

**Énfasis Investigativos en Derecho Mercantil y Derecho de los Negocios y Contratos Internacionales**

**EL PROCESO DE FLEXIBILIZACIÓN DEL RÉGIMEN SOCIETARIO COLOMBIANO: Una visión desde la evolución de las figuras empresariales**

**Leonardo Espinosa Quintero**

Doctor en Derecho Universidad Alfonso X el Sabio

Director del programa investigativo en Derecho Mercantil y Derecho de los Contratos y Negocios

Internacionales de la Maestría en Derecho Universidad Sergio Arboleda

*Con la especial colaboración del profesor William David Hernández Martínez*

**Sección Doctrina**

**Resumen**

La presente comunicación aborda el análisis de la evolución legislativa, en relación con las estructuras societarias en Colombia, partiendo del esquema contractualista adoptado por el Código de Comercio Colombiano (Decreto 410 de 1971) que exigía, como elemento esencial del contrato de sociedad, la pluralidad de asociados.

En este sentido, se examinan las reformas normativas que incorporaron al sistema jurídico colombiano diferentes figuras jurídicas que favorecieron la creación de estructuras societarias o empresariales de “un solo socio”, tales como: i) la Ley 222 de 1995 que creó la Empresa Unipersonal, ii) La Ley 1014 de 2006 que incorporó la Sociedad Unipersonal y, finalmente, iii) la Ley 1258 de 2008 que estableció la Sociedad por Acciones Simplificada.

## **Palabras Clave**

Sistema Jurídico, sociedades comerciales, flexibilización, empresa unipersonal, sociedad por acciones simplificada.

## **Abstract**

This communication deals with the analysis of legislative developments in relation to corporate structures in Colombia, based on the contractual scheme adopted by the Colombian Commercial Code (Decree 410 of 1971) requiring, as an essential element of the partnership agreement, the plurality Partners.

In this regard, we examine the policy reforms that incorporated the Colombian legal system different legal concepts that favored the creation of corporate structures and business “one partner”, such as: i) 222 Act of 1995 that created the “Empresa Unipersonal”, ii) 1014 Act of 2006 which incorporated the “Sociedad Unipersonal” and finally, iii) 1258 Act of 2008 that established the “Sociedad por Acciones Simplificada”.

## **Key words**

Legal system, commercial companies, relaxation, empresa Unipersonal, sociedad por acciones simplificada.

## **Sumario**

- I. El sistema de fuentes de Derecho Mercantil Colombiano.
- II. El papel de la costumbre en el derecho societario en Colombia.
- III. La Empresa Unipersonal, Ley 222 de 1995.
- IV. La Sociedad Unipersonal, Ley 1014 de 2006.
- V. La Sociedad por Acciones Simplificada, Ley 1258 de 2008.
- VI. Conclusiones

## I. El sistema de fuentes de Derecho Mercantil Colombiano

A partir del concepto “fuentes del derecho” se han logrado los más variados planteamientos en la Teoría General y Filosofía del Derecho. Al respecto, GARCÍA MAYNES (2006, 52), citando las palabras de Claude Du Pasquier, expone que: *“El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues al remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho”*, ante lo cual formula su propia definición del concepto: *“por fuente formal entendemos los procesos de creación de las normas jurídicas”* (GARCÍA MAYNES, 2006, 51).

En este sentido, la mayoría de autores, recoge una clásica división de las fuentes del derecho, bajo dos categorías o clases: *i) fuente material o real*, haciendo referencia a los elementos que contribuyen a la creación del Derecho (Ej. Convicción jurídica de los comerciantes, tradición, factores económicos, políticos, morales, sociales, etc.) y, *ii) fuente formal*, siendo ésta la forma externa de manifestarse el Derecho positivo (GARRIGUES, 1976, 115).

Por otra parte, para REALE (1982, 111) las palabras fuentes del derecho designan *“los procesos o medios en virtud de los cuales las normas jurídicas se positivizan con fuerza legítima obligatoria, esto es, con vigencia y eficacia. (...) Para que se pueda hablar de fuente de normas obligatorias dotadas de vigencia y eficacia, es preciso un poder capaz de especificar el contenido de lo debido y de exigir su cumplimiento, sin que sea indispensable la aplicación de la sanción penal”*<sup>1</sup>.

A partir de lo anterior, el tratadista Reale (1982, 111) afirma que son cuatro las fuentes del Derecho, en tanto son cuatro las formas de poder que interfieren en la producción de normas jurídicas: i) la ley como producto del proceso y expresión del poder legislativo; ii) la jurisprudencia, que corresponde al poder judicial; iii) los usos y las costumbres jurídicas, que expresan el poder social; y iv) la fuente negocial, expresión de la autonomía de la voluntad privada<sup>2</sup>.

Respecto del ordenamiento colombiano, es pertinente resaltar el Art. 230 de la Constitución Política de Colombia (CP) que realiza una “primera” enunciación de los “poderes” que ha de reconocer el ordenamiento jurídico colombiano, al expresar que: *“los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*<sup>3</sup>.

Sin embargo, cabe destacar que cada área o rama del derecho puede, a partir de sus características inherentes a su materia, “estructurar” su propia “escala” de fuentes, no necesariamente creando o incorporando nuevos “poderes”, sino destacando o dotando de mayor importancia a algunos de ellos en particular.

Es así como, el término “fuentes” en el Derecho Mercantil<sup>4</sup> es definido por el profesor RODRÍGUEZ ALTUNAGA (1917, 1) como *“aquellos preceptos o actos de donde arrancan las disposiciones o reglas por las cuales se rigen las relaciones jurídico-comerciales”*. A su turno, MADRIÑAN DE LA TORRE (2000, 37) ha expresado que las fuentes son *“los medios a través de los cuales se manifiestan los preceptos que regulan las relaciones nacidas de los actos calificados como mercantiles y la profesión de quienes se dedican a celebrarlos”*.

De lo anterior, es posible deducir que los “orígenes de los criterios que regulan la materia mercantil” son, al interior del sistema jurídico colombiano, los siguientes: i) la ley mercantil imperativa, ii) los acuerdos convencionales (ley de las partes), iii) la ley mercantil supletiva, iv) la costumbre mercantil, v) la ley civil y vi) los otros mecanismos de interpretación.

Esta forma particular de “jerarquizar” las fuentes de derecho mercantil<sup>5</sup>, ha generado numerosos estudios, en especial, si

se analiza la posición privilegiada que ocupan por un lado los acuerdos convencionales (en tanto priman sobre algunas *clases de leyes*) y, por otro, la costumbre mercantil (que se ubica “*en una mejor posición*” que la ley civil).

Respecto de los acuerdos convencionales, en tanto consecuencias del principio de autonomía de la voluntad privada<sup>6</sup>, implica el reconocimiento a la posibilidad que tienen los sujetos de derecho 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<sup>7</sup>. 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 (PÁJARO MORENO, 2006, 52-53).

Este principio ha sido definido por la CORTE CONSTITUCIONAL Colombiana (1993b) como el reconocimiento más 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 acuerdo con lo anterior, 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 en orden a la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.

Las manifestaciones de la autonomía de la voluntad<sup>8</sup>, en el ordenamiento jurídico colombiano son amplias, y cobijan desde la posibilidad básica de los contratantes de determinar el contenido de su acuerdo, hasta lo que se ha denominado “**autonomía conflictual**”<sup>9</sup>, entendida como la libertad que tienen las partes del contrato para definir el contenido y régimen del contrato celebrado, o en palabras más categóricas, para escoger la ley y el

juez de su contrato, acordando, incluso la aplicación preferente dentro del territorio colombiano, de otro ordenamiento jurídico constitucional, siempre y cuando el contrato en mención tenga un elemento extranjero.

Desde otra perspectiva, la costumbre<sup>10</sup> como fuente de derecho mercantil, está consagrada principalmente en los Arts. 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Código de Comercio (CCoC). La CORTE CONSTITUCIONAL (1993a) defendió la exequibilidad<sup>11</sup> de las normas en mención, argumentando que:

- A pesar que el segundo inciso del artículo 230 de la C.P. sólo menciona como  **criterios auxiliares**  de la actividad judicial a la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, la disposición no excluye en modo algunos otros criterios  **que sean indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma** <sup>12</sup>.
- El cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada (la “ley” captada en su acepción puramente formal) sino que se  **integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas** <sup>13</sup>. De acuerdo con lo anterior, la Corte interpreta este artículo constitucional (Art. 230 citado), bajo un sentido amplio, razón por la cual se entiende que el juez está sometido al “ordenamiento jurídico”, como sistema de normas, y no al restringido espectro de la ley.
- La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa.  **La costumbre se mantiene como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad.** Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisoluble del fenómeno jurídico.
- El reconocimiento de las múltiples organizaciones y formaciones sociales es consustancial al  **estado social**

**de derecho**<sup>14</sup>, lo que involucra la aceptación de ámbitos de autonomía y de interacción social que bien pueden proyectarse en prácticas colectivas de naturaleza prescriptiva indispensables para dotar de cohesión o funcionalidad a un grupo o a una actividad social de las que se deriven comportamientos sujetos a grados variables de control social.

Una vez esbozado, de forma breve y descriptiva, el sistema de fuentes de derecho mercantil colombiano, así como, mencionadas algunas de sus particularidades (o “elementos dinámicos”<sup>15</sup>), es pertinente estudiar la aplicación o injerencia de estos conceptos en el actual régimen societario colombiano.

## II. El papel de la costumbre en el derecho societario en Colombia

El régimen societario colombiano se caracteriza por una concepción contractualista muy marcada, por lo menos hasta el año 1995 como se verá más adelante, según la cual la sociedad es una institución jurídica originada en un *contrato* que, por naturaleza, involucra la participación de dos o más personas. Esta circunstancia es evidente en el Art. 98 del CCoC que a la letra expone: *“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”*.

Sin embargo, no es esta la única disposición que alude a la sociedad como contrato, o que hace referencia a los estatutos sociales como un *“contrato social”*<sup>16</sup>. Este imperativo legal, refiriéndonos a la exigencia de la pluralidad de socios como un elemento esencial del contrato, obligó durante un largo periodo a que el empresario que deseara conformar una persona jurídica independiente, como mecanismo de limitación de responsabilidad en los negocios, sin el concurso (de aportes o administración) de otras personas, se viera obligado al criticable uso consistente en hacer figurar en la escritura pública de constitución a personas como presuntas socias (socios ficticios), las cuales simplemente aparecían en los documentos pertinentes por la necesidad de

cumplir con el requisito, pero en la práctica no participaban en la vida de la sociedad.

En realidad, la “dueña” de la sociedad era una sola persona, pero la estructura contractualista de nuestra legislación, en cuanto a las sociedades, obligaba al fundador a acudir a las falsedades<sup>17</sup> por la falta de un instrumento o alternativa legal. Esta *costumbre*, obviamente de carácter *contra legem*, fue reconocida por el poder legislativo de Colombia que, dentro de la exposición de motivos sobre el concepto de empresa unipersonal, explica que: “*con la empresa unipersonal se busca corregir aquella situación que se suele presentar y según la cual se utiliza inadecuadamente el expediente de la sociedad mercantil para la explotación de determinados negocios por parte de una sola persona, quien es realmente la dueña del negocio, utilizando a terceras personas que presten sus nombres para configurar la pluralidad exigida como elemento fundamental para la formación de la sociedad*” (SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, 2005a).

La situación antes descrita ocasionó la proliferación, a nivel nacional, de “*sociedades pluripersonales ficticias*”, puesto que los empresarios que deseaban desarrollar un negocio de forma individual y autónoma con beneficio de separación de patrimonios y, la correlativa, limitación de la responsabilidad no tenían otro camino que acudir a las falsedades descritas.

Es cuando menos curioso que, en la misma sentencia (CORTE CONSTITUCIONAL, 1993a), en la cual se decidió la exequibilidad de la costumbre como fuente del derecho, también, la Corte Constitucional se haya ocupado de la constitucionalidad, o no, de permitir que el régimen societario sea “*exclusivo*” de las pluralidades de personas. En su momento, el argumento de los accionantes se orientaba a pensar que el Libro Segundo del Código de Comercio (relativo a las sociedades) contravenía el derecho fundamental que tiene toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica (Art. 14 de la Constitución Política), pues éste posibilita la existencia de sociedades unipersonales, desconocidas por el Código, el cual sólo autoriza la creación de sociedades en que intervengan dos o más personas.



La CORTE CONSTITUCIONAL (1993a) reconociendo que el alcance del reconocimiento de la personalidad jurídica formulado en el mencionado artículo 14 de la Constitución Política no se extendía más allá de la persona natural, consideró inaceptable el argumento de los demandantes de la norma, en tanto que el atributo de la personalidad no se proyecta, por este solo hecho, a cualquier ente u organización que se conciba. A partir de ese argumento, era evidente que la inconstitucionalidad solicitada era improcedente. Sin embargo, la situación fáctica destacada por los demandantes no fue desconocida por la CORTE CONSTITUCIONAL (1993a, Con. 25), en tanto expone que: *“La ley podría hipotéticamente permitir la existencia y funcionamiento de patrimonios de afectación; autorizar la desmembración del patrimonio individual, de acuerdo con diferentes finalidades; prohijar la Constitución de entes comerciales formados por un sólo individuo. Se trata de materias propias de la legislación que, en principio, carecen de relevancia constitucional y entran en el campo de la política normativa y de la conveniencia”* (negrilla fuera del texto).

Afortunadamente para los comerciantes colombianos, el legislador no hizo *“oídos sordos”* a tan evidente realidad social, sino que por el contrario, incorporó al sistema jurídico colombiano, desde el año 1995, diferentes tipos de personas jurídicas unipersonales, las cuales se analizarán a continuación.

### III. La Empresa Unipersonal de responsabilidad limitada, Ley 222 de 1995

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”*. La CORTE CONSTITUCIONAL (1998a), al estudiar la figura 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”.*

Para REYES VILLAMIZAR (2002, 574), no sorprende la “audacia” de adoptar esta figura, en tanto *“lo que existía, más bien, era morosidad del legislador colombiano en darle carta de naturaleza. La sociedad de un solo socio ha sido contemplada en otros países desde hace ya algún tiempo”*<sup>18</sup>.

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”*. De manera textual el Art. 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 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 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.

El legislador, parece haber entendido que no importan cuantos *“socios”* participen en la creación de la persona jurídica, sino que lo fundamental es brindar a los empresarios mecanismos para la realización de sus actividades mercantiles, con la ventaja de la limitación de la responsabilidad<sup>19</sup> al monto de los aportes de capital<sup>20</sup>.

Ahora bien, para la CORTE CONSTITUCIONAL (1998a), no es del todo clara 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*”<sup>21</sup>. 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 por las razones que veremos a continuación, 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*”.

En este punto es preciso destacar que, la superación del elemento plurilateralidad como elemento esencial de la sociedad o la incorporación del “*acto unilateral*” en la formación de personas jurídicas, no es el único elemento novedoso que se incorporó al ordenamiento colombiano. Merecen especial mención las siguientes características:

1. El acto de creación de la empresa unipersonal, según las voces del Art. 72 de la Ley 222 de 1995<sup>22</sup>, es un **documento escrito**. Ahora bien, debemos tener en cuenta que 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<sup>23</sup>.
2. Determina expresamente 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”<sup>24</sup>, 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.

3. A su turno, se prescinde de las limitantes en el objeto social y en la vigencia de la sociedad que, sin lugar a dudas, dotan de una mayor flexibilidad a la sociedad respecto de las sociedades tradicionales. En torno al término indefinido de existencia de la empresa unipersonal, el legislador entrega a los empresarios la posibilidad de ver superados los inconvenientes que, la determinación exacta de un término de duración de la sociedad, plantea. En particular, los atinentes al vencimiento del mencionado término, pues, de conformidad con lo estipulado en el numeral 1 del Art 218, 219 y 220, la sociedad inexorablemente ha de extinguirse, pues no es válido extender la duración después de expirado el mencionado término<sup>25</sup>.

Por otra parte, la consagración de un objeto social indeterminado<sup>26</sup>, se constituye como una determinación de especial importancia en el régimen societario colombiano, pues se erige como un “*hito*” o “*punto de quiebre*” en el proceso de abandono de la teoría de la determinación del objeto social (Art. 110 No. 4) o, en otras palabras, la abolición de la doctrina del *ultra vires*<sup>27</sup>, concepciones normativas que sanciona con nulidad los actos de la persona jurídica que se realicen con exorbitancia o extralimitación del objeto social. Los aspectos reseñados en el presente literal,

se consideran de especial valía en tanto, constituyen una defensa clara del **principio de autonomía de la voluntad** que ha de regir el derecho mercantil. En este sentido, el legislador reconoce, para la empresa unipersonal, la validez de estipulaciones tales como: “(...) *desarrollará cualquier actividad lícita, en Colombia o en el extranjero*”, sin que, obviamente, se le reste valor jurídico a las cláusulas que enumeren las actividades a las cuales se va a dedicar la empresa unipersonal. Sin embargo, también es preciso advertir que, el “triumfo” de la ley 222 de 1995 y de la empresa unipersonal, es relativo. La superación de la tesis del *ultra vires* en el ámbito societario venía siendo abandonada, hacía ya varias décadas, por los ordenamientos jurídicos de los países desarrollados. REYES VILLAMIZAR (2002, 597) explica como en Estados Unidos, desde 1950, la ley tipo de sociedades que determinaba que ningún acto de una sociedad podrá ser declarado nulo, con fundamento en la sociedad carecía de capacidad para realizar dicho acto o para efectuar tal transferencia.

Contrario a lo que podría pensarse, la inserción al sistema jurídico colombiano de la empresa unipersonal no gozó de una aceptación unánime, ni siquiera mayoritaria, a tal punto que, la misma Corte Constitucional reconoce que “(...) *la existencia de la sociedad unipersonal generó un gran escepticismo inicial porque se consideraba impropio de la teoría de las sociedades y de la tradición jurídica del “contrato societario”, (artículo 98 del Código de Comercio), la inclusión en nuestra legislación de este tipo de figuras que hablaban de sociedades con un solo socio (...) Puede decirse además, que la idea de limitar la responsabilidad del comerciante individual en su actividad y frente a terceros también generaba mucha resistencia en nuestro país, ya que se pensaba que una figura con esas características facilitaría el fraude en la actividades comerciales*”. A favor de la figura, sin embargo, se pueden esgrimir diferentes argumentos:

1. El apremio de ponerse al corriente de tendencias internacionales en la materia;
2. La necesidad de dar respuestas normativas a la evidente realidad social que configuró, desde hace ya bastantes

años, una costumbre *contra legem*, a favor de las personas jurídicas de un solo socio;

3. Las ventajas de *flexibilizar* la creación y funcionamiento de entes jurídicos que realicen actos de comercio y<sup>28</sup>,
4. La acogida que ha tenido la figura pues, desde su creación en el año 1995 al mes de agosto de 2008, ya se habían matriculado en las Cámaras de Comercio del país, ochenta mil quinientas ochenta y tres (80.583) empresas unipersonales<sup>29</sup>. El dato se muestra plenamente trascendente pues evidencia que esta figura, en poco más de una década, se convirtió en la segunda forma empresarial en importancia numérica en el país, superando a las sociedades anónimas, colectivas y en comanditas, y tan solo detrás de las sociedades de responsabilidad limitada.

#### IV. La Sociedad Unipersonal, Ley 1014 de 2006

Ahora bien, con posterioridad a la Ley 222 de 1995 se expidió la Ley 1014 de 2006 denominada “*Ley de Emprendimiento empresarial*” que consagra en el Art. 22<sup>30</sup> la posibilidad de constituir, observando las normas de la empresa unipersonal, **sociedades comerciales** de cualquier tipo o especie, siempre que al momento de su constitución cuenten con **diez (10) o menos trabajadores o con activos totales**, excluida la vivienda, **por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes**.

La redacción del artículo en mención, es claramente desafortunada. En primer lugar, la conjunción disyuntiva empleada en la norma para los requisitos o “topes” para el beneficio normativo, parecen excluirse. En segundo, la expresión “*con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal*”, es claramente genérica y no refleja la verdadera intención del legislador.

Frente a la primera anotación, que se considera “fácilmente” superable, pues es evidente para el lector que el fin perseguido por el legislador es, únicamente, extender los beneficios de la Ley de emprendimiento a los microempresarios, circunstancia que no encuentra coherencia en la disyuntiva recogida por el legislador (como si el número de trabajadores y el valor de los activos

constituyeran requisitos independientes). A su vez, porque, el referente normativo al cual hace referencia el texto de la norma (Art. 2 de la Ley 905 de 2004<sup>31</sup>) reconoce los requisitos como concurrentes.

Frente al segundo “inconveniente de técnica legislativa”, el debate se concentró, entonces, en el alcance de la expresión “*con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal*” planteándose dos posiciones claramente opuestas:

1. Por una parte, quienes sostenían la “**tesis restringida**”, esto es que la alusión a los artículos 71 y siguientes de la Ley 222 de 1995 se limitaba a la **constitución y reforma estatutaria** de las nuevas sociedades, la cual podría realizarse de manera similar a la prevista para la empresa unipersonal (mediante documento privado y posterior registro en el registro mercantil) (MARTÍNEZ NEIRA, 2007).
2. Por la otra, quienes defendían la “**tesis amplia**”, es decir que la remisión expresa a las normas de la empresa unipersonal debía interpretarse de forma general, incluso a los requisitos para su constitución, permitiendo la creación de *verdaderas sociedades unipersonales*<sup>32</sup> que, a su vez, gozarían de la flexibilidad de constitución por documento privado, sin abandonar el tipo societario escogido.

En el contexto de este debate, se demandó la exequibilidad del Art. 22 de la Ley 1014 citada, ante la CORTE CONSTITUCIONAL (2007) argumentado que “(...) *de conformidad con este precepto todas las sociedades que se constituyan con cualquiera de los dos requisitos en él contemplados (menos de 11 trabajadores o con activos inferiores a 500 salarios mínimos legales vigentes) deben constituirse como empresas unipersonales, trátese de sociedades civiles o comerciales, y tanto las sociedades colectivas como las en comandita, limitadas y anónimas (...) al establecer que se constituirán con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la ley 222 de 1995, está diciendo que se constituirán obligatoriamente así y por lo tanto deberán constituirse con estricta observancia de los artículos 71 a 79 de la citada ley*”, lo cual para el accionante,

vulnera abiertamente el Art. 38 de la Constitución Nacional relativo al derecho de asociación.

La CORTE CONSTITUCIONAL declaró EXEQUIBLE el Art. 22 de la Ley 1014, expresando que *“En definitiva, esta segunda comprensión de la disposición acusada según la cual la expresión “se constituirán con observancia de las normas propias de la empresa unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VIII de la Ley 222 de 1995”, ha de ser entendida como una remisión a los requisitos formales para constituir empresa unipersonales, también resulta deducida correctamente del enunciado normativo demandado, mediante el uso de criterios literales, teleológicos y sistemáticos, razón por la cual deberá examinarse su constitucionalidad para determinar su conformidad con el ordenamiento jurídico. (...) Se declara exequible por lo tanto el enunciado normativo demandado en el entendido que la expresión “se constituirán con observancia de las normas propias de la empresa unipersonal” no significa una restricción al (sic) posibilidad de constituir sociedades comerciales cualquiera que sea su especie o tipo societario cuando tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activo totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.*

Así mismo, la Corte acude, en especial forma, a los criterios teleológicos y sistemáticos de la norma y concluye que la interpretación de la acción de inconstitucionalidad *“no persigue objetivos de racionalidad económica y adicionalmente entra en contradicción con diversos mandatos constitucionales que señalan los deberes del Estado de estimular el desarrollo empresarial (art. 333 de la C. P.), asegurar el pleno empleo de los recursos humanos (art. 334 C. P.), favorecer el desarrollo regional (art. 334 C. P.), y permitir el desarrollo productivo de los pequeños capitales, fines a los cuales contribuyen las organizaciones empresariales incluso cuando son de reducidas proporciones, como por otra parte lo ha reconocido el legislador”.* En este punto, se advierte que a pesar de la categórica decisión de la Corte Constitucional, el acápite considerativo no ofreció luces sobre la solución al debate interpretativo que ofrecía la norma. Pues, ambos opuestos de la



discusión, encontraron en las palabras de la Corte algún elemento de sustento, como se expone a continuación:

La denominada “**tesis restringida**” se acoge fielmente a las palabras de la Corte, que expone que el alcance de la remisión normativa del Art. 22 de la Ley 1014, “*es limitado porque no serían aplicables todas las formalidades previstas para la constitución de las empresas unipersonales, sino aquellas que fueren compatibles con las reglas previstas en el Código del Comercio para la conformación de las diversas modalidades societarias*” (negrilla fuera de texto). Para quienes defienden esta posición, la Corte niega de manera tácita la posibilidad de conformar *sociedades unipersonales* (de cualquier tipo, excepto comanditarias), en tanto la “unipersonalidad” es abiertamente incompatible con las reglas del Estatuto Mercantil respecto de la totalidad de las modalidades societarias. En este sentido, basta recordar que, la sociedad devenida en unipersonal (con un número mínimo de socios a los exigidos por la ley), entra en estado de disolución y posee un término de seis (6) meses a partir de la ocurrencia de la causal para “sanear” su situación. Continúan los autores defensores de la “**tesis restringida**” destacando que, en palabras de la Corte, la Ley 1014 no “*fija una limitación a la libertad de asociación en materia económica, sino que por el contrario establece una medida a favor de cierto tipo de sociedades, las cuales se constituirían de una manera simplificada y menos onerosa*”.

Desde la otra perspectiva mencionada, esto es la “**tesis amplia**”, al amparo de la vocación o interpretación teleológica acogida por la Corte, exponen que la finalidad de la Ley 1014 de 2006 es el fomento de la *cultura del emprendimiento*, razón por la cual el Art. 22 eliminaba obstáculos jurídicos para la creación de empresas.

Este argumento, que es de buen recibo para la CORTE CONSTITUCIONAL (2007), fue complementado en la sentencia mediante la referencia a la ponencia para el segundo debate en plenaria de la cámara de Representantes del proyecto de ley que finalmente se convertiría en la Ley 1014 de 2006 que textualmente expone: “*La constitución de **empresas unipersonales** es una de las figuras más significativas de la Ley 222 de 1995, ya que coloca al*

*servicio de las personas una herramienta para acceder al amparo de la personalidad jurídica. Las sociedades unipersonales han sido contempladas en otros países de mayor desarrollo económico desde hace ya algún tiempo. La figura ha encontrado plena acogida en el sistema de common law, en Estados Unidos donde ni siquiera se menciona como novedad del derecho societario. Igualmente en la Unión Europea donde la duodécima directiva comunitaria ha forzado a tales estados a expedir estatutos legales que permitan el funcionamiento de sociedades de capital unipersonales. Este tipo de empresas contiene mecanismos expeditos para su constitución, la visión amplia que permite la personificación jurídica sin necesidad de pluralidad, el término indefinido de duración, el objeto indeterminado y la capacidad plena, la conversión en sociedades y la asimilación completa al régimen societario contenido en el libro segundo del Código de Comercio, entre otras”.*

Es evidente que los defensores de la denominada “**tesis amplia**”, el componente teleológico expuesto por la Corte, así como su referencia precisa a la ponencia mencionada, configuraban elementos válidos que llevaban a concluir que el Art. 22 de la Ley 1014 incorporaba en Colombia las *sociedades unipersonales*, en el entendido que éstas debían adoptar, y funcionar, al amparo de un tipo societario de los establecidos en el Código de Comercio.

Ahora bien, a pesar del debate descrito, y que refleja la fuerte oposición de quienes se resisten a defender la tendencia tradicional de la sociedad como contrato, el Gobierno Nacional expidió, el 15 de diciembre de 2006, el Decreto No. 4463 de 2006, con el fin de reglamentar el Art. 22 de la Ley 1014 de 2006 y, en este sentido, dotar de claridad a la norma. El artículo primero del citado Decreto 4463, de manera textual planteaba dos opciones a los empresarios: a) Constituir sociedades comerciales **unipersonales**, de cualquier tipo o especie, excepto comanditarias y, b) Constituir sociedades comerciales pluripersonales de cualquier tipo o especie. En ambos eventos, la constitución de la nueva sociedad se podría realizar por **documento privado** y, siempre y cuando al momento de su constitución se encuentren dentro de los parámetros para

ser considerados como microempresas. El Decreto se ubica, inequívocamente, en la segunda de las posiciones en estudio, es evidente la defensa que hace el Gobierno, por vía de reglamentación, de la “**tesis amplia**”, lo cual no originó calma en la doctrina, sino, por el contrario, un mayor debate en el ambiente.

Para fortuna del ordenamiento jurídico colombiano, este debate fue superado por vía legislativa, a raíz de la derogatoria expresa que hace la Ley 1258 de 2008, al disponer, en su Art. 46, que “*sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico, una vez entre en vigencia la presente ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas*”.

Es imperioso advertir que, como ha quedado evidenciado en el presente documento, la empresa unipersonal y la sociedad unipersonal (cualquiera sea su tipo) son figuras autónomas e independientes, razón por la cual la “*pena de muerte*” del Art. 46 de la Ley 1258 solo afecta a las *sociedades unipersonales* de la Ley 1014 o, en otras palabras, la empresa unipersonal **no** es objeto de dicha derogatoria<sup>33</sup>. En todo caso, y a pesar de los fuertes debates académicos surtidos, es evidente que el ordenamiento jurídico colombiano dio un paso más, con la Ley 1014 de 2006, en su camino de *flexibilización* del régimen societario, en su proceso de supresión de formalidades *odiosas e innecesarias*, que llevan costos implícitos y que dificultan que el derecho societario se desarrolle en coherencia con los principios medulares del derecho mercantil: *la autonomía de la voluntad y la consensualidad*.

## V. La Sociedad por Acciones Simplificada, Ley 1258 de 2008

Para finalizar, en el mes de diciembre de 2008, el régimen societario colombiano es impactado con la promulgación de la Ley 1258 de 2008 (Ley SAS), mediante la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada, figura societaria que ha sido catalogada como “*la evolución más significativa del sistema societario*”

colombiano en las últimas cuatro décadas” (REYES VILLAMIZAR, 2009, p. XI).

Esta circunstancia ha sido reconocida por diferentes autores e informes, en particular, nos permitimos resaltar que el informe *Doing Business 2010*, preparado por el Banco Mundial, expresa que: ***“La reciente introducción de una nueva modalidad de empresa, la Sociedad por Acciones Simplificada, (S.A.S) está cambiando rápidamente el modo en que los empresarios inscriben sus pequeñas y medianas empresas. La Ley 1258 de diciembre de 2008, que estableció este nuevo tipo de sociedad, otorga a los empresarios una mayor flexibilidad a la hora de crear sus empresas: se permite que las empresas puedan constituirse por medio de un documento privado y su objeto social no esté definido. Esta reforma no impacta directamente en el indicador de apertura de una empresa de Doing Business, pero representa una importante modificación de la ley de sociedades colombiana”*** (negrilla fuera de texto) (BANCO MUNDIAL, 2010).

Es preciso advertir que la fuente principal de la Ley SAS fue la ley francesa del 3 de enero 1994 (y sus modificaciones de los años 1999 y 2001) que, mediante trasplante parcial y acogiendo la tesis del legislador eficiente, se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano un nuevo tipo societario, autónomo pero con vinculaciones al Derecho Societario vigente<sup>34</sup>. En este marco, surge la SAS como nueva estructura societaria en Colombia<sup>35</sup>, que se puede caracterizar como híbrida, en tanto recoge la libertad contractual de las sociedades de personas, con la limitación de responsabilidad de las sociedades de capitales.

Sobre los avances más importantes, en materia de *flexibilización*, se destaca la superación definitiva de la pluralidad de personas como elemento especial de las sociedades, en tanto la Ley SAS permite el surgimiento de una persona jurídica societaria desde dos fuentes: la tradicional concepción del contrato plurilateral o de un acto unilateral. En este sentido, la Ley 1258 citada continúa y, en cierta medida fortalece los avances que, en dicha área, habían venido dando las Leyes 222 de 1995 y 1014 de 2006, antes estudiadas.

El Estatuto de la ley SAS en su artículo primero determina que *“la sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”*. En este sentido, es claro que las reformas normativas de los años 1995 y 2006, pese a la fuerte crítica y reticencia por parte de algunos doctrinantes, allanaron el camino para que la Ley SAS consolidara, en la legislación colombiana, el acto unilateral como una fuente formal de la estructura societaria. Es preciso reiterar que, la acogida de la *“empresa unipersonal”* en la realidad social colombiana permitió a la Ley SAS encontrar un terreno fértil dentro de los comerciantes, a tal punto de poseer, al 28 de febrero de 2010, más de 23.000 sociedades por acciones simplificadas registradas en las Cámaras de Comercio del país.

A su turno, la Ley SAS incorpora los adelantos en *flexibilidad* que estrenó en el ordenamiento colombiano la Empresa Unipersonal. Es claro que estamos haciendo referencia a: a) la posibilidad de constituir la sociedad mediante *documento privado* y, en ese sentido, determinar que la personalidad jurídica societaria surgirá una vez se matricule en el registro mercantil, b) el poder pactar en los estatutos sociales *un objeto social indeterminado*, en detrimento de la anacrónica teoría del *ultra vires* y, c) Establecer *una duración o vigencia indefinida* para la sociedad, salvaguardando los intereses de los socios, en tanto, no se van a ver *“sorprendidos”* con una causal no saneable de disolución de la sociedad.

Sin embargo, las *innovaciones* en pos de la *flexibilización de la sociedad* no se circunscriben a lo anteriormente expuesto, debe resaltarse, por ejemplo, el 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. A modo de ejemplo, se citan algunos elementos susceptibles de modificación o derogatoria por la autonomía de la voluntad en la Ley SAS: i) Obligatoriedad de la convocatoria, en el entendido que está permitida la renuncia expresa o tácita a ser convocado a reunión de Asamblea; ii) necesidad de que el 100% de los socios estén presentes en las reuniones no

presenciales; iii) La antelación, medio y competencia para convocar a reuniones de asamblea; iv) el requisito de pluralidad para la toma de decisiones y, v) la configuración del capital social.

La SAS es entonces una forma liberal que permite a los comerciantes la libre configuración de la estructura y funcionamiento de la sociedad (“*sociedad a la medida*”). En otras palabras, uno de los principios fundamentales 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, teniendo así la ley 1258 un carácter eminentemente dispositivo en la cual a falta de disposición de las partes regirá la ley.

Por otra parte, es común en ordenamientos de Derecho Privado dualistas, que se diferencie entre sociedades comerciales (aquellas dedicadas a realizar actos de comercio) y sociedades civiles (aquellas cuyo objeto social versa sobre actos no mercantiles). 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. Esta previsión, evidentemente, 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.

De igual forma, 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 CCoC<sup>36</sup> 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 cualesquiera 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.

Finalmente, la expresa consagración de la figura del “*levantamiento del velo corporativo*” sustentada en el abuso de la personalidad jurídica de la sociedad, esto es cuando se utilice a 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<sup>37</sup>.

## VI. Conclusiones

El ordenamiento jurídico colombiano, ha vivido un largo y engorroso proceso, en aras de lograr la *flexibilización* del régimen societario, en particular, en defensa de la autonomía de la voluntad como pilar fundamental del derecho mercantil y en beneficio de la formalización del empresario individual.

Es claro que la autonomía de la voluntad permite que los particulares determinen de manera libre, entre otras, si quieren contratar, con quién y bajo qué condiciones. Esta facultad, obviamente, permite a las partes diseñar los contratos como mejor lo consideren para su relación negocial, estando permitida la estructuración de contratos “desconocidos” para la legislación, denominados *contratos atípicos*.

Este principio en materia societaria se ve, en gran medida, limitado, en tanto, no es dado a las partes la creación de tipos o formas societarias distintas de las establecidas en la ley, ni tampoco, les es dado modificar “*a su medida*” la estructura y funcionamiento de su sociedad. En este sentido, el comerciante se encuentra limitado a las disposiciones legislativas, sin posibilidad de expresar de manera abierta su voluntad.

Ante la imposibilidad de “pacto” o “creación” de tipos societarios especiales, la moderación de las limitaciones, valga decir, la reducción de las norma imperativas en el ámbito societario se muestran como una salida aceptada y viable. En este sentido, el régimen societario no solo favorecería al comerciante en la

autodeterminación de su negocio, sino que incentivaría la creación de nuevas personas jurídicas y estimularía la formalización de los empresarios. La concepción de orden público<sup>38</sup>, en el ámbito societario, se ha “revaluado” en Colombia y en el mundo, con el ánimo de transformar las normas de funcionamiento de una sociedad en meramente supletivas y, por esa vía, que la imperatividad de la norma societaria sea la excepción.

La tendencia internacional, a la cual hasta ahora nos estamos acercando, opta, entre otros aspectos, por eliminar las solemnidades o formalidades exigidas para la constitución de una sociedad, incorporar la posibilidad de prescindir de límites o barreras en el desarrollo de negocios jurídicos, minimizar las formalidades de la gestión interna societaria y, la efectiva protección del límite a la responsabilidad del o los socios.

Estos aspectos, comúnmente, agrupados en la expresión *flexibilización societaria* se erigen como un mecanismo de defensa del principio de autonomía de la voluntad en el régimen societario. Es evidente que la estabilidad y el desarrollo económico justifican la presencia e intervención del Estado, es también claro que el interés del Estado debe volcarse hacia la actividad económica y no hacia el contrato social. No es, entonces, válido afirmar que el interés Estatal es un argumento para limitar la autonomía de la voluntad de los socios en la conformación del estatuto social.

Al margen de las discusiones, es evidente la posición reacia de quienes defienden el régimen societario tradicional, caracterizado por la plurilateralidad, el formalismo, la rigidez y la imperatividad de sus normas que, en cambio de dotar de herramientas al comerciante para manejar y afrontar las distintas situaciones en la vida societaria, prefieren un ordenamiento rígido y autoritario que desconoce el verdadero querer del empresario<sup>39</sup>.

El ordenamiento colombiano, a partir de un proceso que ha durado cerca de 15 años, se ha “*sintonizado*” con los regímenes societarios internacionales, en aras de incorporar al sistema jurídico, y en ese sentido de poner a disposición de los comerciantes, figuras jurídicas (societarias o empresariales) flexibles que, entre otras bondades: a) Propugna por la supresión de la Escritura Pública como



formalidad de constitución e instituyen la matrícula en el registro mercantil como elemento determinante de la personalidad jurídica; b) Proscriben la “*plurilateralidad*” como elemento esencial de la sociedad comercial y, en ese sentido erigen al *acto unilateral* como un nuevo fundamento del derecho societario; c) Fortalece los principios de limitación de responsabilidad y expresamente consagra figuras de especial valía como el abuso del derecho y el levantamiento del velo corporativo; d) Admite la autonomía de la voluntad en los estatutos sociales, permitiéndole al comerciante construirse “*un traje a la medida*”<sup>40</sup>; e) Ampara y patrocina el empleo de mecanismos alternativos de solución de controversias societarias, y particularmente fortalece la presencia del arbitraje en la vida de la sociedad.

### Referencias

- BANCO MUNDIAL. (2010). *Doing Business 2010 para Colombia*. Disponible en: <http://www.doingbusiness.org/documents/subnational/DB10-Subnational-Report-Colombia-Spanish.pdf>.
- BLANCO ZÚNIGA, G. (2007). *Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano*. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte.
- BOBBIO, N. (1997). *Teoría General del Derecho*. 2º reimpresión, 2º edición. Bogotá D.C: Temis.
- BONNECASE, J. (1991). *Introducción al estudio del derecho*. Reimpresión de la segunda edición. Bogotá D.C.: Temis.
- CASTELLANOS RUIZ, E. (2006) *Lex mercatoria y autonomía privada en materia de contratos internacionales*. En AA.VV. NUEVA LEX MERCATORIA Y CONTRATOS INTERNACIONALES. Directores: Oviedo Albán, J.; Calvo Caravaca, A.L. Tomo 2. Colección Derecho Privado y Globalización. Bogotá D.C.: Ibáñez.
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2009). *Perfil jurídico de las Sociedades por Acciones Simplificadas en el 2009*. Bogotá D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá.

CORTE CONSTITUCIONAL. (1993b). Sentencia T-338. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_ (1993a). Sentencia C-486. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

\_\_\_\_\_ (1997). Sentencia C-347. M.P. Jorge Arango Mejía.

\_\_\_\_\_ (1998b). Sentencia SU- 640. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

\_\_\_\_\_ (1998a). Sentencia C-624. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_. (1999). Sentencia SU – 047. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

\_\_\_\_\_ (2000). Sentencia C-529. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

\_\_\_\_\_ (2007). Sentencia C-392. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

CUENCA GÓMEZ, P. (2007). *Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo*. CUADERNOS ELECTRONICOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en la Web de la Universidad Carlos III de Madrid: <http://www.uv.es/CEFD/15/cuenca.pdf>

DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2007). *Contratación Comercial Internacional*. En AA.VV. DE MIGUEL ASENSIO, P.A. y otros. Coordinadores. DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES. 1ª Edición. Madrid: Iustel.

EMILIANI ROMÁN, R. (2001). *Curso Razonado de las obligaciones*. Tomo I. La obligación civil y sus fuentes voluntarias. Santa Fe de Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.

ESPINOSA QUINTERO, L. (2008a). *Introducción al Derecho mercantil*. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.

- \_\_\_\_\_ (2008b) *Teoría general de las sociedades comerciales*. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.
- \_\_\_\_\_ (2009) *¿Cuál es la eficacia que le ha reconocido la corte constitucional colombiana al principio de autonomía de la voluntad privada consagrado en los instrumentos de carácter internacional incorporados al sistema jurídico colombiano?* Tesis de Maestría. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2003). *Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los Negocios Transnacionales*. Madrid: Consejo General del Notariado
- \_\_\_\_\_ (2007). *Derecho de los negocios internacionales*. En AA.VV. DE MIGUELASENCIO, P. y otros. DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES. 1ª Edición. Madrid: Iustel.
- GARCÍA MAYNES, E. (2006). *Introducción al Estudio del Derecho*. 59ª edición. México: Porrúa.
- GARRIGUES, J. (1976) *Curso de derecho mercantil*. Tomo I. 7ª. Edición. Madrid: Ed. Porrúa.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. (2004). Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Disponible en línea: <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>
- LÓPEZ MEDINA, D. E. (2004). *El derecho de los jueces*. 2ª edición. Bogotá D.C.: Legis.
- MADRIÑAN DE LA TORRE, R. E. (2000). *Principios del Derecho Comercial* 6ª Edición. Santafé de Bogotá. Temis S.A.
- MANTILLA PINEDA, B. (1961). *Filosofía del Derecho*. Medellín, Colombia: Universidad de Antioquia.
- MARTÍNEZ NEIRA, N. H. (207). Editorial. Periódico *Ámbito Jurídico* No. 234 del 24 de septiembre al 7 de octubre 2007. Bogotá D.C.: Legis.

- MENDOZA RAMÍREZ, A. (2010). *La importancia de la Ley 222 de 1995 en el ordenamiento colombiano*. Foro ¿Hacia donde va el derecho societario colombiano? Abril 22 de 2010. Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana.
- MONROY CABRA, M.G. (1994). *Introducción al Derecho*. 9ª edición. Bogotá D.C. Temis.
- NARVÁEZ GARCÍA, J.I. (2008). *Teoría General de las sociedades comerciales*. 10ª Edición. Bogotá D.C.: Legis.
- NOGUERA LABORDE, R. (2007). *Introducción al Derecho*. 4º Edición. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.
- OVIDEO ALBÁN, J. (2008). *Regulación del contrato de compraventa internacional. Antecedentes, estructura y fuentes*. Bogotá D.C.: Ibáñez.
- PÁJARO MORENO, N. (2006). *Autonomía Privada y Constitucionalización del Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- RAMÍREZ RUIZ, J.C. (2010). *Beneficios de la flexibilización en el ámbito societario*. Panel de discusión. Foro ¿hacia donde va el derecho societario? Universidad de la Sabana. 22 de abril de 2010. Bogotá D.C.
- REALE, M. (1982) *Introducción al Derecho*. 5ª Edición. Madrid, España: Ediciones Pirámide.
- RECASENS SICHES, L. (2006). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 18ª Edición. Madrid, España.: Ed. Porrúa.
- REYES VILLAMIZAR, F. (2002). *Derecho Societario*. Tomo I. Bogotá D.C.: Temis.
- \_\_\_\_\_ (2009). *SAS Sociedad por Acciones Simplificada*. 1ª edición. Bogotá D.C.: Legis.
- RODRÍGUEZ ALTUNAGA, R. (1917). *Derecho mercantil*. Madrid, España.: Imprenta Clásica Española.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2005a). *Concepto No. 220-066204* del 22 de Noviembre de 2005. Bogotá D.C. Disponible

en: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll%3FMIval%3Dsec%26dir%3D45%26id%3D22297%26m%3Dtd%26a%3Dtd%26d%3Ddepend+gaceta+61+de+25+de+Abril+de+1995&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co>

---

(2005b). *Oficio 220-030115* del 15 de junio de 2005. Bogotá D.C. Disponible en: <http://planeacionempresarial.org/web/taxonomy/term/238?from=1618>.

---

(2006). *Concepto N° 220-019506* del 17 de abril de 2006. Bogotá D.C. Disponible en el sitio Web de la Superintendencia de sociedades: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=23958>

---

(2007a). *Oficio 115-059861* del 19 de diciembre de 2007. Bogotá D.C. Disponible en: [www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll%3FMIval%3Dsec%26dir%3D232%26id%3D28876%26m%3Dtd%26a%3Dtd%26d%3Ddepend](http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll%3FMIval%3Dsec%26dir%3D232%26id%3D28876%26m%3Dtd%26a%3Dtd%26d%3Ddepend)

---

(2007b). *Oficio 220-060080* del 30 de Octubre de 2006. Bogotá D.C. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=25579>

---

(2008). *Concepto N° 220-000311* del 3 de enero de 2008. Bogotá D.C. Disponible en el Sitio Web de la Superintendencia de sociedades: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=28312>

---

(2009a). *Oficio 220-049208* del 11 de marzo de 2009. Bogotá D.C. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=29575>

---

(2009b). *Oficio 220-081096* del 4 de junio de 2009. Bogotá D.C. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=29814>

---

(2009c). *Oficio 220-085178* Del 22 de Junio de 2009. Bogotá D.C. Disponible en la

Web: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=29832>

(2009d). *Oficio 220-126980* del 26 de Octubre de 2009. Bogotá D.C. Disponible en la

Web: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=45&id=30300>

ZIMMERMAN, R. (1996). *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, Londres.

## Notas

1 A partir de la definición de Reale, NOGUERA LABORDE (2007, 193) explica que: “¿Cuáles y cuántas son esas fuentes? Diremos, de acuerdo con M. Reale, que son tantas como los poderes revestidos de competencia para crear reglas de derecho. Ahora bien, el primero de esos poderes es el legislativo, y, por tanto, la primer de tales fuentes es la ley. Pero la sociedad o comunidad tiene también ese poder y, al efecto, crea normas consuetudinarias. Por tanto, la segunda de las fuentes es la costumbre jurídica. A la rama jurisdiccional se le ha otorgado igualmente esa competencia, que ejerce cuando expide sus decisiones. La tercera fuente es, entonces, la jurisprudencia. Pero los particulares, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, otorgan actos jurídicos, que contienen reglas que los vinculan y que son, por ello, auténticas normas. Por ello, la cuarta fuente del derecho es el acto jurídico. Por último, los estados celebran tratados que, como los actos jurídicos, contienen normas que los obligan. La quinta fuente del derecho la constituyen, así, dichos tratados”.

Otras definiciones del concepto “fuentes del derecho” :

BONNECASE (1991, 81) expone que “son las formas obligadas y predeterminadas que inevitablemente deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente con el aspecto del poder coercitivo del derecho”.

Ahora, MONROY CABRA (1994, 104) expresa que una fuente: “es el origen, nacimiento o causa del caudal que a partir de ella corre. Por ello, la mayoría de los autores definen las fuentes del derecho como el origen, causa o nacimiento del derecho”.

Por su parte RECASENS SICHES (2006, 285) expone que: “Todo Derecho positivo (consuetudinario, jurisprudencial, legislado, contractual, institucional, etc.) es tal Derecho positivo en tanto en cuanto podemos referirlo a la voluntad del Estado. Estas es, pues, la única fuente formal de las normas jurídicas positivas vigentes. Y es así porque toda norma positiva, sea cual fuere su origen efectivo, constituirá Derecho vigente en la medida en que fuere su origen por el Estado, es decir por sus órganos”.

2 El tratadista Reale fundamentó, como se evidenció con anterioridad, su posición respecto de las fuentes del derecho en el concepto de poder, de tal forma que las normas producidas sean obligatorias. Como consecuencia de lo anterior, es lógico que el autor excluya la doctrina por no hacer parte de

esa estructura de poder, argumentando que por grande que sea la dignidad y el prestigio intelectual del doctrinante, sus enseñanzas nunca tendrán la fuerza suficiente para “imprimir” imperatividad en la norma jurídica. REALE, M. (1982, 111).

- 3 Sobre este particular, merece especial atención el estudio de la jurisprudencia constitucional, dado su carácter imperativo, que en reiterados fallos ha expuesto la Corte, bajo los siguientes argumentos: *i)* La Constitución, con el objeto de imponer sus preceptos y de dar a éstos carácter normativo, ha confiado a la Corte la guarda de su integridad y supremacía; *ii)* ésta labor de índole constitucional se realiza específicamente a través de su función interpretativa, gracias a la cual se actualiza en cada momento histórico el correcto entendimiento de la Carta; *iii)* Conforme con lo anterior, las sentencias de la Corte ofrecen a los demás órganos del Estado, y a los miembros de la comunidad en general, la visión dinámica de lo que la Constitución concretamente prescribe; *iv)* **la interpretación de la Corte en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico;** *v)* Concluye la Corte, entonces, afirmando que las sentencias de la Corte, en este sentido, por ministerio de la propia Constitución, **son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido.** Vid. CORTE CONSTITUCIONAL. (1998B); CORTE CONSTITUCIONAL. (1999); LÓPEZ MEDINA, D. E. (2004)
  - 4 En materia mercantil, es de enorme trascendencia la Sentencia C-486 de 1993 de la Corte, mediante la cual se decide la exequibilidad de los artículos 3 a 9 del CCoC. Dada su importancia la mencionada sentencia será objeto de múltiples referencias a lo largo del presente escrito, así como merecedora de un estudio particular en el acápite correspondiente.
  - 5 En este punto, es preciso clarificar que las *Fuentes Formales* en el ámbito mercantil están jerárquicamente organizadas, lo que implica que para su aplicación a los negocios mercantiles, deben necesariamente “agotarse” gradualmente antes de “descender” a la siguiente fuente.
  - 6 El profesor LÓPEZ MEDINA (2004, 262), 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 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. Vid. ZIMMERMAN, R. (1996).
- En palabras de Kant, “La autonomía de la voluntad es la cualidad que tiene la voluntad *de ser ley por sí misma*”. Citado por: BOBBIO, N. (1997, 69).
- 7 REALE (1982, 137), define a la autonomía de la voluntad en los siguientes términos, “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 ordenamiento 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.

- 8 El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) publicó en 2004 los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, en los cuales es de resaltar que el Art. 1.1 expone que: “las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”. El profesor Oviedo Albán, al estudiar la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, hecha en la ciudad de Viena el 11 de abril de 1980, expone como fuente propia de la convención la **voluntad autónoma** (Art. 6 de la convención), de la cual sobreviene un doble alcance: i) la autonomía de la voluntad conflictual, según la cual las partes pueden escoger la ley del contrato y, ii) la voluntad en el sentido material o negocial, que permite determinar el contenido del contrato. Cfr. OVIEDO ALBÁN, J. (2008, 93-94); INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. (2004).
  - 9 Como designación del derecho que debe regir la relación contractual, lo cual incluye que las partes pueden decidir someterlo a la *lex mercatoria*, esto es a usos comerciales, prácticas negociales, principios generales de la contratación, reglas uniformes y demás instrumentos que tienen su origen en la sociedad internacional de comerciantes. Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2003, 91). A propósito del concepto “sociedad internacional de comerciantes”, precisamente la sentencia C-347 de 1997 reconoce que el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias mercantiles de carácter internacional, encuentra su fundamento en las normas constitucionales que patrocinan la internacionalización de las relaciones económicas. Dicho postulado constitucional (el de la internacionalización de las relaciones económicas), hace necesario que el poder público reconozca la vigencia de los principios de derecho internacional privado en los cuales se funda la denominada sociedad internacional de comerciantes, uno de los cuales es la aceptación del arbitramento internacional para resolver aquellos conflictos de naturaleza comercial y de carácter internacional. CORTE CONSTITUCIONAL. (1997).
  10. La costumbre no es solo considerada una fuente formal del derecho sino también material, puesto que se trata de usos elegidos por los miembros de la comunidad que perfilan conductas con fundamentos axiológicos.
- NOGUERA LABORDE, R. (2007, 209) expone que: “es una práctica o uso generalizado, que se cumple bajo el convencimiento de que obedece a una necesidad jurídica” Noguera Laborde resalta dos elementos integrantes de la costumbre: el objeto o materia, representado por la práctica o uso continuado, que debe ser de carácter público y prolongado; y el subjetivo o psicológico, consistente en la convicción de que esa práctica o uso obedece a necesidades jurídicas.
- Por su parte, GARCÍA MAYNES, E. (2006, 60), recopila en su obra varias definiciones, de las cuales se destacan las siguientes: Pasquier, define a la costumbre



como “un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *ius maribus constitutum*”; Gény F, la define como “un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo”. Gény citado por GARCÍA MAYNES, E. (2006, 60).

- 11 Es de resaltar que el argumento planteado por los accionantes, en relación con la costumbre mercantil, se orienta a considerar que ésta fue derogada con ocasión de la expedición de la CP de 1991, por virtud de su artículo 230, pues esta norma señala a los jueces su sometimiento al imperio de la ley, y les permite acudir a los criterios auxiliares de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, en su función de administrar justicia. Consideran que la no inclusión de la costumbre mercantil como uno de aquellos criterios, equivale a su desconocimiento por parte de la Constitución, con lo que implica que los jueces están impedidos para utilizarla como fuente de derecho. CORTE CONSTITUCIONAL. (1993a).
- 12 Continúa la CORTE CONSTITUCIONAL. (1993a) expresando que: “la mención que la Carta hace de aquéllas, no se orienta a asignarles el papel de únicos criterios auxiliares del juez, sino a calificarlas justamente como **auxiliares** y, por esta vía, despojarlas de cualquier posibilidad de servir como fuentes directas y principales de las providencias judiciales”.
- 13 En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL. (1993a): “El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra “ley” que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “Marco Jurídico” y “orden jurídico”.
- 14 La CORTE CONSTITUCIONAL. (1993a) expresa que: “el **Estado social de derecho** (CP art. 1), de otra parte, no responde a un diseño orgánico de neta diferenciación y contraposición del Estado y la sociedad sobre la cual se erige. En esta forma política el Estado no se superpone a la sociedad como estructura aislada y dominante de poder. Por el contrario, el Estado se edifica a partir de la sociedad - de la que “emana el poder público” - cuyos miembros **participan** en su construcción y su función y justificación no es otra que la de servir y proteger a la comunidad y darle efectividad a su ordenamiento”.
- 15 Al amparo de una concepción o propuesta metodológica de entender los Sistemas Jurídicos como expuestos a diversos “estados” o “formas de ser”, tanto en lo local o doméstico como en un escenario internacional, se propone categorizarlos en dos grandes clases: i) Sistemas Jurídicos Estáticos (SJE) y, ii) Sistemas Jurídicos Dinámicos (SJD). Así las cosas, se entenderán como SJE, aquellos que se pueden representar como un “espejo de agua en reposo”. Es decir, sistemas que “sufren” de una especie de letargo o “aplicación mecánica” de los elementos o instrumentos que constituyen sus fuentes formales. En términos coloquiales, serían aquellos en los que “no pasa nada”. Es decir, no se enfrentan a resolver “casos difíciles”, o si éstos se presentan, los vuelve “casos fáciles”, mediante la aplicación “mecánica” de sus fuentes formales cómodamente instaladas en el centro del sistema. Por otra parte, los Sistemas Jurídicos Dinámicos (SJD), para entenderlos como aquellos en cuyo centro de gravedad se “debaten” a “muerte” la vigencia y alcance de conceptos como el de “Ley” y, otros, que pacientemente han venido gravitando u orbitando

alrededor del núcleo mencionado, “esperando” una oportunidad para “colarse” por la “entrada” o “input” del mismo, para anidar o incrustarse en el eje del que solía ser un SJE.

- En este punto, se aclara que, aunque la denominación utilizada, respecto de los tipos o clases de los sistemas, es similar a la expuesta por Kelsen en su perspectiva de sistema del ordenamiento jurídico, no obedece a los mismos criterios. En el presente escrito la visión estática o dinámica, como se explica a continuación depende de la incidencia o no de nuevos elementos que permitan al ordenamiento plantearse nuevas consecuencias, efectos o respuestas ante los “casos difíciles”. Por el contrario, en la visión kelseniana el elemento clasificador radica en el origen o fuente de la validez de la norma formulada al interior del sistema jurídico. Bajo esta perspectiva, la de Kelsen, un sistema estático es aquel en el cual la validez de la norma proviene de la autoridad que la profiere y, finalmente, será dinámico el sistema en el cual la norma deriva su validez del contenido mismo. Vid. BLANCO ZÚNIGA, G. (2007, 13); BLANCO ZÚNIGA, G. (2007).
- 16 A modo de ejemplo se citan los siguientes: Arts. 101, 104, 106, 110, 143, 147, 158, 160, 163, entre muchos otros del Código de Comercio Colombiano. Vid. NARVÁEZ GARCÍA, J.I. (2008, 45).
- 17 Art. 288 del C.Pe.C. *Obtención de documento público falso*. El que para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.
- 18 Continúa el autor exponiendo que: *“La figura en examen ha encontrado, por ejemplo, plena acogida en los países de la órbita del common law, donde ni siquiera se le menciona como novedad del derecho societario”*. REYES VILLAMIZAR, F. (2002, 574).
- 19 Se precisa que, aunque la limitación de responsabilidad de la Empresa Unipersonal al monto del aporte, no es un elemento expreso de la ley 222 de 1995, ésta se deduce de los demás artículos que regulan la figura, y en especial de la remisión que hace el artículo 80 de la Ley 222 de 1985 al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada.
- A su turno, esta limitación es una consecuencia connatural al interés que dio lugar a la creación de esa figura y que parte de la separación patrimonial que se logra entre los bienes de la empresa y de los bienes del titular, con el beneficio de la personalidad jurídica atribuida a los bienes designados para la empresa unipersonal. Para más información: CORTE CONSTITUCIONAL. (1998a).
- 20 En palabras de la CORTE CONSTITUCIONAL (1998a): *“El espíritu de la consagración de esta figura en la ley fue precisamente el de facilitar las actividades del comerciante, de manera tal que pudiera limitar su responsabilidad al monto de unos bienes destinados para la realización de actos de comercio, y así restringir también los riesgos que implícitamente se derivan de la actividad comercial, sin lesionar los intereses de acreedores y terceros”*.
- 21 La SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2009a), mediante Oficio 220-049208 del 11 de marzo de 2009, expresa que: “Conforme a los presupuestos legales que anteceden (*la Superintendencia está haciendo referencia a los Arts. 71 y 80 de*

la Ley 222 de 1995), es claro que una empresa unipersonal, no es una sociedad sino una persona jurídica conformada por una persona natural o jurídica, lo que de suyo desvirtúa **la participación de socios**".

22 Artículo 72 de la Ley 222 de 1995. La Empresa Unipersonal se creará mediante **documento escrito** en el cual se expresará: (...) Parágrafo. Las Cámaras de Comercio se abstendrán de inscribir el **documento** mediante el cual se constituya la empresa unipersonal, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en este artículo o cuando a la diligencia de registro no concurra personalmente el constituyente o su representante o apoderado.

23 ESPINOSA QUINTERO, L. (2008b, 42), explica que este tipo de sociedad de hecho se ha denominado como "sociedad de hecho por degeneramiento o sanción", en el entendido que esta categoría se endilga a una sociedad comercial que se pretendía constituir como regular, pero que por no haber cumplido ni siquiera con el requisito de la escritura pública, termina bajo el régimen jurídico de las sociedades de hecho.

Sobre el particular la Superintendencia ha conceptualizado que:

**"(...) es preciso tener en cuenta que la sociedad de hecho es una forma asociativa no dotada de personalidad jurídica** a la que nuestro ordenamiento mercantil le da cabida en el Título IX del Libro II del Código de Comercio, y cuyo artículo 498 **la describe como aquella que no se constituye por escritura pública**, lo que la convierte en una figura distinta a la llamada sociedad regular de derecho y por ende, a los diferentes tipos societarios típicos bajo las cuales ésta puede constituirse y funcionar. Consecuente con lo escrito, encontramos que los derechos de la sociedad se entienden adquiridos y las obligaciones contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho, por lo que deben responder solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas al no gozar del beneficio de la separación patrimonial.(...) Además, **como la sociedad de hecho no es persona jurídica, por lo que en principio no procede su matrícula en el registro mercantil, si las personas o socios que la conforman realizan actividades mercantiles, deben proceder de conformidad, en cuyo caso la solicitud se formula en la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde tiene su domicilio social**". SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (2008).

24 En el presente documento, cuando se hace mención al "régimen tradicional" se esta haciendo referencia a los tipos societarios contractualistas regulados en el Código de Comercio, estos son: Sociedad Anónima, Sociedad Limitada, Sociedades en Comandita y Sociedad Colectiva.

25 Sobre esta causal en particular la Superintendencia ha afirmado que:

"De acuerdo con el artículo 218 del CCoC, que contempla las causales generales de disolución aplicables a todos los tipos de sociedad comercial, se tiene que al tenor del numeral primero, la sociedad se disolverá "*Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración*". En tal caso la disolución por disposición expresa de la ley (Art. 219 ídem) se produce ipso jure, es decir, que sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional, la compañía queda para todos los efectos disuelta y en estado de liquidación a partir de la fecha de expiración del término de duración.

Por tanto, si bien es cierto que a los asociados les asiste legalmente la posibilidad de prorrogar el término antes de su vencimiento, evitando así la disolución, también lo es que esa determinación obviamente comporta una reforma al contrato social que como tal debe cumplir con el lleno de los requisitos legales y estatutarios a que haya lugar, entre ellos, que la misma sea adoptada por el máximo órgano social con la mayoría para ese fin establecida en los estatutos o en la ley”. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2006).

26 Art. 72 de la Ley 222 de 1995. Requisitos de Formación. La Empresa Unipersonal se creará mediante documento escrito en el cual se expresará:

(...)

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.

27 Al respecto, la Superintendencia de sociedades ha expresado que: “(...) resulta importante indicar que el objeto social de una compañía, además de determinar su capacidad para celebrar actos o contratos, circunscribiendo las actividades a lo que el mismo prevé, es entendido como el conjunto de operaciones que aquella propone realizar en ejercicio de una actividad económica.

En este sentido, el Código de Comercio admite, dentro de los límites de la capacidad en las sociedades mercantiles, la realización de tres clases de actos: a) Los determinados en las actividades principales previstas en el objeto social; b) Aquellos relacionados en forma directa con esas operaciones y, c) los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionales derivadas de la existencia y actividad de la sociedad. En tal entendido, tenemos que mientras los actos enunciados en los dos primeros literales refieren a la finalidad o actividad de la sociedad, razón por la que están íntimamente relacionados; los descritos en el tercero, si bien ajenos al objeto social, son importantes para la empresa, pues a través de ellos ejerce sus derechos o cumple las obligaciones derivadas de la existencia y actividad de la sociedad, *verbi gratia*: contratos de trabajo, asesoría, convenciones laborales, etc. En síntesis, la noción de objeto social se circunscribe al contenido de la actividad económica organizada que desarrolla la sociedad, por lo que los actos que lleguen a ejecutar deben observarse en relación con aquel, y cualquier extralimitación no sólo viola los estatutos, sino del mismo modo compromete la responsabilidad de los administradores que ejecutan actos en ultra vires del citado objeto”. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2005b); SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2007a); SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2007b).

28 Ramírez Ruiz, J.C. explica que son cuatro grupos de medidas de flexibilización societaria, a saber: i) *Eliminar las formalidades* (Escrituras Públicas, Pluralidad de personas, exigencia de órganos sociales, etc.); ii) *Eliminar mecanismos de protección a los socios* (Objeto social determinado y formalidades de convocatoria), iii) *Eliminar derechos de minorías* (Reuniones del domicilio social, pluralidad para la toma de decisiones, reparto mínimo de utilidades, prohibición que los administradores aprueben os estados financieros) y, iv) *Eliminar protección a los acreedores* (mediante la limitación de responsabilidad). RAMÍREZ RUIZ, J.C. (2010).

29 Fuente: Confecamaras. Tomado de: REYES VILLAMIZAR, F. (2009, 13).

Explica Reyes Villamizar, a partir de un estudio realizado a los dos años de la incorporación de la figura, que: “se habían constituido cerca de 4.000 empresas unipersonales. La muestra, en la que se analizó en detalle el comportamiento de 500 unidades empresariales, permitió comprobar la utilidad del instrumento, especialmente para la microempresa. En efecto, más del 96% de los entes evaluados tenían un capital inferior a los cien millones de pesos. Esta cifra constituyó, además, un claro indicio del acceso a la economía formal de un número creciente de comerciantes y profesionales. La formalización de la actividad empresarial crea un beneficio tangible, tanto para el Estado como para los terceros. Otro dato curioso y no menos interesante del estudio fue que la inmensa mayoría de los constituyentes de estas empresas unipersonales (78%) había preferido crearlas por documento privado y no por el engorroso procedimiento de las escrituras públicas”. REYES VILLAMIZAR, F. (2009, 12).

- 30 Art. 22 de la Ley 1014 de 2006. Constitución nuevas empresas. Las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley, **cualquiera que fuere su especie o tipo** que, de conformidad a lo establecido en el artículo 2° de la Ley 905 de 2004, **tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activos totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes**, se constituirán **con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal**, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995. Las reformas estatutarias que se realicen en estas sociedades se sujetarán a las mismas formalidades previstas en la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales.
- 31 Art. 2 de la Ley 905 de 2004. **Definiciones.** Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros: (...) 3. Microempresa: a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o, b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.
- 32 Se incluye la expresión “verdaderas”, en tanto debe recordarse que la *empresa unipersonal*, aún teniendo elementos muy cercanos al régimen societario, no fue considerada, de forma abierta y clara, como un tipo de sociedad.
- 33 Al respecto la Superintendencia de Sociedades ha conceptuado que: “Tenemos entonces que las sociedades unipersonales creadas a la luz de la Ley 1014, conforme el artículo 46 de la Ley 1258, contaban con un término improrrogable de seis (6) meses a partir de la vigencia de la misma, valga decir desde el 5 de diciembre de 2008, para ser transformadas en sociedades por acciones simplificadas, término que como podrá verse a la fecha de este escrito, está ampliamente vencido. **En caso de no haberse realizado la operación requerida dentro del término fijado por la norma legal, esta superintendencia considera que dichas sociedades quedaron disueltas y deben por lo tanto proceder a iniciar el proceso liquidatorio pertinente**”. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2009d). A su turno, expresó que: “En efecto, la empresa unipersonal es una persona jurídica de un único titular, creada y regida con base en los artículos 71 y siguientes de la Ley 222

de 1995, en tanto que la sociedad unipersonal, es una persona jurídica que si bien al igual que la empresa unipersonal pertenece a una sola persona, la misma se crea con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, y adopta la forma de sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o anónima, resultándole aplicables las disposiciones pertinentes del Libro II del Código de Comercio. (...) En este orden de ideas, ni las sociedades de dos o mas socios creadas de acuerdo al artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, ni las empresas unipersonales regidas por la Ley 222 de 1995, están compelidas a transformarse en sociedad por acciones simplificada, pues, se reitera, el deber contemplado en el inciso segundo del artículo 46 de la Ley 1258 de 2008, solo cobija a las llamadas sociedades unipersonales constituidas conforme el artículo 22 de la ley 1014 de 2006. **De lo antes expuesto resulta completamente claro que las empresas unipersonales no están obligadas a transformarse en sociedades por acciones simplificadas**". SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2009b). Ver también: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (2009c).

La clara y sostenida posición de la Superintendencia de Sociedades, contrasta con el juicio que, sobre el mismo punto, ha sostenido la Cámara de Comercio de Bogotá al expresar que: "Es evidente el problema jurídico que suscita esta norma para las Sociedades Unipersonales constituidas al amparo de la Ley 1014 de 2006 y que aún existen. Aunque son pocas, estas sociedades se encuentran en un limbo jurídico puesto que la Ley que las creó esta derogada y una Ley posterior les ordenó transformarse en un término que ya venció. **A juicio de esta Cámara de Comercio no sólo estas sociedades siguen existiendo, sino que además pueden actuar normalmente y sus actos pueden ser inscritos en el Registro Mercantil. Simplemente estás expuestas a sanciones administrativas por incumplir una orden legal, pero su existencia no está en discusión**". CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. (2009, 27).

34 Como referentes de Derecho Comparado se pueden citar los siguientes: En Estados Unidos: Existen dos prototipos societarios relacionados: la sociedad de personas con limitación de responsabilidad (Limited liability partnership –LLP-) y la sociedad limitada (Limited Liability Company – LLC-). Esta última fue creada para eliminar la doble tributación que se presentaba en las sociedades de capital, pero con el tiempo se fueron introduciendo reformas con el ánimo de darle una amplísima libertad contractual.

En España: El régimen de sociedades modificó en el año 2003 su sistema al expedir la Ley 7/2003 "sociedades de Nueva Empresa". Mora Alarcón la describe diciendo que: *"establece un objeto social amplio y de carácter genérico, cuya función no es otra que la de permitir una mayor flexibilidad para el desarrollo de actividades económicas diferentes, sin necesidad de tener que acudir a continuas modificaciones estatutarias. Esta decisión obedece a una realidad constatable, que no es otra que la del carácter cambiante de los pequeños negocios durante sus primeros años de actividad. Además, un objeto social así definido permite facilitar la calificación e inscripción de la escritura de constitución de la Nueva Empresa"*.

En Chile: En el año 2007, se expidió la ley 20.190 sobre reformas tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y la modernización del mercado de capitales, norma que incluyó la *sociedad por acciones*. La reforma chilena se inscribe en la tendencia contemporánea

de facilitar la creación de compañías de capital de riesgo para promover la innovación y el desarrollo de nuevos productos.

En Brasil: Con la expedición de la ley 10.303 de 2001 el ordenamiento brasilero experimentó unos cambios sustanciales, donde se percibe una gran influencia del Derecho Estadounidense de sociedades que tiende nuevamente hacia la flexibilización del sistema aunque no se ha expedido una ley específica que regule las sociedades híbridas. Sin embargo, por medio del Código Civil Brasileño de 2002 creo lo que ellos denominan sociedad simple que son personas jurídicas de Derecho Privado que se constituyen según Olney Queiroz Assis “para el ejercicio de actividades inherentes a profesiones intelectuales, de naturaleza científica, literaria o artística o para actividades propias del empresario rural, cuyo acto constitutivo (Contrato Social) debe inscribirse en el registro civil de personas jurídicas”. REYES VILLAMIZAR, F. (2009, 19-38).

35 En este sentido, en Colombia existen, en términos generales, las siguientes estructuras empresariales: 1) las sociedades del Código de Comercio: a) Sociedad Anónima, b) Sociedad Colectiva, c) Sociedad en Comandita (simple y por acciones) y, d) Sociedad Limitada; 2) la Empresa Unipersonal de la Ley 222 de 1995; 3) La Sociedad por Acciones Simplificada de la Ley 1258 de 2008 y; 4) Otras formas asociativas específicas, por ejemplo: LA Sociedad Agraria de Transformación y las Empresas Asociativas de Trabajo.

36 Art. 830 del CCoC. El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

37 Sobre este particular se pueden formular diversos problemas jurídicos, en los cuales no se ahondará, pues no corresponden al objeto propio del presente escrito.

38 Espinosa Quintero expone que: “Se opta, entonces, por entender como único límite a la autonomía de la voluntad, el constituido por el **orden público**, percibido como un concepto amplio, genérico o totalizador. El mismo incluye, no solamente las leyes imperativas (dentro de las cuales están las normas constitucionales), sino otros elementos como los fundamentos político-económicos de la sociedad (la protección de la parte débil, la familia como núcleo esencial de la sociedad, la persona y su integridad como interés fundamental, la represión de los comportamientos ilícitos); los valores morales de la comunidad (las buenas costumbres, la buena fe, el no abuso del derecho, la razonabilidad de las acciones, etc.), entre otros.

El **orden público**, entonces, es el conjunto de elementos, normas, principios y valores que propugnan por: *i*) la defensa de la organización social y la estructura del Estado; *ii*) la protección de la parte económicamente débil en los contratos y, *iii*) la correcta ordenación de la vida económica en pro de la utilidad social.

Esta concepción del orden público, la erige como un verdadero principio, que no admite excepciones, violaciones o valoraciones, con carácter absorbente y autónomo, propio y exclusivo de cada nación. Desde esta perspectiva, las enumeraciones genéricas utilizadas por la Corte, permiten identificar o vincular al mismo elemento las variadas finalidades que se han planteado”. ESPINOSA QUINTERO, L. (2009).

39 Al respecto, Reyes Villamizar cita al profesor McCahery quien esta situación la denomina “el predominio de élites jurídicas tradicionales en el ámbito del Derecho de Sociedades, cuya presencia restringe la evolución del derecho en lugar de promover su desarrollo”. REYES VILLAMIZAR, F. (2009, 7-8).

40 Esta expresión se toma prestada del Dr. Álvaro Mendoza al referirse al amplio abanico de posibilidades que la Ley 1258 de 2008 brinda a los comerciantes en la configuración de su sociedad. Vid. MENDOZA RAMÍREZ, A. (2010).