

---

# La inconveniencia del requisito de unanimidad para la transformación societaria: reflexión a partir del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008\*

» MARÍA ISABEL ORTIZ CANO\*\*

**RESUMEN.** El presente estudio reflexiona acerca de los alcances del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, por la cual se establece la unanimidad de los socios como requisito para aprobar la transformación de tipos societarios, regulados por el código de comercio, de sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) o viceversa, y los procesos de fusión o escisión en los que resulte beneficiaria o constituida una S.A.S. Respecto de esta norma se advierte su inconveniencia, pues va en contravía de la libertad de elección del tipo societario, así como su innecesaridad, por existir otros mecanismos legales que impiden que los socios mayoritarios abusen de su derecho.

**PALABRAS CLAVE:** libertad contractual, sociedades del código de comercio, sociedad por acciones simplificada, transformación, unanimidad.

---

\* Fecha de recepción: 24 de julio de 2020. Fecha de aprobación: 26 de febrero de 2021. Para citar el artículo: ORTIZ CANO, M. I., “La inconveniencia del requisito de unanimidad para la transformación societaria: una reflexión a partir del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 41, julio-diciembre 2021, 147-185, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.06>.

\*\* Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia; docente. Magíster en Derecho, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Especialista en Derecho Comercial, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Abogada, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Contacto: [mariaisabel.ortiz@upb.edu.co](mailto:mariaisabel.ortiz@upb.edu.co) Orcid: 0000-0002-0326-3610.

## The Inconvenience of the Unanimity Requirement for Corporate Transformation: A Reflection about Article 31 of Law 1258/2008

**ABSTRACT.** This article introduces a thought about the scope of article 31 of Law 1258/2008 which includes the requirement of unanimous vote on the procedures for transforming a kind of company from the Colombian Commercial Code to a Simplified Joint Stock Company or vice versa as well as for the processes of merging and/or spin-offs where a Simplified Joint Stock Company results either created or beneficiary. Regarding this requirement, it is possible to warn about its inconvenience because it goes against the freedom to choose the corporate type principle, and about its uselessness, given that there are better mechanisms that prevent the abuse of rights by the majority of stockholders.

**KEYWORDS:** contractual freedom, Commercial Code companies, simplified joint stock company, transformation, unanimity.

**SUMARIO.** Introducción. I. La evolución del derecho societario colombiano a partir del postulado de la libertad contractual. II. Efectos del requisito de unanimidad contemplado en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008. Conclusiones. Referencias.

### Introducción

La sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) es un tipo societario regulado en la Ley 1258 de 2008<sup>1</sup> que se caracteriza por la existencia de normas que, en su mayoría, son supletivas –esto es, se aplican en ausencia de una regulación especial establecida por los contratantes– y permiten a los accionistas –en virtud de la autonomía de la voluntad privada– estipular su marco estatutario<sup>2</sup>. Además, la S.A.S. ha disminuido considerablemente los costos de transacción referentes a la constitución de sociedades y a las reformas estatutarias al reducir ciertos trámites, como el de escritura pública, y al considerar como no obligatoria la creación del órgano de la junta directiva<sup>3</sup>. No obstante su carácter convencional, dentro del contenido de la mencionada ley hacen presencia –de manera excepcional– algunas normas imperativas, es

- 
- 1 Ley 1258 de 2008, del 5 de diciembre, Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada, Diario Oficial n.º 47.194.
  - 2 Por ejemplo, cuando permite la creación de acciones privilegiadas con dividendo fijo preferencial y sin derecho al voto, con dividendo fijo anual y de pago (art. 10), derechos de voto múltiple (art. 11), fraccionamiento del voto (art. 23), la estipulación estatutaria de la estructura orgánica de la sociedad (art. 17) y causales de exclusión de los accionistas (art. 39), entre otros.
  - 3 La junta directiva es un órgano útil en aquellas sociedades conformadas por una gran pluralidad de socios, donde el patrimonio es cuantioso y las actividades económicas son diversas, por lo que la dirección del negocio es una gestión compleja, además, porque puede representar un margen de seguridad para el asociado que por cualquier motivo no puede intervenir en la administración social. Véase NARVÁEZ, J. I., *Teoría general de las sociedades*, 9.ª ed., Bogotá, Legis, 2002. En general, la

decir, aquellas que obligan en todo caso a los particulares, independientemente de su voluntad<sup>4</sup>.

En la actualidad, más del 98 % de las sociedades que se constituyen asumen la figura de la S.A.S., por la flexibilidad normativa que la caracteriza y por sus ventajas frente a otros tipos societarios<sup>5</sup>. A pesar de ello, existe un número considerable de sociedades que no se han transformado en S.A.S.: de acuerdo con el informe oficial (con fecha de corte 2 de agosto de 2019), en Colombia existen inscritas 383 920 S.A.S. (84.1 %), mientras que 62 920 (13.7 %) sociedades mantienen como forma societaria aquellas consagradas en el código de comercio de 1971<sup>6-7</sup>. La causa posible de lo anterior es, primero, la exigencia de pertenecer a uno de estos tipos tradicionales en razón del objeto social que ejecutan y, segundo, la exigencia legal de la autonomía de la voluntad privada.

Por otra parte, existen voces a favor y en contra de la mencionada disposición. Los primeros –como los redactores y los impulsores de la ley–, Reyes<sup>8</sup> o la Superintendencia de Sociedades, quienes –a través de los oficios 220-059279<sup>9</sup>, 220-049533<sup>10</sup>, 220-178517<sup>11</sup> y 220-038130<sup>12</sup> de 2009; 220-000680<sup>13</sup> y 220-017200<sup>14</sup> de 2010; 220-00036<sup>15</sup> de 2011; 220-249498<sup>16</sup> de 2016; y 220-125001<sup>17</sup> de 2017, y la Sentencia 801-011<sup>18</sup> de 2013– consideran la necesidad de este requisito en la medida en que a nadie se le debe obligar a pertenecer a una S.A.S., salvo consentimiento expreso, con el fin de mantener el carácter contractual de la sociedad

---

.....

junta directiva tiene sentido, así la sociedad no esté en un mercado público de valores, cuando hay una separación clara entre la propiedad (accionistas) y el control (administradores).

- 4 Verbigracia, aquellas que exigen el consentimiento de la totalidad de los titulares de las acciones para incluir o modificar cláusulas dentro de los estatutos sociales relativos a la restricción de negociación (art. 13), autorización de transferencia de acciones (art. 14), exclusión de accionistas (art. 39) y resolución de conflictos societarios (art. 40).
- 5 REYES, F., S.A.S. *Sociedad por acciones simplificada*, 4.ª ed., Bogotá, Legis, 2018, 384.
- 6 Decreto 491 de 1971, del 27 de marzo, Diario Oficial n.º 33.339, Por el cual se expide el código de comercio.
- 7 Confederación de Cámaras de Comercio, *Informe de número de sociedades por organización jurídica en Colombia. Respuesta a derecho de petición*, Bogotá, 9 de agosto de 2019.
- 8 REYES, F., S.A.S. *Sociedad por Acciones Simplificada*, cit., 384.
- 9 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-059279 del 2 de abril de 2009.
- 10 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-049533 del 11 de marzo de 2009.
- 11 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-178517 del 9 de diciembre de 2009.
- 12 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-038130 del 6 de febrero de 2009.
- 13 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-000680 del 12 de enero de 2010.
- 14 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-017200 del 16 de marzo de 2010.
- 15 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-00036 del 4 de noviembre de 2011.
- 16 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-249498 del 20 de diciembre de 2016.
- 17 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-125001 del 29 de junio de 2017.
- 18 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 801-011 del 20 de febrero de 2013, Carlos Hakim Dacach vs. Gypotec S.A.

e impedir un abuso de las mayorías. Esto es así en virtud de la gran autonomía que caracteriza a este tipo societario, el cual, correlativamente, puede generar un peligro para los socios minoritarios.

Por otro lado, los detractores de la norma, como Gaviria<sup>19</sup>, Cuberos<sup>20</sup> y Velásquez<sup>21</sup>, entre otros, han manifestado que la disposición es inconveniente, pues el derecho de retiro en caso de transformación es fomento a la dictadura de las minorías y una burla de los derechos políticos, lo que acarrea que este nuevo tipo societario solo quede disponible, principalmente, para las sociedades que han sido constituidas a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008; mientras que las sociedades constituidas con anterioridad a ella se ven, al menos en los casos en que no se cuenta con la unanimidad requerida por la ley, impedidas para acceder a este vehículo societario más moderno y eficiente.

Para la comprensión del texto, se parte del concepto de sociedad entendida como contrato, de conformidad con lo estipulado en el artículo 98 c. de co. Dicho contrato societario ha sido tipificado en el estatuto comercial, del cual se desprenden las siguientes formas societarias: sociedad colectiva, comandita (que puede ser simple, en adelante S. en C.; o por acciones, en adelante S.C.A.), de responsabilidad limitada (Ltda.) y anónima (S.A.). Cada una de estas formas sociales cuenta con unos requisitos de constitución y funcionamiento relativos al número de sujetos, responsabilidad de los socios, administración y representación legal, denominación y cesión del aporte, y derecho al voto. A partir de 2008, a través de la Ley 1258, se integra la S.A.S. como nuevo tipo societario en el ordenamiento jurídico; ley que reviste un carácter autónomo e independiente respecto de la regulación del código de comercio, y que de conformidad con el artículo 45 de la ley, en lo no regulado expresamente, remite a lo dispuesto en los estatutos sociales, a la legislación aplicable para las S.A. y a las disposiciones generales sobre sociedades del código de comercio.

En este sentido, la sociedad comercial puede emanar de un contrato, cuando sus constituyentes son dos o más personas (art. 98 c. de co.), o puede tener origen en un acto unilateral (art. 1.º de la Ley 1258 de 2008). Debido a ese acto constitutivo, nace a la vida jurídica una institución dotada de “personalidad, de voluntad y con un fin social que está por encima de los intereses de quienes la conforman”<sup>22</sup>; por lo tanto, se permite que el contenido del acto unilateral o el contrato sea adaptado y actualiza-

---

19 GAVIRIA, J. A., “Contra el requisito de unanimidad en algunas transformaciones societarias”, *Blog Societario*, 2019, disponible en: <https://www.blogsocietario.com/post/contra-el-requisito-de-unanimidad-en-algunas-transformaciones-societarias> [consultado el 16 de octubre de 2020].

20 CUBEROS, F. A., “Sociedad por acciones simplificada, herramienta útil pero de cuidado”, *Portafolio*, 2009, disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/sociedad-acciones-simplificada-herramienta> [consultado el 16 de octubre de 2020].

21 VELÁSQUEZ, C. A., “La sociedad por acciones simplificada”, *Velásquez Restrepo Abogados*, 2017, disponible en: <http://www.carlosavelasquez.com/wp-content/uploads/2018/04/sociedad-por-acciones-simplificada.pdf> [consultado el 16 de octubre de 2020].

22 PEÑA, L., *De las sociedades comerciales*, 8.ª ed., Bogotá, Ecoe, 2017, 27.

do de acuerdo con las necesidades de los asociados, de la sociedad y del mercado a través de las reformas estatutarias y según las mayorías exigidas para cada forma societaria o lo establecido en sus estatutos. Como un ejemplo de reforma estatutaria se encuentra la transformación, la cual es entendida como el cambio de tipo societario acogido por una persona jurídica para llevar a cabo una actividad mercantil, reforma que se da sin solución de continuidad en la existencia del ente societario. En particular, el artículo 31 de la Ley 1258 estableció, de manera imperativa, la exigencia de la unanimidad para la transformación de una sociedad del código de comercio en S.A.S. o viceversa, lo que restringe el derecho a la elección del tipo societario al que deseen pertenecer los asociados.

Para cumplir con el alcance descrito, el tema se desarrolla en dos capítulos: el primero resume la evolución del derecho societario en Colombia, a partir de su fundamento constitucional en el que se consagra la autonomía de la voluntad privada y la prohibición de abuso del derecho, para luego estudiar la sociedad como contrato y la relevancia de la regla de las mayorías para la adopción de las decisiones sociales. En ese orden de ideas se tratan los tipos societarios del código de comercio y la S.A.S., y la transformación como reforma al contrato de sociedad. En el segundo capítulo, se describen los efectos del requisito de unanimidad contemplado en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, con lo que se dan a conocer las posturas a favor y en contra del requisito de unanimidad y se analiza el número de sociedades por tipo registradas en Colombia, antes y después de que la Ley 1258 de 2008 entrara en vigor.

Igualmente, este artículo señala las posturas a favor y en contra del requisito, las cuales se repelen notoriamente entre sí, por lo cual se plantea una reflexión sobre el asunto, se aborda un estudio doctrinario sobre los efectos del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 y se examinan referencias estadísticas de los tipos societarios en Colombia. Para finalizar, la investigación presenta las conclusiones y recomendaciones producto del análisis, las cuales giran en torno a derogar o modificar el enunciado normativo con el fin de armonizar el derecho positivo con las necesidades sociales y económicas. Al respecto, se aclara que el presente trabajo no pretende analizar si la norma objeto de estudio es constitucional o no, simplemente, se limita a señalar su conveniencia en la práctica con base en argumentos jurídicos.

De este modo, el análisis se realiza desde una perspectiva metodológica hermenéutica, basada en el estudio normativo del código de comercio, la Ley 1258 de 2008, literatura jurídica especializada, conceptos y jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, así como en la obtención de datos estadísticos del número de sociedades por tipo que sustentan la realidad jurídica en lo que concierne a los alcances del requisito de unanimidad para transformación de las sociedades que se han visto obstaculizadas para transformarse en S.A.S.

El presente estudio se justifica por cuanto versa sobre la autonomía de la voluntad privada como pilar del derecho mercantil –del cual hace parte el derecho societario tendiente a la modernización–, del impacto social y jurídico del requisito de unanimidad para la transformación en las sociedades que aún asumen las formas

tradicionales y que se ven limitadas para gozar de los beneficios de las S.A.S. Lo anterior, en razón de una norma legislativa prohibitiva y *ex ante*, cuyo costo (impedir a los empresarios utilizar como vehículo societario el de la S.A.S. para aprovechar sus ventajas) es superior a su beneficio (evitar que, en unos pocos casos, los socios mayoritarios aprueben la transformación de una sociedad en S.A.S. y se valgan de la mayor flexibilidad de este tipo societario para oprimir a los socios minoritarios). Además, porque tanto las sociedades del código de comercio como las S.A.S. conformadas por varios sujetos nacen a partir de un acuerdo de voluntades y, en últimas, a ninguno de los contrayentes se le puede obligar a permanecer en una figura societaria de manera hermética al impedírsele su mutación a otra, en especial si los asociados no asumen un mayor grado de responsabilidad con la adopción de la nueva forma societaria.

Por último, el estudio corrobora que la disposición normativa del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, efectivamente, en algunos casos, protege a los socios minoritarios que podrían ser víctimas de la opresión de los mayoritarios; sin embargo, genera una restricción en cuanto a la libertad de elección del tipo societario como manifestación de la autonomía de la voluntad privada de los miembros de las sociedades del código de comercio que pretenden transformarse en S.A.S., lo cual ha obstaculizado el acceso a los beneficios que la nueva forma societaria ha introducido en la legislación colombiana.

## **I. La evolución del derecho societario en Colombia a la luz del postulado de la libertad contractual**

En el presente apartado se hace un desarrollo de la evolución que ha tenido el derecho societario en Colombia. Para cumplir con este cometido, el capítulo se aborda en cinco subsecciones: (A) el fundamento constitucional que hoy permea al derecho societario en Colombia, en el que se consagra la autonomía de la voluntad privada y la prohibición al abuso del derecho, (B) el concepto de sociedad y la regla de la mayoría para la toma de decisiones sociales, (C) las formas societarias tipificadas en el código de comercio con sus requisitos y características generales, (D) la incorporación de la S.A.S. en el ordenamiento jurídico colombiano y (E) las reformas al contrato de sociedad.

### **A. Fundamento constitucional del derecho societario colombiano: el principio de la autonomía de la voluntad privada y de la prohibición del abuso del derecho**

Desde el preámbulo de la Constitución Política de 1991 se advierte que uno de sus propósitos es garantizar a los habitantes del Estado “la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social

justo”. Junto con el preámbulo, se evidencian disposiciones constitucionales que inspiran la creación, interpretación e integración de normas jurídicas que conforman el derecho societario en Colombia.

El artículo 2.º de dicho texto define los fines del Estado, entre ellos, el de facilitar la participación de todos en los asuntos de orden económico. De igual forma, el artículo 13 indica que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley; el artículo 16 dispone que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad”, teniendo como límite el derecho ajeno y el orden jurídico; el artículo 38 desarrolla lo relativo al sistema económico y manifiesta que se respetará la iniciativa de los particulares, la libertad económica, de empresa y la libre competencia, siempre que se desarrolle dentro de los límites del bien común; el artículo 58 consagra la propiedad privada, la cual debe cumplir con una función social; el artículo 83 dispone que las actuaciones de particulares y autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe; el numeral 1 del artículo 95 indica que es deber de toda persona “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”; el artículo 333 declara que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, y el artículo 334 define que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado.

Dicha libertad, a la cual hacen referencia las disposiciones constitucionales, se entiende como “la facultad de aquel [el individuo] para autorregular su conducta en la vida social, reconocida por el ordenamiento jurídico, con sujeción a los límites impuestos por este, y que se denomina autonomía personal”<sup>23</sup>. Esta facultad de autodeterminación, junto con los postulados de libertad económica, de empresa y la libre competencia –propios de un sistema democrático–, da origen a la libertad de contratación y su corolario: la autonomía de la voluntad privada. Esta última refiere a lo siguiente:

Poder reconocido a los particulares para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos<sup>24</sup>.

En virtud de la autonomía, se permite a los particulares:

- i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues estas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la

23 Corte Constitucional, Sentencia C-993 del 29 de noviembre de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

24 HINESTROSA, F., “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, 2014, 7.

seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel<sup>25</sup>.

En suma, en la Carta Política se garantizan la propiedad privada y la libertad de empresa y se establece la libre asociación como derecho que tienen las personas de vincularse jurídicamente con otras para realizar actividades lícitas, posibles y determinadas desde el marco del principio de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual. En virtud de esto, toda persona es autónoma para determinarse y, con ello, celebrar o no un negocio jurídico, mientras establece los efectos jurídicos que le interese; es decir, la persona tendrá “libertad de contratar o no contratar; libertad de escoger con quién; libertad de seleccionar la figura más apropiada para el caso, y libertad de determinar el contenido de la disposición”<sup>26</sup>; y como únicas restricciones tiene el orden público y las buenas costumbres<sup>27</sup>.

Lo anterior, en el marco del derecho societario, permite el libre acceso y retiro de las asociaciones mientras se observan los requisitos de ley, lo que implica aceptar que “el ejercicio de esa facultad está en íntima relación con la elección libre del tipo [de sociedad] que se desea conformar”<sup>28</sup>. De este modo, no basta la libertad y determinación para crear una sociedad; toda sociedad que se constituye debe hacerse con base en los tipos societarios establecidos en la ley, pues cada uno de ellos tienen una función. Así, la empresa, entendida como actividad económica organizada, es la base del progreso por tener una función social, la cual puede valerse de la figura de la sociedad comercial para desarrollar su objeto; sin embargo, sobre los entes societarios que se constituyan y operen, se establece que podrán ser sujetos de restricciones e intervención de parte del Estado por desarrollar libertades económicas<sup>29</sup>.

En este orden de ideas, desde la premisa: “siempre que se ejerce la libertad contractual debe existir un beneficio correlativo a dicho ejercicio”<sup>30</sup>, y también a la luz de los preceptos constitucionales, se ha desarrollado la teoría del abuso del derecho, la cual “implica la ejecución de un acto conforme a las prescripciones legales

25 Corte Constitucional, Sentencia C-993 del 29 de noviembre de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

26 HINESTROSA, F., “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, cit., 9.

27 ARRUBLA, J., *Contratos mercantiles*, t. 1, 8.<sup>a</sup> ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1997.

28 NIETO, N., “La sociedad por acciones simplificadas en el contexto de los derechos de los accionistas”, en LONDOÑO, B. y GÓMEZ, D. (eds.), *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: balances desde la Red Sociojurídica*, t. II, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Universidad de La Sabana, 2010, 256.

29 Véase Constitución Política de Colombia, arts. 333-334.

30 CÓRDOBA, P. A., “La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 6, 2000, 179.

vigentes, pero que causa daño a otro”<sup>31</sup>. Dicho daño debe ser indemnizado, lo que da lugar a un tipo de responsabilidad civil<sup>32</sup>. De manera genérica, en la legislación comercial se prescribe que “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”<sup>33</sup>. Siendo de señalar que para que se configure un abuso del derecho, se requiere que el ejercicio del derecho tenga una apariencia legal y que se cause, con un ánimo oportunista, un daño inmoral o antisocial que contraría el fin social.

En materia societaria, dicha institución ha evolucionado. Inicialmente, la Ley 222 de 1995<sup>34</sup>, en el literal a del artículo 84, estableció, a cargo de la Superintendencia de Sociedades, una simple función administrativa de vigilar las sociedades que incurriesen en casos de abuso de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, y que implicasen el desconocimiento de los derechos de sus asociados o la violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias; por lo tanto, ante un caso de abuso del derecho, únicamente era procedente la indemnización de perjuicios que era de competencia de la jurisdicción ordinaria o de los tribunales de arbitramento por la naturaleza del asunto.

Posteriormente, con la Ley 1258 de 2008 (art. 43) se definen de manera específica los supuestos que configuran el abuso del derecho en sociedades mercantiles y se permite, además de solicitar la indemnización de perjuicios mediante un proceso verbal sumario que se adelante antes la Superintendencia de Sociedades, ejercer la acción de nulidad; atribuciones jurisdiccionales encomendadas a la Superintendencia en virtud del artículo 44 de la Ley 1258 de 2007, la Ley 1450 de 2011<sup>35</sup> y el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 1562 de 2012<sup>36</sup>.

Respecto de las sociedades bajo vigilancia de la Superintendencia Financiera<sup>37</sup>, los accionistas minoritarios, que representen una cantidad inferior al 10 % de las acciones en circulación y que manifiesten estar lesionados directa o indirectamente por decisiones tomadas por la asamblea, la junta directiva o el representante legal,

---

31 MORGUESTEIN, W. I., “Sobre la teoría del abuso del derecho y en especial del abuso de las mayorías en el derecho societario colombiano”, *Opinión Jurídica*, 16, n.º 31, 2017, 201.

32 Código civil, art. 2341.

33 Decreto 491 de 1971, art. 830.

34 Ley 222 de 1995, del 20 de diciembre, Por la cual se modifica el libro II del código de comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial n.º 42.156.

35 Ley 1450 de 2011, del 16 de junio, Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional, Diario Oficial n.º 48.488.

36 Ley 1562 de 2012, del 11 de julio, Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014, Diario Oficial n.º 48.102.

37 Ley 446 de 1998, del 7 de julio, Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del código contencioso administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, Diario Oficial n.º 43.335, arts. 141-142.

podrán solicitar la protección de sus intereses ante esta entidad. De ese modo, la Superintendencia Financiera de Colombia está facultada para tomar medidas correspondientes con el fin de evitar la violación o vulneración de los derechos de los accionistas y que se causen perjuicios para la sociedad, así como para restablecer el equilibrio en las relaciones entre asociados.

Cabe señalar que el abuso del derecho implica un ejercicio de derechos políticos en detrimento de los derechos de los consocios o del ente societario con el propósito de obtener un beneficio propio o en favor de un tercero; en suma, un ejercicio abusivo del derecho comporta, en este escenario, que “se desconocen los legítimos derechos de los demás asociados en la compañía comercial”<sup>38</sup> y desatender la función social del ente societario que se desliga de los intereses individuales de sus socios, situación que “siempre implica una violación al deber contractual de obrar de buena fe y, como tal, comporta un incumplimiento contractual”<sup>39</sup> de las mayorías, de las minorías o de las paridades.

Como consecuencia, las mayorías actúan abusivamente al detentar el poder político de la sociedad y optar por decisiones que generen perjuicios para los minoritarios, por ejemplo, cuando se decide aumentar el capital sin sujeción al derecho de preferencia; cuando el precio de la colocación de acciones es por el valor nominal, a sabiendas de que no todas las acciones serán tomadas por los asociados; cuando se establece una prima de colocación de acciones excesivamente onerosa que imposibilita que las suscriban los socios con menor poder adquisitivo; cuando, injustificadamente, se pretende obstruir que un minoritario pueda ceder sus cuotas o acciones a un tercero; cuando se constituyen reservas ocasionales o se opta por la capitalización de utilidades con el propósito de oprimir al socio minoritario para adquirir sus acciones a un menor precio; o cuando se remueve a un socio minoritario de la junta directiva<sup>40</sup>.

Por su parte, el abuso de las minorías y de la paridad se da a través del uso malintencionado del derecho al veto. El abuso minoritario ocurre cuando se exige una mayoría calificada y, debido a la negativa del minoritario, se imposibilita alcanzar el *quorum* requerido, y, por ende, la toma de decisión. Lo anterior se da, por ejemplo, cuando el minoritario usa un poder de coercibilidad para recibir concesiones o ventajas injustificadas a su favor de parte de los mayoritarios<sup>41</sup>. Así, el abuso de paridades se da cuando, en presencia de bloques con igual poder decisorio, estos no votan en el mismo sentido, por lo que ninguno de los bloques ostenta la mayoría ni se obtiene el

38 MARTÍNEZ, N. H., *Cátedra de derecho contractual societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 404.

39 GIL, J. H., “Abuso decisorio en el régimen de las S.A.S.”, en REYES, F. (coord.), *Estudio sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, 111.

40 PEÑA, M. V., “Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 54, 2015, 1-49.

41 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-50 del 15 de mayo de 2015, Alienergy S.A. vs. Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica Geo SAS ESP.

*quorum* decisorio; la actuación abusiva se produce cuando “un asociado se vale de la posibilidad de obstruir la toma de decisiones, con el propósito de causar un daño u obtener una ventaja injustificada”<sup>42</sup>.

## **B. El concepto de sociedad y la regla de la mayoría para la toma de decisiones sociales**

Tradicionalmente se ha entendido que la sociedad es un contrato que nace de una pluralidad de personas que se obligan a realizar un aporte con el fin de desarrollar una empresa o actividad social para, luego, repartirse las utilidades entre sí<sup>43</sup>. De este modo, cuando cumplen los requisitos para constituirse, forman una persona jurídica diferente a la de sus partícipes, lo que significa que “las voluntades individuales de cada uno de los socios se funden en una sola para actuar colectivamente para la consecución del objeto social”<sup>44</sup>, o lo que es lo mismo: “la sociedad sería un contrato celebrado entre dos o más personas con intereses superpuestos”<sup>45</sup>.

Con el surgimiento del Estado social de derecho, sin castigar la autonomía de la voluntad privada, surge el nuevo contractualismo, en donde la ley societaria ofrece un modelo supletivo que posibilita el pacto entre las partes en todo o parcialmente. En virtud de lo anterior, es posible que las cláusulas contenidas en los estatutos “puedan ser modificadas según las necesidades de la sociedad, sin el consentimiento de todos los socios, poniendo de manifiesto la preeminencia que tiene el interés social sobre el de los socios”<sup>46</sup>.

Así, para la toma de decisiones en una sociedad, inclusive, para aquellas que impliquen una reforma de los estatutos, el derecho societario ha acogido, generalmente, la ley de las mayorías, en la medida en que esta facilita la adopción de decisiones, muchas veces necesarias para garantizar el funcionamiento de la sociedad<sup>47</sup>. De prescindir de la regla, la mayoría de las sociedades comerciales se parecerían a

---

42 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-54 del 15 de mayo de 2015, Jovalco S.A.S. vs. Construcciones Orbi S.A.

43 Decreto 491 de 1971, art. 98.

44 PEÑA, L., *De las sociedades comerciales*, cit., 23.

45 VÁSQUEZ, M. F., “Hacia la reconstrucción del concepto de sociedad en el derecho chileno. Revisión desde una perspectiva comparada”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fuyo Laneri, n.º 22, 2014, 114.

46 *Ibid.*, 116.

47 Respecto de la regla de mayoría adoptada en el sistema jurídico colombiano sobre sociedades mercantiles se evidencian, a modo de ejemplo, las siguientes disposiciones jurídicas: artículos 12, 35, 47 y 61 de la Ley 222 de 1995, que se refieren a la posibilidad de ejercer el derecho de retiro de los socios ausentes o disidentes cuando se apruebe una transformación, fusión o escisión por la mayoría; la aprobación de los estados financieros e informe de gestión, y la emisión de acciones con dividendo preferencial y sin derecho al voto. De igual manera, los artículos 10, 11 y 39 de la Ley 1258 de 2008 son muestra de la aplicación del *quorum* mayoritario al regular lo relativo a la facultad de emitir acciones con dividendo preferencial; sin derecho al voto, con dividendo fijo y anual y acciones de pago; voto singular y múltiple de las acciones, y exclusión de accionistas, respectivamente.

las comunidades *pro indiviso*, en las cuales la unanimidad es requerida para tomar las decisiones; lo que suele perpetuar el *statu quo* y generar una situación ineficiente, porque comporta la limitación de la autonomía de la voluntad privada y porque resulta ser poco práctica al consistir en un obstáculo para el acuerdo social. En consonancia con lo anterior se ha dicho:

La regla de adopción de acuerdos por mayoría es, efectivamente, de la esencia de un acuerdo social. Cuando la voluntad de la persona jurídica requiere, para ser eficaz, del consentimiento de todos los miembros del colegio, no estamos, en realidad, ante un acuerdo social, sino ante la expresión del consentimiento de los individuos que forman el grupo [...]. La regla mayoritaria es consustancial a los acuerdos sociales porque, en otro caso, si se exige el consentimiento de todos los miembros del órgano, no hay organización<sup>48</sup>.

### C. Las formas societarias en el código de comercio

Con el Decreto 410 de 1971, por el cual se expidió el código de comercio colombiano –el cual entiende a la sociedad comercial como vehículo para el desarrollo de la empresa y al derecho de sociedades como una especie del derecho contractual–, se tipifican las formas societarias tradicionales como contrato, a saber: sociedad colectiva, S.A., sociedad Ltda. y sociedad en comandita, que puede ser S. en C o S.C.A. De acuerdo con sus características, las formas de organización mencionadas son elegidas por quienes desean llevar a cabo su actividad empresarial a través de una sociedad mercantil, por lo cual dan forma a la nueva persona jurídica que nace, no con el simple acuerdo de voluntades, sino con el cumplimiento de los requisitos de forma, pues su omisión puede acarrear vicios de nulidad y degenerar en una sociedad de hecho<sup>49</sup>. De este modo, los requisitos generales de cada tipo societario se describen a continuación.

La sociedad colectiva<sup>50</sup> es una sociedad cerrada, conformada por mínimo dos personas, quienes responderán personal, solidaria, ilimitada y subsidiariamente por las operaciones comerciales que desarrolle la sociedad sin beneficio de separación patrimonial. Lo anterior implica que el contrato societario sea celebrado por sus partes en consideración con la persona, más aún cuando la administración de la sociedad colectiva corresponde a todos y a cada uno de los socios; administración que podrá ser delegada previa autorización de los consocios. En estas sociedades de personas, todo tipo de reforma estatutaria, incluyendo la cesión de las partes de

---

48 ALFARO, J., “La prohibición de la unanimidad en la adopción de acuerdos sociales”, *Almacén de Derecho*, 2016, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-aparente-prohibicion-la-exigencia-unanimidad-la-adopcion-acuerdos-sociales/> [consultado el 16 de octubre de 2020].

49 PINZÓN, J. G., *Derecho comercial. Sociedades (Teoría general)*, Bogotá, Temis, 1960.

50 Decreto 491 de 1971, arts. 294 y 322.

interés que compone el capital, requiere la aprobación unánime de los socios, salvo estipulación en contrario dentro de los estatutos, de acuerdo con los artículos 161 y 316 c. de co.

En contraposición con la sociedad colectiva se encuentra la S.A.<sup>51</sup>, una sociedad de capital administrada por un gestor temporal y regulada por los artículos 373 a 460 c. de co. Además, la S.A. se caracteriza por contar con el beneficio de separación patrimonial. Para la existencia de este tipo social se requiere de la presencia de mínimo cinco accionistas, quienes serán titulares de derechos políticos y económicos según el número de acciones que posean. Para que la asamblea general de accionistas deliberare, deberá contar con un número plural de socios que representen no menos de la mitad más una de las acciones suscritas, y para tomar decisiones se requerirá la mayoría de los votos presentes en virtud del artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

Por su parte, la sociedad Ltda. resulta ser un vehículo donde confluyen características propias de la sociedad colectiva y de la S.A. En principio, la administración de este tipo societario recae en todos y cada uno de los socios, quienes podrán delegar la función en un gerente. Para su funcionamiento se requiere la existencia de mínimo dos socios, sin exceder de veinticinco, los cuales responden hasta el monto de sus aportes, salvo en los siguientes supuestos: cuando se estipule una mayor responsabilidad a cargo de los socios, dentro de los estatutos, sobre el valor atribuido a los aportes en especie; cuando los aportes no hayan sido pagados íntegramente al momento de la constitución; cuando la razón social no vaya acompañada de la expresión Ltda. o limitada; y por obligaciones laborales<sup>52</sup> y tributarias<sup>53</sup>.

El capital de la sociedad se compone de cuotas sociales, y cada cuota significa un derecho a voto; así, las decisiones que se tomen en el máximo órgano social, que es la junta socios, deberán corresponder a la mayoría absoluta de las cuotas conformada por un número plural de socios, salvo que dentro de los estatutos se disponga un *quorum* mayor<sup>54</sup>. Sin embargo, cuando se trata de reformas estatutarias, se exige la aquiescencia de, cuando menos, el 70 % de las cuotas en las que se halle dividido el capital social<sup>55</sup>, además de la pluralidad, salvo estipulación mayor en los estatutos. Obsérvese cómo la norma, con el fin de proteger a los socios minoritarios, establece una mayoría calificada, encontrándose en un justo medio, al no ser un *quorum* muy alto y tampoco exigir la unanimidad.

51 Decreto 491 de 1971, arts. 353-372.

52 Decreto 2663 de 1950, del 30 de marzo, código sustantivo del trabajo, Diario Oficial n.º 27.407, art. 36; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 5386 del 26 de noviembre de 1992, M.P.: Hugo Suescún Pujols.

53 Decreto 624 de 1989, del 5 de agosto, Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, Diario Oficial n.º 38.756, art. 794; Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-017723 del 23 de abril de 2004.

54 Decreto 491 de 1971, art. 359.

55 Decreto 491 de 1971, 360.

En el régimen tradicional colombiano también se regulan las sociedades en comandita, las cuales pueden ser S. en C. o S.C.A.<sup>56</sup>. En ambas existen dos clases de socios: los gestores y los comanditarios. Los primeros son titulares del interés social y responden por las obligaciones contraídas por la sociedad de la misma manera en la que responde un socio de las sociedades colectivas, es decir, de manera solidaria, personal, ilimitada y principal con su propio patrimonio, toda vez que su participación consiste en administrar la sociedad. Los segundos, los socios comanditarios, responden hasta el monto de su aporte.

En la sociedad S. en C. se denomina cuota social al aporte de los comanditarios; además, se exige un mínimo de dos socios (un gestor y un comanditario), y las decisiones de alta dirección que tome la sociedad deberán ser aprobadas por unanimidad de los socios gestores junto con la mayoría absoluta de los comanditarios. Por otro lado, la S.C.A. requiere de un socio gestor y cinco comanditarios por lo menos; las decisiones sociales se toman por la unanimidad de los socios colectivos y la mayoría de los votos de las acciones, salvo estipulación en contrario en los estatutos.

Como puede observarse, las sociedades tipificadas en el código de comercio, pese a ser reconocidas como contratos, tienen una regulación de cumplimiento estricto<sup>57</sup>; en otras palabras, en ellas “subsisten inúmeros preceptos de orden imperativo que restringen las posibilidades de negociación contractual”<sup>58</sup>, lo que desestimula la constitución y gestión de sociedades al incluir normas inconvenientes y restrictivas para la elaboración de sus propios estatutos; es por esto que se hacía necesario que el derecho societario cambiara de paradigma en su estructura, con el fin de potencializar el tráfico jurídico mercantil y la creatividad empresarial.

D. La incorporación de la sociedad por acciones simplificada en el ordenamiento jurídico colombiano

Con el fin de satisfacer las necesidades del derecho privado contemporáneo de flexibilizar y simplificar el régimen societario, de promover la inversión local e internacional, y de otorgar un mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad privada, se incorpora en el ordenamiento jurídico colombiano, a través de la Ley 1258 de 2008, la S.A.S. Dicha ley no modificó lo contemplado en el libro segundo

56 Decreto 491 de 1971, arts. 323-352.

57 Por ejemplo, cuando se señala, en el Decreto 491 de 1971, que la constitución de la sociedad debe hacerse mediante escritura pública (art. 110); y que por el mismo medio deberán realizarse las reformas estatutarias (art. 158); cuando se exige la existencia de un revisor fiscal en las sociedades por acciones (art. 203); al establecer la responsabilidad solidaria e ilimitada para los socios colectivos (art. 294); cuando se dispone que, en las S. en C., la cesión de partes de interés debe hacerse con la unanimidad de todos los socios, y las cesiones de las cuotas, con la avenencia del resto de los comanditarios (art. 338); que el capital de una S.C.A. debe pagarse dentro del año siguiente a la fecha de suscripción (art. 345); que los socios en una Ltda. no excederán los veinticinco (art. 356); mientras que la S.A. no podrá conformarse con no menos de cinco accionistas (art. 373); además, las juntas directivas se integrarán con no menos de tres miembros, cada uno de ellos con su respectivo suplente (art. 434), entre otras.

58 REYES, F., S.A.S. *Sociedad por Acciones Simplificada*, cit., 124.

del código de comercio, sino que creó “un sistema societario paralelo que pudiera competir con el régimen previsto en el estatuto”<sup>59</sup>.

De este modo, la S.A.S. entra a jugar un gran papel en la dinámica societaria y económica colombiana, no solo porque permite la flexibilización de la estipulación contractual, la reducción de gastos y la limitación de riesgo para microempresas, para empresas de pequeño, mediano y gran tamaño, salvo para aquellas sociedades que se encuentren inscritas en bolsa o que por su objeto social deben ser Ltda. o S.A.; situaciones que han permitido que, en la actualidad, la S.A.S. sea el vehículo societario más implementado en Colombia.

Es así como la S.A.S. se considera como un tipo societario innovador y vanguardista, inspirado en el principio de flexibilidad y la libertad contractual; es conocida también como sociedad contrato<sup>60</sup>, por cuanto la mayoría de sus normas son de carácter supletivo, en contraposición con las sociedades tradicionales y rígidas reguladas en el código de comercio. Sobre el concepto de sociedad contrato se ha expresado:

El concepto de sociedad contrato representa la idea cardinal bajo la cual se establece toda la regulación de la sociedad por acciones simplificada. Se trata de permitirles a las partes definir del modo más amplio las pautas bajo las cuales han de gobernarse las relaciones jurídicas que surgen en la sociedad. Así, las disposiciones contenidas en la Ley 1258 tienen un carácter eminentemente dispositivo, de manera que pueden ser reemplazadas por otras previsiones pactadas por los accionistas<sup>61</sup>.

Esta ley se caracteriza, en palabras de su mismo redactor, por “la supresión de múltiples formalismos, casi todos inútiles, sumada a la reducción de normas imperativas y al correlativo ensanche de la autonomía contractual”<sup>62</sup>, y consagra los avances de la Ley 222 de 1995 y la Ley 1014 de 2006, porque en la S.A.S. se “recoge la libertad contractual de las sociedades de personas, con la limitación de responsabilidad de las sociedades de capitales”<sup>63</sup>. Además, la S.A.S. incentiva la inversión y formalización empresarial, la agilidad y celeridad de los trámites para este tipo de sociedades, y la modernización del sistema societario colombiano, pues permite que la constitución y las reformas al contrato de sociedad se realicen, generalmente, por documento privado. Lo anterior debido a que las reformas, en principio, se aprueban con el voto favorable de por lo menos la mitad más una de las acciones presentes en la asamblea,

59 *Ibid.*, 11.

60 VELÁSQUEZ, C. A., “La sociedad por acciones simplificada”, cit.

61 REYES, F., S.A.S. *Sociedad por Acciones Simplificada*, cit., 125.

62 *Ibid.*, XXIII.

63 ESPINOSA, L., “El proceso de flexibilización del régimen societario colombiano: una visión desde la evolución de las figuras empresariales”, *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, Universidad Sergio Arboleda, n.º 1, 2011, 264.

salvo casos particulares de transformación, fusión y escisión, y cuando se estipule una mayoría superior en los estatutos, según el artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

Por su parte, la Corte Constitucional ha declarado que la S.A.S. es “un espacio más amplio para la libertad de configuración societaria basada en la voluntad de los intervinientes. Así mismo, es claro que este modelo societario avanza en el proceso de superación del enfoque contractualista que fundamentaba las modalidades societarias tradicionales”<sup>64</sup>.

Por lo tanto, el gran pilar de la S.A.S. es el reconcomiendo de la autonomía de la voluntad de los socios, en virtud del cual son ellos quienes estipularán las cláusulas contractuales a su medida, de acuerdo con sus intereses, los cuales nacen de un contrato por la existencia de pluralidad de socios, personas naturales o jurídicas, o de un acto unilateral. Lo anterior es una medida positiva, porque muchas veces son los accionistas quienes conocen de primera mano la mejor forma de estructurar sus negocios. Por estas razones, en la S.A.S., las normas imperativas son mínimas, mientras que las disposiciones supletivas conforman la mayoría de la ley, las cuales pueden ser aceptadas o modificadas por las partes de un contrato societario en particular, según sus necesidades.

Así, es irrefutable la aceptación del nuevo tipo societario en el ordenamiento jurídico colombiano, de hecho, se puede decir que, “en menos de una década, la S.A.S. ha conquistado casi la totalidad del mercado de nuevas sociedades registradas”<sup>65</sup>, en tanto que se considera como el tipo societario más eficiente e idóneo para la mayoría de negocios en Colombia; su alto posicionamiento en el mundo empresarial, correlativamente, implica que las formas societarias tradicionales se consideran obsoletas, lo cual se ve reflejado en su notoria disminución porcentual a partir de la entrada en vigencia de las S.A.S. Es decir que hoy la S.A.S. tiene un poder cuasi monopolístico en el mercado de tipos societarios en Colombia.

### **E. La transformación como reforma al contrato de sociedad**

Al ser la sociedad un contrato complejo, incluso en el caso de las S.A.S. –cuando son varios los sujetos que la integran, el cual debe adecuarse a los tipos antes señalados–, permite que su contenido sea adaptado y actualizado de acuerdo con las necesidades de los asociados, de la sociedad y del mercado, a través de las reformas estatutarias. Estas reformas deben adoptarse conforme al fin social, el cual se percibe como “el interés tanto de los socios como de los accionistas, traducido en su aspiración de obtener el mayor rendimiento financiero posible en el desarrollo de la empresa societaria”<sup>66</sup>; y pueden versar, entre otros, sobre el cambio del objeto social, razón o

64 Corte Constitucional, Sentencia C-014 del 20 de enero de 2010, M.P.: Mauricio González Cuervo.

65 REYES, F., S.A.S. *Sociedad por Acciones Simplificada*, cit., 383.

66 VÁSQUEZ, M. F., “Hacia la reconstrucción del concepto de sociedad en el derecho chileno. Revisión desde una perspectiva comparada”, cit., 138.

denominación social, el monto del capital, el término de duración, la cesión de cuotas o enajenación de partes de interés, el domicilio social y la disolución. Entonces, la reforma estatutaria es:

El acto por medio del cual los asociados toman la decisión de adoptar cambios en la estructura de la sociedad, contenida en los estatutos sociales. La facultad de reformar está en cabeza de la junta de socios o asamblea de accionistas. Como cualquier derecho, este tiene sus límites, que están dados por las mayorías necesarias para su aprobación, por las normas que rigen la constitución de las sociedades y por las demás normas imperativas que le son aplicables. Además de estas, existen el derecho de receso y el abuso del derecho, que se constituyen también como límites y mecanismos de la defensa de los minoritarios<sup>67</sup>.

Aparte de las reformas estatutarias mencionadas, existen la transformación, fusión, escisión y enajenación global de activos, las cuales pueden implicar reorganizaciones empresariales, que son “toda transacción en la cual se modifica la forma jurídica o la estructura de capital de una o más compañías a través de las cuales se lleva a cabo una actividad mercantil o económica sin solución de continuidad en su ejercicio”<sup>68</sup>.

En particular, sobre la transformación regulada a partir del artículo 167 c. de co., se dice que es “el cambio de su estructura y régimen legal a otro de clase diferente sin afectar su existencia”<sup>69</sup> y sin solución de continuidad.

En este orden de ideas, la transformación puede darse por dos razones, al menos: la primera, cuando la sociedad, en su funcionamiento, deja de cumplir con los requisitos de existencia de acuerdo con el tipo registrado, pues prevé cumplir los requisitos de la nueva forma societaria, por ejemplo, respecto al número de socios<sup>70</sup>. El segundo móvil para una transformación es por razones de conveniencia, bien sea para disminuir los costos de transacción o para modificar el régimen de responsabilidad de los socios, convirtiéndose en S.A. o S.A.S. para reducir los eventos en los que la ley o la autoridad determinan que se puede levantar el velo corporativo. En conclusión, esta segunda causal implica que la sociedad se transforme para utilizar un vehículo societario consagrado en la ley que sea más eficiente y adaptado a los requerimientos de la actividad mercantil y a los intereses de los asociados.

---

67 VELÁSQUEZ, C. A., *Orden Societario*, 4.<sup>a</sup> ed., Medellín, Señal Editora, 2014, 343.

68 GAVIRIA, J. A., “Equidad tributaria y reorganizaciones empresariales”, *Revista de Derecho Fiscal*, Universidad Externado de Colombia, n.º 1, 2009, 164.

69 MORALES, A., “Transformación de sociedades. Perspectiva bajo el marco de la nueva Ley General de Sociedades”, *Themis. Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 37, 1998, 51-57, 51.

70 Es decir, una Ltda. que supere los 25 socios, para continuar existiendo y salvo que los socios en exceso cedan sus cuotas sociales, deberá transformarse en una S.A. o en una S.A.S.; del mismo modo, si una sociedad colectiva, Ltda. o en comandita queda en su ejercicio con un único socio, podrá transformarse en una S.A.S.

Cuando se pretende transformar una sociedad de un tipo societario a otro, siempre que ambas formas societarias estén reguladas en el código de comercio, se deben de cumplir los siguientes requisitos: (i) en principio, para las sociedades por cuotas o partes de interés (como la sociedad colectiva, la Ltda. y la S. en C.), la decisión debe ser aprobada por el voto favorable de todos los asociados, y para las sociedades por acciones (como la S.C.A. y la S.A.), se requiere el voto favorable de un número plural de socios que representen por lo menos el 70 % de las acciones presentes en la reunión; sin embargo, en cualquiera de los casos, debe atenderse a lo dispuesto en los estatutos cuando establecen un *quorum* mayor, según lo expresado por la norma referente al *quorum* para cada uno de los tipos societarios referenciados<sup>71</sup>; (ii) la sociedad debe cumplir los requisitos establecidos por la ley para la existencia del nuevo tipo societario<sup>72</sup>; (iii) la transformación debe hacerse mediante la reforma al contrato de sociedad<sup>73</sup>, acto que debe reducirse a escritura pública y registrarse en la cámara de comercio correspondiente al domicilio de la sociedad y de sus sucursales<sup>74</sup>. Cuando una sociedad se encuentre sometida a control de la Superintendencia de Sociedades, el registro de la transformación requerirá su previa autorización<sup>75</sup>.

Si la transformación entre tipos societarios del código de comercio implica para los asociados asumir una mayor responsabilidad, desmejora de sus derechos patrimoniales o cancelación voluntaria de la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en la bolsa de valores, el artículo 12 de la Ley 222 de 1995 permite ejercer el derecho a retirarse de la sociedad a aquellos asociados disidentes y ausentes en la reunión donde se tomó la decisión. Además, cumpliendo con los lineamientos del nuevo tipo, sea cual sea, se conserva la misma personalidad jurídica, sin que ello implique afectar derechos de los acreedores y terceros, en tanto se les exige cumplir con las obligaciones previamente adquiridas a la inscripción del acuerdo de transformación en el registro mercantil bajo la forma de responsabilidad inicial.

Por otro lado, si la transformación se da porque una sociedad del código de comercio quiere mutar a una S.A.S. o viceversa, de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, requerirá la determinación unánime de todos y cada uno de los titulares de las acciones suscritas. En virtud del párrafo del artículo en comentario, también se exige la autorización del 100 % de las acciones en aquellos casos donde se proponga el tránsito de una sociedad en virtud de un proceso de fusión o de escisión, o mediante cualquier otro negocio jurídico. Además del *quorum*, si la transformación es de una S.A.S. a otro tipo, esta deberá reducirse a escritura pública que debe ser registrada satisfaciendo los requisitos de constitución de la sociedad a la que se desee migrar; si una sociedad tipificada en el código de comercio pretende

---

71 Decreto 491 de 1971, art. 161.

72 Decreto 491 de 1971, art. 171.

73 Decreto 491 de 1971, arts. 162 y 167.

74 Decreto 491 de 1971, arts. 158 y 160.

75 Decreto 491 de 1971, art. 159.

transformarse en S.A.S., la decisión podrá constar en documento privado, en el cual se incorporen las nuevas cláusulas estatutarias. Dicho documento deberá registrarse en el cámara de comercio correspondiente al domicilio principal y sucursales de la sociedad.

Es por esto que, pese a que la S.A.S. es el tipo societario preferido por los empresarios en la actualidad, parece ser que el movimiento migratorio de las sociedades del código de comercio a S.A.S. ha enfrentado algunos obstáculos, como lo indicaría el hecho de que actualmente en Colombia 62 920 sociedades (equivalente al 13.78 %) aún corresponden a sociedades conformadas bajo las formas tradicionales del código de comercio (41 525 Ltda. - 9.09 %; 12 340 S.A. - 2.7 %; 7322 S. en C. - 1.6 %; 1699 S.C.A. - 0.37 %; 34 sociedades colectivas - 0.007 %)76. Cabe resaltar que, de aquellas formas societarias, existen empresas que por su objeto social deben mantenerse en los tipos societarios que trae el código de comercio77.

A modo de conclusión del presente capítulo, se puede decir que la autonomía de la voluntad privada funge como fuente del derecho societario del cual se predica un desarrollo importante en Colombia. Inicialmente, la libertad contractual se hallaba subordinada a las formas societarias taxativamente estipuladas en el código de comercio, donde predominan requisitos imperativos, por lo que los tipos societarios eran elegidos como forma empresarial de acuerdo con las capacidades e intereses de quienes pretendían asociarse; con ello se permitía la transformación de un tipo societario a otro, siempre que fuera regulado en el mismo código de comercio, y con el cumplimiento, entre otros requisitos, de la aprobación de las mayorías requeridas.

76 Confederación de Cámaras de Comercio, *Informe de número de sociedades por organización jurídica en Colombia*, cit.

77 Como bien ocurre con las compañías que desarrollan actividades financieras y de seguros que deben ser S.A., objeto de vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera, que a agosto de 2019 eran 403 en el país. Véase Superintendencia Financiera, “Lista general de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”, Superintendencia Financiera, 2019, disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/61694/reAncha/1/c/00> [consultado el 16 de octubre de 2020].

También deben ser S.A. aquellas compañías que emiten acciones, bonos u otro tipo de valores registrados en el mercado de valores, las cuales suman 173 empresas en el país a fecha de corte agosto de 2019. Véase Bolsa de Valores de Colombia, “Listado de emisores”, Bolsa de Valores de Colombia, 2019, disponible en: <https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Empresas/Listado+de+Emisores> [consultado el 16 de octubre de 2020].

Así mismo, deberán ser S.A. las administradoras de planes de autofinanciamiento comercial, de acuerdo con el Decreto 1970 de 1979, del 14 de agosto, Diario Oficial n.º 35.350, Por el cual se modifica el régimen jurídico de las personas que se dedican a las actividades de intermediación financiera; y véase Superintendencia de Sociedades, Resolución 330-002979 del 28 de noviembre de 2006; así como las empresas que realicen actividades portuarias reguladas en la Ley 1 de 1991, del 10 de enero, Diario Oficial n.º 39.626, Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones.

Bajo la forma de Ltda. deben estar constituidas las empresas que presten servicios de vigilancia y seguridad, de acuerdo con el Decreto 356 de 1994, del 11 de febrero, Diario Oficial n.º 41.220, Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada; y véase Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-099861 del 20 de julio de 2009.

En estos casos, de aprobarse la transformación y no estar conforme con la decisión, el socio ausente o disidente podía ejercer el derecho de retiro.

Ahora, con la adopción de la S.A.S. en Colombia, tipo societario que opera paralelamente a las sociedades tradicionales, se ha ampliado el margen de disposición del contenido del contrato de sociedad; no obstante lo cual se ha restringido la posibilidad de elección de esta figura societaria cuando se habla de transformación de sociedades tradicionales al exigir la unanimidad, lo que obstaculiza el acceso a los beneficios que la S.A.S. comporta en función de la autonomía de la voluntad privada, temas que serán objeto del siguiente acápite.

## **II. Efectos del requisito de unanimidad contemplado en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008**

Teniendo en cuenta que actualmente, en Colombia, existen alrededor de 62 920 sociedades inscritas bajo los tipos societarios del código de comercio<sup>78</sup>, de las cuales habrá que excluir aquellas respecto de las cuales, por su objeto social, es requisito de ley permanecer en los tipos tradicionales, es evidente que este número no despreciable de personas jurídicas no han accedido aún a los beneficios de las S.A.S., contenidos en todo el cuerpo de la Ley 1258 de 2008, relativos a la constitución, capital y acciones; organización administrativa y reuniones; supresión de restricciones; y disolución y liquidación; en particular, porque la mayoría de estas disposiciones son de carácter supletivo. Así las cosas, en el presente apartado se estudia el requisito de unanimidad establecido en el artículo 31, indagando en (A) las posiciones doctrinarias, a favor, en contra y conciliadoras respecto de este, y en (B) los efectos de la norma en comento, analizando el número de sociedades por tipo antes y después de la entrada en vigencia de la ley.

### **A. Posiciones a favor y en contra del requisito de unanimidad**

Sobre esta norma, Reyes, redactor de la Ley 1258 de 2008, defiende el requisito de unanimidad exigido para la transformación de una sociedad, al manifestar que su sentido es “proteger el carácter fundamentalmente contractual de la S.A.S. e impedir a todo trance que los individuos que no hayan dado su consentimiento expreso puedan ser forzados a participar en una sociedad de este tipo”<sup>79</sup>. De este modo, de permitirse la mayoría para aprobar la transformación, implicaría que aquellos que no den expresamente su voto favorable se vean expuestos a un mayor riesgo, donde, probablemente, no hayan considerado las nuevas reglas que gobiernen las relaciones societarias, por lo que se encontrarían en una S.A.S. por fuera de su querer.

78 Confederación de Cámaras de Comercio, *Informe de número de sociedades por organización jurídica en Colombia*, cit.

79 REYES, F., S.A.S. *Sociedad por Acciones Simplificada*, cit., 233-234.

Dicha posición ha sido apoyada por la Superintendencia de Sociedades de manera uniforme durante la última década a partir de los oficios 220-059279, 220-049533, 220-178517 y 220-038130 de 2009; 220-000680 y 220017200 de 2010; 220-00036 de 2011; 220-249498 de 2016 y 220-125001 de 2017. En este último se expresó:

La exigencia de unanimidad para la transformación en S.A.S. *fue tomada directamente de la legislación francesa*. La mayor exposición de riesgo al que podrían quedar sujetos los asociados que no han tenido la oportunidad de estipular las cláusulas que han de regir las relaciones intrasocietarias en esta forma asociativa, justifica un derecho de veto a favor de todos los asociados de compañías de otro tipo que pretendan migrar hacia la S.A.S. No en vano afirman Ripert y Roblot que “las particularidades de la sociedad por acciones simplificadas han llevado al legislador a supeditar la transformación de cualquier sociedad en S.A.S. a la adopción de una determinación unánime de los asociados”<sup>80</sup>.

La norma aludida también ha sido aplicada dentro de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades sobre el tema, todavía escasa debido al poco tiempo en el que ha operado la institución en calidad de juez societario. Esto, en particular, en el caso de Carlos Hakim Daccach contra Gyptec S.A., en donde se conoce una decisión aprobada por el 99.998 % de las acciones suscritas de la asamblea extraordinaria para escindir parcialmente la sociedad y transferir parte del patrimonio en bloque para crear una S.A.S. como compañía beneficiaria; sin embargo, el socio titular del capital accionario restante (0.002 %) presentó una demanda con el fin de declarar nula la decisión de escindir la compañía S.A. para formar una S.A.S., pese a que en el proyecto presentado ante la asamblea de accionistas se manifestaba que todos los socios, incluyendo el demandante, recibirían acciones en la sociedad por crear. La Superintendencia decretó la nulidad absoluta de la escisión parcial aprobada por la asamblea, puesto que no cumplía con el requisito de unanimidad exigido para estas reorganizaciones societarias<sup>81</sup>.

La consecuencia de tal jurisprudencia es que, en escisiones como la que motivó el anterior caso, aunque la sociedad beneficiaria reciba una pequeña e ínfima parte de los activos que tenía la compañía escidente, ante la ausencia de unanimidad para formar una S.A.S., se deberá adoptar como tipo de sociedad una colectiva, en comandita, Ltda. o S.A., siempre que se reúnan los requisitos para la existencia de dichos tipos societarios. En el caso de que se haya optado para que la sociedad beneficiaria sea una S.A., se deberán provisionar por lo menos diez nombramientos (un representante legal principal y un suplente, un revisor fiscal principal y uno suplente, y seis miembros de junta directiva: tres principales y tres suplentes).

80 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-125001 del 29 de junio de 2017.

81 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 801-011 del 20 de febrero de 2013, Carlos Hakim Daccach vs. Gyptec S.A.

De ese modo, a nuestro juicio, la doctrina de Reyes<sup>82</sup> y de la Superintendencia de Sociedades tiene las siguientes siete falencias:

1. Para las sociedades comerciales del código de comercio, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 222 de 1995, los accionistas que se opongan a la transformación pueden ejercer un derecho de retiro; en cambio, la exigencia de la unanimidad contenido en el artículo 31 imposibilita que esos socios minoritarios inconformes con el tránsito a la S.A.S. ejerzan el derecho de retiro y soliciten el reembolso de sus aportes, lo que da lugar a una consecuencia aún peor: que se vean perjudicados el resto de socios y el ente societario, obstruyendo la gestión operativa de la sociedad.

2. La transformación por sí misma no implica que se adopten, en la S.A.S., algunas cláusulas que generen mayor peligro para los socios; es por esto que en el artículo 41 de la Ley 1258 de 2008 se exige la unanimidad cuando se pretende modificar o incorporar cláusulas estatutarias relativas a la restricción de negociación de acciones (art. 13), autorización para la transferencia de acciones (art. 14), exclusión de accionistas (art. 39) y resolución de conflictos societarios (art. 40).

Partiendo del postulado de la buena fe, por el hecho de asumir como forma societaria la S.A.S. no se acoge por sí mismo obligaciones o cargas para los socios; por el contrario, se adquieren ventajas que caracterizan al modelo societario, mencionadas en la parte introductoria de este acápite, y que lo ponen en una situación privilegiada en el ordenamiento jurídico colombiano contemporáneo. Esta apreciación está respaldada, incluso, por Reyes, quien hace referencia en su libro de la S.A.S. a Bruno Dondero, el cual indica:

[A]un en los casos en que los estatutos de la S.A.S. no les impongan a los asociados nuevas obligaciones, debe considerarse que la S.A.S. es un tipo de sociedad en la que el consentimiento y la libertad contractual juegan un papel extremadamente importante, de donde se infiere que una persona podría encontrarse atrapada en contra de su querer<sup>83</sup>.

Como queda claro, asumir por la vía de una transformación, fusión o escisión el modelo societario de la S.A.S. no implica *per se*, para un socio, mayor nivel de riesgo o desventaja; estos peligros se asumen por la inclusión o modificación de cláusulas en los estatutos sociales, algunas de las cuales requieren de la unanimidad, como en los supuestos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1258. En las S.A.S. es imposible desconocer la trascendencia de la autonomía de la voluntad privada; empero, con el requisito de unanimidad para la aprobación de las señaladas operaciones que pretenden su tránsito a estas formas, se hace prevalecer el deseo (justificable o no) de un socio minoritario, por lo cual se le otorga un derecho de veto, a costa de obligar

---

82 REYES, F., S.A.S. *Sociedad por Acciones Simplificada*, cit., 384.

83 *Ibid.*, 283-284.

a la mayoría a pertenecer a la forma obsoleta, muy en contra de su voluntad y del control que en ella ejerce.

3. Adicionalmente, no se puede predicar un sentido lógico de esta norma al comparar el funcionamiento de la transformación, fusión y escisión que luego dé lugar a una S.A.S. con lo que ocurre en una sociedad colectiva. La sociedad colectiva es el tipo societario más riesgoso en el ordenamiento jurídico, donde los socios responden de manera personal, solidaria, ilimitada y subsidiaria por las obligaciones contraídas por la sociedad, como lo comprueba el reducido número de sociedades que actualmente están inscritas bajo esta forma. Entonces, resulta paradójico que, por aprobarse una transformación por el cual se adopte la sociedad colectiva como nuevo tipo societario, baste con cumplir con el requisito de la mayoría previsto para las sociedades en comandita, Ltda. o S.A., y que se les otorgue a los socios inconformes con la decisión o a los ausentes en la reunión la facultad de ejercer el derecho de retiro. En cambio, para aprobar una transformación en S.A.S., tipo societario que claramente es menos riesgoso que la colectiva, sí se requiere unanimidad.

4. El requisito de la unanimidad para la transformación, fusión y escisión “se trata de una regla *ex ante* y prohibitiva que genera claramente un beneficio (proteger a potenciales accionistas minoritarios) mucho menor que su costo (impedir a empresarios de buena fe migrar sus vehículos societarios a estructuras más eficientes y competitivas)”<sup>84</sup>.

De este modo, los justos, que se espera que sean muchos, pagarían por los pecadores (socios mayoritarios que oprimen a minoritarios), en principio mucho menos numerosos. De nuevo, se evidencia que la norma en comento se contraponen a las aspiraciones del derecho societario, así: (i) la Ley 1258 eliminó algunas normas imperativas para la S.A.S., precisamente por consistir en prohibiciones *ex ante* cuyo beneficio puede ser mucho menor que el costo, como ocurrió con la supresión de la prohibición de la disposición contenida en el artículo 185 c. de co. de acuerdo con el artículo 38 de la Ley S.A.S.; y, (ii) en el año 2015 se presentó un proyecto de reforma al régimen de sociedades en el cual se abogó por la eliminación de reglas imperativas innecesarias para hacer más eficientes los procedimientos intrasocietarios, a cambio de establecer principios de conducta, que de no ser cumplidos, darían lugar al nacimiento de un proceso judicial; no obstante, el ex superintendente no consideró el requisito de unanimidad para la transformación en S.A.S. como asunto objeto de la reforma. Sin embargo, Reyes manifestó sobre la eliminación de reglas *ex ante*:

La existencia de un “juez” sofisticado y eficiente para dirimir controversias societarias permite abandonar la concepción jurídica tradicional de reglas imperativas llamadas a operar “*ex ante*” y reemplazarla por la *más moderna y adecuada de los estándares o principios generales de aplicación “ex post”*. Esta orientación permite suprimir prohibiciones generales, restricciones e innecesarios límites a la autonomía

---

84 GAVIRIA, J. A., “Contra el requisito de unanimidad en algunas transformaciones societarias”, cit.

contractual, debido a que su presencia en el sistema puede ser ineficiente y dar lugar a notorios costos de transacción<sup>85</sup>.

Efectivamente, la norma premia al socio minoritario frente a una simple posibilidad de que en el nuevo clausulado que conforme los estatutos sociales se incorporen reglas que lo puedan poner en una situación de desventaja respecto de los socios mayoritarios. De esta manera, la ley solo permite la transformación en S.A.S. cuando este trámite es eficiente en el sentido de Pareto, por el cual “una situación es óptima si un cambio no puede hacer que la utilidad de al menos un individuo mejore sin provocar, simultáneamente, una reducción de la utilidad de al menos otro individuo”<sup>86</sup>; a pesar de que, de vieja data, se ha considerado que los cambios legales deben evaluarse de acuerdo con otro criterio, esto es, porque suponen que la justificación de la eficiencia paretiana se basa en el consentimiento unánime que obstaculiza la toma de cualquier decisión interesante desde el punto de vista normativo. Por las limitaciones al sentido de eficiencia de Pareto, se han introducido otros criterios, como el de Kaldor-Hicks, el cual señala: “Para considerar que S2 es superior a S1 no hace falta que al menos uno mejore y nadie empeore sino que basta con que los que mejoren en el cambio tengan, como consecuencia de su mejora, capacidad para compensar a los que empeoren”<sup>87</sup>.

5. En principio, la unanimidad podría tener únicamente sentido si la transformación se realiza de S.A.S. a otra forma societaria, por ejemplo, al pretender migrar a una S.A. para inscribirse en la bolsa de valores<sup>88</sup>, lo que conllevaría dejar de ser una sociedad de capital cerrado; o bien en los casos donde por desarrollar un determinado objeto social se exija adecuarse a los tipos tradicionales.

Sin embargo, es importante resaltar que mediante el Decreto 637 de 2020<sup>89</sup> se declaró, para el territorio nacional, el estado de emergencia económica, social y ecológica a causa de la propagación del covid-19. En desarrollo de tal decreto y con la finalidad de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, el 4 de junio de 2020 entró a regir el Decreto Legislativo 817, por el cual se adoptaron condiciones especiales para la emisión de valores. Dicho decreto manifestó que “se requiere

85 Superintendencia de Sociedades, “Proyecto de reforma al régimen societario”, Superintendencia de Sociedades, 2015, disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/Historial%20de%20Noticias/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf> [consultado el 16 de octubre de 2020], 16.

86 KITZBERGER, P., “Eficiencia, justicia y política en el sentido de Pareto”, 1999, disponible en: <https://revista.saap.org.ar/contenido/boletin-1999-otono/ot-phillipdefi.pdf> [consultado el 16 de octubre de 2020], 34.

87 HIERRO, L., “Justicia, igualdad y eficiencia”, *Isonomía*, n.º 9, 1998, 134.

88 Decreto 817 de 2020, del 4 de junio, Por el cual se establecen las condiciones especiales para la emisión de valores en el segundo mercado por parte de empresas afectadas en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020.

89 Decreto 637 de 2020, del 6 de mayo, Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional.

crear una excepción temporal a la prohibición contenida en el artículo 4 de la Ley 1258 de 2008 [...] que establece la imposibilidad de negociar valores en el mercado público para este tipo de sociedades”<sup>90</sup>.

De acuerdo con el citado decreto, durante el término de dos años, los títulos representativos de deuda que las S.A.S. emitan en el segundo mercado podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores y negociarse en la bolsa de valores. De igual forma, agregó que el plazo máximo de estas emisiones es de cinco años; así, se abre la posibilidad a que la S.A.S. pueda inscribirse en bolsa de valores sin la necesidad de transformarse en S.A. dentro de los términos indicados o, incluso, de manera indefinida, en caso de que una norma posterior así lo autorice.

6. La exigencia de la unanimidad también podría dar paso a que un socio minoritario, cuyo voto se requiere para aprobar la transformación de una sociedad en S.A.S., exija una contraprestación significativa por tal voto, sea legal o ilegal, o pretenda un precio exorbitante para vender sus acciones y salir de la sociedad. Dicha transformación puede generar eficiencias en la actividad mercantil, las cuales, como ahorros, se trasladarán de los socios mayoritarios a los minoritarios en un típico caso de *hold-out*.

7. Finalmente, si se predica que las S.A.S. son estructuras societarias más ágiles y flexibles, “es incongruente con dicha finalidad la exigencia de la unanimidad para tomar decisiones sociales”<sup>91</sup>, específicamente en cuanto a su acceso se refiere, lo que hace que la disposición normativa no sea la óptima para la funcionalidad que exige el tráfico mercantil, porque niega un derecho de los empresarios de acceder a la S.A.S. como vehículo societario más eficiente en la actualidad.

La exigencia de la unanimidad se predica de todos los titulares de las acciones suscritas, cuotas o partes de interés; esto es, todos los socios deben estar debidamente representados en la reunión y todos los presentes deben aprobar la transformación en S.A.S.; por lo tanto, no basta con que haya unanimidad de únicamente los asociados presentes<sup>92</sup>, de lo contrario, tal operación se verá bloqueada y, con ello, el acceso a los beneficios que implica pertenecer a este modelo societario, en especial, para aquellos empresarios que constituyeron su sociedad con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1258 y de empresas conformadas por una gran pluralidad de socios. De este modo, la ley ha dado un tratamiento diferenciador a empresarios que tienen razones válidas para transformarse en S.A.S. pero que, ante la falta de unos

---

90 Decreto 817 de 2020.

91 MORO, E. F., “¿Es posible pactar la unanimidad para tomar resoluciones sociales en una SRL? Breves reflexiones sobre un tema tan problemático como importante”, *XI Congreso Argentino de Derecho Societario, XI Congreso Argentino de Derecho Societario*, 2010, 80.

92 Es el caso cuando un asociado no se haga presente, aunque se desconozca su paradero, sin que se haya adelantado el trámite de presunción de muerte por desaparecimiento; esté muerto y no se haya realizado el respectivo trámite de sucesión; no estando desaparecido, sea muy difícil entablar comunicación con él; se trate de una sucesión ilíquida que haya permanecido así por varios años; o no vote favorablemente la transformación, con o sin causa legítima.

pocos votos para alcanzar la unanimidad, no pueden adoptar una estructura que en la mayoría de los casos sería más eficiente y competitiva.

Desafortunadamente, respecto del veto del socio que por no asistir o no aprobar la transformación, aunque sea por un móvil irrazonable, no se permite que el resto de socios mayoritarios perfeccionen la transformación, toda vez que dicha circunstancia no se enmarca dentro de las causales de exclusión de socios para las sociedades del código de comercio ni como forma de ejercicio abusivo del derecho al voto por parte de minorías o paridades, puesto que el artículo 43 de la Ley 1258 solamente es aplicable para las sociedades que revisten la forma de S.A.S.

Del mismo modo, existen otras posiciones en contra del requisito de unanimidad contenido en el artículo 31 de la Ley 1258, para las cuales resulta un contrasentido manifestar que en esta ley existe un gran margen de libertad contractual pero a la vez se impide el acceso de las sociedades que fueron constituidas con anterioridad a su entrada en vigor. Esto es el equivalente a dar una gran libertad contractual en el territorio B, que no existe en el A, pero restringir notoriamente el tránsito de A hacia B. La norma en comento “puede conducir a una dictadura de las minorías que por cualquier tipo de consideración (incluso legítima) decidan oponerse irrestrictamente a la transformación de la S.A.S. en otra compañía o viceversa”<sup>93</sup>.

Al respecto, el caso de Gyptec S.A. es dicente: el 99.998 % de las acciones votaron favorablemente por la transformación en S.A.S., pero primó la voluntad, posiblemente irracional y motivada por rencillas familiares, de solo el 0.002 %, condenando a la sociedad a permanecer en una forma pesada, peligrosa y costosa; calificación bastante pertinente sobre los tipos societarios tradicionales, incluso antes de pensarse en la S.A.S. en Colombia<sup>94</sup>.

La regla de la unanimidad “impediría, en muchos casos, la adaptación del contrato y las relaciones societarias al entorno”<sup>95</sup>, lo que daría paso a un control decisorio en cabeza de los socios minoritarios, situación que se entendería como insostenible dentro de este tipo de organizaciones. Respecto a lo anterior se ha dicho:

Si para algunos (especialmente para el minoritario) el control decisorio de los mayoritarios es repelente, no solo repelente sino absurdo es el control en manos de las minorías. Si el veto del minoritario pesa más que el voto del mayoritario, trasladando las decisiones de voluntad del segundo a la del primero, se desquicia el principio rector de las sociedades comerciales que exalta la mayoría como fuente de

---

93 CUBEROS, F. A., “Sociedad por acciones simplificada, herramienta útil pero de cuidado”, cit.

94 SANÍN, I., “La limitada: R.I.P.”, en GAVIRIA, E. (ed.), *Nuevas orientaciones del derecho comercial*, Medellín, Diké, 1994, 16-45.

95 ALFARO, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, n.º 4, 2005, 4.

decisiones, y se afecta a fondo el legítimo derecho del socio mayoritario a conducir los asuntos de la compañía<sup>96</sup>.

Otros opositores de la norma consideran que la exigencia de la unanimidad no permite solucionar los conflictos de intereses entre los accionistas, lo que hace inviable a la sociedad:

La exigencia de unanimidad, según se ha visto, agravaría los problemas de agencia porque se exige el consentimiento de la totalidad de accionistas y, en presencia de problemas de agencia, un solo accionista que se oponga es suficiente para que este asunto no se incluya en los estatutos, lo que se comporta como una protección legislativa exagerada en algunos eventos<sup>97</sup>.

En consonancia con lo anterior, se ha expresado:

[E]ste requisito de la unanimidad para la adopción de ciertas decisiones, riñe, en nuestra opinión, con la flexibilidad por la que aboga, en principio, este tipo societario. A tal punto ello es así, que la unanimidad exigida no puede “burlarse” restringiendo los derechos políticos de algunas acciones, pues aún en el evento en que una acción no otorgue a su propietario derechos políticos, la unanimidad requerida para la transformación de la sociedad y aquella de que tratan en los arts. 13, 14, 39 y 40 de la Ley 1258 de 2008 se predica de todos los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas, incluyendo, de esta forma, las acciones que no tienen, para la adopción de las demás decisiones, derecho al voto [*sic*]<sup>98</sup>.

Conciliando las posturas que defienden y las que contrarían el requisito de unanimidad previsto para la transformación de una sociedad del código de comercio en S.A.S. se encuentra Mendoza, quien fue Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles en la Superintendencia de Sociedades y que estuvo al tanto del procedimiento legislativo que dio nacimiento a la Ley 1258 de 2008. Él manifestó, en torno al objeto de discusión, que, “[a]unque la regla de la unanimidad fue indispensable para que la S.A.S. se afanzara en el país, tal vez haya llegado el momento de modifi-

---

96 SANÍN, I., “La limitada: R.I.P.”, cit.

97 RESTREPO, D., “Aplicación de la teoría de los problemas de agencia societarios desarrollada en los Estados Unidos de América a la sociedad por acciones simplificada en Colombia”, 2018, disponible en: <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/4390/Aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20teor%C3%ADa%20de%20los%20problemas%20de%20agencia%20societarios%20desarrollada%20en%20los%20Estados%20Unidos%20de%20Am%C3%A9rica.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consultado el 16 de octubre de 2020], 34.

98 VELÁSQUEZ, C. A., “La sociedad por acciones simplificada”, cit., 29.

car esa regla (pero con extremo cuidado, es decir, con un mecanismo de salida para el minoritario que no quiera llegar a la S.A.S. en contra de su voluntad)”<sup>99</sup>.

Cabe señalar que durante el trámite legislativo del proyecto de ley que dio origen a la S.A.S., el artículo 31 tuvo variaciones: el proyecto de Ley 39, radicado en el Senado, estableció como requisito para la transformación de sociedades del libro segundo del código de comercio en S.A.S. o viceversa, desde el principio, la unanimidad del 100 % del capital. Posteriormente, en el pliego de modificaciones del debate que tuvo lugar en la Comisión Tercera del Senado, se propuso el cambio del requisito de unanimidad por el de mayoría calificada (tres cuartas partes de las acciones suscritas); dicha propuesta fue acogida por la plenaria del Senado. No obstante, en la ponencia para primer debate en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes se solicitó volver a la versión original del artículo, argumentando que tal disposición “permite en una sociedad cerrada, como la propuesta, proteger en debida forma los derechos de los socios minoritarios”<sup>100</sup>.

Con esta modificación también se añadió el párrafo del artículo 31 por el cual se extiende el requisito de unanimidad para aquellos casos de fusión, escisión o cualquier otro negocio jurídico que proponga el tránsito de una sociedad tradicional a una S.A.S. o viceversa. El propósito de incluir este párrafo, de acuerdo con lo expresado por Reyes, era evitar la burla al requisito, inicialmente contemplado para los casos de transformación, y con ello que se dé el tránsito a S.A.S. mediante otros mecanismos que puedan causar que alguno o algunos de los socios se sientan forzados a participar en esta forma societaria, aun sin dar su consentimiento expreso<sup>101</sup>. El texto del artículo y su párrafo fue aprobado en su integridad en el cuarto debate de la plenaria de la Cámara de Representante, el cual corresponde al enunciado normativo a la fecha vigente, norma que ha sido aplicada en escenarios judiciales e, infortunadamente, de manera equívoca<sup>102</sup>.

Además, manifestó Mendoza que no era posible medir el requisito de unanimidad, para el momento en el que se estudió el proyecto de ley sobre las S.A.S., puesto que se pretendía ingresar en el ordenamiento a la S.A.S. como nuevo tipo

99 MENDOZA, J. M., comunicación personal.

100 Congreso de la República, Gaceta del Congreso n.º 248 del 13 de mayo de 2008, 6.

101 Efectivamente, este párrafo es útil para casos claros de abuso, como cuando una sociedad no S.A.S. transfiera prácticamente todo su patrimonio en bloque, por ejemplo, el 99 %, a una sociedad beneficiaria que nace como S.A.S. En tal caso, la escisión es realmente una transformación disfrazada.

102 Lamentablemente, la doctrina de la Delegatura para la Inspección, Control y Vigilancia de la Superintendencia de Sociedades y la jurisprudencia de la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, en el caso de Gyptec S.A., han interpretado de manera extensiva el párrafo del artículo 31 de la Ley 1258, estableciendo que el requisito de unanimidad de todos los asociados se requiere para aprobar todos los procesos de fusión y de escisión, incluso cuando, en virtud de una escisión por creación, resulte como beneficiaria una S.A.S.; ello a pesar de que la literalidad de la norma no señala este requisito para las sociedades beneficiarias. Lo anterior tiene como consecuencia desafortunada el que los accionistas, si insisten en la escisión y si la escidente es S.A., deban duplicar la burocracia original de la escidente en la beneficiaria (junta directiva y revisoría fiscal) o mantener el alto riesgo de solidaridad, si la escidente es una Ltda., en comandita o colectiva.

societario, el cual se caracteriza por su flexibilidad, principalmente, respecto de la libertad contractual. Lo que podía implicar un abuso contra los socios minoritarios a través de la aplicación de las causales de exclusión. A su juicio, era lógico hablar de la unanimidad, porque aún no estaban diseñados los mecanismos judiciales para resolver los conflictos societarios; sin embargo, en la actualidad sí es viable prescindir del requisito de la unanimidad en virtud del papel que desempeña la Delegatura de Procesos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en su calidad de juez especializado para la gestión eficiente de los conflictos intrasocietarios; dicha delegatura tuvo su génesis en el código general del proceso<sup>103</sup> y en el Decreto 1023 de 2012<sup>[104]</sup>.

Así, concluye Mendoza, se podría pensar en una reforma al texto actual del artículo 31 de la Ley 1258, pasando del criterio de la unanimidad al de mayoría simple para aprobar las transformaciones societarias y, así también, los procesos de fusiones y de escisiones que den lugar al tránsito de una sociedad del código de comercio a una S.A.S. y viceversa. Para ello, debe considerarse que, con la autorización de tales reorganizaciones societarias que den origen a la creación de una nueva S.A.S., exista una causal de retiro como mecanismo de salida para los socios ausentes y disidentes, tal como se contempla en la Ley 222 de 1995, a partir del artículo 12, denominado derecho de retiro.

De igual forma, es importante aclarar que no se critica categóricamente toda disposición, legal o estatutaria, que exija la unanimidad para la toma de decisiones en una sociedad. Su aplicación ocasional, y cuando no opere el derecho de retiro, dependerá del asunto objeto de discusión por parte de los socios, en especial, cuando se incorporen reglas que hagan notoriamente más gravosa su situación dentro de la sociedad u obstaculicen el ejercicio de sus derechos. De ese modo, en el cuerpo de la Ley 1258 existen, de manera justificada, disposiciones que exigen la aprobación del 100 % de las acciones cuando se incluyan o modifiquen cláusulas estatutarias relativas a la restricción de negociación de acciones, autorización de transferencia de acciones, exclusión de accionistas y resolución de conflictos societarios. Es más, en la ley se pudieron haber considerado otros casos en los que se exigiera la unanimidad, verbigracia, para la emisión de acciones con voto múltiple. Tal unanimidad sí se justifica una vez sea aprobada la transformación en S.A.S. y se hayan retirado de la organización los socios inconformes con el tránsito de forma societaria, con el fin de que no se sientan atrapados en ella en contra de su voluntad.

---

103 Ley 1564 de 2012, del 12 de julio, Por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial n.º 48.489.

104 Decreto 1023 de 2012, del 18 de mayo, Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial n.º 48.434.

## **B. Modelos societarios en Colombia por tipo, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008**

Con el objeto de visualizar los efectos del requisito de unanimidad del artículo 31 de la Ley 1258 se analiza acto seguido el fenómeno de la transformación en las sociedades registradas ante la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia bajo la modalidad de S.A.S. en el primer año de vigencia de la Ley 1258 de 2008, de acuerdo con una muestra del 10 % de un total de 2 915 S.A.S. registradas en ese año. Al respecto, se concluyó que, si bien el surgimiento de este tipo de sociedades podría darse por creación, transformación o conversión, “no hubo una migración importante de los modelos anteriores [...] puesto que de la muestra analizada, el 95 % de las S.A.S. fueron creadas, mientras el 5 % se debió a transformación y el 0 % a la conversión”<sup>105</sup>.

Ahora bien, en la misma jurisdicción y a fecha de corte septiembre de 2019, los datos siguen arrojando que la transformación societaria no ha sido el mecanismo preferido por los empresarios para que su sociedad sea una S.A.S. y se haga beneficiaria de las ventajas de este tipo societario. En el año 2008 estaban inscritas 18 206 sociedades, de las cuales 10 453 (57.4 %) eran Ltda., 6 571 (36.09 %) eran S.A., 10 (0.05 %) eran colectivas, 760 (4.17 %) eran S. en C. y 412 (2.26 %) eran S.C.A.

Desde la entrada en vigor de la Ley 1258 se han transformado un total de 7 927 sociedades en S.A.S., es decir, el 43.54 % de las sociedades inscritas antes de su expedición, así: 4 261 (40.66 %), inicialmente Ltda.; 2 881 (43.8 %), S.A.; 6 (60 %), sociedades colectivas; 386 (50.78 %), S. en C., y 403 (97.8 %), S.C.A. Así, 10 279 sociedades (56.4 %) aún pertenecen a los modelos tradicionales. Sin embargo, no puede perderse de vista la cifra considerable de sociedades constituidas originariamente como S.A.S., que en poco más de diez años alcanzan la suma de 67 388 empresas<sup>106</sup>.

Estos análisis indican que, efectivamente, se puede hablar del auge de la S.A.S. como nuevo tipo societario al cual se tiene acceso mediante creación; empero, respecto de la transformación no se puede predicar lo mismo, puesto que el paso de sociedades bajo las formas del código de comercio a S.A.S. no se ha consolidado de la manera esperada por el legislador, y esto solo podría justificarse por las siguientes razones: (i) por desconocimiento de la posibilidad de transformarse en S.A.S.; (ii) porque no se tiene la necesidad de transformarse, por ser sociedades con pocos movimientos e incluso inactivas; (iii) porque la sociedad así lo prefiere a pesar de los costos y restricciones que ello implique; (iv) por simple inercia, es decir, por no tener el interés suficiente para transformarse en S.A.S.; (v) por omisión del trámite al dejarlo

105 ISAZA, E., y NIETO, N. C., “Perfil jurídico de las sociedades por acciones simplificadas constituidas en Medellín durante el primer año de la vigencia de la Ley 1258 de 2008”, *Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, n.º 34, 2012, 168.

106 Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, *Resumen de constituciones y transformaciones desde 1 de enero de 2008 a 30 de septiembre de 2019*, Medellín, 2019.

como un asunto pendiente, o (vi) porque el requisito de unanimidad exigido para los procesos de transformación se convierte en una barrera que obstaculiza migrar hacia ella y restringe la voluntad de quienes sí tendrían el ánimo de transformarse, pese a que los socios conozcan de las ventajas de las S.A.S. respecto de las otras formas de sociedades<sup>107</sup>.

Por otro lado, al comparar los datos proporcionados por la Confederación de Cámaras de Comercio sobre el número de sociedades por tipo, previo a la entrada en vigor de la Ley 1258 y a fecha de corte agosto de 2019<sup>[108]</sup>, se puede observar una importante disminución de sociedades constituidas en Colombia. En efecto, hace más de diez años estaban constituidas alrededor de 658 793 sociedades bajo los tipos societarios tradicionales, al paso que en la actualidad, aun contando a las S.A.S., existen cerca de 446 840 sociedades matriculadas. Esto representa que 211 953 sociedades (32.17 %) fueron disueltas, bien sea porque se fusionaron o se liquidaron voluntariamente.

Este dato, sin ser exacto, genera sospechas. Al respecto, de acuerdo con la forma en la que se constituye una S.A.S., es más sencillo liquidar la sociedad donde no se puede excluir al socio renuente —a costa de renunciar a la trayectoria de la sociedad o ceder la posición de socio (además del riesgo de una demanda por exclusión *de facto*)— y crear otra nueva bajo la forma de S.A.S., bien sea como único accionista o con otros socios que sí quieran pertenecer a ella, que continuar en una forma societaria costosa, pesada y restrictiva de la voluntad. Lógicamente, de constituir una nueva sociedad S.A.S., no se buscaría como socio a quien haya impedido el proceso de transformación. Vale aclarar que esta idea no puede transformarse en un ejercicio abusivo por parte de los socios mayoritarios, al constituir una nueva S.A.S. sin contar con el socio minoritario y enajenar a la S.A.S. los activos y pasivos, para luego disolver y liquidar la sociedad inicial; estos hechos podrían dar lugar a que el minoritario inicie, a lo mejor con razón, un proceso en contra de sus antiguos socios<sup>109</sup>.

En últimas, con independencia del móvil de un socio para oponerse a la transformación de la sociedad a la que pertenece en una S.A.S., es importante resaltar que su derecho a ejercer el voto debe hacerse en función de que prevalezca el interés de la sociedad por encima del interés de algún socio o tercero; con mayor razón cuando se trate del derecho de veto, porque este podría dar lugar a un actuar oportunista del socio minoritario, que para aprobar la propuesta planteada o salir de la sociedad, exija un elevado precio y ponga en jaque la funcionalidad y el crecimiento de la sociedad.

107 GAVIRIA, J. A., “Contra el requisito de unanimidad en algunas transformaciones societarias”, cit.

108 REYES, F., S.A.S. *Sociedad por Acciones Simplificada*, cit., 124; Confederación de Cámaras de Comercio, *Informe de número de sociedades por organización jurídica en Colombia*, cit.

109 GAVIRIA, J. A., “Contra el requisito de unanimidad en algunas transformaciones societarias”, cit.

## Conclusiones

Indiscutiblemente, el derecho societario tiene una esencia progresista, en virtud de la cual todas sus normas deben procurar ser mejoradas con el fin de adaptarse de manera eficiente a las circunstancias cambiantes del medio. Lo anterior implica que las normas que regulan la materia permitan prescindir de formalidades, trámites y cargas innecesarios, siempre que exista un marco que consienta abrir escenarios que permitan evitar conflictos entre los socios mayoritarios y minoritarios, y entre los socios con la administración de la sociedad. En particular, la S.A.S. ha sido considerada como norma hito dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por lo cual se ha perfilado como el tipo societario más eficiente en el país. Sin embargo, esta legislación ofrece una protección excesiva a los intereses de los socios minoritarios, al otorgarles la posibilidad de oponerse a transacciones que pueden ser beneficiosas para la sociedad, lo que acarrea un efecto adverso para los demás socios y para la compañía.

Este es el caso de la norma contenida en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 que exige la unanimidad para la transformación de cualquier sociedad regulada en el libro segundo del código de comercio en S.A.S. y viceversa, al igual que para los procesos de fusión y escisión donde se proponga el tránsito a este tipo societario. La disposición en comento es inconveniente por cuanto restringe la libertad de elección de la S.A.S. como nueva forma societaria para aquellas sociedades que fueron constituidas antes del 5 de diciembre de 2008, lo cual limita el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada de los socios que puede verse reflejado en los estatutos sociales, contrato que regula las relaciones intrasocietarias.

Una vez se reconoce el efecto adverso de la norma, efecto que se ha demostrado a lo largo de este artículo, se hace necesario acudir a los mecanismos legislativos para modificar o derogar el contenido del actual artículo 31, siempre que la norma societaria mantenga una protección prudente de los intereses de los socios minoritarios y evite un ejercicio abusivo y oportunista de sus derechos. Esto es, de acuerdo con los postulados y principios orientadores del derecho societario, el justo medio que permite que la sociedad pueda acceder a las ventajas de una S.A.S.; se trata de una norma que establece que la mayoría de las acciones sea la que adopte la decisión de transformarse en una S.A.S., como bien se ha dispuesto en la norma sobre los *quorums* y mayorías del artículo 68 de la Ley 222 de 1995. Dicha normativa deberá estar acompañada por otra que adicione al artículo 12 de la Ley 222 de 1995 una causal de retiro de la sociedad cuando se aprueben los procesos de transformación, fusión y escisión por los cuales se haga tránsito a una S.A.S., sin que sea necesario probar, en tal caso, que hay un mayor grado de responsabilidad. En caso de optar por derogar el artículo 31, se haría exigible lo dispuesto para el asunto en las S.A., en virtud de la remisión que trae el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008.

De hecho, el criterio de la mayoría para estas reformas estatutarias no es ajeno a la S.A.S.; si bien es cierto este tipo societario tiene su origen en la legislación fran-

cesa, y allí se estipula para la transformación el requisito de la unanimidad, en otras legislaciones, como la mexicana<sup>110</sup>, respecto al mismo tipo societario se estipula que la decisión debe ser tomada por la mayoría de los asistentes a la reunión de socios. Incluso, el legislador colombiano llegó a considerar, para la aprobación de esta clase de operaciones, una mayoría calificada. Bien sea mayoría simple o calificada (por ejemplo, el 75 % de las acciones suscritas) la que se adopte como nuevo criterio para la aprobación de la transformación la toma de decisiones por las que se dé un tránsito de una sociedad tradicional a una S.A.S. debería acogerse a la libertad de elección del tipo societario, la libertad de continuar perteneciendo a la sociedad y la libertad para adoptar un nuevo contenido de los estatutos sociales –del cual depende la eficiencia y progreso de la empresa–, mediante la estipulación de la causal de retiro.

De igual manera, se considera que la exigencia de la unanimidad para aprobar los procesos de transformación, fusión y escisión, mediante los cuales se haga tránsito a una S.A.S., es una norma innecesaria una vez se reconoce la importante gestión que, desde el año 2012, ha desempeñado la Delegatura para Asuntos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades como juez de los conflictos societarios y como protector de los socios minoritarios ante posibles abusos de los mayoritarios; y al existir, paralelamente, el artículo 41 de la Ley 1258 de 2008, que también contempla como obligatoria la aprobación de todos los accionistas cuando se incluyan o modifiquen cláusulas relativas a la restricción de la negociación de acciones, la autorización de los socios, la transferencia de acciones, causales de exclusión de accionistas y reglas para resolución de conflictos societarios.

## Referencias

### Doctrina

ALFARO, J., “La prohibición de la unanimidad en la adopción de acuerdos sociales”, *Almacén de Derecho*, 2016, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-aparente-prohibicion-la-exigencia-unanimidad-la-adopcion-acuerdos-sociales/> [consultado el 16 de octubre de 2020].

ALFARO, J., “Los problemas contractuales en las sociedades cerradas”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, n.º 4, 2005, 1-22.

ARRUBLA, J. A., *Contratos mercantiles*, t. 1, 8.ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1997.

---

110 LEÓN, S. H., “La regulación imperativa de la sociedad por acciones simplificada (SAS) en México, en contraste con la tendencia desregulatoria y con la SAS colombiana y francesa”, *Misión Jurídica*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 10, n.º 12, 2017.

- Bolsa de Valores de Colombia, “Listado de emisores”, Bolsa de Valores de Colombia, 2019, disponible en: <https://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Empresas/Listado+de+Emisores> [consultado el 16 de octubre de 2020].
- CÓRDOBA, P. A., “La autonomía privada, el gobierno societario y el derecho de sociedades”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 6, 2000, 155-182.
- CUBEROS, F. A., “Sociedad por acciones simplificada, herramienta útil pero de cuidado”, *Portafolio*, 2009, disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/sociedad-acciones-simplificada-herramienta-util-cuidado-287110> [consultado el 16 de octubre de 2020].
- ESPINOSA, L., “El proceso de flexibilización del régimen societario colombiano: una visión desde la evolución de las figuras empresariales”, *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, Universidad Sergio Arboleda, n.º 1, 2011, 245-284.
- GAVIRIA, J. A., “Contra el requisito de unanimidad en algunas transformaciones societarias”, *Blog Societario*, 2019, disponible en: <https://www.blogsocietario.com/post/contra-el-requisito-de-unanimidad-en-algunas-transformaciones-societarias> [consultado el 16 de octubre de 2020].
- GAVIRIA, J. A., “Equidad tributaria y reorganizaciones empresariales”, *Revista de Derecho Fiscal*, Universidad Externado de Colombia, n.º 1, 2009, 163-180.
- GIL, J. H., “Abuso decisorio en el régimen de las S.A.S.”, en REYES, F. (coord.), *Estudio sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- HIERRO, L., “Justicia, igualdad y eficiencia”, *Isonomía*, n.º 9, 1998, 129-171.
- HINESTROSA, F., “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, 2014, 5-39.
- ISAZA, E., y NIETO, N. C., “Perfil jurídico de las sociedades por acciones simplificadas constituidas en Medellín durante el primer año de la vigencia de la Ley 1258 de 2008”, *Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, n.º 34, 2012, 163-218.
- KITZBERGER, P., “Eficiencia, justicia y política en el sentido de Pareto”, 1999, disponible en: <https://revista.saap.org.ar/contenido/boletin-1999-otono/ot-phillipdefi.pdf> [consultado el 16 de octubre de 2020].

- LEÓN, S. H., “La regulación imperativa de la sociedad por acciones simplificada (SAS) en México, en contraste con la tendencia desregulatoria y con la SAS colombiana y francesa”, *Misión Jurídica*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, 10, n.º 12, 2017.
- MARTÍNEZ, N. H., *Cátedra de derecho contractual societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- MORALES, A., “Transformación de sociedades. Perspectiva bajo el marco de la nueva Ley General de Sociedades”, *Themis. Revista de Derecho*, n.º 37, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, 51-57.
- MORGUESTEIN, W. I., “Sobre la teoría del abuso del derecho y en especial del abuso de las mayorías en el derecho societario colombiano”, *Opinión Jurídica*, 16, n.º 31, 2017, 197-214.
- MORO, E. F., “¿Es posible pactar la unanimidad para tomar resoluciones sociales en una SRL? Breves reflexiones sobre un tema tan problemático como importante”, *XI Congreso Argentino de Derecho Societario*, 2010, 77-83.
- NARVÁEZ, J. I., *Teoría general de las sociedades*, 9.ª ed., Bogotá, Legis, 2002.
- NIETO, N., “La sociedad por acciones simplificadas en el contexto de los derechos de los accionistas”, en LONDOÑO, B. y GÓMEZ, D. (eds.), *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: balances desde la red sociojurídica*, t. II, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Universidad de La Sabana, 2010, 252-271.
- PEÑA, L., *De las sociedades comerciales*, 8.ª ed., Bogotá, Ecoe, 2017.
- PEÑA, M. V., “Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, n.º 54, 2015, 1-49.
- PINZÓN, J. G., *Derecho comercial. Sociedades (Teoría general)*, Bogotá, Temis, 1960.
- RESTREPO, D., “Aplicación de la teoría de los problemas de agencia societarios desarrollada en los Estados Unidos de América a la sociedad por acciones simplificada en Colombia”, 2018, disponible en: <https://repository.upb.edu/bitstream/handle/20.500.11912/4390/Aplicaci%C3%B3n%20de%20la%20teor%C3%ADa%20de%20los%20problemas%20de%20agencia%20societarios%20desarrollada%20en%20los%20Estados%20Unidos%20de%20A->

m%C3%A9rica.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consultado el 16 de octubre de 2020].

REYES, F., S.A.S. *Sociedad por acciones simplificada*, 4.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Legis, 2018.

SANÍN, I., “La limitada: R.I.P.”, en GAVIRIA, E. (ed.), *Nuevas orientaciones del derecho comercial*, Medellín, Diké, 1994, 16-45.

Superintendencia de Sociedades, *Jurisprudencia societaria*, Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2014.

VÁSQUEZ, M. F., “Hacia la reconstrucción del concepto de sociedad en el derecho chileno. Revisión desde una perspectiva comparada”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo Laneri, n.º 22, 2014, 107-160.

VELÁSQUEZ, C. A., “La sociedad por acciones simplificada”, *Velásquez Restrepo Abogados*, 2017, disponible en: <http://www.carlosavelasquez.com/wp-content/uploads/2018/04/sociedad-por-acciones-simplificada.pdf> [consultado el 16 de octubre de 2020].

VELÁSQUEZ, C. A., *Orden societario*, 4.<sup>a</sup> ed., Medellín, Señal Editora, 2014.

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional, Sentencia C-014 del 20 de enero de 2010, M.P.: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia C-993 del 29 de noviembre de 2006, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia 5386 del 26 de noviembre de 1992, M.P.: Hugo Suescún Pujols.

Superintendencia de Sociedades

Resolución 330-002979 del 28 de noviembre de 2006.

Sentencia 800-50 del 15 de mayo de 2015, Alienergy S.A. vs. Álvaro José Márquez y Gestión Orgánica Geo S.A.S. ESP.

Sentencia 800-54 del 15 de mayo de 2015, Jovalco S.A.S. vs. Construcciones Orbi S.A.

Sentencia 801-011 del 20 de febrero de 2013, Carlos Hakim Daccach vs. Gyptec S.A.

### **Normatividad**

Constitución Política de Colombia de 1991.

Decreto 1023 de 2012, del 18 de mayo, Diario Oficial n.º 48.434, Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones.

Decreto 1970 de 1979, del 14 de agosto, Diario Oficial n.º 35.350, Por el cual se modifica el régimen jurídico de las personas que se dedican a las actividades de intermediación financiera.

Decreto 2663 de 1950, del 5 de agosto, Diario Oficial n.º 27.407, código sustantivo del trabajo.

Decreto 356 de 1994, del 11 de febrero, Diario Oficial n.º 41.220, Por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada.

Decreto 491 de 1971, del 27 de marzo, Diario Oficial n.º 33.339, Por el cual se expide el código de comercio.

Decreto 624 de 1989, del 5 de agosto, Diario Oficial n.º 38.756, Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Decreto 637 de 2020, del 6 de mayo, Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional.

Decreto 817 de 2020, del 4 de junio, Por el cual se establecen las condiciones especiales para la emisión de valores en el segundo mercado por parte de empresas afectadas en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020.

Ley 1 de 1991, del 10 de enero, Diario Oficial n.º 39.626, Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones.

Ley 1258 de 2008, del 5 de diciembre, Diario Oficial n.º 47.194, Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

Ley 1450 de 2011, del 16 de junio, Diario Oficial n.º 48.102, Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

Ley 1450 de 2011, del 16 de junio, Diario Oficial n.º 48.488, Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional.

Ley 1564 de 2012, del 12 de julio, Diario Oficial n.º 48.489, Por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones.

Ley 222 de 1995, del 20 de diciembre, Diario Oficial n.º 42.156, Por la cual se modifica el libro II del código de comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

Ley 446 de 1998, del 7 de julio, Diario Oficial n.º 43.335, Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del código de procedimiento civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del código contencioso administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

### **Oficios de la Superintendencia de Sociedades**

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-00036 del 4 de noviembre de 2011.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-000680 del 12 de enero de 2010.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-017200 del 16 de marzo de 2010.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-017723 del 23 de abril de 2004.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-038130 del 6 de febrero de 2009.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-049533 del 11 de marzo de 2009.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-059279 del 2 de abril de 2009.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-099861 del 20 de julio de 2009.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-125001 del 29 de junio de 2017.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-178517 del 9 de diciembre de 2009.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-249498 del 20 de diciembre de 2016.

### **Otras herramientas de consulta**

Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, *Resumen de constituciones y transformaciones desde 1 de enero de 2008 a 30 de septiembre de 2019*, Medellín, 2019.

Confederación de Cámaras de Comercio, *Informe de número de sociedades por organización jurídica en Colombia. Respuesta a derecho de petición*, Bogotá, 2019.

Congreso de la República, Gaceta del Congreso n.º 248 del 13 de mayo de 2008.

Superintendencia de Sociedades, “Proyecto de reforma al régimen societario”, Superintendencia de Sociedades, 2015, disponible en: <https://www.supersociedades.gov.co/Historial%20de%20Noticias/2015/Septiembre/Libro%20proyecto%20de%20reforma.pdf> [consultado el 16 de octubre de 2020].

Superintendencia Financiera de Colombia, “Lista general de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia”, Superintendencia Financiera de Colombia, 2019, disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/Publicaciones/publicaciones/loadContenidoPublicacion/id/61694/reAncha/1/c/00> [consultado el 16 de octubre de 2020].