricamente a la decisión de árbitros. (...) En este contexto, se ha entendido que la justicia arbitral sólo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titular, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renuncia en un todo o en parte. (...) Esta libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al Legislador establecer en qué casos ésta es posible -capacidad legal de disposición -. Así, frente a ciertos derechos o bienes, el Legislador podría optar por permitir su disponibilidad y, en esa medida, los conflictos que de ellos se susciten someterlos a la decisión de un árbitro, si esa es la voluntad de las partes.”

Es así como el Legislador tiene la facultad de decidir los campos en que los MASC pueden ser utilizados, en virtud de la asignación de facultades jurisdiccionales

³⁰Véase: Sentencia C-294 de 1995 *“Son susceptibles de transacción las obligaciones de contenido económico, por lo tanto son tienen la oportunidad de resolverse mediante un mecanismo alternativo de solución de conflictos.”*

Ahora bien al estudiar los tipos de conflictos que pueden llegar a presentarse en la SAS notamos que en la consagración del artículo 40 de la Ley 1258 de 2010 se establece la competencia para la resolución de conflictos originados en las SAS

Ante la primacía de la voluntad de las partes, se posibilita que en este tipo de sociedades, se pacten en sus estatutos acudir a Arbitramento o a la Amigable Composición y así evitar el inicio de un proceso, en este caso ante la Superintendencia de Sociedades.

Con ocasión de la alternativa de acudir a un tribunal de arbitramento, La Corte establece un precedente con la Sentencia C -014 de 2010; a través de la cual, expone importantes puntos en lo referente al uso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, así como explica las diferencias que deben observarse entre una SAS y las demás sociedades consagradas en el Código de Comercio.

Debido a que esta sentencia ha sido la única emitida por el Alto Tribunal Constitucional sobre la resolución de conflictos en las SAS, pues demanda directamente el artículo 40 de la ley 1258 de 2008, ya que contiene disposiciones importantes para nuestra investigación, analizaremos algunas de las consideraciones expuestas en ella, los derechos y principios presuntamente vulnerados.

Derecho al debido proceso

Al iniciar la lectura de la sentencia, se observa que muchos de los derechos cuya protección el actor pretende, se den por vulnerados, son obviados en sus pretensiones por el alto tribunal, debido a la falta de argumentos convincentes o al enfoque erróneo de estos.

En el caso del derecho al debido proceso, La Corte Constitucional asume sus consideraciones en el entendido de que no puede pronunciarse, sobre la violación

de este derecho dentro del trámite de un proceso arbitral, pues legal y constitucionalmente, los MASC (Mecanismos alternativos de solución de conflictos) gozan de las garantías que permiten preservar el debido proceso de quienes acuden a estos³¹, sin embargo considera relevante analizar la posible vulneración en cuanto al juez competente, pues el actor considera que al tratarse de asuntos que natural el bien común no pueden ser manejados por una jurisdicción distinta a la estatales así como en las impugnaciones de determinaciones de la asamblea o la junta socios, debe acudir necesariamente a la justicia ordinaria como ocurre en las demás sociedades contempladas en el Código de Comercio, tal como lo expone el artículo 194 del mismo a lo que La Corte afirma que:

“(…) Frente al nuevo tipo societario conocido como Sociedad por Acciones Simplificada, se tiene que el requisito estatutario según el cual los asuntos sometidos a decisión arbitral sólo pueden ser aquellos susceptibles de transacción ha sido modificado en la Ley 1285 de 2009. Pero además, es perfectamente posible que el Legislador considere que dicha materia, del ámbito de las relaciones comerciales, deje de ser considerada asunto de orden público y se permita discutir y resolver en el ámbito de la autonomía de la voluntad y los MASC, de pactarse en los estatutos de las SAS”³²

Lo que quiere decir que este nuevo tipo de sociedad comercial puede visualizarse como aislado a cualquier otro tipo de sociedad, ya que las facultades particulares que se le otorgan a los asociados de una SAS no son las mismas que se le otorgan a las partes de un contrato social de otro tipo societario, a razón de que así lo estipuló el Legislador en concordancia con las facultades que le autoriza la Carta Magna en el artículo 116, pero sin ninguna otra razón aparente aparte de su potestad legislativa.

Y según lo expuesto, los conflictos sobre decisiones de asambleas o juntas directivas dentro de las SAS, no exceden las limitaciones de las materias propias

³¹Véase: Sentencia C-431/95, C-242/97, C-330/00, C-1436/00, C-098/01, SU-174/07

³² C-014/2010.

de los MASC, ni transgreden lineamientos constitucionales, ya que son conflictos que se consideran de la esfera de la autonomía de la voluntad, por tanto, no se viola la garantía del juez competente dentro del debido proceso.

Es importante tener en cuenta, como se verá más adelante, que uno de los argumentos utilizados por La Corte -fundamental en el desarrollo general de esta sentencia- para permitir un trato diferenciado de las SAS, sobre los demás tipos societarios, en cuanto a la opción de acudir a un tribunal de arbitramento o amigable composición, para impugnación de actos de sus máximos órganos, está dado por el carácter de “unanimidad” que se observa en la Ley 1258 de 2008, en donde, acudir a un MASC en estos casos, si expresa fielmente la voluntad de “todas y cada una de las partes”, ya que el pacto de esta cláusula o su reforma estatutaria en este sentido, debe ser aprobada por la totalidad de sus accionistas, algo que no ocurre en las demás sociedades y por tanto la obligación del artículo 194 del Código de Comercio, de que a pesar de pactarse cláusula compromisoria, esta clase de asuntos deba ser competencia de los jueces ordinarios, de no ser así, se desvirtuaría la esencia de los MASC y su carácter dispositivo, pues se obligaría a aquellos socios disidentes a acudir a estos, sólo porque así lo decidió una mayoría simple o calificada.

Derecho al acceso de la justicia

Al iniciar el análisis en este sentido, se menciona nuevamente la capacidad jurisdiccional de que gozan los MASC cuando se cumplen los requisitos legalmente previstos: *“Para analizar el cargo, lo primero que debe señalarse es que tanto la Constitución como la reiterada jurisprudencia de La Corte han reconocido que la figura del arbitramento es un vehículo constitucionalmente válido de administración de justicia, siempre y cuando se haga transitoriamente, presuponga la habilitación de las partes, y se haga en los términos que determine la ley. (Art. 116, Constitución Política)”* Buscado reiterar la capacidad para impartir justicia por parte de un particular cuando así lo hayan pactado las partes en los

estatutos.

Así las cosas y aunado a lo anterior, las decisiones proferidas por un tribunal de arbitramento o por amigables componedores, en tanto que responden a la voluntad de las partes y es legalmente permitido, corresponden a actuaciones propias de la administración de justicia, tal como lo expone el artículo 116 de la Carta Política, luego hacen transito a cosa juzgada pues son actos jurisdiccionales.

Por tal razón y en cuanto son mecanismos alternativos, el acceso a la justicia por medio de estos en cualquier sociedad, incluidas las SAS, sólo podría verse afectada por haberse alterado la voluntad de las partes:

“El anterior recuento jurisprudencial demuestra, en síntesis, la importancia dada por la Constitución a la autonomía de las partes como fundamento del origen de cada proceso arbitral, y que el principio de habilitación voluntaria de la justicia arbitral por las partes ha sido uno de los ejes cardinales de la doctrina constitucional sobre el tema, en aplicación del artículo 116 de la Carta. Incluso el Legislador debe respetar la autonomía de la voluntad de las partes. La Corte ha concluido que son contrarias a este principio esencial que determina el origen, los alcances, el ámbito y los efectos del arbitramento las normas legales que (i) imponen a los particulares en determinados contextos la obligación de acudir al arbitraje; (ii) exigen a ciertas empresas estatales someter las diferencias que puedan surgir en los contratos que celebran a procesos arbitrales; (iii) obligan a las partes en ciertos tipos de contratos a incluir una cláusula compromisoria; o (iv) atribuyen funciones arbitrales a entidades o individuos que no han sido expresamente habilitados por las partes en ejercicio de su voluntad libre y autónoma.”³³

En este sentido, aclara La Corte, no puede aceptarse la afirmación de que el uso de un MASC impide el acceso real a la administración de justicia, pues es precisamente la función que asumen por voluntad de la Constitución, que

³³C-014 de 2010.

transitoriamente administren justicia y generen actos que serán ley para las partes. Explica La Corte que, habiéndose aclarado que el artículo 40 de la ley 1258 de 2008, no transgrede el debido proceso de los accionistas de una SAS, pues los MASC pueden conocer de las materias expuestas en éste, y que jurisprudencial y constitucionalmente estos mecanismos constituyen una forma real de acceder a la justicia, se resalta la voluntad de la autonomía privada, -más aún cuando esta previsto en las SAS su carácter unánime- y se explica que en estos casos, el pacto estatutario obra como un pacto compromisorio, que debe ser observado por las partes, pues es ley para estas.

Derecho a la igualdad

La Corte hace la diferenciación del derecho de igualdad entre los socios y la sociedad o entre ellos, con respecto al derecho de igualdad entre las SAS y entre las SAS con las demás sociedades comerciales reguladas por el Código de Comercio; es entonces donde plantea que frente a los socios minoritarios no hay una violación al derecho de igualdad como pretende hacer ver el autor en la demanda, donde asegura que los socios minoritarios se ven afectados en la decisión de resolver los conflictos mediante una jurisdicción diferente a la ordinaria y particularmente a la arbitral donde como bien se sabe debe tener un costo acceder a ella, a lo que La Corte responde que los socios minoritarios no tienen la calidad de sujeto de protección y que por ser un socio minoritario no se debe asumir que no tiene la capacidad patrimonial para acceder a una justicia arbitral.

Frente a la vulneración del derecho de igualdad entre sociedades La Corte determina:

“Existe una diferencia marcada entre el régimen de las sociedades comerciales reguladas en el Código de Comercio y las SAS. Puede afirmarse que éstas últimas responden a un paradigma conceptual totalmente distinto inspirado en la flexibilidad, el énfasis en la voluntad de los accionistas para darse sus reglas de

funcionamiento, la agilidad en los procedimientos, y la deferencia a las decisiones estatutarias en preferencia a las previsiones legales. Esta notoria diferencia conceptual, que en lugar de minar, enriquece el menú de opciones societarias posibles para los comerciantes colombianos, justifica un trato diferenciado en materia de régimen de solución de conflictos societarios. El arbitramento, en caso de que estatutariamente se pacte, luce como una alternativa lógica y natural para la solución de los conflictos societarios, incluyendo el que tiene que ver con la impugnación de las determinaciones de la asamblea.”

Ahora bien cuando La Corte se enfoca en establecer si hay violación o no al derecho de igualdad entre las demás sociedades comerciales y las SAS notamos que hay una separación, una independencia de requisitos entre las SAS y todos los demás modelos societarios, la razón aparente es que se deben actualizar las instituciones con el fin de poder competir internacionalmente y para facilitar las gestiones a las personas que desean crear una sociedad; la mencionada diferencia que se establece es implantada directamente por el Legislador a su voluntad, entonces determina La Corte Constitucional en esta sentencia que las figuras no son compatibles para realizar una comparación de tal modo que se pueda hablar de restricción del derecho de igualdad, sino que afirma que son distintas y por esa razón sus componentes y características pueden tener un trato dispar.

Para consumir el estudio de los conflictos que pueden llegar a surgir dentro de una SAS y los métodos que existen para solucionarlos quisiéramos insistir en los siguientes: los conflictos están estipulados en los artículos 23, 40, 42 y 43 de la Ley 1285 de 2008, los cuales son: conflictos entre accionistas, socios con la sociedad, entre los socios y administradores, y la sociedad y administradores en razón al contrato social, los cuales no son susceptibles de delimitación debido a que pueden ser infinitos, dependiendo de lo que las partes hayan considerado como obligación para entre si en el contrato social o acto unilateral; puede presentarse también procesos de impugnación a la personalidad, donde es debido

destacar que son los únicos procesos dentro de esta sociedad en los cuales la Superintendencia de Sociedades tiene la calidad de juez natural a prevención lo que indica que los jueces ordinarios pueden intervenir en estos procesos si llega el caso en que deban asumir la competencia; En esta ley también se le atribuye a los MASC la competencia para resolver las impugnaciones de las juntas de socios o asamblea generando con ello una evolución enorme ya que faculta a los asociados a establecer tribunales de arbitramento o amigables compondores para cursar estos procesos permitiendo que los socios se beneficien de la eficacia, eficiencia y celeridad de estos mecanismos.

En cuanto a la competencia concedida a los MASC no es nada nuevo en las sociedades comerciales -exceptuando la impugnación de decisiones de asambleas o juntas de socios- las cuales pactan clausula compromisoria constantemente debido a la excelente función que han desarrollado con ella.

Para hablar sobre la segunda forma de cómo se da solución a los conflictos dentro de las Sociedades por Acciones Simplificadas expondremos en la siguiente fase de nuestra investigación cuáles son los principios por los que se les otorga una autoridad administrativa funciones jurisdiccionales y además determinar en qué otros procesos interviene como juez la Superintendencia de Sociedades.

3. FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES; PRINCIPIOS RECTORES Y ANTECEDENTES JURÍDICOS

El otorgamiento de funciones jurisdiccionales a entes del ejecutivo en nuestro país, ha sido posible gracias a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, bajo la cual se erige el Estado Social de Derecho, y se da paso a un nuevo conjunto de garantías y principios antes desconocidos o ignorados.

La colaboración armónica entre las ramas del derecho bajo la Constitución Política de 1886, no era considerada como válida, en el sentido de prohibirse expresamente que entidades pertenecientes al ejecutivo, pudieran ejercer funciones que por su naturaleza debían ser llevadas a cabo por los jueces; su artículo 57 expresaba:

“Todos los poderes públicos son limitados y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones”

A su vez, el artículo 61 disponía:

“Ninguna persona o Corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar”

Posteriormente el Acto legislativo número 1 de 1945 expuso:

“Son ramas del poder público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional. El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en los fines del Estado.”

A pesar de esta nueva disposición, que en la actualidad constituye el principio fundamental que permite trasladar funciones jurisdiccionales a entes administrativos, en su época, no contenía el mismo significado, pues dicha colaboración armónica sólo pretendía aclarar que los poderes públicos del Estado

no funcionaban aisladamente sino que conformaban un todo, en busca de un mismo fin.

Con todo, bajo la vigencia de la carta del 86, se presentaron interpretaciones disímiles, entre las altas cortes, jueces de menor rango y doctrinantes.

Por un lado se mantenía la posición de que en ningún caso era factible el ejercicio de funciones jurisdiccionales por entes del ejecutivo, pues el artículo 61 de la constitución era bastante claro y éste no había sido subrogado en ningún momento; por otro, estaba la idea de que bajo la modificación efectuada al artículo 57, si era posible tal ejercicio. En vista de las confusiones que se presentaron, algunas de las funciones otorgadas a las Superintendencias, como por ejemplo el trámite del concordato, o eran tomadas como jurisdiccionales -algo que la Constitución de 1886 no preveía expresamente en ninguno de sus artículos, como si ocurre con nuestra actual Constitución Nacional- y por ello los jueces se abstendían de conocer de providencias dictadas por estos entes, ó, eran consideradas administrativas erróneamente, a pesar de que por sus características evidentemente no lo eran.

Con la Constitución de 1991 se abre paso a la posibilidad de que bajo expresa voluntad del Legislador y con el cumplimiento de los requisitos contemplados en la misma Carta Política, organizaciones que cumplen funciones de carácter administrativo, de manera excepcional, puedan ver de asuntos que normalmente sólo merecían pronunciamiento judicial.

Es así como el artículo 116 de la Constitución de 1991 dispuso:

“Artículo 116º.- La Corte Constitucional, La Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.”

El avance jurídico-político que se pretende, al admitir que todas las ramas del poder público colaboran entre sí para alcanzar los fines del estado, y que bajo este principio se admite una colaboración efectiva, no puede de ninguna forma distorsionar la naturaleza propia de cada entidad dentro de nuestra organización estatal, convirtiendo todo en una mixtura indefinida y caótica, ni mucho menos transgredir los derechos fundamentales de las personas, que con tanto esfuerzo han sido incluidos en nuestra actual Carta Política, es por ello que a la hora de permitir el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de entidades administrativas, es preciso observar ciertos presupuestos establecidos por el Legislador constitucional, que nos ayudan a establecer si dichas funciones son válidas o no.

Esos presupuestos, aunque no se encuentran en su totalidad estipulados en el artículo 116, si hacen parte de los principios que rigen la administración de justicia³⁴ y, por ello deben ser tenidos en cuenta al momento de habilitar a un ente determinado, para que ejerza dentro de sus funciones naturales, además, las otorgadas con ocasión de una ley en particular y que están dirigidas a la solución de conflictos con la aplicación de reglas jurisdiccionales.

Cuando nos referimos a las funciones jurisdiccionales ejercidas por entidades encargadas de la vigilancia y control, como lo son las superintendencias, encontramos que debido a su especialidad ha sido muy común esta práctica, por

³⁴Cfr. Constitución Política de Colombia. 1991, arts 29,209,228,229,

esta razón existen numerosas leyes que las facultan para ello, y no sorprende que sea la Superintendencia de Sociedades una de las que mayor funciones jurisdiccionales tenga a su cargo actualmente.

Si bien la ley 1258 de 2008 confiere a las Superintendencia de Sociedades funciones jurisdiccionales respecto de los conflictos originados en las SAS, esta entidad hace ya buen tiempo viene conociendo de este tipo de funciones, en relación con las demás clases de sociedades; por este motivo, el control constitucional sobre todas esas disposiciones ha sido constante, y existen un sin número de sentencias expuestas por el alto tribunal, respecto de la validez de ésta clase de leyes.

Y es que en el caso de las Superintendencias, debido a su estructura, la protección de los derechos fundamentales de quienes acceden a la justicia se hace más estricta, pues pueden verse vulnerados en el afán de buscar mecanismos mucho más rápidos.

Los presupuestos que se exigen en el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades administrativas son:

- *Autonomía, imparcialidad e independencia.*

Las decisiones que se profieran en el campo judicial, deben ser imparciales, autónomas e independientes, por tal razón al momento de ejercer funciones jurisdiccionales por parte de entidades del ejecutivo, los resultados que de estas se deriven, deben conservar estas mismas características, ya que en virtud del artículo 116 de nuestra Carta Política, no sólo los jueces de la república al dictar sus sentencias administran justicia, sino además los particulares transitoriamente y las autoridades administrativas excepcionalmente.

En cuanto a este aspecto, existen varias sentencias en las que La Corte ha

enfaticado la importancia de que las decisiones tomadas por funcionarios administrativos en relación a funciones de carácter jurisdiccional, sean imparciales e independientes, tal y como lo sería al desarrollarse un proceso la rama judicial. En la Sentencia C-189 de 1998, MP Alejandro Martínez Caballero, con ocasión de los actos dictados por las contralorías en ejercicio de su función de control, La Corte tuvo que entrar a analizar las diferencias entre un acto judicial y un acto administrativo; en esta oportunidad expuso:

«Amplios sectores de la moderna doctrina jurídica consideran que si bien es muy difícil encontrar elementos sustantivos que distingan un acto administrativo de uno jurisdiccional, pues ambos en el fondo son la producción de una norma singular dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general, lo cierto es que existen elementos formales que permiten establecer una diferencia entre ambos tipos de actos. De un lado, por sus efectos, pues el acto administrativo no goza de fuerza de cosa juzgada mientras que el jurisdiccional es definitivo, por lo cual el primero puede ser revocado, incluso estando ejecutoriado, a menos que exista una situación jurídica consolidada, mientras que el acto jurisdiccional, una vez resueltos los recursos ordinarios y, excepcionalmente, los extraordinarios, es irrevocable. De otro lado, estos actos también se diferencian por la naturaleza de sujeto que los emite, pues sólo puede producir actos judiciales un funcionario que tenga las características de predeterminación, autonomía, independencia e inamovilidad propia de los jueces, En efecto, lo propio del juez es que no sólo deber estar previamente establecido por la ley (juez natural) sino que, además, debe ser ajeno a las partes en la controversia (imparcial), sólo está sujeto al derecho y no a instrucciones de sus superiores o de los otros poderes (independiente), y goza de una estabilidad suficiente para poder ejercer su independencia y autonomía (inamovilidad). Por el contrario, el funcionario administrativo carece de algunos de esos rasgos.»

Mas adelante, y refiriéndose a las calidades de los funcionarios de este tipo dijo:

“...bien puede la ley atribuir funciones judiciales a las

superintendencias, tal y como lo hacen las disposiciones acusadas. Sin embargo, el actor acierta en señalar que en determinados casos, el ejercicio de esas competencias judiciales por esas entidades es susceptible de desconocer el debido proceso, pues si el funcionario que debe decidir judicialmente un asunto en esa entidad se encuentra sometido a instrucciones al respecto por sus superiores, o tuvo que ver previamente con la materia sujeta a controversia, es obvio que no reúne la independencia y la imparcialidad que tiene que tener toda persona que ejerza una función jurisdiccional en un Estado de derecho (CP art. 228).”»

Este es un inconveniente que puede presentarse fácilmente, debido a que esta institución tiene a su cargo gran cantidad de funciones, empezando por la vigilancia y control constante a la que debe someter a las empresas de carácter social que no capten ni coloquen capital, seguido por su administración interna y la mencionada función jurisdiccional que ha venido aumentándose exponencialmente con los procesos en que esta interviene (concordatos, liquidaciones, todos los referentes a las SAS etc...) es por esto que resulta fundamental tener un particular cuidado con que los funcionarios no mezclen sus atribuciones y así conservar la debida imparcialidad.

En la Sentencia C-1071 de 2002 con Ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, en relación con funciones jurisdiccionales de la superintendencia de industria y comercio en materia de competencia desleal, se expuso:

“La Corte ha ido estableciendo en su jurisprudencia las condiciones bajo las cuales puede entenderse que las facultades jurisdiccionales asignadas a una Superintendencia son constitucionales: (i) las materias específicas deben estar precisadas en la ley, (ii) no pueden tener por objeto la instrucción de sumarios o el juzgamiento de delitos y, (iii) al interior de la Superintendencia debe estar estructuralmente diferenciado el ámbito de la función judicial del correspondiente a las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control. Por lo tanto, no pueden ser ejercidas ambas funciones por los mismos funcionarios. Para asegurar

*la diferenciación estructural y funcional, La Corte ha condicionado la exequibilidad de varias disposiciones acusadas.*³⁵

Hay que aclarar que a pesar de todos los cuidados que deben observarse en estas circunstancias, otorgarle funciones judiciales a entidades administrativas como las superintendencias, no se ha considerado inadecuado ni mucho menos inconstitucional, como quiera que el artículo 116 está aún vigente; por ello en esta misma sentencia La Corte expresa:

“6.- Como ya lo ha anotado esta Corte, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades no judiciales representa una excepción al reparto general de funciones entre las ramas del poder. Ello explica que su alcance sea restrictivo ya que únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas expresamente por la ley, que también debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible.”³⁶ Sin embargo, esta Corte ha precisado que ese carácter excepcional no significa que a las autoridades administrativas no se les puedan atribuir funciones jurisdiccionales permanentes, pues lo excepcional no es aquello que no reviste el carácter de permanente sino aquello que constituye una excepción de la regla general. De otro lado, la Constitución señala campos en donde no es posible conferir atribuciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas, por ejemplo la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos. Por consiguiente, la Carta establece dos primeras exigencias para el ejercicio de funciones judiciales por autoridades administrativas: (i) éstas deben estar claramente delimitadas en la ley y (ii) no pueden recaer en ciertos ámbitos, como la investigación de delitos. Con base en esos criterios, que delimitan las posibilidades que tiene la ley para asignar funciones

³⁵ En la Sentencia C-649 de 2001 (MP Eduardo Montealegre Lynett) La Corte revisó las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal: “(...) en todo caso debe garantizarse la independencia del funcionario judicial, por lo cual se condicionará la constitucionalidad de las normas acusadas en el siguiente sentido: no podrá un mismo funcionario o despacho de la Superintendencia aludida, ejercer función jurisdiccional respecto de los casos en los cuales haya ejercido anteriormente sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.”. Posteriormente, en la sentencia C-1071 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett) La Corte estudió la constitucionalidad de las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección del consumidor. En la parte resolutive señaló: “Declarar EXEQUIBLE el artículo 145 de la Ley 446 de 1998, únicamente por los cargos estudiados en esta providencia, y siempre y cuando se entienda que, de conformidad con el fundamento 16 de esta sentencia, las funciones allí atribuidas a la Superintendencia de Industria y Comercio deben ejercerse por funcionarios que gocen de independencia e imparcialidad.”

³⁶ Cfr. Sentencia C-212 de 1994. MP José Gregorio Hernández Galindo.

*judiciales a las autoridades administrativas, esta Corte ya ha admitido que las superintendencias desarrollen determinadas funciones judiciales”.*³⁷

Ahora bien analizando los apartes anteriores podemos concluir que las autoridades administrativas pueden ejercer funciones jurisdiccionales siempre y cuando los fallos que promulguen sean imparciales, es decir se debe tener en cuenta que la entidad administrativa no haya realizado algún tipo de pronunciamiento previo sobre los mismos hechos obedeciendo a sus funciones administrativas, además deben ser entes autónomos en el ejercicio de dicha función jurisdiccional para que ningún tipo de intereses así sea de orden estatal, puedan llegar a influenciar a la institución administrativa o al funcionario encargado en el momento de impartir justicia, e hilado a esto deben ser independientes, es decir que su decisión no pueda llegar a ser ordenada por ningún superior jerárquico, todo esto en miras de hacer prevalecer el derecho fundamental a un justo y debido acceso y desarrollo de la justicia.

- *Determinadas por la ley*

Para que una autoridad administrativa pueda ejercer una función jurisdiccional es necesario que el Legislador haya decidido- a razón de lo estipulado en el art 116 de la constitución nacional- otorgarle dicho carácter de capacidad y competencia para impartir justicia, y resolver las controversias que puedan llegar a presentarse en un asunto determinado y específico, de este modo podemos apreciar que las funciones jurisdiccionales a las que nos referimos pueden ser ejercidas por la Superintendencia de Sociedades en lo que ha este aparte se refiere, ya que cumple a cabalidad la necesidad de una estipulación taxativa por parte del Legislador, al expedirse la Ley 1258 de 2008, artículos 24, 40, 41, 42 y 44.

“Artículo 24°. Acuerdos de accionistas.- Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia

³⁷Cfr. Sentencia C-1071 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

para adquirirlas, las restricciones para transferirlas; el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años. Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositario, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando ésta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud. Parágrafo 1°. El presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

Parágrafo 2°. En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario; la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

Artículo 40°. Resolución de conflictos societarios.- Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos. Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario.

Artículo 41°. Unanimidad para la modificación de disposiciones estatutarias.- Las cláusulas consagradas en los estatutos conforme a lo previsto en los artículos 13, 14, 39 y 40 de esta ley sólo podrán ser incluidas o modificadas mediante la determinación de los titulares del cien por ciento (100 %) de las acciones suscritas.

Artículo 42°. Desestimación de la personalidad jurídica.- Cuando se utilice la Sociedad por Acciones Simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos de fraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacida de tales actos y por los perjuicios causados. La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario. La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.

Artículo 43. Abuso del derecho.- 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 un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto. 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 el proceso verbal sumario.

Artículo 44°. Atribución de facultades jurisdiccionales.- Las funciones jurisdiccionales a que se refieren los artículos 24, 40, 42 Y 43, serán ejercidas por la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política.”

Al ver los artículos transcritos anteriormente podemos aceptar la calidad de autoridad judicial a la Superintendencia de Sociedades en lo que hace referencia a las SAS, resaltando que es ella la encargada de resolver todas las controversias que se presenten en razón al contrato social o acto unilateral si no se ha pactado

clausula compromisoria, siendo la primera vez que se desjudicializa por completo una figura jurídica como es la sociedadcomercial SAS.♦

- *Investigación de delitos e instrucción de sumarios.*

Si bien el artículo 116 constituye nuestro fundamento constitucional, a la hora de analizar la competencia conferida a la Superintendencia de Sociedades para conocer de los conflictos originados en las SAS, este artículo es muy claro al restringirle a este tipo de órganos, la posibilidad de iniciar investigaciones penales y proferir fallos en este sentido; de esta manera queda claro que aunque pueden administrar justicia, en materia penal les está prohibido.

En Sentencia C-1506 de 2000, tratándose del análisis de investigaciones internas llevadas a cabo por el Banco de la República, La Corte expresó:

“La administración de justicia, que es una función pública de conformidad con el artículo 228 de la Constitución, se traduce, en materia penal, en el doble cometido de investigar la ocurrencia de los hechos ilícitos, y decidir en juicio sobre la aplicación de la ley a los mismos, a través de la promoción e impulso de la acción penal, cuyo titular indiscutible es el Estado. Fue voluntad del Constituyente, al implantar un sistema penal con tendencia acusatoria, que la instrucción de los hechos punibles y la acusación de sus presuntos autores ante los jueces competentes fueran realizadas por un organismo especializado; en ese sentido, el artículo 250 Superior dispone que dichas funciones serán ejercidas exclusivamente por conducto de la Fiscalía General de la Nación, excepción hecha de los casos en que corresponden a la Justicia Penal Militar, a La Corte Suprema de Justicia o a la Cámara de Representantes (arts. 221, 235-3 y 178-3, C.P.). Este mandato se reitera en los artículos 23 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, y 24 y 67 del Código de Procedimiento Penal.”

♦ La desjudicialización a la que se hace referencia es basándonos en lo constitucionalmente permitido, es decir todos los procesos que se llegasen a presentar siempre y cuando no sean sumarios y de carácter penal.

De esta forma se mantiene la competencia exclusiva de la Fiscalía general de la nación el iniciar la *acción criminal*, y a cargo de los jueces penales estatales, el conocimiento de delitos, salvo en los casos contemplados en la Constitución Política y en la ley estatutaria de administración de justicia, entre los cuales evidentemente no se encuentran las superintendencias.

- *Excepcionalidad*

Este presupuesto mencionado de forma explícita en el artículo 116 superior, pretende aclarar que dichas disposiciones que otorguen funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, son una excepción a la regla, es decir, al hecho de que la administración de justicia debe ser ejercida por los jueces de la república.

Pero en cuanto a este aspecto es necesario mencionar algunos puntos importantes.

En primer lugar y como se aclaró en un principio, la excepcionalidad de que se trata no implica de ningún modo una transitoriedad o temporalidad, no hace referencia al término de duración de tales funciones en cabeza de los entes administrativos, sino a que se permite que las ejerzan en eventos y asuntos determinados previamente por la ley; así lo dijo el alto tribunal en Sentencia T-384 de 2000 MP Vladimiro Naranjo Mesa:

«Lo excepcional no es tan solo aquello que no reviste el carácter de permanente. Es más bien aquello que, en los términos del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, "constituye una excepción de la regla común"². La regla común es el ejercicio de funciones administrativas por parte de las superintendencias, por lo cual la ejecución de funciones jurisdiccionales es excepcional. Lo que el constituyente quiso fue esta excepcionalidad, no la transitoriedad de dicho ejercicio. Si hubiera querido autorizar sólo el ejercicio transitorio, así lo habría dicho.»»

Pasando al segundo punto y habiendo aclarado el carácter excepcional de esta

facultad, en cuanto a que no debe confundirse con su duración, creemos que a pesar de esto y debido a la primacía de la potestad legislativa en estos casos, puede presentarse un fenómeno en donde se atribuyan cada vez más funciones judiciales al ejecutivo y pueda este emitir fallos con carácter de cosa juzgada, pues el Legislador en estos casos no tiene mayor derrotero que aquel fijado en la constitución, y debido a la consagración dispuesta en el artículo 116, parecería que éste goza de un gran margen de actuación, que podría tornarse desmedido y riesgoso, sino se ejerce de manera responsable y se entiende que la colaboración armónica entre las ramas del poder público, no implica de ningún modo el desmonte de gran cantidad de funciones que por su naturaleza son propias de una u otra rama.

- *Materias precisas*

Otro de los presupuestos que taxativamente figuran en el artículo 116.

Al contemplarse esta facultad con la Constitución de 1991, el Legislador fue bastante cuidadoso y por ello estableció que el acto legislativo mediante el cual se le otorguen funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, debía ser bastante claro y preciso, sin que diera lugar a contradicciones o vaguedades. La posibilidad de que excepcionalmente este tipo de entes administren justicia debe estar salvaguardada por el cumplimiento de todos los principios que rigen el debido proceso y el acceso a la justicia, de manera tal que quienes pongan a consideración de estos la resolución de sus controversias, tengan la seguridad de que gozarán de las mismas garantías que si acudieran ante jueces de la república.

Y es que precisamente para asegurar tales garantías, es de máxima importancia que el artículo 116 superior, establezca que no basta con que una ley faculte el ejercicio de una u otra función jurisdiccional, sino que además es necesario que lo haga de manera concreta y clara, pues de no ser así, podría ocurrir que la entidad en cuestión se atribuyera competencias que no le fueron dables, sobrepasando su

esfera de acción y transgrediendo en sus derechos a quienes acceden a ella.

Así lo ha expresado La Corte en Sentencia T-120 de 1993, al analizar la función jurisdiccional por autoridades administrativas:

“Cuando la función judicial es ejercida por autoridades administrativas, ésta debe ser señalada expresamente por la ley, según reza el mandato constitucional del artículo 116 antes citado. La función debe estar taxativamente consagrada en la ley y no nacer de una decantación intelectual fruto de una interpretación legal.

La razón jurídica de lo anterior, es la seguridad que debe garantizarle el Estado a quien se somete a la función jurisdiccional de la propia estructura estatal.

Así las cosas, la garantía de que las autoridades administrativas solo cumplan aquellas funciones jurisdiccionales que concretamente le señale la ley, constituye un derecho fundamental de los asociados ya que de esta forma se evita que dichas autoridades asuman competencias a su arbitrio, en detrimento de las competencias regladas, del principio de legalidad y de la separación de poderes que consagra la Constitución. La violación a este precepto es tan grave que la ley la sanciona con la nulidad absoluta de lo actuado.”

Aunque este presupuesto tiene la finalidad- como ya lo hemos mencionado previamente- de delimitar los alcances de las atribuciones jurisdiccionales que se le puedan otorga a una autoridad administrativa, en este caso a la Superintendencia de Sociedades se le faculta para una amplísima gama de situaciones que se puedan llegar a presentar, si no es que en todas, pues podemos notar que quiso el Legislador proponer como único juez, aparte de los MASC, a la Supersociedades, es decir excluyendo en los casos en los que las partes pactan dentro de los estatutos clausula compromisoria y los expresamente prohibidos por la Carta Magna, se le habilita para ser el juez natural en los conflictos que se presenten en las SAS a la Superintendencia de Sociedades.

Antes de iniciar el estudio de aquellas funciones jurisdiccionales otorgadas en

virtud de la Ley 1258 de 2008, debemos mencionar brevemente aquellas que con anterioridad a esta ley ha venido ejerciendo la Superintendencia de Sociedades.

Procesos concursales

Desde la Ley 222 de 1995 el Legislador le otorga funciones jurisdiccionales concretas a la Superintendencia de Sociedades debido a su calidad de experta en materia de sociedades comerciales y en concordancia con el principio de armonía de los poderes públicos, por considerarse prevalente la agilidad, eficiencia y eficacia de los procesos, por lo tanto se reglamenta:

“ARTICULO 86. OTRAS FUNCIONES. Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones:

5. Ejercer las funciones que en materia de jurisdicción coactiva le asigne la ley.

ARTICULO 90. COMPETENCIA.

La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116 inciso 3o. de la Constitución Política. Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades, cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación. Los jueces civiles especializados, o en su defecto, los jueces civiles del circuito, tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales.”

Ahora bien para determinar cual es la intervención de la Superintendencia de Sociedades al momento de ejercer funciones jurisdiccionales en razón de los procesos concursales resulta indispensable establecer cual es la finalidad de dichos procesos:

“En general, los procesos concursales se orientan hacia la protección de la organización empresarial y, a través de ella, hacia el mantenimiento del empleo y la salvaguarda del sistema crediticio. Este triple objetivo se logra mediante la

sujeción de las empresas que afrontan crisis económicas a ciertos trámites, que pueden ser de dos clases: a) el concordato, o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor, y b) la liquidación obligatoria, o realización de los bienes del deudor para atender el pago ordenado de sus obligaciones.”³⁸

En este sentido la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de ejercer las funciones de juez debido a su mencionada especialidad y la experiencia que tiene al respecto, pero es importante mencionar que las atribuciones a las que nos referimos son las que vienen íntimamente ligadas a su función administrativa de vigilancia y control en cuanto se refieren a que, al conocer el estados de la sociedad en dificultades, tiene la visión clara y determinada de cuales son las necesidades por las cuales se recurre a un proceso concursal y a su vez cual es el modo idóneo para realizar un concordato o una liquidación, es decir cuando una empresa se encuentre en dificultades interviene la Superintendencia de Sociedades desarrollando el proceso en las mejores condiciones posibles para cuidar de la empresa (en concordancia con el arts. 58 C.N).

Al referimos específicamente al concordato cabe resaltar que la competencia de la Supersociedades es delimitada;

“Precisamente por tratarse de una función administrativa, que coexiste con las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia sin confundirse con ellas, la norma solamente la legitimó para interponer la acción revocatoria, mas no la le otorgó competencia para conocer de ella, ni para resolverla: por virtud de la misma disposición impugnada, el funcionario competente para ello es el juez civil del circuito o especializado de comercio del domicilio del deudor.”³⁹

Notamos entonces, que en los procesos concursales no se le faculta al cien por ciento a la Superintendencia de Sociedades para resolver las controversias y

³⁸Sentencia C-1143 de 2000. M.P Carlos Gaviria Diaz.

³⁹Ibid.

además de ello que no se desjudicializa por completo dichos procedimientos contrario a lo que ocurre con las SAS.

Concordato

Como se ha mencionado, la Superintendencia de Sociedades ha ejercido funciones jurisdiccionales con anterioridad a la ley 1258 de 2008; ahora nos ocuparemos de aquellas establecidas con ocasión de los denominados “Procesos Concursales”.

El concordato y la liquidación obligatoria son procesos que la Superintendencia ha tenido a su cargo.

En la Sentencia T- 079 de 2010, La Corte realiza una pequeña exposición sobre estos:

«Al expedir la Ley 222 de 1995, modificada por la ley 1116 de 2006, el Legislador previó dos tipos de procesos concursales aplicables al ámbito de personas jurídicas no cobijadas por regímenes de insolvencia especiales. El concordato, que consiste en la celebración de un acuerdo entre los acreedores y el deudor, con el fin de mantener en funcionamiento la sociedad afectada por dificultades económicas y proteger, de esa forma, el ahorro, el empleo, y la empresa como “unidad de explotación económica”. La liquidación obligatoria, por su parte, persigue proteger derechos patrimoniales, prestacionales y fiscales, entre otros, cuando la situación de la entidad resulta insostenible, mediante la venta de los activos del deudor.»⁴⁰

Lo primero que debemos aclarar al respecto es que jurídicamente después de la promulgación de la Constitución de 1991, existen tres leyes sobre las cuales el alto tribunal ha debido interpretar las controversias surgidas entre los individuos y la Superintendencia de Sociedades con ocasión de los procesos concursales, a

⁴⁰Sentencia T- 079 de 2010, MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

saber la Ley 222 de 1995, la Ley 550 de 1999 y la Ley 1116 de 2006. Con esta última ley se establecen la finalidad, los principios y el alcance del Régimen de Insolvencia:

“Artículo 1. Finalidad del régimen de insolvencia. El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias.”⁴¹

En lo referente al Concordato, con la Ley 222 de 1995 la competencia de la Superintendencia de Sociedades se define en el artículo 90:

“Artículo 90. Competencia. La Superintendencia de Sociedades asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116 inciso 3o. de la Constitución Política. Será competente de manera privativa para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades,

⁴¹Ley 1116 de 2006

cooperativas, corporaciones, fundaciones, sucursales extranjeras, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación. Los jueces civiles especializados, o en su defecto, los jueces civiles del circuito, tramitarán los procedimientos concursales de las personas naturales.

*PARÁGRAFO. Las personas naturales podrán ser admitidas al trámite de la liquidación obligatoria dentro del año siguiente a su muerte.*⁴²

Posteriormente el Decreto 1080 de 1996 en el artículo 2 numeral 17 y el artículo 23 dictó:

“Artículo 2o. Funciones de la Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades desarrollará las atribuciones administrativas y jurisdiccionales que le corresponden, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

17. Tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales, empresas industriales y comerciales del estado, cooperativas, fundaciones y corporaciones, que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación;

Artículo 23. Competencia Concursal

La Superintendencia de Sociedades será competente, de manera privativa, para tramitar los procesos concursales de todas las personas jurídicas, llámense sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales, empresas industriales y comerciales del estado, cooperativas, fundaciones y corporaciones, que no estén sujetas a un régimen especial de

⁴²Ley 222 de 1995

*intervención o liquidación.*⁴³

En relación con este Decreto se presentó una demanda de inconstitucionalidad resuelta en la Sentencia C-180 de 1997, en donde La Corte concluyó que al haber sido expedido en relación con facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la república en virtud del artículo 226 de la Ley 222 de 1995, a éste no le estaba permitido modificar funciones, ni mucho menos leyes preexistentes, ya que esto sería una extralimitación que no se prevé para el Legislador extraordinario en el artículo en mención; por ello el alto tribunal debió declarar inexecutable algunos apartes de este decreto.

“Artículo 226. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo previsto en el ordinal décimo del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis meses contados a partir de la publicación de la presente ley para que determine la estructura, administración y recursos de la Superintendencia de Sociedades con el fin de que cumpla adecuadamente las funciones que se le fijan en la presente Ley.”⁴⁴

Los aspectos importantes que debemos mencionar sobre esta providencia acerca de las funciones ejercidas por la Superintendencia de Sociedades son los siguientes:

* La Superintendencia de Sociedades no puede actuar como conciliadora, en conflictos surgidos entre acreedores y la sociedad, en relación con problemas de crisis económica, pues la ley sólo le permite entre los socios o entre éstos y la sociedad.

⁴³Decreto 1080 de 1996

⁴⁴Ley 222 de 1995

* En relación con las funciones de vigilancia y control, no se vulnera ninguna disposición legal cuando la Superintendencia de Sociedades las ejerza sobre Empresas Unipersonales, ya que aunque no son consideradas sociedades, si le son aplicables algunas normas mercantiles, por ejemplo las relacionadas con las sociedades de responsabilidad limitada.

Las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades previstas en la Ley 222 de 1995 han sido abordadas de igual forma por La Corte Constitucional, quien ha resaltado el papel de juez que en estos casos cumple esta entidad. En la Sentencia T-279 de 1997 se expresa:

“Algunas autoridades administrativas, por disposición legal, son pues competentes para conocer y dirimir conflictos de orden jurídico, siendo sus decisiones susceptibles de recursos cuando precisamente lo haya determinado la ley. Así por ejemplo, tiene competencia para dirimir conflictos e impartir justicia la Superintendencia de Sociedades, al conocer de los procesos concordatarios. La Superintendencia de Sociedades actúa, en estos casos, como un verdadero Juez y, por lo tanto, una vez admitido un concordato preventivo obligatorio puede analizar, cotejar y valorar la posibilidad de conservar y recuperar la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. Puede así mismo buscar la protección adecuada del crédito de acuerdo con normas constitucionales y legales, y de esta forma garantizar los derechos de los acreedores.”⁴⁵

De este modo a la Superintendencia le corresponde la apertura del trámite de Concordato el cual comprende incluso autorizaciones sin las cuales el deudor no podrá realizar enajenaciones distintas al giro ordinario de sus negocios, tal como lo expone el artículo 98 de la Ley 222 de 1995 en su numeral 3º. De igual forma puede la entidad decretar de oficio o a petición de parte las medidas cautelares que considere pertinente y que la ley le habilite con el propósito de salvaguardar no sólo los derechos de los acreedores, como en un principio se orientaba esta

⁴⁵Sentencia T-279 de 1997 MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

medida concursal, sino además los derechos de los trabajadores y la protección de la empresa como unidad de explotación económica.⁴⁶

La acumulación procesal prevista en el artículo 148 de esta ley también es una medida jurisdiccional del ente administrativo y es regulada por las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Con la Ley 550 de 1999 denominada ley de reactivación económica se define la figura de “acuerdos de reestructuración”:

“Artículo 5°. Acuerdo de reestructuración. Se denomina acuerdo de reestructuración la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo.”⁴⁷

Antes de mencionar algunas de las funciones jurisdiccionales presentes en esta ley, cabe resaltar que en Sentencia C-625 de 2003 la Corte Constitucional reiteró que el papel del funcionario promotor en dichos acuerdos no es equiparable al de los conciliadores y por tanto el acuerdo de reestructuración a pesar de que en su proceso la Superintendencia ejerza funciones de esas características, no es jurisdiccional, es decir no hace transito a cosa juzgada:

“Desde este punto de vista, es decir en cuanto el acuerdo de reestructuración pretende solucionar la situación de cesación en los pagos de la empresa en crisis, podría aducirse que la actividad de tales promotores que actúan como amigables componedores, se asimila a la de los conciliadores, y por lo tanto sería de naturaleza jurisdiccional, pues la propia Constitución califica de tal a la función de

⁴⁶ Véase: Sentencia T-279 de 1997 MP Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

⁴⁷ Ley 550 de 1999

estos últimos. (Art. 116) Si así fuera, el cargo del actor debería prosperar. Sin embargo, La Corte no lo estima así, puesto que el acuerdo de reestructuración no produce los mismos efectos de cosa juzgada que la legislación reconoce a los acuerdos de conciliación, ni presta mérito ejecutivo, como si ocurre con éstos en los términos del artículo 66 de la Ley 446 de 1998. Por ello los promotores no ejercen funciones equiparables a las de los conciliadores, que, tal y como lo hace el artículo 116 superior, pueden catalogarse de jurisdiccionales.”

Algunas funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades bajo la Ley 550 de 1999:

- * Reconocimiento de presupuestos de ineficacia (arts. 15 y 17).
- * Resolución de las objeciones a la determinación de derechos de voto y de acreencias (art 26).
- * Resolución de controversias relacionadas con la existencia, eficacia, validez y oponibilidad o de la celebración del acuerdo o de alguna de sus cláusulas (art 37 inciso 1).
- * Resolución de cualquier diferencia surgida entre el empresario y las partes, entre éstas entre sí, o entre el empresario o las partes con los administradores de la empresa, con ocasión de la ejecución o terminación del acuerdo (art 37 inciso 2).
- * Decretar medidas cautelares como el embargo y secuestro (art 37 inciso 3)
- * Reducción de la cobertura de cualquier garantía real o fiduciaria ya constituida (art 34 numeral 4)
- * Acciones revocatorias y de simulación (art 39)

Todas estas funciones serán desarrolladas a través del procedimiento verbal sumario de única instancia, previsto en el Código de Procedimiento Civil, aunque como se dijo, el acuerdo de reestructuración al final de cuentas no es judicial.⁴⁸

⁴⁸ Véase: Sentencia C- 025 de 2003 M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández. *“En este orden de ideas, la negociación de un acuerdo de reestructuración constituye un proceso concursal no judicial, encaminado a recuperar una empresa que atraviesa por una crisis económica profunda, inspirado en los principios de la universalidad y la colectividad, al cual es preciso que acudan todos los acreedores del empresario a fin de celebrar un convenio en el que se defina la forma en que*

Ocupándonos de la Ley 1116 de 2006 y enmarcando el conjunto normativo sobre procesos concursales, la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-049330 del 10 de octubre de 2007 realiza un esquema de la totalidad de funciones jurisdiccionales que sobre este campo tiene a su cargo en la actualidad:

“Sobre el particular, me permito manifestarle que de conformidad con el artículo 116 inciso 3 de la Constitución Política, excepcionalmente algunas autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales en materias precisas determinadas por la Ley; es así como el artículo 90 en concordancia con el artículo 214 de la ley 222 de 1995 y el artículo 6º de la Ley 1116 de 2006, otorga funciones jurisdiccionales a esta Entidad, para conocer de manera privativa del trámite de los procesos concursales de todas las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales y las personas naturales comerciantes, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación.

Por lo tanto, es importante precisar que siempre que se trate de procesos concursales, sea concordato, proceso de reorganización, liquidación obligatoria o liquidación Judicial, así como en el proceso verbal sumario adelantado en el trámite de un Acuerdo de Reestructuración, según lo reglado en los artículos 26 y 37 de la Ley 550 de 1995, este Despacho obra en desarrollo de actividades puramente jurisdiccionales, razón por la cual el ejercicio de sus atribuciones se encuentra enmarcado dentro de tales facultades. En efecto, las facultades de la Superintendencia en estos casos son las propias de todo Juez, con las limitaciones y alcances de éste, más aún tratándose de facultades excepcionales, lo cual significa que frente a los jueces ordinarios la actuación de la Superintendencia de Sociedades es mucho más limitada.”

éste atenderá sus créditos y se procure por una óptima estructura administrativa, financiera y contable de la empresa en aras a restablecer su capacidad de pago.”

Entonces, con la Ley 1116 de 2006 encargada de implementar el Régimen de Insolvencia Empresarial se completa el conjunto de leyes que le confieren funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades en razón de los procesos concursales.

Algunas de esas competencias son:

- * Ordenar medidas cautelares de protección de los bienes del activo patrimonial del deudor.
- * Objeción de nombramientos y contratos hechos por el liquidador que afecten el patrimonio del deudor.
- * Decretar la inhabilidad hasta por diez (10) años para ejercer el comercio.
- * Reconocer y graduar las acreencias objeto del proceso de insolvencia, de conformidad con lo establecido sobre prelación de créditos en el Título XL del Libro Cuarto del Código Civil.
- * Decretar la sustitución, de oficio o a petición de parte, de los auxiliares de la justicia, durante todo el proceso de insolvencia.
- * Reconocer, de oficio o a petición de parte, los presupuestos de ineficacia previstos en esta ley.

Proceso Liquidatorio

Los procesos liquidatorios *tiene por objeto la realización de los bienes del deudor para atender de forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo (sic) y la autoridad estatal competente*⁴⁹ para intervenir como juez en este proceso es la

⁴⁹Modificados por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999. Los artículos en comento establecen: “ARTICULO 147. COMPETENCIA A PREVENCIÓN. La Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte. (...)Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa juzgada.

ARTICULO 148. PROCEDIMIENTO. El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil. (...) Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.”

Superintendencia de Sociedades a título de competencia privativa de ciertas personas jurídicas.

Debido a la importancia que ocupan estos procesos para el régimen económico nacional por la importancia de salvaguardar los derechos de los acreedores y prevenir un mayor detrimento patrimonial para los deudores La Corte Constitucional ha intervenido estableciendo:

«(...) las facultades jurisdiccionales asignadas a las Superintendencias, no pueden menoscabar el debido proceso y deben observar los derechos fundamentales de las partes que hagan o lleguen a ser parte del trámite concursal o liquidatorio. Indicó que “el sustento de las conductas desplegadas por estas instituciones no es en ninguna medida independiente de los cánones Constitucionales. Sin importar su naturaleza compleja, según la cual deben satisfacer funciones administrativas y excepcionalmente judiciales, es necesario acentuar que en sus actuaciones deben sujetarse a la Constitución Política y, por ejemplo, se obligan a tener en cuenta el carácter ‘garantista’ de los derechos de los trabajadores.”⁵⁰ Por tanto, sus decisiones están amparadas con las diferentes condiciones y cualidades de las sentencias judiciales.»⁵¹

Lo anterior nos indica que la verdadera y más importante preocupación que existe a razón de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia en los procesos concursales y específicamente en el proceso liquidatorio de una sociedad comercial hace referencia a el carácter de cosa juzgada de las decisiones proferidas por la ella y cuales recursos pueden llegar a interponerse.

En numerosas sentencias La Corte Constitucional ha analizado cuales son los recursos que proceden ante las decisiones de la Superintendencia debido a que al ser una autoridad administrativa la percepción que tienen las personas es que

⁵⁰ Aparte tomado de esa sentencia, pero que originalmente corresponde al texto considerativo de la sentencia T-142 de 2000. Sobre el mismo tema se puede consultar la sentencia SU-1023 de 2001. C-513 de 2009

⁵¹ Sentencia T-513 de 2009 M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

los recursos que corresponden son los de apelación, reposición y el extraordinario de consulta, a lo que La Corte reiteradas veces ha especificado que debido a la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales que le atribuye el artículo 116 de la Constitución Nacional las decisiones que se profieran en razón de estas funciones son de carácter judicial y no administrativo, por lo tanto los recursos que se adelantan ante ellos son únicamente los que se proceden ante una sentencia judicial dependiendo del proceso que se desarrolle; en este procedimiento en particular no hay recurso de apelación sino únicamente de reposición y de manera extraordinaria y subsidiaria la acción de tutela, debido a que se realiza mediante el proceso verbal sumario de única instancia, es decir La Corte Constitucional ha señalado que, en el desarrollo de procesos de liquidación obligatoria de sociedades mercantiles, la Superintendencia de Sociedades, entidad administrativa de orden nacional encargada de la inspección, vigilancia y control de las sociedades no vigiladas por otras Superintendencias, desempeña funciones de tipo jurisdiccional, y que las decisiones que adopte en ese ámbito, por lo tanto, constituyen providencias judiciales que, eventualmente, pueden ser impugnadas por la vía de la acción de tutela.⁵² En particular, La Corte ha puntualizado que *“el auto de graduación y calificación de créditos dictado por la Superintendencia de Sociedades en el marco de un proceso de liquidación obligatoria de sociedades mercantiles, en tanto no pone fin al trámite sino que se limita a reconocer o rechazar los créditos que serán pagados durante el transcurso del mismo, puede ser impugnado mediante el ejercicio de la acción de tutela por violación del debido proceso, cuando se haya agotado el recurso de reposición ante la mencionada superintendencia, y siempre que sea evidente la presencia de una vía de hecho.”*⁵³

Habiendo repasado las funciones jurisdiccionales que con anterioridad a la Ley 1258 de 2008 venía ejerciendo la Superintendencia de Sociedades, podemos

⁵²Sentencia T-803 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵³Sentencia SU.891/07

entrar a analizar aquellas que ejercen relación con las Sociedades por Acciones Simplificadas y observar de esta forma las diferencias que existen entre ellas, como por ejemplo el margen de acción que las normas les permiten para su desarrollo, el objeto que regulan, el régimen a que pertenecen, etc.

4. LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES EN RELACIÓN CON LAS SAS

La necesidad de delimitar si son válidas o no constitucional y legalmente las funciones que se le atribuyen a la Superintendencia de Sociedades en relación con la solución de conflictos de las Sociedades por Acciones Simplificadas, nos obliga a mencionar nuevamente el artículo 116 de la Constitución Política que atribuye a las autoridades administrativas el ejercicio funciones jurisdiccionales⁵⁴ Así mismo el Legislador en concordancia con el artículo. 150 de la C.N promulga la ley 1258 de 2008 que determina cuando tiene la Superintendencia de Sociedades la función de juez competente proporcionando con ello la reglamentación que requiere este ente administrativo para impartir justicia.

Sin embargo debemos analizar si en este ejercicio de la función pública se aplican los principios rectores de la administración de justicia;

- Acceso a la justicia

Artículo 229º.-Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.(Constitución Política de Colombia 1991)

En las Sociedades por Acciones Simplificadas existen dos formas de acceder a la justicia. La primera, cuando se pacta por el cien por ciento de los asociados acudir

⁵⁴Véase: Sentencia T-079/10, Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. “En ese sentido, ha explicado que el fundamento de esta atribución se encuentra en el artículo 116 de la Constitución Política, que prevé la posibilidad de que autoridades administrativas ejerzan, de manera excepcional, funciones jurisdiccionales, siempre que no se trate de la instrucción o juzgamiento de conductas tipificadas en la Ley Penal; y en el artículo 113 constitucional, que consagra el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público.”

a Arbitramento o Amigable composición, y la segunda a través de la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

La Ley 1258 de 2008 en los artículos 24 párrafo 2, 40, 42, 43 y 44 faculta a la Superintendencia de Sociedades para que actúe como único juez en los conflictos presentes en las SAS; con estas disposiciones y teniendo en cuenta que a diferencia del resto de sociedades comerciales, en las SAS no existe la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria, debería quedar claro la forma en que esta entidad desarrollará dichas funciones, pues a nuestro juicio, a pesar de que las Superintendencias en general gozan de la autonomía suficiente para orientar su estructura de la manera en que consideren más adecuada respetando las normas que las regulan como organismos de vigilancia y control para el ejercicio de sus funciones, tratándose de medidas jurisdiccionales tan amplias, es decir prácticamente encaminadas a resolver cualquier conflicto originado en un tipo específico de sociedad, podría pensarse que es obligación del Legislador procurar por dicha cautela.

Pero la Ley establece solo las funciones y el procedimiento más no determina cual es la oficina dentro de la infraestructura de la Superintendencia encargada de resolver los mencionados conflictos, en consecuencia se asume por disposición análoga que es del mismo modo como se estipula en el artículo 12 del Decreto 1080 de 1996:

“ARTÍCULO 12. INTENDENCIAS REGIONALES. La Superintendencia de Sociedades podrá contar con Intendencias Regionales, las cuales ejercerán las siguientes funciones:

1. Ejecutar las funciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales del área de su jurisdicción, de acuerdo con los lineamientos establecidos por el Superintendente de Sociedades;

2. Expedir los actos administrativos que le correspondan dentro de la respectiva área territorial, cuando así lo delegue el Superintendente;

3. Absolver dentro del área de su jurisdicción las consultas que se formulen en los asuntos de competencia de la Superintendencia de Sociedades, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Superintendente;

4. Dirigir la elaboración y ejecución de los planes, programas y proyectos de la dependencia;

5. Las demás que le sean asignadas por el Superintendente de Sociedades.”

Las Superintendencia de Sociedades se encuentra ubicada en Bogotá y está cuenta con Superintendencias Regionales que como lo indica el anterior artículo cumplen funciones netamente administrativas de vigilancia y control, por lo tanto la funciones jurisdiccionales son ejercidas por la Superintendencia principal; entonces surge el interrogante ¿Si las SAS están constituidas principalmente para formalizar pequeñas y medianas empresas de todo el territorio nacional, no resulta de difícil acceso para quienes necesitan resolver sus conflictos y que no pactaron clausula compromisoria esta concentración de facultades?

Se puede considerar contraria a las políticas de un estado social de derecho que se encaminan a la protección de la totalidad de la población, procurando una igualdad efectiva y real.

La función pública de la rama judicial se desarrolla a nivel nacional a través de los jueces y tribunales que facilitan su acceso; es desconcentrada y autónoma.

La solución que encontramos a este inconveniente es que la competencia que tiene la Superintendencia debería ser a prevención⁵⁵ como ocurre en los procesos concursales, garantizando de este modo el efectivo acceso a la justicia de todas las personas, sobre todo en aquellos casos en los que no sea posible acudir a una Superintendencia regional, pues contrario al espíritu mismo de la función judicial, estas no abarcan la totalidad del territorio ni existe tal intención.⁵⁶

- *Celeridad*

Al mencionar este presupuesto convenimos en que la solución de los conflictos atendidos por la administración de justicia debe efectuarse de forma oportuna, sin que medien dilaciones injustificadas que vulneren los derechos de las partes.

Y resulta tan importante que incluso cuando existen demoras dentro de un proceso determinado por causa de la congestión en las labores del funcionario, no por esto puede considerarse justificable; la Sentencia T- 030 de 2005 lo explica:

“La Sala precisa que el hecho de que la dilación en el trámite judicial no sea imputable a conducta dolosa o gravemente culposa alguna del funcionario, sino al exceso de trabajo que pesa sobre los despachos judiciales, puede, en principio, exculpar a aquellos de su responsabilidad personal, pero no priva a los administrados del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes. En otras palabras, dicha situación, no autoriza a considerar que la dilación es justificada, sin prueba alguna de que se haya intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarla. De esta manera el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas no pierde efectividad ni siquiera en aquellos supuestos en que los retrasos se deben

⁵⁵Véase: Sentencia C-833/06 M.P. Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA. “Cabe señalar que conforme a la doctrina procesal la competencia a prevención consiste en la competencia concurrente de dos o más autoridades en relación con determinados asuntos, de tal manera que el conocimiento de éstos por una de ellas excluye la competencia de las demás. Por tanto, la actuación que con posterioridad adelante otra de tales autoridades resulta nula por incompetencia”.

⁵⁶www.supersociedades.gov.co

a los defectos estructurales de la organización y funcionamiento de la rama judicial.”

Así las cosas la celeridad es predicable en todos los casos en que se acceda a la justicia y es responsabilidad del Estado velar por ésta.

Entonces si estudiamos la posibilidad que tiene la Superintendencia de resolver pugnas con lo que respecta a procesos concursales y conflictos derivados del contrato social o acto unilateral constituyente de las SAS encontramos que *“(…) de las funciones jurisdiccionales por parte de las intendencias regionales, las cuales estarán sujetas a la delegación del Superintendente; así, se puede afirmar que las competencias de las intendencias no deviene de la ley, sino de la delegación que este les haga, lo que a nuestro juicio impone restricciones y limitaciones.”*⁵⁷ Situación que produce preocupación debido a que es en la oficina central de la Superintendencia en cabeza de la Superintendencia Delegada para los Procedimientos Mercantiles donde se resuelven todos los asuntos que derivan las funciones jurisdiccionales., entonces si observamos la gran cantidad de procedimientos que deben resolver estos funcionarios es apenas obvio que al sumarle la carga de los conflictos de las SAS la celeridad se vea afectada.

Para sustentar lo anterior es indispensable reflexionar sobre los siguientes datos:

⁵⁷ RODRIGUEZ ESPITIA, Juan José. *Nuevo Régimen de Insolvencia*. Primer edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. pág. 106.

Tabla 1. Personas naturales o jurídicas aceptadas o convocadas a liquidación judicial, por año de apertura o finalización del proceso.

PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS ACEPTADAS O CONVOCADAS A LIQUIDACIÓN JUDICIAL POR AÑO DE APERTURA O FINALIZACIÓN ACUMULADO A JUNIO 30 DE 2011						
AÑO	Procesos iniciados			Procesos Terminados		
	Numero de personas naturales	Numero de personas jurídicas	Total procesos iniciados	Numero de personas naturales	Numero de personas jurídica	Total Proceso terminados
2007		34	34		1	1
2008	2	86	88		6	6
2009	1	125	126		54	54
2010	7	123	130	1	97	98
2011	1	59	60	3	33	36
Total	11	427	438	4	191	195

Fuente: SIGS (Módulo de Procesos)
Fecha Consulta: Fecha Consulta: Julio 05 de 2011

- Del total de los procesos iniciados, 195 han finalizado equivalente al 44.52%.

Tabla 2. Duración promedio de los procesos de liquidación judicial

DURACIÓN PROMEDIO DE LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL ACUMULADO A JUNIO 30 DE 2011			
Estado del proceso	Número de personas naturales o jurídicas	Duración Promedio en días	Duración Promedio en años
En trámite*	243	426	1,17
Terminado**	195	515	1,41

Fuente: SIGS (Módulo de Procesos)
*Proceso hasta la fecha del acumulado
**Desde el inicio del proceso hasta la fecha de terminación del mismo
Fecha Consulta: Fecha Consulta: Julio 05 de 2011

Tabla 3. Sociedades aceptadas o convocadas a liquidación obligatoria

SOCIEDADES ACEPTADAS O CONVOCADAS A LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA			
POR AÑO DE ACEPTACIÓN O FINALIZACIÓN DEL PROCESO ACUMULADO JUNIO 30 DE 2011			
AÑO	Procesos iniciados	Procesos en trámite al inicio del año	Procesos terminados
1996	19		.
1997	71	90	.
1998	130	220	.
1999	156	376	1
2000	165	540	5
2001	155	690	24
2002	135	801	38
2003	131	894	70
2004	134	958	222
2005	103	839	437
2006	129	531	184
2007	52	399	156
2008		243	99
2009		144	63
2010		81	26
2011		55	3
Total	1380	52	1328
Fuente: SIGS (Módulo de Procesos)			
Fecha Consulta: Julio 05 de 2011			

Del total de los procesos iniciados han finalizado **1328** Liquidaciones Obligatorias, equivalente al 96.23% de los, cuales 30 de ellos se han reabiertos

Tabla 4. Duración promedio de los procesos terminados

DURACIÓN PROMEDIO DE LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA ACUMULADO JUNIO 30 DE 2011			
Estado del proceso			
	Número de sociedades	Duración Promedio en días*	Duración Promedio en años*
En trámite*	52	2857	7.83
Terminados***	1328	1448	3.97

Fuente: SIGS (Módulo de Procesos))
 *Desde el inicio del proceso hasta la fecha del acumulado
 **Desde el inicio del proceso hasta la fecha de terminación del mismo
 Fecha Consulta: Julio 05 de 2011

Tabla 5. Acuerdos de Reestructuración, por año de aceptación o finalización del proceso

SOCIEDADES ACEPTADAS A UN ACUERDOS DE REESTRUCTURACIÓN POR AÑO DE ACEPTACIÓN O FINALIZACIÓN DEL PROCESO ACUMULADO JUNIO 30 DE 2011				
AÑO	Supersociedades		Otro nominador	
	Procesos iniciados	Procesos terminados	Procesos iniciados	Procesos terminados
2000	223	11	93	5
2001	189	43	95	14
2002	133	52	54	19
2003	89	67	46	17
2004	80	67	50	20
2005	68	65	48	22
2006	63	53	28	31
2007	35	59	15	26
2008		59	3	26
2009		50	5	27
2010		40	3	20
2011		17	1	3
Total	880	583	441	230

Fuente: SIGS (Módulo de Procesos)
 Fecha Consulta: Julio 05 de 2011

Tabla 6. Acuerdos Celebrado. Tiempo promedio transcurrido desde el inicio del proceso hasta su celebración.

SOCIEDADES QUE CELEBRARON ACUERDO DE REESTRUCTURACIÓN TIEMPO PROMEDIO TRANSCURRIDO DESDE EL INICIO DEL PROCESO HASTA SU CELEBRACIÓN NOMINADOR SUPERSOCIEDADES ACUMULADO JUNIO 30 DE 2011			
Estado del proceso	Número de sociedades	Duración Promedio en días*	Duración Promedio en años*
Celebrados	744	316	0.87
Fuente: SIGS (Módulo de Procesos) Fecha Consulta: Julio 05 de 2011			

PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS ACEPTADAS EN ACUERDO DE REORGANIZACIÓN POR AÑO DE APERTURA DEL PROCESO ACUMULADO JUNIO 30 DE 2011				
AÑO	Personas Naturales	Personas Jurídicas	Total iniciados	Procesos confirmados
2007	3	5	8	
2008	3	41	44	5
2009	6	84	90	32
2010	29	76	105	40
2011	10	38	48	9
Total	51	244	295	86
Fuente: SIGS (Módulo de Procesos) Fecha Consulta: Julio 05 de 2011				

Tabla 7. Personas Naturales o Jurídicas aceptadas a un acuerdo de Reorganización, duración promedio de los proceso.

DURACIÓN PROMEDIO DE PROCESOS DE REORGANIZACIÓN ACUMULADO JUNIO 30 DE 2011			
Estado del proceso	Número de procesos	Duración Promedio en días	Duración Promedio en años
Negociación*	189	333	0.93
Confirmado*	86	390	1.08
Adjudicados***	17	463	1.29

Fuente: SIGS (Módulo de Procesos)
 *Desde el inicio del proceso hasta la fecha del acumulado
 **Desde el inicio del proceso hasta la confirmación del mismo
 ***Desde el inicio del proceso hasta la adjudicación del mismo
 Fecha Consulta: Julio 05 de 2011

SOCIEDADES ACEPTADAS O CONVOCADAS A CONCORDATOS POR AÑO DE ACEPTACIÓN O FINALIZACIÓN DEL PROCESO ACUMULADO JUNIO 30 DE 2011			
AÑO	Procesos iniciados	Procesos en tramite al inicio del año	Procesos terminados
ANTES DE 1996	117	117	
1996	64	181	
1997	88	269	17
1998	118	370	23
1999	200	547	46
2000	2	503	89
2001	5	419	68
2002	8	359	65
2003	6	300	52
2004	5	253	32
2005	2	223	31

SOCIEDADES ACEPTADAS O CONVOCADAS A CONCORDATOS POR AÑO DE ACEPTACIÓN O FINALIZACIÓN DEL PROCESO ACUMULADO JUNIO 30 DE 2011			
AÑO	Procesos iniciados	Procesos en trámite al inicio del año	Procesos terminados
2006	1	193	39
2007	2	156	18
2008	2	140	17
2009	2	125	29
2010		96	14
2011		81	1
Total	622		541
Fuente: SIGS(Módulo de Procesos) Fecha Consulta: Julio 05 de 2011			

Tabla 8. Sociedades aceptadas o convocadas a concordatos, por duración promedio de los proceso terminados.

DURACIÓN PROMEDIO DE LOS PROCESOS DE CONCORDATOS ACUMULADO JUNIO 30 DE 2011			
Estado del proceso	Número de sociedades	Duración Promedio en días*	Duración Promedio en años*
En Ejecución*	81	5070	13.89
Terminados*	541	2323	6.36
Fuente: SIGS (Módulo de Procesos) *Desde el inicio del proceso hasta la fecha del acumulado **Desde el inicio del proceso hasta la finalización del mismo Fecha Consulta: Julio 05 de 2011			

58

De las graficas podemos deducir que la Superintendencia de Sociedades a razón

⁵⁸Véase: www.supersociedaes.gov.co

de sus funciones jurisdiccionales ha iniciado 3615 procesos concursales terminando en promedio el 80 % lo que indica que su función jurisdiccional cumple con el principio de celeridad debido a la especialidad que tiene en la materia que le favorece al impartir justicia; sin embargo esta celeridad no es brindada solamente por la rapidez en solucionar los conflictos sino porque no conoce gran cantidad de estos.

Como podemos ver desde 1995 que se le otorgan funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades sólo ha iniciado la cantidad de procesos que hemos indicado anteriormente.

Entonces al otorgarle la competencia absoluta de las más de 42.000⁵⁹ Sociedades por Acciones Simplificadas que se han creado, se pone en duda su capacidad para seguir con el adecuado desarrollo de este principio.

- *Eficacia*

Constituye un principio fundamental en un Estado constitucional como el nuestro, ya que le exige a éste procurar el goce efectivo de todos los derechos y deberes consagrados en la carta magna, sea a través de la implementación de políticas públicas o al brindar soluciones prontas y justas a quienes acceden a la administración pública.

Sentencia T-733 de 2009, MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto:

«“Surgen obligaciones concretas del postulado constitucional contenido en artículo 2º Superior, según el cual dentro de los fines esenciales del Estado está “(...) servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...)”. Con fundamento en esto, la jurisprudencia de esta Corte ha protegido el denominado

⁵⁹Véase:http://www.confecamaras.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=89&Itemid=99

“principio de eficacia de la administración pública”, según el cual las autoridades administrativas ostentan cargas relativas al desempeño de sus funciones, en orden a implementar y brindar soluciones a problemas de los ciudadanos. Dichas problemas constituyendeficiencias atribuibles a deberes específicos de la administración, y así las mencionadas soluciones han de ser ciertas, eficaces y proporcionales a éstos.»

Podemos afirmar del papel que desempeña la Superintendencia de Sociedades en el campo jurisdiccional, que ha sido en términos generales bastante eficaz debido al alto grado de especialidad con que cuenta y que le permite tener una ventaja en la resolución de conflictos de esta índole, sin embargo hay que reconocer que la embestidura de juez es atribuible a personas con alto grado no solo de conocimiento sino también de responsabilidad frente a sus funciones que cuenten con una preparación adecuada y se apoyen en una infraestructura especializada en la función judicial entonces es cuestionable que se le brinde tanta confianza a una entidad que no ha sido diseñada para un reto tan grande como es el de encargarse de velar por el derecho fundamental al acceso a la justicia y el debido proceso en un modelo de sociedad comercial que transformó todo el Derecho societario desarrollado hasta ahora en Colombia.

- *Doble instancia*

Sentencia C -145 de 2009 MP Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla:

“(…) lo ha expresado en forma reiterada esta Corte, el principio de la doble instancia no es absoluto y, por lo tanto, no rige para toda clase de actuaciones jurisdiccionales. Ahora bien, como es evidente que contra las decisiones que se adopten en esa actuación no proceden recursos, de llegar a presentarse vías de hecho el afectado podría acudir a la acción de tutela, en procura de obtener el amparo judicial.”

Sentencia C-542 de 2010 Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio:

“Tradicionalmente se ha aceptado que el recurso de apelación forma parte de la garantía universal de impugnación contra las decisiones judiciales. Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 31 Fundamental se concluye que la doble instancia mediante el reconocimiento del recurso de alzada no es obligatoria en todos los asuntos que son de decisión judicial, puesto que la Ley está autorizada para establecer excepciones siempre y cuando se respeten el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad, y no se niegue el acceso a la administración de justicia. Lo anterior significa que el principio de la doble instancia no tiene carácter absoluto en el sentido de que necesariamente toda sentencia o cualquier otra providencia judicial sea susceptible de ser apelada o consultada, ‘pues su aplicación práctica queda supeditada a las regulaciones que expida el Legislador dentro de su competencia discrecional, pero sin rebasar el límite impuesto por los principios, valores y derechos fundamentales constitucionales, específicamente en lo que atañe con el principio de igualdad’. Así, pues, es facultad del Legislador señalar en qué casos los procesos judiciales se tramitarán en dos instancias y cuáles no, salvo en los casos en que la Constitución haya dispuesto expresamente lo contrario como es el caso de la impugnación de la sentencia condenatoria y de las decisiones adoptadas en ejercicio de la acción de tutela”.

Aunque dentro del debido proceso contar con la posibilidad de apelar las decisiones que los jueces toman constituye una garantía, al permitir replantear los argumentos que se usaron para la toma de aquellas y que el interesado pueda contar con la posibilidad de un nuevo pronunciamiento quizás más favorable a sus pretensiones, quizás que corrija un yerro flagrante, en cualquier caso a pesar de esto, el Legislador constitucional establece que pueden existir excepciones, es decir que aún con la importancia que posee, no es absoluto.

La acción de tutela como mecanismo de amparo de los derechos fundamentales

de carácter constitucional, es procedente frente a las decisiones tomadas por la Superintendencia de Sociedades en desarrollo de sus funciones jurisdiccionales, pero está no debe confundirse con una segunda instancia, pues se vería afectada la seguridad jurídica de las partes dentro del proceso, al desconocerse el principio de cosa juzgada y autonomía judicial. Sentencia C-590 de 2005 MP Dr. Jaime Córdoba Triviño:

“El argumento según el cual la tutela contra sentencias de última instancia afecta la distribución constitucional de competencias entre las altas Cortes y, en particular, la naturaleza de La Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como “órganos de cierre” de la respectiva jurisdicción, es falso, pues el juez constitucional no tiene facultades para intervenir en la definición de una cuestión que debe ser resuelta exclusivamente con el derecho ordinario o contencioso. Su papel se reduce exclusivamente a intervenir para garantizar, de manera residual y subsidiaria, en los procesos ordinarios o contencioso administrativos, la aplicación de los derechos fundamentales, cuyo intérprete supremo, por expresa disposición de la Constitución, es La Corte Constitucional.”

Entonces no puede convertirse este mecanismo de amparo constitucional como una herramienta de los asociados de una SAS para exigir un pronunciamiento distinto de la Superintendencia de Sociedades con ocasión de sus funciones jurisdiccionales, pues precisamente es de carácter constitucional, encaminado a salvaguardar derechos fundamentales y no a dirimir controversias de intereses particulares.

Quisiéramos entonces indicar que aunque es potestad del Legislador indicar cuál es el proceso pertinente para cada uno de las conflictos que se presenten, si nos detenemos a reflexionar sobre las SAS podemos determinar que si bien es cierto el proceso verbal sumario se desarrolla en menor tiempo y cumple con las características de agilidad y simplicidad que requieren estos procesos, el hecho de

que no cuenten con una segunda instancia despierta cierta preocupación, pues no hay una vigilancia concreta frente a las decisiones que promulgue la Superintendencia de Sociedades en estos casos, dejando a la deriva una figura jurídica con tantos sujetos acogidos. Por lo anterior es importante pensar en la posibilidad de permitir que se pueda recurrir a la justicia ordinaria como segunda instancia al ser esta la que otorga mayor seguridad y tranquilidad en materia judicial.

- *Gratuidad*

Las vías para solucionar los conflictos en las SAS son dos, los MASC⁶⁰ que tienen un costo estipulado por la ley, y la Superintendencia de Sociedades que interviene gratuitamente como juez, sin embargo podemos notar que debido a que todos los procedimientos que desarrolla ésta se hacen en Bogotá es necesario asumir los costos de viaje y manutención a dicha ciudad lo que a fin de cuentas rompe con este principio.

Desjudicialización

Es un fenómeno que puede interpretarse de dos maneras. La primera, cuando un procedimiento que normalmente es de conocimiento de los jueces se desarrolla ante una autoridad administrativa que no tiene funciones jurisdiccionales, por ejemplo el trámite de divorcio frente a una notaria o una sucesión también ante notaria y la segunda, sobre la cual nos hemos referido en el transcurso de nuestra investigación, cuando para acceder a la justicia se acude a un organismo distinto a los que componen el poder judicial pero que la Constitución y la ley le han otorgado funciones jurisdiccionales, como es el caso de los MASC y en las SAS la Superintendencia de Sociedades.

Con esta ley se faculta por primera vez a la Superintendencia de Sociedades

⁶⁰Véase: DECRETO 4089 DE 2007

como juez natural para solución de conflictos de toda una figura jurídica, lo que indica que al presentarse conflictos dentro de una SAS no se puede acudir a la justicia ordinaria.

La Ley 1285 de 2009 última reforma al Estatuto de Administración de Justicia en su artículo 3ºro expresa que:

“ARTÍCULO 3o. Modifíquese el artículo 8o. de la Ley 270 de 1996 en los siguientes términos:

(...)Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz. En tal caso la ley señalará las competencias, las garantías al debido proceso y las demás condiciones necesarias para proteger en forma apropiada los derechos de las partes. Contra las sentencias o decisiones definitivas que en asuntos judiciales adopten las autoridades administrativas excepcionalmente facultadas para ello, siempre procederán recursos ante los órganos de la Rama Jurisdiccional del Estado, en los términos y con las condiciones que determine la ley.”

El objeto de este artículo es dejar sin efecto la desjudicialización de muchos de los conflictos del derecho privado, pero en las SAS este mandato no aplica debido a que el trámite que se estipula para la solución de sus conflictos es el verbal sumario de única instancia. Por lo que la seguridad jurídica que pretende ofrecer esta ley no se aprovecha en las Sociedades por Acciones Simplificadas.

A nuestra forma de ver, ese afán por incrementar las funciones y competencias de las instituciones y entidades adscritas al poder ejecutivo, es una consecuencia tácita de la concentración del poder dentro de un país presidencialista; como es bien sabido venimos de un proceso de reelección de los gobernantes, que procuran controlar todo el engranaje de la estructura del poder público, acaparando diversas esferas y viéndose en muchas ocasiones disminuida la protección de los derechos fundamentales de la población pues se vislumbra un

gobierno sin contrapesos aparentes, que se encuentra en la lucha constante por satisfacer interés particulares y no por afianzar una administración cada vez más eficaz, recta en su funcionamiento y justa con sus gobernados.

5. CONCLUSIONES

1. Cuando iniciamos esta investigación las fuentes a las que podíamos acudir, pensamos que eran limitadas, sin embargo al ahondar en el estudio de las Sociedades por Acciones Simplificadas, notamos que era un modelo muy similar al establecido en otros países y que en la legislación interna ya existían antecedentes que disponían los siguientes puntos similares con las SAS ; por ejemplo encontramos que las sociedades ya se constituían unipersonalmente si era voluntad del interesado, que era posible abstenerse de pactar un objeto determinado quedando permitida cualquier actividad lícita, que su constitución se podía llevar a cabo mediante documento privado, en fin que las características mencionadas en la Ley 1258 de 2008 ya eran manejadas por otros ordenamientos jurídicos y por tanto el estudio de esta nueva figura no era tan restringido.

Sin embargo notamos una particularidad que sólo tienen las SAS colombianas y es que en la resolución de conflictos el juez natural, cuando no se pacta cláusula compromisoria, es una entidad administrativa.

2. Los trámites que se usan para acceder a la justicia en las SAS son el proceso verbal sumario ante la Superintendencia de Sociedades y el adelantado ante los Mecanismos Alternativos de solución de conflictos (Arbitramento y Amigable Composición).

La corte hizo una revisión constitucional sobre la validez de la solución de conflictos mediante los MACS, concluyendo que no hay violación del acceso a la administración de justicia ni del debido proceso, incluso cuando se adelanta la impugnación de las decisiones de las asambleas o juntas de socios, pues

este nuevo tipo de sociedad debe ser analizado de manera distinta de las demás contempladas en el código de comercio ya que posee características que la hacen merecer un trato diferente y especial.

3. En relación con el Arbitramento se destaca una situación semejante al papel que ha desarrollado la Superintendencia de Sociedades en estos tres años en que la Ley 1258 de 2008 ha venido funcionando, y es que al igual que ésta última-debido a que la entidad no ha conocido hasta le fecha de ningún proceso en virtud de esta Ley-, aún no se presenta el primer caso de resolución de un conflicto proveniente de las SAS, es decir, no se tiene conocimiento de tramites arbitrales en uso de la clausula compromisoria incluida en el estatuto social. Los asociados de las SAS con todo y que existen gran cantidad de estas sociedades en la actualidad y que su número tiende a aumentar, o no han pactado dicha clausula o no han hecho uso de ella, en cualquier caso no existe registro de laudos arbitrales en relación con las SAS.
4. La Superintendencia de Sociedades como autoridad administrativa debe cumplir con ciertos requisitos para ejercer funciones jurisdiccionales; notamos que su estructura interna no se encuentra lo suficientemente desarrollada para contar con la autonomía e imparcialidad requerida, pues sigue siendo el Presidente de la República la máxima autoridad administrativa del Estado, además sólo cuenta con siete (7) Superintendencia Regionales que no ejercen las funciones jurisdiccionales mencionadas por lo que la aglomeración de todos los procesos judiciales está en cabeza del Superintendente delegado para procedimientos mercantiles en la oficina principal ubicada en Bogotá, con lo cual se obstaculiza la posibilidad de acceder a la justicia.
5. Hay una desjudicialización del acceso a la justicia lo cual puede crear unainseguridad jurídica debido a que si bien la Superintendencia es la más especializada en materia comercial, la cantidad de procedimientos que ha

manejado desde el 1995 nos indica que no es la vía preferida por las personas para solucionar sus conflictos.

Las SAS son consideradas tanto por el Legislador como por la Corte Constitucional una figura independiente que merece un trato particular; esta es creada por una norma a la medida sin un sustento diferente a la potestad legislativa situación que puede llegar a ser un inconveniente pues tantas libertades y facilidades pueden convertirse en una vía fácil para incrementar la formalización de las empresas como para legalizar ilícitos.

Consideramos que si una persona en nuestro país no decide pactar cláusula compromisoria para solucionar sus conflictos dentro de una SAS el acceso a la justicia sería restringido por que sólo puede tener un conocimiento pleno y eficaz en Bogotá donde se desarrollan los procesos.

BIBLIOGRAFIA

Bibliográfica

- GALINDO VÁCHA, Juan Carlos, “Derecho Europeo de Sociedades”, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2002.
- GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán, “Abuso en decisiones adoptadas en las SAS” en Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2010.
- MASQUELIER, Frédéric. et aíl., Société par Actions Simplifiée, création, gestion, évolution, 4e éd., Pais, Ed. Delmas, 2005.
- MENDOZA RAMÍREZ, Álvaro, “Antecedentes nacionales de la ley 1258 de 2008” en Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2010.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo, Arbitraje Comercial Nacional e Internacional, Bogotá, Legis, 1998.
- NARVÁEZ, José Ignacio, Teoría general de las sociedades, Bogotá Legis, 2008.
- PINZÓN, Gabino, Sociedades comerciales: Teoría general, Temis, 1982.
- POLANÍA, Nicolás, “El régimen de responsabilidades las sociedades por acciones simplificada”, en Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2010.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario, Vols. I y II Bogotá, Temis, 2006.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco, “Derecho Societario en Estados Unidos”, Bogotá, Legis S.A, 2006.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. SAS La Sociedad por Acciones simplificada. Legis. Bogotá. 2010.

- RODRIGUEZ ESPITIA, Juan José. *Nuevo Régimen de Insolvencia*. Primer edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. pág. 106.
- SANÍN BERNAL, Ignacio, “La Ley SAS remoja las sociedades comerciales (y crea, también, nuevos retos)”. En: Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada, Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2010.

Jurisprudencial

- Corte Constitucional, Sentencia C-014 de 2010. M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.
- Corte Constitucional Sentencia T-079 de 2010 M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
- Corte Constitucional Sentencia T-757/09 M.P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
- Corte Constitucional Sentencia C-590 de 2005 .M.P: Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
- Corte Constitucional Sentencia T- 030 de 2005 M.P.Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
- Corte Constitucional Sentencia C-833/06 M.P. Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA
- Corte Constitucional Sentencia T-079/10, M.P.: DR. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
- Corte Constitucional Sentencia T-803 de 2004, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA
- Corte Constitucional Sentencia SU.891/07M.P.RODRIGO ESCOBAR GIL. SENTENCIA
- Corte Constitucional Sentencia T-513 de 2009 M. P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
- Corte Constitucional Sentencia T-930/02 Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA
- Corte Constitucional, Sentencia C-098 de 2001. M.P. MARTHA VICTORIA

SÁCHICA MÉNDEZ

- Corte Constitucional Sentencia C-415 de 2000. M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET.
- Corte Constitucional Sentencia C-480 de 2000. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.
- Corte Constitucional Sentencia C-384/00 M.P. Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA
- Corte Constitucional Sentencia C-542 de 2010 M.P. Dr. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO:
- Corte Constitucional Sentencia C -145 de 2009 M.P. DR. NILSON PINILLA PINILLA
- Corte Constitucional Sentencia T-733 de 2009, M.P. Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO:
- Corte Constitucional C- 025 de 2003 M.P. DRA. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.
- Corte Constitucional Sentencia T-279 de 1997 M.P. DR. VLADIMIRO NARANJO MESA
- Corte Constitucional Sentencia C-625 de 2003M.P. Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
- Corte Constitucional Sentencia T-279 de 1997M.P. Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA
- Corte Constitucional Sentencia C-180 de 1997M.P.Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ
- Sentencia T- 079 de 2010, M.PDR. LUIS ERNESTO VARGAS SILVa.
- Corte Constitucional Sentencia C-1143 de 2000. M.P.CARLOS GAVIRIA DIAZ.
- Corte Constitucional Sentencia T-120 de 1993M.P ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
- Corte Constitucional Sentencia T-384 de 2000 M.PVLADIMIRO NARANJO MESA:

- Corte Constitucional Sentencia C-212 de 1994. M.P.JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
- ¹Corte Constitucional Sentencia C-1071 de 2002 M.PEDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.
Corte Constitucional Sentencia C-1071 de 2002M.PDr. RODRIGO ESCOBAR GIL
- Corte Constitucional Sentencia C-294 de 1995 M.PJORGE ARANGO MEJÍA
- Corte Constitucional Sentencia C-189 de 1998M.PDr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
- Corte Constitucional Sentencia C-378/08 M.PDR. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.
- Corte Constitucional Sentencia C-392 de 2007M.PM.P.: HUMBERTO SIERRA PORTO.
- Corte Constitucional Sentencia. C-624 de 98. M.PALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Disposiciones Normativas

- Constitución Política de Colombia
 - Prólogo
 - Art. 4, 13, 29, 31,39, 113, 116.
- ley 270 de 1996
- ley 446 de 1998, art 148
- ley 510 de 1999, art 52
- ley 550 de 1999, art. 37
- *la Ley 446 de 1998 art 66*
- ley1116 de 2006
- ley 1258 de 2008, art 24, 40,42,43
- ley 1285 de 2009 ,art 3,5,13,

- : **DECRETO 4089 DE 2007**
- Decreto 1080 de 1996:

Paginas Web

- <http://www.icdp.org.co>
- <http://www.supersociedades.gov.co>
- <http://www.confecamaras.org.co/>
- VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. *Sobre el Abuso del Derecho en Materia de Sociedades.* Véase: http://carlosvelasquezasociados.com/Abuso_sociedades.pdf
- ¹<http://www.legifrance.gouv.fr>