

CONCEPTOS BÁSICOS Y DIFERENCIAS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA Y LA EMPRESA UNIPERSONAL EN EL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO Y LA JURISPRUDENCIA.

HECTOR OSORIO RIVERA
JORGE ARMANDO ARIAS SANTIAGO

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA.
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y HUMANISTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÀ.
2012.

CONCEPTOS BÁSICOS Y DIFERENCIAS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA Y LA EMPRESA UNIPERSONAL EN EL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO Y LA JURISPRUDENCIA.

HECTOR OSORIO RIVERA
JORGE ARMANDO ARIAS SANTIAGO

PROYECTO DE INVESTIGACION PRESENTADO PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

DOCTOR HAROL MORA CAMPO
Director de Monografía.

UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA.
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y HUMANISTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÀ.
2012.

Dedicatoria

A nuestros padres y a toda la familia, quienes siempre nos apoyaron. Son las personas más importantes de nuestra vida.

A nuestros padres por habernos enseñado la importancia del esfuerzo y del trabajo. Además siempre nos inculcaron el valor de la humildad y la confianza en Dios.

Agradecimiento

Agradecemos a Dios, por la vida y por la oportunidad que nos dio de estudiar, de descubrir el valor de los libros y de la ciencia del Derecho.

Esperamos ser mediadores e instrumentos de justicia.

Agradecimientos infinitos a nuestras familias por acompañarnos siempre y por impulsarnos en la búsqueda del sueño de ser abogados.

También agradecimientos especiales a nuestros profesores de la Facultad de Derecho, quienes siempre nos dieron lo mejor de su conocimiento.

INDICE

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE: LA EMPRESA UNIPERSONAL Y LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. 3

CAPITULO I. Antecedentes generales. 3

SECCIÓN I: Antecedentes históricos, doctrinales y legislativos. 5

1. Antecedentes históricos.	5
2. Antecedentes de la Empresa Unipersonal.	6
2.1. La empresa unipersonal en el Derecho Europeo.	6
2.2. La empresa unipersonal en Colombia.	7
2.3. La empresa unipersonal en la reforma de 1.995.	8
2.3.1. Definición, personería y responsabilidad.	8
3. Antecedentes de la Sociedad por acciones simplificada.	10
4. Antecedentes doctrinales, legislativos e interpretación de los contratos.	12
4.1 Bases constitucionales.	13
4.2 La jurisprudencia de las altas cortes en Colombia.	14
4.3 Interpretación de los Contratos.	14
5. El comerciante individual y la empresa.	15
6. La responsabilidad del comerciante.	16
7. El patrimonio en la empresa unipersonal y las SAS.	19
8. Principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio.	20
8.1. Corrientes doctrinales del patrimonio.	21
8.1.1 Teoría Clásica o del Patrimonio de personalidad.	21
9. La sociedad comercial en general.	22
10. La autonomía de la voluntad.	22

SECCIÓN II. Sociedad por Acciones simplificada. – SAS-. 24	24
1. Concepto.	24
1.2 Propósitos de las SAS.	25
1.3 Principios de la sociedad por acciones simplificada.	25
1.4. Naturaleza jurídica de la SAS.	27

1.5. Constitución, personalidad jurídica y prueba de la sociedad.	29
1.6. Ventajas en la constitución.	30
1.7. Limitaciones sobre la responsabilidad.	30
1.8. Reglas especiales sobre el capital y las acciones.	30
1.9. Organización de la sociedad.	31
1.10. Reformas estatutarias y reorganización de la sociedad.	32
1.11. Disolución y liquidación.	32
SECCIÓN III. Empresa unipersonal. – E.U.	33
1.1. Concepto.	33
1.2. Principios de la empresa unipersonal.	33
1.3. Naturaleza jurídica de la empresa unipersonal.	34
1.4. Constitución, personalidad jurídica.	35
1.5. Limitaciones sobre la responsabilidad.	35
1.6. Aportaciones posteriores de bienes.	36
1.7. Terminación de la empresa.	36
1.8. Normas aplicables a la empresa.	37
1.9. Conversión en empresa unipersonal.	37
1.10. Justificación de la empresa unipersonal	37
SECCIÓN IV. La sociedad por acciones simplificada y la empresa Unipersonal en el registro mercantil.	38
1. Historia del registro mercantil.	39
2. Características del registro mercantil.	40
3. Efectos del registro mercantil.	40
4. Funciones del registro.	41
5. Registro de las SAS:	42
6. Registro de la empresa unipersonal.	42
SEGUNDA PARTE: LA JURISPRUDENCIA	
CAPITULO I: La jurisprudencia de la Corte Constitucional.	44
1. Línea jurisprudencial de la Empresa Unipersonal.	44
2. Línea jurisprudencial de la Sociedad por acciones simplificadas.	53
CAPITULO II: Diferencias específicas de la empresa unipersonal y las SAS.	55

TERCERA PARTE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN LA
CREACION DE UNA SOCIEDAD POR
ACCIONES SIMPLIFICADAS Y LA
EMPRESA UNIPERSONAL.

CAPITULO I: Ventajas y desventajas en la creación de una sociedad por Acciones simplificadas y la Empresa Unipersonal. 57

SECCIÓN I. Estadística de las Cámaras de Comercio de Guadalajara de Buga y de Tuluá de SAS y Empresas unipersonal. 62

CONCLUSIONES:

INTRODUCCIÓN

La historia del Derecho comercial no debe confundirse con la historia del comercio. El Derecho Comercial nace cuando el hombre tiene la necesidad de intercambiar productos para satisfacer sus necesidades humanas básicas.

El nacimiento del Derecho Comercial como disciplina autónoma se presenta en la edad media y las formas jurídicas que aparecieron son los antecedentes pero estas reglas no conforman un sistema de normas que permitan concluir que se trata de una rama de la ciencia suficiente e independiente de otras.

La concepción de Derecho Comercial se modifica en el transcurso del tiempo. Este derecho es dinámico. Prueba de ellos es su progresividad: en la primera etapa se consideró como un derecho exclusivo de los comerciantes; después, como el derecho de los actos de comercio; posteriormente como el derecho de las empresas, y, finalmente, como la disciplina reguladora de la economía organizada.

Desde el punto de vista normativo, puede definirse el Derecho Comercial como el conjunto de normas que regulan las actividades mercantiles y las relaciones que en ellas se originan, así como los sujetos de estas.¹

Todo lo anterior para significar que el Derecho Comercial es dinámico, va de la mano del desarrollo cultural, del progreso tecnológico y de los avances técnico-comerciales. Esto quiere decir, que Derecho Comercial se adapta al momento económico, a la globalización, a la apertura económica y a los tratados de libre comercio que hoy todos los países están estructurando. Producto de este dinamismo económico y cultural nace la sociedad por acciones simplificada con la Ley 1258 del 2.008 y la empresa unipersonal con la Ley 222 de 1.995. Estos dos cambios societarios son los más grandes aportes del Derecho Comercial Colombiano desde la creación del Código actual.

La Ley 1258 del 2.008 constituye un real dinamismo del derecho societario en Colombia y entre otras porque intenta ponerse a la vanguardia que sobre el tema se ha venido desarrollando en el derecho comparado y pretende aportar herramientas efectivas a los empresarios de nuestro país.

1. CORDOBA ACOSTA, PABLO ANDRÉS. "El gobierno de la empresa y el derecho", en Revista de derecho privado número 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000

Con la creación de la sociedad por acciones simplificada se establece una propuesta de regreso al contrato intentando recuperar el derecho de sociedades para el derecho privado, como respuesta a la crisis de las teorías institucionalistas del derecho de sociedades en nuestro país y que intenta subsanar los excesos del mercado que hicieron ceder el principio de la autonomía de la voluntad privada y en consecuencia afectaron la libertad individual.

De tal manera que en este proyecto de grado se presenta los orígenes, antecedentes de la sociedad por acciones simplificada y la empresa unipersonal; se realiza un análisis comparativo de algunas de sus disposiciones, teniendo como referentes la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Luego se hace un breve estudio del principio de la autonomía de la voluntad privada, se aborda el concepto de interés social, para de esta forma estudiar las teorías contractualistas, institucionalistas y neocontractualistas del derecho de sociedades; sus antecedentes, noción, consecuencias y manifestaciones en la legislación societaria colombiana, para de esta manera determinar la constitucionalidad de las normas que integran la ley de SAS, la contribución que ofrece al desarrollo del derecho societario colombiano y el aporte que brinda al empresariado como consecuencia de las disposiciones contenidas en la ley 1258 del 2.008

Finalmente se presenta la estadística que contiene los diversos tipos societarios existentes en la región, específicamente, en la Cámara de Comercio de Tuluá y Cámara de Comercio de Guadalajara de Buga.

PRIMERA PARTE: LA EMPRESA UNIPERSONAL Y LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.

CAPITULO I. ANTECEDENTES GENERALES.

Los antecedentes de las SAS y la empresa unipersonal los encontramos en las teorías de las sociedades que representan y que dan importancia fundamental al postulado de la autonomía de la voluntad. Y es aquí precisamente en donde se fortalece la empresa unipersonal y la sociedad por acciones simplificada.

La ciencia jurídica comercial que hace referencia a las sociedades y que considera fundamental el concepto del interés social, ha construido tres grandes tesis para explicar la naturaleza jurídica de las sociedades del derecho privado y allí radican sus antecedentes normativos:

- a. La teoría contractualista.
- b. La teoría institucionalista.
- c. La teoría neocontractualistas.

La teoría contractualista del derecho societario nace durante la vigencia del Estado liberal clásico y con ocasión del imperio del postulado de la autonomía de la voluntad. De tal manera que la sociedad no solamente proviene de un contrato sino que es un contrato, que en este caso constituye un instrumento del derecho mercantil para la organización de la actividad económica. En este modelo teórico, el interés social se mueve en el interés de los aportantes y no admite un interés social distinto al de socios. Este interés social es el fin u objeto de la sociedad y que en este caso constituye el mayor rendimiento financiero para los asociados.²

En Colombia las sociedades comerciales nacen al mundo del derecho como consecuencia de un contrato: el contrato de sociedad. De esto se ocupa el artículo

2. BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZÁLO. Lecciones de derecho mercantil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

98 del Código de Comercio: “Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”. Por eso la regla general en el derecho societario colombiano es que las sociedades de derecho privado nazcan como consecuencia de un contrato, pero en el caso de las SAS, este tipo de sociedad puede surgir como consecuencia de un acto jurídico unilateral. De tal manera que un negocio jurídico, así sea unipersonal, es la máxima expresión del principio de la autonomía privada.

La intención de la unipersonalidad societaria en Colombia no es independizar el derecho de sociedades del derecho contractual, ni que los aportes que pretenden hacer al derecho mercantil colombiano tengan como causa su desconocimiento del derecho civil, especialmente en lo relativo a la teoría general del negocio jurídico y del contrato. La intención de la Empresa Unipersonal y de las SAS es actualizar el ordenamiento jurídico societario con las tendencias contemporáneas a nivel mundial, y otorgar al empresariado las herramientas necesarias para enfrentar y desarrollar los mercados actuales que se caracterizan por la apertura económica y los tratados de libre comercio que los países desarrollados están implementado.³

La Ley 1258 de 2008 recupera el derecho de sociedades para el derecho privado, y está edificada sobre el eje fundamental del derecho civil y comercial: la autonomía de la voluntad privada. Esta es su conclusión: la búsqueda de la libertad contractual. Por eso Francisco Reyes Villamizar expresa: “La SAS pertenece a otra escuela de pensamiento”.

La teoría institucionalista del derecho comercial societario nace como consecuencia del surgimiento del Estado social, el cual apareció como respuesta a la crisis de los principios que soportaban el Estado liberal. Se requería autorizar la intervención del Estado en la economía y, en el terreno del derecho de las sociedades. Es por esto que se conceptúa que la sociedad es una institución, con voluntad y personalidad jurídica propia y que su objeto social se encuentra por encima de los intereses privados de los socios. Este es el soporte de la autonomía de la voluntad privada.⁴

El contractualismo, se apoya en una mezcla entre los principios del Estado liberal y los postulados del Estado social.

La teoría neocontractualista se sustenta en la autonomía privada y no en la

3-4.BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZÁLO. Lecciones de derecho mercantil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

imperatividad de la ley. En este modelo la autonomía privada no debe interpretarse con base en el modelo liberal o neoliberal que lo entienden como un instrumento de satisfacción de intereses particulares, sino que debe concebirse como un mecanismo de eficiencia económica que coadyuva al bienestar de la colectividad, sin abandonar el curso de la evolución de Estado social.

Las anteriores teorías dieron origen a las distintas formas de los tipos societarios:

- a) Las sociedades de personas, por aportes o cuotas, que comprenden a las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales y, por otro lado.
- b) Las sociedades de capital o por acciones, entre las que se encuentran: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por acciones.

Hasta aquí la intención de la ley colombiana es limitar la responsabilidad en que incurren los socios de las sociedades de capital, y también en mantener ilimitada la responsabilidad de los socios de las sociedades de personas.

SECCIÓN I: Antecedentes históricos, doctrinales y legislativos.

1. Antecedentes históricos.

La historia y la doctrina niegan la existencia en Roma de un Derecho especial. Sin embargo a pesar del desarrollo del comercio no registró un mejoramiento de las normas comerciales que satisfagan las necesidades imperantes en ese momento; pero las instituciones si crecen posteriormente debido al nacimiento de tres temas importantes para el mundo moderno: el crédito, el billete y los bancos.

A pesar de lo anterior, los romanos crearon un sistema jurídico muy evolucionado que continúa siendo parámetro y fundamento de las diversas instituciones del Derecho Privado, pero no tuvieron reglas avanzadas de carácter jurídico-comerciales.

Las relaciones comerciales entre los romanos eran reguladas por el *ius gentium*, que se caracterizó en su momento por la flexibilidad, adaptabilidad, prevalencia de la buena fe, el reconocimiento de los usos mercantiles: Todos estos factores

permitían satisfacer las necesidades por la simplicidad y la rapidez del negocio mercantil. Además el Pretor fue revestido de poderes legislativos que le permitían adaptar las instituciones jurídicas comerciales a las exigencias y necesidades de la vida social imperante. Este es el antecedente más riguroso y próximo que trae la historia y que respalda el nacimiento de la empresa unipersonal y la SAS en el universo comercial contemporáneo.

La Revolución Francesa también hizo sus aportes al nacimiento de la empresa unipersonal y la SAS pues ella propició la libertad del comercio e imprimió un cambio de rumbo en la orientación del derecho mercantil que hasta entonces había sido de tipo corporativo y proclamó de plano el derecho a la libertad de toda persona a realizar negocios. Permitió además introducir las costumbres mercantiles extranjeras de los pueblos mas adelantados, en apoyo a las costumbres locales y puso a la vanguardia la aplicación de las características especiales del derecho mercantil que se caracterizaba por ser consuetudinario.

Desde una mirada político- social, pueden indicarse dos momentos distintos que también inciden notablemente en la creación de la empresa unipersonal y la SAS: la primera (de la Revolución Francesa hasta la primera guerra mundial). Aquí se consagra un liberalismo a ultranza, en virtud de la cual la producción económica, el mercado y la propiedad de los medios de producción se confían únicamente al capital privado y es por eso que el capitalismo logra su mayor crecimiento en esta época. El Estado no participa en este modelo.

En el segundo momento (de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días) se inicia un período de intervencionismo estatal en lo económico, motivado por los abusos cometidos por el capitalismo industrial y financiero.

Esto no obstante, las recientes teorías neoliberales o neocapitalista imperantes están reduciendo la intervención del estado en la empresa y en la economía. Por eso los Estados privatizan sus servicios. Hoy es impactante el cambio comercial.

2. Antecedentes de la Empresa Unipersonal.

2.1. La empresa unipersonal en el Derecho Europeo.

En Alemania las empresas unipersonales representan la cuarta parte de las sociedades de capital y por ello la GmbH HG de 1980 reguló con carácter general la creación de sociedades de responsabilidad limitada por única persona.

En Francia, la Ley 11 de julio de 1985 acepta la fundación de responsabilidad limitada unipersonal.

En Bélgica, la ley 14 de julio de 1987 acepta la figura de la “sociedad privada de responsabilidad limitada de una persona”. Además en el derecho comunitario europeo se dio “entrada al modelo germánico de política jurídica favorables al reconocimiento de la figura de la sociedad de carácter unipersonal, sin establecer límites independiente a la condición de socio único (persona física o jurídica).⁵

El principado de Liechtenstein (1926) y Portugal (1986) optaron por la empresa unipersonal en lugar de la sociedad unipersonal.

2.2. La empresa unipersonal en Colombia.

Las normas actuales establecen la empresa unipersonal y específicamente el artículo 98 del Código de Comercio que identifica al tipo societario como un contrato que no puede ser el resultado de una decisión unilateral.

Esto ocasionó una acentuado nacimiento de sociedades pluripersonales ficticias, pues los empresarios que desean desarrollar un negocio individual con el múltiple beneficio de la separación de patrimonios, la personalidad jurídica adicional y la limitación de la responsabilidad, no tenían otro camino que el de acudir a la colaboración de socios simulados que les permitían guardar la apariencia de la pluralidad, absurdamente exigida por la ley.

El Código de Comercio, aunque rechaza la empresa unipersonal originaria, admite transitoriamente la sociedad unipersonal que llega a tal condición luego de haber sido constituida como plural.

Los antecedentes de la Empresa unipersonal responde a una practica que tenían las personas, quienes constituían una sociedad fachada respondiendo al artículo 98 del Código de Comercio, con pluralidad de socios, pero en la realidad solo existía un socio, quien hacia el aporte al capital social, y quien respondía por las obligaciones de la sociedad. Así lo establece Leonardo Espinosa en su Introducción al Derecho Mercantil: “La ley reconoció lo que la fuerza de los hechos estaba mostrando y procedió a regular la Empresa Unipersonal que cobró vida con la ley 222 de 1995, son las sociedades de un solo socio; antes existía la

5. NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO. Teoría general de las sociedades, décima edición, Bogotá, Legis, 2008.

costumbre contra legem de cometer falsedad en documento público, para así reunir los requisitos que señala el artículo 98 del Código de Comercio.”

2.3. La empresa unipersonal en la reforma de 1.995.

Los primeros conceptos sobre la empresa unipersonal no fueron acogidas al menos totalmente en la reforma de la legislación comercial pues en ella no se hablaba de “sociedad unipersonal”, con todas las consecuencias derivadas de este concepto, sino de “empresa unipersonal”, la cual corresponde a una noción mas imperfecta y precaria; hay que celebrar con todo un cierto acercamiento de la segunda a la primera.⁶

Los aspectos fundamentales de la empresa unipersonal pueden ser expuestos así:

2.3.1. Definición, personería y responsabilidad.

El Código de Comercio define la empresa unipersonal como aquella en que una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, destina parte de sus bienes a la realización de actividades mercantiles, obteniendo el beneficio de la personalidad jurídica una vez se cumplan los trámites de rigor.

La personalidad jurídica de este tipo societario se alcanza una vez se ha inscrito el documento constitutivo con lo cual quedó consagrada un diferencia con la sociedad, pues generalmente se entendía que esta reciba el beneficio de la personalidad con la sola escritura pública sin necesidad de esperar la inscripción en la Cámara de Comercio.

La empresa unipersonal era solo para comerciantes, ya sea persona natural o jurídica y ella puede destinar parte de los activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil y tiene personería jurídica.

La utilidad básica de la empresa unipersonal se encuentra en la limitación de la

⁶...OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y EDUARDO OSPINA ACOSTA. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2005.

responsabilidad del empresario único a los bienes que éste aporte, de modo que los restantes no podrán ser perseguidos por los acreedores de dicha empresa.

La Sentencia C- 624/98 señala lo siguiente: “La Empresa unipersonal tuvo su origen principalmente en Alemania, con un esquema de empresa unipersonal, basado en la creación de un patrimonio autónomo y propio, destinado a una definida explotación económica. El patrimonio autónomo, constituido por bienes de una persona que al ser independizados, son destinados para fines específicos y que sirven de garantía de las obligaciones vinculadas a la ejecución o cumplimiento de una actividad. Por tanto, la persona sigue siendo la titular del patrimonio afectado, sin que se forme una persona jurídica.”

Por otra parte, la Empresa Unipersonal se separa de la clásica idea de que el patrimonio, como atributo de la personalidad, es uno solo y único, y que no puede dividirse sin que se divida la persona titular de los derechos y obligaciones. Debe señalarse que nuestra legislación ha aceptado la separación del patrimonio de la persona en otros eventos, precisamente en el caso de la fiducia mercantil, y como se verá, en la empresa unipersonal.⁷

Lo anterior motivó fraudes y era ampliamente reconocido que existían un gran número de sociedades de fachada con pluralidad de miembros, en las que realmente trabajaba un solo socio y los demás llenaban el requisito legal, circunstancia que motivaba la inclusión de la figura en nuestro régimen interno. La consagración de la empresa unipersonal, con el objetivo de facilitar las actividades de los comerciantes, de una forma mas ajustada a las necesidades del mundo de los negocios pero respondía a la Costumbre contra legem.

Para este propósito se presenta la Gaceta del Congreso No 381 del 4 de noviembre de 1993, Proyecto de ley No 119 de 1993, Cámara de Representantes, que otorga a la empresa unipersonal personería jurídica con la Ley 222 de 1995 y el artículo 71, así:

"Mediante la empresa unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.

La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica pero cuando se utilice este modelo societario en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital 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. Por su parte, el comerciante puede destinar ciertos bienes a

7. OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y EDUARDO OSPINA ACOSTA. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2005.

la realización de actividades mercantiles, con la garantía y el beneficio de la personalidad jurídica.

Por consiguiente, con la aprobación legal no se desvirtúa la naturaleza contractual de las demás sociedades reguladas por el artículo 98 del Código de Comercio, que quedó incólume con la reforma de la Ley 222, así pues, la empresa unipersonal "no es más que una variante del concepto genérico de sociedad, siendo la otra, la sociedad pluripersonal",

3. Antecedentes de la Sociedad por acciones simplificada.

El primer antecedente de esta sociedad se da en Luxemburgo, en el año 1895, donde se tomó el Código Civil Alemán y se reformó, pues, en Alemania toda persona tenía derecho a constituir su empresa de forma unipersonal; lo que se conoció como la *Gone Man Company*, que era la posibilidad de los mismos de dividir el patrimonio. En los años 1990, los Estados Unidos crean las Sociedades por Acciones Simplificada SAS propiamente dichas, donde las empresas norteamericanas solicitaron a una oficina de abogados la creación de una institución donde ellos pudieran ser socios para manejar subsidiales, ya que según el grado de dependencia, las sociedades son matrices y subordinadas.

Posteriormente en Francia para el año 1994, hubo un anteproyecto de este tipo de sociedad; esta se creó con base en la legislación de los Estados Unidos; pero el verdadero origen no es francés sino norteamericano. Este derecho norteamericano se ha ido expandiendo a nivel mundial por su flexibilidad y por el predominio de la autonomía de la voluntad sobre las normas de orden público que son predominantes en las regulaciones de las demás sociedades.

En Alemania a principios del siglo XX, no se creó propiamente una Sociedades por Acciones Simplificada, sino una especie de empresa unipersonal, era la posibilidad de que una sola persona pudiera crear una persona jurídica.

Con lo expuesto anteriormente se puede afirmar que en Colombia la ley que antecede a las SAS es la Ley 222 de 1995, que creó las empresas unipersonales, tipo societario que ha tenido relativo éxito, especialmente por permitir la constitución de una persona jurídica integrada por una sola persona, lo que en su momento constituyó una innovación de gran acogida en los comerciantes y empresarios del país.

En Colombia era una necesidad urgente crear una institución más ajustada al derecho contemporáneo y a la realidad económica ya que las empresas

unipersonales exigían requisitos y parámetros que no le permitían desarrollarse, como por ejemplo lo contemplado en el 75 de la Ley 222 de 1.995: “el empresario, dueño único de la empresa unipersonal no puede contratar con su empresa, ya que ese contrato sería ineficaz de pleno derecho, también son ineficaces de pleno derecho, los contratos que hagan las empresas unipersonales de propiedad del mismo empresario entre sí, independientemente de esas limitaciones.”

Luego nace la llamada Ley de emprendimiento o Ley 1014 de 2006, que permitió la creación de las sociedades unipersonales, que se podían crear por una sola persona. Esta ley fue derogada por la Ley 1258 de 2008.

Hoy en Colombia las SAS son una realidad y su cambio estructural es admitir que no siempre hay contrato de formación plural sino que puede haber una declaración unilateral.

La gran acogida que ha tenido en los comerciantes las SAS no se ha limitado únicamente a la esfera de las pequeñas empresas sino que ha llegado por su libertad a las grandes instituciones empresariales y es por ello que han iniciado su proceso de transformación. Muchos de los grupos empresariales Colombianos han empezado a preferir estas sociedades al momento de formalizar proyectos empresariales y especialmente por el proceso de globalización y las nuevas tendencias comerciales contemporáneas. Entre las grandes ventajas encontramos la disminución de los costos al momento de su constitución, la estructura administrativa leve y la carencia de los antiguos formalismos y trabas a las iniciativas de los comerciantes y empresarios.

El sentido que persigue la Ley según la exposición de motivos del proyecto de Ley número 211 de 2007, que llevo al Senado de la República el Dr. German Vargas Lleras, es facilitar la creación y el funcionamiento de las empresas. Las sociedades por acciones simplificadas, son una herramienta propia del desarrollo y es una estrategia empresarial para enfrentar los retos socioeconómicos del siglo XXI. Este tipo de sociedad evita conflictos en su interior, facilita su resolución en caso de que se presenten y permite estipular con libertad los estatutos.

Para un sector de la doctrina, la sociedad por acciones simplificada es “una forma híbrida de persona jurídica que incluye a la vez elementos de las entidades en que predomina el elemento personal y de aquellas en que lo primordial es el capital”.⁸

La Ley 1258 de 2008 que crea las SAS está inspirada en la legislación francesa de 1994 mediante la cual se estableció la sociedad anónima simplificada como una especie de sociedad anónima, debido a que no alteraba el régimen general, y sus

⁸ MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. Cátedra de derecho contractual societario: Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios, Bogotá, AbeledoPerrot, 2010

modificaciones estaban encaminadas a hacer más flexible el régimen tradicional de la sociedad por acciones.

Por supuesto que ante las actuales exigencias de la economía nacional y mundial, Colombia no podía permanecer ajena y aislada a la tendencia de la simplificación del régimen jurídico aplicable a las sociedades de carácter cerrado, por lo cual el 9 de abril de 2007 se presentó ante el Senado de la Republica un proyecto de ley para crear la sociedad por acciones simplificada en nuestro país. Dicho proyecto culminó exitosamente con la expedición y entrada en vigencia de la ley 1258 de 2008.

4. Antecedentes doctrinales, legislativos e interpretación de los contratos.

Es importante considerar aspectos esenciales que se deben atender en las decisiones, aclaraciones o interpretaciones del derecho comercial.

La Jurisprudencia mercantil establece en la Ley 169 de 1896, artículo 4°, que tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable.

Además los principios General del Derecho son postulados generales de un sistema jurídico, razón por la que influyen en la determinación del sentido y alcance de las normas jurídicas: la buena fe, el enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, teorías de la imprevisión, fraude a la ley, error comunes fácil jus, los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia. (Artículo 7º del C. de Co.)

No obstante ante las respuestas en materia de derecho comparado y las tendencias actuales han originado un divorcio entre la ley y la realidad económica. Por ello en este proyecto de grado se debe hablar del método histórico legislativo y del método de la observación de la realidad. Estos aspectos tienen incidencia en la constitución y la jurisprudencia de la empresa unipersonal y las SAS:

- a. El método histórico legislativo contiene la concepción formal, determina cual ha sido el punto de vista del legislador en los aspectos jurídicos para someterlo a las normas del derecho mercantil. Esta investigación demuestra que el concepto formal del derecho mercantil ha sufrido transformaciones rápidas y profundas. Para intentar captar la esencia del derecho mercantil y adoptar un método de observación de la realidad económica, en este método, se exige una regulación especial distinta de la

civil y por ello es necesario adoptar el método de la realidad económica, aunque sus límites no coincidan con los acotados por el derecho positivo.

En esta óptica se parte del concepto del comercio. Desde este punto de vista, el concepto del derecho comercial se fundamenta en el comercio como conjunto de actividades que efectúan la circulación de los bienes entre productores y consumidores.

- b.** El método de observación de la Realidad Económica. Los códigos de comercio de Europa y en América Latina tienden a fundar este derecho en el comercio en sentido económico y permite adaptar con facilidad las normas comerciales a la realidad social.

Estos aspectos son esenciales en la creación y en el futuro jurisprudencial de la empresa unipersonal y las SAS.

4.1. Bases constitucionales:

Tradicionalmente el comercio y las sociedades son considerados como instituciones jurídicas que protegen los derechos a la libertad de empresa, la iniciativa privada y a la libertad de competencia económica. En tal sentido, se encuentran las bases constitucionales del artículo 333 de la Constitución Política:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica, lo expresa la Constitución de 1.991, es un derecho de todos que supone responsabilidades y la empresa, como base de desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado tiene la obligación de fortalecer las organizaciones solidarias y estimular el desarrollo empresarial. Y esto fue precisamente el nacimiento de las leyes: la 222 de 1.995 y la 1258 de 2008.

El Estado, por mandato de la ley, impide que se obstruya o se restrinja la libertad económica y esta libertad contractual, la flexibilidad y adaptabilidad es precisamente la esencia de la Ley 1258 de 2.008 que creo las SAS.

4.2. La jurisprudencia de las altas cortes en Colombia.

La Constitución de 1.991 condiciona la “libre competencia comercial” y supone en la práctica una serie de limitaciones a su ejercicio, que no se pueden desconocer porque de hecho se entra en el terreno de lo indebido, del abuso del derecho a competir, o si se prefiere, en el campo de la “competencia desleal”. En este ámbito, se desplaza la lealtad por las maniobras deshonestas, el libre juego entre los competidores por las prácticas de mala fe, todo ello reñido, como es obvio, con la rectitud comercial. Todo esto regula los aspectos comerciales de las sociedades creadas bajo los parámetros de la Ley 222 de 1.995 y la Ley 1258 de 2.008.

La Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en considerar la competencia desleal como una forma de infracción al derecho a la libre competencia económica y a la libertad de empresa en los siguientes términos:

“Como es suficientemente conocido, el artículo 333 de la Carta Política de 1991, garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada, con sujeción a la ley, libertades éstas que han de ejercerse dando cabal operación en la realidad a la función social que ha de cumplir la propiedad y, teniendo en cuenta que, en todo caso, la dirección general de la economía compete al Estado, el cual podrá intervenir, por mandato de la ley para los fines establecidos por el artículo 334 de la Constitución vigente, y antes, para los efectos señalados por el artículo 32 de la Carta Política precedente.”

4.3. Interpretación de los Contratos.

El artículo 822 del C. de Co. hace referencia a estos aspectos pues la elaboración de las reglas de conducta de los particulares, no siempre es clara y completa en el mundo de los negocios, razón por la cual el legislador ha previsto una serie de reglas sobre la interpretación de los contratos. Este tema es fundamental en la empresa unipersonal y las SAS.

- a. El contrato es siempre una fuente de reglas particulares, que opera solo entre las partes contratantes y solas en relación con la cuestión que constituye su objeto. Esto se establece en el art. 619 del C. C. así: “Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre la que se ha contratado”. Fuera del caso concreto el contrato carece de eficacia reguladora, aún entre las mismas partes.

- b. El artículo 871 del Código de Comercio hace referencia a que el contrato no puede producir efectos fuera de su objeto y de las mismas partes pero si puede, en cambio, entre estas mayores efectos que los previstos en sus cláusulas expresas porque los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.
- c. La intención de los contratantes debe ser salvada a todo trance y producir todos los efectos compatibles con las normas imperativas de la ley, cual corresponde a un derecho eminentemente contractualista. Por eso es por lo que “El sentido en que en una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno” (art. 1.620 C.C., 1.618 en cuanto la intención de los contratantes debe prevalecer hasta sobre el tenor literal de la formulación o texto del contrato).
- d. Los contratos mercantiles deben interpretarse en armonía con las costumbres de los comerciantes, que cumplen en esta materia una función interpretativa útil cuando se presentan dificultades para cuya solución resultan insuficientes las reglas de interpretación establecidas en las leyes. (art. 5 C de Co.).
- e. En todos los contratos es de especial utilidad como criterio de interpretación de sus cláusulas la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra. (art. 1.622 del C.C.). Se trata de una interpretación verdaderamente auténtica hecha por quienes realizan el negocio jurídico.

5. El comerciante individual y la empresa.

Estos conceptos son también fundamentales en la concepción de empresa unipersonal y las SAS.

El artículo 1° y 2° del C. de Co. hace referencia a aspectos mercantiles y a cuestiones comerciales. Sin embargo hay que considerar que las múltiples relaciones y situaciones que se configuran en las actividades económicas reputadas como mercantiles giran en torno al siguiente concepto de sujeto:

Los Sujetos. El artículo 100 del Código de Comercio lo contempla : son las personas naturales para quienes las actividades constituyen su ocupación habitual u ordinaria y las que sin tener calidad de empresarios ejecutan esporádicamente actos u operaciones que la ley considera mercantiles; las personas jurídicas creadas para realizar exclusivamente actividades u

operaciones mercantiles o estas en combinación con otras que no tengan esa calidad (objeto Mixto); las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada cualquiera que sea su objeto.

Los sujetos en el derecho mercantil son todas las personas que realizan actos de comercio y son comerciantes. Las personas que se ocupan profesionalmente en alguna de las actividades que la ley considera como mercantiles.

La palabra comerciante la tomaron del código español, pero en nuestra legislación tiene el mismo significado que el de empresario.

Los comerciantes son personas naturales y los empresarios son personas jurídicas. Empresario, es la persona que desarrolla una actividad económica organizada.

Empresa, esto es, una actividad económica organizada para los fines que se indican en el art. 25 del C de Co. Este artículo da una noción objetiva de la empresa, por eso aunque inspirada en el C. Italiano, no define propiamente al empresario, sino la actividad económica que en forma organizada se desarrolla en los campos de producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o prestación de servicios.

Establecimiento de Comercio, es el conjunto de bienes utilizados por el empresario para el desarrollo de su empresa.

6. La responsabilidad del comerciante.

El concepto de la responsabilidad del comerciante también fue un factor esencial en el nacimiento de la unipersonalidad en el tipo societario colombiano.

La responsabilidad ilimitada del deudor, fue la regla desde la Época Romana, cuando comienza a desarrollarse una serie de instituciones mercantiles, que preveían la forma de limitar los riesgos potenciales de las relaciones comerciales.

Sin embargo, las tendencias son diferentes tal como lo asegura el Doctor en Derecho, Gastón Certad Maroto:

“La propensión a limitar la responsabilidad del deudor no es muy reciente; tuvo sus orígenes en el antiguo Derecho Marítimo, en donde se dieron varias instituciones

tales como el “Foenusnauticum”, la “colonna”, el contrato de “commenda”, etc., por cuyo medio se limitaba la responsabilidad a ciertos bienes que resultaban afectados de modo directo a las negociaciones que constituían la fuente de la correspondiente obligación.”

El segundo paso, en la limitación de la responsabilidad del comerciante, fue precisamente la creación de la figura de las Sociedades Anónimas, en donde se limita la responsabilidad de cada uno de los socios al importe del capital social suscrito. Sin embargo, la consagración del principio de responsabilidad limitada, se da mediante la creación de la Sociedad de Responsabilidad Limitada:

El comerciante individual comienza a ser reconocido por la doctrina, por su necesidad de que se le reconozca el derecho de limitar su responsabilidad, ya que no se encuentra ningún motivo lógico para rechazar esta facultad.

Al respecto Sir. G. Jessel, jurista inglés, en el año 1887, trata el tema de limitar la responsabilidad del empresario individual, al expresar:

“Que no veía la razón por la cual las personas no pudieran negociar libres de toda responsabilidad que exceda la suma que han suscrito, si han notificado debidamente a los acreedores”

Por eso varias legislaciones, empiezan a concebir y reconocer tipos de societarias impropias, como en Alemania, alrededor del año 1890, lo fue la “Einmangesellschaft⁶”, que significa: “sociedad de un solo hombre”, en donde la reunión de todas las sociedades en manos de un solo socio, no causa su disolución.⁹

Basándose en el reconocimiento de Alemania, de las sociedades de un solo hombre, en Ginebra, se celebra en 1892 una conferencia en donde se solicita la las sociedades de un solo socio en Alemania, a las empresas individuales, con lo cual se comienza a fraguar la idea de legislar un tipo de empresa limitada.

Pero el antecedente doctrinario más fuerte, que trae consigo la instauración legislativa de la limitación de patrimonio para una empresa individual, ocurre en 1926, en el Principado de Liechtenstein, cuando incorpora a su Código Civil, una novísima institución, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, el Anstalt, la cual, poco a poco, ha proliferado en los países latinoamericanos, como más adelante se verá.¹⁰

Este antecedente primero de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, se basa en el estudio de un jurista austriaco, llamado Pisko, quien en el año 1910

9.-10. BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZÁLO. Lecciones de derecho mercantil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

desarrolla un importante proyecto de ley sobre la limitación del patrimonio del Empresario Individual, el cual ha sido materia de estudio, y plataforma importante para cimentar las bases de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada actual.

Este trascendental jurista austriaco, detecta que en su país, comienzan a constituirse muchas Sociedades de Responsabilidad Limitada, que terminan convirtiéndose en sociedades unipersonales, pues en este país no es causal de disolución esta circunstancia sobrevenida, y la razón de ser, es que los comerciantes individuales buscan conseguir la personalidad jurídica para gozar de este beneficio.

Pisko, hace conciencia, al expresar que no debe ignorar el legislador, la necesidad del comerciante individual de gozar de limitación de la responsabilidad, aspecto que se ve reflejado en la constitución de sociedades ficticias, más aún cuando esta limitación no se encuentra basada en la pluralidad de socios, sino en la determinación del capital aplicable. Este aspecto fue esencial en el nacimiento de la empresa unipersonal de la Ley 222 de 1.995 y posteriormente las SAS.

Por esta razón, el jurista austríaco, padre filosófico de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, argumenta que la individualidad del patrimonio no depende del sustrato pluripersonal, sino de su afectación a un determinado fin.

Con el crecimiento de esta corriente doctrinaria, comienza a verse la necesidad de desarrollar una institución de corte comercial, que posea el supuesto de responsabilidad limitada, pero aplicado al Empresario Individual, a fin de darle claridad a sus operaciones comerciales, sin necesidad de recurrir a velos que ensombrezcan su actuar, como lo es el uso supletorio de sociedades aparentes y unipersonales.¹¹

Luego de la aparición de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, en Europa comienzan a darse una serie de estudios, con respecto al principio de la limitación de la responsabilidad, por juristas como Paul Carry, R. Isher, en Suiza, en los cuales se propone el reconocimiento de la limitación de responsabilidad a los empresarios individuales. Lo mismo intentó países como Francia, España y Bélgica.

Con ello, se desnaturaliza el esquema de las sociedades de responsabilidad limitada y las anónimas, ya que el comerciante individual, teniendo la necesidad

11. URÍA RODRIGO. Derecho mercantil, vigésimo octava edición, Madrid, Marcial Pons, 2002.

de asegurar sus actuaciones, decide beneficiarse de la figura societaria, porque, a nivel de historia del derecho, pueden constituirse sociedades aparentes, sin resultar un fraude a la ley, ya que la ley, en muchos casos, lo permite, inclusive, al ignorar la necesidad de regular una figura afín.

Todo lo anterior para proteger el patrimonio de los socios pero esto se rompe con la creación de las SAS que tiene un solo socio. Y en estos aspectos hubo mucha madures jurídica en su aprobación al superar temas fundamentales como: la fusión patrimonial entre el patrimonio de la empresa y el personal del titular, la quiebra y la responsabilidad penal en el caso de acciones fraudulentas del gerente.

7. El patrimonio en la empresa unipersonal y las SAS.

La empresa unipersonal tuvo su origen principalmente en Alemania con un esquema basado en la creación de un patrimonio autónomo y propio, destinado a una definida explotación económica.

El patrimonio es uno de los conceptos básicos del derecho civil porque se relaciona con muchas instituciones del derecho privado.

Existen diferentes acepciones del concepto de "patrimonio" desde el punto de vista comercial y jurídico. Así como también algunos autores opinan que el patrimonio " no es un conjunto de objetos o de cosas, sino un conjunto de relaciones: derechos y obligaciones (Messineo)", en tanto que para Betti el patrimonio es "el conjunto de las posiciones jurídicas activas apoyadas en un sujeto".¹²

El Patrimonio se encuentra integrado por tres elementos:

- a. Su composición como conjunto unitario de derechos y de obligaciones.
- b. Su significación económica y pecuniaria, ya que solo las relaciones jurídicas de carácter pecuniario (derechos reales, derechos de crédito), forman el contenido del patrimonio.
- c. Su atribución a un titular como centro de sus relaciones jurídicas: Para que exista derechos y obligaciones debe existir un titular de ellas, algo o alguien que en su universo propio que las detente, sea persona natural o jurídica.

La sentencia de la Corte Constitucional C-831 de 2010 contiene el siguiente

¹². URÍA RODRIGO. Derecho mercantil, vigésimo octava edición, Madrid, Marcial Pons, 2002.

concepto sobre el patrimonio: “El patrimonio de una sociedad, comprende el valor total de los aportes iniciales y los posteriores aumentos o disminuciones que los socios, accionistas, compañías o aportantes, ponen a disposición del ente económico mediante cuotas, acciones, monto asignado o valor aportado, respectivamente, de acuerdo con las escrituras públicas de constitución, reforma, o suscripción de acciones y según el tipo de sociedad, asociación o negocio, con el lleno de los requisitos legales” . .

8. Principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio.

El principio de la indivisibilidad del patrimonio fue quebrado con el nacimiento de las empresas unipersonales y las SAS. Especialmente por la protección al patrimonio de los socios.

La limitación de la responsabilidad en el ejercicio del comercio individual, surgió tras la aparición en el siglo XIX de las sociedades capitalistas, donde sus socios intervenían en el comercio, pero respondían ante las deudas sociales sólo hasta la cuantía de lo aportado, provocando en los comerciantes individuales de la época, las ansias de no responder ilimitadamente de las resultas de su actividad económica.

La limitación de la responsabilidad del empresario individual fue una figura jurídica inicialmente rechazada. La responsabilidad limitada del comerciante individual entraba en contraposición a principios tradicionales como lo son el de la responsabilidad ilimitada o universal de todo sujeto de derecho, y el principio de unidad e indivisibilidad del patrimonio. Además, se rompe también la conexión entre poder y responsabilidad, que son los términos que han servido para atribuir el riesgo al empresario individual.

El principio de la unidad e indivisibilidad del patrimonio del empresario, trae el intento de regular la responsabilidad limitada del empresario individual. El comerciante individual, que desea desplegar una actividad económica, y a la vez disfrutar de la limitación de su responsabilidad, deberá dividir en dos masas de bienes su patrimonio personal. Una parte de sus bienes conformarán un patrimonio empresarial o mercantil, y el resto será su patrimonio civil. Y en este aspecto giró la controversia en el nacimiento de la empresa unipersonal de la Ley 222 de 1.995.

Lo que implica al decir de Garrigues que “El comerciante aparece con una doble personalidad: como comerciante y no comerciante...” y consecuentemente, tendrá estos dos patrimonios, uno para cada una de sus situaciones legales, antes mencionadas. Pero hay que reconocer que la división del patrimonio hizo posible la creación de la empresa unipersonal y las SAS.

8.1. Corrientes doctrinales del patrimonio.

8.1.1. Teoría Clásica o del Patrimonio de personalidad.

La forma originaria de la teoría clásica, subjetivista o personalista del patrimonio se debe a Aubry y Rau, en su tratado de Derecho civil, quienes la elaboraron en base a los artículos del Código Napoleónico que corresponden a los artículos 1863 y 1864 de nuestro código civil.

Para Aubry y Rau el patrimonio es el conjunto de las relaciones jurídicas de una persona, valorables en dinero, consideradas como una universalidad jurídica y ligadas entre si por estar sujetas a la voluntad de una misma persona.¹³

En consecuencia para la Teoría Clásica el patrimonio comprende tanto un activo como un pasivo:

- a. El activo esta conformado por todos los derechos presentes y futuros, valorables en dinero de los que puede ser titular una persona. Aunque Aubry y Rau no lo aclaran, las cosas en si misma no forman parte del patrimonio sino que los componentes del activo son la propiedad y demás derechos reales, los derechos de crédito y los llamados derechos de propiedad intelectual e industrial.

Para los exponentes de esta teoría el patrimonio tiene los siguientes conceptos:

1. El Patrimonio es una Universalidad Jurídica, es decir, que los bienes y obligaciones contenidas en el patrimonio forman lo que se llama una universalidad de derecho, esto significa que el patrimonio constituye una unidad abstracta distinta de los derechos y obligaciones que lo componen.
2. Vinculan al patrimonio con la personalidad.

13. PEÑA NOSSA, LISANDRO. De las sociedades comerciales, quinta edición, Bogotá, Temis, 2009.

b. Teoría alemana o del Patrimonio de afectación.

La teoría alemana u objetivista del patrimonio, no nació de las críticas a la teoría clásica del patrimonio sino de elaboraciones propias de la doctrina romanista y pandectista alemana. Sus principales exponentes son Brinz y Bekker.

La teoría alemana es el vínculo que unifica a los diversos elementos del patrimonio es su común afectación a un fin. Esa afectación común basta para mantener unidos los diversos elementos del patrimonio, sin que sea necesaria la existencia de una persona a quienes todos ellos pertenezcan, de modo que al lado de los patrimonios con sujeto o personales, habría patrimonio sin sujeto entre los cuales se suele citar la herencia yacente.

9. La sociedad comercial en general.

La definición del Código de Comercio expresa: “Es un contrato en el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.”

En la sociedad comercial se requieren los siguientes elementos:

- a. El animus societatis: El ánimo de asociarse corresponde a la voluntad que los contratantes tienen de realizar una unión, destinada a explotar una actividad económica, dentro de los postulados de la sociedad. De no existir ese ánimo de asociativo con fines comerciales, posiblemente de lo único que podría hablarse sería de una simple comunidad de personas.
- b. La pluralidad de sujetos: Deben ser 2 o más personas, en las sociedades de responsabilidad limitada son mínimo 2 y máximo 25; en una sociedad anónima mínimo 5 máximo ilimitado y en la comandita habrá un socio gestor y 5 comanditarios.

10. La autonomía de la voluntad.

El concepto de la autonomía de la voluntad fue la piedra angular del nacimiento de las SAS y que fue antecedida por la empresa unipersonal.

Por eso se presentan varios conceptos amplios que dan claridad en la fundamentación de la autonomía de la voluntad.

Para ello transcribimos apartes de un texto del autor Pájaro Moreno: “El profesor López Medina, al estudiar el conceptualismo del siglo XIX encabezado por Geny, expone “que el principio de la autonomía de la voluntad privada, en estricto sentido no parecía existir en el derecho romano histórico. El principio es una tendencia comercial de modificar el alcance de una ley supletiva y de las otras fuentes del derecho mercantil que se encuentran en los demás niveles de inferior jerarquía. La autonomía privada constituye, por excelencia, el esquema teórico del negocio jurídico, puesto que el contrato es fuente de las obligaciones y a su vez lo es del Derecho. En su reconocimiento legal, se encuentra el fundamento a partir del cual surge el negocio como norma jurídica, vinculante para quienes lo consienten y eficaz ante el derecho”

Este principio ha sido definido por la Corte Constitucional Colombiana como el reconocimiento mas o menos amplio de la eficacia jurídica de determinados actos o manifestaciones de voluntad de los particulares, o mejor, la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. De tal manera que los particulares son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos en forma libre y a su conveniencia, siempre y cuando se observen los requisitos exigidos por la ley.

Luego López Medina expone: “Los conceptos de la autonomía de la voluntad, en el ordenamiento jurídico colombiano son amplios y cobijan desde la posibilidad básica de los contratantes de determinar el contenido de su acuerdo, hasta lo que se ha denominado "autonomía contractual, entendida como la libertad que concepción moderna que se presenta como resultado de una lectura científica de los textos antiguos a partir de los cuales se inducía al nivel de concepto general y arquitectónico de la materia.”

En palabras de Kant, “La autonomía de la voluntad es la cualidad que tiene la voluntad de ser ley por si misma”. Citado por: BOBBIO, N. (1997, 69).

Reale, define a la autonomía de la voluntad: “Es el poder que dentro de los límites señalados por las leyes vigentes, tiene cada hombre de ser, de obrar y de abstenerse, para obtener algo que entra en la escena de su interés y que, situado en el ámbito de la relación jurídica, se denomina bien jurídico”. Así mismo, menciona que la autonomía privada, por ser el ejercicio de la libertad y la

manifestación del poder de auto regulación, de los hombres y de los grupos, da nacimiento a nuevos modelos jurídicos de acción que los vinculan a la ejecución de determinados derechos y deberes. Generalmente, esos modelos se inspiran en ordenamientos preexistentes en los códigos o en leyes complementarias; nada impide que las partes celebren acuerdos en las cuales se constituyan estructuras negociales atípicas, que no corresponden a los tipos normativos contemplados por la ley. De igual forma es frecuente que se haga una mezcla de dos o más modelos normativos, así como múltiples modificaciones tanto en el plano interno como en el internacional. REALE, M. (1982, 137).

Sección II. Sociedad por Acciones simplificada. – SAS-

1. Concepto.

Es una persona jurídica cuya naturaleza será siempre de carácter comercial, independientemente de las actividades que se encuentren previstas en su objeto

Es el nuevo tipo de forma societaria conocido como “Sociedades por Acciones Simplificadas”, creada con la ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 promete convertirse en el modelo societario que se impondrá en los siguientes años, tal como ha sido anotado por el mismo impulsor de la ley Francisco Reyes Villamizar en su libro “SAS” de la editora Legis, segunda edición, 2010: “Aquí prevalece la autonomía contractual y no son obligatorias muchas de las reglas y limitaciones de orden público que rigen para las sociedades abiertas.”

La Sociedad por Acciones Simplificada representa una importante opción para las empresas y sociedades por las siguientes características:

- La flexibilidad que la caracterizan, facilidad en la creación y el funcionamiento de las empresas.
- Estimula el empresarismo y la creatividad empresarial y el desarrollo de nuevos bienes y servicios.
- La responsabilidad de los socios se limita al monto de sus aportes.
- Es posible crear diversas clases y series de acciones.
- No se requiere establecer al momento de su constitución una duración determinada.
- El objeto social puede ser indeterminado.

- El pago del capital puede diferirse hasta por dos años.
- No se exige monto mínimo de capital, se permiten los acuerdos de accionistas sobre cualquier asunto lícito.
- Por regla general no se exige revisor fiscal.
- No es obligatorio realizar la reserva legal.
- Mayor flexibilidad la regulación de los derechos patrimoniales y políticos de los accionistas.
- Se establece un mayor término para enervar la causal de disolución por pérdidas.
- El trámite de liquidación de las sociedades por acciones simplificada es más ágil.
- Mayor facilidad para la resolución de conflictos en las sociedades por acciones simplificada que en otros tipos societarios.
- Se consagra un reproche expreso a conductas abusivas por parte de los socios o administradores de la sociedad.
- Las sociedades por acciones simplificadas pueden participar en licitaciones públicas demostrando su capacidad, dado que en el registro de proponentes no se les exige un objeto social determinado.
- Es un valioso instrumento para diseñar soluciones a la medida de cada organización en temas fundamentales tales como la sucesión, el gobierno empresarial, la prevención y solución de conflictos intra societarios y los grupos de sociedades.

1.2. Propósitos de las SAS.

El propósito de las SAS es flexibilizar las especies asociativas con los siguientes fundamentos: mayor autonomía contractual, armonización con las tendencias mundiales y mayor posibilidad de crear y desarrollar la empresa de acuerdo con las necesidades de la misma y de los participantes en el contrato.

1.3. Principios de la sociedad por acciones simplificada

El pilar fundamental de la ley de SAS es el principio de la autonomía de la voluntad privada.

La autonomía privada puede entenderse, dice Francisco Reyes Villamizar “como el poder reconocido a los particulares para disciplinar por si mismos sus propias

relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la regulación de los mismos.”

El concepto de la autonomía ha evolucionando a través del tiempo, como consecuencia de las ideas que, en el orden filosófico, político y económico:

Hacia finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, bajo el influjo de las concepciones racionalistas e individualistas, en el ambiente propio creado por la Revolución y el Enciclopedismo, y bajo el imperio de un liberalismo económico, llegó a identificarse derecho privado y autonomía de la voluntad, para de esta forma garantizar la libertad en los negocios de carácter privado-patrimonial, bajo el postulado de voluntas facit legem. La autonomía de la voluntad es un instrumento para el desarrollo del comercio, otorgándole una supremacía a lo declarado sobre la intención de los contratantes.¹⁴

Sobre libertad contractual en la SAS, dice la doctrina del derecho de sociedades en Colombia y especialmente lo afirma el Doctor Carlos Arcila: “... la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.), figura asociativa híbrida que combina amplísimas posibilidades de estipulación contractual, pues su componente normativo imperativo es mínimo, por lo que lo que allí se regula es puramente supletorio de la voluntad de las partes... Del abanico de exigencias, entre otras, podemos mencionar la... amplia libertad contractual para incentivar la creatividad empresarial...”¹⁵

Por su parte, sostiene el Profesor Baena Cárdenas expresa: “La idea que subyace, entonces, a la incorporación de las sociedades anónimas simplificadas dentro del ordenamiento jurídico colombiano no es otra que la de acoger una tendencia que ha venido rigiendo a nivel mundial en el derecho societario contemporáneo, consistente en permitir un mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad de quienes hacen uso de estas figuras jurídicas en el desarrollo de sus actividades, buscando en todo caso guardar un equilibrio con ciertas normas de orden público que permitan el control y supervisión por parte de los entes de control del Estado. Se pretende, entonces, que la autonomía de la voluntad de los asociados prime sobre las exigencias de índole legal contenidas en el Código de Comercio, de suerte que las cláusulas estatutarias se ajusten a la forma que más le convenga al negocio”.¹⁶

De manera crítica, asevera el reconocido jurista Néstor Humberto Martínez Neira:

“Resulta una verdadera ironía que se afirme que a través de las sociedades por

14. ROZO GAITÁN, ANDRÉS. “La SAS: una nueva alternativa para las empresas de familia”, en Empresas colombianas: actualidad y perspectivas, Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009.

15-16. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. SAS. La Sociedad por acciones simplificada, primera edición, Bogotá, Legis, 2009.

Acciones simplificadas se permite regresar al concepto de sociedad-contrato”, cuando la ley 1258 autoriza que este tipo societario pueda formarse con la voluntad de una sola persona, lo que constituye la negación misma del contrato”.¹⁷

La libertad contractual, es la brújula orientadora que le otorga a todas las instituciones reguladas por la ley de SAS en los aspectos de la autonomía de la voluntad privada, la libertad de estipulación contractual que permite pactar de manera libre, pero legal y responsable, las disposiciones relativas al negocio jurídico societario.

Luego afirma Francisco Reyes Villamizar en su libro SAS: “Yo pienso que no se puede desconocer que, tal y como se establece en el artículo 5º de la ley 1258 de 2008, la sociedad por acciones simplificada puede surgir de un contrato o de un acto o negocio jurídico unilateral, y que si recapitulamos sobre la teoría general de las obligaciones, el contrato es una especie de negocio jurídico caracterizado por que en su formación hay un concurso de voluntades, pero eso no significa que negocio jurídico y contrato sean conceptos sinónimos, ni mucho menos que a los negocios jurídicos unilaterales no se les pueda aplicar, en lo que no se oponga a su naturaleza, las reglas contenidas en el Título II del Libro Cuarto del Código Civil y en los Capítulos I, II y III del Título I del Libro Cuarto del Código de Comercio.

1.4. Naturaleza jurídica de la SAS.

La Ley 1258 de 2008 en el artículo 3º contempla la naturaleza jurídica de las SAS:

“La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas”.

La ley 1258 de 2008 es una propuesta del nuevo contractualismo frente a un institucionalismo de forma, y de ello dan cuenta:

- a. El artículo 5º, el cual permite que la sociedad se cree mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado.

¹⁷. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. SAS. La Sociedad por acciones simplificada, primera edición, Bogotá, Legis, 2009.

- b. El artículo 13, que autoriza a que en los estatutos se pueda estipular la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años, contados a partir de la emisión.
- c. El artículo 14, el cual autoriza a que en los estatutos de la sociedad por acciones simplificada se determine libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento.
- d. El artículo 25, que establece que la sociedad por acciones simplificada no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario, (v) el artículo 38, que suprime las prohibiciones contenidas en los artículos 155, 185, 202, 404, 435 y 454 del Código de Comercio, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario.
- e. El artículo 39, que permite prever en los estatutos causales de exclusión de accionistas.
- f. El artículo 40, el cual autoriza que 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.
- g. El artículo 4º, el cual prohíbe que las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada se inscriban en el Registro Nacional de Valores y Emisores y se negocien en bolsa; (ix) El artículo 6º, que le impone a la Cámaras de Comercio un control al acto constitutivo y sus reformas.
- h. El párrafo del artículo 10º que prescribe que cuando las acciones de pago sean utilizadas frente a obligaciones laborales, se deberán cumplir los estrictos y precisos límites previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para el pago en especie.
- i. El párrafo del artículo 27, que establece que las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.
- j. El artículo 42 que determina que 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.
- k. El artículo 43 que prescribe que los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

1.5. Constitución, personalidad jurídica y prueba de la sociedad.

El artículo 5o. del Co.de Co. Contempla: “La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente:

- a. Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas.
- b. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras “sociedad por acciones simplificada”; o de las letras S.A.S.
- c. El domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución.
- d. El término de duración, si este no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido.
- e. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.
- f. El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse.
- g. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal.”

El artículo 7o. de la Ley 1258 de 2008 expresa: “Mientras no se efectúe la inscripción del documento privado o público de constitución en la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, se entenderá para todos los efectos legales que la sociedad es de hecho si fueren varios los asociados. Si se tratare de una sola persona, responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa.”

1.6. Ventajas en la constitución.

Entre otras tenemos las siguientes ventajas al constituirse el tipo societario de SAS:

- a. Podrán constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.
- b. Salvo lo previsto en el Artículo 42 de la presente Ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra Naturaleza en que incurra la sociedad.
- c. La naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social.
- d. Imposibilidad de negociar valores en el mercado público.
- e. Se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio.
- f. El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado.
- g. No será obligatoria la Revisoría Fiscal. En caso de proveerse el cargo de revisor fiscal, la persona que lo ocupe deberá ser contador público titulado con tarjeta profesional vigente.

1.7. Limitaciones sobre la responsabilidad.

El artículo 27 de la Ley 1258/2008 expresa: “Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere.”

1.8. Reglas especiales sobre el capital y las acciones.

El artículo 9o. de la Ley de creación indica: “La suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. Sin embargo, en ningún caso, el plazo para el pago de las acciones excederá de dos (2) años.

En los estatutos de las sociedades por acciones simplificadas podrán establecerse porcentajes o montos mínimos o máximos del capital social que podrán ser controlados por uno o más accionistas, en forma directa o indirecta. En caso de establecerse estas reglas de capital variable, los estatutos podrán contener disposiciones que regulen los efectos derivados del incumplimiento de dichos límites.”

Además el artículo 10 de la misma ley contempla: “Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago. Al dorso de los títulos de acciones, constarán los derechos inherentes a ellas.”

1.9. Organización de la sociedad.

El artículo 17 expresa: - Organización de la sociedad-. En los estatutos de la sociedad por acciones simplificada se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento. A falta de estipulación estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal.

El artículo 18- Reuniones de los órganos sociales-. La asamblea de accionistas podrá reunirse en el domicilio principal o fuera de él, aunque no esté presente un quórum universal, siempre y cuando que se cumplan los requisitos de quórum y convocatoria previstos en los artículos 20 y 22 de esta ley.

1.10. Reformas estatutarias y reorganización de la sociedad.

El artículo 29 – Reformas estatutarias – expresa: “Las reformas estatutarias se aprobarán por la asamblea, con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión. La determinación respectiva deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil, a menos que la reforma implique la transferencia de bienes mediante escritura pública, caso en el cual se regirá por dicha formalidad.”

1.11. Disolución y liquidación.

El artículo 34 de la Ley 1258 de 2.008 hace referencia a las causales de disolución:

- a. Por vencimiento del término previsto en los estatutos, si lo hubiere, a menos que fuere prorrogado mediante documento inscrito en el Registro mercantil antes de su expiración.
- b. Por imposibilidad de desarrollar las actividades previstas en su objeto social.
- c. Por la iniciación del trámite de liquidación judicial.
- d. Por las causales previstas en los estatutos.
- e. Por voluntad de los accionistas adoptada en la asamblea o por decisión del accionista único.
- f. Por orden de autoridad competente.
- g. Por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito.

Además el artículo 35 – Enervamiento de causales de disolución- contempla: Podrá evitarse la disolución de la sociedad mediante la adopción de las medidas a que hubiere lugar, según la causal ocurrida, siempre que el enervamiento de la causal ocurra durante los seis (6) meses siguientes a la fecha en que la asamblea reconozca su acaecimiento. Sin embargo, este plazo será de dieciocho (18) meses en el caso de la causal prevista en el ordinal 7o del artículo anterior.

Sección III. Empresa unipersonal. – E.U. –

El legislador colombiano no fue ajeno al llamado de la realidad social y de los negocios, que, prácticamente, exigía al ordenamiento jurídico un mecanismo para limitar la responsabilidad del comerciante individual, sin tener que acudir a las “sociedades fachada” o “ficticias”, en las cuales no existía para ninguno de los contratantes un “animus societatis”¹⁸

1.1. Concepto.

Los tipos de sociedades, hasta la fecha de expedición de la Ley 222 de 1995, exigían, y aún lo hacen, una “pluralidad de personas”, requisito abiertamente contrario en este tipo de compañías el requisito “pluralidad de socios”.

El artículo 71 de la citada Ley 222, expresa que: “Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil”.

La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.

1.2. Principios de la empresa unipersonal.

La primera y más evidente “innovación” jurídica incorporada en esta institución empresarial, es el dotar de personalidad jurídica, con limitación de responsabilidad y un régimen propio, a una figura creada por una sola persona, natural o jurídica.

Es evidente lo progresista de la figura en estudio en el régimen societario

18. BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZÁLO. Lecciones de derecho mercantil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

colombiano, en tanto es la primera vez que el ordenamiento “permite” fisuras en la tesis contractualista que impera en las sociedades comerciales. En otras palabras, la empresa unipersonal se erigió como una “fisura” en la sólida concepción pluralista de la sociedad inserta en el Código de Comercio Colombiano, al incorporar el “acto jurídico unilateral” como sustento válido para la creación de personas jurídicas en el ordenamiento colombiano.¹⁹

1.3. Naturaleza jurídica de la empresa unipersonal.

La empresa unipersonal de responsabilidad limitada, es una persona jurídica distinta e independiente de la persona natural a quien pertenezca, por lo que, los patrimonios de la una y de la otra, son patrimonios separados.

La persona que constituya una empresa de esta clase no será responsable por las obligaciones de la misma, ni viceversa, salvo los casos que se menciona a continuación, en que el gerente-propietario responderá con su patrimonio personal por las correspondientes obligaciones de la empresa:

- a. Si dispusiere en provecho propio de bienes o fondos de la empresa que no correspondan a utilidades líquidas y realizadas, según los correspondientes estados financieros.
- b. Si la empresa desarrollare o hubiere desarrollado actividades prohibidas o ajenas a su objetivo
- c. Si el dinero aportado al capital de la empresa no hubiere ingresado efectivamente en el patrimonio de esta.
- d. Cuando la quiebra de la empresa hubiera sido calificada por el juez como fraudulenta.
- e. Si el gerente-propietario de la empresa, al celebrar un acto o contrato, no especificare que lo hace a nombre de la misma.
- f. Si la empresa realizare operaciones antes de su inscripción en el Registro Mercantil, a menos que se hubiere declarado en el acto o contrato respectivo, que se actúa para una empresa unipersonal de la responsabilidad limitada en proceso de formación.
- g. Si en los documentos propios de la empresa se manifestare con la firma del gerente-propietario que la empresa tiene un capital superior al que realmente posee.

¹⁹ CORDOBA ACOSTA, PABLO ANDRÉS. “La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades”, en Revista de derecho privado número 6, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

1.4. Constitución, personalidad jurídica.

El acto de creación de la empresa unipersonal, según lo contempla el artículo 72 de la Ley 222 de 1995, es un documento escrito.

El Código de Comercio dispone, respecto de los demás tipos de sociedades, que el documento de constitución de una sociedad que pretenda obtener la personalidad jurídica debe plasmarse en una Escritura Pública, otorgada ante Notario.

La ausencia del documento público, en el régimen del Código de Comercio, es “sancionada” drásticamente por el ordenamiento jurídico, a tal punto de ser considerada como una “sociedad de hecho” que ni es persona jurídica ni limita la responsabilidad de los socios al monto del aporte.

Determina expresamente la Ley “que la personalidad jurídica de la empresa unipersonal se adquiere una vez sea inscrito el documento constitutivo en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de su domicilio. El “régimen tradicional”, en oposición, otorga la personalidad jurídica de la sociedad a partir del otorgamiento de la Escritura Pública, en este sentido, el registro del documento público dota, únicamente, de publicidad y oponibilidad a las cláusulas o disposiciones del contrato social” (Reyes Villamizar, 2002, 32; Narváez García, 2008, 131).

La personificación jurídica que el legislador previó para la empresa unipersonal, es un elemento trascendental y necesario para la limitación de la responsabilidad en la figura, en tanto, solo con la personificación jurídica, se produce la efectiva separación patrimonial (entre el empresario creador y la empresa unipersonal), de tal suerte que se erige un “velo corporativo” entre el empresario y la nueva persona jurídica, que impide a los acreedores de la empresa unipersonal perseguir los bienes propios del empresario y viceversa. Este es un avance importante de la empresa unipersonal con respecto a los demás tipos societarios.

1.5. Limitaciones sobre la responsabilidad.

El artículo 73 de la Ley 222 de 1.995 expresa: “Responsabilidad de los administradores. La responsabilidad de los administradores será la prevista en el régimen general de las sociedades.”

1.6. Aportaciones posteriores de bienes.

El artículo 74 – Aportación posterior de bienes – de la Ley 222 de 1.995 contempla:

“El empresario podrá aumentar el capital de la empresa mediante la aportación de nuevos bienes. En este caso se procederá en la forma prevista para la constitución de la empresa. La disminución del capital se sujetará a las mismas reglas señaladas en el artículo 145 del Código de Comercio.”

1.7. Terminación de la empresa.

El artículo 79 – Terminación de la empresa- expresa: La empresa unipersonal se disolverá en los siguientes casos:

- a. Por voluntad del titular de la empresa.
- b. Por vencimiento del término previsto, si lo hubiere, a menos que fuere prorrogado mediante documento inscrito en el registro mercantil antes de su expiración.
- c. Por muerte del constituyente cuando así se haya estipulado expresamente en el acto de constitución de la empresa unipersonal o en sus reformas.
- d. Por imposibilidad de desarrollar las actividades previstas.
- e. Por orden de autoridad competente.
- f. Por pérdidas que reduzcan el patrimonio de la empresa en más del cincuenta por ciento.
- g. Por la iniciación del trámite de liquidación obligatoria.

No obstante, podrá evitarse la disolución de la empresa adoptándose las medidas que sean del caso según la causal ocurrida, siempre que se haga dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal.

La liquidación del patrimonio se realizará conforme al procedimiento señalado para la liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada. Actuará como liquidador el empresario mismo o una persona designada por éste o por la Superintendencia de Sociedades, a solicitud de cualquier acreedor.

1.8. Normas aplicables a la empresa.

El artículo 80 – Normas aplicables a la empresa unipersonal - de la Ley 1258 de 2.008 contempla: “En lo no previsto en la presente ley, se aplicará a la empresa unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada.

Así mismo, las empresas unipersonales estarán sujetas, en lo pertinente, a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, en los casos que determine el Presidente de la República.

Se entenderán predicables de la empresa unipersonal las referencias que a las sociedades se hagan en los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades previstos en la Constitución o en la ley.”

1.9. Conversión en empresa unipersonal.

El artículo 81 – Conversión en empresa unipersonal - expresa: “Cuando una sociedad se disuelva por la reducción del número de socios a uno, podrá, sin liquidarse, convertirse en empresa unipersonal, siempre que la decisión respectiva se solemnice mediante escritura pública y se inscriba en el registro mercantil dentro de los seis meses siguientes a la disolución. En este caso, la empresa unipersonal asumirá, sin solución de continuidad, los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta.”

1.10. Justificación de la empresa unipersonal

Ella no es más que variante del concepto genérico de sociedad, siendo la otra la sociedad pluripersonal, a la cual estamos acostumbrados por nuestra tradición jurídica.

La empresa unipersonal tiene una justificación práctica que, por evidente no requiere de mayores explicaciones; ella permite a los empresarios destinar una parte de sus bienes a la realización de determinados negocios, dotándolos de personería jurídica y, por ende, logrando que su responsabilidad quede limitada al monto del acervo asignado a la nueva empresa; y todo esto podrá alcanzarlo sin necesidad de acudir a otras personas que colaboren como socios reales o simulados de la operación.²⁰

Ofrece así el derecho una alternativa comercial complementaria que permite a los empresarios escapar del dilema de no poder actuar sino en sociedad pluripersonal o como personas individuales.

Esto permitiría poner término a multitud de sociedades con pluralidad aparente, existentes en los países que no admiten la unipersonal, a cuya utilización se han visto forzados quienes consiguen socios de favor que realmente no quieren pero que resultan indispensables porque el derecho, en su estrechez e ineptitud, los exige.

Se extinguiría así, para bien del derecho y la realidad, una importante franja de organizaciones simuladas, en las que el interesado único en el negocio social busca la colaboración de socios ficticios porque solo así alcanzará el doble beneficio de la personalidad jurídica y de la limitación de la responsabilidad

Sección IV. La sociedad por acciones simplificada y la empresa unipersonal en el registro mercantil.

La razón de su registro en la empresa unipersonal y las SAS reside en la publicidad del status, así como de sus actos y documentos que trascienden a terceros. Tienden a que el ejercicio de la ocupación se desarrolle dentro de un nivel medio de ética y a eliminar la clandestinidad de las ocupaciones. Los deberes están contenidos en el art 19 del Código de Comercio.

²⁰. ARCILA SALAZAR, CARLOS ANDRÉS. "Sociedad por acciones simplificada", en *Revist@ e-Mercatoria* volumen 8, número 1, Universidad Externado de Colombia, 2009, en <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen8/01.htm>

El registro mercantil es una institución típica del derecho mercantil que tiene por finalidad a la matrícula de quienes ejercen el comercio y de ciertos actos, libros y documentos susceptibles de incidir en pro o en contra del empresario. Es una institución a cargo de las cámaras de comercio, a través de las cuales por virtud de la ley se da publicidad a ciertos actos de los comerciantes que deben ser conocidos por la comunidad.

El artículo 26 del C. de Comercio, señala que el objeto del registro es llevar la matrícula de los empresarios mercantiles y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad.

1. Historia del registro mercantil.

Su origen se remonta a la matrícula en el Liber Mercatorum que establecieron las corporaciones de la edad media, para quienes ejerciten el comercio. En principio no buscaba la publicidad sino era un censo de los comerciantes para establecer el consejo de la corporación y para exigir contribuciones. El objetivo de la publicidad lo obtuvo como un desarrollo posterior y se convirtió en público.

El Artículo 19 del Código de Comercio establece: “Es obligación de todo comerciante:

- a. Matricularse en el registro mercantil.
- b. Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad.
- c. Los actos y documentos sujetos a registro solo producen efectos respecto de terceros a partir de la fecha de su inscripción, es decir, solo a partir de esta fecha son oponibles frente a terceros. (Art.29 num.4 C.Co.)”

El registro mercantil es público; por tanto, cualquier persona que necesite información sobre los comerciantes matriculados pueden solicitar certificados sobre los actos y documentos inscritos, consultar el expediente abierto a cada

inscrito y obtener copias de los mismos en la cámara de comercio. (art.26 del C.Co.)

2. Características del registro mercantil:

- a. El registro mercantil es público. Así lo determina el artículo 27 del C.Co. el cual agrega: "Cualquier persona podrá examinar los libros archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copia de los mismos"
- b. Es un registro reglado. El C.Co. regula el registro mercantil: matricula, renovación, actos sujetos a inscripción, oportunidad del registro, requisitos referentes a las matriculas y a las inscripciones de donde se desprende que el registro esta sujeto al cumplimiento de las reglas especificas que no pueden ser vulneradas. Ejemplo art.26 y 28 C.Co.
- c. Es obligatorio. Es obligación de todo comerciante matricularse en el registro mercantil, renovar anualmente su matricula y las de sus establecimientos e inscribir todos los actos libros y documentos, respecto a los cuales la ley exija esa formalidad (arts.19, 26,28 y 33 C.Co.)

3. Efectos del registro mercantil.

Uno de los efectos del registro mercantil es la publicidad y oponibilidad frente a terceros. Además es:

- a. Garantía de autenticidad documental

Esta garantía refuerza hasta cierto punto la función de publicidad antes indicada. Por ellos se ha establecido en el art.40 C.Co. "Todo documento sujeto a registro, no autentico por su misma naturaleza ni reconocido por las partes, deberá ser presentado personalmente por sus otorgantes al secretario de la respectiva cámara".

- b. Prueba de los actos y documentos inscritos.

Las cámaras de comercio deberán certificar sobre los actos y documentos registrados (art.86, 44,117 C.Co.) tales certificados, como documentos auténticos por su origen, constituyen pruebas completas según las reglas generales de procedimiento. En caso de pérdida o destrucción se seguirá lo estipulado en el art.44 del C.Co.

4. Funciones del registro:

El registro en la Cámara de Comercio tiene las siguientes funciones:

- a. Función de publicidad o informativa: consiste en que las constancias que figuran en él están destinadas a ilustrar al público en general.
- b. Función declarativa: cuando se omite la inscripción de determinado acto, situación o documento sujeto a registro, el comerciante no puede oponerlo a terceros la regla 4 del art. 29 del C. de Comercio.
- c. Función constitutiva: cuando una situación jurídica, acto o documento no se perfecciona sino una vez cumplida la formalidad de la inscripción. De conformidad con el art. 228 del C. de Comercio, solo a partir de la fecha de inscripción tienen los liquidadores mostradas las facultades y obligaciones de tales.
- d. Función sancionatoria: cuando la inscripción subsana deficiencias formales.
- e. Función de autenticidad: cuando documentos cuyas formas no se presumen auténticas o que no han sido reconocidas ante juez o notario, si se presentan personalmente por sus otorgantes al secretario de la respectiva Cámara, se consideran auténticas. Al respecto el art 252 del C. de Procedimiento Civil dispone que un documento privado es auténtico; si fue inscrito en el registro público a petición de quien firmo.
- f. Función preventiva de competencia desleal: puesto que las entidades registradoras deben abstenerse de matricular a una persona o establecimiento de comercio con el igual nombre de otro ya inscrito , mientras la matrícula no sea cancelada por orden de autoridad competente o a solicitud de quien la haya obtenido . En los casos de homonimia del comerciante, solo podrá matricularse

el segundo cuando agregue a su nombre algún distintivo que corte cualquier confusión, art 35 C. de Comercio.

5. Registro de las SAS:

La ley 1258 de 2.008 en el artículo 5° contempla los siguientes requisitos para su registro mercantil:

- Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas.
- Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras "sociedad por acciones simplificada"; o de las letras S.A.S.
- El domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución.
- El término de duración, si éste no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido.
- Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.
- El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que éstas deberán pagarse.
- La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá de-signarse cuando menos un representante legal.

El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción.

6. Registro de la Empresa Unipersonal.

La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.

Requisitos de formación. La empresa unipersonal se creará mediante documento escrito en el cual se expresará:

1. Nombre, documento de identidad, domicilio y dirección del empresario.

2. Denominación o razón social de la empresa, seguida de la expresión “empresa unipersonal”, o de su sigla E.U., so pena de que el empresario responda ilimitadamente.
3. El domicilio.
4. El término de duración, si éste no fuere indefinido.
5. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la empresa podrá realizar cualquier acto lícito de comercio.
6. El monto del capital haciendo una descripción pormenorizada de los bienes aportados, con estimación de su valor. El empresario responderá por el valor asignado a los bienes en el documento constitutivo.
7. El número de cuotas de igual valor nominal en que se dividirá el capital de la empresa.
8. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y las facultades de sus administradores. A falta de estipulaciones se entenderá que los administradores podrán adelantar todos los actos comprendidos dentro de las actividades previstas.

SEGUNDA PARTE: LA JURISPRUDENCIA

CAPITULO I: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

El artículo 2º del Código de Comercio dice que en cuestiones comerciales que no pudieran regularse conforme a la ley comercial, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.

La Corte Constitucional (1998), al estudiar la figura societaria asegura que “en todo caso, la doctrina generalizada a nivel internacional propugnaba por la constitución de un nuevo sujeto de derecho, con personalidad jurídica. Además, era ampliamente reconocido en nuestro país que existían un gran número de sociedades de fachada con pluralidad de miembros, en las que realmente trabajaba un solo socio y los demás llenaban el requisito legal, circunstancia que motivaba la inclusión de la figura en nuestro régimen interno”.²¹

1. Línea jurisprudencial de la Empresa Unipersonal.

La presente investigación sobre la Empresa Unipersonal responde a la novedosa creación legal, que permite la posibilidad de constituir una Empresa con un solo socio quien es el que aporta sus bienes al capital social de tal empresa, y quien solo tendrá responsabilidad limitada respecto de las obligaciones que adquiera la empresa en el desarrollo de su actividad económica.

Por esto es importante analizar los antecedentes legales, doctrinales y especialmente jurisprudenciales, igualmente su evolución, y su funcionamiento en la actualidad. Todo lo anterior, con base en las sentencias que a dictado las altas Cortes, tanto nacionales como internacionales, teniendo como apoyo, y como ya se señaló, la doctrina, la ley y la costumbre, donde esta última abrió el camino para la constitución legal de la Empresa Unipersonal.

Era ampliamente reconocido en nuestro país que existían un gran número de sociedades de fachada con pluralidad de miembros, en las que realmente

21. NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO. Teoría general de las sociedades, décima edición, Bogotá, Legis, 2008.

trabajaba un solo socio y los demás llenaban el requisito legal, circunstancia que motivaba la inclusión de la figura en nuestro régimen interno. La consagración de la empresa unipersonal, con el objetivo de facilitar las actividades de los comerciantes, de una forma mas ajustada alas necesidades del mundo de los negocios. Respondiendo a la Costumbre contra legem.²²

El artículo 71 de la Ley 222 de 1.995 establece:

"Mediante la empresa unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica

La Confederación colombiana de Cámaras de Comercio "Confecámaras"ha señalado y sintetizado los aspectos fundamentales de la Empresa Unipersonal, los cuales son necesarios tener definidos y claros para así abordar el tema que nos ocupa en esta línea jurisprudencial, la cual atañe el fundamento, el funcionamiento y la viabilidad legal de la Empresa Unipersonal.

La Corte Constitucional (1998), no es del todo clara en la posición a asumir. Lo anterior pues, en principio afirma que la creación de la empresa unipersonal "no desestima ni desvirtúa la naturaleza contractual de las demás sociedades reguladas por el artículo 98 del Código de Comercio, que quedó incólume con la reforma de la Ley 222, sino que amplía el espectro de los actos que dan origen a la actividad mercantil". Como sustento de tal afirmación, el Tribunal Constitucional, explica que la EU es "una nueva forma de organización empresarial, mediante la cual el comerciante puede destinar ciertos bienes a la realización de actividades mercantiles, con la garantía y el beneficio de la personalidad jurídica". No obstante, más adelante, dentro de la misma sentencia, expone que: "Para la Corte, en todo caso, la figura de la empresa unipersonal es más cercana a la sociedad unipersonal y en especial por la remisión que supletivamente se hace, a la aplicación de las normas mercantiles relacionadas con la sociedad de responsabilidad limitada tradicional".²³

En la Sentencia C – 624/98, se encuentra la *RATIO DECIDENDI* ya que es la Sentencia que estudia el fondo de los antecedentes, la viabilidad, características y régimen legal – constitucional de la Empresa Unipersonal. Por tanto es pertinente señalar los puntos esenciales de esta Sentencia:

"La demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 75, inciso 2do. de la Ley 222 de 1995, interpuesta por Hernán Darío Mejía Álvarez, quien alega que la norma citada es inconstitucional parcialmente debido a que lesiona la libertad de

22-23. VELÁSQUEZ RESTREPO, CARLOS ALBERTO. Orden societario, segunda edición, Medellín, Señal editora, 2004.

empresa consagrada en el artículo 333 de la Carta, viola el derecho al trabajo estipulado en el artículo 25 del estatuto fundamental, ya que la naturaleza jurídica de la sociedad unipersonal y su responsabilidad limitada a los activos, hacen de ella una persona independiente a su creador. Por tanto, la naturaleza "indivisible y excluyente" de la empresa unipersonal hace que los intereses del socio y de la sociedad sean diferentes, diferenciables y claramente independientes, razón por la cual debería ser posible la celebración de contratos entre la sociedad y el socio único y entre otras empresas unipersonales constituidas por un mismo sujeto, entre sí.

Con base en dicha demanda la Corte Constitucional entra a estudiar la naturaleza jurídica de las empresas unipersonales y reconocimiento de la libertad de empresa; las limitaciones a la contratación de las empresas unipersonales, protección de derechos de terceros y transparencia en las relaciones mercantiles.

En primer término, La H. Corte indica que La empresa unipersonal, es una novedad en el derecho colombiano desde su presentación en la Ley 222 de 1995, que la concibe como una empresa con personería jurídica, constituida por un solo socio o de propiedad de una sola persona. Cuya naturaleza jurídica consiste en una nueva forma de organización empresarial, donde el comerciante puede destinar ciertos bienes a la realización de actividades mercantiles, con la garantía y el beneficio de la personalidad jurídica. Es preciso señalar, que la Ley 222 amplía el espectro de los actos que dan origen a la actividad mercantil, donde sigue incólume el artículo 98 del C. Com. Por otra parte, la ley 222 del 95, respecto al tema en estudio, da una remisión expresa a la regulación de las Sociedades de Responsabilidad limitada contenida en el Título V del Libro II del C. Com.

Sin embargo, pese a todo lo anterior (de estas dos figuras), existen limitantes legales, estatales y constitucionales, tal como la prevalencia del interés general sobre el particular, lo cual hace necesaria la intervención del Estado para no vulnerar los derechos de terceros, ni afectar el libre mercado. Al respecto la Sentencia en comento dice: "La libertad del individuo en materia económica se encuentra limitada por la prevalencia del interés general, por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado".²⁴

Por su parte, en la misma sentencia, dice la Corte Constitucional: "respecto a la Empresa Unipersonal las limitantes son las siguientes: "en el ámbito económico el

24. PEÑA NOSSA, LISANDRO. De las sociedades comerciales, quinta edición, Bogotá, Temis, 2009.

Interés general prevalece claramente sobre el particular y la empresa unipersonal también tiene una función social que implica obligaciones.”

La Corte Constitucional, se ha pronunciado respecto a las características de la Empresa Unipersonal, las cuales son: “La empresa unipersonal puede ser constituida por "una persona natural o jurídica que reúna las calidades para ejercer el comercio".

Con base en todo lo anteriormente expuesto, la H. Corte en la Sentencia en la Sentencia C – 624 DE 1998”, concluye que la prohibición a que se refiere el artículo 75 de la ley 222 de 1995, inhabilita al empresario unipersonal para realizar transacciones jurídicas con su empresa o entre otras empresas de naturaleza semejante, constituidas por él.”

La razón que tuvo el Legislador, dice la Corte, es imponer esta restricción para evitar o prevenir la utilización indebida de la figura para la defraudación de terceros, además, proteger la transparencia del mercado. Por tanto, la Corte declaró exequible el inciso segundo del artículo 75 de la Ley 222 de 1995. Respecto a este mismo tema del cual se pronunció la Corte en su Sentencia C – 624/98, la Superintendencia de sociedades en su Oficio 220- 60222 de Noviembre 12 de 1997, señaló que:

“La capacidad jurídica de las Empresas Unipersonales se encuentra delimitada por las prohibiciones que establece el artículo 75 de la ley 222 de 1995, Tales prohibiciones tienen su razón de ser, pues permiten evitar que titulares inescrupulosos de empresas unipersonales las utilicen maliciosamente en contra de los intereses de terceras personas que con ellas hubiesen contratado, mediante el traspaso de todos o parte de sus bienes al bando de su conveniencia, impidiéndole a sus acreedores la posibilidad de perseguir el patrimonio garantía de sus acreencias.”²⁵

Como sustento y antecedente de la Sentencia C- 624 de 1998, la cual ha sido clasificada como la Ratio decidendi (o Sentencia arquimédica), en la presente línea jurisprudencial, encontramos Sentencias de la H. Corte Constitucional, las cuales se han pronunciado sobre derechos tales como la libertad de empresa, libre competencia económica, libertad económica, principio de la buena fe, de solidaridad, competencia desleal, principios de razonabilidad y proporcionalidad, donde tales derechos y principios constituyen los vectores y bases estructurales que dieron nacimiento a la Empresa Unipersonal, además de ser la razón de ser y la protección constitucional sobre su reconocimiento y legal funcionamiento.

La Sentencia C– 624/98 señala lo siguiente: “La Empresa unipersonal tuvo su

25. PEÑA NOSSA, LISANDRO. De las sociedades comerciales, quinta edición, Bogotá, Temis, 2009.

origen principalmente en Alemania, con un esquema de empresa unipersonal, basado en la creación de un patrimonio autónomo y propio, destinado a una definida explotación económica. El patrimonio autónomo, constituido por bienes de una persona que al ser independizados, son destinados para fines específicos y que sirven de garantía de las obligaciones vinculadas a la ejecución o cumplimiento de una actividad. Por tanto, la persona sigue siendo la titular del patrimonio afectado, sin que se forme una persona jurídica.”

Por otra parte, la Empresa Unipersonal se separa de la clásica idea de que el patrimonio, como atributo de la personalidad, es uno solo y único, y que no puede dividirse sin que se divida la persona titular de los derechos y obligaciones. Debe señalarse que nuestra legislación ha aceptado la separación del patrimonio de la persona en otros eventos, precisamente en el caso de la fiducia mercantil, y como se verá, en la empresa unipersonal.

La empresa unipersonal, como patrimonio autónomo, fue asumida posteriormente por el Código de las Obligaciones del Principado de Liechtenstein de 1926, “al darle personalidad jurídica a la empresa unipersonal lo que se buscaba era generar una clara separación de actividades, patrimonio y obligaciones entre el socio unipersonal y la sociedad en sí misma, que permitiera una mayor agilidad y transparencia en la actividad comercial.”²⁶

Para este propósito comercial la Gaceta del Congreso No 381 del 4 de noviembre de 1993, Proyecto de ley No 119 de 1993, Cámara de Representantes, otorgo a la empresa unipersonal personería jurídica, con la Ley 222 de 1995 artículo 71, así:

"Mediante la empresa unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.

La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica pero cuando se utilice este modelo societario en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital 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 Sentencias C –265 de 1994, en la cual la H. Corte señala que: “La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que

26. PEÑA NOSSA, LISANDRO. De las sociedades comerciales, quinta edición, Bogotá, Temis, 2009.

expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribire todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo cual se puede decir que estatuye una libre circulación de las ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución colombiana una posición preferente con respecto a las libertades puramente económicas. Se impone pues una interpretación amplia de las posibilidades regulatorias del Estado, por cuanto la Constitución ha conferido un marco amplio y flexible al Congreso para regular estas materias”.

La Sentencia C- 265 de 1994 señala que: “Conviene distinguir con nitidez las agrupaciones de personas que se efectúan con fines económicos, en general lucrativos, y que tienen un contenido esencialmente patrimonial -conocidas usualmente como empresas o sociedades mercantiles-, de aquellas que, por el contrario, se constituyen con fines de carácter no lucrativo -en general denominadas por la doctrina asociaciones en sentido estricto-. En efecto, las primeras están relacionadas con la libertad de empresa y la propiedad privada. Por eso, en general, las sociedades mercantiles –como prototipo de estas asociaciones lucrativas- se rigen en lo fundamental por la llamada por los doctrinantes “Constitución económica”, es decir por las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva. En cambio, las asociaciones que no persiguen fines económicos y no tienen un contenido esencialmente patrimonial son más bien una consecuencia y una proyección orgánica de las libertades de la persona, y en particular de la libertad de pensamiento y expresión. En efecto, en la medida en que las personas gozan de la libertad de pensamiento, deben también poder expresarlo, reunirse para manifestar sus convicciones (libertad de reunión) o asociarse para compartir sus creencias y difundirlas (libertad de asociación).”

Igualmente, en la sentencia C-265 de 1994, MP Alejandro Martínez Caballero, la Corte precisó:

“El juez constitucional debe actuar de manera prudente al analizar la legitimidad constitucional de una determinada regulación de las libertades económicas, por cuanto la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado. El juez constitucional deberá entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política. La Corte considera que en esta materia se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma. Es decir, si la ley que regula la actividad de sociedades de contenido

patrimonial no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas generales que autorizan la intervención estatal en la economía.”

La jurisprudencia ha reconocido que la libertad económica se encuentra íntimamente vinculada, entre otras, a la libertad de empresa y a la libre competencia. La libertad de empresa, por su parte, se manifiesta en la capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija, mientras que la libre competencia se traduce en “la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela.

La Corte Constitucional ha señalado que en razón a que el contrato constituye uno de los principales instrumentos en la circulación de bienes y servicios, así como para contraer derechos y obligaciones económicas, debe entenderse que la libertad de contratación es un elemento propio de la libertad de empresa, que se encuentra protegido constitucionalmente.

Por su parte la Sentencia C – 415 de 1994 de la Corte Constitucional, igualmente se refiere y se pronuncia respecto de los límites de la libertad de empresa, donde en primer término se refiere a la buena fe que debe imperar en las actuaciones de los individuos, y del ámbito económico que gobierna la Empresa Unipersonal, así pues la Corte dijo lo siguiente: “La buena fe se afianza gracias a estas disposiciones del derecho positivo que se inspiran en ese postulado y así logran crear un cauce y un marco seguros a la actividad estatal y particular. De impedirse al legislador dictar este tipo de regulaciones, en el fondo se le estaría cercenado la función más elemental que le compete, la cual consiste en definir el ámbito de lo lícito y de lo ilícito.”

En la Empresa Unipersonal el legislador al crearla con la ley 222 de 95 analógicamente aplica la competencia del legislador al regular la materia, donde la Corte señala que “si se le impedirse al legislador dictar este tipo de regulaciones, en el fondo se le estaría cercenado la función más elemental que le compete, la cual consiste en definir la norma y el ámbito de lo jurídico y legal.

De esta forma, la Empresa Unipersonal tiene que actuar dentro del principio de la buena fe, es decir, se debe constituir con buena fe sin propósitos defraudatorios hacia terceros, sino con fines lícitos que busquen un enriquecimiento patrimonial legal sin afectar a terceros, así como lo señala el artículo 75 de la ley 222 de 1995.

Por tanto, la Sentencia C – 415 de 1994 determino que: “las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de

configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la CP: la libertad de empresa - en el lenguaje de la CP - “la actividad económica y la iniciativa privada” - y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333)., la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que “las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica” (CP art. 150-21).”

Igualmente, la Sentencia C – 398 DE 1995 de la Corte Constitucional se pronuncio respecto al principio de la libre competencia y principalmente sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los cuales se deben observar tanto en la regulación legal, como en el funcionamiento de la Empresa Unipersonal. Así la Corte en esta Sentencia dijo que: “Es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si, éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular. La Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y en que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo, por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohijado.”

En esta medida, la Corte en la Sentencia C – 398 de 1995 señaló que: “Es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si, éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados en particular.

La Corte Constitucional en Sentencia C - 535 de 1997 se pronunció respecto a la libertad de empresa, sus límites y la libre competencia económica, que como señalamos anteriormente, constituyen los principios rectores de la razón de ser y el funcionamiento de la Empresa Unipersonal como persona jurídica que ejerce actividades comerciales y que se constituye como ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Siguiendo en la misma línea de la libertad económica, es menester mencionar la Sentencia de Constitucionalidad C-333 de 1999, Referencia: Expediente D- 2217, Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZCABALLERO, donde se tratan los siguientes temas: Libertad económica, reserva legal y competencias regulatorias de la Comisión Nacional de Televisión: “Las libertades económicas y el resto de libertades civiles y políticas no están sometidas a una misma regulación constitucional. La Constitución confiere un mayor valor a los derechos y libertades de la persona que a los derechos y libertades de contenido puramente patrimonial, ya que expresamente establece el dirigismo económico, es decir, consagra un mercado de bienes y servicios pero bajo la dirección del Estado, mientras que proscribire todo dirigismo en materia política, ética o intelectual, por lo cual se puede decir que estatuye una libre circulación de las ideas. Por eso es lícito concluir que, en términos generales, las libertades de la persona y los derechos de participación ocupan en la Constitución colombiana una posición preferente con respecto a las libertades puramente económicas.”

Así pues, en primer término encontramos la Sentencia T- 240 de 1993, la cual se pronuncia respecto a la autonomía privada respecto al campo económico individual, entrelazándolo con la libre competencia, así pues la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual.

Por otro lado, la autonomía privada se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial, la personalidad jurídica a la cual toda persona tiene derecho exhibe entre una de sus manifestaciones más conspicuas la de ser centro de imputación jurídica de derechos y obligaciones generados por el fenómeno del contrato (CP art. 14); el derecho al libre desarrollo de la personalidad se proyecta en opciones que elige el sujeto para cuya actualización debe entrar con otros sujetos y ese medio al cual normalmente se apela es el contrato (CP art. 16). Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del ordenamiento constitucional.”

Mas puntualmente, la Sentencia T – 291 de 1994, trató el tema de la libertad económica y sus límites, ratificando así la posición de la Corte Constitucional respecto a este derecho constitucional base de la Empresa Unipersonal. En este orden de ideas, la Sentencia que nos compete en este momento señala que:

Por otro lado, la Sentencia T – 125 de 1994 proferida por la Corte Constitucional analiza los principios de solidaridad y buena fe que envuelven el fin lícito y el legal funcionamiento de la Empresa Unipersonal lo cual ratifica su validez y su procedencia en el sistema mercantil colombiano. El tenor de esta Sentencia dice que:

“Por una parte, es menester señalar que los deberes constitucionales son aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal. Las restricciones a la libertad general sólo pueden estar motivadas por fundadas razones que determine el Legislador. La exigibilidad de los deberes constitucionales, sin embargo, depende, en principio, de la voluntad legislativa de actualizar, mediante la consagración de sanciones legales, su potencialidad jurídica. La imposición de un deber, en consecuencia, presupone necesariamente de una ley previa, quedando descartada su aplicación retroactiva. Lo anterior para entender la importancia de cumplir los deberes que señala la Constitución para el legal ejercicio de los derechos que confiere la ley.”

2. La línea jurisprudencial de la Sociedad por acciones simplificadas.

La Corte Constitucional con la jurisprudencia se encargó de dotar al nuevo tipo de sociedad de suficiente certidumbre y seguridad jurídica.

Las sentencias C-014 de C-597 de 2010 se puso de presente no solo la armonía los sistemas de las SAS frente a las normas constitucionales, sino también la conveniencia del nuevo tipo societario en el contexto económico y social de Colombia.

La sentencia C-014 de 2010 derrumbó la demanda de inconstitucionalidad dirigida a atacar el sistema de arbitraje que es excepcional para las SAS. Su importancia reside que la Corte preservó la solución de conflictos (Artículo 40) en este tipo de sociedad y que constituye un eje central de la Ley 1258 de 2.008.

Uno de los aspectos importantes es su cambio jurisprudencial frente a los demás tipos de sociedades pues se aparta de la sentencia C-378 de 2.008 en lo que consideró que no les es dado a los accionistas de una sociedad de tipo tradicional acudir a la jurisdicción arbitral para resolver acciones relativas a la impugnación de decisiones de asamblea general de accionistas o junta directiva, debido a la restricción contenida en el obsoleto artículo 194 del Código de Comercio.

Luego en la Sentencia C-014 de 2010 la Corte dejó con claridad meridiana que las SAS podrá pactar el arbitraje para la resolución de todos los asuntos contenciosos que surjan entre sus accionistas o respecto a los administradores, incluidas las acciones de impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva.

La Corte Constitucional en la sentencia anterior enriquece a las SAS cuando expresa: “se inspiró en la necesidad e enriquecer el menú de opciones societarias disponibles con una modalidad basada principalmente en los principios de flexibilidad y agilidad, con énfasis en la autonomía de la voluntad y, por tanto, reduciendo al mínimo las disposiciones legales imperativas. La nota característica de las SAS es que crea una sociedad por acciones, pero simplifica todos los procesos de creación, administración y supresión de la sociedad.”²⁷

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-014 de 2010 en lo referente al artículo 40 de la Ley 1258/2008 pues afirma que “no se vulnera el debido proceso constitucional, toda vez que el legislador no ha desconocido los límites competenciales consagrados en la Carta respecto de la justicia arbitral y menos vulnera el acceso a la justicia, toda vez que el proceso arbitral está reconocido en la Constitución como un mecanismo válido para ejercer jurisdicción, siempre y cuando a él se acuda, no por obligación legal, sino por habilitación voluntaria de las partes.

Otro aspecto jurisprudencial trascendental se fundamenta en el sistema de votación unánime que afortunadamente se incluyó en el texto de la Ley 1258, para la adopción de ciertas decisiones cruciales, tales como la transformación o el pacto estatutario del arbitraje. Sobre esto fue enfática la Corte cuando dice: “en el caso de las SAS, la decisión de incluir la cláusula compromisoria en los estatutos, exige unanimidad en los accionistas, requisito que no se exige en el caso de las sociedades reguladas en el Código de Comercio. Esto es otra ventaja de las SAS frente a las sociedades tradicionales, en las cuales se debe acudir a la jurisdicción ordinaria para casi todos los casos.

También la Corte en la Sentencia C-014 de 2010 sobre la viabilidad del sistema de resolución de conflictos ante la Supersociedades en aquellos casos en que se hubiere pactado arbitraje en los estatutos sociales. Al respecto dice la sentencia: “en el caso de las SAS no es posible incluir en los estatutos sociales una cláusula compromisoria que no sea expresión de la voluntad de todos los accionistas. Basta con que el titular de una sola acción se oponga a la inclusión de la cláusula arbitral en los estatutos, para que esta no quede incluida en ellos y las diferencias societarias se dirimirán, en consecuencia ante la jurisdicción administrativa de la Superintendencia de Sociedades.”

27. PEÑA NOSSA, LISANDRO. De las sociedades comerciales, quinta edición, Bogotá, Temis, 2009.

En la sentencia C-014 de 2010 hace claridad sobre la obligación que tienen las sociedades constituidas por la Ley 1014 de 2.006 de transformarse en SAS en el plazo de seis meses. Dice la Corte que “se trata del trasnochado contractualismo que no permitía la creación de sociedades mediante un contrato o acto unilateral de voluntad.

Es también importante el respaldo que hace la Corte con la jurisprudencia sobre la apertura hacia la sociedad con un único accionista y por eso afirma: este modelo societario avanza en el proceso de superación del enfoque contractualista que fundamentaba las modalidades societarias tradicionales y que ya se había comenzada a separar o abandonar con la creación que establece la Ley 222 de 1.995, toda vez que permite que las SAS sean constituidas por una sola persona natural o jurídica y creadas por consiguiente mediante un acto unilateral. Es por eso que en las SAS no se exige un límite de mínimo ni máximo, de tal manera que es posible bajo esta modalidad, tener sociedades unipersonales o empresas con multiplicidad de accionistas, sin límite en el número.²⁸

La Sentencia C-014 de 2010 reconoce la importancia de las SAS y la importancia del principio de la libertad de configuración legislativa consagrado en la Constitución de 1.991.

CAPITULO II: DIFERENCIAS ESPECÍFICAS DE LA EMPRESA UNIPERSONAL Y LAS SAS.

La empresa unipersonal, es la persona jurídica de derecho comercial constituida por una persona natural o jurídica. Se constituye por escritura pública.

La Sociedad por Acciones Simplificada, es una persona jurídica de derecho comercial constituida por 1 o más personas naturales y/o jurídicas. Se constituye por escritura pública o documento privado.

Diferencias:

28. VELÁSQUEZ RESTREPO, CARLOS ALBERTO. La sociedad por acciones simplificada, Velásquez Restrepo Abogados Derecho Económico, 2009, en <http://carlovelasquezasociados.com/novedades.htm>.

- ❖ La empresa unipersonal se debe constituir por escritura pública. Las SAS por escritura pública o por documento privado.
- ❖ La empresa unipersonal tiene su objeto definido, específico. Las SAS es indefinido e incluso se puede expresar “todas las actividades lícitas.”
- ❖ La empresa unipersonal tiene una vigencia. Las SAS su vigencia puede ser indefinida.
- ❖ La empresa unipersonal tiene una limitante en su capital social en lo referente al pago de los aportes al iniciar. Las SAS tiene hasta dos años para su pago de aportes.
- ❖ La empresa unipersonal requiere junta directiva y revisor fiscal. Las SAS no requiere Junta Directiva ni revisor fiscal.
- ❖ La más importante es que la ley que le dio vida a las E.U. ya fue derogada. Ya no pueden matricularse o crearse E.U. La ley que derogó las E.U. fue la que creó las S.A.S.
- ❖ Se deduce que las E.U. fueron remplazadas por las S.A.S.
- ❖ La E.U. se podía constituir por 1 persona. La SAS. por 1 o más.
- ❖ La E.U. no tenía órganos. La S.A.S. debe tener los órganos de toda sociedad: asamblea, junta de socios, representante legal.
- ❖ En la E.U. no se levantaban actas. La S.A.S. se deben levantar actas de las reuniones sociales.
- ❖ En la E.U. no hay reparto de utilidades. La S.A.S. debe haber reparto de utilidades.
- ❖ La E.U. respondía al concepto de patrimonio autónomo. La SAS. es un reflejo del Derecho Societario.
- ❖ En la E.U. no había obligación de reunión obligatoria. La SAS. exige reunión anual obligatoria.
- ❖ Las SAS tienen la posibilidad de incluir en los estatutos el arbitraje para impugnar las decisiones societarias. Las EU no lo tienen.

TERCERA PARTE: VENTAJAS Y DESVENTAJAS EN LA
CREACION DE UNA SOCIEDAD POR
ACCIONES SIMPLIFICADAS Y LA EMPRESA
UNIPERSONAL.

CAPITULO I: Ventajas y desventajas en la creación de una sociedad por
Acciones simplificadas y la Empresa Unipersonal.

Al constituir una sociedad por acciones simplificada se obtienen las siguientes ventajas:

1. Pueden constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.
2. Salvo lo previsto en el Artículo 42 de la presente Ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.
3. La naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social.
4. Imposibilidad de negociar valores en el mercado público.
5. Se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio.
6. El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado.
7. La Sociedad por Acciones Simplificada no estará obligada a tener Junta Directiva, salvo previsión estatutaria en contrario.

8. En caso de pactarse en los estatutos la creación de una Junta Directiva, esta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias.

9. No será obligatoria la Revisoría Fiscal. En caso de proveerse el cargo de Revisor fiscal, la persona que lo ocupe deberá ser contador público titulado con tarjeta profesional vigente

10. La flexibilización de la sociedad no se circunscribe al carácter eminentemente supletivo de la mayoría de las disposiciones de la Ley, elemento determinante para catalogarla como el tipo societario defensor de la autonomía de la voluntad de los comerciantes.

11. La SAS es entonces una forma liberal que permite a los comerciantes la libre configuración de la estructura y funcionamiento de la sociedad.

12. Un principio fundamental de la SAS es la amplia libertad contractual en la redacción de los estatutos sociales donde se trata de permitirle a las partes definir del modo más amplio las pautas que han de gobernarlos. La Ley 1258 tiene un carácter eminentemente dispositivo en la cual a falta de disposición de las partes regirá la ley.

13. La SAS, en su Art. 3, establece que la sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre Comercial independientemente de las actividades previstas en su objeto social suprimiendo así por completo la dicotomía en materia de sociedades.

14. La Ley 1258 no prohíbe que la SAS se dedique a actos no mercantiles, sino que está orientada a dotar de mayor grado de flexibilidad al tipo societario en estudio.

15. La SAS incluye un régimen específico sobre la figura del abuso del derecho, inspirado en legislaciones extranjeras y especialmente en las jurisprudencias francesas de las últimas décadas. En este sentido, la consagración genérica del principio del Art. 830 del CCoC36 se ha mostrado claramente insuficiente. En la Ley SAS se considera 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. Las consecuencias de incurrir en cualquiera de las modalidades de la figura (mayoría, paridad o minoría) se sintetizan en: i) responsabilidad por los daños que ocasione dicho comportamiento, y ii) la posibilidad que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por ilicitud del objeto.

Al constituir una empresa unipersonal se obtiene las siguientes ventajas:

1. El empresario individual tendrá a su alcance el elemento jurídico necesario, para poder constituir y formar una empresa amparada por la ley, hábil para contratar y obligarse.
2. La figura del empresario individual de responsabilidad limitada, crea una nueva persona jurídica distinta de sí mismo, existe el nacimiento de una nueva persona; La Empresa hábil para contratar y obligarse.
3. · De esta manera, el empresario como persona natural podrá ejercer el comercio, aun cuando la empresa quebrare y de esta manera no se vería comprometida en la prohibición contenida en el artículo 14 numeral 1 del código de comercio, que señala como inhábil para ejercer el comercio a los comerciantes declarados en quiebra que no hayan obtenido su rehabilitación.
4. · El empresario individual podrá limitar la responsabilidad de su patrimonio, arriesgando solo la suma que aporta, es decir su patrimonio personal no sufrirá desmedro alguno y por lo tanto su familia o quienes dependan de él, tendrán mayor estabilidad, Dicho patrimonio no responderá frente a acreedores de la empresa individual por ende no podrá ser arrasado por los acreedores de su negocio, impactando en un mayor desamparo de todos los suyos.
5. · Acceso del pequeño empresario a las fuentes de crédito y financiamiento, tales como bancos y compañías financieras.
6. Más viable y lógico, es que el empresario pueda ser considerado sujeto de crédito, comp. Empresa individual de responsabilidad limitada, e inclusive de esta forma, el empresario podrá constituirse como persona natural, en fiador o aval de su empresa,
7. · Acceso del pequeño empresario al fenómeno de la producción y del desarrollo del país. Claramente es viable pensar como el empresario individual generando mayor producción para el país hará una industria más dinámica con efectos positivos sobre la economía.
8. Evitar el sofisma de las sociedades constituidas por una persona junto con otras que las integran en calidad de testaferros.

La Empresa Unipersonal, según la Corte Constitucional, tiene las siguientes limitantes: “la Corte recuerda que en el ámbito económico el interés general prevalece claramente sobre el particular y la empresa unipersonal también tiene una función social que implica obligaciones.”²⁹

29. CÓRDOBA ACOSTA, PABLO ANDRÉS. “El gobierno de la empresa y el derecho”, en Revista de derecho privado número 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Igualmente, La Corte Constitucional, frente al tema en comento se ha pronunciado respecto a las características de la Empresa Unipersonal, las cuales son: "La empresa unipersonal puede ser constituida por "una persona natural o jurídica que reúna las calidades para ejercer el comercio".

Con base en todo lo anteriormente expuesto, la H. Corte en la Sentencia "C – 624 DE 1998", concluye que la prohibición a que se refiere el artículo 75 de la ley 222 de 1995, inhabilita al empresario unipersonal para realizar transacciones jurídicas con su empresa o entre otras empresas de naturaleza semejante, constituidas por él.

La razón o el fin que tuvo el Legislador para imponer esta restricción para el caso de la empresa unipersonal parece clara: evitar o prevenir la utilización indebida de la figura para la defraudación de terceros, además, proteger la transparencia del mercado. Esta prohibición protege un interés que ostenta no sólo entidad constitucional, sino que es un principio del Estado Social de Derecho por excelencia: promover la prosperidad general.³⁰

La Corte considera que las consideraciones precedentes relativas a la prohibición general de contratar entre la empresa unipersonal y su titular son totalmente aplicables al caso del contrato laboral, pues lo dicho con anterioridad respecto a la autonomía del Legislador para la determinación de restricciones en materia de libertades económicas se aplica también a ciertas limitaciones laborales. En este sentido, no es extraño en nuestra legislación que para garantizar la transparencia en las relaciones colectivas existan inhabilidades e incompatibilidades que impidan el acceso a un cargo laboral, que el Legislador consideró que a través del contrato de trabajo también se podía llegar a descapitalizar la empresa y a afectar los intereses de terceros.

El legislador que aspire a aceptar la empresa unipersonal tiene frente a sí dos posibilidades: la noción de empresa y el concepto de sociedad; con esto quiere decir, para explicarlo con mayor amplitud, que el legislador podría permitir que una empresa perteneciente a una sola persona tuviese personalidad jurídica especial, para que, de aquella o esta manera, el titular pudiese limitar su responsabilidad al acervo asignado al negocio; pero, en lugar de lo anterior, también podría el derecho positivo admitir simplemente que la sociedad fuese creada con un solo socio y con el doble beneficio de la personalidad y de la limitación de la responsabilidad, si se acoge a la forma anónima o limitada.³⁰

La empresa tiene dos inconvenientes graves, primero porque esta noción siempre ha sido en la doctrina imprecisa, discutible y discutida y segundo porque para

³⁰. MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. Cátedra de derecho contractual societario: Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios, Bogotá, AbeledoPerrot, 2010.

realizar la regulación pertinente abría que comenzar de cero en razón a que la legislación colombiana no hay una sola norma sobre el tema.

La sociedad posee, en cambio, las características opuestas, dado que, además de obedecer a ideas claras y sencillas, tiene a su disposición una copiosa y completa regulación, constituida en Colombia por unos 500 artículos, los cuales serían aplicables por igual tanto a la sociedad pluripersonal como a la unipersonal. Esto explica que los países europeos hayan optado por la sociedad unipersonal en vez de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, con excepción de Portugal y Liechtenstein, que son precisamente los de mayor importancia.³¹

En conclusión, si se opta por la empresa se partirá de una base endeble y será necesario, adicionalmente, elaborar toda una regulación que no tiene precedentes que no será ni facial ni corta, pues se trataría de estructurar una institución jurídica nueva, que va a funcionar a lo largo del tiempo, que entrará a relacionarse con terceros, que, por lo mismo, requiere publicidad, que pone en peligro los acreedores anteriores y que, en síntesis, plantea numerosos problemas que requieren solución legal.

Si se acude a la sociedad unipersonal el legislador se enfrentará a problemas iguales en cantidad y gravemente en que todos ellos ya están resueltos en los quinientos artículos que en Colombia integran la legislación de sociedades.

De acuerdo con esto, tan sencilla resultaría en Colombia la admisión de las sociedades unipersonales que bastaría un solo artículo que simplemente dijese:

La reducción del número de los socios a solo uno no afectará ni la existencia ni la validez ni el funcionamiento de la sociedad con excepción de la en comandita, las de hecho y las cuentas en participación.³²

Una sola persona podrá constituir cualquiera de las sociedades autorizadas por la ley, salvo las anteriormente exceptuadas.

A la empresa unipersonal por origen o por hecho posterior se aplicará las mismas normas de las pluripersonales, de acuerdo con el tipo social adoptado y sin perjuicio de las modalidades o excepciones exigidas por la unipersonal

Sus asambleas o juntas de socios podrán funcionar y decidir válidamente con la presencia del socio único.

³¹⁻³². BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZÁLO. Lecciones de derecho mercantil, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Sección I. Estadística de las Cámaras de Comercio de Guadalajara de Buga y de Tuluá de SAS y Empresas unipersonal.

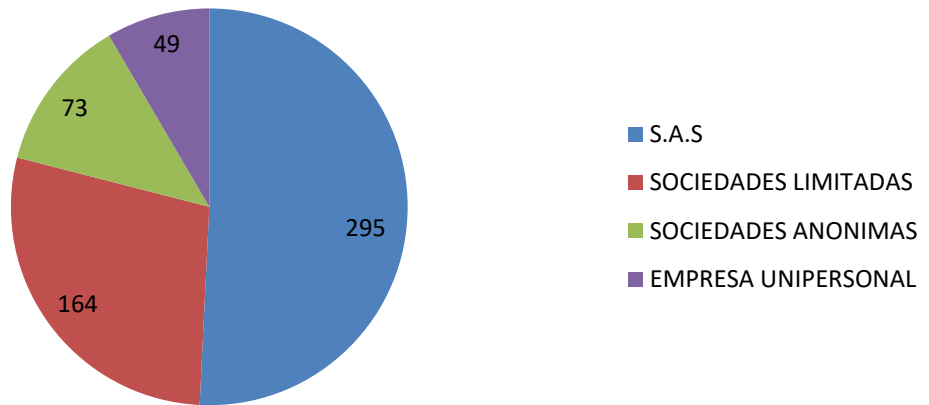
La Cámara de Comercio de Guadalajara de Buga esta integrada por los siguientes municipios:

- Cerrito.
- Darién.
- Guadalajara de Buga.
- Guacary.
- Ginebra.
- Restrepo.
- San Pedro.
- Yotoco.

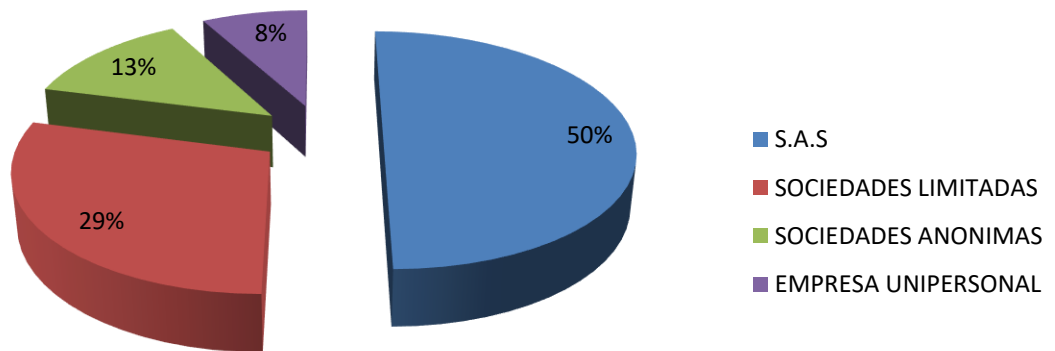
En la información estadística que se presenta, se observa que el 50% del total (581 constituidas) de sociedades de la Cámara de Comercio de Guadalajara de Buga corresponden a las SAS y ello demuestra su aceptación en los comerciantes.

Anexamos el gráfico de la composición de la sociedades registradas y que determinan su participación total y porcentual.

TIPOS SOCIETARIOS ADSCRITOS A LA CAMARA DE COMERCIO DE GUADALAJARA DE BUGA POR CANTIDAD



TIPOS SOCIETARIOS ADSCRITOS A LA CAMARA DE COMERCIO DE GUADALAJARA DE BUGA POR PARTICIPACION PORCENTUAL



La Cámara de Comercio de Guadalajara de Buga suministró la siguiente información de las sociedades comerciales constituidas a febrero de 2012:

SAS	E.U.	S.A.	LTDA.	TOTAL
295	49	73	164	581

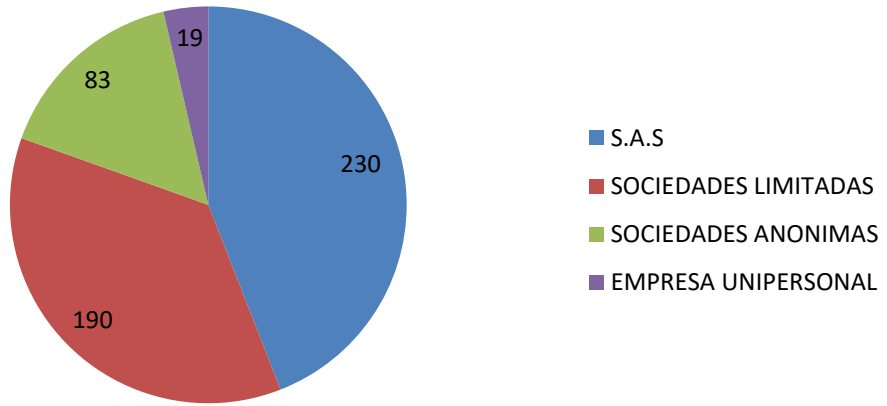
LA Cámara de Comercio de Tuluá esta conformada por los siguientes municipios:

- Andalucía,
- Bugalagrande,
- Bolívar,
- Friofrío,
- Trujillo,
- Tuluá,
- Zarzal.

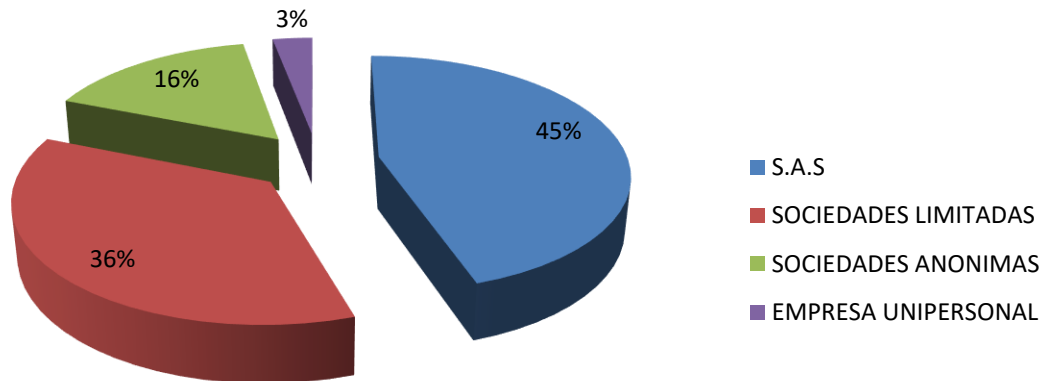
En la información estadística se observa que el 45% del total (522 constituidas) de sociedades de la Cámara de Comercio de Tuluá corresponden a las SAS y ello demuestra su aceptación en los comerciantes.

Anexamos el gráfico de la composición de la sociedades registradas y que determinan su participación total y porcentual

TIPOS SOCIETARIOS ADSCRITOS A LA CAMARA DE COMERCIO DE TULUA POR CANTIDAD



TIPOS SOCIETARIOS ADSCRITOS A LA CAMARA DE COMERCIO DE TULUA POR PARTICIPACION PORCENTUAL



La Cámara de Comercio de Tuluá suministró la siguiente información de las sociedades comerciales constituidas a febrero de 2012:

SAS	E.U.	S.A.	LTDA.	TOTAL
230	19	83	190	522

CONCLUSIONES:

1. Era para Colombia una necesidad modernizar y actualizar su legislación societaria con las tendencias más avanzadas del derecho comparado. Primero con la Ley 222 de 1995, que implementó la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, y con la Ley 1258 de 2.008 que creó la SAS, caracterizada por su flexibilidad y facilidad en su constitución.
2. La Empresa Unipersonal es una figura societaria que la practica mercantil colombiana reclamaba, ya que anterior a la ley 222 de 1995 no existía ninguna regulación legal sobre la materia, y en miras de que la costumbre que en un primer momento fue contra legem, es decir que los particulares constituían sociedades que reunieran los elementos esenciales que contempla el Código de Comercio en su artículo 98, pero del affecto societatis, es decir no existía la pluralidad de socios que exigía la ley en su momento. Así, en la práctica se constituían empresas fachadas ya que carecía de uno de sus elementos esenciales como lo es la pluralidad de socios.³³
3. El concepto de autonomía privada ha venido evolucionando a través del tiempo, como consecuencia de las ideas que, en el orden filosófico, político y económico. Es el pilar fundamental de las SAS.
4. La piedra angular de la ley de sociedad por acciones simplificada es el principio de la autonomía privada, y su corolario, la libertad contractual, es la brújula orientadora.
5. La ley 1258 de 2008 recupera el derecho de sociedades para el derecho privado, y está construida sobre el pilar fundamental de los derechos civil y comercial, que no es otro que el principio de la autonomía de la voluntad privada y su corolario: la libertad contractual.
6. La ley 1258 de 2008 que creó las SAS es una propuesta del nuevo contractualismo frente a un institucionalismo del derecho de sociedades en nuestro país, que intentando subsanar los excesos del mercado, hizo ceder el principio de la autonomía de la voluntad privada y afectó la libertad individual, ocasionando de paso un letargo en la forma de hacer y entender el derecho de sociedades, y afectando la promoción y el desarrollo de la empresa colombiana.

33. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. SAS. La Sociedad por acciones simplificada, primera edición, Bogotá, Legis, 2009.

7. La empresa unipersonal y las SAS es una consecuencia de la aplicación de la Constitución de 1.991, artículo 333, en los aspectos de la libertad económica, la iniciativa privada, la autonomía de la voluntad, la libertad de competencia y la libertad que tiene cada persona de escoger profesión u oficio.

8. La jurisprudencia de las altas cortes se adapta a los cambios dinámicos sociales y económicos y apoya esencialmente la concepción de autonomía de la voluntad de tal manera que conceptúa favorablemente la capacidad de las personas para constituir figuras societarias con el único límite de que no este prohibido por la ley.

9. Con la constitución de las SAS se amplía la concepción de libertad económica y especialmente se constituye en un colaborador del desarrollo y crecimiento económico del país.

10. Con la jurisprudencia Constitucional se fortalece la constitución de SAS pues el Estado actúa como el director de la economía, tal como lo expresa la Constitución en su artículo 334, “con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo... También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.³⁴

11. Todo lo anterior sirve como sustento a la reiterada posición de la Corte Constitucional, al señalar que al ejercer los derechos de libertad económica e iniciativa privada, y con base en el principio de buena fe, se constituyen la Empresa Unipersonal y las SAS.

³⁴. REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. SAS. La Sociedad por acciones simplificada, primera edición, Bogotá, Legis, 2009.

BIBLIOGRAFIA.

ARCILA SALAZAR, CARLOS ANDRÉS. “Sociedad por acciones simplificada”, en *Revista e-Mercatoria* volumen 8, número 1, Universidad Externado de Colombia, 2009, en <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN8/01.html#sociedad>

ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO. *Contratos mercantiles*, Tomo I, Teoría general del negocio mercantil, 12ª ed., Medellín, Diké, 2007.

BAENA CÁRDENAS, LUIS GONZÁLO. *Lecciones de derecho mercantil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

CÓRDOBA ACOSTA, PABLO ANDRÉS. “El gobierno de la empresa y el derecho”, en *Revista de derecho privado* número 5, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

CÓRDOBA ACOSTA, PABLO ANDRÉS. “La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades”, en *Revista de derecho privado* número 6, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

GAITÁN ROZO, ANDRÉS. “La SAS: una nueva alternativa para las empresas de familia”, en *Empresas colombianas: actualidad y perspectivas*, Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009.

GALGANO, FRANCESCO. *El negocio jurídico*, trad. de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia, Tirant lo blanch, 1992.

HINESTROSA, FERNANDO. “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en *Estudios de derecho privado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.

MARTÍNEZ NEIRA, NÉSTOR HUMBERTO. *Cátedra de derecho contractual societario: Regulación comercial y bursátil de los actos y contratos societarios*, Bogotá, AbeledoPerrot, 2010.

NARVÁEZ GARCÍA, JOSÉ IGNACIO. Teoría general de las sociedades, décima edición, Bogotá, Legis, 2008.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y EDUARDO OSPINA ACOSTA. Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 7ª ed., Bogotá, Temis, 2005.

PEÑA NOSSA, LISANDRO. De las sociedades comerciales, quinta edición, Bogotá, Temis, 2009.

PÉREZ VIVES, ÁLVARO. Teoría general de las obligaciones. Obra revisada y actualizada por ALBERTO TAMAYO LOMBANA. Volumen I. Parte primera. De las fuentes de las obligaciones, Bogotá, Doctrina y ley, 2009.

REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. “Necesitamos una concepción más avanzada del derecho societario”, en *Ámbito jurídico*, Legis, abril 2 al 22 de 2007.

REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO. SAS. La Sociedad por acciones simplificada, primera edición, Bogotá, Legis, 2009.

ROVIRA, ALFREDO. Pacto de socios, Buenos Aires, Astrea, 2006.

ROZO GAITÁN, ANDRÉS. “La SAS: una nueva alternativa para las empresas de familia”, en *Empresas colombianas: actualidad y perspectivas*, Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009.

URÍA RODRIGO. Derecho mercantil, vigésimo octava edición, Madrid, Marcial Pons, 2002.

VELÁSQUEZ RESTREPO, CARLOS ALBERTO. Orden societario, segunda edición, Medellín, Señal editora, 2004.

VELÁSQUEZ RESTREPO, CARLOS ALBERTO. La sociedad por acciones simplificada, Velásquez Restrepo Abogados Derecho Económico, 2009, en <http://carlosvelasquezasociados.com/novedades.htm>