

ALDEMAR ALEGRÍA OVIEDO

LA S.A.S
¿Transplante
o felonía?



LA SAS
¿TRANSPLANTE O
FELONÍA?

I.S.B.N: 978-958-56972-3-2

I.S.B.N. Digital: 978-958-56632-1-3

© Aldemar Alegría Oviedo 2019

aldemaralegría@hotmail.com

© Universidad Santiago de Cali 2019

editor@usc.edu.co

© Librería Jurídica Diké S.A.S 2019

www.libreriajuridicadike.com

Diké: Justicia en griego

Librería Jurídica Diké S.A.S.

Sector Unicentro calle 35 No 66 A 44

Telefax: P.B.X. 351 61 61 - Cel.: 318 291 2943

e-mail: dikesascomercial@gmail.com

Edificio José Félix de Restrepo 1^{er} piso - Alpujarra

Carrera 52 # 42-73 - Teléfono: 262 61 08 - Cel.:301 242 7320

e-mail: dikealpujarra@gmail.com

Medellín - Colombia

Bogotá D.C. Librería

Calle 23 sur # 27- 41 Barrio Santander Teléfono: 704 6822

Cel.: 301 242 7399 - e-mail: dikesasgerencia@gmail.com

San José de Costa Rica

Teléfono: 83 02 10 54 - Telefax: 22 14 25 23

e-mail: jadguzman@yahoo.com

editorialdike@hotmail.com

Caracas-Venezuela

AVs. Urdaneta, esq. Ibarra, edf. Pasaje la Seguridad, P.B. Local 19, Caracas 1010

/ info@paredes.com.ve / Tels.: 58 (212) 564-15-05 / 563-55-90/06-04

RIF: J-30797099-5

Panamá

Calle Parita, Bulevar Ancón, Casa 503, Corregimiento de Ancón, Ciudad

de Panamá. Tel.: 50767814196 / borisbarrios@lawyer.com

Diseño y diagramación

Lucio F. Chunga Cheng

e-mail: cmya.disenoydiagramacion@gmail.com

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ALDEMAR ALEGRÍA OVIEDO

LA SAS
¿TRANSPLANTE O
FELONÍA?



Alegría Oviedo, Aldemar, 1949-

La SAS ¿transplante o felonía? / Aldemar Alegría Oviedo. –
Medellín : Librería Jurídica Dike ; Cali : Universidad Santiago de Cali,
2019.

186 p.

Contiene bibliografía.

ISBN 978-958-56972-3-2 -- 978-958-56632-1-3 (digital)

1. Sociedades por acciones simplificadas – Legislación - Colombia
I. Título

CDD: 346.8610668 ed. 23 CO-BoBN- a1037045

Librería Jurídica Diké S.A.S.

Eduardo Quiceno Álvarez
Presidente Honorario del Comité Editorial

Sebastián Quintero Ocampo
Director Editorial

**CUERPO DIRECTIVO DE LA
UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI**

CARLOS ANDRÉS PÉREZ GALINDO

Rector

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO

Directora General de Investigaciones

DIEGO LEÓN GÓMEZ MARTÍNEZ

Decano Facultad de Derecho

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ

Editor en jefe

COMITÉ EDITORIAL

JORGE ANTONIO SILVA LEAL

ROSA DEL PILAR COGUA ROMERO

MÓNICA CHÁVEZ VIVAS

EDWARD JAVIER ORDÓÑEZ

LUISA MARÍA NIETO RAMÍREZ

SERGIO MOLINA HINCAPIÉ

SAÚL RICK FERNÁNDEZ HURTADO

SERGIO ANTONIO MORA MORENO

FRANCISCO DAVID MOYA CHÁVES

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO I

1. Recuento histórico de las sociedades.....	19
2. Las acciones de sociedad	31
3. La sociedad por acciones simplificada en el ámbito internacional... 41	
3.1. <i>Recuento histórico</i>	41
4. La S.A.S en Colombia.....	43
4.1. <i>Precedente legislativo</i>	50
5. La Ley 1258 de 2018	51
5.1. <i>Las acciones de pago</i>	54

CAPÍTULO II

1. Artículo 1º de la constitución nacional	77
2. Artículo 25 de la constitución nacional.....	78
3. Artículo 53 de la constitución nacional.....	82
3.1. <i>Análisis jurídico</i>	82
4. Violación al principio fundamental de los trabajadores	88

CAPÍTULO III

1. Consideraciones de la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores	97
1.1. <i>Síntesis</i>	97
2. Presupuestos de la demanda de inconstitucionalidad	101
Conclusiones sobre las hipótesis.....	107
Conclusiones generales	113
Bibliografía	165
Cibergrafía.....	169
Anexos al estudio de la Comisión de la Unión Europea.....	171

PRESENTACIÓN

Desde diciembre del año 2018 en el ámbito jurídico colombiano, se ha escrito mucho sobre la sociedad SAS, producto de la Ley 1258 de ese año, sobre todo de parte del redactor de la norma quien la considera la panacea a todos los problemas sociales y empresariales; lo que ha venido sosteniendo desde años atrás.

Primero se analizó y consideró un trasplante jurídico traído desde la ley francesa del 3 de enero de 1994 y de sus reformas del 1999, 2001 y 2008, pero una vez analizado el prementado trasplante, no hay tal, aunque se trata de una novedad en nuestra legislación. No obstante, los trasplantes jurídicos deben apegarse a ciertos criterios legales de orden internacional como es el que se debe tratar de legislaciones pares, es decir de países similares en cuanto a cultura, economía, filosofía e incluso, por qué no, de lenguaje, entre otros.

Comparto el decir de Giuseppe de Vergottini y Alejandro Somma, entre otros, (*citados por Juan Pablo Galeano Rey 2009*) cuando afirman que para aplicarse un trasplante jurídico se debe realizar una comparación de las legislaciones escogidas y que dicha comparación debe tener un método; la de los autores citados se desarrolla en cinco pasos:

1. *Identificación del tertium comparationis o problema común.*
2. *Descripción sobre las instituciones jurídicas vinculadas con la comparación tanto en los sitios de producción como en los sitios de recepción (formantes normativos, jurisprudenciales y doctrinales).*
3. *Identificación de los contextos sociales, económicos, políticos y culturales de los formantes antedichos.*

4. *Realizar el ejercicio de semejanzas y diferencias.*
5. *Identificar y explicar conclusiones como resultado de la comparación consistente en tipos de trasplantes jurídicos.*

De lo anterior y una vez analizada la Ley 1258 del 2008, que ha sido considerada un “trasplante jurídico” por su autor y parte de la doctrina colombiana, se podría concluir que esta norma no es un trasplante sino una aplicación legal acomodada a los intereses del poder político del momento, puesto que se aplica todo lo contrario del contenido jurídico de la norma tomada como directriz, la ley francesa del 3 de enero de 1994 y sus reformas.

En este escrito, además, se sienta el precedente de que la intención subsumida en el argumento de que con esta ley Colombia entraría en la legislación societaria de la postmodernidad por crear la sociedad “ideal” que facilitaría la labor de todos los empresarios del país (por estar fundamentada en la voluntad de los constituyentes), es la de acabar de una vez por todas con las sociedades tradicionales (que se rigen por la ley) que han dado firmeza a la economía nacional, para lo cual utilizan estrategias inductivas como: la simplicidad de su constitución, lo extensa de su cobertura y sobre todo por la poca responsabilidad (!) que asume el o los socios accionistas de la SAS, objetivo que no han logrado, así se puede apreciar en el hecho de que las grandes sociedades anónimas aún son la base de la economía nacional, amén de las otras sociedades históricas que no se han transformado en la sociedad en comento afortunadamente, pues hay absoluta seguridad jurídica en sus objetos sociales y su seriedad negocial es proverbial.

Pero, no todo es negativo en esta ley ya que contiene elementos positivos que coadyuvan a evitar, por ejemplo, la disolución anticipada de las sociedades que por variadas situaciones llegaren a pertenecer a un solo socio, como lo prevé el artículo 218, ord. 3° de nuestro Código de Comercio, entre otras.

El Autor.

INTRODUCCIÓN

Ante la novedad que representa la Ley 1258 del 2008 con sus nuevas aristas legales que la distinguen de las sociedades comerciales tradicionales, ley en la que encontramos profundas diferencias como son: el cambio en lo referente a los elementos esenciales contemplados en el artículo 98 del Código de comercio (artículo 5, inc. 1), reducción de la responsabilidad de sus asociados (artículo 1º, inc. 2), cambio en la modalidad de pago de los aportes a los que se comprometen sus asociados (artículo 9º, inc. 1º), nuevas modalidades de acciones - las de pago entre otras - (artículo 10, Par.) cambio en el contenido de su objeto social (artículo 5º, núm. 5º), en el tiempo de duración (artículo 5º, núm. 4º), para solo mencionar algunas cuantas de ellas.

La promulgación de esta ley en sus diez años de vigencia, parece haber colmado las expectativas de los inversionistas societarios; pequeños, medianos y grandes empresarios, comerciantes - empresarios y personas, que sin ser comerciantes invierten en esta clase de sociedades. No obstante, pervive en el ambiente laboral los efectos legales que llegare a producir el pago de las obligaciones laborales con acciones de pago (artículo 10, Par.).

Es este último tema el que nos ocupa en esta investigación, pues la posición del contratante débil, el trabajador frente al empleador nos preocupa, y la actitud de juristas protectores de los empleadores nos lleva a considerar la posibilidad de que con esta norma se viola el derecho fundamental al trabajo y el principio mínimo fundamental de los trabajadores a la remuneración mínima vital y móvil, en razón a que la ley en comento prevé la posibilidad del pago de las

obligaciones laborales en especie con acciones de pago, caso en cual “...se deberán cumplir los estrictos y precisos límites previstos en el Código Sustantivo del Trabajo...” (artículo 10. Par.).

De cara al desarrollo de esta investigación, el trabajo plantea de manera clara el problema, sus objetivos, tanto generales como los específicos y formula el problema a investigar así:

Verificar si con la sanción y posterior aplicación de la Ley 1258 de 2008 se viola el derecho fundamental al trabajo previsto en el artículo 25 de la Constitución Política o alguno de los principios mínimos fundamentales de los trabajadores en Colombia, contemplados en el artículo 53 *ibidem*.

Para los efectos anteriores y mejor comprensión, este trabajo se presenta en tres capítulos y un acápite de conclusiones y recomendaciones que se plantean así:

Un primer capítulo, que permite revisar y analizar los antecedentes de ésta figura de las acciones de pago en Europa, en Latinoamérica y en Colombia, a fin de elucidar si la figura jurídico – contable acciones de pago es viable en nuestro territorio sin perjuicio para los trabajadores, caso para el cual se trabaja en lo pertinente a la historia de las sociedades, en la que se estudia la figura primigenia de las acciones de sociedad, las sociedades por acciones, la empresa unipersonal, para desembocar en la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), figura a la cual se le permite la creación de esta y otras clases de acciones.

Un segundo capítulo, en el cual se realizó el análisis legal del artículo 25 y del 53 de la Constitución Nacional en lo que respecta al derecho fundamental al trabajo y a los Principios Mínimos Fundamentales de los trabajadores en Colombia, especialmente el principio “de remuneración mínima vital y móvil”, pues la utilización de acciones de pago en esta sociedad, como medio de pago en especie

en el ámbito nacional, puede llegar a afectar los intereses de nuestros trabajadores; a diferencia de las sociedades por acciones que se estilan en otros lados del hemisferio como sucede en Europa, Norteamérica, Centroamérica, Oceanía y otros países de Sudamérica.

Un tercer capítulo que ante la amenaza que representa para los trabajadores de estas empresas (SAS), el pago en especie (en acciones de pago) que permite el parágrafo del artículo 10 de la prementada ley, en clara violación de los preceptos constitucionales contemplados en el artículo 25 y 57 de nuestra Constitución Política se precisó analizar la posibilidad de interponer Acción de Inconstitucionalidad contra el Parágrafo del artículo 10 de la Ley 1258 de 2008.

Finalmente, un acápite en el cual se plasman las conclusiones a que se llega frente a la investigación y en el cual se introdujo las recomendaciones pertinentes, acorde con nuestro punto de vista jurídico y la presentación de la Sentencia C-090 de 2014 de la que haremos algunos llamados con respecto a la tendencia constitucional (art. 333), legal (art. 140 del C. de C.) y de interpretación de parte de la Corte Constitucional (Sentencia C-090 de 2014), de confundir la figura jurídica **sociedad** (empresario) con la figura de la **empresa** como sujeto de impugnación jurídica, cuando jurídicamente, la una es resultado de la otra (artículo 110 ord, 4° del C. de C.).

Con la anterior premisa es preciso resolver el siguiente cuestionamiento jurídico:

¿Con la sanción y posterior aplicación de la Ley 1258 de 2008 se viola el derecho fundamental al trabajo previsto en el artículo 25 de la Constitución Política o alguno de los principios mínimos fundamentales de los trabajadores en Colombia, contemplados en el artículo 53 ibídem?

Hipótesis 1. Así las cosas y con el objetivo de elucidar el anterior cuestionamiento es de vital importancia para resolverlo analizar si con la aplicación de la Ley 1258 de 2008 se viola los artículos 25 y 53 de la Constitución Política Colombiana y para tales efectos se debe realizar un análisis de los antecedentes de las acciones de pago en Europa, en Latinoamérica y, particularmente en Colombia, a fin de elucidar si la figura jurídica – contable acciones de pago es viable en nuestro territorio sin perjuicios para los trabajadores.

Hipótesis 2. Trabajar con la figura primigenia de las acciones de sociedad, las sociedades por acciones, la empresa unipersonal, para desembocar en la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS), figura a la cual se le permite la creación de esta y otra clase de acciones.

Hipótesis 3. Analizar a la luz de la jurisprudencia nacional si el parágrafo del artículo 10 de la Ley 1258 de 2008 es inconstitucional, ya que permite el riesgo de violación de derechos y principios fundamentales contemplados en nuestra Constitución Política.

A fin de lograr llegar a la conclusión final se realizó investigación cualitativa, jurídico-descriptiva, pues se trata de un problema trabajado en el ámbito de las ciencias sociales, donde se analiza la información jurídica pertinente para plantear alternativas o solución al problema formulado, el daño que pudiere causar a los trabajadores de las SAS, la Ley 1258 de 2008 con su artículo 10, Parágrafo.

El método no experimental, desde el paradigma histórico hermenéutico, partiendo del derecho positivo, en su normas vigentes, pasando por el IUS naturalismo, de conformidad con los principios generales del derecho, para desembocar en el realismo jurídico que representa la jurisprudencia en el medio, la que permite establecer cómo ha sido la aplicación de la normatividad existente y de la principialística, en la resolución de los posibles futuros problemas que se llegaren a presentar entre las SAS y sus trabajadores en razón

al tema del pago en especie con acciones de pago, para lo cual se abre el análisis hipotético de la factibilidad de la ocurrencia de los efectos planteados:

Primero.- En Colombia ha existido la línea jurídica societaria de considerar que las acciones nacen de la sociedad anónima, sin embargo con el surgimiento de la SAS, hacen su aparición otras clases de acciones, entre ellas las denominadas “Acciones de Pago” que generan la inquietud, de que éstas representen la posibilidad de causar daño a los trabajadores de estas sociedades, pues no son adquiridas libremente sino por imposición patronal, pues no existe ningún mandato que indique que a los trabajadores se les oferte la opción de adquirir dichas acciones.

Segundo.- Existe la posibilidad de que la Ley 1258 de 2008, en el párrafo del artículo 10, ponga en riesgo derechos y principios fundamentales de los trabajadores, normas superiores a la prementada ley.

Tercero.- El estudio de la jurisprudencia nacional, permite considerar que la norma Ley 1258 del 2008, en su artículo 10, más precisamente en su párrafo, es inconstitucional por permitir el riesgo de violación de derechos y principios fundamentales, contemplados en nuestra Constitución Política Colombiana.