



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Conservar y administrar o liquidar y dividir: Un dilema económico

Análisis económico del derecho sobre el cuasicontrato de comunidad y la transformación de los
incentivos en la sociedad S.A.S

MONOGRAFÍA DE GRADO PARA EL TÍTULO DE ABOGADO

Estudiante

Nicolás Zorrilla Pujana

Director

Javier Caicedo Trujillo

Bogotá, agosto 2017

Resumen

Esta reflexión indaga sobre el principio jurídico del Código Civil que reza "Nadie está obligado a vivir en comunidad" e indaga sobre los principios filosóficos que lo gobiernan. Analiza desde un método normativo y de análisis económico del derecho la institución jurídica de la comunidad de bienes o cuasicontrato de comunidad y la institución jurídica de la S.A.S evaluando si éstos son válidos para conservar la propiedad de un inmueble, o si por el contrario son insuficientes. Se plantea una solución jurídica diferente a estos mecanismos, a partir de una conclusión desarrollada a partir de juegos no cooperativos.

Palabras clave: Principios jurídicos, ideal burgués, cuasicontrato de comunidad, jugadores, análisis económico del derecho, estrategias de negociación, Teorema de Coase, equilibrio de Nash, sociedad por acciones simplificada, propiedad

Agradecimientos

A Dios que me ha dado la sabiduría para continuar esta empresa, a todos los que se fueron de este mundo; especialmente a ti, mamá, que desde el lugar en el que te encuentres estás siempre conmigo.

NOTA DE ADVERTENCIA

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

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

TABLA DE CONTENIDO

Introducción	5
Capítulo I	9
1. La sentencia C-791 del año 2006	9
1.1 Justificación del uso de la sentencia C-791 del año 2006	9
1.2. El problema jurídico	10
1.3 La interpretación sistemática y la doctrina	11
1.4 El principio de "Nadie está obligado a vivir en comunidad"	13
1.5. Ponderación de derechos y juicio de proporcionalidad	14
2. Crítica de Karl Marx en sus escritos de juventud sobre las relaciones de propiedad	17
2.1 Justificación de la crítica	17
2.2 Crítica al ideal de la propiedad burguesa	18
3. Lecciones del capítulo	19
Capítulo II	21
1. Descripción del capítulo	21
2. Descripción de la tipología de derechos y costo de Cooter y Ulen	21
2.1 Comparación entre las relaciones de comuneros con el bien y de los socios con la propiedad del bien	23
2.1.1 Origen	23
2.1.2 Reglas análogas	24
2.1.3 Pluralidad de personas (naturales y jurídicas)	24
2.1.4 Obligaciones derivadas de la propiedad	25
2.1.5 Clasificación de los derechos de acuerdo con la tipología	26
2.2. Comparación entre las reglas de negociación de los derechos de propiedad y decisión	27
2.2.1 La naturaleza de los derechos a negociar	27
2.2.2 Formalidades para la formación de las voluntades	28
2.2.3 Requisitos de publicidad	30
2.2.5 Responsabilidad	30
2.2.5.1 El Administrador	31
2.2.5.2 Las deudas	32
2.2.5.3 Reuniones y contabilidad	33
2.2.5.5 Tipo de responsabilidad	34
3. Lecciones	38
Capítulo III	40
1. Descripción del capítulo	40
2. Breve explicación del Teorema de Coase	40
3. Costos altos en diferentes categorías que no permiten un acuerdo	42
3.1 Deudas por obligaciones no pagadas para el mantenimiento y conservación del bien.	42

3.2 Costos de compra y de propiedad	45
3.3 Obligaciones tributarias	50
3.4 Responsabilidad	53
4. Juegos no cooperativos	56
4.1 Situación en la que el activo produce frutos civiles o naturales y se reparten entre los copropietarios: Figura 1 Anexo II	57
4.2 Situación en la que el activo produce beneficios pero éstos son adquiridos en su totalidad por el jugador 1: Figura 2 Anexo II	58
4.3 Situación en la que el activo produce beneficios pero éstos son adquiridos en su totalidad por el jugador 2, Figura 3 Anexo II	58
4.4 Situación en la que el activo produce pérdidas y éstas las asumen los dos jugadores. Figura 4 Anexo II	59
4.5 Situación en la que el activo produce pérdidas y éstas las asume el jugador 1 Figura 5 Anexo 2	60
4.6 Situación en la que el activo produce pérdidas y éstas las asume el jugador 2. Figura 6 Anexo II	60
4.7 Conclusiones caso práctico	61
5. Lecciones aprendidas	61
IV. Conclusiones	63
Epílogo	64
V. Bibliografía	67
ANEXO I	69
ANEXO II	71

Introducción

Esta reflexión tiene como propósito responder al siguiente interrogante, que está construido de forma condicional con un supuesto y posteriormente con un cuestionamiento: Si la propiedad de un bien inmueble está en cabeza de una pluralidad de propietarios, ¿es posible lograr un negocio jurídico diferente al cuasicontrato de comunidad que busque conservar el control de la propiedad en cabeza de la misma pluralidad de personas? Esta pregunta es trascendental ya que busca encontrar las condiciones de posibilidad de una solución que permita que entre, una pluralidad de personas que poseen un control sobre la propiedad, diferente a la venta de la propiedad y la repartición del remanente entre dicha pluralidad.

Para responder a esta pregunta se utilizará un método de interpretación, una comparación y posteriormente algunas herramientas del Análisis Económico del Derecho (AED) para establecer las respuestas a las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son las razones jurídicas y filosóficas por las que usualmente se considera que la solución ante el supuesto de una propiedad de un bien inmueble con pluralidad de propietarios debe terminar con la venta de la propiedad?
2. ¿Cuál es la figura que regula dicha relación de propiedad en el Código Civil?
3. ¿Por qué la S.A.S a pesar de ser menos costoso que la comunidad no permite una solución de conservar?

Al final de esta reflexión se concluirá que desde un análisis normativo y de los instrumentos del análisis económico del derecho, ni la legislación comercial, ni la legislación civil admite una solución que prefiera la conservación del bien; por su parte actos no cooperativos como el pago y otras sí permiten dicha solución fundamentado en un análisis de estrategias en un juego no cooperativo.

La pregunta que dirige la reflexión y las preguntas en las que se divide posteriormente buscan resolver la inquietud de una persona que es propietaria de un bien y no desea la venta del mismo en contravía directa de los intereses de sus copropietarios o comuneros, o socios.

Imaginemos que un cliente llega a la oficina de un abogado y le informa que le acaban de adjudicar el 50% de un bien inmueble y que el otro 50% se lo adjudicaron a un hermano. El hermano desea vender de inmediato, sin embargo el cliente no desea vender porque confiesa que es muy malo manejando los excedentes de liquidez y que siempre le han dicho que hay que tener tierra porque de esa no hacen más. El cliente es consciente de que negarse a vender traerá conflictos con su hermano y tampoco desea eso. ¿Qué debe contestar el abogado en este caso? ¿Está el cliente sometido al fin inexorable de vender el activo aun si no está de acuerdo con ello? Esta reflexión busca ofrecer una respuesta plausible del abogado a su cliente.

Es comprensible que la ley imponga soluciones jurídicas a los conflictos que se generen ante las determinadas situaciones de hecho que se van configurando dentro de la sociedad, pues al final el juez debe fallar en sus sentencias soluciones que terminen definitivamente los conflictos que existen entre las partes; sin embargo, la ley, en este caso el Código Civil y otras normas, asigna sin más y a priori soluciones al conflicto que hemos señalado. ¿Por qué el co-propietario debe enfrentarse a una decisión de vender para satisfacer el interés de su hermano y ceder en sus intereses? ¿Por qué el co-propietario que desea no vender se debe enfrentar a un conflicto con su hermano? ¿Por qué la ley, en el caso de la comunidad, no asume una posición conservadora y establece una solución en beneficio de los intereses del copropietario que no desea vender? ¿Por qué si no hay acuerdo entre las partes del conflicto, ya que ninguno desea ceder, se debe ir a la jurisdicción a resolver el conflicto siendo que la ley ampara al copropietario que desea vender y dividir?¹

Al revisar las anteriores preguntas, es posible observar que es necesario ofrecer una solución a dicho conflicto y es la solución misma la que justifica el sentido de esta reflexión. El principio rector del derecho privado es el principio de la autonomía de la voluntad y así mismo lo reconoce la regulación del cuasicontrato de comunidad. Sin embargo, dicha autonomía debe ser guiada por normas que

¹ La solución de vender el bien inmueble para resolver el conflicto o el litigio que se pueda presentar entre una pluralidad de propietarios es tan antipática que han existido diferentes figuras en la legislación para resolver ese conflicto. Algunas de ellas son el régimen de propiedad horizontal, las cuentas en participación y otros que son acuerdos viables para solucionar el conflicto. La mera aparición de dichas normas muestra de forma clara cómo a lo largo de la historia legislativa se han creado mecanismos para eludir la solución legal que trae el Código Civil.

permitan establecer certeza sobre los bienes y derechos derivados de cualquier acto de la autonomía de la voluntad. En este sentido, la solución que se ofrezca debe tener las siguientes características:

1. No puede ser una solución que vaya en contra o en desmedro de los derechos de las otras personas involucradas en la pluralidad, sino que por el contrario debe ser una solución menos costosa y que sea susceptible de crear valor entre las partes.
2. La solución debe buscar que las transacciones que se puedan realizar entre los comuneros o los socios o en actos unilaterales creen incentivos para conservar el control de la propiedad del activo.
3. Debe existir una regulación sobre la administración de la propiedad en el sentido de reducir los incentivos por parte del administrador o los titulares de los derechos de tener comportamientos oportunistas que vayan encaminados directamente a disminuir los derechos de una de las partes de la negociación y maximizar los beneficios de la otra.
4. Debe existir un sistema de responsabilidad para que los administradores asuman las consecuencias de los actos propios de la administración del bien.

El orden y esquema general de esta reflexión será el siguiente.

1. En el Capítulo I se interpretará una sentencia de constitucionalidad tomando como base la sentencia C-791 del año 2006 en donde se buscará ampliar, complementar y contradecir ciertas definiciones, proposiciones y razonamientos de la Corte. Adicionalmente se buscará profundizar en el análisis de la Corte a partir de una crítica de Karl Marx en relación con la visión burguesa de propiedad.
2. En el Capítulo II se buscará contrastar dos hipótesis nacidas del capítulo I a partir de una comparación normativa entre una figura comercial la S.A.S y una figura civil el cuasicontrato de comunidad.
3. En el Capítulo III se analizarán las figuras antes comparadas desde su eficacia para lograr un acuerdo entre la pluralidad de personas usando dos herramientas del análisis económico del derecho, a saber: el Teorema de Coase y estrategias en juegos no cooperativos.

4. Se concluirá de manera ordenada en cada capítulo con proposiciones a modo de hipótesis de trabajo y mostrar el modo en que dichas proposiciones fueron concluidas o complementadas.
5. El epílogo va a proponer algunas propuestas de solución encaminadas a reducir los efectos de determinadas estrategias de los jugadores que deseen liquidar y a proteger los actos y las inversiones propias de las personas que han optado por una estrategia de conservar.

Todos los capítulos finalizará con un texto descriptivo de los aprendizajes adquiridos y su relación con proposiciones desarrolladas en otros capítulos buscando generar conexiones entre diferentes ideas. Adicionalmente en todos los capítulos aparecerán pies de página en las que nuestro abogado de la introducción reflexionará sobre la solución para su cliente.

Capítulo I

1. La sentencia C-791 del año 2006

Para iniciar la reflexión en torno a los principios jurídico-filosóficos que gobiernan la institución jurídica de la comunidad de bienes o el cuasicontrato de comunidad, se seguirán las siguiente orden:

1. Voy a referir la sentencia C-791 del año 2006 en la que la Corte analiza un conflicto entre el sentido de algunas de las normas que regulan el cuasicontrato de comunidad y el derecho a la igualdad y el debido proceso. En esta parte, se justificará el uso de esta fuente, se desarrollará el problema jurídico, el uso de distintas fuentes del derecho, el planteamiento del principio "Nadie está obligado a vivir en comunidad" y la ponderación de derechos y el juicio de proporcionalidad
2. Analizaré unos fragmentos del texto "La cuestión Judía" de Karl Marx sobre la visión burguesa del derecho de propiedad y buscaremos comprender la problemática que dicha visión configura en términos jurídicos.
3. Recapitulare algunos conocimientos aprendidos, junto con algunas habilidades fortalecidas, se enfatizará sobre las grandes ideas del capítulo y las enseñanzas que usaré en el capítulo siguiente.

1.1 Justificación del uso de la sentencia C-791 del año 2006²

Iniciar una reflexión sobre una institución como el cuasicontrato de comunidad implica entenderla conceptualmente, en ese sentido la sentencia C-791 del año 2006 brinda luces sobre la conceptualización de la figura, ya que la Corte hace un examen haciendo uso de varias herramientas interpretativas que resultan útiles para la comprensión de la figura.

En esta fuente de derecho se examina los cargos que un ciudadano le hace a los artículos 2336³ del Código Civil y al artículo 474⁴ del derogado Código de Procedimiento Civil. La sentencia se compone

² El abogado que se presentó en la introducción busca encontrar una solución creativa al caso que le expone el cliente o usuario y hace el ejercicio de buscar en la relatoría de la Corte Constitucional sentencias de inexequibilidad sobre el cuasicontrato de comunidad. La primera fuente que encuentra este abogado es la sentencia C-791 del año 2006 en la que un demandante busca que se declaren parcialmente inexequibles los artículos 2336 del Código Civil y el artículo 474 del ya derogado Código de Procedimiento Civil.

de un resumen de los cargos del demandante, las intervenciones solicitadas por la Corte y las consideraciones de la corte. Dentro de las consideraciones, se puede establecer la siguiente estructura de razonamiento:

1. Descripción del problema jurídico planteado por la Corte
2. La interpretación sistemática y la doctrina
3. El principio de "Nadie está obligado a vivir en comunidad"
4. Ponderación de derechos y juicio de proporcionalidad

Esta sentencia, que por su brevedad no deja de ser ilustrativa sobre el fenómeno estudiado permite observar el juego de distintos métodos interpretativos con los que se puede determinar la verdad o falsedad de la proposición jurídica de que las normas establecen una diferenciación en contra del derecho fundamental a la igualdad.

La diversidad de doctrinantes y los análisis de la Corte permiten dilucidar de una manera bastante clara cuál es la concepción y el establecimiento de los derechos, cargas y deberes de las personas que están inmersas en una relación de propiedad por medio del cuasicontrato de comunidad.

1.2. El problema jurídico

El cargo de la demanda va dirigido contra el efecto o el resultado de la aplicación de las dos normas antes citadas, el efecto consiste en que dentro del proceso divisorio, después de que el avalúo quede en firme el derecho preferente de compra queda única y exclusivamente en favor de los demandados, por lo que el demandante, el que promovió el proceso divisorio, ya no puede ejercer la compra de las cuotas partes del bien y la única opción que le queda es participar en el remate y competir con otros oferentes si los comuneros deciden no conservar el bien. En este sentido la Corte estableció lo siguiente:

Por lo anterior, le corresponde a la Corte estudiar si las expresiones "*cualquiera de los demandados*" y "*los otros comuneros o*

³ Cuando alguno o algunos de los comuneros solicite la venta de la cosa común, los otros comuneros o cualquiera de ellos pueden comprar los derechos de los solicitantes, pagándoles la cuota que les corresponda, según el avalúo de la cosa.

⁴ Decretada la venta del bien común, cualquiera de los demandados, dentro de los tres días siguientes a aquél en el que el avalúo quede en firme, podrá hacer uso del derecho de compra establecido en el artículo 2336 del Código Civil. La distribución entre los comuneros que ejerciten tal derecho se hará en proporción a sus respectivas cuotas.

cualquiera de ellos pueden comprar los derechos” contenidas en los artículos 474 y 2336 del Código Civil, respectivamente, vulnera el derecho a la igualdad al permitir el ejercicio del derecho de compra, en el proceso divisorio de venta de la cosa común, únicamente a los comuneros demandados, posibilidad que no se otorga al comunero demandante. (Corte Constitucional Sentencia C-791 del año 2006, Acápite VII, Numeral 2, Párrafo 2)

Si profundizamos en el problema es posible encontrar que aquella persona que promueve la división queda excluido de conservar el bien, y aquellos que desean conservar se encuentran ante la disyuntiva o de comprar o de enfrentarse a la división o venta del bien. Dos estrategias que parecen ser irreconciliables.

Este problema económico que se ha planteado se profundiza ante este resultado generado por las normas que se acusan, pues existe una contradicción entre la el resultado del proceso con los intereses de las partes. El demandante al perder el derecho de preferencia por solicitar la división y manteniendo un interés de conservar la propiedad, se le volverá más costoso adquirir el bien, pues la única opción que le queda es participar en la subasta de la propiedad; los comuneros que deseaban mantenerse en el estado de copropiedad se enfrentan a asumir un costo de comprar la parte del demandante o dividir el bien en contravía de su interés de conservar.⁵

1.3 La interpretación sistemática y la doctrina

En el numeral 3 de las consideraciones la Corte procede a hacer un análisis sistemático de las normas acusadas, en este sentido se afirma lo siguiente:

Cabe recordar, que el artículo 2336 del Código Civil, parcialmente atacado de inconstitucionalidad, forma parte del Capítulo III, del cuasicontrato de comunidad, Título XXXIII de los cuasicontratos, Libro Cuarto, de las obligaciones en general y de los contratos, (...) Por su parte, el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil, parcialmente demandado, se encuentra ubicado en el Capítulo I sobre la división material y venta de la cosa común, del Título XXVI de los procesos divisorios, Libro Tercero, de los procesos, y establece que decretada la venta del bien común, cualquiera de los demandados, dentro de los tres días siguientes a aquél en el que el avalúo quede en

⁵ Frente a esta contradicción el procurador sostiene la tesis de que el resultado es deseable y lógico, pues en el momento en que se solicita la división del bien el demandante desea solucionar el estado de indivisión en el que se encuentra. En mi opinión, esa conclusión por parte del procurador es precipitada, pues el comunero que solicita la división puede forzar a los comuneros a vender en unas condiciones más favorables a que si se abriera la venta del bien al público en una subasta, pues puede ocurrir que los demandados no deseen venderle al comunero por razones emocionales o de otra naturaleza, algo común que ocurre en propiedades derivadas de un proceso de sucesión.

firme, podrá hacer uso del derecho de compra establecido en el artículo 2336 del Código Civil.

Esta interpretación sistemática que hace la Corte se combina con una definición del cuasicontrato comunidad:

un mismo derecho pertenece a dos o más sujetos conjuntamente. En la verdadera comunidad, *communione pro indiviso*, el derecho de cada comunero se extiende a toda y cada una de las partes de la cosa común... Hay comunidad o indivisión cuando varias personas tienen sobre la totalidad de una misma cosa y sobre cada una de sus partes derechos de idéntica naturaleza jurídica, o mejor, un solo derecho.... (citando a los autores Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga en el texto "Los bienes y los derechos reales". Tercera Edición. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1974. (Cita #2 de la Sentencia C-791 del año 2006, Numeral 3, párrafo 3)⁶

¿Por qué la Corte para analizar un cargo de inconstitucionalidad recurre a un método de interpretación de las normas sistemático? Esta pregunta es importante, porque es a partir de este razonamiento que la Corte procede a establecer el principio jurídico detrás de las normas del cuasicontrato de comunidad. Esta forma de interpretación es típica de la escuela clásica de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. En relación con esta interpretación Diego López ha afirmado que esta es una forma típica de la conciencia jurídica clásica⁷, que buscaba distanciarse de la exégesis⁸ como medio de interpretación para dotar de sistematicidad y certeza a las normas.

⁶ La sentencia de la Corte ha traído dos definiciones del cuasicontrato de comunidad, aquella de la que se está haciendo este pie de página y la del procurador general, sin embargo, en ese trabajo conceptual la Corte adolece en exponer los tipos de cuasicontrato de comunidad. En este sentido, tanto Díez-Picazo y Antonio Gullón tienen reflexiones interesantes que aportar, por ejemplo: "La comunidad romana tiene su origen en una concepción individualista, en la cual la preeminencia se concede siempre al individuo y la situación de comunidad se concibe como algo transitorio, incidental y desventajoso. (*communio incidens*)" (Díez-picazo y Gullón, Pg. 67) En oposición se presenta la comunidad germánica, "La comunidad germánica parte, por el contrario, de una concepción colectivista del mundo a la que se subordina el derecho del individuo. La comunidad se considera como una situación permanente y estable y, además, como una forma ventajosa de realizar determinadas funciones económicas. (...) Por último, en la comunidad germánica no se reconoce a cada comunero la posibilidad de pedir la división" (Díez-picazo y Gullón, Pg. 67)

⁷ Diego López puntualiza sobre el clasicismo jurídico lo siguiente "El punto fundamental que quiero subrayar, sin embargo, es muy distinto: los tratados de derecho civil que inauguran nuestras doctrinas civilistas nacionales, de hecho, tratan de alejarse muy decididamente de la exégesis como forma de análisis jurídico. La conciencia jurídica dominante en Colombia comienza a formarse en un momento en que la exposición lineal del Código, al estilo de la exégesis está siendo criticada en Europa por su falta de sistematicidad y científicidad. (López, 2004, p. 162)

⁸ La exégesis como la define López es "fundamentalmente una forma de exposición y análisis de la Ley fundamentada en el legocentrismo con el que culminó la revolución francesa y, quizá, su influencia cultural más destacada y duradera. Si es cierto, como lo pensaban los revolucionarios franceses (y en esto siguiendo a Rousseau), que la ley, y especialmente su forma privilegiada, el Código, es la expresión de la voluntad general manifestada por leyes promulgadas por la Asamblea" (López, 2004, p. 160.)

El análisis de López en el texto la *Teoría Impura del Derecho*, nos presenta una de las razones por las que la Corte se aparta de hacer un análisis literal de las normas del Código Civil y busca establecer un principio general que se expondrá a continuación.

1.4 El principio de "Nadie está obligado a vivir en comunidad"

La corte establece de forma genérica y sin hacerlo de forma precisa una norma jurídica que establece el derecho de a no permanecer en la indivisión y establece que las normas acusadas son una manifestación de dicho principio. En este sentido, la Corte establece lo siguiente:

Entre los derechos que las leyes civiles otorgan a los comuneros se encuentra el de no estar obligado a permanecer en la indivisión, es decir, cada comunero conserva su libertad individual, de allí que tanto el Código Civil, artículo 2334, como el de Procedimiento Civil, artículo 467, consagren que todo comunero puede pedir la división material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto; (Corte Constitucional, Sentencia C-791 de 2006 Numeral 3 párrafo 4)

Es difícil establecer las razones por las que la Corte no se compromete de forma inmediata con citar una norma específica que establezca el principio de indivisión y en ese sentido se puede lanzar como hipótesis que la Corte se abstiene de establecer una norma para poder continuar con el esquema argumentativo de la interpretación sistemática que viene sosteniendo, pero no por ello, deja de ser cierto que en la legislación colombiana dicho principio sí existe y que está consagrado normativamente al consagrar el pacto de indivisión.

El artículo 1374⁹ del Código Civil consagra el pacto de indivisión sosteniendo de antemano que ninguno de los coasignatarios será obligado a permanecer en indivisión a menos que haya un pacto expreso de no dividir por un periodo que no puede superar los 5 años y que se puede renovar. Es claro que esta norma establece el principio que nadie está obligado a vivir en comunidad, y por lo tanto más que un principio o un derecho aplicado a varias normas jurídicas, es en realidad una

⁹ **ARTICULO 1374. DERECHOS DE LOS COASIGNATARIOS.** Ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse, con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario.

No puede estipularse proindivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto. Las disposiciones precedentes no se extienden a los lagos de dominio privado, ni a los derechos de servidumbre, ni a las cosas que la ley manda mantener indivisas, como la propiedad fiduciaria.

disposición que tiene aplicación y por lo tanto no es un derecho que establece las leyes civiles de forma genérica, sino de una norma particular y específica.

La aplicación de esta norma sostiene una posición doctrinaria y una decisión de preferencia por el cuasicontrato de comunidad de stirpe romana en oposición a la comunidad germánica. ¿Cuáles son los efectos de dicha posición y decisión legislativa? En términos de Diez-Picazo y Antonio Gullón, haciendo referencia a un código distinto pero que para efectos prácticos es igual la conclusión "La regulación fundamental de nuestro Código civil sigue las líneas básicas del esquema de la comunidad romana: reconocimiento de cuotas, plena propiedad de cada condueño sobre ellas y libre ejercicio de la acción divisoria." (Diez-Picazo y Antonio Gullón Pg. 67)

1.5. Ponderación de derechos y juicio de proporcionalidad

La Corte declara exequibles las normas que se están acusando y entiende como permitido y tolerado el resultado que el demandante denunció, a saber: el demandante en un proceso divisorio pierde el derecho de preferencia de adquirir las demás cuotas partes de los comuneros después de que quede en firme el avalúo del bien.

Esta decisión la fundamenta en un juicio de proporcionalidad entre el derecho a la igualdad y la libertad de configuración legislativa y de reserva de ley del legislativo en regular el derecho de propiedad y los procedimientos legislativos, cuando la ley establece una diferenciación. En este sentido la Corte afirma: "En efecto, las normas parcialmente acusadas de inconstitucionalidad, en el caso de la venta del bien común, decretada su venta y antes de procederse a su remate, otorgan una prelación para ejercer el derecho de compra solamente a los comuneros demandados." (Corte Constitucional, Sentencia C-701 de 2006, Párrafo 9) y establece su decisión "Para la Corte el que las normas sustantivas y procedimentales civiles, confieran en etapa anterior al remate, un derecho preferente de compra solamente a los comuneros demandados, no vulnera el derecho a la igualdad de

los comuneros demandantes, como pasa a explicarse.”¹⁰ (Corte Constitucional, Sentencia C-701 de 2006, Párrafo 10)

La decisión de la Corte se fundamenta en el resultado de ponderar el derecho del legislador de regular la propiedad, la libertad de configuración legislativa en materia de procedimientos comparada con el derecho a la igualdad que prohíbe diferenciaciones frente a la ley. En este punto, la Corte se dispone a citar jurisprudencia en la que se garantiza la reserva de ley en materia de conceptualización de la propiedad, en este sentido se toman apartes de la sentencia C-782 del año 2004.¹¹ En este razonamiento, la idea principal establece que la libertad de configuración de la propiedad no puede violar el núcleo esencial del derecho de propiedad.

Este mismo ejercicio lo realiza la Corte al conceptualizar sobre el derecho de libertad legislativa en materia de procedimientos judiciales y cita la sentencia C-561 del año 2004.¹² Estableciendo un razonamiento similar y culminando su análisis estableciendo que la igualdad es uno de los derechos que es capaz de limitar el amplio derecho que tiene el Congreso en materia de configuración legislativa. En este sentido la Corte afirma lo siguiente: “En efecto, si bien la igualdad es un derecho que limita la potestad de configuración del legislador, pues de acuerdo con el principio general de igualdad se prohíbe otorgar un trato diferente frente a supuestos iguales, puede ser admisible que se otorgue un trato distinto siempre y cuando se encuentre justificado y sea razonable.” (Corte

¹⁰ Durante la investigación nuestro abogado encuentra que no existe ningún mecanismo judicial para proteger los intereses de una parte cuya estrategia sea la de conservar la propiedad del bien y encuentra que tal vez la única solución posible está en una solución por fuera de los tribunales y tal vez una solución de mercado.

¹¹ Para facilitar la lectura del aparte de la jurisprudencia se procede a citar el razonamiento de la Corte en este pie de página, “*al legislador le compete, ...definir las características y modalidades de la propiedad, - intelectual, compartida, inmueble, etc.- y las "facultades, obligaciones, cargas y deberes que los propietarios y terceros pueden desarrollar y están, obligados a cumplir" con respecto a los bienes que ostentan y al tipo de propiedad que poseen, en cada caso específico...En ese orden de ideas, si bien la regulación de los derechos de propiedad tiene reserva de ley, eso no significa que la potestad reguladora del Congreso no es absoluta, en la medida en que le compete asegurar que el ejercicio de la propiedad sea posible y sus límites o exigencias sean razonables y respetuosas del núcleo esencial de este derecho...Tal potestad es propia de sus competencias constitucionales, por lo que sólo limitaciones desproporcionadas o irrazonables, o abiertamente contrarias a derechos fundamentales concretos, pueden ser consideradas reprochables, en vista del amplio margen de configuración del Congreso en materia económica y patrimonial*”. (Corte Constitucional, C-791 del año 2006 Párrafo 10)

¹² La sentencia C-791 del año 2006 cita el siguiente texto de la sentencia C-561 del año 2007 expresándose del siguiente modo: “*la Corte reiteró que “el margen de configuración legislativa de los procedimientos judiciales es amplio. ...la Constitución Política concede al legislador un amplio margen a su potestad de configuración en el diseño de los procedimientos judiciales, que sólo se excede cuando se afectan claramente derechos fundamentales*”. (Corte Constitucional, Sentencia C-591 del año 2006 párrafo 10)

Constitucional, C-791 del año 2006 Párrafo 11). Siempre que la diferenciación sea razonable y justificada se permitirá dentro del ordenamiento jurídico.

La Corte va a sostener que dicha diferenciación es justificada en la medida en que de acuerdo con la configuración de las normas se garantizan los intereses de cada una de las partes dentro del proceso divisorio, tanto de aquellos que quieren conservar el estado de indivisión como del comunero demandantes que desea salir de la esfera de la comunidad y la diferenciación establecida en las normas no destruye ninguno de los intereses de las partes. En este sentido la Corte se expresa del siguiente modo:

El medio empleado por el legislador resulta adecuado y necesario a la consecución del fin establecido por cuanto los comuneros demandados podrán ejercer el derecho preferente de compra, conservando su calidad de comunero, sobre el derecho o cuota parte del demandante, evitando así que también pase a manos de terceros por remate del mismo. Y, a la vez se podrá satisfacer el interés del comunero demandante de no permanecer en la comunidad a través de la venta de lo que le corresponde sobre el bien común. (Corte Constitucional, sentencia C-791 del año 2006, Párrafo 17)

La conclusión de la Corte por medio de la cual sostiene que diferenciación establecida en las normas acusadas es razonable y justificada, porque existen tres intereses que se ven protegidos, i) el interés del comunero que desea vender, ii) los comuneros que desean conservar y iii) el comunero que desea conservar comprando las cuotas partes de los copropietarios si y sólo si participa en el remate del bien, no es un argumento que persuada fácilmente, pues puede existir el caso que las normas hagan más oneroso el interés de conservar la propiedad que la venta del bien, pues al excluir al que pudiera comprar todas las cuotas por medio de un derecho preferente a un precio más favorable, debe someterse al alea o la suerte de lo que pueda ocurrir en una situación de competencia, pues en el caso de que se decreta el remate del bien pueden existir más oferentes interesados en la propiedad del bien, incrementado el valor del mismo en una pública subasta, generando que a un mayor incremento del valor económico del bien vaya disminuyendo el interés del comunero que desea comprar todo el bien. Por lo anterior, es posible sostener que el ordenamiento jurídico en esta materia, opta por un acto de

preferir la estrategia de liquidar y dividir que la de conservar el bien inmueble cuya propiedad está en manos de una pluralidad de propietarios.¹³

2. Crítica de Karl Marx en sus escritos de juventud sobre las relaciones de propiedad

2.1 Justificación de la crítica

¿Por qué los operadores jurídicos están obligados a preferir una solución legal de dividir y vender los inmuebles sometidos a un cuasicontrato de comunidad y no preferir una solución de conservar la comunidad? La respuesta es que tanto las leyes, a las que están obligados los jueces, la jurisprudencia y la doctrina mantiene una solución de división y liquidación cuando el supuesto de que un bien sea propiedad de una pluralidad de propietarios y esta es la posición que en rigor se debe asumir.

Esta solución jurídica no está fundamentada en una preferencia de interpretación de las normas, o en mantener una determinada posición en la jurisprudencia o en dos posiciones doctrinarias que se oponen entre ellas o que los operadores jurídicos prefieran una posición a la otra por razones ideológicas o políticas. La preferencia de proteger legal y judicialmente los intereses de la división o la venta es idéntica a la visión específica, la sociedad burguesa. Proteger la propiedad y la libertad de configuración legislativa y de procedimientos de la rama legislativa en la conceptualización y desarrollo de la propiedad privada tiene el tono de las revoluciones burguesas del siglo XVIII y del Siglo XIX.

La dificultad teórica de presentar una solución que vaya en contra del principio de que "nadie está obligado a vivir en comunidad", implica de antemano presentar un desacuerdo con la visión burguesa de la propiedad. Una reflexión en este sentido la ofrece Karl Marx en su escrito de juventud "La cuestión Judía", en donde se tomarán las enseñanzas de este autor, para tratar de plantear una caracterización y una crítica a la visión de esta forma de la propiedad y que se vuelve el principal

¹³ Nuestro abogado se sentirá bastante decepcionado, en relación con las expectativas de su cliente, de encontrar una solución jurídica que favorezca su interés de conservar y administrar. Ese sentimiento, aparece porque si el abogado estaba considerando la posibilidad de promover un divisorio para cesar la comunidad esperando lograr un precio más favorable para la compra, se percata que no va a poder tener un derecho de preferencia para comprar las cuotas partes, pues el principio de "nadie está obligado a vivir en comunidad" se preferirá en todo el proceso y su cliente se verá abocado a enfrentar el proceso judicial con los costos que ello implica y a enfrentarse a otros oferentes en una pública subasta que puede incrementar el valor del bien hasta el punto que lo excluya de la compra.

obstáculo para plantear una solución diferente a la liquidación ante el supuesto de que un bien esté en cabeza de una pluralidad de personas.

2.2 Crítica al ideal de la propiedad burguesa

Karl Marx en sus escritos de juventud se presenta como un liberal, sin embargo la evolución de sus textos empiezan a apuntar a un ejercicio crítico sobre las instituciones fundamentales que dibujan el Estado liberal. El Estado liberal se fundamenta en una serie de principios declarados y adoptados por las distintas declaraciones de las revoluciones burguesas del siglo XVIII y principios del siglo XIX, en donde el ideal burgués se vuelve el derrotero de todos los esfuerzos humanos. "Constatemos ante todo el hecho de que los llamados *derechos del hombre*, los *droits de l'homme*, a diferencia de de los *droits du citoyen*, no son otra cosa que los derechos del miembro de la *sociedad burguesa*, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad." (MARX, 2008, p. 190)

La crítica de Marx ataca los principios que caracterizan a la sociedad burguesa, estos son: la libertad, la propiedad, la igualdad y la seguridad. Dichos principios son los pilares de una sociedad burguesa egoísta. El Estado que regula esta sociedad es un Estado que realiza al hombre no con otros seres humanos, sino aislado de todos, en este sentido el autor afirma: "Pero el derecho humano a la libertad no se basa en el vínculo del hombre con el hombre sino, más bien, en la separación del hombre con respecto al hombre. Es el derecho a esta separación, el *derecho* del individuo delimitado, *limitado* a sí mismo " (MARX, 2008, P. 190)

La propiedad se configuró en un derecho sagrado, aun más importante que la igualdad, pues esta es sólo ante la ley, la igualdad como pilar de la sociedad burguesa no es otra cosa que la eliminación de los privilegios medievales políticos ante la comunidad, "La *égalité*, considerada aquí en su sentido no político, no es nada más que la igualdad de la *liberté*, descrita más arriba, a saber: que todo hombre es considerado por igual como una mónada que descansa en sí misma." (MARX, 2008, p. 191)

La libertad y el derecho de propiedad se vuelven los derechos sagrados que debe garantizar el Estado sin ningún condicionamiento. Marx empieza a describir dicha situación en la que la garantía de esos derechos aíslan al ser humano y lo encierran en sus propias convicciones, tal como si fuera una mónada en la que nada entra y nada sale.

La libertad es, por tanto, el derecho de hacer y emprender todo lo que no hace daño a otro. El límite dentro del cual puede moverse todo hombre sin perjudicar a otro lo determina la ley, así como la cerca señala la divisoria entre dos tierras. Se trata de la libertad del hombre como mónada aislada replegada sobre sí misma. (MARX, 2008, p. 190)

El hombre mónada es el pilar del Estado liberal radical y creador de los derechos de primera generación donde la abstención del Estado es el común denominador. El fin del Estado liberal es mantener al individuo burgués aislado y en donde ocasionalmente se transforma en ciudadano. El hombre burgués se naturaliza y su modelo se convierte en la caracterización del hombre sin más.

La revolución política disuelve la vida burguesa en sus partes integrantes, sin revolucionar estas partes mismas ni someterlas a la crítica. Se comporta hacia la sociedad, hacia el mundo de las necesidades, del trabajo, de los intereses privados, del derecho privado como hacia el fundamento de su existencia, como hacia una premisa que ya no está, fundamentada y, por tanto, como ante su base natural. Finalmente, el hombre, en cuanto miembro de la sociedad burguesa, es considerado como el hombre propiamente tal, como el homme, se diferencia del citoyen, por ser el hombre en su inmediata existencia sensible e individual, mientras que el hombre político sólo es el hombre abstraído, artificial, el hombre como persona alegórica, moral. El hombre real sólo es reconocido en la forma del individuo egoísta, el verdadero hombre sólo bajo la forma de citoyen abstracto. (MARX, 2008, p. 196)

De este modo Marx demuestra la forma en que el hombre egoísta el hombre burgués que fue capaz de revolucionar las instituciones medievales, fue al mismo tiempo capaz de convertir a ese hombre egoísta en el modelo de ser humano caracterizado en los derechos del hombre. "Por ello, el hombre no fue liberado de la religión sino que obtuvo la libertad religiosa. No se liberó de la propiedad, obtuvo la libertad de propiedad. No fue liberado del egoísmo del oficio sino que obtuvo la libertad de industria. " (MARX, 2008, p. 195)

3. Lecciones del capítulo

En este capítulo hemos aprendido y seremos capaces de hacer de forma ordenada una interpretación de una sentencia de la Corte Constitucional en la que se analizan normas del Código Civil y del ya

derogado Código de Procedimiento Civil, además se ha aprendido a elaborar y desarrollar un problema jurídico constitucional.

Se ha aprendido a través de los doctrinantes diferentes definiciones del cuasicontrato de comunidad, las clasificaciones del cuasicontrato de comunidad en la doctrina y las características del principio "nadie está obligado a vivir en comunidad" y el funcionamiento de la acción divisoria como mecanismo para garantizar el principio antes anotado.

La gran idea que se ha podido comprender es que el principio de que "nadie está obligado a vivir en comunidad" y su aplicación en el ejercicio de la acción divisoria responde a la visión del mundo, del hombre y de las relaciones de propiedad burguesas en las que se busca garantizar la "soledad" del individuo con sus bienes.

A partir, de lo aprendido queda por resolver la siguiente pregunta: Si una persona está en la situación jurídica de ser propietario de una cuota parte de un bien inmueble junto con otras personas, ¿el resultado necesario será la división y la liquidación de la comunidad? La respuesta inicial e hipotética a esta pregunta tiene dos partes y son condicionales:

1. Si las relaciones de propiedad están organizadas y reguladas en donde haya una preferencia por garantizar la individualidad y libertad de los derechos, bajo el esquema burgués de propiedad; habrá más incentivos para la división o venta del bien inmueble.
2. Si las relaciones de propiedad están organizadas y reguladas bajo una visión comercial; habrá más incentivos para la conservación de la propiedad.

Estas hipótesis serán contrastadas desde una comparación normativa, en el capítulo segundo y de análisis económico del derecho, en el tercero, tomando como referencia dos figuras jurídicas típicas: el cuasicontrato de comunidad y el contrato de sociedad de Sociedad Por Acciones Simplificada de ahora en adelante (S.A.S), tratando de establecer finalmente en el epílogo cuál de estas soluciones logra una solución de mercado entendiendo que la solución de intervención siempre preferirá la división y liquidación del bien.

Capítulo II

1. Descripción del capítulo

En este capítulo profundizaré en la caracterización del Cuasicontrato de comunidad y en la S.A.S. El propósito fundamental es contrastar las dos figuras desde cuatro categorías fundamentales, a saber: la relación patrimonial entre las persona y el bien, las reglas para la negociación de los derechos, el manejo de frutos y rentas, las reglas relativas a decisiones sobre el uso del bien, las reglas de responsabilidad de los administradores y las personas.

En cada comparación voy a definir e identificar si el derecho o la carga que describe las normas se identifica con la tipología que establecen los autores Cooter y Ulen en el texto que se citará en ese momento y se explicará brevemente las razones de tal identificación.

El manejo de las citas de la doctrina se pondrán en el cuerpo del texto y las normas jurídicas se citarán como pie de página para facilitar la comprensión del texto, a pesar de que el número de los artículos del Código Civil y de la ley 1258 del año 2008 puedan aparecer en el cuerpo del texto.

El orden del discurso para los efectos antes mencionados será el siguiente:

1. Descripción de la tipología de derechos y costo de Cooter y Ulen
2. Comparación entre las relaciones de comuneros con el bien y de los socios con la propiedad del bien.
3. Lecciones del capítulo

2. Descripción de la tipología de derechos y costo de Cooter y Ulen

El propósito fundamental de este capítulo está en tener la capacidad de determinar si al comparar los diferentes derechos y cargas que muestra la regulación tanto del cuasicontrato de comunidad y la S.A.S, estos resultan costosos o no; para poder hacer ese juicio de identificar un determinado derecho se usarán las notas características de estos para determinar a partir de la tipología establecida por los autores Robert Cooter y Thomas Ulen en su texto *Derecho y Economía*. Estos autores destacan tres tipos de costos:

1. Costos de búsqueda
2. Costos de arreglo
3. Costos de ejecución

Cuando todos estos costos o alguno de ellos es superior al beneficio del arreglo entre las partes entonces las partes preferirán la asignación legal de las responsabilidades de la propiedad y los costos que se derivan de ella. Cooter y Ullen sostienen adicionalmente las siguientes premisas sobre los tipos de costos. Ellos afirman que existe información pública e información privada y que la primera es más barata que la segunda, ii) afirmar que algunos acuerdos no se ejecutan y por lo tanto dichos arreglos tendrán costos de ejecución 0 iii) en relación con los costos del arreglo se afirma que si hay pocas partes, amistosas y que se conocen y tienen un comportamiento razonable entonces el acuerdo es más barato. La siguiente tabla permitirá entender de una mejor manera los costos a los que se refieren los autores:

Cuadro IV. 3 Factores que afectan los costos de transacción (COOTER y ULLEN, 2002 Pg. 124)

Costos menores	Costos mayores
1. Bien o servicio estandarizado	1. Bien o servicio peculiar
2. Derechos claros, simples	2. Derechos inciertos o complejos
3. Pocas partes	3. Muchas partes
4. Partes amistosas	4. Partes hostiles
5. Partes que se conocen	5. Partes que no se conocen
6. Comportamiento razonable	6. Comportamiento poco razonable

7. Intercambio instantáneo	7. Intercambio demorado
8. Sin contingencias	8. Numerosas contingencias
9. Bajos costos de monitoreo	9. Altos costos de monitoreo
10. Castigos baratos	10. Castigos costosos

A partir de esta tipología se podrá definir de qué modo la regulación de las figuras que se están estudiando crean derechos y cargas que de acuerdo con esas características se podrán definir como derechos costosos o menos costosos y así entender cuál normativa trae mayores costos para las partes y de ese modo concluir si en un aspecto específico las figuras comparadas las normas promueven una visión burguesa favorable a la liquidación y división o una visión comercial que favorece la conservación del bien.

2.1 Comparación entre las relaciones de comuneros con el bien y de los socios con la propiedad del bien

En el anexo 1 hay una matriz que está relacionando en las columnas el criterio con el que se van a comparar las dos figuras motivos de análisis y las filas las dos figuras que se van a comparar, en la primera el cuasicontrato de comunidad y en la segunda la S.A.S. Las normas legales se pondrán en pie de página.

2.1.1 Origen

La comunidad de bienes¹⁴ la ley lo define como un cuasicontrato¹⁵, ello implica que su origen es de carácter legal y no requiere necesariamente la voluntad de las partes, pues también por hechos

¹⁴ Luis Guillermo Velásquez sostiene que la comunidad y la copropiedad tienen una significación jurídica diferente, sin embargo en su texto *Bienes* el autor no se afirma en esa posición sino que sostiene una discusión que consiste en establecer si la relación entre los dos términos es de género o especie y al mismo tiempo mantiene que los hermanos Mazeud manejan los términos como equivalentes. (VELÁSQUEZ, 2006 Pg. 30). Lo que sí es cierto es que posteriormente este autor va a usar los términos como equivalentes al describir la comunidad romana y la germánica. En este texto se han usado y se usarán los términos como equivalentes.

¹⁵ ARTÍCULO 2322. CUASICONTRATO DE COMUNIDAD. La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato. (CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO)

distintos a la voluntad de las partes ellas se pueden ver inmersas en dicha situación jurídica.

En cambio la S.A.S debe nacer exclusivamente por acuerdo de las voluntades, por lo que necesariamente ello hace que haya un conocimiento y una familiaridad con las otras personas con las que se está contratando.¹⁶

2.1.2 Reglas análogas

El Código Civil al tratar el cuasicontrato de comunidad y al establecer el derecho de propiedad utiliza reglas análogas a otros continentes normativos, al tratar las cuotas de propiedad establece que son como una sociedad y cuando se hace referencia a las obligaciones se establece que cada propietario es responsable de las obligaciones hasta el monto de su cuota parte, tal como ocurre en las herencias.¹⁷

Esta remisión a diferentes continentes normativos produce un efecto patrimonial particular, consistente en que la cuota parte del activo entra en el patrimonio del copropietario, dicho hecho tiene un tratamiento como si fuera la parte de una sociedad y los pasivos son tratados como si fueran una herencia, generando que los pasivos derivados de la comunidad tengan la potencialidad de atacar todos los activos del patrimonio del comunero.

Por su parte la S.A.S al ser una persona jurídica diferente, el activo entra a formar parte del patrimonio de esa persona con total independencia del patrimonio de los socios.¹⁸

2.1.3 Pluralidad de personas (naturales y jurídicas)

Tal como lo establece la definición de comunidad en esta figura deben existir de forma necesaria dos o más personas. El efecto de esto constituye como resultado final que puedan existir dos o más patrimonios mezclados con los costos y los gastos del bien que comparten, pues las deudas terminarán creando una situación patrimonial confusa. Esa situación crea que la propiedad del bien, junto con sus

¹⁶ ARTÍCULO 98. <CONTRATO DE SOCIEDAD - CONCEPTO - PERSONA JURÍDICA DISTINTA>. 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. (CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO)

¹⁷ ARTÍCULO 2324. COMUNIDAD DE COSA UNIVERSAL. Si la cosa es universal, como una herencia, cada uno de los comuneros es obligado a las deudas de la cosa común, como los herederos en las deudas hereditarias.

¹⁸ ARTÍCULO 2o. PERSONALIDAD JURÍDICA. La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas. (LEY 1258)

cargas y obligaciones se mezclan necesariamente en dos o más patrimonios incentivando que las diferencias entre los intereses de los copropietarios se confundan.

La figura societaria S.A.S ha superado las normas en las que se establecía que debía existir una pluralidad de socios para su existencia. Anteriormente a la existencia de esta forma societaria era necesario tener una pluralidad de socios para que pudiera existir dicha sociedad.¹⁹ Lo anterior abre el camino para pensar e de una manera distinta, pues al eliminarse dicho requisito es posible, observar que el socio de una S.A.S puede convertirse en el único accionista de la sociedad creando una ficción jurídica en virtud de la cual el control de la propiedad del bien inmueble está bajo dos personas distintas pero cuyo patrimonio no se mezcla.

2.1.4 Obligaciones derivadas de la propiedad

En la comunidad la ley establece que el comunero puede adquirir obligaciones y que se obliga a ellas por toda la comunidad o por su parte, además de lo anterior las obligaciones tributarias tales como el predial y demás obligaciones imponen cargas a los copropietarios hacia la administración en su propio nombre. Así pues, el patrimonio de los comuneros de una manera u otra queda expuesto ante las obligaciones generadas y no pagadas incrementando el riesgo de un cobro jurídico al socio que puede tener mayor índices de liquidez que sus otros comuneros, pues es racional que el acreedor cobre jurídicamente al propietario que tiene más liquidez que a los otros o que proceda a adelantar el cobro a todos y en ese último caso el comunero que posee más liquidez busque pagar las obligaciones derivadas del bien para disminuir su riesgo financiero y de solvencia. Es importante anotar que en el caso en que el comunero solvente pague sus obligaciones entonces este adquiere la posibilidad de cobrar a los demás comuneros su cuota en la deuda con el grave riesgo de quedar con una cuenta de difícil cobro.

¹⁹ Esta concepción es ampliamente superada en el derecho societario contemporáneo debido a las importantes manifestaciones empresariales que surgen en países con dinámicas económicas más fuertes. En este sentido, Francisco Reyes Villamizar afirma lo siguiente: "La amplia aceptación de la unipersonalidad en los sistemas más avanzados desde hace varias décadas, ha demostrado que tal postulación no da lugar a consecuencias adversas en la práctica. Tanto la expedición de la Duodécima Directiva Comunitaria en materia de sociedades de capital unipersonales, como la amplia difusión de estas modalidades empresariales en todos los estados de la Unión Americana, han despejado las dudas que hace varias décadas gravitaron en torno a la supresión del requisito de pluralidad." (REYES, Pg. 41)

En la S.A.S es posible identificar que la responsabilidad sobre las obligaciones recae única y exclusivamente hasta los aportes que el socio haya dado a la sociedad por lo que si en este caso los aportes son única y exclusivamente el porcentaje sobre el capital accionario, hasta ese punto se deberá responder. Así pues, el socio solvente que carece de la administración de la propiedad comprenderá que su nivel de responsabilidad va hasta el monto de sus aportes. Lo anterior se vuelve más relevante cuando existen obligaciones tributarias.²⁰

2.1.5 Clasificación de los derechos de acuerdo con la tipología

Desde el punto de vista del *origen* de los derechos de propiedad sobre el bien inmueble en el caso de la comunidad es posible que exista un amplio desconocimiento de las partes en la medida en que es posible que una persona se convierte en copropietario sin que se conozca previamente, pues al ser un cuasicontrato el origen de este puede ser por hechos jurídicos. De acuerdo con Cooter y Ulen, las partes que no se conocen incrementa los costos. En la S.A.S como necesariamente debe existir un acuerdo de voluntades ello implica que para su origen, las partes se conozcan previamente para celebrar el contrato, generando un menor costo de acuerdo con lo autores anteriormente señalados.

Los derechos derivados del cuasicontrato de comunidad desde la *referencia a otras normas* se pueden caracterizar como un bien o servicio peculiar que aumenta los costos; mientras que en la S.A.S al tener un régimen jurídico único permite entender que los derechos son más estandarizados reduciendo sus costos.

Los derechos de la comunidad vistos en su *relación patrimonial* demuestra que al generarse una confusión patrimonial estos se vuelven bastante inciertos y complejos; mientras que en la S.A.S al existir una separación patrimonial entre la persona jurídica y el socio los derechos y las responsabilidades son más claros reduciendo los costos de transacción.

Por la *pluralidad* necesaria de personas en la comunidad de bienes hay por lo menos una relación de mínimo dos partes en la relación incrementando el costo del derecho; en cambio la S.A.S al permitir

²⁰ Anteriormente las obligaciones tributarias derivadas de bienes inmuebles no eran significativas, en la medida que el valor comercial de los bienes inmuebles definitivamente era mucho mayor de los avalúos catastrales. La anterior situación desincentiva el cobro jurídico de las obligaciones tributarias; sin embargo en la actualidad las oficinas de catastro han venido actualizando sus valores de manera importante imponiendo cargas tributarias que hacen atractivo el cobro jurídico de las mismas.

la unipersonalidad de un socio permite predicar que en la S.A.S es posible que la propiedad del bien esté bajo el control de una persona lo que genera que sean pocas o mejor una parte, reduciendo los costos del derecho.

Por las *obligaciones derivadas de la propiedad* es posible afirmar que los derechos en el cuasicontrato de comunidad son más costosos, porque es posible que las deudas del bien no pagadas sean capaces de atacar el patrimonio de los comuneros creando importantes contingencias, característica que aumenta el costo del derecho; mientras que en la S.A.S al permitir la existencia de un único dueño y una separación patrimonial, se puede afirmar que los derechos derivados en esta figura son menos costosos.

2.2. Comparación entre las reglas de negociación de los derechos de propiedad y decisión

Una de las características de la sociedad S.A.S trae consigo una ventaja para que los socios puedan adquirir la parte de otros socios de una manera menos costosa que en el caso de la copropiedad de bienes inmuebles. Los criterios que permiten diferenciar una y otra figura son los siguientes:

1. La naturaleza del derecho a negociar
2. Formalidades para la formación de las voluntades
3. Requisitos de publicidad
4. Mecanismos de financiación
5. Poder de decisión.

2.2.1 La naturaleza de los derechos a negociar

El derecho de propiedad sobre una cuota parte de un bien inmueble se reputa inmueble tal como lo establece el Código Civil²¹. En ese sentido la naturaleza de este derecho es que es un derecho real con todas prerrogativas y poderes que la ley le confiere y así mismo las solemnidades y cargas derivadas de la naturaleza del bien para su transferencia. En este sentido, el mismo Código sostiene que es una

²¹ **ARTÍCULO 667. DERECHOS Y ACCIONES.** Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así, la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero para que se le pague, es mueble. (Código Civil Colombiano)

cosa incorporal al ubicar el derecho de dominio en el capítulo 2 del Título I del Libro II del Código Civil.

El capital de la sociedad está compuesto por las acciones²² de las cuales los accionistas son propietarios. Las acciones representan el derecho que cada socio tiene sobre la fracción en el capital social de la empresa y dichas acciones son indivisibles e individuales. En el momento en que la propiedad es simplemente un activo dentro del patrimonio de la sociedad, ninguno de los socios tiene la propiedad del inmueble y por lo tanto solo posee un número de acciones plural sobre el capital social de la empresa. La S.A.S al tener como característica diferenciadora la posibilidad de tener un socio único que controle la sociedad y por lo tanto la propiedad del bien inmueble.

Es posible afirmar que el derecho de propiedad sobre una cuota en una comunidad es un bien peculiar y al final incierto, de hecho la jurisprudencia ha determinado que los bienes inmuebles entran en la categorización de bienes de cuerpo cierto en la medida en que cualquier acto que se realice se deberá hacer sobre un determinado bien que está individualizado con un folio de matrícula individual y particular. Por su parte las acciones son bienes estandarizados y de género en donde se pueden realizar actos sobre un determinado número de acciones.

2.2.2 Formalidades para la formación de las voluntades

Todo acto sobre bienes inmuebles requiere la realización de una escritura pública que es expedida por un notario. Las cuotas partes de un bien inmueble no son la excepción, luego para hacer cualquier acto que sea traslativo de dominio se requerirá dicho documento que involucra a un privado, dotado de funciones públicas, llamado notario para que de fé de los actos realizados.²³

La S.A.S para su constitución han prescindido de esta formalidad de la escritura pública para su constitución, en este sentido afirma Francisco Reyes lo siguiente: "(...) Se reducen de modo

²² Definición es mía: La propiedad de un bien mueble llamado acción en virtud del cual su titular puede tener derechos políticos y/o económicos y que representa la participación en el capital suscrito y pagado de una sociedad mercantil

²³ **ARTICULO 1º**—El notariado es un servicio público e implica el ejercicio de la fe notarial. La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo expresado por éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece. (Decreto 2148 de 1983)

significativo los denominados costos de transacción derivados del proceso constitutivo de la sociedad previstos en el Código de Comercio.” (Reyes-Villamizar, Pg. 48).

La S.A.S requiere para su acto constitutivo escrito privado y al poder tener un socio único es posible establecerlo por un acto unilateral, no ocurre igual con las sociedades anónimas que requieren de mínimo 5 socios y escritura pública. Después del acto de constitución por escrito privado de la S.A.S se debe proceder a su posterior registro en la Cámara de Comercio junto con los estatutos.²⁴

De igual forma al realizar la cesión de las acciones, los socios simplemente pueden realizar el acto de enajenación por medio de un escrito privado e registrar dicho acto en el libro de accionistas. Las únicas restricciones que tiene la S.A.S en esta materia son las restricciones impuestas por los estatutos de la empresa.²⁵ Adicionalmente la S.A.S permite emitir otras acciones que son útiles para lograr financiación, en este sentido afirma Reyes Villamizar: “La posibilidad de estructurar acuerdos de inversión con base en la naturaleza diversa de las acciones que se le asignen a grupos de inversionistas constituye, además, una importante herramienta de “gobierno corporativo”. La concesión de derechos diversos según la clase que corresponda a cada uno de ellos permite definir *ex-ante* las expectativas económicas de los accionistas y evitar conflictos futuros.” (Reyes-Villamizar, Pg. 64)

Se puede afirmar que los derechos que otorga la S.A.S para la constitución de esta figura jurídica, comparado con los requisitos de la escritura pública de transferencia de derechos, permiten anotar que el acuerdo de voluntades entre los socios de la S.A.S y su constitución son de una ejecución y de intercambio casi instantáneo frente a las solemnidades de la transferencia de derechos de propiedad en la comunidad.

²⁴ **ARTÍCULO 5o. CONTENIDO DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN.** La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, (...) (ley 1258 de 2008)

²⁵ **ARTÍCULO 13. RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES.** En los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este término sólo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de (10) años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas. **ARTÍCULO 14. AUTORIZACIÓN PARA LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES.** Los estatutos podrán someter toda negociación de acciones o de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea. **ARTÍCULO 15. VIOLACIÓN DE LAS RESTRICCIONES A LA NEGOCIACIÓN.** Toda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos será ineficaz de pleno derecho.

2.2.3 Requisitos de publicidad

La comunidad exige que cualquier acto de transferencia del derecho de propiedad deba ser realizado por escritura pública y el posterior registro de este acto en la oficina de registro de instrumentos públicos,²⁶ si dicho acto no se realiza se entiende que la transferencia de propiedad nunca se realizó y por lo tanto se da lugar a la existencia de otros fenómenos jurídicos.

Por contraste es importante destacar que el acto constitutivo de la S.A.S requiere su inscripción en la Cámara de Comercio y su no realización genera como efecto que la sociedad sea de hecho,²⁷ sin embargo para los actos realizados sobre la enajenación de acciones, simplemente se deben realizar por escrito privado y registrarlos en el libro de accionista, operación que se puede realizar de forma inmediata en una sesión de la asamblea de socios.

En relación con estos requisitos la inscripción en la oficina de registro de la escritura pública trae mayores costos debido a que su intercambio es demorado e involucra una mayor cantidad de partes tanto privadas como públicas; la S.A.S por su parte tiene en su acto de constitución una serie de costos pero posteriormente su capital social representado en acciones tiene una mayor negociabilidad en el mercado.

2.2.5 Responsabilidad

Tal vez la mayor cantidad de diferencias normativas se encuentran en las reglas de la responsabilidad de cada una de las figuras estudiadas. Estas diferencias se han seleccionado en los siguientes puntos, la administración, las rentas y frutos, las reuniones, la contabilidad y en los tipos de responsabilidad

²⁶ **Artículo 4°. Actos, títulos y documentos sujetos al registro.** Están sujetos a registro:

- a) Todo acto, contrato, decisión contenido en escritura pública, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre bienes inmuebles;
- b) Las escrituras públicas, providencias judiciales, arbitrales o administrativas que dispongan la cancelación de las anteriores inscripciones y la caducidad administrativa en los casos de ley;
- c) Los testamentos abiertos y cerrados, así como su revocatoria o reforma de conformidad con la ley. (Ley 1579 del año 2012)

²⁷ **ARTÍCULO 7o. SOCIEDAD DE HECHO.** Mientras no se efectúe la inscripción del documento privado o público de constitución en la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, se entenderá para todos los efectos legales que la sociedad es de hecho si fueren varios los asociados. Si se tratare de una sola persona, responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa. (Ley 1258 de 2008)

de los administradores. Al final se buscará establecer un juicio de identidad entre la tipología de los costos y estas comparaciones.

2.2.5.1 El Administrador

La legislación colombiana no obliga a los comuneros a tener un administrador de toda la comunidad por esa razón se encuentran normas que regulan cada aspecto de un globo de terreno rural, en donde usualmente aparecen todos los aspectos de la administración y se establece la regla general de que los frutos y rentas serán de propiedad de cada comunero en proporción a su cuota. De los artículos 2328 al al 2334 se encuentran normas relativas a la asignación de la propiedad de los frutos, huertas y demás aspectos de la comunidad en bienes inmuebles de carácter rural. El principio general de dichas disposiciones es el consagrado en el artículo 2328²⁸. Las siguientes normas a partir del artículo 2330 hasta el artículo 2333²⁹ anotan diferentes reglas de propiedad sobre aspectos de un globo rural. En estas normas es posible identificar que la regla general es la proporcionalidad en relación con las cuotas de propiedad que cada uno de los comuneros tenga. Al analizar estas normas es posible afirmar que su aplicación es casi imposible pues, ¿qué ocurre si mi copropietario de la labranza decide no fumigar su parte y me causa un daño en mi cosecha? ¿Qué pasa si un animal muere? ¿Qué pasa si un animal nace? ¿Qué pasa si roto mi inventario más rápido que mi copropietario? ¿Quién administra esa información?

En la S.A.S todas las ventas e inventario deben ser manejados por un administrador que maneja los asuntos de la propiedad de acuerdo con las normas contables propias de la legislación mercantil. Los

²⁸ **ARTÍCULO 2328. DIVISIÓN DE LOS FRUTOS.** Los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas. (Código Civil Colombiano)

²⁹ **ARTÍCULO 2330. COMUNIDAD SOBRE PREDIO.** Cada uno de los que poseen en común una tierra labrantía, tiene opción a que se le señale para su uso particular una porción proporcional a la cuota de su derecho, y ninguno de los comuneros podrá inquietar a los otros en las porciones que se les señalaren. **ARTICULO 2331. COMUNIDAD SOBRE TERRENOS PARA CRÍA DE ANIMALES.** Cada uno de los que poseen en común un terreno a propósito para la cría o manutención solamente de bestias, puede mantener en él un número de animales proporcional a la cuota de su derecho. **ARTICULO 2333. COMUNIDAD POR DECLARACIÓN JUDICIAL SOBRE PASTOS.** Cuando varios individuos tengan terrenos de pastos, contiguos, que no puedan dividirse por cercas, y por ello no pueda evitarse que las bestias de los unos pasen a los terrenos de los otros, cualquiera de los interesados puede pedir al juez declare tales terrenos sujetos a las reglas de los terrenos comunes, para el solo efecto de mantenimiento de bestias y ganados. (Código Civil Colombiano)

gastos, costos, imprevistos y demás asuntos son de responsabilidad de una única persona que debe responder ante los socios por los actos propios de la administración, así pues en el caso de bienes rurales, la labranza se manejará como un solo globo, los pastos como un solo potrero y el inventario de ganado como un solo inventario.

La S.A.S al unificar toda la responsabilidad en un administrador reduce los costos de monitoreo, las contingencias y la posible hostilidad de las partes, pues si hay incongruencias en la información siempre es posible remover al administrador; mientras que en la comunidad cada propietario debe vigilar a su copropietario de que no abuse de los derechos que la ley le confiere, generando importantes costos de monitoreo, incapacidad de solucionar las contingencias y por lo tanto hostilidad entre las partes.

2.2.5.2 Las deudas

Otra norma que genera dificultades en relación con la certeza del nivel de solvencia y liquidez de la comunidad es el artículo 2325, que establece las reglas sobre las deudas contraídas a favor de la comunidad.³⁰

La norma citada anteriormente desincentiva enormemente la financiación de la comunidad, pues en relación con los pasivos que se hacen en favor de la comunidad las asume en su totalidad el comunero que después divide dicha totalidad entre los demás comuneros.³¹ En la S.A.S los costos y los gastos se presentan al final del ejercicio y en este caso sí existen pérdidas, o se capitaliza la sociedad o se ordena su liquidación, pero por el principio de separación patrimonial entre el patrimonio de los socios y de la sociedad no se pueden cobrar dineros y tampoco se aceptan gastos

³⁰ **ARTÍCULO 2325. DEUDAS CONTRAÍDAS EN FAVOR DE LA COMUNIDAD.** A las deudas contraídas en pro de la comunidad durante ella, no es obligado sino el comunero que las contrajo; el cual tendrá acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiere pagado por ella.

Si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todos ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales; salvo el derecho de cada uno contra los otros, para que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda. (Código Civil Colombiano)

³¹ Por ejemplo, si la comunidad de predios, o sea de una huerta, está en una composición del 70, 30 y requiere una cerca que cuesta \$1.000.000 el comunero que contrae la obligación lo hace por el 100% y después este puede repetir contra el otro comunero en las partes que le corresponden, por lo que el comunero que pagó deberá pagar \$700.000 y el otro comunero \$300.000. Si el comunero que pagó le cobra los \$300.000 porque la huerta dio pérdidas entonces es legítimo que el comunero que debe se moleste, pues le están cobrando un dinero que se deriva de la mera propiedad, pero si este comunero no paga entonces hay una cuenta por cobrar en mora y el comunero que pagó mejoró la parte de su otro comunero y no posee garantía para cobrar dicho dinero.

que no estén previamente autorizados.

En este punto es posible observar que el manejo de las finanzas en la comunidad es más complejo debido a que hay posibilidades de que las partes sean hostiles por su obligación de realizar pagos que les corresponden, mientras que en la S.A.S para poder manejar las finanzas siempre se requiere que los socios aprueben los Estados Financieros de carácter general y estén de acuerdo con una capitalización.

2.2.5.3 Reuniones y contabilidad

La ley no exige que los copropietarios se reúnan en ningún momento y perfectamente pueden pasar, desde el inicio de la comunidad hasta el final sin reunirse en ningún momento. Por otro lado, no existe ninguna norma en la comunidad que obligue a llevar contabilidad por parte de los comuneros, luego es posible que todas las finanzas, inventarios y bienes pueden estar literalmente en la mente de uno de los copropietarios.

La S.A.S por su parte obliga a llevar una contabilidad rigurosa pues una de sus características es que es eminentemente comercial y por lo tanto está sujeta a todas las obligaciones de los comerciantes³².

En este sentido afirma Reyes-Villamizar:

El régimen de la S.A.S suprime por completo la dicotomía en sociedades. El artículo 3 de la Ley S.A.S establece de modo definitivo 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. (Reyes-Villamizar, Pg. 53)

El representante legal de la S.A.S debe convocar a la Asamblea de Accionistas. Estas reglas están establecidas en los artículos 17 al 23, en donde el representante legal deberá convocar a las reuniones establecidas en los estatutos de la sociedad y en la ley. En la S.A.S se deben reunir los socios, aprobar los estados financieros y demás funciones que el Código de Comercio le impone a la Asamblea como máximo órgano de dirección. Adicionalmente los socios podrán renunciar a la convocatoria de la Asamblea y a la inspección de los documentos, dando una mayor flexibilidad a las reuniones.

³² **ARTÍCULO 19. OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES.** Es obligación de todo comerciante:
3) Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;

Al final la gerencia tiene un plazo de cada año para organizar los estados financieros de la sociedad. Algunos críticos de la S.A.S podrán objetar diciendo que dichos avances en responsabilidad fiduciaria que trae la ley S.A.S impone mayor cantidad de costos de negociación, porque con las sociedades existe una pesada carga administrativa. A esa objeción se pueden ofrecer dos respuestas claras; i) Siendo verdadera la objeción para los demás tipos societarios, la S.A.S no obliga a los socios a crear una junta directiva como sí es una obligación de las Sociedades Anónimas ii) La S.A.S puede funcionar perfectamente con un sólo representante legal y la Asamblea de Socios que se reunirá por convocatoria previa en las fechas establecidas por ley para las reuniones ordinarias y las extraordinarias cuando sean convocadas por el gerente con los requisitos de ley previamente establecidos.

Las obligaciones de la S.A.S en materia de contabilidad, reuniones y por su carácter eminentemente comercial impone derechos que tienen un intercambio demorado de comunicaciones y de una mayor cantidad de personas involucradas en los negocios sociales; a diferencia de la comunidad que no exige ninguna de estas formalidades.

2.2.5.5 Tipo de responsabilidad

En la comunidad los comuneros son prácticamente irresponsables entre ellos, pues la ley establece una serie de normas sobre propiedad y deberes que ellos deben asumir, pero no hace referencia a un sistema específico de responsabilidad. Los comuneros responderán de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil, por lo que al final deberá responder única y exclusivamente si se demuestra la culpa grave o el dolo del daño antijurídico que puedan sufrir los comuneros.³³

Es importante anotar que el régimen de responsabilidad de los administradores sociales se encuentra en la ley 222 de 1995, específicamente desde los artículos 22 hasta el artículo 25 del mismo estatuto.

³³ La responsabilidad civil que se pueda exigir única y exclusivamente por dolo o culpa grave, es un escenario peligroso, pues le corresponderá probar a la contraparte el daño, la antijuridicidad y la conducta junto con el nexo causal, probar el dolo siempre tiene consecuencias probatorias importantes, pues lograr la prueba de dichos actos siempre es costoso para la parte que está demandando. De igual manera, siempre parece como moralmente incorrecto exigir una responsabilidad cuando hay un comunero que nunca se ha encargado de los negocios comunes.

Para el caso específico de la S.A.S el artículo 27 hace remisión directa a las normas anteriormente mencionadas.³⁴

El inciso primero de la norma hace la remisión directa a las normas de la ley 222 de 1995, que en esencia cambia el sistema de responsabilidad de los administradores del haber social creando una presunción de culpa al administrador y adicionalmente confiere una acción jurídica específica para exigir dicha responsabilidad.³⁵ Las obligaciones de los administradores están consagradas en el artículo 23 de la ley 222 de 1995.³⁶

Si examinamos el primer inciso de dicho artículo se cambia inmediatamente la faceta o el modelo de responsabilidad, pues en la comunidad se busca establecer un modelo para fijar responsabilidad este se concentra en el modelo del buen padre de familia como lo establece el artículo 2336.³⁷; El código civil establece que la responsabilidad del comunero va hasta culpa leve, por eso es necesario remitirse al

³⁴ **ARTÍCULO 27. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES.** Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenidas en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración, si los hubiere. **PARÁGRAFO.** Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores. (Art. 27 de la ley 1258 de 2008)

³⁵ Como ya lo habíamos notado esta es una diferencia fundamental entre la administración de un cuasicontrato de comunidad con una S.A.S; ya que en el caso de la comunidad le corresponderá a los comuneros probar el dolo o la culpa grave al administrador de la comunidad; en la S.A.S

³⁶ **ARTÍCULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.** Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.
7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.

En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad. (Ley 222 de 1995)

³⁷ **ARTÍCULO 2326. DEUDAS DE LOS COMUNEROS CON LA COMUNIDAD.** Cada comunero debe a la comunidad lo que saca de ella, incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares, y es responsable hasta la culpa leve por los daños que haya causado en las cosas y negocios comunes.

artículo 63³⁸ del mismo estatuto civil para mirar su definición y es ahí donde encontramos la idea del buen padre de familia.

la categoría del buen padre de familia es una categoría abierta y sujeta a las interpretaciones judiciales ello conlleva a mayores costos para poder determinar la responsabilidad que tienen los administradores de la comunidad. Así pues, el estándar que se establece para exigir la responsabilidad al administrador de la comunidad es la del buen padre de familia.

En la S.A.S el estándar cambia y es ahora el del buen hombre de negocios, para fijar la responsabilidad de los administradores. Dicho modelo impone obligaciones legales que deben ser observadas y dichas obligaciones se encuentran en los numerales fijados por el artículo 22 de la ley 222 de 1995. Adicionalmente trae consigo otro tipo de aspectos que continúan definiendo y matizando el deber fiduciario de dicho buen hombre de negocios. Dichos aspectos consisten en las presunciones que en muchos casos disminuyen enormemente los costos para exigir los derechos derivados de la sociedad. El Artículo 23 de la ley 222 de 1995 que modificó el artículo 200 del Código de Comercio y se establece que la responsabilidad es solidaria e ilimitada cuando se causen daños a la sociedad, a los socios o a terceros. Adicionalmente en materia de distribución de utilidades se presume la culpa de los administradores cuando estas se distribuyen en contravención de lo ordenado por el artículo 151 del Código de Comercio. En este caso si la sociedad distribuye utilidades que no estuvieran soportadas en balances, el administrador o representante legal deberá responder de forma solidaria y de manera ilimitada. Más allá de los términos de las leyes lo que existe en este caso es una inversión de la carga de la prueba, lo que hace que los cobros derivados de la existencia de utilidades de la empresa común sea menos costoso para los socios en contra del representante legal. A diferencia de la comunidad de bienes inmuebles donde exigirle al comunero dineros derivados de la comunidad se enmarca bajo el sistema de responsabilidad del buen padre de familia a los comuneros les corresponderá reclamar los

³⁸ **ARTÍCULO 63. CULPA Y DOLO.** La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. (...)

beneficios acreditando el dolo o la culpa grave, mientras que en el caso de la sociedad el administrador responde de forma solidaria y su culpa se presume ante la ley, por lo que le corresponderá a él demostrar la ausencia de responsabilidad. Frente a eso la superintendencia de sociedades citando a la Corte Constitucional ha expuesto lo siguiente en el Oficio 220-015163 Del 11 de Febrero de 2013:

Efectuadas las anteriores precisiones, particularmente el campo de la competencia asignada por el legislador a esta Entidad, resulta pertinente informarle que el concepto actuar “ con la diligencia de un buen hombre de negocios” surge en el texto de la exposición de motivos que dio lugar a la expedición de la Ley 222 de 1995, acogida por el legislador y posteriormente desarrollada por la jurisprudencia y la doctrina como consecuencia de la gran responsabilidad que asumen los administradores quienes en el ejercicio de su gestión, sus decisiones y las actuaciones que adelantan a nombre de la sociedad que representan o administran impactan en el orden social y económico del país. En:
(<http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/32968.pdf>)

La Corte Constitucional resalta el deseo del legislador, en una interpretación teleológica de las normas la exposición de motivos de la ponencia del trámite de la ley 222 de 1995, lo recordó del siguiente modo:

La necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, que resulta concordante con las normas de rendición de cuentas previstas en el capítulo de estados financieros. (...) Confiamos que con estas nuevas disposiciones no sea difícil, como hasta ahora, establecer las responsabilidades de los administradores y lograr el reconocimiento de las respectivas indemnizaciones, con la seguridad que a los buenos administradores el régimen no les impone obligaciones distintas de las que ya tienen. (Subrayado, por fuera del texto) (C-123 del año 2006)

Es claro que el nivel de responsabilidad de los administradores es mayor en la S.A.S que en el caso de la administración por parte de los comuneros y al trasladar e invertir la carga de la prueba y de la prueba en cabeza del administrador, mientras que en la comunidad no es tan fácil exigir dicha responsabilidad. En la S.A.S en materia de responsabilidad es posible establecer derechos que son más claros y simples que en el caso de la comunidad de bienes.

3. Lecciones³⁹

En este capítulo se han desarrollado habilidades como la de crear criterios que permitan la comparación entre dos figuras jurídicas diferentes y de distinta naturaleza como son la comunidad de bienes y la S.A.S. Se pudieron establecer algunos conocimientos comparando las dos figuras y mostrando sus diferencias en los criterios que se señalan en la tabla que servirá de Anexo 1 a esta reflexión y adicionalmente se pudieron identificar ciertas características de ciertos derechos como costosos y menos costosos.

Se pudo comprender que las características normativas de las dos figuras se pueden identificar con la tipología antes establecida y en ese sentido determinar como gran aprendizaje de este capítulo que las características de las figuras jurídicas se puede decir si establecen derechos costosos o no costosos. También es posible establecer una conexión en la que se puede desarrollar las hipótesis del primer capítulo:

1. Si las relaciones de propiedad están organizadas y reguladas garantizando de forma preferente la individualidad y la libertad de derechos, bajo el esquema burgués de propiedad, los derechos que garantiza la legislación son más costosos, porque en la mayoría de los criterios analizados de la comunidad de bienes los derechos descritos son, de acuerdo con la tipología elegida, más costosos.
2. Si las relaciones de propiedad están organizadas y reguladas bajo una visión comercial los derechos que crea la legislación son menos costosos, porque en la mayoría de los criterios

³⁹ El abogado en este punto de la reflexión se está convenciendo que es mejor devolverle el dinero de los honorarios al cliente; pues está percibiendo que si bien la S.A.S es un mecanismo que provee de derechos menos costosos, frente a la comunidad de bienes, es claro que no va a poder recomendarle dicha institución jurídica pues se percató de que tendrá que asumir costos de reuniones, la matrícula mercantil, el contador y todas las obligaciones tributarias derivadas de la Sociedad. Mientras analiza dicha situación se ríe en silencio imaginando al cliente con su hermano peleando por quién tiene derecho a más vacas en el terreno o por el pedazo de labranza que le corresponde a cada quien.

Al darse cuenta que se estaba distraído, vuelve a concentrarse en los trámites de la S.A.S y se percató que es un buen nicho de mercado, pues podrá al menos tener tres consultas. Saca la calculadora y anota los ingresos en el margen de su libro de notas.

analizados en la S.A.S, figura típicamente comercial, los derechos descritos son menos costosos.

Capítulo III

1. Descripción del capítulo

En este capítulo estudiaré brevemente en qué consiste el teorema de Coase para analizar brevemente si de acuerdo con algunos criterios establecidos a priori en el teorema, funciona o no funciona en las dos figuras analizadas, a saber: el cuasicontrato de comunidad y la S.A.S. Lo anterior con el fin de descartar la posibilidad de negociaciones privadas entre las partes de estas figuras. Se concluirá finalmente que debido a las limitaciones del teorema no es posible lograr un acuerdo cooperativo que busque no liquidar el bien.

Elaboraré unas matrices de pagos partiendo de la teoría de juegos no cooperativos y definiendo unas determinadas estrategias en relación con el problema jurídico planteado, para entender en qué escenarios es posible liquidar o no liquidar el bien.

Finalizare, con las lecciones aprendidas en este capítulo en relación con conocimientos adquiridos y los desarrollos que darán fundamento al epílogo.

El orden del discurso será el siguiente:

1. Breve explicación del Teorema de Coase
2. Costos altos en diferentes categorías de las figuras que no permiten un acuerdo cooperativo
3. Juegos no cooperativos
4. Lecciones aprendidas

2. Breve explicación del Teorema de Coase

Es imposible iniciar una reflexión de análisis económico del derecho de propiedad en cabeza de una pluralidad de propietarios sin hacer una referencia al Teorema de Coase. El Teorema de Coase propone una solución distinta a la asignación de responsabilidad a las empresas que tienen efectos dañinos sobre otros. Coase propone que él se desvía de la solución de Pigou. "This paper is concerned with those actions of business firms which have harmful effects on others (...) It is my contention that

the suggested courses of action are inappropriate, in that they lead to results that are not necessarily, or even, usually, desirable.⁴⁰ (COASE, 1960. Pg 1,2)

Ronald Coase hace este análisis en su artículo, "*The problem of social cost*". En las primeras páginas de este texto Coase analiza el sentido de la responsabilidad de dos agentes económicos, un granjero y un ganadero en donde los dos deben hacer uso de su derecho de propiedad para maximizar su beneficio. Bajo esta premisa se establece una relación entre el incremento de animales del ganadero frente a la pérdida del granjero en sus cultivos y se analiza las reglas de responsabilidad entre cada uno de ellos.

Cooter y Ullen explican, en mi opinión de forma un poco más clara el caso, de la siguiente manera: Si el agricultor es responsable de mantener a los animales afuera de su propiedad y deberá asumir la pérdida que le produzca el ganado o por el contrario el ganadero es responsable de la pérdida que le cause al granjero y por lo tanto para no ser responsable deberá cerrar su propiedad. El primer sistema se llama "praderas abiertas" y el segundo caso se llama "praderas cerradas"⁴¹. El costo total que tendría que pagar el ganadero o asumir el granjero en el caso en que los animales se coman la pradera es de 100. En este caso sea cual sea la regla ninguno querrá asumir un costo de 100. Ahora bien, si la regla de responsabilidad es de praderas cerradas entonces para evitar el pago de 100 el ganadero debe cercar su propiedad a un costo de 75; mientras que si la regla es de praderas abiertas el granjero, para evitar una pérdida tendrá que cercar a un costo de 50. Si miramos la relación de costos entre el granjero y el ganadero hay espacio para negociar entre 50 y 75 ya que alguno tendrá que asumir dicho costo, por lo que hay espacio para hacer una negociación. La negociación tendrá que ser puesta en los siguientes términos; debido a que para el agricultor es más barato cercar entonces

i. se deberá aceptar la regla de praderas abiertas,

⁴⁰ Este ensayo se preocupa por las acciones de las empresas que tienen efectos dañinos en otros. (...) Mi discusión consiste en que las acciones sugeridas son inadecuadas pues traen resultados que no necesariamente, son usualmente deseables. (Traducción libre mía)

⁴¹ El abogado después de estar concentrado profundamente en sus reflexiones, vuelve a revisar las normas del Código Civil en materia de ganados, bosques, pastos y labranzas y le parece bastante particular como el ejercicio que describen los autores es bastante parecido a las normas que antes había leído. Vuelve a la biblioteca para sacar su Código Civil lleno de notas al margen y aprehende la siguiente idea: las soluciones del Código Civil siempre buscan la igualdad de derechos y cargas en el cuasicontrato de comunidad, porque está basado en el supuesto de que los copropietarios valoran de igual modo sus derechos. Después él se recostara sobre la silla observará al techo buscando aliviar sus ojos y se dará cuenta que algunas de las conclusiones de Coase coinciden con su punto de vista.

ii. si el beneficio de la negociación entre el costo del granjero y el costo del ganadero es de 25 y se divide el beneficio entre los dos con un resultado de 12,5.

iii. luego el ganadero deberá asumir el costo de la cerca por un valor de 62,50 y se construye la cerca.

(COOTER y ULLEN, 2002 Pg. 116)

La solución que plantea Coase en su texto es más radical en el sentido de que el granjero negociará al final dejar de cultivar en la medida en que el fenómeno y el curso de los eventos trae consigo que la responsabilidad y lo que el ganadero está dispuesto a pagar por su responsabilidad es mayor que lo que el granjero está dispuesto a pagar por el uso de la tierra. (COASE, 1960. P. 6)

Coase demuestra que esta regla es contraevidente a la intuición, fundamentalmente porque los seres humanos estamos dispuestos a considerar: i) que la ley está de nuestro lado y ii) que la ley asigna las responsabilidades y obligaciones de manera moralmente correcta y por lo tanto la discusión de muchos economistas, en relación con los correctivos de las externalidades negativas, es sobre quién debe asumir el costo.

3. Costos altos en diferentes categorías que no permiten un acuerdo

Para desarrollar este aspecto explicaré en casos prácticos el modo en que opera la figura por medio de casos de la vida cotidiana en materia de bienes inmuebles. Los cuatro ejemplos que se van a exponer están encaminados a exponer o a resolver el siguiente interrogante: ¿Es posible un acuerdo en alguna de las figuras que permita la no liquidación del bien?

3.1 Deudas por obligaciones no pagadas para el mantenimiento y conservación del bien.

En este primer caso existen unas deudas por concepto de costos necesarios para el mantenimiento del bien inmueble.

1. Existe un bien inmueble sometido a propiedad horizontal en Bogotá estrato 6 cuyo avalúo puede estar alrededor de los \$900.000.000 M/cte
2. Por concepto de ese inmueble la administración puede estar cercana a los \$850.000.
3. Un co-propietario vive en él y no ha pagado ni la administración como tampoco el impuesto predial.

4. La administración no pagada asciende a valores con multas y cobro jurídico a \$23.000.000.

A partir de estos hechos se puede concluir lo siguiente:

1. El valor total de las obligaciones asciende a \$23.000.000.
2. Los acreedores podrán cobrar sin éxito al comunero que vive en el apartamento y que para todos los efectos opera como tenedor del mismo inmueble.
3. Si la copropiedad tiene otros propietarios los acreedores perseguirán a todos los propietarios con el riesgo jurídico para los copropietarios que no tienen provecho del inmueble.

A partir de las siguientes conclusiones es posible descifrar algunas estrategias que puede tener el acreedor:

1. Atacar al tenedor del bien.
2. Atacar a todos los propietarios por el 100% de la obligación.
3. Atacar a uno de los propietarios por el 100% de la obligación entendiendo que la naturaleza de las obligaciones implica solidaridad.

Por supuesto que la estrategia más efectiva para el acreedor es perseguir por medio la solidaridad al propietario más solvente para lograr el pago efectivo de la obligación, aun si este no ha tenido provecho del bien. Siendo así es probable y razonable entender que el acreedor persiga al propietario que posee más recursos. Si la conclusión anterior es verdadera entonces el propietario que es solvente ante un riesgo jurídico y entendiendo que su propio patrimonio se ve involucrado podrá hacer uso de varias estrategias:

1. No pagar la obligación
2. Pagar la obligación y repetir el cobro ante su copropietario en el porcentaje que le corresponde.

Cualquiera de los dos escenarios es desfavorable para el comunero solvente que no posee la administración del bien, pues si no paga necesariamente se ve expuesto a un proceso que tiene garantías colaterales y en el caso del ejemplo las herramientas de coacción que tienen los acreedores son amplias para ejercer suficiente presión por medio de medidas cautelares. Por el otro lado, pagar la obligación le significa desde la perspectiva de la ley lo siguiente:

1. Un egreso de \$23.000.000 contra una cuenta de cobro contra su comunero de \$11.500.000.
Pues ante la ley el comunero era responsable de esa obligación por el mero hecho de ser propietario aun si no tiene provecho de la misma.
2. Dicho pago no sale de la comunidad ni de sus frutos sino del propio patrimonio del pagador que en principio se empobreció en \$25.000.000.

De este modo, la no separación patrimonial del bien del comunero solvente y el hecho de que él no percibe beneficios al no residir en el inmueble, le implica una pérdida de \$23.000.000; por su parte el comunero que no ha pagado recibe todo el beneficio tanto de la residencia como la exoneración completa del pago de la administración en la medida en que la situación de comunidad siga existiendo. De esta manera, el único mecanismo viable es la liquidación ya que el riesgo a la pérdida por ser propietario es mayor a cualquier expectativa de ganancia que se pueda obtener.

En la sociedad S.A.S funciona de una manera totalmente diferente para el socio solvente pues sus estrategias varían de manera importante reduciendo sus costos de transacción para la satisfacción de sus intereses. Esas estrategias pueden ser dos:

1. Pagar la obligación y comunicar al representante legal el pago de la obligación.
2. No pagar la obligación
3. Obligar una capitalización de la sociedad generando una disminución de la participación del socio que no suscribió las acciones.

Frente a la primera estrategia el socio entra como acreedor de la sociedad y debido al control en la propiedad de la misma podrá lograrse el pago de la totalidad de la obligación. En relación con la segunda estrategia de no pago los efectos perjudiciales de la misma nunca recaen sobre el patrimonio del acreedor, sino contra el activo que pueda estar en manos de la sociedad y la parte accionaria que corresponde y frente a la tercera estrategia el comunero solvente tiene la posibilidad de que al capitalizar diluye a su socio ganando control sobre la misma.

No se puede negar que con la S.A.S se disminuye el riesgo de pérdida ante esa situación, sin embargo para poder hacer dicha operación es importante mantener la administración del bien en cabeza de la sociedad y en cualquiera de los escenarios el socio solvente recibe una pérdida, pues en el caso de que

pague y dicho pago se vuelva un crédito tendrá que enfrentarse a sus socios en la Asamblea para que sea reconocido dicho pago en los presupuestos, frente a la estrategia de no pagar la pérdida se hará contra el patrimonio de la sociedad afectando sus intereses patrimoniales y frente a capitalizar la sociedad para el pago tendrá que asumir mayores costos de negociación con sus socios, pues si ellos no tienen la capacidad de pago entonces serán diluidos. Esa situación termina generando que el activo y la sociedad entre en causal de liquidación y por lo tanto no se pueda conservar el activo.

3.2 Costos de compra y de propiedad

Una de las características de la sociedad S.A.S trae consigo una ventaja para que los socios puedan adquirir la parte de otros socios de una manera menos costosa que en el caso de la copropiedad de bienes inmuebles. La comunidad de bienes trae consigo un problema de costos de transacción que consiste en el hecho de que si alguno de los copropietarios desea adquirir la propiedad de otro de los comuneros deberá asumir el 100% del precio de la parte que se va adquirir con el efecto de la terminación de la comunidad o en su defecto adquirir pequeñas partes con importantes costos en tiempo y dinero y con la asunción de riesgos en relación con el control sobre las decisiones de la copropiedad.

La situación jurídica se presenta del siguiente modo: si existe una comunidad entre dos o más copropietarios y existen diferentes estrategias de negociación en donde una parte no desea vender y la otra sí desea la venta; entonces los únicos acuerdos posibles entre las partes es que el propietario que no desea vender deberá comprar las partes a los que sí desean vender o comprar las cuotas de los demás copropietarios en lapsos y tiempos diferentes.

Frente a la primera opción el comprador deberá asumir el costo del 100% de las cuotas partes de los demás copropietarios para extinguir la comunidad y que quede como único propietario, mientras que en la segunda opción el comprador deberá adquirir por partes la propiedad que es de su interés generando que en cada venta y en cada compra se asuman los costos de publicidad que requiere la compra venta de bienes inmuebles.⁴²

⁴² Recordemos que el estatuto civil cuando hace referencia a actos de enajenación de bienes inmuebles impone una serie de solemnidades que son requisitos de existencia del contrato y de publicidad del acto. Esos actos son

El capital de la sociedad está compuesto por las acciones de las cuales los accionistas son propietarios. Las acciones representan el derecho que cada socio tiene sobre la fracción en el capital social de la empresa y dichas acciones son indivisibles e individuales. En el momento en que la propiedad es simplemente un activo dentro del patrimonio de la sociedad, ninguno de los socios tiene la propiedad del inmueble y por lo tanto sólo posee un número de acciones plural sobre el capital social de la empresa.

Al trasladar la propiedad de un activo al patrimonio de una S.A.S inmediatamente se genera el efecto de que un activo que antes no era líquido, comience a tener una mayor negociabilidad entre los socios. La S.A.S al tener como característica diferenciadora la posibilidad de tener un socio único se crean los incentivos perfectos para que el individuo que no quiere perder el control del activo pueda permanecer en su control y aquel que quiere liquidar su participación lo pueda hacer igualmente con la ventaja de que su oferta puede variar en vender una parte del componente accionario sin necesidad de tener que vender el 100% de las acciones.

Ahora entraremos a demostrar la premisa que se sostuvo con anterioridad: Los incentivos al trasladar la propiedad de un bien inmueble al patrimonio de una sociedad S.A.S están enfocados en lograr acuerdos entre los socios para trasladar el control de las decisiones hacia uno de los socios y en caso de que un acuerdo no sea posible existen mecanismos o soluciones privadas por fuera de la justicia o de los métodos heterocompositivos. Este traslado de incentivos se produce por el hecho de que los costos de hacer cesiones de las acciones son más bajos, pues: i) no tienen los requisitos de publicidad que sí tiene la transferencia de cuotas de participación de una copropiedad en bienes inmuebles ii) la compra de acciones de una sociedad es directamente proporcional al poder de decisión que se tiene dentro de la sociedad. iii) Existen mecanismos menos costosos para adquirir el control de la sociedad y tomar decisiones dentro de la sociedad misma.

Frente al primer efecto, a saber: no existen requisitos de publicidad que sí tiene la transferencia de cuotas de propiedad, se puede decir que la transferencia de las acciones sólo requiere la redacción de un documento de cesión de acciones y el registro en el libro de accionistas. No se requiere de escritura

fundamentalmente dos: i) la escritura pública de compraventa y ii) la inscripción de dicha escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos del circuito correspondiente.

pública y tampoco del registro de la misma escritura en la oficina de registro de instrumentos públicos, por lo que en términos de COASE los costos de transacción se reducen en comparación con los costos de escrituración que sí existen en la transferencia de la propiedad. Imaginemos lo siguiente:

1. una finca que vale \$1.000.000.000 millones de pesos.
2. Dicha finca ha sido adquirida por dos socios por medio de una S.A.S llamada inversiones de pasto S.A.S.
3. Posteriormente uno de los socios o comunero desea liquidar su participación dentro de la sociedad o comunidad por valor de \$500.000.000 millones de pesos, sin embargo él sólo requiere \$200.000.000 millones.
4. El costo de la transferencia del inmueble es de \$10.000.000 en caso de comprar sólo el 20% de la cuota parte.
5. El costo de transferencia del inmueble en caso de comprar el 50% restante es de \$25.000.000

De los anteriores hechos se pueden concluir los siguientes datos para la comunidad y las siguientes posibilidades de negociación:

1. Comprar la cuota parte del comunero por un valor de \$200.000.000 asumiendo el costo correspondiente de registro por un valor de \$10.000.000. Para un costo total de \$210.000.000
2. Comprar la totalidad de la parte del comunero por un valor de \$500.000.000 asumiendo el costo de registro por un valor de \$25.000.000 para un total de \$225.000.000
3. Vender el activo por un valor de \$1.000.000.000 con el costo de registro de \$50.000.000, para un ingreso bruto para cada uno de los propietarios de \$475.000.000

Los resultados en estas dos posibilidades son los siguientes:

1. Frente al primer resultado el propietario conserva el 70% de la propiedad de la finca pero no gana ningún derecho de poder decisión respecto del otro 30%.
2. Frente al segundo resultado se está extinguiendo la comunidad a un costo de \$25.000.000 eliminando la pluralidad de personas.
3. El tercer escenario se obtiene una pérdida de \$50.000.000 por la transferencia que repartida entre los comuneros es de \$25.000.000 para cada uno de ellos.

En el caso de la S.A.S existen los siguientes datos y posibilidades de negociación

1. Existe la posibilidad de hacer negociaciones ejercitando el derecho de preferencia de ley de comprar la totalidad de las acciones por un valor de \$500.000.000 millones de pesos y en ese caso el inversionista tendría la totalidad de las acciones a su nombre siendo socio único y disminuyendo los costos de gobierno corporativo en la medida en que él es el único propietario de las acciones.
2. Existe la posibilidad de pagar las acciones a un valor patrimonial de \$200.000.000 millones de pesos y adquirir el 20% de la participación y el control de las decisiones de la sociedad con un valor cercano -0- pesos por la transferencia de la propiedad de las acciones ya fuera por concepto de una venta de acciones o un contrato de cesión de acciones. Si esa es la situación el comprador de las acciones adquiere el 70% de poder decisión de la S.A.S y por lo tanto tiene el control de la mayoría de las decisiones dentro de la sociedad.
3. Existe siempre la posibilidad de vender el activo y que la venta de dicho activo se contabilice como un ingreso a nombre de la sociedad y repartir el resultado de la venta como utilidad en el siguiente año fiscal o simplemente liquidar la sociedad y repartir el remanente.

Analizando las anteriores opciones es necesario qué pasaría en cada escenario:

1. El socio que requiere liquidez la consigue a un costo cercano a 0 pesos la liquidez que necesita y adicionalmente sigue conservando el 30% de la sociedad debido a que no tiene que incurrir en formalidades ni trámites para dotar de publicidad el acto.
2. El socio que no desea perder el control de la propiedad y que tiene un excedente de liquidez su participación aumenta a 70% y al mismo tiempo adquiere el control de las decisiones de la sociedad disminuyendo sus costos de transacción e incrementando la posibilidad de tomar decisiones unilaterales en el futuro y adicionalmente asume unos costos mínimos en relación con la transferencia de las acciones.

3. Adicionalmente el socio solvente traslada el riesgo de cobros de impuestos por ingresos al comprador y tiene libertad de hacer planeación tributaria en relación con la inversión que ha realizado.⁴³

La tercera estrategia no es viable para ninguna de las partes, en especial si hay una de ellas que no desea perder el control de la propiedad. Pues hacer uso de esa estrategia trae consigo los siguientes costos:

1. Se debe asumir de nuevo el costo de transferencia del activo por un valor cercano a los \$26.000.000, por lo que el valor total del gasto es de \$52.000.000, casi el 5% del valor del negocio.
2. Dicho ingreso será controlado por el representante legal hasta que se decreten la repartición de utilidades o la liquidación de la sociedad, que implica trámites y gastos de tiempo y de dinero para disolver y liquidar dicho bien mercantil y genera incertidumbre en relación con los verdaderos costos del negocio.
3. La única manera en que los socios podrían vender el activo es si ambos están dispuestos a asumir el costo de la liquidación y esa decisión sólo es posible tomarla en las asambleas ordinarias anuales o extraordinarias en caso de que se convocará, lo cual dota de certeza y permite la planeación de las inversiones.
4. Siempre existe la posibilidad de anular la amenaza de venta del bien, pues si un socio sigue poseyendo el 50% de las acciones no existe ningún mecanismo jurídico para obligarlo a vender, pues si no hay decisión de asamblea no es posible que un juez obligue a la venta del bien tras la petición de alguno de los socios.

En el anterior ejercicio es posible observar que es posible un acuerdo entre los socios única y exclusivamente en el escenario en que

1. Hay una sociedad y la propiedad ya está en cabeza de la S.A.S

⁴³ Este es un beneficio bastante explícito en materia tributaria; pues mientras que el vendedor recibe un ingreso bruto de \$200.000.000 millones de pesos, el comprador de las acciones ha hecho una inversión diferente a adquirir un bien inmueble en donde tiene la posibilidad de declarar de distintas maneras las acciones y hacer una planeación tributaria más efectiva.

2. La otra parte está interesada en vender una parte no la totalidad de la participación, pues el beneficio que recibe la parte que compra es que adquiere un mayor poder decisión frente a las decisiones de conservar o no conservar el bien.

3.3 Obligaciones tributarias

La S.A.S dentro de sus características tiene dentro de su estructura una importante flexibilidad en relación con el gobierno corporativo, como primera diferencia, en este aspecto, frente a la comunidad es que sí existe un gobierno corporativo y por lo tanto una estructura de toma de decisiones que permite establecer responsabilidades fiduciarias de los órganos que dirigen la S.A.S, en especial el representante legal, aun si este es uno de los socios de la empresa.

Mientras que en el caso de la comunidad la persona que se encarga de administrar el haber común responde ante terceros con su patrimonio frente a las acreencias de la comunidad y tiene al final la posibilidad de repetir en la cuota que corresponde a los otros comuneros. Esta situación siempre implica un riesgo para el comunero que no ha asumido las obligaciones en la medida en que ante una eventual liquidación, el comunero que ha cumplido puede cobrar las acreencias que se le deben y al mismo tiempo puede implicar un riesgo para el comunero que ha pagado y que puede que al final sus copropietarios no reconozcan la acreencia y por lo tanto la pierda.

De este modo, imaginemos que existe una copropiedad de un bien inmueble que es un terreno no construido con un área urbana de 3000 m². Se empieza a implementar a partir del año 2014 el cobro del impuesto a la plusvalía⁴⁴. Imaginemos entonces que dicho impuesto se termina liquidando en un valor cercano a los \$40.000.000; dicho costo lo tendrá que asumir alguien dentro de la comunidad, a partir de esto se pueden sacar las siguientes conclusiones:

1. Los dos comuneros lo pagan por partes iguales
2. Un comunero lo paga a su propio nombre y por cuenta propia

⁴⁴ El artículo 82 de la Constitución Política de Colombia le ha permitido a las entidades territoriales participar del valor ganado por los bienes inmuebles por concepto del incremento del valor del precio comercial de los bienes inmuebles: El inciso 2 de dicho artículo reza del siguiente modo: "Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común."

3. Simplemente no se paga y se procede al remate del bien

El primer caso no es usual, ya que son necesarias tener muy buenas relaciones con los comuneros para obligarlos a hacer un pago de \$20.000.000 que no estaban previstos dentro de los presupuestos. La otra forma de lograr hacer que todos paguen en la proporción que les corresponde el impuesto es vendiéndolo y compensar las cuentas con el comprador del bien,

En el segundo caso el administrador que ha pagado la totalidad de la obligación asume un riesgo financiero de perder la acreencia que él ha asumido con anterioridad ya que si el comunero ha decidido incumplir al fisco en su parte, no es muy probable que pague al comunero que sí ha cumplido. Por esa razón la manera más efectiva que tiene el comunero de recuperar dicho dinero es condicionando la venta del activo, al pago de esas obligaciones, regla que por lo demás termina siendo unilateral por parte del comunero cumplido.

En el escenario anteriormente descrito, es posible que ninguno de ellos pague. Dicha situación traerá como consecuencia natural el proceso jurídico de venta del bien en donde al final para poder celebrar la escritura pública de compraventa se exigirá estar a paz y salvo frente a todo concepto y donde al final dicho costo se tendrá que asumir.

En la S.A.S frente a cualquiera de los tres escenarios el costo lo tendrá que asumir la sociedad, ya sea por medio de una capitalización de los socios el uso de una de las reservas o adquiriendo una obligación para dicho fin. Al final, el gobierno corporativo permite reducir los riesgos y establece reglas claras para la toma de dichas decisiones y mitigar el riesgo de decisiones unilaterales tomadas por los administradores en detrimento del capital social. Miremos entonces los distintos escenarios:

1. Los socios pagan la obligación
2. Uno de los socios paga la obligación
3. Ni los socios ni la sociedad pagan la obligación

En el caso del primer escenario en que todos los socios paguen la obligación esto se hará por medio de un mecanismo de capitalización de la sociedad. Dicho mecanismo que está en la agenda de la Asamblea de Socios tiene muchos incentivos para ser efectuado y reforzado dentro de la Asamblea ya que si se aprueba por la mayoría establecida en los estatutos el no acogerse a dicha decisión puede

terminar con la dilución del socio que no desea aportar. El otro mecanismo que se puede utilizar es el de préstamo que hacen los socios a la sociedad, obligaciones financieras que entran directamente al balance de la sociedad y en el escenario de una liquidación de la misma dichas cuentas entran con preferencia antes de la repartición del remanente social,⁴⁵ o dichas obligaciones se convierten en un pasivo a corto o largo plazo para la sociedad, teniendo el acreedor la garantía del pago y los socios el conocimiento sobre el tratamiento de dicho dinero.

En el segundo escenario en el que uno de los socios paga la obligación tributaria, éste tendrá una posición de acreedor frente a la sociedad y por lo tanto tendrá un reconocimiento en los balances de la sociedad. En el caso en que dicha decisión no haya sido tomada esta acreencia se puede convertir en una capitalización cuyo efecto natural es que la participación de los demás accionistas se diluirá. Dicho escenario es sin duda adecuado para el socio que tiene la liquidez para responder.

En caso dado de que los socios no estén dispuestos a pagar y tampoco la sociedad entonces el efecto natural de dicha situación es que la administración de impuestos deberá cobrar dicho impuesto contra el patrimonio de la sociedad. En el momento en que que quede ejecutoriado el mandamiento de pago y sea notificado al representante legal, en la Asamblea de Accionistas se deberá aprovisionar de las reservas correspondientes para asumir ese gasto dejando a los accionistas las opciones vistas con anterioridad.

Dentro de la S.A.S no existirá posibilidad de negarse al pago de la obligación pues las reglas mercantiles terminan obligando a los socios a realizar los aprovisionamientos necesarios y en caso dado de que la sociedad se vea obligada a pagar con el remate del bien dicha situación se vuelve más costosa que asumir el pago de la obligación, pues en caso dado del remate judicial se entrará perdiendo el 30% del valor comercial del inmueble y sólo queda repartir el remanente social. Bajo esta situación frente a una situación inesperada donde se debe asumir un costo no contemplado dentro

⁴⁵ En la prelación de créditos si bien se paga los créditos de primera hasta la quinta categoría, los socios que hayan prestado dinero a la sociedad sin ninguna garantía tendrán la posibilidad de que se paguen sus acreencias y posteriormente el remanente en caso de disolución de la sociedad. No ocurre lo mismo que en la comunidad de bienes pues el administrador de la comunidad no tiene ninguna limitación para establecer sus acreencias en especial cuando puede tener un comportamiento para maximizar el beneficio de forzar el pago para lograr la venta del bien.

del presupuesto de la sociedad es claro que es mejor encontrar una solución negociada dentro del esquema de gobierno corporativo de la sociedad que entrar a liquidar o vender el activo.

Tanto en la comunidad de bienes como en la S.A.S el costo de asumir las obligaciones tributarias trae importantes costos de transacción, aun si en la S.A.S hay una mayor cantidad de incentivos para realizar el pago. Estos costos de transacción hacen inviable un acuerdo de las partes para conservar la propiedad, pues los gastos y el riesgo que se asume en relación con el no pago son más altos que el beneficio que aporta.

3.4 Responsabilidad

Imaginemos que existe un globo de terreno que fue adquirido por medio de una herencia a dos copropietarios. Uno de ellos está administrando el globo de terreno y lo que realizó fue un contrato de arrendamiento del globo, después de impuestos queda un beneficio de \$20.000.000. En el caso de la comunidad, el comunero que está administrando tiene todos los incentivos para tomar el 100% del beneficio de los \$20.000.000, pues la ley no lo obliga a presentar cuentas en un tiempo determinado sino sólo cuando se exija su responsabilidad mediante un acto de su comunero. Así pues, se puede hacer el siguiente esquema de decisiones por parte del comunero:

1. Entregar la mitad de los dineros de forma voluntaria
2. Esperar que lo requiera judicialmente por medio de un proceso de rendición de cuentas.

Frente a la primera estrategia, que es la deseable, es importante anotar que dicho comunero no tiene ningún incentivo para presentar dichas cuentas, pues la ley no fija fechas ni tiempos estipulados en donde el comunero, que ha obrado como soberano en el globo, esté obligado a cumplir.

Imaginemos que existe un globo de terreno que fue adquirido por medio de una herencia a dos copropietarios. Uno de ellos está administrando el globo de terreno y lo que realizó fue un contrato de arrendamiento del globo, después de impuestos queda un beneficio de \$20.000.000. En el caso de la comunidad, el comunero que está administrando tiene todos los incentivos para tomar el 100% del beneficio de los \$20.000.000, pues la ley no lo obliga a presentar cuentas en un tiempo determinado sino sólo cuando se exija su responsabilidad mediante un acto de su comunero. Así pues, se puede hacer el siguiente esquema de decisiones por parte del comunero:

1. Entregar la mitad de los dineros de forma voluntaria
2. Esperar que lo requiera judicialmente por medio de un proceso de rendición de cuentas.

Frente a la primera estrategia, que es la deseable, es importante anotar que dicho comunero no tiene ningún incentivo para presentar dichas cuentas, pues la ley no fija fechas ni tiempos estipulados en donde el comunero, que ha obrado como soberano en el globo, esté obligado a cumplir.

La segunda estrategia es el que mejor pago representa para el comunero que está administrando la comunidad, pero es el peor pago o resultado para el que no está administrando, lo anterior por varias razones: i) la ley no define un término específico para presentar dichas cuentas al comunero que administra ii) la ley no impone la obligación a llevar contabilidad al comunero que administra el negocio común, por lo que la información financiera termina estando en la mente del comunero que administra el negocio común, generando el riesgo de que dicha información sea poco creíble o no esté debidamente soportada y de todos modos aceptar sin mayor discusión las decisiones de repartición de beneficios. El único modo de lograr que se rindan cuentas es mediante un proceso judicial de rendición de cuentas, costo que tiene soportar el comunero que no está administrando el negocio, adicionalmente dicha situación obliga al demandante a asumir una serie de costos de búsqueda de información para lograr probar la culpa grave o el dolo que son las únicas modalidades por medio de la cual es posible exigir la responsabilidad al comunero que está administrando el negocio común.

La segunda estrategia es el que mejor pago representa para el comunero que está administrando la comunidad, pero es el peor pago o resultado para el que no está administrando, lo anterior por varias razones: i) la ley no define un término específico para presentar dichas cuentas al comunero que administra ii) la ley no impone la obligación a llevar contabilidad al comunero que administra el negocio común, por lo que la información financiera termina estando en la mente del comunero que administra el negocio común, generando el riesgo de que dicha información sea poco creíble o no esté debidamente soportada y de todos modos aceptar sin mayor discusión las decisiones de repartición de beneficios. El único modo de lograr que se rindan cuentas es mediante un proceso judicial de rendición de cuentas, costo que tiene soportar el comunero que no está administrando el negocio, adicionalmente dicha situación obliga al demandante a asumir una serie de costos de búsqueda de

información para lograr probar la culpa grave o el dolo que son las únicas modalidades por medio de la cual es posible exigir la responsabilidad al comunero que está administrando el negocio común. Ahora bien, en la S.A.S dicha hipótesis no es posible debido a que al ser una sociedad la ley mercantil obliga a llevar contabilidad y aunque parece ser un costo, dicho costo es inferior al riesgo que existe en la comunidad de que el comunero que administre se apropie de los beneficio y el costo de exigir la responsabilidad al comunero.

En contraste imaginemos el mismo ejemplo, pero el remanente después de los gastos de administración, el contador, IVA y el pago de la matrícula mercantil se puede llegar a un beneficio de \$9.000.000. La S.A.S el representante legal deberá convocar de manera obligatoria a la Asamblea de Accionistas dentro de los 3 primeros meses de inicio del año a presentar los informes financieros. Por lo que sí existen beneficios o utilidades para repartir estas se definen en una fecha cierta y se pagan igualmente en las fechas definidas por la Asamblea. Las estrategias del administrador en este caso pueden ser las siguientes:

1. Repartir las utilidades entre los socios
2. Quedarse con las utilidades y no repartirlas

Para el administrador de la S.A.S le es casi imposible quedarse con las utilidades del ejercicio fiscal, pues al tener una responsabilidad más exigente la carga de la prueba de mostrar las cuentas es de él y no de los socios; sin embargo los socios han debido incurrir en un costo para mantener dicho beneficios que es de \$11.000.000 para poder recibir una utilidad de \$9.000.000 mientras que en el caso de la comunidad los comuneros se repartirán \$20.000.000, pero con el riesgo de perderlos o de incurrir en mayores costos de transacción procurando que el comunero que administra pague, teniendo ellos que incurrir en el costo de demandar a su comunero.

De acuerdo con Coase en relación con la administración de la S.A.S y la responsabilidad de los administradores no es posible llegar a un acuerdo sobre la conservación de la propiedad, pues los costos de administrar son superiores al beneficio obtenido para los socios; en cambio en la comunidad los beneficios son superiores a los costos si y sólo si el administrador de la comunidad decide no quedarse con los beneficios y esperar a ser demandado judicialmente; sin embargo considerar que el

comunero no buscará maximizar su beneficio teniendo un mejor nivel estratégico es al final ingenuo, por lo que es preferible el beneficio en la S.A.S que el riesgo de perder la totalidad de los beneficios en la comunidad.

4. Juegos no cooperativos

Si el Teorema de Coase solamente funciona en el caso de compra y de propiedad en el escenario de la S.A.S, pero en ningún otro escenario analizado, pues debemos pensar entonces en lo que puede llegar a ocurrir en el caso de que las partes no estén busquen cooperar sino actuar unilateralmente.

Las estrategias se van analizar desde el concepto de juegos no cooperativos, concepto desarrollado ampliamente por John Nash en su tesis doctoral "Non Cooperative Games". Jeffrey Perloff define las estrategias no cooperativas del siguiente modo: "Conjunto de acciones por una empresa maximizadora de beneficios actuando independientemente de de otras empresas." (Traducción es mía) PERLOFF, 2004, Pág. 478. En microeconomía se ha establecido que el equilibrio de Nash consiste en lograr el máximo beneficio, sin tener que lograr un acuerdo entre otras empresas del mercado. Siendo así, el análisis que se va a establecer consiste en elaborar matrices pago estableciendo varias posibles situaciones que pueden ocurrir cuando los jugadores se encuentran en una situación de una pluralidad de personas frente a un bien inmueble, se determinará en cada caso el equilibrio de Nash en cada matriz de pago.

Imaginemos

1. Existen dos estrategias mixtas entre la pluralidad personas: administrar y liquidar
2. No se tiene en cuenta el costo de oportunidad del dinero en caso de no liquidación
3. Si se liquida o no se liquida siempre se tiene en cuenta dentro del patrimonio de los jugadores el valor del activo.
4. La propiedad está dividida en una comunidad de dos personas en donde cada una de las partes tiene un 50%
5. El costo de transferir el inmueble es inferior a los beneficios que la propiedad produce y mayor a la pérdida económica que genera el bien.

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros podemos establecer hipotéticamente los siguientes valores:

1. El valor del bien inmueble de cien millones de pesos.
2. Si el activo sí genera beneficios sería de \$10.000.000,00 de pesos
3. Si el activo produjera pérdidas serían de \$2.000.000,00
4. Si produjera beneficios por simple plusvalía dicho beneficio sería de \$3.000.000,00
5. El costo de transferir la propiedad es de \$5.000.000,00

Valor activo	\$100.000.000,00
Beneficios	\$10.000.000,00
Pérdidas	-\$2.000.000,00
Beneficios sin administración	\$3.000.000,00
Costos de transferir la propiedad	-\$5.000.000,00

De acuerdo con los datos anteriores, pensemos en las siguientes situaciones. Los valores estarán en millones de pesos.

4.1 Situación en la que el activo produce frutos civiles o naturales y se reparten entre los copropietarios: Figura 1 Anexo II

Este escenario muestra un equilibrio de Nash. Este escenario privilegia la estrategia de administrar del jugador 1 y no liquidar del jugador 2. A este resultado se llega después de analizar el mayor valor que se genera al analizar horizontalmente las filas y las dos estrategias del jugador 1. Frente a los 4 posibles resultados del jugador 1 el mayor y más conveniente para el jugador 1 es administrar.

Al analizar las estrategias del jugador 2 y revisar las columnas el jugador 2 debe preferir el resultado de no liquidar en la medida en que es el mayor valor entre todos sus 4 resultados.

El argumento para que la estrategia preferida en este caso sea la de administrar y no liquidar consiste en que las dos partes mantienen la propiedad del activo en cabeza de ellos incrementando su

patrimonio y no tienen que asumir ningún costo de transferencia del activo. En este punto, ya se observa como el principio de dividir y liquidar comienza a no ser atractivo económicamente.

4.2 Situación en la que el activo produce beneficios pero éstos son adquiridos en su totalidad por el jugador 1: Figura 2 Anexo II

En este escenario los distintos resultados señalan que hay solamente un equilibrio de Nash que consiste en la estrategia mixta de administrar y no liquidar. Esta conclusión se da después de comparar el mayor valor entre los resultados de la matriz de pagos del jugador 1 aparece claro que para el jugador 1 la mejor estrategia es administrar pues recibe la totalidad de los beneficios que en este caso es de 10 millones. Al comparar los resultados de la matriz para el jugador 2 es claro que el resultado de no liquidar es mayor que al de liquidar en la medida en que se ahorra los costos de transacción y de publicidad que requiere liquidar el activo. Al serle indiferente al jugador 2 si el jugador 1 administra o no administra, pues su resultado es el mismo, entonces al jugador 2 le conviene no liquidar su activo.

4.3 Situación en la que el activo produce beneficios pero éstos son adquiridos en su totalidad por el jugador 2, Figura 3 Anexo II

La matriz de pagos nos arroja dos equilibrios de Nash [Administrar, no liquidar] [No administrar, No liquidar], la razón de que se den estos equilibrios es que al analizar el conjunto de los resultados de la estrategia de administrar del jugador 1 este maximiza los beneficios cuando administra y no administra el activo si y sólo si el jugador 2 decide no liquidar.

El jugador dos logra maximizar sus beneficios cuando no liquida el activo pues al recibir todos los beneficios de la administración logra obtener un mejor resultado que si liquidará el activo.

Ahora bien, ¿Por qué los resultados [No administrar y No liquidar] es igualmente un equilibrio de Nash? La razón de lo anterior está en que para el jugador 1 es indiferente administrar o no administrar, pues mientras el activo no se liquide, seguirá manteniendo el mismo resultado, mientras que al jugador dos sí le afecta la administración o no administración pero siempre seguirá ganando si mantiene la misma estrategia de no-liquidar.

Existe una posibilidad jurídica para lograr que el jugador 2 no utilice la prerrogativa procesal de liquidar y esta es que el jugador 1 le propone al jugador 2, que renuncie a la prerrogativa judicial de solicitar la venta del activo en pública subasta y que a cambio el jugador 1 le reparte todos los beneficios que la propiedad produzca.⁴⁶

4.4 Situación en la que el activo produce pérdidas y éstas las asumen los dos jugadores. Figura 4

Anexo II

La matriz de resultados en este caso arroja dos equilibrios de Nash que consisten en: i, [NO administrar, NO liquidar] y ii, [Administrar y NO liquidar]. Lo anterior solamente es posible si efectivamente las pérdidas son inferiores al costo de transferir el activo, si las pérdidas son superiores al costo de transferir el activo o el costo de transferir el activo se reduce sustancialmente el resultado va a cambiar.

Si el jugador 1 se mantiene en su estrategia de administrar entonces aparecen dos posibles resultados 49 y 46.5 en la que es preferible el mayor que es 49 y en el caso de elegir la estrategia de no administrar el resultado es el mismo que el de administrar. Los anteriores resultados son posibles si y sólo si el jugador dos decide no liquidar. Luego los resultados de [Administrar y liquidar] y de [No administrar y liquidar] quedan descartados.

Si el jugador dos mantiene la estrategia de no liquidar sin importar si se administra o no se administra el activo el resultado es el mismo 49; frente a la estrategia de liquidar el resultado, en los dos escenarios es igual 46.5. Luego el jugador dos mantendrá su estrategia de no liquidar en la medida en que si no liquida maximiza sus beneficios a pesar de las pérdidas.

En conclusión si el jugador maximiza sus beneficios en el escenario de no liquidar y es indiferente si el activo se administra o no administra entonces aparecen los dos equilibrios mencionados con anterioridad .

⁴⁶ Dicho acuerdo existe en el artículo 1374 del Código Civil y la aplicación se hace de forma poco ortodoxa para el caso de la comunidad de bienes. El acuerdo permite mantenerse en indivisión por un periodo de 5 años y dicho acuerdo es prorrogable por 5 años más.

4.5 Situación en la que el activo produce pérdidas y éstas las asume el jugador 1 Figura 5 Anexo 2

La matriz de resultados en este caso arroja dos equilibrios de Nash que consisten en: i, [NO administrar, NO liquidar] y ii, [Administrar y NO liquidar]. Llegar a esa situación implica que el jugador 2 está recibiendo una exoneración de responsabilidad de las pérdidas que le corresponden.⁴⁷

De este modo, el jugador 1 si mantiene su estrategia de administrar entonces los posibles resultados que obtiene son los siguientes: 48 y 45.5, en esta medida para el jugador 1 le es más conveniente seguir en estado de no liquidación. Frente a la estrategia de no administrar se generan los mismos resultados que si administrará luego al jugador 1 le es indiferente si administra o no administra.

El jugador dos obtiene el mismo resultado en el caso de que no liquidar y le es indiferente si el jugador dos administra o no administra en la medida en que tiene una pérdida asegurada y en cambio le sale más desfavorable liquidar, pues debe asumir un costo de transferencia del activo de 2.5 millones.

Por lo anterior se puede afirmar que los resultados mencionados anteriormente son equilibrios de Nash, pues sin importar si el jugador 1 administra o no administra el jugador siempre maximiza su beneficio si no liquida el activo.

4.6 Situación en la que el activo produce pérdidas y éstas las asume el jugador 2. Figura 6 Anexo II

En la matriz de resultados es posible observar que existen dos equilibrios de Nash, a saber: [administrar y no liquidar] y [No administrar y no liquidar]. Esta conclusión se deriva del análisis de los resultados de las estrategia del jugador 1 de administrar y no administrar, pues sin importar la estrategia que elija el jugador 1 este maximiza su beneficio en las dos estrategias si y sólo si el jugador 2 no liquida el activo.

⁴⁷ ¿Por qué el jugador 1 estaría dispuesto a cargar con el costo de las pérdidas del jugador 2? En muchas ocasiones ocurre en las comunidades en que para un miembro de la copropiedad le es más rentable asumir los costos y gastos de la copropiedad que hacer la venta del activo. Lo anterior puede ocurrir por efectos tributarios. Por ejemplo, un individuo que le interesa mantener un activo cuyo valor es declarado por la mitad del valor catastral del inmueble que incrementa el patrimonio, a recibir un ingreso que puede afectar seriamente la declaración de renta y el impuesto que deba pagar.

El jugador dos su matriz de resultados le genera que siempre maximiza su beneficio, aun asumiendo las pérdidas que produzca el activo si no liquida el bien, pues sin importar lo que haga el jugador 1, sea que administre o no administre gana dos millones quinientos más que si liquidará el activo.

Entonces los resultados mencionados anteriormente son equilibrios de Nash pues el jugador 2 siempre preferirá no liquidar que liquidar y en ese sentido el resultado para el jugador 1 sigue siendo indiferente.

4.7 Conclusiones caso práctico⁴⁸

1. En ningún escenario, con los parámetros establecidos, la liquidación de un bien inmueble con pluralidad de propietarios es la mejor estrategia para los jugadores.
2. El jugador 2 es el que termina dominando o imponiendo su voluntad sobre las estrategias del jugador 1.
3. Ningún resultado en la estrategia de liquidar es favorable para el jugador 2.

5. Lecciones aprendidas

En este texto se ha adquirido el conocimiento sobre qué es el teorema de Coase y se ha aprendido a aplicar dicho teorema a cuatro circunstancias particulares tanto en la S.A.S como en el cuasicontrato de comunidad. Adicionalmente se aprendió en qué consisten los juegos no cooperativos y se desarrollaron las matrices de pago y de resultados en relación con unas condiciones básicas determinadas entre la pluralidad de personas y un bien inmueble.

Frente a la pregunta esencial: ¿Es posible un acuerdo en alguna de las figuras que permita la no liquidación del bien? y se comprendió que, a pesar de que en la S.A.S los costos de transacción disminuyen significativamente, estos no son suficientes para lograr un acuerdo y que en el único

⁴⁸ Al terminar estas reflexiones el abogado se pregunta: ¿Qué tipo de actos jurídicos puede realizar mi cliente que puedan ser no cooperativos? Recuerda sus clases de obligaciones 1 en la Pontificia Universidad Javeriana y recuerda que el pago, la compensación de cuentas es uno de esos actos; adicionalmente recuerda el examen final de Romano 1 que si bien pasó no logró pasar la materia, pues le preguntaron qué era la posesión alieno-corpore y recuerda que no pudo responder y que en un ejercicio pedagógico el profesor le explicó que era el ánimo de señor y dueño pero sin la tenencia material del bien. Con un interés renovado se pregunta: ¿Qué pasa si una de las personas involucrada en la comunidad asume las cargas y costos de la propiedad? ¿No configura entonces un fenómeno de posesión? Si ese es el caso la manera menos costosa de mantener una estrategia es la de asumir la posesión del inmueble asumiendo los costos y gastos de la propiedad. Un repentino escalofrío le pasa por la espalda cuando al revisar entre sus papeles se percata del valor de la administración adeudada y del predial que falta pagar.

aspecto, desde una categorización de costos, en que es posible una respuesta afirmativa a la pregunta es: es cuando el activo ya hace parte de la propiedad de una S.A.S y el socio desea comprar una parte de su otro socio que le otorgue una mayor cantidad de derechos y poder de decisión.

Si en las dos estructuras jurídicas no es posible un acuerdo cooperativo, entonces sí es posible entender que conservar el activo es una solución esencialmente no cooperativa, porque en ningún caso es conveniente para las partes tener un resultado de liquidar.

A partir de lo anterior es posible conectar lo ya aprendido a las hipótesis que se han venido estudiando en los capítulos precedentes, a saber:

1. Si las relaciones de propiedad están organizadas y reguladas garantizando de forma preferente la individualidad y la libertad de derechos, bajo el esquema burgués de propiedad, los derechos que garantiza la legislación son más costosos y no es posible llegar a un acuerdo que sea capaz de crear un beneficio superior al costo de la transacción de crear un acuerdo encaminado a conservar la propiedad.
2. Si las relaciones de propiedad están organizadas y reguladas bajo una visión comercial de los derechos que crea la legislación son menos costosos; sin embargo no es posible llegar a un acuerdo en que los beneficios sean superiores a los costos de transacción de lograr un acuerdo encaminado a conservar la propiedad.

Ahora bien, el aporte más importante de este capítulo consiste en que después de contrastadas las dos figuras tanto de la comunidad de bienes como de la S.A.S desde una óptica normativa, como desde un posible acuerdo cooperativo, se estableció que una solución no cooperativa sí maximiza el beneficio de los dos jugadores cuando ellos adoptan una estrategia de no liquidar, lo anterior se puede formular del siguiente modo:

1. Sin importar el modo en que se organicen las relaciones de propiedad, siempre es mejor para los jugadores que están inmersos en una situación de pluralidad de personas frente a un bien inmueble adoptar una estrategia genérica de no liquidar.

IV. Conclusiones

En el Capítulo I fue posible concluir a partir del análisis de la sentencia de constitucionalidad C-791 del año 2006 que no existe una solución legal ni procedimental para buscar una solución de conservar un bien inmueble en manos de una pluralidad de propietarios; porque las medidas legislativas y legales para establecer la división hacen parte de una visión del derecho de propiedad, desde la perspectiva de las revoluciones burguesas, que prefiere la individualidad y la libertad en relación con el derecho de propiedad, asumiendo un esquema y una descripción de las reglas de propiedad propias del cuasicontrato de comunidad romana y no del esquema germánico de propiedad.

En el Capítulo II fue posible concluir que al analizar el fenómeno de una pluralidad de personas que tienen un derecho de propiedad sobre un bien inmueble, bajo la regulación de derechos de dos institutos, uno civil, el cuasicontrato de comunidad y la S.A.S, existen diversos derechos que desde una clasificación se pueden denominar como costosos o no costosos. Se concluyó que las reglas sobre diversos criterios estudiados de la propiedad del cuasicontrato de comunidad se pueden caracterizar, en su mayoría como costosos, pudiendo afirmar que: la mayoría de los derechos derivados del cuasicontrato de comunidad son costosos; mientras que la mayoría de los derechos derivados de la S.A.S son menos costosos.

En el Capítulo III fue posible concluir que al examinar las dos figuras, a saber: el cuasicontrato de comunidad y la S.A.S no es posible establecer un acuerdo para lograr la conservación de un bien inmueble, debido a que los costos de transacción de dicho acuerdo, en las dos figuras son superiores al beneficio que se pudiera obtener del acuerdo.

Sin embargo, al examinar el fenómeno genérico de la pluralidad de personas que detentan el control de un bien inmueble fue posible observar y concluir que la no cooperación sí trae como consecuencia una de maximización del beneficio cuando se opta por una estrategia de conservar y de no liquidar.

A partir de las anteriores conclusiones, introducimos el siguiente epílogo, para la consideración del lector.

Epílogo

¿Cómo es posible que no exista una solución legal, jurisdiccional y de negociación cooperativa que permita una decisión de conservar un bien inmueble y por el contrario dicho resultado sí sea posible en un análisis de estrategias no cooperativas? Al finalizar esta reflexión fue posible determinar que dentro de una estrategia no cooperativa sí es posible conservar la propiedad de un bien inmueble.

Si a partir de un análisis como el que se acaba de referir, se entiende que la decisión de no liquidar un bien inmueble y por el contrario conservarlo y cuidarlo puede ser favorable y estratégicamente adecuado, sin importar la estrategia que tenga otro propietario o socio, entonces esta estrategia se enfrenta a innumerables dificultades: desde las formas típicas de la ley, hasta por las prerrogativas procesales y los costos que permitan llegar a un arreglo.

Por lo anterior es necesario promover un mecanismo legal y procedimental, una especie de excepción previa o de mérito que permita proteger los intereses de la parte que, estando en una situación de pluralidad frente a un bien inmueble, su inversión esté protegida ante los ataques de una posible liquidación o división del bien inmueble. En este sentido propongo las siguientes normas sustanciales y procesales que permitan proteger dicha inversión:

Norma sustancial

1. Toda persona que acredite que tiene un interés jurídico lícito en conservar un bien inmueble, estando el bien bajo el control de una pluralidad de personas, tendrá derecho a que se le proteja su interés, cuando acredite que ha realizado actos encaminados a conservar dicho bien.
2. Las obligaciones frente a terceros que se deriven de la propiedad en cabeza de una pluralidad de personas podrán ser liquidadas y pagadas por la persona que desee conservar el bien a prorrata de su participación.

Normas procesales para evitar la acción divisoria

1. El demandante que acredite ante el juez que ha realizado actos encaminados a conservar en su control el bien inmueble podrá darle publicidad a esa condición, solicitando como medida cautelar en escrito separado la inscripción de la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble.

2. El demandado podrá interponer como excepción previa a la demanda de división del bien, prueba de haber realizado actos encaminados a conservar el bien; el juez mediante auto motivado se pronunciará sobre la excepción rechazando la demanda si acepta la excepción o continuará el proceso si no la encuentra fundada.

Las anteriores normas propuestas, creo que permiten garantizar la protección de las inversiones realizadas por una persona que, sin lograr un acuerdo entre los otros miembros de la pluralidad, busca conservar el bien en su control. Por otro lado, es posible que logre los fines propuestos en la introducción a saber:

1. No puede ser una solución que vaya en contra o en desmedro de los derechos de las otras personas involucradas en la pluralidad, sino que por el contrario debe ser una solución menos costosa y que sea susceptible de crear valor entre las partes; esto porque el único fin que busca la norma es proteger las inversiones realizadas por la persona que está interesada en conservar el bien sin alegar una posesión del bien que podría generar a los demás la pérdida del activo.
2. La solución debe buscar que las transacciones que se puedan realizar entre los comuneros o los socios o en actos unilaterales creen incentivos para conservar el control de la propiedad del activo. Estas normas, en especial las procesales invierten por completo los incentivos, ya que si se sabe que hay una protección procesal a la estrategia de conservar, los titulares de la acción de división pensarán en asumir el costo de la demanda.
3. Debe existir una regulación sobre la administración de la propiedad en el sentido de reducir los incentivos por parte del administrador o los titulares de los derechos de tener comportamientos oportunistas que vayan encaminados directamente a disminuir los derechos de una de las partes de la negociación y maximizar los beneficios de la otra. La segunda norma sustancial tiene dos efectos en este sentido: i) incentiva a que cada persona dentro de la pluralidad administre sus propios asuntos y se responsabilice de sus actos, ii) No permite que un administrador oportunista busque quedarse con el bien en la medida en que se mantiene la posesión sin tenencia del bien y adicionalmente al pagar única y exclusivamente lo que le

corresponde reconoce dominio ajeno de los otros propietarios o socios impidiendo que el pagador sea el que obtenga el beneficio oportunista.

4. Debe existir un sistema de responsabilidad para que los administradores asuman las consecuencias de los actos propios de la administración del bien. La segunda norma procesal va encaminada a este fin, pues si una persona ha administrado adecuadamente protege su interés de los comportamientos oportunistas de aquellos que desean liquidar el bien a pesar de no haber administrado; en caso de que la administración no haya sido la adecuada el administrador no podrá interponer las excepciones o en el traslado los demandantes podrán demostrar que en realidad dicha persona no logró realizar actos encaminados a la conservación del bien.

Después de esta reflexión dejó a los lectores estas últimas consideraciones para reflexionar y seguir indagando en soluciones y mecanismos, para aquellos que mantengan un interés académico en los problemas económicos y jurídicos de la propiedad privada.

V. Bibliografía

I. Libros

1. Eduardo, López Medina Diego. *Teoría Impura Del Derecho: La Transformación De La Cultura Jurídica Latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004. Print.
2. Karl, Marx. *La cuestión judía en Escritos de juventud sobre el derecho textos (1837-1847)* Traducción y edición Rubén Jaramillo. Rubí Barcelona: Anthropos Editorial. 2008 206 p.
3. Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, Traducción Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica. 2002 687 p
4. Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil Volumen III Tomo 1 Derechos reales en general*, Octava Edición. Editorial Tecnos 2012 329 p
5. Jeffrey Perloff, *Microeconomía*, Edición Pearson, Addison Wesley 2004 724 p
6. Francisco Reyes Villamizar, *Sociedad por Acciones Simplificada S.A.S*. Primera edición Legis, 2009, 199p
7. Luis Guillermo Velásquez, *Bienes*, Décima Edición, Librería jurídica COMLIBROS 2006, 687 p

II. Artículos revistas científicas

1. Coase, Ronald H, 1960 octubre. The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics. Recuperado de: JSTOR Stable URL. <http://links.jstor.org/sici?sici=0022->

III. Decisiones judiciales, administrativas o conceptos

1. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-123 del año 2006. Demanda de inconstitucionalidad para la declaración de inexequibilidad de los artículos 24, incisos 3 y 4 (parcial), y 171 de la Ley 222 de 1995; y artículos 2, numerales 28 y 29, y 9, numerales 7 y 14 del Decreto 1080 de 1996. Actores: Giovanna Alejandra Rey Anaya y Carlos Alberto Colmenares Uribe, Magistrada Ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

2. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-791 del año 2006. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 474, parcial, del Código de Procedimiento Civil y 2336, parcial, del Código Civil, Actor: Jhon Jairo Sabogal Gutiérrez, Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

3. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 488 de 2002. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial) de la Ley 675 de 2001. Actor: Esther Elena Mercado Jaraba. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

4. <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/32968.pdf>

ANEXO 1

	Comparación entre las relaciones de comuneros con el bien y de los socios con la propiedad del bien.	Comparación entre las reglas de negociación de los derechos de propiedad y decisión	Requisitos de publicidad	Comparación sobre las reglas sobre responsabilidad de administradores y personas
Comunidad	<p>1. Origen: Hechos jurídicos, negocios jurídicos.</p> <p>2. Referencia a otras normas: El cuasicontrato obliga a interpretar la figura con dos conceptos distintos, a saber: la sociedad en materia de derechos y la herencia en materia de obligaciones.</p> <p>3. Relación patrimonio: El activo hace parte del patrimonio del copropietario como en una herencia.</p> <p>4. Pluralidad de personas: Siempre debe existir pluralidad de personas con el bien para poder predicar la comunidad.</p> <p>5. Obligaciones derivadas de la propiedad: En la comunidad de bienes los comuneros ante terceros responden de forma</p>	<p>1. Naturaleza del derecho a negociar: Derecho real de propiedad sobre un bien inmueble determinado.</p> <p>2. Formalidades para la manifestación de voluntades: Todo acto traslativo de dominio sobre un bien inmueble implica la realización de una escritura pública</p> <p>3. Requisitos de publicidad: Toda escritura pública debe ser registrada máximo en los dos meses después de la realización del acto jurídico.</p> <p>4. Mecanismos de financiación: La comunidad de bienes solo puede acceder a financiación si los copropietarios aportan para las expensas necesarias, útiles o suntuarias del bien.</p> <p>5. Poder de decisión: En la comunidad no</p>	<p>1. Registro de la escritura pública en la oficina de registro de instrumentos públicos.</p>	<p>1. Administrador: La comunidad no exige tener un administrador.</p> <p>2. Rentas y frutos: Las reglas de responsabilidad se aplican en relación con las deudas de la propiedad y los pagos que se hagan de ellas.</p> <p>3. Reuniones: Si existiera un administrador de hecho este no está obligado a hacer reuniones con los copropietarios.</p> <p>4. Contabilidad: La comunidad no exige llevar contabilidad</p> <p>5. Tipo de responsabilidad: Se aplican las normas generales de la responsabilidad o</p>

	<p>solidaria por las expensas del bien con la posibilidad de exigir o repetir contra los comuneros hasta su cuota parte.</p>	<p>importa si se adquiere mayor participación de la copropiedad, el copropietario sigue teniendo en su poder la facultad de dividir el bien.</p>		<p>del "buen padre de familia"</p>
S.A.S	<p>1. Origen: Negocio jurídico necesariamente hay manifestación de la voluntad de las partes. 2. Referencia a otras normas: La ley 1258 del año 2008 es el estándar legal para la figura, en aspectos de responsabilidad se pueden aplicar las normas del Código de Comercio. 3. Relación patrimonio: El bien inmueble hace parte de una sociedad con patrimonio diferenciado del socio. 4. Pluralidad de personas: Es posible pensar que la propiedad quede bajo el control de una sola persona. 5. Obligaciones derivadas de la propiedad: Los socios responden hasta el aporte de capital que</p>	<p>1. Naturaleza del derecho a negociar: La propiedad de un bien mueble llamado acción en virtud del cual su titular puede tener derechos políticos o económicos y que representa la participación en el capital suscrito y pagado de una sociedad mercantil 2. Formalidades para la formación de voluntades: Las formalidades estarán previstas en los estatutos, sin embargo ellas se pueden transferir por medio de escrito privado con autenticación de firma. 3. Requisitos de publicidad: Las cesiones de las acciones deberán ser inscritas en el libro de accionistas.</p>	<p>1. Registro del acta de constitución en la Cámara de Comercio. 2. Registro en el libro de accionistas.</p>	<p>1. Administrador: Se requiere una representación legal 2. Rentas y frutos: Todos los ingresos y ventas deben ser llevados por la contabilidad 3. Reuniones: El representante legal está obligado a convocar a reuniones ordinarias o extraordinarias de acuerdo con la ley 5. Tipo de responsabilidad: Se aplican las reglas de responsabilidad de la 222 del año de 1995 que establece la necesidad de las reglas del buen hombre de negocios.</p>

	<p>hayan entregado a la sociedad.</p>	<p>4. Mecanismos de financiación: Existen diversos tipos de acciones que le permiten al inversionista obtener recursos frescos de capital.</p> <p>5. Poder de decisión: En la sociedad a mayor cantidad de acciones se obtiene mayor poder de decisión de acuerdo con el tipo de acción que se tenga.</p>		
--	---------------------------------------	---	--	--

ANEXO II

Figura 1

		JUGADOR 2			
		No Liquidar		Liquidar	
JUGADOR 1	Administra	55	55	52.5	52.5
	No administra	51.5	51.5	49	49

Figura 2

	JUGADOR 2
--	-----------

		No Liquidar		Liquidar	
JUGADOR 1	Administra	60	50	57.5	47.5
	No administra	53	50	57.5	47.5

Figura 3

		JUGADOR 2			
		No Liquidar		Liquidar	
JUGADOR 1	Administra	50	60	47.5	57.5
	No administra	50	53	47.5	50.5

Figura 4

		JUGADOR 2			
		No Liquidar		Liquidar	
JUGADOR 1	Administra	49	49	46.5	46.5
	No administra	49	49	46.5	46.5

Figura 5

		JUGADOR 2			
		No Liquidar		Liquidar	

JUGADOR 1	Administra	48	50	45.5	47.5
	No administra	48	50	45.5	47.5

Figura 6

		JUGADOR 2			
		No Liquidar		Liquidar	
JUGADOR 1	Administra	50	48	47.5	45.5
	No administra	50	48	47.5	45.5