

UNA NUEVA FORMA O TIPO SOCIETARIO EN DEBATE: LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

Oswaldo Hundskopf Exebio

I. INTRODUCCIÓN

En materia legislativa, en nuestro país, la Ley General de Sociedades N° 26887, en adelante simplemente LGS, vigente desde el 1° de enero de 1998, es la columna vertebral del Derecho Societario, que como se sabe, es una sub-especialidad del Derecho Comercial, y viene a constituir el marco legal aplicable a todas las formas o tipos societarios, conocidos tradicionalmente como sociedades mercantiles. Esta norma legal reemplazó a la anterior Ley General de Sociedades aprobada mediante Decreto Legislativo N° 311 del año 1984.

Sin duda, es indiscutible la necesidad y la importancia de la LGS en nuestro sistema jurídico, pues su finalidad es establecer las reglas básicas aplicables a todas las formas o tipos societarios considerados en ella, y regular su constitución, funcionamiento, organización, reorganización, disolución, liquidación y extinción, regulando además a las sociedades irregulares, a las sucursales y a los contratos asociativos en los que pueden participar las sociedades, y por ello es justificable que se aspire a contar con un marco legal actualizado y moderno que se proyecte al futuro, y que de ser posible se vaya modificando en aquellos aspectos que sean necesarios, pues la utilización de las formas o tipos societarios para las diferentes y diversas actividades económicas, ya se ha constituido en una práctica generalizada.

Ahora bien, en lo que concierne a las agrupaciones o asociaciones de personas en general, para fines didácticos podemos distinguir dos grandes clases: a) Agrupaciones que constituyen personas jurídicas sin finalidad económica, dentro de las cuales tenemos a las asociaciones, comités y fundaciones reguladas en el Código Civil; y, b) Agrupaciones que constituyen personas jurídicas constituidas con una finalidad propiamente económica, tales como las sociedades civiles y mercantiles reguladas por la LGS, y las cooperativas reguladas por la Ley General de Cooperativas.

Para concentrarnos en el tema que nos hemos planteado, nos referiremos única y exclusivamente a las sociedades civiles y mercantiles, pues consideramos que éstas son una cabal expresión de las personas jurídicas que persiguen un fin común esencialmente económico. En cuanto a las primeras, son dos las formas o tipos regulados en la LGS, la Sociedad Civil Ordinaria y la Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, y en cuanto a las segundas, son cinco las sociedades

mercantiles, siendo ellas la Sociedad Anónima¹, la Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada, las Sociedades Colectivas, las Sociedades en Comandita Simple y la Sociedad en Comandita por Acciones.

Como un interesante antecedente histórico, nos parece pertinente acotar que en el seno de la Comisión que tuvo a su cargo la elaboración del anteproyecto de la LGS, se tuvo la tentación de reconocer y regular solamente a la sociedad anónima como forma o tipo societario único, pero como bien lo consigna el doctor Enrique Normand Sparks² “no se podría privar al comerciante o al empresario de la posibilidad si así lo quería en determinado momento, o si las circunstancias así lo reclamaban, de poder acudir a otras formas societarias. A su vez, tal comprobación brindó también orientación en cuanto al énfasis, a la necesidad de poner más cuidado, más detalle en las sociedades anónimas pero sin eliminar las otras formas societarias”.

Lo expresado hasta aquí, no debe entenderse como un desconocimiento ni pretensión de desconocer que existe la opción de ejercitar una actividad económica por una sola persona natural, sin que sea necesario agruparse o asociarse con otras personas.

Si la persona natural actúa sola, lo hará como un comerciante individual, o también llamado empresario unipersonal, arriesgando ilimitadamente su patrimonio, actuando bajo el marco legal del Libro Primero del Código de Comercio, y la segunda, constituyendo una persona jurídica con un titular único que necesariamente es una persona natural, adoptando la forma de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL), la cual está normada por el Decreto Ley N° 21621. Es precisamente esta opción de ejercer la actividad económica, la que ha llamado nuestra atención y la que presentamos en el título de este trabajo como una nueva forma societaria: la sociedad por acciones simplificada.

Antes de entrar al fondo, hemos considerado ilustrativo recurrir a los antecedentes de la legislación en materia societaria, para destacar la evolución normativa e incorporación de las formas societarias, presentar la Ley de Sociedades por Acciones Simplificada de Colombia, para finalmente concluir con una propuesta, o tal vez por ahora sólo una reflexión, respecto a la posibilidad y viabilidad de incorporar otras formas societarias, además de las ya reguladas en la LGS, con el fin de facilitar la actividad económica a los empresarios

¹ La sociedad anónima abierta y la sociedad anónima cerrada son modalidades de la sociedad anónima.

² Normand Sparks, Enrique... “Exposición de presentación del Proyecto de Ley General de Sociedades”, hecha al Congreso de la República, publicado en el diario oficial “El Peruano”, el 23 de abril de 1997.

unipersonales no sólo constituyendo una EIRL sino también a través de una forma societaria.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

2.1 Sociedades civiles y sociedades mercantiles

Destaca la producción normativa de 1984, año en el cual se promulgó y entró en vigencia nuestro actual Código Civil, y en el que también se expidió la anterior Ley General de Sociedades, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 311. Antes de la dación de dichas normas, coexistió una doble regulación societaria, por la concurrencia de legislaciones paralelas.

En efecto, las sociedades civiles se encontraban comprendidas entre las figuras jurídicas normadas por el Código Civil de 1936, mientras que las sociedades mercantiles, estuvieron reguladas en un primer momento por el Código de Comercio de 1902 y posteriormente por la Ley de Sociedades Mercantiles, Ley N° 16123.

Hemos mencionado en múltiples ocasiones, que a raíz de la promulgación del Código Civil de 1984, fue necesario efectuar algunos ajustes a la legislación civil y mercantil, para que resultaran compatibles las nuevas normas e instituciones recogidas del novísimo Código, con el marco legal vigente, y es en ese contexto que se otorgaron facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo para que a través de la expedición de decretos legislativos, reestructure, derogue y modifique todas aquellas normas legales contrarias al referido texto normativo.

En el caso específico de las sociedades civiles, estas no fueron comprendidas dentro de las personas jurídicas reguladas por el Código Civil de 1984, razón por la cual quedaron temporalmente sin regulación propia.

El Decreto Legislativo N° 311

Como ha sido expuesto, en el Código Civil de 1984 no fueron comprendidas las sociedades civiles y es por esta razón que como solución integradora, se aprobó un régimen legal único en materia societaria contenido en el Decreto Legislativo N° 311, conocido como “Ley General de Sociedades”, conformada por un Título Preliminar, aplicable tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles, un Libro I, relativo exclusivamente a sociedades mercantiles, un Libro II, referido a sociedades civiles, y un Libro III, que contenía normas complementarias aplicables a ambas clases de sociedades.

Es pertinente mencionar que el citado dispositivo legal fue tan enrevesado y confuso que hizo necesaria la expedición de un Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 003.85.JUS del 13 de mayo de 1985.

Lejos de pretender hacer una evaluación crítica del Decreto Legislativo N° 311, cuyo texto recibió múltiples cuestionamientos por ser prácticamente una reproducción o transcripción de las normas ya existentes, debe destacarse que por primera vez se unificó en un solo cuerpo legal la normatividad sobre sociedades civiles y mercantiles, manteniéndose la clásica y tradicional distinción sustantiva, reconociendo que si bien ambas clases de sociedades tienen finalidad económica, en el caso de las mercantiles, tienen un propósito “lucrativo” y/o “especulativo” a diferencia de las civiles, que carecen del mismo.

En efecto, el artículo 297° del derogado Decreto Legislativo N° 311 señalaba expresamente que “las sociedades civiles se constituían para la realización de un fin común preponderantemente económico que no constituía especulación mercantil”, manteniéndose de esta forma una distinción obsoleta que no guardaba relación con los cambios producidos en el manejo societario y empresarial en general.

Dicha situación, entre otras, justificó la necesidad de reformular la normativa societaria nacional, para lo cual se encargó a una comisión especial, la elaboración del anteproyecto de una nueva Ley General de Sociedades, cuyo esfuerzo se traduce en el texto actual, promulgado mediante Ley N° 26887 del 9 de diciembre de 1997.

2.2 La Ley General de Sociedades

Con la LGS, si bien se mantienen las diferencias formales entre las sociedades civiles y mercantiles, se han eliminado las diferencias sustanciales, consolidándose la unificación del Derecho societario en un solo cuerpo normativo.

En lo referente a la finalidad económica de las sociedades civiles, la actual LGS, en su artículo 295°, ratifica expresamente que estas tienen un fin común de carácter económico, el cual debe ser realizado mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividad personal, por alguno, algunos o todos los socios, estando dicho requisito formal relacionado con el modo en que tales sociedades ejecutan sus operaciones, a efectos de alcanzar su finalidad común. Respecto al fin económico de las sociedades mercantiles, éste es inherente a su propia naturaleza, motivo por el cual se suele utilizar en los negocios y, en general, en todo tipo de actividad económica.

Asimismo, sobre dicho aspecto, debemos señalar que las disposiciones de la actual LGS, en términos generales, han viabilizado que toda actividad económica,

sin excepción, pueda ser realizada por cualquier forma o tipo de sociedad regulado en la LGS; por lo que, a manera de ejemplo, nada impediría el hecho de que clubes sociales y promotoras de espectáculos, centros educativos, culturales o artísticos se organicen como sociedades anónimas, posibilidad que ha sido admitida por normas especiales, tales como el Decreto Legislativo N° 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, y que los clubes de fútbol que son asociaciones, transforman a sociedades anónimas, conforme a la regulación aprobada por la Ley N°29504.

Lo que sí es importante enfatizar, es que conforme al artículo 2° de la LGS, toda sociedad que se constituye debe adoptar necesariamente alguna de las siete formas o tipos societarios previstos en ella y, en caso no lo haga, técnicamente no hay sociedad.

Al respecto, Elias Laroza³ se pregunta ¿no significa esto un atentado contra la autonomía de la voluntad de los socios?, ¿no es una cortapisa inaceptable que cualquier grupo de personas no pueda formar una sociedad como le venga en gana?, ¿no es la actividad económica algo cambiante, dinámica que requiere constantemente nuevas formas societarias?. Respondiendo sus interrogantes, señala que la doctrina y las legislaciones han desechado estos argumentos por ser muy discutibles sus fundamentos, pues si bien la actividad económica requiere de mucha libertad, no es menos necesaria su seguridad.

Siguiendo en este tema el sólido pensamiento de Elías⁴, la seguridad de los negocios exige formas o tipos societarios conocidos, uniformes y dúctiles y que haya una tipicidad, lo cual no significa que las formas o tipos societarios sean inmutables, pues cada uno de ellos permite a los socios, introducir una multiplicidad de variantes en el pacto social y en el estatuto, gracias a la flexibilización introducida a lo largo de toda la LGS, o a través de los convenios entre socios y entre estos y terceros, reconocidos en el artículo 8° de la referida ley, sobre los cuales haremos una referencia más adelante.

En relación con la flexibilización de la normatividad de la LGS, si bien, efectivamente sus normas tienen una naturaleza especial ya que configuran todo un ordenamiento legal de orden público dentro del cual se tienen que desarrollar y desenvolver las sociedades existentes y las que se constituyan a partir de su vigencia, es posible diferenciar dentro de ella cinco tipos de normas, a saber:

- Normas de carácter imperativo, de observancia obligatoria y que no dejan alternativa u opción para su cumplimiento. En este grupo se encuentran la

³ Elias Laroza, Enrique... Derecho Societario Peruano, Tomo I, Editora Normas Legales, Trujillo, Perú, Primera Edición, Diciembre 1999, p. 10.

⁴ Elias Laroza, Enrique... Op. Cit., p. 11

mayoría de las normas contenidas en la LGS y, por tanto, no resulta necesario citar ejemplos específicos.

- Normas dispositivas, que sin desconocer el marco legal imperativo, establecen parámetros mínimos o máximos dentro de los cuales las sociedades deben optar.

A manera de ejemplos, podemos establecer en materia de sociedades anónimas el artículo 163°, que señala que el período de duración del directorio será no mayor de un año ni menor de tres, con lo cual inmediatamente surgen tres posibilidades respecto del plazo de vigencia del mencionado órgano social (1, 2 o 3 años), y el artículo 155°, tercer párrafo, el cual señala que en ningún caso el número de directores es menor de tres por tratarse de un órgano colegiado, con lo cual se abren diferentes opciones respecto al número máximo de los miembros que componen dicho órgano social.

- Asimismo, existe un importante número de normas, que si bien en principio son imperativas, en la misma ley se permite que a través del estatuto se excluyan, no se apliquen o en todo caso se apliquen de manera diferente. Sólo en la sociedad anónima, son 43 los casos debidamente identificados⁵.
- También existen normas referidas a situaciones en las que la ley establece que será la junta general de accionistas o en su caso el directorio, las que establezcan el procedimiento que debe seguirse. Como ejemplo señalamos el artículo 208° referido al ejercicio del derecho de preferencia en el supuesto de que en un aumento de capital, luego de terminada la segunda vuelta, queden acciones sin suscribir.
- Finalmente, hay normas a través de las cuales la ley permite que la junta general de accionistas adopte una determinada decisión aunque ella no esté prevista en el estatuto social, como es el caso del cuarto párrafo del artículo 101° referido a la validez de acordar en junta general la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, en cuyo caso solo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

Asimismo, podemos citar el caso del segundo párrafo del artículo 199° en el cual se establece que la junta general puede acordar, aunque el estatuto no lo

⁵ Tales casos están descritos en el artículo del autor denominado “Flexibilización de la regulación normativa de la sociedad anónima a partir de la vigencia de la Ley 26887”, publicado en Derecho Comercial, Tomo V, Temas Societarios, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, primera edición 2004, páginas 15 a 35.

haya previsto, la creación de diversas clases de acciones o la conversión de acciones ordinarias en preferenciales.

Como se sabe, el artículo 5° de la LGS establece que la sociedad se constituye por escritura pública, en la que está contenido el pacto social que incluye el estatuto, y que para cualquier modificación de estos, se requiere la misma formalidad, y tanto la escritura pública de constitución como sus modificaciones deberán inscribirse obligatoriamente en el registro público correspondiente al domicilio de la sociedad.

El pacto social viene a ser el acto jurídico en el que consta la voluntad de los socios de constituir una sociedad. En lo que se refiere a la sociedad anónima, el artículo 54° establece, que el pacto social obligatoriamente debe contener los datos de identificación de los fundadores, la manifestación expresa de la *affectio societatis* o la voluntad de los accionistas de constituirla, el monto del capital y las acciones en que se divide, la forma cómo se paga el capital suscrito y el aporte de cada accionista, el nombramiento y los datos de identificación de los primeros administradores y el estatuto que regirá el funcionamiento de la sociedad.

Este pacto social viene a constituir, en nuestra opinión, el componente más importante del acto jurídico relativo a la constitución de una sociedad en general, y es precisamente, lo que configura el carácter contractual de la constitución de una sociedad.

En cuanto al estatuto social, es como el reglamento interno de la sociedad y viene a ser un conjunto de normas de cumplimiento obligatorio, al cual se somete ésta, y sus accionistas, constituyendo el marco dentro del cual deben desarrollarse los negocios y operaciones lícitas que constituyen su objeto social.

Como ya hemos adelantado, el estatuto debe señalar que los socios y los acuerdos que adopten sus órganos sociales, quedan sometidos a las normas imperativas de la ley o, en todo caso, a lo que el estatuto establece, cuando ha optado de modo diferente, amparándose en la ley. Es decir, cuando en sus artículos pertinentes, se dice expresamente “salvo que el estatuto disponga otra cosa”, “salvo que el estatuto establezca lo contrario”, “salvo que el estatuto lo permita”, o “salvo disposición distinta del estatuto”.

En lo que concierne a los convenios entre socios y entre estos y terceros conocidos como convenios “Parasocietarios” y que están regulados en el artículo 8° de la LGS, su ámbito es muy amplio y abarca múltiples posibilidades respecto al ejercicio de los derechos de los accionistas, estableciendo entre ellos limitaciones y restricciones a la transferencia de acciones, reglas especiales para el ejercicio del derecho de voto y obligaciones y compromisos con terceros no accionistas.

III. UN ELEMENTO ESENCIAL: LA PLURALIDAD DE SOCIOS O ACCIONISTAS

En el artículo 4° de la LGS en su primer párrafo, se aborda el tema de la plurilateralidad de socios, pues dispone que la sociedad se constituya cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. También dispone que si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término del plazo.

La pluralidad, por lo tanto, es un requisito muy importante y que debe estar presente desde la constitución de la sociedad hasta su extinción. Ello no impide que, por mandato expreso de la ley la sociedad pueda subsistir legalmente con un solo socio, siempre que se restablezca la pluralidad dentro del plazo de seis meses, establecido en el inciso 6 del artículo 407° de la LGS.

Esto último es necesario porque toda la estructura de una sociedad –es decir, sus órganos, sus socios, la forma de tomar acuerdos, el gobierno de la mayoría y la protección de los socios minoritarios, el pacto social y el estatuto, está pensada para un conjunto de personas, naturales o jurídicas, con intereses en común, y que deciden formar una entidad distinta, con personalidad propia, un sujeto de derecho y obligaciones, una organización compleja, pero distinta de sus miembros, que les permita un mejor orden, tanto en la toma de decisiones como en la forma de llevar a cabo su actividad, la protección de su patrimonio (en algunos casos) y una mayor facilidad para enfrentar el mercado y realizar negocios.

Desde nuestro punto de vista, una sociedad es mucho más que la mera protección del patrimonio, aunque a veces se vea reducida a ello y por lo tanto no deberíamos apreciarla solo por la responsabilidad limitada que podría brindar, pues ello implicaría partir de la idea de que en algún momento vamos a perder, y esa no es precisamente la forma de emprender una aventura comercial, proyectada a la obtención de beneficios que lleguen a sus socios. La sociedad no está hecha para servir a los intereses de una sola persona que invierte y que cada vez que pierde se resguarda en el cómodo escudo de la responsabilidad limitada que aquella le otorga, y luego constituye una nueva y hace lo mismo.

En realidad, la sociedad existe para facilitar la obtención de un fin en común a todos sus socios, es decir, para que las personas que deciden arriesgar su capital tengan un medio idóneo que les permita actuar bajo ciertas normas en conjunto, evitando el trato directo que muchas veces entorpece la toma de decisiones, y creando un órgano supremo del cual cada una de aquellas personas forma parte, y a las que se someten a sus decisiones. Así, es necesario que se encuentre conformada por dos o más personas, pues, si no, se estaría atentando contra el fin y la esencia de la sociedad.

3.1 Pluralidad y el proceso disolutorio

Cabe precisar que en el primer párrafo del artículo 4° de la LGS se sanciona con la disolución de pleno derecho, a la sociedad que no cuenta con dos o más socios por un periodo superior a seis meses, y que se trata de un artículo que afecta a todos los tipos de sociedades, pues está en el primer libro de la LGS, denominado “Reglas aplicables a todas las sociedades”.

La disolución, como bien se sabe, es el acto o hecho jurídico con el que se inicia el proceso de extinción de la sociedad, proceso que finalizará con la inscripción de esa extinción en el registro público. Como afirma Elías, “la disolución es, pues, el primer paso que lleva a la liquidación y la extinción de la sociedad”.⁶

Decíamos que se trata de un acto o hecho jurídico: será un acto cuando surja de la voluntad de los socios; será un hecho cuando la ley tipifique una determinada situación que, una vez cumplida, origina la disolución de la sociedad sin necesidad de una posterior declaración. Pero la disolución también puede surgir de la concurrencia de ambas cosas, y entonces la disolución será mixta cuando, a pesar de realizarse el hecho regulado por la ley, se requiere del acuerdo que la declara.

Así, Uría y Menéndez⁷ afirman que, en unos casos, “... la disolución resulta de la mera concurrencia de un acto (acuerdo extraordinario de la junta) o de un hecho jurídico (transcurso del plazo de duración de la sociedad), mientras que en otros, la disolución ofrece una estructura compleja y se integra por dos elementos distintos (concurrencia de una causa legítima de disolución, y acuerdo social o resolución que la constata).

De igual manera, Montoya⁸ sostiene que “por disolución de la sociedad anónima hay que entender, pues, el efecto de un acto (acuerdo de junta general, resolución judicial), o de un hecho jurídico (transcurso del tiempo que abre el proceso liquidatorio conducente a la extinción de la sociedad como contrato y como persona jurídica).

En efecto, una vez ocurrida la disolución, solo queda seguir el camino a la extinción, pues el fin común para el que los socios se juntaron desaparece, y todos los actos posteriores estarán dirigidos a realizar el patrimonio de la empresa y a

⁶ Elías Laroza, Enrique. Derecho Societario Peruano, Tomo III Editora Normas Legales, Trujillo, Perú, Primera Edición, Diciembre 1999, pág. 1078.

⁷ Uría, Rodrigo; Menéndez, Aurelio y Javier García de Enterría. La sociedad anónima: disolución. En Curso de derecho mercantil. Tomo I, volumen I, capítulo 40. Madrid: Civitas, 1999, p. 1006.

⁸ Montoya Alberti, Hernando. Las causales de disolución y liquidación societaria en la Ley General de Sociedades. En Tratado en derecho mercantil. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 1274.

pagar a sus acreedores, y ya no al desarrollo de su objeto social. Como expresa Elías⁹ ... “a partir de la ocurrencia de la causal o del acuerdo de disolución, la sociedad tiene como única finalidad la de liquidar su patrimonio y extinguirse (...) producida la causal de disolución desaparece la finalidad de desarrollar el objeto social. Consecuentemente, en principio, los acuerdos de la junta o asamblea de socios, durante el proceso de liquidación, deben orientarse exclusivamente a cumplir con los fines propios del proceso.

Asimismo, Montoya¹⁰, señala que “la disolución de la sociedad produce la cesación del pacto social y al propio tiempo la extinción de la sociedad, en el sentido de que los socios no están ya obligados a perseguir el fin común con medios comunes, sino que están autorizados para pretender la restitución en dinero o en especie de sus respectivas aportaciones”.

Ahora bien, en el artículo 407° de la LGS se establecen las causas por las que se disuelve una sociedad, entre ellas la que recoge en su inciso 6: “Falta de pluralidad de socios si en el término de seis meses dicha pluralidad no es reconstituida”. Como ya se ha mencionado, la disolución parte de un acto o un hecho jurídico, pero cabe preguntarse, como lo hace Montoya¹¹, si el acuerdo de disolución ¿es un acto constitutivo o declarativo?, es decir, si es requisito indispensable para producir los efectos que la disolución conlleva. Montoya responde que el tema debe analizarse conforme a cada una de las causales. En ese sentido, hay algunas en las que no se requiere de un acto que confirme la disolución, como cuando se vence el plazo de duración, entre las que habría que considerar además, la causal de disolución por falta de pluralidad de socios por más de seis meses, que produce la misma consecuencia.

Según hemos afirmado, en el inciso 6 del artículo 407° de la LGS, se establece que la falta de pluralidad de socios por un periodo superior a seis meses trae como consecuencia la disolución de pleno derecho de la sociedad. No obstante la precisión de la norma, hay autores que consideran que la disolución por la falta de pluralidad de socios no opera de pleno derecho y que sostienen que existen algunos problemas prácticos para llevar a cabo la disolución de pleno derecho, y que por lo tanto la situación es reversible.

José Palma Navea¹², al referirse al tema, expresa: “El artículo 4° de la LGS señala que si la pluralidad de socios no se reconstituye en el plazo de seis meses, la sociedad se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo. Sobre el particular, observamos que se presenta un problema de orden práctico, respecto a

⁹ Elías Laroza, Enrique. Op. cit., Tomo III, pág. 1078

¹⁰ Montoya Alberti, Hernando: Op. Cit., p. 1276.

¹¹ Montoya Alberti, Hernando: Op. Cit., pág.1276

¹² Palma Navea, José Enrique. Disolución, liquidación y extinción de sociedades. En Estudios a la nueva Ley General de Sociedades. Lima: Cathedra – Espíritu de Derecho, 1998, p. 120.

la forma como opera esta causal de disolución”. Refiriéndose al artículo 407° de la LGS, continúa, ... “a diferencia que en la causal prevista en el inciso 1 (vencimiento del plazo de duración de la sociedad), en la que resulta coherente y lógico que la disolución opere de pleno derecho, por cuanto esta surge de la inscripción registral primigenia que establece el plazo de vigencia de la sociedad, plazo que es de conocimiento de todos (terceros), en virtud del principio de publicidad registral; en el caso de la disolución por falta de pluralidad de socios no sucede lo mismo.¹³

Y concluye dicho autor manifestando que: “En efecto, frente a la causal de disolución por falta de pluralidad de socios, no reconstituida dentro del plazo de seis meses, no existe manera de que los terceros puedan tomar conocimiento de este hecho una vez producido, quedando la manifestación y publicidad del mismo a la voluntad de quien sería el “único” socio. Puede suceder que la sociedad continúe operando luego de transcurrido dicho periodo, por mucho tiempo más, con ese único socio, sin que ello sea de conocimiento de terceros. Ante ello, se presenta la interrogante: ¿opera de pleno derecho esta causal de disolución?”. Asimismo, se presentan otras interrogantes: ¿cómo se formaliza la disolución? Y ¿quién nombra a los liquidadores?¹⁴

Sobre el mismo tema, Gonzales Barrón¹⁵, sostiene que: “En caso de producirse alguna de las causales de disolución, no se entenderá que esta produce efectos de forma automática, ya que siempre será necesario un acuerdo de junta general que reconozca la situación de hecho, o en su defecto, una resolución judicial que la declare. En otras palabras, producida la causal de disolución, esta no opera de pleno derecho”.

Es nuestra opinión que los argumentos de los dos últimos autores suscitan ciertas precisiones, y es que el hecho de que la LGS no haya establecido un procedimiento para la formalidad de la disolución no implica que esta no opere de pleno derecho. Solo porque la LGS no dispuso en el inciso 6 del artículo 407° que la disolución opere de pleno derecho, no se puede concluir que la sanción regulada en el artículo 4° no sea de aplicación.

Las preguntas hechas por José Palma pueden ser respondidas en el sentido de que la disolución no requiere formalizarse, pues opera de pleno derecho: pasados seis meses y un día, la sociedad que perdió la pluralidad de socios se disuelve; no incurre en causal de disolución, sino que se disuelve al cumplirse el hecho regulado por la ley. Como es obvio, la junta general deberá ser convocada para nombrar a los liquidadores. Si bien, conforme al artículo 413° de la LGS, los

¹³ Ibid., pp. 120-121.

¹⁴ Ibid., pp.120-121

¹⁵ Gonzales Barrón, Günther. La nueva Ley General de Sociedades y su aplicación registral. Lima Perú, Editorial Rodhas, año 1998, p. 433.

administradores y representantes de la sociedad pierden todas sus facultades al momento de ocurrir la disolución (a los seis meses y un día), en tanto no se nombre a los liquidadores cualquiera de los administradores podrá convocar a la junta.

Como sostiene Enrique Elías¹⁶ “si los liquidadores no asumen sus funciones en el plazo de cinco días, cualquiera de los administradores cesados puede convocar a la junta o asamblea de socios para que designe a los liquidadores lo más pronto posible, con el propósito de evitar los perjuicios que la falta de representación cause a la sociedad”.

De igual manera, según afirma Montoya Alberti¹⁷ citando a Beltrán , si la junta que debe designar a los liquidadores no es convocada, la sociedad no puede quedarse sin administradores, por lo que coincidimos con el mencionado autor cuando sostiene la premisa del cese gradual de los administradores: “... producida la disolución, pierden el poder de representación para realizar nuevas operaciones; pero solo con el nombramiento de los liquidadores cesarán totalmente en sus funciones y serán sustituidos por los liquidadores como órgano al que la ley confiere durante el periodo de liquidación, la gestión y representación de la sociedad para cuanto sea necesario a los fines de la liquidación.

Respecto a las sociedades por acciones, al no estar estas, ni sus transferencias inscritas en el registro público, sino en la matrícula de acciones -que es un registro privado y confidencial- admitimos que la probanza de la falta de pluralidad por un periodo de seis meses es sumamente difícil, pues podría argumentarse que se restableció la pluralidad durante un tiempo y luego se transfirieron las acciones de nuevo. En todo caso, es obligación del gerente general de la sociedad –quién está encargado del libro de matrícula de acciones- verificar la ocurrencia de la causal, pues el numeral 9 del artículo 190° de la LGS señala su responsabilidad por el cumplimiento de la ley, y el numeral 4 lo responsabiliza por el ocultamiento de las irregularidades que observe en las actividades de la sociedad.

Sin duda, continuar en actividad cuando se ha incurrido en una causal de disolución no puede entenderse como irregularidad en el sentido del numeral 4, pero si la sociedad continúa actuando de manera regular, ocultando su situación de sociedad irregular en los términos del artículo 423° de la LGS, y pretende que los efectos que la irregularidad conlleva, regulados en el artículo 424° de la LGS, no se concreten y produzcan efectos frente a terceros, se trata de una irregularidad que debe considerarse dentro del numeral 4 del artículo 190° de la LGS y que debe imputarse al gerente de la sociedad.

¹⁶ Elías Laroza, Enrique. Op. Cit., (Tomo III), pág. 1104

¹⁷ Montoya Alberti, Hernando. Op. Cit., pp. 1306-1307.

En ese orden de ideas, opinamos que el artículo 4° de la LGS, al encontrarse en el libro primero, denominado “Reglas aplicables a todas las sociedades”, es de aplicación general en cualquier caso de falta de pluralidad –sociedades por acciones o de participaciones- y, por tanto, prevalece sobre la norma contenida en el inciso 6 del artículo 407° de la LGS.

Como ya hemos adelantado, a pesar de lo regulado por el artículo 4° de la LGS, que sanciona con la disolución de pleno derecho la pérdida de la pluralidad de socios por un periodo mayor a seis meses, hay quienes consideran, que dicha disolución es reversible en los términos del artículo 426° de la LGS. Este artículo, que se encuentra en la sección denominada “Sociedades irregulares”, establece que: “Los socios, los acreedores de estos o de la sociedad o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o la disolución de la sociedad, conforme al procedimiento establecido en el artículo 119° o en el artículo 409°, según el caso”.

Sin embargo, debe entenderse que solo podrá revertirse dicha disolución si ha provenido de un acuerdo de junta de accionistas y no si se ha producido de pleno derecho por mandato de la ley. Como señala Elías¹⁸ ... consideramos que no procede en este caso que, iniciado el periodo de liquidación, los socios puedan acordar la reconstitución de la pluralidad y la reactivación de la sociedad dando por concluida la liquidación. Ello sería violatorio del mandato legal que fijó únicamente en seis meses el plazo durante el cual la reconstitución era posible (...) la junta o asamblea pueden, inclusive, si la causal de disolución lo permite, si no opera de pleno derecho o si la causal de disolución ha sido subsanada o superada, decidir que la sociedad retorne a su estado de actividad, revocando el acuerdo de disolución e interrumpiendo el estado de liquidación.

Finalmente, en el segundo párrafo del artículo 4° de la LGS se establece expresamente que no es exigible la pluralidad de socios a que se refiere el primer párrafo anteriormente comentado cuando el único socio es el Estado o en otros casos expresamente señalados por la ley. Al respecto, es pertinente reconocer que a la fecha existen empresas organizadas como sociedades anónimas en las cuales el 100% de las acciones pertenece al Estado, a través de FONAFE, y por la actividad estratégica que desarrollan básicamente las áreas que se permiten en el artículo 58° de la Constitución Política, y que por lo tanto, es una excepción a la regla de la pluralidad de socios, absolutamente válida, que además forma parte de la definición que se hacen en la Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aprobado por Ley N° 24948 de las Empresas de Derecho Privado cuyo capital pertenece totalmente al Estado.

De otro lado, en relación con “los otros casos señalados expresamente por ley”, a que se refiere la parte final del segundo párrafo del artículo 4°, identificamos en

¹⁸ Elías Laroza, Enrique. Op. Cit., p. 17.

primer lugar el artículo 36° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, en el cual se señala en su inciso 3, que no es exigible la pluralidad de socios para la constitución de subsidiarios de empresas financieras y de seguros, y en segundo lugar el artículo 201° de la Ley del Mercado de Valores, por el cual se le permite a las sociedades agentes de bolsa constituir subsidiaria para ciertas actividades específicas.

IV. UNA NUEVA FORMA SOCIETARIA: LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

El amplio desarrollo de los alcances y objetivos el artículo 4° de la LGS, respecto al elemento pluralidad, ha sido indispensable para concluir que en nuestro país, no existe como tipo societario reconocido a diferencia de lo que sucede en otros países como Alemania, Italia y Francia, la denominada Sociedad Unipersonal, que aunque por su nombre parezca contradictorio, es la sociedad de un solo socio.

Que en el Perú hayan situaciones de “excepción a la regla” debidamente identificadas, no significa el reconocimiento de este tipo societario, ni tampoco cuando sobreviene una situación de unipersonalidad, que a nuestro modo de ver conduce inexorablemente a la disolución de la sociedad, transcurrido el plazo límite fijado en la ley. Como lo señalamos en la introducción a nuestro trabajo, que no esté regulado en la LGS no quiere decir que la norma no pueda tener ajustes porque toda norma es perfectible, con mayor razón una norma de vital importancia como la societaria.

4.1 Ruptura con la doctrina tradicional en Colombia.

La Ley 1258 del 5 de diciembre del año 2008 expedida por el Congreso de Colombia, ha creado las Sociedades por Acciones Simplificada, en adelante simplemente SAS, incorporándose en dicha norma legal los antecedentes normativos locales y las principales experiencias del derecho extranjero contemporáneo, especialmente adaptando el modelo francés. Su principal fuente de inspiración interna radica en la Ley 222 de 1995 sobre las empresas unipersonales de responsabilidad limitada.

Para Reyes Villamizar¹⁹ la SAS, es la innovación más importante del Derecho Societario Colombiano en décadas, y su configuración es típica, caracterizada por una regulación leve y de espectro generalmente dispositivo que la convierte en un instrumento utilísimo para la realización de negocios en todas las escalas, desde negocios familiares hasta negocios de grandes dimensiones, siendo una de sus pocas prohibiciones el no estar autorizado a negociar sus valores en Bolsa.

¹⁹ Reyes Villamizar, Francisco en SAS, La Sociedad por Acciones Simplificada, Legis Editores, Colombia primera edición, tercera reimpresión, junio 2009, pág. 1

En este mismo sentido, para Dominique Vidal, citado por Reyes Villamizar²⁰, la SAS es una sociedad cerrada y no puede acudir al mercado público de valores. Debido al carácter especial de sus normas y de la prudencia de la autonomía de la voluntad, se entiende y fortifica que la SAS no puede ser utilizada para realizar actividades financieras o de seguros, los cuales se sujetan a regulaciones precisas que implican vigilancia especial.

Dentro de sus características más relevantes encontramos la ruptura de algunos elementos esenciales de los demás tipos de sociedades de capital como son la pluralidad de socios y la participación en las utilidades y pérdidas, los cuales son defendidos por la doctrina más tradicional en Derecho Societario.

Sin embargo, el fin de la creación de las SAS justamente era salir de lo establecido por la doctrina tradicional, y proporcionar al mercado, una nueva herramienta suficientemente útil para satisfacer las nuevas necesidades del mercado.

De otro lado, la SAS se dio en Colombia dentro de un proceso de flexibilización de los tipos asociativos y dentro de los motivos que se consideraron para la creación de las SAS encontramos la búsqueda de suplir las deficiencias de las formas tradicionales de sociedad previstas en su Código de Comercio, por la inadaptación de dichos tipos societarios a las necesidades actuales de los empresarios, siendo que en la SAS se dio mayor preponderancia a la voluntad de los socios que cuentan con una mayor autonomía contractual.

Asimismo, las SAS tienden a una armonización con las modernas tendencias mundiales y otorgan mayores posibilidades de crear y desarrollar la empresa de acuerdo con las necesidades de la misma y de los participantes en el contrato social.

Como bien señala Reyes Villamizar

“Se trata de permitirles a los empresarios la escogencia libre entre las diversas opciones previstas en la legislación. Sin embargo, es evidente que los tipos societarios anteriores a la SAS presentan dificultades claramente identificadas por la doctrina y por los propios empresarios. A pesar de la enorme popularidad de las sociedades anónimas y de las de responsabilidad limitada, debe reconocerse que su configuración típica es deficiente ante las necesidades de los inversionistas.”

A continuación presentamos el siguiente extracto con los aspectos relevantes de la SAS²¹:

²⁰ Reyes Villamizar, Op. cit. pág. 1 y 2

²¹ El texto completo de la regulación colombiana puede leerse en el apéndice

1. Características de las SAS:

- Basada en la ley francesa del año: 1994, reformada en los años 1999 y 2001.
- Constitución por contrato o por acto unilateral (sociedades unipersonales).
- Creación mediante documento privado, salvo que haya aportes cuya transferencia requiera escritura pública.
- Registro mercantil constitutivo de la personalidad de la sociedad.
- Naturaleza puramente comercial.

2. Propósito de la SAS:

Dentro de un proceso de flexibilización de los tipos asociativos, se han regulado las SAS para contar con una mayor autonomía contractual, una armonización con tendencias mundiales y dar mayores posibilidades de crear y desarrollar la empresa de acuerdo con las necesidades de la misma y de los participantes en el contrato social.

3. Sincretismo entre sociedad de capitales y sociedad personalista:

- Es una sociedad de capitales con elementos “intuitu personae”.
- Tiene carácter personalista del contrato, confianza entre los accionistas, procura de un fin común, flexibilidad para llevarlo a cabo.
- La SAS no está concebida para ser inscrita en el mercado de valores.
- Es posible restringir la enajenación de las acciones por un término definido.
- También es posible excluir al accionista que haya actuado de forma desleal o negligente.

4. Adopción del tipo social:

Desde un inicio por su constitución como tal o por transformación, para lo cual se requiere unanimidad de los asociados para convertirse en SAS.

5. Constitución por contrato o por acto unilateral:

La SAS podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

6. Desestimación de la personalidad jurídica:

- Cuando se utilice la sociedad para defraudar a la ley o en perjuicio de terceros.
- Responsabilidad solidaria para accionistas y administradores.

- Indemnizar perjuicios causados.

7. Objeto indeterminado y término indefinido:

- Posibilidad de objeto indeterminado.
- Posibilidad de término indefinido.

8. Características:

- 1) Libertad de organización social
 - Libertad para establecer los órganos de dirección, administración y control.
 - Limitación: por lo menos un representante legal quien ostentará las funciones de la Junta Directiva a falta de estipulación en contrario.
 - Abolición de la pluralidad para quórum y mayorías decisorias.
 - Efectividad de acuerdos entre accionistas.
- 2) Posibilidad de renunciar a ser convocado a asamblea general de accionistas.
- 3) Supresión de los límites para la distribución de utilidades.
- 4) Resolución de conflictos societarios por medio de proceso verbal ante la Superintendencia de Sociedades.

9. Revisoría Fiscal:

- De carácter voluntario.
- Abolición del requisito de contador público.

10. Capital social:

- Libertad para integrar el capital social.
- Plazo de 2 años para pagar las acciones.
- Diversas clases de acciones.
- Posibilidad de voto múltiple.
- Posibilidad de limitar la negociación de las acciones por un plazo improrrogable de 10 años.
- Sanción de ineficacia para la violación a las restricciones de negociación.

11. Enajenación Global de Activos:

- Existe enajenación global de activos cuando la sociedad por acciones se proponga enajenar activos y pasivos que representen el 50% o más del patrimonio líquido de la compañía a la fecha de la enajenación.

- Aprobación de la asamblea.
- Derecho de retiro.

12. Fusión Abreviada:

- Cuando la sociedad detente el 90% de las acciones de una SAS.
- Decisión de los representantes legales.
- Por documento privado (salvo bienes que requieran de escritura pública)

13. Abuso del Derecho:

- Los accionistas deberán actuar en interés de la sociedad.
- El voto será abusivo cuando sea ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a los otros accionistas.

Clases:

- Abuso de la mayoría.
- Abuso de la minoría.
- Abuso de paridad.

Acciones procedentes: de indemnización de perjuicios, acción de nulidad absoluta.
Entidad competente: Superintendencia de Sociedades.

14. Disolución y liquidación:

- Plazo de 2 años para el enervamiento de causal de disolución por pérdidas.
- Proceso de liquidación igual al de las sociedades de Responsabilidad Limitada.

4.2 La SAS , una opción para el empresario unipersonal

a) La pluralidad de socios o accionistas

En el contexto peruano, retomando el tema de la pluralidad de socios en las sociedades, es claro que según el artículo 4^o²² de nuestra LGS es un requisito indispensable para constituir legalmente una sociedad en el Perú, siendo la única

²² Art. 4. Pluralidad de socios.- La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo. No es exigible la pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por Ley.

excepción a dicha estipulación cuando el único socio es el Estado, lo cual se justificaría en atención al interés público.

En el caso específico de la SAS Colombiana, según lo dispuesto por el artículo 1° de su ley de creación *“La sociedad por acciones simplificada podrá **constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas**, quienes solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”*

De tal modo, queda claro que para la constitución de una SAS es posible que sea mediante contrato (pluralidad) o mediante un acto unilateral, tal como se menciona en el artículo 5° de la ley de SAS.

b) Distribución de utilidades

Prosiguiendo, respecto al tema de la participación en utilidades y pérdidas de los socios, Reyes Villamizar²³ señala que

“Otro de los cánones parcialmente revaluados en el texto de la Ley SAS tiene que ver con la revisión del concepto según el cual todos los asociados participan en igual forma en las utilidades y pérdidas que experimente la compañía. Aunque no existe en el Código de Comercio un precepto jurídico en el cual se exija la participación proporcional en las utilidades del ejercicio, la visión tradicional ha apuntado hacia una cierta relación entre el volumen de los aportes efectuados al fondo social y los beneficios económicos a que tiene derecho cada asociado.”

Al respecto en nuestro ordenamiento legal en el artículo 39° de la LGS se establece que

“La distribución de beneficios a los socios se realiza en proporción a sus aportes al capital. Sin embargo, el pacto social o el estatuto pueden fijar otras proporciones o formas distintas de distribución de los beneficios.

Todos los socios deben asumir la proporción de las pérdidas de la sociedad que se fije en el pacto social o el estatuto. Solo puede exceptuarse de esta obligación a los socios que aportan únicamente servicios. A falta de pacto expreso, las pérdidas son asumidas en la misma proporción que los beneficios. Está prohibido que el pacto social excluya a determinados socios de las utilidades por las pérdidas, salvo en este último caso, por lo indicado en el párrafo anterior.”

A nivel mundial, en los últimos años, las sociedades se han visto en la necesidad de buscar financiamiento, o por lo menos de crear mecanismos que coadyuven a la financiación y/o captación de recursos, razón por la cual se han ido creando diversas formas de hacerlo mediante la emisión de diversas clases de títulos, entre las que encontramos acciones ordinarias, bonos, bonos convertibles, acciones de dividendo fijo entre otras.

²³ 42 Reyes Villamizar. Op. cit. pág. 42

En palabras de Reyes Villamizar²⁴ las acciones de dividendo fijo permiten deslindar los porcentajes de participación de cada accionista frente a los dividendos que cada uno de ellos ha de recibir; asimismo, manifiesta que constituyen un extraordinario mecanismo de capitalización societaria, por cuanto crean un incentivo a los inversionistas semejante al que se obtiene al adquirir títulos de renta fija, lo cual lleva a una reducción del riesgo para el inversionista en cuanto tiene preferencia para el pago de un mínimo retorno de la inversión.

En este sentido el artículo 10° de la Ley SAS señala expresamente que se podrán crear diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: i) acciones privilegiadas; ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; iii) acciones con dividendo fijo anual y iv) acciones de pago.

c) Simplificación de constitución

Otro, tema importante a tocar en el estudio a las SAS es la simplificación de la constitución que según el artículo 5° de su ley se puede hacer mediante documento privado (sea contrato o acto unilateral) inscrito en el registro mercantil a menos que dentro de los activos aportados a la sociedad estén comprendidos bienes cuya transferencia requiera escritura pública.

Consideramos, al igual que Reyes Villamizar²⁵ que con dicha disposición se reducen de modo significativo los denominados costos de transacción derivados del proceso constitutivo de la sociedad.

En este sentido, el autor antes citado, al analizar la misma disposición para la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada en su obra “Derecho Societario”, señala lo siguiente:

“La controversia que se origina en la supresión de este requisito debe suscitar un análisis objetivo sobre la exigencia de escritura pública como *conditio sine qua non* para la personificación jurídica de las sociedades. Se suele afirmar que el notario público, además de verificar la identidad del compareciente y la autenticidad del documento, ejerce un control de legalidad sobre el acto. También garantiza amplia publicidad del acto frente a terceros y suscita una mayor seguridad jurídica, por los efectos probatorios que se le atribuyen legalmente. Todo ello resulta cierto de acuerdo con el régimen legal respectivo. Por lo anterior, el debate referido no debe centrarse, en ningún caso, en discutir si resultaría útil prescindir de esos benéficos atributos de autenticidad, publicidad y control de legalidad; debe tan sólo referirse a si, en realidad, se requiere una costosa duplicidad de trámites para lograr dichos

²⁴ 43 Reyes Villamizar. Op. cit. pág. 43

²⁵ Reyes Villamizar. Op. cit. pág. 49

beneficios o si una sola entidad podría generar todas esas garantías en forma razonable y eficiente.”

En este sentido, en la Ley de SAS se pueden encontrar otras disposiciones que apuntan a disminuir los costos de transacción como el artículo 33° *“Fusión abreviada.- En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90 %) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión. El acuerdo podrá realizarse por documento privado inscrito en el registro mercantil, salvo que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. (...)”*

En este artículo, es evidente que se buscó disminuir los costos de transacción y facilitar la fusión de las sociedades, inclusive no siendo necesario para todos los casos recurrir a una escritura pública.

d) **Responsabilidad limitada**

Una de las principales ventajas de las SAS es que como sociedad de capitales que es, goza de la limitación del riesgo de los accionistas al monto del capital social aportado. La cual se materializa con el nacimiento de la persona jurídica, que se da con la debida inscripción en el Registro Mercantil.

Otro beneficio de este tipo de sociedades, según Périn (citado por Reyes Villamizar)²⁶

“(...) es el modo de organización interna lo que le confiere a la SAS su originalidad en relación con la prevista para los demás tipos de compañía. La sociedad por acciones simplificada es una forma liberalizada de persona jurídica, que conjuga el poder financiero de las sociedades por acciones con una gran autonomía para la organización de sus poderes internos”

Sin embargo, el artículo 42° de la Ley SAS señala lo siguiente *“Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.”*

²⁶ Reyes Villamizar. Op. cit. pág. 59 y 60

Al respecto Venegas Franco²⁷, profesor y abogado colombiano señala que la expresión “Desconocimiento de la personalidad jurídica” y sus equivalentes como levantamiento del velo societario, se suelen designar tan solo al fenómeno en virtud del cual se desconoce la intangibilidad del patrimonio personal de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, intangibilidad que no es sino una de las consecuencias del reconocimiento de la personalidad jurídica a tales sociedades.

Es el caso que uno de los principios que inspiró la elaboración de la Ley de las SAS fue el de propiciar una amplia autonomía contractual en los estatutos sociales, para permitir a los socios definir bajo sus propias pautas las reglas con las que se gobernará la sociedad. De esta forma, queda claro que cobra vital importancia la negociación de las cláusulas estatutarias por parte de los socios, ya que no hacerlo y por lo tanto no llegar a un consenso, significaría dejar la puerta abierta a futuros conflictos de accionistas e inclusive a abusos por parte de otros.

Al respecto el artículo 43° de la Ley SAS señala que los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

La pretensión de nulidad absoluta y la indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad.

En lo referente a los tipos de abuso de derecho mencionados en el artículo 43°, Reyes Villamizar²⁸ señala que

- i) el abuso de mayoría existe cuando la decisión de la asamblea, en lugar de buscar el interés social, se orienta a establecer beneficios para los asociados mayoritarios;
- ii) el abuso de minoría ocurre cuando los accionistas minoritarios se oponen injustificadamente a la aprobación de determinaciones cruciales para la marcha de la sociedad, con el único propósito de favorecer sus propios intereses; y finalmente se habla de
- iii) abuso de la paridad cuando se aprovecha indebidamente la situación de bloqueo de los órganos sociales que ocurre cuando el capital se encuentra

²⁷ VENEGAS FRANCO, Alejandro y otros. Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano. Editorial de la Universidad del Rosario. Bogotá 2010. Pág. 372.

²⁸ Reyes Villamizar. Op. cit. pág. 67

dividido de modo paritario entre dos facciones de asociados. En estos casos, es evidente que la falta de colaboración de una de las facciones da lugar al mantenimiento indefinido del *status quo*.

e) Objeto indeterminado

El objeto indeterminado está regulado en el artículo 5° de la ley de SAS, concediéndole a la sociedad la posibilidad de que realice cualquier actividad comercial o civil de carácter lícito, expresamente señalado en el documento de constitución; y en el caso de no estar señalado el único límite será la licitud de la actividad.

Merece nuestra especial atención, que estando regulado el carácter constitutivo de las formas societarias en el Código de Comercio de Colombia, la ley SAS permite que su constitución sea mediante documento privado (a menos que existan aportaciones de bienes cuya transferencia requiera escritura pública), el cual posteriormente deberá ser inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal.

Asimismo, la ley de SAS señala que dicho documento será autenticado previamente a su inscripción en el registro respectivo, por las personas que participaron en su suscripción.

En nuestra opinión, dicho autenticación no sería suficiente para validar el contenido de dicho documento, pues no podría dotarse de fecha cierta a efectos de que sea oponible frente a terceros; no obstante se advierte la celeridad y resulta menos oneroso los gastos de constitución y reforma estatutaria para el o los otorgantes, teniendo en cuenta la excepción antes referida.

Un punto destacable de la ley de SAS, consiste en que los empresarios pueden beneficiarse de la limitación de la responsabilidad sin tener que acudir a la estructura de la sociedad anónima; por ejemplo la SAS no obliga al empresario a crear ciertos órganos, como la junta directiva, o a cumplir con otros requisitos, como el de la pluralidad de socios. Asimismo, la citada ley establece que el estatuto de la sociedad determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento.

f) Las acciones

La ley SAS contempla la libertad de crear diversas clases y series de acciones, como son las acciones privilegiadas, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, acciones con dividendo fijo anual y acciones de pago. De esto modo, los empresarios aumentan sus posibilidades de acceder a capital a través de los socios de la empresa y la diversidad de esta tipología permiten acudir a las emisiones como fuentes de financiación alternativa. Una sociedad anónima

simplificada es más fácil de gobernar, en la medida que permiten los acuerdos de accionistas sobre cualquier asunto lícito.

Sin duda, una ventaja significativa de esta forma societaria, se refiere al pago de los aportes de los socios de la compañía, podrán diferirse hasta por un plazo máximo de dos años, y no se exige una cuota o porcentaje mínimo para iniciar. Este aspecto facilita su constitución y da un crédito de dos años para que los socios consigan el capital necesario para pagar sus acciones.

Ahora bien, existen dudas y dificultades en cuanto a derechos de los accionistas, tipos de acciones, restricciones a su negociabilidad y exclusión de accionistas.

V. APRECIACIÓN CRÍTICA

La Ley 1258 sobre las Sociedades Anónimas Simplificadas procura facilitar y flexibilizar la creación de empresas y trae consigo significativas innovaciones para el derecho de sociedades colombiano como lo son: la posibilidad de la unipersonalidad, el objeto indeterminado, la unificación de las sociedades civiles y comerciales, el origen principalmente convencional de las normas que rigen las relaciones entre los asociados, la unanimidad para transformar una sociedad anónima a otro de tipo SAS, la posibilidad de acuerdos de sindicación de acciones o parasociales, la de una fusión abreviada cuando la sociedad por acciones simplificada tenga la naturaleza de filial en un grupo de sociedades y la de la desestimación de la personalidad jurídica cuando se pruebe que los accionistas usaron la SAS para defraudar a terceros acreedores.

Si bien la ley de SAS provee a los agentes económicos, de una herramienta que facilita la constitución y formalización de empresas de manera eficiente, desde el punto de vista económico, jurídico y administrativo, no nos atreveríamos a afirmar acerca de la capacidad del instrumento para atraer inversionistas, y de sus potencialidades como generador de empleo y riqueza con algún nivel de estabilidad.

No obstante, se puede identificar en dicha ley aptitudes para contribuir al desarrollo de la inversión y la ampliación de la base económica a través de:

- i) la limitación de la responsabilidad al monto de los aportes, permitiendo un balance positivo entre rentabilidad y riesgo,
- ii) Libertad al momento de configurar los órganos sociales que posibilita la fijación de reglas hacia el futuro, otorgando mayor seguridad y estabilidad jurídicas,
- iii) la simplificación del proceso liquidatorio facilita la salida del mercado y

- iv) la posibilidad de conformación tanto uni como pluripersonal incentiva la inversión extranjera mediante la creación y constitución de filiales.

VI. VIABILIDAD DE INCORPORACIÓN DE LA SAS EN LA NORMATIVIDAD PERUANA

Sin perjuicio de los demás aspectos innovadores que han sido detallados, la unipersonalidad de la sociedad de acciones simplificada - regulada en el artículo 5° de la ley SAS- es lo más destacable puesto que puede surgir de un contrato o de un acto negocio jurídico unilateral, sin que signifique que ambos conceptos sean sinónimos, ni que las reglas sobre las obligaciones en general y los contratos estipulados en el Código Civil Colombiano, y de los contratos y obligaciones mercantiles contemplados en el Código de Comercio, no sean aplicados a los negocios jurídicos unilaterales.

Como ha sido comentado a diferencia de nuestra legislación societaria, la pluralidad de socios es requisito indispensable para la constitución de una sociedad y debe estar presente hasta su extinción. Frente a este tradicional elemento esencial, no es nada fácil seguir el ejemplo de Colombia, aunque no cabe duda que en apoyo de un proceso gradual combinado de formalización con simplificación y abaratamiento de costos, sería un importante tema de reflexión y estudio, que podría concluir exitosamente en la aprobación de una norma legal modificatoria de nuestro ordenamiento legal.

En el artículo 59 de la Constitución Política del Perú se señala que *“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”*. Ello quiere decir que el Estado, para promover a las pequeñas empresas debe considerar todas las opciones y formas de organización, siendo la SAS una a considerar.

Podría decirse que resulta innecesaria una nueva forma societaria puesto que ya está regulada la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada aprobada por Decreto Ley 21621, la misma que entre sus consideraciones define a la EIRL como una forma de organización empresarial con personalidad jurídica diferente a la de su Titular a fin de facilitar el eficaz desenvolvimiento de la Pequeña Empresa. Además se señala que dicha forma jurídica de organización empresarial, limita la responsabilidad de su Titular al patrimonio comprometido en la Empresa, introduciendo un efecto promocional y de estímulo a la capacidad empresarial y a la movilización de capitales, que muchas veces permanecen inactivos o no son utilizados eficientemente.

Así como la EIRL fue aprobada como forma especial de organización empresarial en el Sector de la Pequeña Empresa de Propiedad Privada, y que fue y aún es tema de debate el carácter unipersonal de esta persona jurídica, pensamos que la SAS, puede ser buena opción para las MYPES.

En términos concretos, habría que adecuar el Libro I sobre Reglas Básicas aplicables a todas las formas societarias introduciendo párrafos a algunos artículos específicos y modificar los libros terceros y cuartos, otra forma sería aprobar una Ley Especial, que coexistiría con la LGS al igual que lo hace la Ley 21621 que regula a las EIRL.

Pero en cualquiera de las formas el tema va más allá, pues habría que hacer los cambios y/o las excepciones al sistema registral peruano actualmente vigente y evaluar la viabilidad de crear registros mercantiles en las Cámaras de Comercio. En fin, no es una tarea sencilla,

Si tenemos presente las palabras del maestro Rodrigo Uría²⁹:

“El mercado constituye el marco económico institucional de la actividad desplegada tanto como por el comerciante tradicional como por el empresario moderno... El Derecho Mercantil ha sido y sigue siendo el derecho privado del mercado, y los cambios fundamentales que esta disciplina ha venido sufriendo en muchas de sus instituciones se deben a la necesidad de adaptarse a las nuevas exigencias que plantea el permanente movimiento expansionista de ese marco institucional”,

aún cuando la incorporación de la SAS no sería una tarea sencilla, por su complejidad no debemos detenernos en el avance de su investigación y seguimiento puesto que toda innovación en la regulación societaria, contribuye a la promoción de la formación de empresa y a la actividad económica en general.

VII. TEXTO DE LA LEY SAS

TEXTO DE LA LEY 1258 DE 2008

Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

CAPITULO I.

DISPOSICIONES GENERALES.

²⁹ Rodrigo Uría. *Derecho Mercantil*, vigésimo octava edición, Madrid, Edit. Marcial Pons, 2002, pág. 6.

ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIÓN. La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.

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

ARTÍCULO 3o. NATURALEZA. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas.

ARTÍCULO 4o. IMPOSIBILIDAD DE NEGOCIAR VALORES EN EL MERCADO PÚBLICO. Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa.

CAPITULO II.

CONSTITUCIÓN Y PRUEBA DE LA SOCIEDAD.

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, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente:

- 1o. Nombre, documento de identidad y domicilio de los accionistas.
- 2o. Razón social o denominación de la sociedad, seguida de las palabras “*sociedad por acciones simplificada*”; o de las letras S.A.S.;
- 3o. El domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución.
- 4o. El término de duración, si este no fuere indefinido. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad se ha constituido por término indefinido.
- 5o. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil, lícita. Si nada se expresa en el acto de constitución, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita.
- 6o. El capital autorizado, suscrito y pagado, la clase, número y valor nominal de las acciones representativas del capital y la forma y términos en que estas deberán pagarse.
- 7o. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y facultades de sus administradores. En todo caso, deberá designarse cuando menos un representante legal.

PARÁGRAFO 1o. El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado.

PARÁGRAFO 2o. Cuando los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes.

ARTÍCULO 6o. CONTROL AL ACTO CONSTITUTIVO Y A SUS REFORMAS. Las Cámaras de Comercio verificarán la conformidad de las estipulaciones del acto constitutivo, de los actos de nombramiento y de cada una de sus reformas con lo previsto en la ley. Por lo tanto, se abstendrán de inscribir el documento mediante el cual se constituya, se haga un nombramiento o se reformen los estatutos de la sociedad, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior o en la ley.

Efectuado en debida forma el registro de la escritura pública o privada de constitución, no podrá impugnarse el contrato o acto unilateral sino por la falta de elementos esenciales o por el incumplimiento de los requisitos de fondo, de acuerdo con los artículos 98 y 104 del Código de Comercio.

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.

ARTÍCULO 8o. PRUEBA DE EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD. La existencia de la sociedad por acciones simplificada y las cláusulas estatutarias se probarán con certificación de la Cámara de Comercio, en donde conste no estar disuelta y liquidada la sociedad.

CAPITULO III.

REGLAS ESPECIALES SOBRE EL CAPITAL Y LAS ACCIONES.

ARTÍCULO 9o. SUSCRIPCIÓN Y PAGO DEL CAPITAL. La suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones, proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las sociedades anónimas. Sin embargo, en ningún caso, el plazo para el pago de las acciones excederá de dos (2) años.

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

ARTÍCULO 10. CLASES DE ACCIONES. Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con

dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.

Al dorso de los títulos de acciones, constarán los derechos inherentes a ellas.

PARÁGRAFO. En el caso en que las acciones de pago sean utilizadas frente a obligaciones laborales, se deberán cumplir los estrictos y precisos límites previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para el pago en especie.

ARTÍCULO 11. VOTO SINGULAR O MÚLTIPLE. En los estatutos se expresarán los derechos de votación que le correspondan a cada clase de acciones, con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o múltiple, si a ello hubiere lugar.

ARTÍCULO 12. TRANSFERENCIA DE ACCIONES A FIDUCIAS MERCANTILES. Las acciones en que se divide el capital de la sociedad por acciones simplificada podrán estar radicadas en una fiducia mercantil, siempre que en el libro de registro de accionistas se identifique a la compañía fiduciaria, así como a los beneficiarios del patrimonio autónomo junto con sus correspondientes porcentajes en la fiducia. Los derechos y obligaciones que por su condición de socio le asisten al fideicomitente serán ejercidos por la sociedad fiduciaria que lleva la representación del patrimonio autónomo, conforme a las instrucciones impartidas por el fideicomitente o beneficiario, según el caso.

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.

Al dorso de los títulos deberá hacerse referencia expresa sobre la restricción a que alude este artículo.

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.

ARTÍCULO 16. CAMBIO DE CONTROL EN LA SOCIEDAD ACCIONISTA. En los estatutos podrá establecerse la obligación a cargo de las sociedades accionistas en el sentido de informarle al representante legal de la respectiva sociedad por acciones simplificada acerca de cualquier operación que implique un cambio de control respecto de aquellas, según lo previsto en el artículo 260 del Código de Comercio.

En estos casos de cambio de control, la asamblea estará facultada para excluir a las sociedades accionistas cuya situación de control fue modificada, mediante decisión adoptada por la asamblea.

El incumplimiento del deber de información a que alude el presente artículo por parte de cualquiera de las sociedades accionistas, además de la posibilidad de

exclusión según el artículo 39 de esta ley, podrá dar lugar a una deducción del veinte por ciento (20%) en el valor del reembolso, a título de sanción.

PARÁGRAFO. En los casos a que se refiere este artículo, las determinaciones relativas a la exclusión y a la imposición de sanciones pecuniarias requerirán aprobación de la asamblea de accionistas, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, excluido el voto del accionista que fuere objeto de estas medidas.

CAPITULO IV.

ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD.

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

PARÁGRAFO. Durante el tiempo en que la sociedad cuente con un solo accionista, este podrá ejercer las atribuciones que la ley les confiere a los diversos órganos sociales, en cuanto sean compatibles, incluidas las del representante legal.

ARTÍCULO 18. REUNIONES DE LOS ÓRGANOS SOCIALES. La asamblea de accionistas podrá reunirse en el domicilio principal o fuera de él, aunque no esté presente un quórum universal, siempre y cuando que se cumplan los requisitos de quórum y convocatoria previstos en los artículos 20 y 22 de esta ley.

ARTÍCULO 19. REUNIONES POR COMUNICACIÓN SIMULTÁNEA Y POR CONSENTIMIENTO ESCRITO. Se podrán realizar reuniones por comunicación simultánea o sucesiva y por consentimiento escrito. En caso de no establecerse mecanismos estatutarios para la realización de reuniones por comunicación simultánea o sucesiva y por consentimiento escrito, se seguirán las reglas previstas en los artículos 19 a 21 de la Ley 222 de 1995. En ningún caso se requerirá delegado de la Superintendencia de Sociedades para este efecto.

ARTÍCULO 20. CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. Salvo estipulación estatutaria en contrario, la asamblea será convocada por el representante legal de la sociedad, mediante comunicación escrita dirigida a cada accionista con una antelación mínima de cinco (5) días hábiles. En el aviso de convocatoria se insertará el orden del día correspondiente a la reunión.

Cuando hayan de aprobarse balances de fin de ejercicio u operaciones de transformación, fusión o escisión, el derecho de inspección de los accionistas podrá ser ejercido durante los cinco (5) días hábiles anteriores a la reunión, a menos que en los estatutos se convenga un término superior.

PARÁGRAFO. La primera convocatoria para una reunión de la asamblea de accionistas podrá incluir igualmente la fecha en que habrá de realizarse una reunión de segunda convocatoria en caso de no poderse llevar a cabo la primera

reunión por falta de quórum. La segunda reunión no podrá ser fijada para una fecha anterior a los diez (10) días hábiles siguientes a la primera reunión, ni posterior a los treinta (30) días hábiles contados desde ese mismo momento.

ARTÍCULO 21. RENUNCIA A LA CONVOCATORIA. Los accionistas podrán renunciar a su derecho a ser convocados a una reunión determinada de la asamblea, mediante comunicación escrita enviada al representante legal de la sociedad antes, durante o después de la sesión correspondiente. Los accionistas también podrán renunciar a su derecho de inspección respecto de los asuntos a que se refiere el inciso 2o del artículo 20 de esta ley, por medio del mismo procedimiento indicado.

Aunque no hubieren sido convocados a la asamblea, se entenderá que los accionistas que asistan a la reunión correspondiente han renunciado al derecho a ser convocados, a menos que manifiesten su inconformidad con la falta de convocatoria antes de que la reunión se lleve a cabo.

ARTÍCULO 22. QUÓRUM Y MAYORÍAS EN LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS. Salvo estipulación en contrario, la asamblea deliberará con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas.

Las determinaciones se adoptarán mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior para algunas o todas las decisiones.

PARÁGRAFO. En las sociedades con accionista único las determinaciones que le correspondan a la asamblea serán adoptadas por aquel. En estos casos, el accionista dejará constancia de tales determinaciones en actas debidamente asentadas en el libro correspondiente de la sociedad.

ARTÍCULO 23. FRACCIONAMIENTO DEL VOTO. Cuando se trate de la elección de juntas directivas o de otros cuerpos colegiados, los accionistas podrán fraccionar su voto.

ARTÍCULO 24. ACUERDOS DE ACCIONISTAS. Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años.

Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando esta fuere solicitada. La compañía podrá requerir por escrito al representante aclaraciones sobre cualquiera de las cláusulas del acuerdo, en cuyo caso la respuesta deberá suministrarse, también por escrito, dentro de los cinco (5) días comunes siguientes al recibo de la solicitud.

PARÁGRAFO 1o. El Presidente de la asamblea o del órgano colegiado de

deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

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

ARTÍCULO 25. JUNTA DIRECTIVA. La sociedad por acciones simplificada no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

PARÁGRAFO. En caso de pactarse en los estatutos la creación de una junta directiva, esta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias. Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos. Las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes.

ARTÍCULO 26. REPRESENTACIÓN LEGAL. La representación legal de la sociedad por acciones simplificada estará a cargo de una persona natural o jurídica, designada en la forma prevista en los estatutos. A falta de estipulaciones, se entenderá que el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad. A falta de previsión estatutaria frente a la designación del representante legal, su elección le corresponderá a la asamblea o accionista único.

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 lo 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.

ARTÍCULO 28. REVISORÍA FISCAL. En caso de que por exigencia de la ley se tenga que proveer el cargo de revisor fiscal, la persona que ocupe dicho cargo deberá ser contador público titulado con tarjeta profesional vigente.

En todo caso las utilidades se justificarán en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados por un contador público independiente.

CAPITULO V.

REFORMAS ESTATUTARIAS Y REORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD.

ARTÍCULO 29. REFORMAS ESTATUTARIAS. Las reformas estatutarias se

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

ARTÍCULO 30. *NORMAS APLICABLES A LA TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN.* Sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente ley, las normas que regulan la transformación, fusión y escisión de sociedades le serán aplicables a la sociedad por acciones simplificadas, así como las disposiciones propias del derecho de retiro contenidas en la Ley 222 de 1995.

PARÁGRAFO. Los accionistas de las sociedades absorbidas o escindidas podrán recibir dinero en efectivo, acciones, cuotas sociales o títulos de participación en cualquier sociedad o cualquier otro activo, como única contraprestación en los procesos de fusión o escisión que adelanten las sociedades por acciones simplificadas.

ARTÍCULO 31. *TRANSFORMACIÓN.* Cualquier sociedad podrán transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. La decisión correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.

De igual forma, la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas.

PARÁGRAFO. El requisito de unanimidad de las acciones suscritas también se requerirá en aquellos casos en los que, por virtud de un proceso de fusión o de escisión o mediante cualquier otro negocio jurídico, se proponga el tránsito de una sociedad por acciones simplificada a otro tipo societario o viceversa.

ARTÍCULO 32. *ENAJENACIÓN GLOBAL DE ACTIVOS.* Se entenderá que existe enajenación global de activos cuando la sociedad por acciones simplificada se proponga enajenar activos y pasivos que representen el cincuenta (50%) o más del patrimonio líquido de la compañía en la fecha de enajenación.

La enajenación global requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión. Esta operación dará lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en caso de desmejora patrimonial.

PARÁGRAFO. La enajenación global de activos estará sujeta a la inscripción en el Registro Mercantil.

ARTÍCULO 33. *FUSIÓN ABREVIADA.* En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones

simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.

El acuerdo de fusión podrá realizarse por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, salvo que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.

El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes.

CAPITULO VI.

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN.

ARTÍCULO 34. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. La sociedad por acciones simplificada se disolverá:

1o. Por vencimiento del término previsto en los estatutos, si lo hubiere, a menos que fuere prorrogado mediante documento inscrito en el Registro mercantil antes de su expiración.

2o. Por imposibilidad de desarrollar las actividades previstas en su objeto social.

3o. Por la iniciación del trámite de liquidación judicial.

4o. Por las causales previstas en los estatutos.

5o. Por voluntad de los accionistas adoptada en la asamblea o por decisión del accionista único.

6o. Por orden de autoridad competente, y

7o. Por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito.

En el caso previsto en el ordinal 1o anterior, la disolución se producirá de pleno derecho a partir de la fecha de expiración del término de duración, sin necesidad de formalidades especiales. En los demás casos, la disolución ocurrirá a partir de la fecha de registro del documento privado o de la ejecutoria del acto que contenga la decisión de autoridad competente.

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

PARÁGRAFO. Las causales de disolución por unipersonalidad sobrevenida o reducción de las pluralidades mínimas en los demás tipos de sociedad previstos en el Código de Comercio también podrán enervarse mediante la transformación en sociedad por acciones simplificada, siempre que así lo decidan los asociados restantes de manera unánime o el asociado supérstite.

ARTÍCULO 36. LIQUIDACIÓN. La liquidación del patrimonio se realizará conforme al procedimiento señalado para la liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada. Actuará como liquidador, el representante legal o la persona que designe la asamblea de accionistas.

CAPITULO VI <sic; es VII>.

DISPOSICIONES FINALES.

ARTÍCULO 37. APROBACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS. Tanto los estados financieros de propósito general o especial, como los informes de gestión y demás cuentas sociales deberán ser presentadas por el representante legal a consideración de la asamblea de accionistas para su aprobación.

PARÁGRAFO. Cuando se trate de sociedades por acciones simplificadas con único accionista, este aprobará todas las cuentas sociales y dejará constancia de tal aprobación en actas debidamente asentadas en el libro correspondiente de la sociedad.

ARTÍCULO 38. SUPRESIÓN DE PROHIBICIONES. Las prohibiciones contenidas en los artículos 155, 185, 202, 404, 435 y 454 del Código de Comercio no se les aplicarán a las sociedades por acciones simplificadas, a menos que en los estatutos se disponga lo contrario.

ARTÍCULO 39. EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS. Los estatutos podrán prever causales de exclusión de accionistas, en cuyo caso deberá cumplirse el procedimiento de reembolso previsto en los artículos 14 a 16 de la Ley 222 de 1995.

Si el reembolso implicare una reducción de capital deberá dársele cumplimiento, además, a lo previsto en el artículo 145 del Código de Comercio.

PARÁGRAFO. Salvo que se establezca un procedimiento diferente en los estatutos, la exclusión de accionistas requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, sin contar el voto del accionista o accionistas que fueren objeto de esta medida.

ARTÍCULO 40. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS. Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos.

Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario.

ARTÍCULO 41. UNANIMIDAD PARA LA MODIFICACIÓN DE DISPOSICIONES ESTATUTARIAS. Las cláusulas consagradas en los estatutos conforme a lo previsto en los artículos 13, 14, 39 y 40 de esta ley sólo podrán ser incluidas o modificadas mediante la determinación de los titulares del ciento por ciento (100 %) de las acciones suscritas.

ARTÍCULO 42. DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

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

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

ARTÍCULO 43. ABUSO DEL DERECHO. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

ARTÍCULO 44. ATRIBUCIÓN DE FACULTADES JURISDICCIONALES. Las funciones jurisdiccionales a que se refieren los artículos 24, 40, 42 y 43, serán ejercidas por la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política.

ARTÍCULO 45. REMISIÓN. En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.

PARÁGRAFO. Los instrumentos de protección previstos en la Ley 986 de 2005, se aplicarán igualmente a favor del titular de una sociedad por acciones simplificada compuesta por una sola persona.

ARTÍCULO 46. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico,

una vez entre en vigencia la presente ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas.