

**LOS EFECTOS NOCIVOS DE LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL EN LA
SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA DE ÚNICO ACCIONISTA**



AUTOR:

Jairo Luis Neira Rojas

Celular: 3017694842

Correo: jairo_320@hotmail.com

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C., 2017**

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

TABLA DE CONTENIDO

1. Introducción.....	
2. Planteamiento del problema.....	
3. Marco teórico.....	
4. Noción general del concepto de sociedad comercial.....	
5. Características generales y ventajas de la sociedad por acciones simplificada.....	
6. Antecedentes de la sociedad por acciones simplificada.....	
7. La separación patrimonial en las distintas formas asociativas.....	
8. La separación patrimonial en la sociedad por acciones simplificada de único accionista y sus efectos nocivos.....	
9. Conclusiones.....	

INTRODUCCIÓN

A través de los años, las distintas formas asociativas han sido el esquema jurídico preferido por los comerciantes a la hora de emprender sus actividades económicas. Si bien existe un gran abanico de posibilidades para la ejecución de las mismas, las múltiples bondades que el esquema societario ofrece al comerciante constituyen un fuero de atracción intenso, que termina absorbiendo la gran demanda de empresarios emprendedores que buscan organizar su empresa naciente de la mejor manera¹.

Sin duda alguna, uno de los factores trascendentales que determinan la escogencia del esquema societario sobre los demás, es el beneficio de la separación patrimonial, que es precisamente uno de los temas cardinales del presente escrito. La separación patrimonial, que varía dependiendo del tipo societario escogido por el comerciante, busca blindar el patrimonio individual de cada asociado, de tal manera que el mismo no pueda ser perseguido por terceros, salvo contadas excepciones².

Dicho atributo de las sociedades mercantiles, constituye una audaz estrategia legislativa para fomentar la inversión y activar la economía, cuyas bondades son variadas y sumamente difíciles de desvirtuar. Sin embargo, a través del presente escrito, haremos lo que pocos doctrinantes han hecho, y vamos a ilustrar los efectos nocivos de la separación patrimonial, particularmente, en la sociedad por acciones simplificada de único accionista, en donde no se ven tan claros sus beneficios como en otras figuras societarias.

¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

La Ley 1258 de 2008 fue revolucionaria en materia societaria, actualizando esquemas obsoletos en el derecho societario³. Muchos celebramos su expedición, y aún lo hacemos, en la medida en que los beneficios reflejados en la actividad comercial fueron indudablemente acertados. No obstante, no todo lo consagrado en dicha disposición fue beneficioso para la actividad empresarial, y es precisamente el tema de la separación patrimonial en la sociedad por acciones simplificada de único accionista, uno de ellos.

Desde ya se advierte al lector, que en el presente trabajo la crítica no se centra en lo que ya muchos autores han tratado sobre la posibilidad de constituir una sociedad con un único accionista consagrada en la Ley 1258 de 2008 para las sociedades por acciones simplificadas y su diferencia con la noción clásica del concepto de sociedad. Si bien este escrito no es indiferente frente a lo anterior, el tema central objeto de estudio es la unipersonalidad y su separación patrimonial en la sociedad por acciones simplificada.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La ley 1258 de 2008 marcó un hito histórico en el derecho societario colombiano. Su propuesta, lejos de introducir modificaciones superficiales a la legislación existente en materia societaria, transformó radicalmente las estructuras legales vigentes en ese momento, y las adaptó a las exigencias contemporáneas de la actividad comercial⁴. Su expedición, fue oportuna a la luz del retrógrado esquema societario que antecedió a la sociedad por acciones simplificada, y a su vez, retomó el cauce del mismo, que estaba desorientado por la falta de adecuación de los distintos tipos societarios a la realidad de los negocios del momento. Si bien es cierto que con la creación de la sociedad por acciones simplificada se generó un sinnúmero de beneficios a los usuarios de este tipo societario, no debe dejarse de lado que algunas de las disposiciones consagradas por la Ley 1258 de 2008 no fueron lo suficientemente convenientes para la actividad comercial.

En atención a lo anterior, surge una pregunta que va a ser el tema central objeto de estudio del presente escrito: ¿qué tan conveniente es el régimen de separación patrimonial en la sociedad por acciones simplificada unipersonal para sus usuarios y frente a terceros?

La relevancia del problema planteado en el párrafo anterior, y que será objeto de estudio en las siguientes páginas, radica en la importancia de la sociedad por

³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

acciones simplificada en el ordenamiento jurídico colombiano y en la actividad empresarial. Fue impresionante la manera en que fue acogido este tipo societario en el país, en el cual antes de la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008, reinaba la inobservancia frente a las nuevas disposiciones en cualquier materia. Distinto fue el caso de la mencionada Ley, que en sus primeros 4 años de existencia, atrajo a más de 180.000 empresarios, y que representa cerca del 95% de las sociedades que se constituyen en el país⁵. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que la sociedad por acciones simplificada es el esquema jurídico más relevante dentro del derecho societario colombiano, y es por esto que estamos en mora de ventilar sus falencias y efectos nocivos, de tal manera que los mismos puedan ser mitigados y se pueda dotar de seguridad jurídica al mundo societario.

MARCO TEÓRICO

El desarrollo del problema planteado en párrafos precedentes estará basado en el estudio y análisis de la doctrina, artículos especializados que abordan el tema, jurisprudencia de las altas cortes y conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades entre 1988 y 2017. Igualmente, para el desarrollo del tema objeto de estudio, permaneceremos fieles a las distintas disposiciones legales que regulan el tema societario tales como el Decreto 410 de 1971, la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008. A su vez, tendremos en cuenta para el estudio del tema planteado la Constitución Política de 1991, norma orientadora de todo nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

1. NOCIÓN GENERAL DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD COMERCIAL

A lo largo de la historia de la humanidad, los seres humanos se han caracterizado por tener una naturaleza social⁶, de tal suerte que en todos en todos los ámbitos de la vida buscan la compañía de otros para emprender sus actividades. En la cotidianidad de sus vidas, siempre van a buscar asociarse con otros seres humanos con el objetivo de llevar a cabo de manera conjunta, distintos proyectos que pueden ser de tinte religioso, político, ideológico, económico, cultural o de cualquier otra índole; y a través de los cuales, van a esperar que se cumplan los propósitos planteados al idealizarlos.

El Ordenamiento Jurídico colombiano no fue ajeno a esta naturaleza del ser humano, y mediante las distintas herramientas legales a su alcance, reguló,

⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

⁶ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría General de las Sociedades*. 10 ed. Actualizada, Bogotá: Editorial Temis, 2008.

desarrolló y protegió el derecho de libre asociación a que tenemos derecho como seres humanos.

El artículo 38 de la Constitución Política de 1991, consagró el derecho de libre asociación, y frente a él dispuso:

“Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”

En atención a la anterior disposición, conviene resaltar que la Carta Política de 1991 además de establecer el derecho de libre asociación, le dio el carácter de derecho fundamental, de tal forma que blindó su ejercicio ante eventuales escenarios de vulneración o amenaza del mismo. En este sentido, el derecho de libre asociación garantiza a cada uno de los colombianos y residentes en el país la facultad de agruparse con otras personas de modo permanente y estable con la finalidad de realizar un objetivo común⁷.

Dentro del abanico de las distintas actividades que las personas pueden realizar en desarrollo del derecho de libre asociación, se encuentra aquella de tinte económico, de la cual se deriva el concepto que nos ocupa en el presente trabajo: la sociedad comercial.

Con el único objetivo de consolidar un concepto integral de lo que se entiende por sociedad comercial, resulta indispensable acudir en primer lugar a su significado semántico, el cual de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, hace referencia a un *“conjunto de personas, pueblos o naciones que conviven bajo normas comunes.”* De la anterior definición, se desprende que el concepto de sociedad está íntimamente ligado a la pluralidad de personas, y que las mismas se encuentran en condición de subordinación a unas normas establecidas que rigen la convivencia del grupo.

Precisado lo anterior, y adentrándonos al análisis jurídico del concepto de sociedad comercial, resulta pertinente hacer referencia al Decreto 410 de 1971 por medio del cual se expidió el Código de Comercio, cuyo artículo 98 estableció la definición legal del concepto que hoy nos ocupa:

“ARTÍCULO 98. *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.”*

En relación con la disposición transcrita, se colige que en Colombia no existe un definición legal clara e integral del concepto de sociedad comercial, en la medida en que la forma en que está redactado el artículo de 98 del Código de Comercio ilustra

⁷ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría General de las Sociedades*. 10 ed. Actualizada, Bogotá: Editorial Temis, 2008.

a grandes rasgos la manera en que la sociedad comercial se configura y se desarrolla, y no una definición comprensiva relativa a su significado⁸.

A pesar de lo anterior, lo que sí quedó en evidencia de la definición legal transcrita, es que el concepto de sociedad comercial está íntimamente ligado a la pluralidad de personas como ya se había anticipado en párrafos precedentes, toda vez que el Código de Comercio le atribuyó en su artículo 98, el carácter de contrato. En este orden de ideas, y atención a lo dispuesto en el artículo 864 del Código de Comercio, la sociedad comercial siempre implicará un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, que dará lugar a una serie de derechos y obligaciones en cabeza de cada uno de los asociados.

En relación al carácter contractual de la sociedad comercial, el Doctor Néstor Humberto Martínez Neira, en su obra *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, precisó lo siguiente:

*“La asociación mercantil nace de un acuerdo de voluntades en el que se determinan las relaciones jurídico-patrimoniales de los socios. Por lo que su génesis es necesariamente el contrato, lo que permite que la autonomía de la voluntad privada sea fuente creadora y reguladora de las asociaciones que persiguen el lucro a través del desarrollo de empresas mercantiles.”*⁹

Finalmente, con el propósito de llegar a una definición que colme las expectativas del lector, resulta necesario acudir a lo que la doctrina ha definido como sociedad comercial:

El profesor José Ignacio Narváez García, en su obra *Teoría General de Sociedades* definió la sociedad comercial como un contrato de colaboración en virtud del cual dos o más personas se asocian y efectúan aportaciones para conseguir un objetivo concreto, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en desarrollo de la empresa o actividad social¹⁰.

Al respecto, Joaquín Garrigues sostiene que *“la sociedad es el instrumento jurídico de conjunción de medios económicos que exceden la capacidad del hombre aislado”*¹¹.

En atención a todo lo anterior, tenemos que la sociedad comercial debe entenderse como un acuerdo de voluntades en virtud del cual, dos o más personas se obligan

⁸ CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) Novedades, Aciertos y Desaciertos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

⁹ MARTÍNEZ, Nestor Humberto. *Cátedra de Derecho Contractual Societario*. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2014.

¹⁰ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría General de las Sociedades*. 10 ed. Actualizada, Bogotá: Editorial Temis, 2008.

¹¹ GARRIGUES, Joaquín. *“Curso de Derecho Mercantil” – T. II, Bogotá: Editorial Temis, Colombia, P. 4.*

a realizar determinados aportes con el propósito de desarrollar una empresa o actividad social y repartirse las ganancias o pérdidas que resulten de ella.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES Y VENTAJAS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

a) Posibilidad de Creación por Acto Unipersonal

El artículo 1 de la Ley 1258 de 2008 introdujo el cambio más revolucionario en materia societaria en los últimos años en Colombia al implementar la posibilidad de constitución de la Sociedad por Acciones Simplificada por una sola persona natural o jurídica, redefiniendo de esta forma el concepto de pluralidad como elemento esencial de la sociedad¹².

El requisito de pluralidad planteado para las sociedades consagradas en el libro segundo del código de comercio no se ajustaba a las realidades que el mundo de los negocios demandaba, llevaba constantemente a la simulación del negocio jurídico societario y generaba una innecesaria rigidez y altos costos de transacción a los empresarios que deseaban acceder al régimen de limitación de responsabilidad¹³.

Con la expedición de la Ley 1258 de 2008, el surgimiento de una Sociedad por Acciones Simplificada se puede materializar a través de un contrato, o mediante un acto unilateral, y en todo caso dará lugar al nacimiento de una persona jurídica con beneficios de separación patrimonial absoluta. Con el surgimiento de esta nueva corriente unipersonal en materia societaria, se mitigaron todos los problemas enunciados en líneas precedentes, y se estimuló en gran medida el uso de este esquema societario hasta tal punto de ser el preferido por los empresarios en la actualidad.

b) Constitución por documento privado

Antes de la expedición de la Ley 1258 de 2008, la escritura pública como requisito para la constitución de sociedades generaba altos costos de transacción a los empresarios que deseaban ver limitada su responsabilidad a través del surgimiento de una persona jurídica distinta. El requisito de la escritura pública sumado al de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil constituían una duplicidad de formalidades innecesaria en la constitución de sociedades que generaban malestar e inconformismo entre los empresarios.

El nacimiento a la vida jurídica de la Ley 1258 marcó la simplificación en el trámite de creación de la Sociedad por Acciones Simplificada, toda vez que suprimió acertadamente el requisito de la escritura pública en la constitución de la sociedad comercial, y se condicionó el surgimiento de la personalidad jurídica a la inscripción

¹² REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

¹³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

del documento privado de constitución autenticado por sus suscriptores, en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio social. No obstante lo anterior, resulta pertinente advertir que el requisito de la escritura pública se mantuvo en caso de que los activos aportados sean de aquellos cuya transferencia requiera de esta solemnidad.

c) Viabilidad del Objeto Social Indeterminado

La creación de la sociedad por acciones simplificada trajo consigo un novedoso avance en materia de la consolidación del objeto social. Si bien el numeral 5 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008 establece que se debe realizar una enunciación clara y completa de las actividades principales a desarrollar por parte de la sociedad, la misma disposición deja abierta la puerta para que se pueda implementar un objeto social indeterminado, consistente en la realización de cualquier actividad civil o comercial lícita.

La importancia de la viabilidad del objeto social indeterminado está en la posibilidad que tiene el empresario de realizar por conducto de la Sociedad por Acciones Simplificada, cualquier tipo de actividad de negocios sin tener que limitarse por las restricciones en el objeto social. En este sentido, el empresario podrá emprender cualquier tipo de actividad económica en todo momento, sin tener que limitar su instinto en los negocios a determinadas actividades, y sin tener que llevar a cabo reformas estatutarias que le permitan emprender nuevos proyectos empresariales.

e) Duración Indefinida

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008, el documento de constitución de la sociedad debe expresar el término de duración de la misma. Sin embargo, la referida disposición dejó abierta la posibilidad de establecer una duración indefinida, lo cual reporta grandes beneficios en el desarrollo de la actividad empresarial.

El desarrollo del objeto social planteado en los estatutos societarios no debe estar sometido a una limitación temporal, pues las partes del contrato en el momento de la elaboración de los estatutos no pueden conocer el tiempo que va a tomar la consolidación del negocio. En este sentido, el escritor celebra la reforma implementada por la Ley 1258 de 2008, pues no impone límites estatutarios alusivos a la duración de la Sociedad por Acciones Simplificada, y permite el desarrollo del objeto social sin ningún tipo de presión temporal atendiendo a la vocación de permanencia que deben tener los negocios.

f) Estructura flexible de capital

La estructura de capital implementada por la Ley 1258 de 2008 para la Sociedad por Acciones Simplificada introdujo al régimen societario colombiano los mecanismos de capitalización de sociedades por capitales más modernos, y redujo

de manera sustancial las normas imperativas del Código de Comercio sobre esta materia¹⁴.

La posibilidad de suscripción de acciones privilegiadas, de pago, con voto múltiple, con dividendo preferencial y sin derecho a voto y con dividendo fijo anual en la Sociedad por Acciones Simplificada; no solo constituye un eficiente mecanismo de organización societaria, sino que además configura una herramienta idónea para evitar conflictos futuros entre accionistas, pues cada uno conoce al momento de la suscripción de acciones, sus expectativas económicas, y en ese sentido no se tendrían que suscitar controversias de tal naturaleza en el desarrollo de la actividad empresarial¹⁵.

g) Libertad Contractual en la SAS

El nacimiento a la vida jurídica de la Sociedad por Acciones Simplificada con ocasión de la expedición de la Ley 1258 de 2008 trajo consigo un verdadero cambio en materia de autonomía de la voluntad privada. Con el surgimiento de este tipo societario, se dejó a un lado el clásico y obsoleto sistema consistente en la implementación de normas de carácter imperativo y sobre las cuales no se podía pactar en contrario, para dar paso a un sistema estatutario basado en la libertad contractual de las partes, en donde se pueden estipular las reglas de juego del contrato societario sin ningún tipo de imposición legal. En este sentido, la negociación de las cláusulas estatutarias pasa a tener un papel de trascendental importancia, en la medida en que de ellas va a depender el correcto funcionamiento de la sociedad¹⁶.

Las disposiciones que regulan la Sociedad por Acciones Simplificada contenidas en la Ley 1258 de 2008 son de carácter dispositivo, de tal forma que pueden ser reemplazadas por lo que las partes del contrato acuerden. No obstante lo anterior, en caso de ausencia de pacto expreso, se aplicaran normas de manera supletoria, lo que puede llegar a ser perjudicial para el correcto funcionamiento de la sociedad. Teniendo en cuenta lo anterior, la redacción de los estatutos debe ser de especial cuidado y estudio, pues de ellos dependerá la materialización en cabeza de cada uno de los accionistas de los beneficios legalmente establecidos para este tipo societario.

3. ANTECEDENTES DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

a) Antecedentes económicos

Las restricciones relacionadas a la pluralidad impuestas a las sociedades reguladas en el Libro Segundo del Código de Comercio, llevaba en muchas ocasiones a la simulación del negocio societario. En Colombia, como en la gran mayoría de

¹⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

¹⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

¹⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

economías en desarrollo, el esquema societario estaba siendo utilizado en gran medida por negocios familiares, en donde el control residía por regla general en uno de los socios. A pesar de que formalmente se cumplía con el requisito de pluralidad exigido, lo que en la práctica ocurría era que la operación se desarrollaba bajo el control exclusivo de uno de los socios y en este orden de ideas, el requisito de pluralidad se quedaba en el papel, y solo era utilizado para obtener el beneficio de la separación patrimonial propio del esquema societario a favor del socio controlante. Sumado a lo anterior, la apertura económica, política y jurídica que se experimentó en Colombia y en América Latina desde comienzos de los años noventa y el auge de la economía colombiana en muchos aspectos, dieron origen a la imperiosa necesidad de contar con un tipo societario que se ajustara a las necesidades de la coyuntura económica, y que representara un vehículo idóneo para el desarrollo empresarial¹⁷.

b) Antecedentes jurídicos

Sin duda alguna, uno de los cambios más demandados en el régimen societario colombiano era la implementación de un tipo societario de único accionista dado el escenario económico que afrontaba el país y el mundo. Muchos fueron los intentos, pero solo hasta la promulgación de la Ley 1258 de 2008 se pudo materializar el surgimiento de un esquema societario que redefinió el concepto de pluralidad propio de las sociedades. Si bien la referida disposición legal fue el vehículo por medio del cual se concretó aquel anhelado cambio normativo, antes de su expedición hubo varios intentos por consolidar un esquema societario de esta estirpe y que constituyeron su antecedente dentro del marco normativo colombiano.

La expedición de la Ley 222 de 1995 marcó el inicio de la modernización del derecho societario colombiano al introducir al ordenamiento jurídico colombiano la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada como un mecanismo cuyos atributos fisuraron los clásicos postulados propios de las sociedades reguladas en el Código de Comercio. La Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada se concibe como una herramienta a la mano de los empresarios para el desarrollo de su actividad empresarial, que puede ser constituida por una o mas personas naturales o jurídicas, y que otorga el beneficio de la separación patrimonial propio de las sociedades comerciales de estirpe clásico a pesar de no ser considerada como un tipo societario. Sumado al anterior avance, este mecanismo empresarial introdujo novedosos conceptos tales como la posibilidad de establecer un objeto social indeterminado, el término indefinido de duración y la posibilidad de constitución por documento privado inscrito en el Registro Mercantil que hoy se ven reflejados en la regulación de la Sociedad por Acciones Simplificada¹⁸.

El otro antecedente jurídico de la Sociedad por Acciones Simplificada fue la Sociedad Unipersonal o Pluripersonal implementada por la Ley 1014 de 2006. El

¹⁷ CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) Novedades, Aciertos y Desaciertos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

¹⁸ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

artículo 22 de la Ley de Fomento a la Cultura del Emprendimiento permitió la constitución de sociedades con especiales dimensiones con observancia de las normas propias de la empresa unipersonal. A pesar de que dicha disposición normativa fue limitada en su texto y aplicación por la Sentencia C-392 del 23 de mayo de 2007 y por la misma Ley 1258 de 2008, la misma constituyó un verdadero antecedente de la Sociedad por Acciones Simplificada, en la medida en que permitió la constitución de sociedades con un único accionista, apartándose de la tesis contractualista que había reinado hasta ese momento el derecho societario colombiano.

4. LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL EN LAS DISTINTAS FORMAS ASOCIATIVAS

El punto de partida que se debe tener en cuenta a la hora de estudiar el Régimen de Separación Patrimonial propio de los diferentes tipos societarios es la naturaleza del vehículo. Por un lado, las sociedades de estirpe personalista cuentan con un esquema de Separación Patrimonial frágil, en donde sus socios comprometen solidaria e ilimitadamente su patrimonio en el desarrollo de las operaciones sociales. Si bien esta característica propia de las sociedades *intuitu personae* llevaría a pensar que existe una exposición directa al riesgo de los asociados, no debe perderse de vista que “*su vinculación ante terceros solo se produce de manera subsidiaria*”¹⁹, de tal forma que los acreedores deberán requerir en primer lugar a la sociedad y luego a los socios en caso de que el patrimonio social no sea suficiente para satisfacer las obligaciones. Por otro lado, las sociedades de naturaleza capitalista gozan de un Régimen de Separación Patrimonial fuerte, mediante el cual sus accionistas responden hasta el monto de sus aportes, y en ese orden de ideas los acreedores de la sociedad no podrán perseguir el patrimonio de sus accionistas salvo contadas excepciones²⁰.

En primer lugar, y de acuerdo con el artículo 294 del Código de Comercio, todos los socios de la Sociedad Colectiva responden solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Sin embargo, los mismos cuentan con un beneficio de excusión en virtud del cual su responsabilidad será subsidiaria, y en este orden de ideas, los acreedores de la sociedad tendrán que perseguir en primer lugar el patrimonio social, y en caso de ser insuficiente para la satisfacción de su obligación, podrán perseguir el patrimonio de los socios²¹.

En cuanto a la sociedad en comandita, conviene precisar que la misma constituye un esquema societario mixto, en donde existen dos categorías de socios que se rigen por regímenes jurídicos distintos. La sociedad en comandita podrá ser simple o por acciones, y dentro de cada una de ellas existen dos tipos de socios para los cuales aplica un Régimen de Separación Patrimonial distinto debido al papel que

¹⁹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

²⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

²¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

cumplen en el desarrollo del negocio social. Por un lado, los socios gestores cuentan con el privilegio de la administración de la sociedad, y por ello su responsabilidad es solidaria e ilimitada. Por el otro lado, los socios comanditarios solo responden hasta el monto de sus aportes, pues no sería justo que comprometan su patrimonio personal cuando no tienen a su cargo la gestión del negocio social²². Finalmente, debe precisarse que a los socios gestores aplican las mismas reglas de responsabilidad previstas en la Sociedad Colectiva, a los socios comanditarios de la Sociedad en Comandita Simple aplican las reglas de responsabilidad propias de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y los socios comanditarios de la Sociedad en Comandita por Acciones se rigen por las reglas de responsabilidad de la Sociedad Anónima²³.

En relación con la Sociedad de Responsabilidad Limitada, conviene ilustrar en primer término que la misma esta dotada de características tanto de las sociedades de estirpe personalista como de las sociedades de capital. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 353 del Código de Comercio, los socios de la Sociedad de Responsabilidad Limitada solo responden hasta el monto de sus aportes. No obstante lo anterior, existe una excepción al Régimen de Separación Patrimonial propio de este tipo societario en materia laboral y fiscal, en donde responderán solidariamente en caso de que el patrimonio social no sea suficiente para cubrir las obligaciones laborales y fiscales²⁴.

Finalmente, la Sociedad Anónima cuenta con el Régimen de Responsabilidad más atractivo a la hora de desarrollar negocios, en donde los socios responden hasta el monto de sus aportes²⁵, incluso por obligaciones laborales. El carácter eminentemente capitalista propio de este tipo societario hace que el Régimen de Responsabilidad de los socios sea rígido y deseado por los empresarias, hasta tal punto que fue uno de los esquemas más utilizados en el país con anterioridad a la expedición de la Ley 1258 de 2008.

5. LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA DE ÚNICO ACCIONISTA Y SUS EFECTOS NOCIVOS

La Sociedad por Acciones Simplificada fue concebida como un tipo societario híbrido, que comparte características tanto de las Sociedades de Personas, como de las Sociedades de Capital. Precisamente de estas últimas heredó su Régimen de Separación Patrimonial, el cual fue blindado por la Ley 1258 de 2008 de tal forma que es muy difícil divisar su quebrantamiento en la práctica. De acuerdo con el artículo 1 de la mencionada disposición normativa, los accionistas de este tipo societario solo responden hasta el monto de sus aportes, y no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier naturaleza en que incurra

²² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

²³ Artículos 341 y 352 del Código de Comercio.

²⁴ Artículo 163 de la Ley 223 de 1995 y artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo.

²⁵ Artículo 373 del Código de Comercio.

la sociedad. A su vez, conviene resaltar que según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1258 de 2008, para efectos tributarios la Sociedad por Acciones Simplificada se rige por las reglas aplicables a la Sociedad Anónima, y en ese sentido, los accionistas de este esquema societario no responderán subsidiariamente por obligaciones fiscales en virtud de lo consagrado en el Estatuto Tributario para las Sociedades Anónimas²⁶.

La única excepción al Régimen de Separación Patrimonial de la Sociedad por Acciones Simplificada es el evento en que los accionistas utilicen el vehículo societario en fraude de la Ley o en perjuicio de terceros, escenario bajo el cual responderán solitariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados²⁷.

En atención lo anteriormente expresado, se tiene que la Ley 1258 de 2008 logró la consolidación de un Régimen de Separación Patrimonial casi impenetrable, el cual concede a los accionistas la libertad de gestionar la sociedad sin tener que preocuparse por una exposición directa al riesgo de sus patrimonios, lo que sin lugar a dudas implica efectos positivos, pero que también puede generar consecuencias nocivas que no pueden ser desconocidas en el ordenamiento jurídico colombiano.

Sea lo primero indicar, que bajo ningún entendido este escrito pretende atacar la existencia de la separación patrimonial como uno de los efectos de la personificación jurídica del esquema societario. Bien es sabido que su necesidad para la consolidación de prósperos escenarios económicos ha sido comprobada y reiterada por muchas autoridades, incluso por la Honorable Corte Constitucional, la cual en Sentencia C-865 de 2004 manifestó lo siguiente:

“Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica”.

Bajo este entendido, se tiene que la existencia del beneficio de la separación patrimonial derivado de la personificación jurídica de los tipos societarios es de trascendental importancia para el desarrollo de la actividad económica, pues es uno de los principales atractivos que estimula a los empresarios a emprender negocios e invertir, activando de esta forma la economía y generando ambientes propicios para el desarrollo y crecimiento.

Lo que pretende el ensayista a través del presente escrito, es desvirtuar el beneficio de la separación patrimonial absoluta otorgado en su máxima expresión al accionista único de la Sociedad por Acciones Simplificada, no para que le sea retirado dicho beneficio, sino para que el mismo sea atenuado, en la medida en que

²⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

²⁷ Artículos 2 y 42 de la Ley 1258 de 2008.

su consagración se dio en contravención de postulados básicos del derecho societario y en transgresión de intereses de terceros.

Como ya se había anticipado en líneas precedentes, uno de los aspectos determinantes a la hora de estudiar el Régimen de Separación Patrimonial propio de los tipos societarios es su naturaleza personalista o capitalista. La Sociedad por Acciones Simplificada comparte características tanto de las sociedades *intuitus personarum* como de las sociedades *intuitus pecuniae*, sin embargo en los eventos en que la misma es constituida por un único accionista, *“la persona de éste resulta ser la piedra angular de su constitución y existencia, y el motor determinante de todas sus actuaciones en el desarrollo de su actividad social”*²⁸, de tal forma que su naturaleza no podría ser distinta a la de la sociedad personal.

Respecto a las sociedades *intuitus personarum*, la Honorable Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

*“Destáquese como en ejercicio de su potestad de configuración normativa, el legislador asimiló el interés personal o familiar de las sociedades intuitus personarum a la competencia para administrar la empresa social, suponiendo a todos a los socios como administradores y adjudicándoles una responsabilidad solidaria e ilimitada por el manejo directo e inmediato de las operaciones sociales del ente moral (C.Co. arts. 294, 310, 323 y 326). En esta hipótesis, ante la existencia de una justa causa valorada por el legislador, se atenuó el principio de limitación de riesgo como expresión del patrimonio propio de la sociedad (atributo de la personalidad), extendiendo a los asociados la responsabilidad por las acreencias de la persona jurídica, pero prohibiendo su ocurrencia en sentido contrario, es decir, llamando a la sociedad a responder por las deudas personales que en la vida ordinaria asuman los socios”*²⁹.

En este orden de ideas, se tiene que la naturaleza personal de los tipos societarios esta íntimamente ligada a la competencia para administrar la empresa social y a la calidad del socio, de tal suerte resulte apenas lógico que su responsabilidad sea mayor a la consagrada para los accionistas de las sociedades de capital, quienes se limitan a hacer un aporte y no están relacionados con la gestión del negocio.

La flexibilidad del esquema societario y la libertad contractual propios de la Sociedad por Acciones Simplificada hace que los accionistas puedan establecer la forma de administración de la misma sin restricción alguna³⁰. Al constituir la sociedad, las partes del contrato pueden decidir libremente, que la administración esté en cabeza de ellos, o en cabeza de terceros que consideren aptos para la gestión del negocio social. Si bien esta misma facultad recae en cabeza del accionista único de la Sociedad por Acciones Simplificada, resulta inevitable que aquel sea quien termine

²⁸ CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) Novedades, Aciertos y Desaciertos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

²⁹ Sentencia C-865 de 2004 MP Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ Artículo 5 de la Ley 1258 de 2008.

tomando las riendas en el análisis, determinación y toma de decisiones en desarrollo del objeto social. Es entonces claro, que aún en el evento de que la gestión esté encomendada a un tercero designado por el accionista único de una Sociedad por Acciones Simplificada, será este último quien termine gestionando la actividad social por ser determinante su interés en la consolidación y éxito del negocio.

Partiendo del análisis expuesto en líneas precedentes, es dable entender que lo que hizo la Ley 1258 de 2008 respecto a la Sociedad por Acciones Simplificada de único accionista, fue conceder *“el beneficio de la plena separación patrimonial, usualmente reservado en su máximo grado de expresión para las formas asociativas no personalistas, a un único empresario donde por naturaleza y por esencia su participación en el negocio es determinante, permitiéndole así abstraerse en lo personal y de forma prácticamente absoluta de responsabilidades generadas en el curso de la actividad comercial desarrollada por una S.A.S. que es de su exclusiva propiedad y que opera bajo sus únicos designios, facultándolo de paso para abstraerse de poner en riesgo sus activos personales por las operaciones personales de la empresa”*³¹.

Resulta entonces claro, que la materialización del beneficio de la separación patrimonial absoluta para el accionista único de una Sociedad por Acciones Simplificada fue consagrada en contravención de la naturaleza *intuitus personarum* que se deriva bajo este escenario de unipersonalidad. En este sentido la Ley 1258 de 2008, en consideración del autor no tuvo en cuenta el antecedente progenitor de este tipo societario el cual fue la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada, la cual como ya se estableció en párrafos precedentes, fue la que introdujo al ordenamiento jurídico colombiano la posibilidad de desarrollar empresa con beneficios de separación patrimonial a través de un único comerciante.

La postura acogida por los redactores de la Ley 222 de 1995 respecto al Régimen de Separación Patrimonial en la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada fue acertada, en la medida en que fueron conscientes de la naturaleza personal derivada de la misma, y por ello hicieron una remisión a las normas de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, en donde el Regimen de Separación Patrimonial se ajusta mucho más a la realidad de las sociedades de naturaleza personal.

La materialización del beneficio de la separación patrimonial absoluta resulta razonable en esquemas societarios netamente capitalistas, en donde lo relevante es el aporte que hacen los accionistas y no las calidades de los mismos. En las sociedades de estirpe capitalista, *“una vez que el asociado realiza el aporte a capital, el carácter anónimo de su inversión lo desvincula de las obligaciones que asuma el ente social”*³², y es por esto que resulta perfectamente razonable que el mismo solo responda hasta el monto de sus aportes y que su patrimonio esté a

³¹ CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) Novedades, Aciertos y Desaciertos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

³² Sentencia C-865 de 2004 MP Rodrigo Escobar Gil.

salvo ante cualquier reclamación de terceros. En las Sociedades Anónimas se puede divisar fácilmente la naturaleza capitalista, pues en estos casos los asociados se limitan a hacer un aporte de capital o especie, y se delega la gestión de la sociedad en manos de terceros que son elegidos por su aptitud. Así mismo, dicha naturaleza capitalista se predica de las Sociedades por Acciones Simplificadas con pluralidad de accionistas, en donde estos al igual que en la Sociedad Anónima, se desentienden de administración de la sociedad al hacer sus aportes y se desvinculan de las obligaciones que asuma el ente societario.

Caso distinto es el escenario de las Sociedades por Acciones Simplificadas de único accionista, en donde aquel resulta ser el motor determinante en todas las actuaciones en ejecución del objeto social independientemente de que exista un administrador o gestor designado.

Ahora bien, otro de los efectos nocivos que se deriva de la adopción del Régimen de Separación Patrimonial absoluto previsto para la Sociedad por Acciones Simplificada de único accionista, y que ha sido reconocido por los mismos redactores de la norma, es la traslación del riesgo del inversionista a terceros acreedores de este tipo societario.

En las sociedades de naturaleza capitalista, la limitación de la responsabilidad de los accionistas no implica la eliminación de los riesgos del fracaso empresarial, sino que configura un instrumento mediante el cual se transfieren los mismos del asociado al acreedor de la sociedad, y en este sentido son estos últimos quienes asumen dichos riesgos asociados a la falencia empresarial³³. Si bien es cierto que el acreedor obtiene una compensación económica por asumirlos, la realización de negocios con las Sociedades por Acciones Simplificadas no resulta del todo llamativa y ha sido mirada con recelo para cierto tipo de negocios, en la medida en que ante un eventual escenario en que el patrimonio social no sea suficiente para cubrir sus deudas, los acreedores no van a poder perseguir el de los asociados, y su pago quedará en suspenso.

El Régimen de Separación Patrimonial consagrado para las Sociedades por Acciones Simplificadas ha llevado a que en la práctica sus accionistas se escuden en los beneficios absolutos que se derivan del mismo, situación que ha generado constantes abusos en detrimento de los intereses de los acreedores, quienes en muchas ocasiones han visto como su trabajo e inversiones se han perdido por los beneficios absolutos concedidos a los accionistas de este tipo societario.

A su vez, este beneficio concedido en la Sociedad por Acciones Simplificada poco a poco ha venido desdibujando el esquema societario concebido en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que el mismo ha llevado a que en la práctica los

³³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013

acreedores exijan garantías personales a los accionistas para protegerse de los riesgos derivados del fracaso empresarial que deben asumir³⁴.

6. CONCLUSIONES

La Ley 1258 de 2008 por medio de la cual se dio nacimiento a la vida jurídica a la Sociedad por Acciones simplificada fue sin lugar a dudas un acierto desde el punto de vista de la simplificación de la actividad negocial. La coyuntura económica y empresarial demandaba la consolidación de un tipo societario ajustado a la necesidades de los negocios modernos que superara los obsoletos esquemas societarios regulados en el Código de Comercio, e indiscutiblemente dicha necesidad fue satisfecha a través de la creación de la Sociedad por Acciones Simplificada. Si bien son muchas las virtudes que se derivan de este tipo societario, era imperioso hablar sobre sus defectos, con el único propósito de consolidar un vehículo societario cada vez mas perfecto.

No existe la menor duda acerca de los innumerables aspectos positivos que conlleva el beneficio de la separación patrimonial relativo a los tipos societarios. Su consagración no solo favorece a quienes utilizan el esquema societario para emprender sus negocios, sino también a la comunidad en general, en la medida en que el mismo se traduce en un estimulante de la inversión, que a través de los años ha generado un ambiente propicio para el desarrollo y crecimiento económico.

Si bien la implementación del Régimen de la Separación Patrimonial absoluta en la Sociedad por Acciones Simplificada ha reportado significativos beneficios a sus suscriptores y a la comunidad en general, no debe perderse de vista que los derechos no pueden ser absolutos, y que los mismos no se pueden conceder en contravención de los postulados básicos del derecho y en perjuicio de los intereses de terceros.

Bajo este entendido, este escrito no pretende la eliminación de este beneficio de trascendental importancia para el derecho societario, lo que se busca es que el Régimen de Separación Patrimonial propia de la Sociedad por Acciones Simplificada sea replanteada y balanceada con unas cargas impuestas al accionista orientadas a la protección de los intereses de terceros, y al respeto de los postulados básicos del derecho societario.

³⁴ CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) Novedades, Aciertos y Desaciertos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

PINZON GABINO. *Sociedades comerciales*, Vol. 1, Teoría General, 5 ed., Bogotá: Editorial Temis, 1988.

GARRIGUES, Joaquín. *“Curso de Derecho Mercantil” – T. II*, Bogotá: Editorial Temis, Colombia, P. 4.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría General de las Sociedades*. 10 ed. Actualizada, Bogotá: Editorial Temis, 2008.

CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) Novedades, Aciertos y Desaciertos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2012.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. *La Sociedad por Acciones Simplificada*. 3 ed. Actualizada. Bogotá: Editorial Legis, 2013.

MARTÍNEZ. Nestor Humberto. *Cátedra de Derecho Contractual Societario*. 2 ed. Bogotá: Editorial Temis, 2014.