

**Oponibilidad del acuerdo societario de una sociedad regulada por el Código de Comercio a través de un mensaje de datos.**

**Natalia Rocío Ortegón Cortázar**

**Trabajo de grado  
para optar por el título de Abogada**

**Asesor**

**Ricardo Durán Vinazco  
Doctor en Derecho**

**Universidad Santo Tomás  
Facultad de Derecho  
Bogotá D.C  
2020**

CONTENIDO

|                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <u>INTRODUCCIÓN</u>                                                                    | 3  |
| <u>JUSTIFICACIÓN</u>                                                                   | 4  |
| <u>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</u>                                                      | 5  |
| <u>Descripción del problema</u>                                                        | 5  |
| <u>Formulación de la pregunta de investigación</u>                                     | 7  |
| <u>OBJETIVOS</u>                                                                       | 7  |
| <u>Objetivo General</u>                                                                | 7  |
| <u>Objetivos Específicos:</u>                                                          | 7  |
| <u>HIPOTESIS</u>                                                                       | 8  |
| <u>SUPUESTOS</u>                                                                       | 8  |
| <u>DISEÑO METODOLÓGICO</u>                                                             | 14 |
| <u>ESTADO DEL ARTE</u>                                                                 | 15 |
| <u>Contrato de sociedad desde la Teoría del Negocio jurídico</u>                       | 15 |
| <u>OPONIBILIDAD</u>                                                                    | 22 |
| <u>PROYECTOS DE LEY</u>                                                                | 30 |
| <u>PERSONIFICACIÓN JURÍDICA.</u>                                                       | 32 |
| <u>MENSAJE DE DATOS</u>                                                                | 36 |
| <u>Derecho Comparado: Análisis micro comparativo de la constitución de sociedades.</u> | 40 |
| <u>MARCO TEÓRICO</u>                                                                   | 54 |
| <u>CONCLUSIONES</u>                                                                    | 62 |
| <u>REFERENCIAS</u>                                                                     | 64 |

**OPONIBILIDAD DEL ACUERDO SOCIETARIO DE UNA SOCIEDAD REGULADA  
POR EL CÓDIGO DE COMERCIO A TRAVÉS DE UN MENSAJE DE DATOS.**

**By: Natalia Rocío Ortegón Cortázar**

**INTRODUCCIÓN**

Este trabajo aborda el tema de la oponibilidad del acuerdo social de una sociedad regulada por el Código de Comercio (C.CO) (salvo algunos tipos societarios como la SAS y las que nacen bajo el amparo de la Ley 1014 de 2006)<sup>1</sup>, dado que dicho estatuto exige cumplir con el procedimiento de elevar el acuerdo social o constitutivo a escritura pública, además, de registrar el mismo en la Cámara de Comercio del domicilio social de la persona jurídica, para que así se presente la oponibilidad del acuerdo societario ante terceros. No obstante, el acuerdo social puede darse por conducto de un mensaje de datos en razón al carácter consensual del contrato de sociedad, pero este no sería oponible a terceros. (Código de Comercio, 1971)

La inobservancia de elevar el acuerdo social a escritura pública supone que dicha sociedad sea de hecho, mientras que el no registro de la misma supone que la sociedad sea de derecho, pero irregular lo que conlleva a la inoponibilidad. Sin embargo, el incumplimiento de estos requisitos no quiere decir que la sociedad no exista, pues el contrato de sociedad es oponible entre los socios o accionistas, pero frente a terceros su responsabilidad será solidaria e ilimitada.

De igual manera se estudiará la importancia del uso de un mensaje de datos para la oponibilidad del acuerdo societario que se celebre, pues en la actualidad es imperante potencializar el uso de la tecnología, lo cual requiere de un proceso de flexibilización del

---

<sup>1</sup> Debe entenderse por sociedades únicamente las que se encuentran reguladas por el Código de Comercio, salvo que expresamente se haga referencia a otros tipos societarios regulados por otras normas jurídicas.

ordenamiento jurídico en aras de permitir que mediante el registro de un mensaje de datos el acuerdo social sea oponible a terceros y por tanto se surtan plenos efectos jurídicos.

En el primer capítulo del presente trabajo se analizará a la luz de la teoría del negocio jurídico la oponibilidad de un acuerdo societario de una sociedad regulada por el Código de Comercio (C.CO, 1971), dilucidando el problema que se presenta respecto de la inoponibilidad del acuerdo social que conste en un mensaje de datos, para lo cual se indagará sobre los intentos que se han dado en esta materia en el país, poniendo de presente la necesidad de flexibilización en el Derecho Societario.

En el segundo capítulo, con base en el Derecho Comparado se hará un análisis micro comparativo<sup>2</sup> en donde se reflexionará sobre la implementación de mensajes de datos y la validez de los mismos en diferentes jurisdicciones para determinar la viabilidad sobre el trasplante de ciertas normas propias de países desarrollados al ordenamiento jurídico colombiano, para finalmente exponer las conclusiones de este trabajo.

### **JUSTIFICACIÓN**

En la actualidad se ha incrementado el uso de los mensajes de datos para realizar diversas actividades, tales como acceder a toda clase de información, efectuar reuniones desde diferentes partes del mundo, obtener educación virtual, suscribir contratos, utilizar instrumentos como el blockchain y los smart contracts, obtener productos a través del Comercio Electrónico, realizar transacciones, entre otros.

---

<sup>2</sup> Como afirma Ulloa (2014). En el Derecho Comparado de acuerdo a lo que es objeto de comparación, la investigación puede hacerse mediante un análisis micro comparativo, el cual consiste en que el investigador analice un objeto en concreto para ser comparado o, macro comparativo, caso en la cual el investigador persigue un objeto jurídico cultural comparando un ordenamiento jurídico o sistema jurídico en su totalidad.

Uno de los factores que permiten pronosticar el crecimiento del Comercio Electrónico tiene que ver con el aumento en la conectividad y aumento de internautas, la transformación de las transacciones digitales con nuevas formas de pago y de dinero digital. (Durán, 2018)

Día a día el mundo avanza y con ello se presentan nuevos retos y oportunidades, lo que a su vez suscita necesidades de diferente índole, lo cual propicia que los ordenamientos jurídicos deban adaptarse a nuevas realidades, tal como utilizar el neo-formalismo<sup>3</sup> del registro de un mensaje de datos para efectos de la oponibilidad de un acuerdo societario de una sociedad regulada por el Código de Comercio diferente a la SAS o a las de la Ley 1014 de 2006.

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Se compone de dos partes: (I) Descripción del problema y (II) Formulación del problema.

#### **Descripción del problema**

Al realizar el acuerdo societario a través de un mensaje de datos no se presenta el efecto de la oponibilidad de este frente a terceros, es decir, que las sociedades reguladas por el Código de Comercio que se constituyan mediante un mensaje de datos solo serán oponibles entre los socios o accionistas, lo anterior debido a la inobservancia de lo dispuesto por el Código de Comercio (C,CO, 1971) referente a la constitución, registro y por consiguiente a la oponibilidad de una sociedad.

La imposición legislativa consagrada al inicio del artículo 110 del Código de Comercio establece que dichas sociedades se constituirán elevando el acuerdo social a escritura pública,

---

<sup>3</sup> Para efectos del presente trabajo, debe entenderse por el prefijo neo, algo reciente o novedoso, de manera que, la palabra neo-formalismo hace referencia a una nueva forma de formalismo, a saber, la exteriorización de la voluntad a través de un mensaje de datos, pues como lo sostiene la doctrina y la Doctora Fortich (2011) los medios electrónicos son conductos de la voluntad.

## **OPONIBILIDAD DEL ACUERDO SOCIETARIO DE UNA SOCIEDAD REGULADA 6**

para luego efectuar el registro de esta en la Cámara de Comercio del domicilio social y en caso de darse aportes de bienes cuya enajenación esté sujeta a ciertas formalidades deberán cumplirse con estas. (C.CO,1971, art. 110)

Teniendo en cuenta lo anterior, el no cumplir con la formalidad de elevar el acuerdo societario de una sociedad regulada por el Código de Comercio a escritura pública supone que la sociedad sea una sociedad de hecho, mientras que el no registrar la persona jurídica en la Cámara de Comercio o no contar con el permiso de funcionamiento por la entidad competente según la actividad económica que desarrolle la sociedad, ocasiona que ésta sea una sociedad de derecho de carácter irregular. En los escenarios anteriormente descritos se debe aplicar lo dispuesto para las sociedades de hecho en materia de responsabilidad respecto de las obligaciones sociales, es decir, un régimen de responsabilidad solidario e ilimitado para los socios o accionistas, pues en el caso de la sociedad de derecho irregular pese a contar con personalidad jurídica, el contrato de sociedad es inoponible a terceros (C.CO,1971).

No obstante, no debe entenderse que se presenta la inexistencia de la sociedad cuando se habla de sociedad de derecho irregular, pues este contrato es válido y oponible entre los accionistas o socios y al elevarse el acuerdo social a escritura pública, se cuenta con personalidad jurídica tal como lo dispone el artículo 110 del Código de Comercio (1971). Así las cosas, únicamente cumpliendo con las formalidades determinadas por el Decreto 410 de 1971 para las sociedades reguladas por dicha norma se surtirán plenos efectos jurídicos, incluyendo la oponibilidad del contrato de sociedad frente a terceros.

### **Formulación de la pregunta de investigación**

## **OPONIBILIDAD DEL ACUERDO SOCIETARIO DE UNA SOCIEDAD REGULADA 7**

¿Por qué es una necesidad sustituir la formalidad de elevar a escritura pública el acuerdo societario por el neo-formalismo del registro del mensaje de datos?

### **OBJETIVOS**

#### **Objetivo General**

Determinar mediante un análisis hermenéutico crítico la necesidad de sustituir elevar o llevar el acuerdo social a escritura pública según la regulación colombiana, para permitir que mediante el neo-formalismo del registro del mensaje de datos se genere la oponibilidad del acuerdo social.

#### **Objetivos Específicos:**

- Proponer una derogación normativa según el estudio de lo preceptuado en el ordenamiento jurídico colombiano desde la teoría del negocio jurídico respecto de la oponibilidad del contrato de sociedad y los efectos jurídicos que emanan en virtud de ello tales como la personificación jurídica.
- Analizar los proyectos de ley que se han presentado en aras de derogar el primer acápite del artículo 110 del Código de Comercio relativo a la constitución de las sociedades reguladas por el estatuto comercial sobre la base de lograr mayor flexibilidad en el Derecho Societario.
- Examinar la institución jurídica del registro del acuerdo social en otros ordenamientos jurídicos, con el fin de realizar un estudio con base en el Derecho Comparado a través de un análisis micro comparativo, poniendo de presente la utilidad del desarrollo de éste.

### **HIPOTESIS**

El permitir que la constitución de sociedades reguladas por el Código de Comercio se dé a través de un mensaje de datos es imprescindible jurídicamente, ya que el registro de un mensaje de datos como neo-formalidad supone que se presente la oponibilidad de los acuerdos societarios dados a través de un mensaje de datos.

### **SUPUESTOS**

Este trabajo se sustenta en cuatro argumentos, el primero de ellos se fundamenta en la teoría del negocio jurídico en Colombia, para lo cual se analiza el artículo 110 del Código de Comercio (1971) puntualmente el procedimiento dual previsto para la constitución legal de una sociedad regulada por dicho estatuto, es decir, elevar el acuerdo societario a escritura pública para luego efectuar el registro mercantil en la Cámara de Comercio. Debe partirse de que el contrato de sociedad es de carácter consensual, de manera que, su perfeccionamiento no está sometido a alguna formalidad, no obstante, existen dos teorías concernientes a la personalidad jurídica, la primera de ellas defendida por el autor Gabino Pinzón establece que la personificación jurídica se da si concurren tanto la escritura pública como el registro del acuerdo social, la segunda teoría defendida por Reyes Villamizar y el sector mayoritario de la doctrina se fundamenta en que únicamente con la escritura pública se genera la personificación jurídica de la sociedad, no con la escritura y el registro, es decir, que al confluir la escritura pública que contiene el acuerdo societario, así como el registro en la cámara de Comercio se genera la oponibilidad de dicho acuerdo social ante terceros, en línea con lo anterior, de no elevar el acuerdo societario a escritura pública, la sociedad será de hecho, por lo tanto, la responsabilidad de los socios o accionistas será solidaria e ilimitada; si por el contrario, se presenta la escritura pública pero no



## **OPONIBILIDAD DEL ACUERDO SOCIETARIO DE UNA SOCIEDAD REGULADA 9**

el registro del acuerdo social ante la Cámara de Comercio la sociedad será irregular, estos dos escenarios conllevan a aplicar la reglamentación dispuesta en el artículo 499 del Código de Comercio (1971), una responsabilidad ilimitada y solidaria para los socios o accionistas.

En concordancia a lo anterior, es viable sustituir la formalidad de la escritura pública por la neo-formalidad del registro del mensaje de datos que contenga el acuerdo societario, pues al ser un contrato consensual se parte de que es válido por la expresión de la voluntad de los contratantes aunado a la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de sociedad, a saber, los aportes, la actividad económica - social y distribución de utilidades, al converger estos, se entiende presente el animus societatis y por tanto la existencia del contrato de sociedad. Teniendo claro que el contrato de sociedad es consensual, puede afirmarse en sujeción a la teoría del negocio jurídico, que es posible y loable sustituir la formalidad de la escritura pública por la neo-formalidad del registro del mensaje de datos que contenga el acuerdo social ante la Cámara de Comercio del domicilio de la sociedad. Dicho argumento es coadyuvado por la regulación actual del mensaje de datos, pues a la luz del principio de equivalencia funcional presente en la Ley 527 de 1999 no se niegan los efectos ni la validez jurídica a los mensajes de datos, además, el Código General del Proceso (2012) dispone que los mensajes de datos son un documento, de manera que se rige por las disposiciones aplicables a estos, es decir, que se presumirá auténtico siempre y cuando no sea desconocido o tachado de falso por alguna de las partes.

La regulación concerniente a los mensajes de datos permite que se presente la oponibilidad de los acuerdos societarios que consten a través de un mensaje de datos, pues el contrato de sociedad al ser legalmente celebrado y teniendo en cuenta su carácter consensual, tiene plena validez jurídica, por lo cual, es notorio que la neo-formalidad del mensaje de datos que contenga un acuerdo societario no solo es eficaz entre las partes sino también ante terceros, es decir, les es

oponible, lo anterior siempre y cuando se reforme el apartado del artículo 110 del Código de Comercio (1971) relativo a elevar el acuerdo societario a escritura pública.

El segundo argumento se desarrolla sobre la investigación de los proyectos de ley que se han presentado, es necesario hacer hincapié en que el tema objeto del presente trabajo es de tal importancia que ha sido objeto de diversos proyectos de ley, entre ellos el 149 de 1993 en el cual se estipulaba que la sociedades reguladas por el Código de Comercio (1971), pudieran constituirse por documento privado, el cual debía ser inscrito en el registro mercantil, es decir, proponían tal como fue previsto para las sociedades por acciones simplificadas que el registro de las mismas fuera de carácter constitutivo, es decir, *ab-sustantiam actus*; lamentablemente esta iniciativa no fue aprobada por el Congreso de la República (Proyecto de ley 119, 1993).

Otro proyecto de ley que se presentó, fue el 002 de 2017, el cual en su exposición de motivos manifestó que buscaba modernizar la creación de la sociedad para que se realizaran por conducto del sistema de ventanilla única empresarial, adicionalmente, propugnó porque la certificación de creación, funcionamiento y extinción de la sociedad estuviesen sujetos a registro se cumpliera electrónicamente, lo anterior buscando flexibilizar el trámite de constitución de una sociedad. Finalmente, en el artículo 31 de dicho proyecto de ley se estipulaba que las escrituras públicas fueran electrónicas, de manera que se pudieran expedir copias auténticas de dichas escrituras públicas, las cuales se requerían en el registro mercantil como en el caso de la constitución de sociedades, lamentablemente ninguno de estos proyectos de ley logró aprobarse, razón por la cual el artículo 110 del Código de Comercio sigue incólume (Proyecto de ley 002, 2017).

El tercer argumento a sustentar, se basa en un análisis micro comparativo de Derecho Comparado, es micro comparativo ya que el estudio se enfoca en una figura jurídica en concreto puntualmente la constitución legal de sociedades en legislaciones extranjeras; esta indagación se

realiza con el objetivo de reformar o derogar normas legales colombianas adoptando iniciativas propias de otros países. El primer país a examinar es España, el cual en su Real Decreto Legislativo 1/ 2010, del 2 de julio estableció que las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o en caso de sociedades unipersonales por acto unilateral, en dicho ordenamiento se exige escritura pública, la cual debe inscribirse en el registro mercantil, esto configura una clara semejanza con el ordenamiento jurídico colombiano pues tanto España como Colombia son legislaciones cuyo ordenamiento jurídico esta cimentado en el civil law, así mismo, ambos ordenamientos consagran un procedimiento dual para la constitución de sociedades, a saber, la escritura pública y el registro mercantil (Real Decreto legislativo 1, 2010).

Otro ordenamiento jurídico que se analiza, es el francés el cual en su Código de Comercio estipula que los estatutos deben ser redactados y firmados por los fundadores, los cuales presentan una copia al secretario del tribunal de comercio, además, son los fundadores los que publican un aviso en las condiciones determinadas por el Consejo de Estado, las cuales están contenidas en el Decreto 67-236 del 23 de marzo de 1967 artículo 59, sobre las sociedades anónimas, estas instrucciones consisten en realizar un anuncio en el boletín de anuncios legales obligatorios, antes del inicio de las operaciones de suscripción y antes de cualquier medida de publicidad y así mismo, que la junta general constituyente deba realizar una convocatoria y publicar un aviso en un periódico habilitado para publicar anuncios legales en el departamento del domicilio social, al menos ocho días antes de la fecha de la reunión, dichos anuncios deberán contener toda la información referente al nombre de la sociedad, los fundadores, el monto de capital de la sociedad, su duración, número de acciones a suscribir, las ventajas estipuladas en el proyecto de estatutos en beneficio de cualquier persona y demás información propia de la sociedad, para el caso de la empresa comercial, esta tiene personalidad jurídica desde la fecha de

su inscripción en el registro mercantil<sup>4</sup> (Decreto 67-236, 1967, art. 59). Tanto Francia como Colombia comparten el mismo sistema jurídico, el civil law, es decir, se fundan en la tradición romano germánica y francesa, por lo cual hay una gran semejanza, sin embargo, con respecto a la constitución legal de sociedades existe una gran diferencia pues Francia no estableció el procedimiento dual, por lo que no requiere elevar el acuerdo social a escritura pública, sino que únicamente se procede al registro del acuerdo societario, por el contrario, Colombia si contempló la exigencia de la escritura pública y el registro mercantil para que se presente la oponibilidad (Código de Comercio Francés, 2000 & Decreto 67-236, 1967).

Otra legislación extranjera es el Estado de Delaware, Estados Unidos, el cual en su código, título octavo, capítulo I, subcapítulo I y sección 103d, establece que el proceso de constitución de una sociedad supone la entrega del instrumento, es decir, entregar el acuerdo social ante el secretario de Estado, para que luego se efectué un reconocimiento formal por una de las personas que firman el instrumento del que se trata el acto y corroboren que es obra de esa persona o de la sociedad y que los hechos consignados son verdaderos, cabe anotar que la firmas del instrumento constituyen el reconocimiento o afirmación del firmante bajo pena de perjurio.

De acuerdo a lo anterior, no se requiere escritura pública en Delaware, únicamente acudir al secretario de Estado de manera presencial o enviar mediante un mensaje de datos el instrumento y este procederá a realizar el registro, incluyéndolo en el sistema de información de las sociedades de Delaware<sup>5</sup>, es clara la notoria diferencia que existe entre las normas que regulan la constitución legal de una sociedad en Delaware y en Colombia, pues en el ordenamiento jurídico colombiano aún no es posible que el acuerdo societario que conste en un mensaje de datos sea enviado a la Cámara de Comercio sin necesidad de elevar el acuerdo societario a escritura

---

<sup>4</sup> Traducción propia.

<sup>55</sup> Traducción propia.

pública, por lo que, la oponibilidad de dicho acuerdo social en Colombia se da con la escritura y el registro mercantil (Delaware Code, title 8, chapter I, subchapter I).

Finalmente, se estudia la constitución legal de sociedades en Nueva Zelanda, cuya ley de compañías (companies act) en su segunda parte, sección 12, establece que la solicitud de registro de la compañía puede ser enviada o presentada al registrador, firmada por cada una de las personas que realizan la solicitud, con la firma del director de la compañía, su consentimiento y donde se certifique que no está descalificado para ser nombrado u ocupar un cargo como director de una compañía, con estos requisitos el registrador registra la solicitud y expide el certificado de incorporación<sup>6</sup>.

A la luz de lo anterior, es evidente la diferencia presente en materia de regulación de constitución de sociedades en Nueva Zelanda y Colombia, pues dicha legislación extranjera permite la constitución mediante un mensaje de datos y requiriendo únicamente el registro, mientras que en Colombia como se ha mencionado debe surtirse el procedimiento dual, es decir, elevar el acuerdo social y efectuar el registro en la Cámara de Comercio (Companies Act Of New Zealand 1993, Part 2).

El último argumento tiene que ver con el informe Doing Business 2020 del Banco Mundial, en el cual se menciona que el incremento de la inversión extranjera, así como el aumento de empleos en los países, está relacionado con que los Estados ofrezcan procesos en línea para la constitución de empresas, plataformas electrónicas, entre otras herramientas. Así mismo, trae a colación las mejores 20 economías, entre ellas, Estados Unidos, Reino Unido, Nueva Zelanda, Singapur y Reino Unido, todos estos Estados tienen como semejanza la posibilidad de constituir

---

<sup>6</sup> Traducción propia

una sociedad comercial mediante el registro de un mensaje de datos en el que consta el acuerdo societario (Doing Business, 2020).

## **DISEÑO METODOLÓGICO**

El presente trabajo se realizará desde una óptica hermenéutico crítica, como se citó en Quintana (2014), según Ricoeur la integración de la dialéctica y la hermenéutica ofrecen al investigador de los fenómenos histórico–sociales, elementos mutuos que no se excluyen, sino que, por el contrario, se complementan para alcanzar una interpretación más amplia y profunda de la realidad del hombre, (...) de asumir la transformación de lo comprendido como un momento necesariamente complementario al estrictamente conceptual.

A partir de la hermenéutica crítica, se puede recopilar información para que esta sea organizada durante la investigación, esto sobre la base de una metodología cualitativa. Los métodos cualitativos son aquellos que enfatizan en conocer la realidad desde una perspectiva de *insider*, de captar el significado particular que a cada hecho atribuye su propio protagonista, y de contemplar estos elementos como piezas de un conjunto sistemático (Olabuénaga, 2012, pág. 17).

Esto supone, recopilar información desde una perspectiva hermenéutica para su posterior análisis concerniente a la constitución legal de sociedades y la regulación respecto de los mensajes de datos como opción para lograr la oponibilidad del acuerdo social ante terceros.

En el presente trabajo se realiza un análisis hermenéutico de información estudiando la formalidad prescrita para la oponibilidad del acuerdo societario regulada por el Código de Comercio (1971) a la luz de la teoría del negocio jurídico y la normatividad vigente, con el fin de proponer alternativas o un cambio de la formalidad presente en el artículo 110 del Código de

Comercio en aras de que la oponibilidad del acuerdo societario se presente mediante el registro de un mensaje de datos, para lo cual se analizan diferentes ordenamientos jurídicos de diversos Estados (C.CO,1971).

Por lo anterior, el análisis de información se desarrolla mediante un arqueo bibliográfico de varios documentos y fuentes de información, estrategia usual de la metodología cualitativa. Según Flores, Gómez, Jiménez, (1999) los procesos al igual que los diseños de investigación cualitativos, a menudo emergen de la reflexión del investigador tras sus primeras aproximaciones a la realidad objeto de estudio, permitiendo descubrir y proponer alternativas concordantes con las necesidades actuales.

### **ESTADO DEL ARTE**

#### **Contrato de sociedad desde la Teoría del Negocio jurídico**

La teoría del negocio jurídico es fundamental en el análisis de la constitución legal de sociedades, pues el negocio jurídico entendido como a manifestación de una o más voluntades encaminadas reflexiva y directamente a constituir, modificar o extinguir una o más relaciones jurídicas jurídico reconoce como eficaces para producir los efectos queridos (Ortiz, 2016).

A la luz de lo anterior es evidente como ésta teoría se hace extensible al negocio jurídico societario, ya que cuando hay dos o más personas contratantes se estará frente a un negocio jurídico conocido como contrato ya que es un negocio jurídico de formación plural y en el caso de la sociedad por acciones simplificada, si solamente una persona natural o jurídica es la que manifiesta su voluntad de constituir una sociedad, ésta deberá ser entendida y analizada como un negocio jurídico de formación singular.

Para analizar el contrato de sociedad<sup>7</sup> debe tenerse en cuenta el artículo 101 del Código de Comercio el cual determina los requisitos de validez propios de este contrato, poniendo de presente el carácter consensual del mismo (C.CO.,1971)

Como afirma Valencia (2015), el contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ella no produce ningún efecto civil (...). El consensualismo indica que las partes son libres de concluir el contrato mediante las simples declaraciones de voluntad, sin necesidad de ajustar sus declaraciones a una forma especial.

En concordancia con lo anterior, no se establece una solemnidad para este tipo de contrato tal como lo afirman diversos doctrinantes.

Para que el contrato de sociedad sea válido deben concurrir las condiciones generales previstas en las disposiciones que gobiernan la materia. Los requisitos de validez fijados en el artículo 1502 del Código Civil son concordantes con los definidos en el artículo 101 del Código de Comercio. Es decir, que quienes celebren el contrato sean legalmente capaces, que el consentimiento expresado esté exento de vicios y que el objeto y la causa sean lícitos (Reyes, 2016, p. 147 – 148).

De acuerdo a lo anterior, el contrato de sociedad es consensual, por lo cual con la sola declaración de voluntad de quienes intervienen en el acto, el negocio jurídico es plenamente eficaz. No obstante, es necesario traer a colación el artículo 110 del Código de Comercio, en el que se preceptúa que la sociedad comercial se constituirá por escritura pública (...) (Código de

---

<sup>7</sup> Debe entenderse por sociedad únicamente las sociedades que se encuentran reguladas por el Código de Comercio, salvo que expresamente se haga referencia a otros tipos societarios regulados por otras normas jurídicas.



Comercio [C.CO.], 1971, art. 101). El citado artículo desde una interpretación exegética impone la obligación legal a todo tipo societario regulado por el estatuto mercantil, de elevar el acuerdo social a escritura pública para la constitución de la sociedad y posteriormente hacer el respectivo registro en la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad, lo que conlleva a que el acuerdo social sea oponible a terceros.

Es preciso señalar, que el contrato de sociedad es de carácter consensual debido a que no está sujeto a la observancia de alguna solemnidad, es decir, que para el perfeccionamiento de este únicamente es necesario el consentimiento de quienes participan en dicho negocio jurídico, empero, la sociedad tendrá personalidad jurídica exclusivamente cuando el acuerdo societario sea elevado a escritura pública.

El registro mercantil que se otorga a la sociedad es de gran relevancia toda vez que según lo previsto en el artículo 117 del Código de Comercio la prueba de la constitución legal de la sociedad será la certificación expedida por la Cámara de Comercio del domicilio de la sociedad (C.CO., 1971)

La oponibilidad no compromete la validez ni la existencia del acto en juicio, ya que parte de la base de que existe y es válido. En consecuencia, el acto del cual se puede reclamar la sanción de inoponibilidad produce plenos efectos vinculantes entre las partes contratantes (Castro, et al., 2018, p. 591).

Como plantea el doctrinante Alonso Paredes Hernández:

Los efectos del acto no pueden beneficiar ni perjudicar a los terceros que no son parte, pues los efectos les son indiferentes. Este es el principio de *relatividad* de los actos

jurídicos. No obstante, este principio, en ciertas circunstancias el acto debe tener una forma de eficacia frente a terceros, porque ciertos terceros deben estar llamados a respetar los efectos del acto (Castro, et al., 2018, p. 591).

Es necesario precisar que el no elevar el acuerdo social a escritura pública supone que la sociedad sea una sociedad de hecho y se encuentre en permanente estado de disolución según lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil<sup>8</sup>, mientras que el no registrar la misma en la Cámara de Comercio del domicilio social conlleva a que la sociedad, siendo una de derecho por haberse constituido mediante escritura pública sea irregular; debe advertirse que una sociedad de derecho irregular tiene el mismo tratamiento que una sociedad de hecho en materia de responsabilidad. De manera que, como se establece en el artículo 98 del Código de Comercio, la sociedad una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (C.CO.,1971, art. 98).

Es decir, que la persona jurídica será oponible ante terceros solamente cuando se cumpla con el requisito de elevar el acuerdo social a escritura pública y se efectué el registro de la misma en la Cámara de Comercio, pues de no hacerlo el contrato será oponible únicamente entre los socios o accionistas.

La sociedad de hecho de acuerdo al artículo 498 del Código de Comercio será aquella que no fue constituida mediante escritura pública, por lo que la prueba de la misma se hará a través de cualquier medio probatorio consagrado en la ley (C.CO.,1971, art.498). Así, la sociedad de hecho igualmente requiere la concurrencia de los elementos esenciales propios del contrato de

---

<sup>8</sup> La sociedad de hecho se encuentra en estado permanente de disolución ya que cualquier accionista o socio que inicie un proceso judicial, ocasionará que se disuelva la sociedad de hecho y se aplique a cada socio o accionista un régimen de responsabilidad solidario e ilimitado respecto de las obligaciones sociales por no haberse dado la personificación jurídica de la sociedad.

sociedad tales como los aportes, actividad económica social y distribución de utilidades, por lo que con la concurrencia de estos elementos se entiende presente el animus societatis y por tanto la existencia del contrato de sociedad. No obstante, según el artículo 499 del Código de Comercio, la sociedad de hecho no es persona jurídica, por tanto, las obligaciones sociales contraídas se entenderán adquiridas a cargo de los socios de hecho (C.CO., 1971, art. 499)

Es decir, que para que se entienda perfeccionado el contrato objeto de estudio no se requiere cumplir con formalidades legales, pues únicamente deben concurrir los elementos esenciales propios del negocio jurídico de sociedad, de acuerdo al artículo 1546 del Código Civil, mediante el cual se puede establecer que la sociedad de hecho se encuentra en estado de disolución de manera permanente (Código Civil Colombiano [C.C.C], 1873)

De otra parte, para distinguir la sociedad de derecho irregular debe tomarse como antecedente el artículo 500 del Código de Comercio el cual define las sociedades irregulares como aquellas sociedades constituidas, que requiriendo permiso de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Sociedades, actuaban sin él (C.CO., 1971,) lo cual daba lugar a aplicar el tratamiento previsto para una sociedad de hecho en materia de responsabilidad, es decir, un régimen de responsabilidad solidario e ilimitado para los socios o accionistas de la sociedad, y como efecto de ello la disolución de la sociedad a petición de parte o de oficio por la Superintendencia de Sociedades.

Sin embargo, con el Decreto 2155 de 1992 por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades, así como con la expedición de la Ley 222 de 1995 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, surge una nueva interpretación del artículo 500 del Código de Comercio, pues en

la actualidad ya no es necesario el permiso de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Sociedades, por lo cual hay lugar a denominar una sociedad de derecho irregular en dos escenarios, a saber: el primero, cuando la sociedad constituida por escritura pública no se ha registrado ante la Cámara de Comercio del domicilio social y, en un segundo escenario, el de aquella sociedad que se encuentre sometida a la obtención de ciertos permisos para el desarrollo de su objeto social y no cuenta con ellos, de esta manera la definición propiamente de una sociedad irregular no se encuentra consagrada en la ley sino que obedece a un desarrollo doctrinario.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede hablarse de la oponibilidad del acuerdo social de las sociedades reguladas por el Decreto 410 de 1971 cuando se cumplen a cabalidad con todos los requerimientos previstos en dicha norma, a saber, el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción en la Cámara de Comercio en el domicilio de la sociedad para obtener el registro mercantil y en caso de presentarse aportes de bienes cuya enajenación esté sujeta a registro, el cumplimiento de dicha formalidad (Decreto 410, 1971)

Así mismo, el artículo 111 del Código de Comercio estipula que la copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal (...) (C.CO.,1971, art. 111). A su vez, el artículo 112 del mencionado estatuto establece que mientras la escritura social no sea registrada en la Cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad, será inoponible el contrato a terceros, aunque se haya consumado la entrega de los aportes de los socios (C.CO.,1971, art. 112).

El requisito del instrumento público que prescribe el artículo 110 del Código de Comercio está orientado a afianzar la autenticidad de las manifestaciones contractuales de los socios (cuando sea así) al punto que frente a terceros no es posible proponer prueba distinta a la que conste en los estatutos elevados a escritura pública (Martínez, 2014, p.114).

Lo anterior presenta un problema, según Reyes, (2016) se sustenta en la existencia de un procedimiento dual para la constitución legal de la sociedad de tipo tradicional (escritura y registro) lo cual ha sido objeto de diferentes críticas por propiciar una redundante duplicidad de costos.

Cabe anotar que en observancia del requisito del otorgamiento de la escritura pública se debe realizar un control de legalidad, según lo dispuesto por el Decreto 960 de 1970, el notario no autorizará el instrumento cuando quiera que por el contenido de las declaraciones de los otorgantes o con apoyo en pruebas fehacientes o en hechos percibidos directamente por él, llegue a la convicción de que el acto sería absolutamente nulo por razón de lo dispuesto en el artículo 1504 del Código Civil. (Decreto 960, 1970, art. 21)

En observancia a dicho Decreto, el notario debe hacer un control de legalidad de todo acto, contrato o negocio jurídico, lo cual en la práctica no ocurre con frecuencia, en contraste con el control de legalidad más exhaustivo que realiza la Cámara de Comercio del negocio jurídico societario de una sociedad por acciones simplificada, en razón a que dicho registro es de carácter constitutivo.

## **OPONIBILIDAD**

Teniendo claro que la eficacia del negocio jurídico societario proviene de la manifestación de voluntad de los contratantes por ser éste un negocio jurídico consensual además de la concurrencia de los elementos esenciales propios del contrato de sociedad, es notorio que no se requiere elevar dicho acuerdo social a escritura pública o alguna otra formalidad para la eficacia de dicho acuerdo únicamente entre los socios o accionistas, pues, como se estudiará dicho acuerdo societario no es oponible a terceros mientras no se haya elevado a escritura pública y se haya efectuado el registro ante la Cámara de Comercio.

No obstante, se debe precisar que en aras de propiciar la sustitución de la formalidad prescrita en el artículo 110 del estatuto comercial relativa a elevar el acuerdo social a escritura pública por la neo-formalidad del registro del mensaje de datos, debe estudiarse la institución jurídica de la oponibilidad, este efecto resultante de la eficacia del negocio jurídico societario se preservará aun cuando el acuerdo societario conste en un mensaje de datos; pues por el principio de equivalencia funcional se reconoce la validez jurídica y probatoria a un negocio jurídico cuya formación se haya realizado mediante el uso de un mensaje de datos.

La inoponibilidad se encuentra consagrada en el Código de Comercio así: “Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija” (C.CO., 1971, art. 901). De acuerdo a esta definición legal un negocio jurídico podría ser oponible a terceros únicamente cuando se presente la observancia de los requisitos de publicidad determinados para ese negocio jurídico.

Según Ospina Fernández “La lógica del sistema conduce a establecer a cargo de estos, el deber de respetar esos actos ajenos, o sea el de no desconocerlos arbitrariamente”. (Ospina & Ospina, 2019, p. 388)

El principio de la oponibilidad de los actos jurídicos a los terceros implica el deber que estos tienen de respetar las actuaciones ajenas autorizadas por la ley. Sin embargo, tal principio no es absoluto, pues puede ocurrir que un acto, sin imponer derechos u obligaciones a los terceros, sí pueda lesionar indebidamente otros derechos legítimos de estos, caso en el cual deben ser protegidos, permitiéndoles desconocer y hasta impugnar el mencionado acto, vale decir estableciendo la inoponibilidad de este frente a terceros injustamente lesionados. (Ospina & Ospina, 2019, p.389)

De acuerdo a lo manifestado por Ospina Fernández y Ospina Acosta, la oponibilidad puede ser concebida como un deber en cabeza de terceros, los cuales deben reconocer el negocio jurídico, no obstante, éstos podrían desconocer dicho negocio jurídico en situaciones específicas.

La figura jurídica de la oponibilidad no solo se presenta en los actos jurídicos, sino también en los fallos judiciales que se encuentran ejecutoriados, pues en aplicación del principio de la relatividad de la cosa juzgada (...) expresando que “la cosa juzgada no perjudica ni aprovecha a quienes no han sido partes en el proceso (...)”, fórmula esta que también suscita la cuestión de la *oponibilidad e inoponibilidad* de los fallos judiciales a los terceros. (Ospina & Ospina, 2019, p. 387)

El ordenamiento jurídico colombiano que regula lo concerniente a los actos jurídicos establece como regla general que se presente la oponibilidad, es decir, los terceros tienen el deber de respetar los actos ajenos y la excepción es que desconozcan dichos actos, con lo cual se configura la inoponibilidad. (Ospina & Ospina, 2019).

Para el tercero el negocio jurídico ajeno es un hecho del que, si tiene conocimiento o debe tenerlo, no puede prescindir. Puede serle indiferente, como

también proyectarse sobre su esfera jurídica, para lo cual ha de estar en condiciones tanto de aducirlo en su favor como de reclamar su inoponibilidad a él, inclusive, de demandar su ineficacia relativa a él. (Hinestrosa, 2015, p. 505)

En ciertas circunstancias la oponibilidad puede ser erga omnes, lo cual significa que el acto sea reconocido por todo el mundo, tal como ocurre con el estado civil de las personas o los derechos reales, pues al cumplirse los requerimientos previstos por la ley para que estos se generen o se transformen, estos son oponibles a los terceros (Ospina & Ospina, 2019).

Así mismo, el legislador puede determinar la oponibilidad respecto de ciertas situaciones como ocurre con la declaración de muerte presunta por desaparecimiento, pues en ese escenario se genera la sucesión del causante y la liquidación de la sociedad conyugal, por consiguiente, los actos tendientes a vender o constituir los derechos reales por los adjudicatarios son oponibles al desaparecido o a las demás personas que se beneficien de la sentencia en la que se aprueba la adjudicación. Otra situación en que se presenta la oponibilidad por disposición legal es en aquellos contratos que se celebren por terceros de buena fe con una sociedad que se encuentre viciada de nulidad, pues en este escenario, la nulidad es inoponible a dichos terceros (Ospina & Ospina, 2019).

“El principio de la oponibilidad de los actos jurídicos a los terceros implica el deber que estos tienen de respetar las actuaciones ajenas autorizadas por la ley” (Ospina & Ospina, 2019, p. 389)

La ley dispone diversos motivos por los cuales se presenta la inoponibilidad, el primero de ellos es cuando las partes del acto jurídico no cumplen con las formalidades establecidas para la publicidad del acto, en consecuencia dicho acto no es oponible a terceros; el segundo motivo consiste en la inobservancia de algunos requerimientos sustanciales del acto, por lo cual, no



existe jurídicamente o pese a que existe está viciado de nulidad absoluta, lo cual puede ser impugnado por terceros como sucede en el caso de ilicitud en el objeto o en la causa y finalmente una tercera razón es por haber pasado por alto las solemnidades consagradas en la ley que corresponden a la naturaleza de acto (Ospina & Ospina, 2019).

Si los terceros tienen el deber de respetar la eficacia de los actos jurídicos entre las partes, es natural que el cumplimiento de dicho deber presuponga que ellos tengan conocimiento de tales actos. Por esta razón, la ley establece ciertos requisitos de publicidad que permite presumir que los terceros están informados de la existencia del acto respectivo (Ospina & Ospina, 2019, pág. 390)

En concordancia con lo anterior, los actos jurídicos rigen a partir de que las partes celebran el respectivo acto, sin embargo, los efectos de ese acto frente a terceros se generan únicamente cuando el acto jurídico tiene una fecha cierta; por ejemplo, un documento público como la escritura pública una vez pase por el notario y se incorpore en el protocolo, aquel documento da plena fe respecto de su fecha y por ello es oponible a terceros. (Ospina & Ospina, 2019).

En el caso de un documento privado, la fecha de él no se cuenta respecto de terceros, o sea, que es inoponible a estos, sino desde el fallecimiento de algunos de los que lo han firmado o desde el día en que ha sido inscrito en un registro público, o en que conste haber sido aportado a un proceso (...) (Ospina & Ospina, 2019, pág. 390)

Debe precisarse que la oponibilidad se ha definido en tres ámbitos, el primero de ellos como atributo del negocio jurídico donde se concibe a la oponibilidad como la fuerza vinculante del negocio jurídico (Moreno, 2020).

La primera noción de la oponibilidad es la que defiende Tamayo Lombana:

El contrato no está llamado a producir efectos directos frente a terceros; no se convierten en acreedores ni deudores de aquello que estipularon las partes. Pero en forma general sí - les es oponible el contrato legalmente celebrado. Este es oponible erga omnes [frente a todo el mundo] en razón de que es un hecho social. Los terceros no pueden desconocerlo; a ellos se les impone la situación jurídica que creó el contrato, como situación jurídica que es, como simple hecho (...). Y, de la misma manera, los terceros pueden acogerse a esa situación jurídica creada por el contrato. Los acreedores de B pueden invocar el contrato de compraventa a fin de que el bien vendido se considere formando parte del patrimonio del comprador” (Tamayo, 2004. p. 272).

De otro lado, la segunda concepción de la oponibilidad establece que el acto jurídico es relevante primeramente para las partes que intervinieron en su celebración, así como para los terceros, lo cual se ejemplifica con lo que ocurre con los derechos reales (Moreno, 2020)

El tercer concepto de oponibilidad hace referencia a los efectos que emanan del negocio jurídico, es decir, que existen efectos directos que son inter partes y efectos indirectos, dichos efectos de carácter indirecto tienen su fundamento en la oponibilidad, de lo anterior emana el “deber de respeto” que recae en los terceros, deber que les priva de interrumpir la ejecución del negocio jurídico ajeno. (Moreno, 2020)

Como se citó en Moreno (2020) el profesor Hinestrosa manifiesta:

La publicidad no puede ser entendida como una formalidad, pues en realidad es un trámite para que los terceros conozcan lo dispuesto por las partes, también puede ser

concebido como un requisito en aras de que las partes puedan oponer lo estipulado por ellas, es decir el negocio, a terceros. (...). Cabe anotar que únicamente la publicidad mediante la inscripción del título en el registro público es simultáneamente una solemnidad constitutiva y un procedimiento de información, un claro ejemplo de esto es el acto constitutivo de una sociedad por acciones simplificada pues su inscripción en la Cámara de Comercio es de carácter constitutivo, presentándose lo que se conoce como solemnidad ad substantiam actus consagrado en el artículo 2435 del Código Civil.

(Hinestrosa, 2010)

Por otro lado, Cubides Camacho menciona que la inoponibilidad hace referencia a la falta de publicidad de los actos que la requieren.

La falta de publicidad que la ley prescribe, especialmente la que consiste en la inscripción del acto en registros públicos – registro de instrumentos públicos, registro mercantil, registro de automotores, entre otros- hace que el acto jurídico sea inoponible, es decir, no produce sus efectos frente a terceros distintos de los agentes que lo celebran. En caso contrario con la publicidad adecuada, es oponible. (Cubides Camacho, 2017, p. 251)

Algunos doctrinantes sostienen que la inoponibilidad de los actos jurídicos supone la existencia y validez de los mismos, es decir que dichos actos produzcan efectos jurídicos entre las partes, pero no respecto de terceros. No obstante, Ospina Fernández y Ospina Acosta aseguran que la inoponibilidad hace referencia a que los terceros puedan rehusarse o impugnar la eficacia entre las partes de determinados actos. (Moreno, 2020)

De otro lado, Hinestrosa afirma:

Inoponible es el negocio que no puede producir efectos respecto de alguien o, dicho de otra manera, que no es eficaz en su contra, por el motivo que sea, y los hay muy variados: valgan algunos ejemplos: la declaración privada disimulada es inoponible al tercero que adquirió atendido al dicho público simulado (Código Civil art, 1717; art. 1707 citado por Hinestrosa, 2010, p. 157)

La oponibilidad e inoponibilidad ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de las altas cortes, por lo cual es importante traer a colación algunos fallos que desarrollan este tema. En sentencia del 30 de noviembre de 1994 de la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, con radicado No, 4025, se estimó:

La inoponibilidad no conduce a la desaparición del negocio, sino que neutraliza la producción de los efectos del mismo en frente de alguien, todo bajo el entendido de que su validez entre las partes es incontrovertible. (...) la inoponibilidad hace siempre relación a alguien que, por determinadas circunstancias, suscitadas en su propia génesis, no es afectado por el negocio (Sentencia 4025, 1994).

La Corte Suprema de Justicia mediante la Sala de casación civil en sentencia SC9184 del 2017 se pronunció y desarrollo el tema de la oponibilidad manifestando:

La inoponibilidad, en cambio, es la ineptitud frente a terceros de buena fe, de un negocio jurídico válido entre las partes, o de su declaración de invalidez. (...). Es decir que la inoponibilidad es una garantía que tienen los terceros adquirentes de buena fe para que un negocio del que no hicieron parte no los afecte cuando no se cumplió el requisito de publicidad; de suerte que ni su celebración ni su eventual

nulidad pueden perjudicarlos, por lo que la declaración judicial que se haga respecto de la validez de aquel acto no tiene la aptitud de afectar su propio derecho legítimamente conseguido. La inoponibilidad valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados (...). (Sentencia SC9184, 2017).

También se estimó en dicha sentencia:

(...) la inoponibilidad no es más que una especie de nulidad caracterizada precisamente por los sujetos que pueden invocarla, que son solamente los terceros. El acto es ineficaz frente a los terceros, pero eficaz entre las partes. La nulidad deja el acto sin efectos entre las partes y consecuentemente frente a todo el mundo, mientras la inoponibilidad deja subsistiendo los efectos del acto entre las partes (Sentencia SC9184, 2017).

Así mismo La Corte Suprema de Justicia en la mencionada sentencia manifestó:

La inoponibilidad, por tanto, es un mecanismo jurídico para proteger los intereses de los terceros relativos, es decir aquéllos que no son parte de la relación contractual cuya eficacia se cuestiona, pero resultan afectados por ella en virtud de un negocio jurídico distinto. Por ello, la función de esta figura es salvaguardar los derechos de los terceros relativos cuando el acto no cumple con los requisitos de publicidad establecidos por la ley para que sea oponible a toda persona. De ahí que considerar la existencia de una “*inoponibilidad material o de fondo*” no prevista por la ley no es más que una discusión doctrinal sin arraigo jurídico, que se convierte en una sanción o castigo sin texto legal que la consagre expresamente, lo que violaría el derecho sustancial superior al debido proceso, así

como las disposiciones legales que rigen el instituto de las nulidades civiles y mercantiles (Sentencia SC9184, 2017).

En dicha sentencia se hace alusión al fallo del 15 de agosto de 2006 en el cual la Corte Suprema de Justicia precisó que la figura de la inoponibilidad requiere de dos condiciones prácticas: 1) que la validez del contrato entre las partes sea incontrovertible; y 2) que la parte que se beneficia con ella no resulte afectada por el negocio jurídico (Sentencia SC9184, 2017).

Así mismo, la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 se pronunció respecto de la inoponibilidad afirmando:

La *inoponibilidad* comprende aquellas hipótesis en las que el acto o contrato es existente y válido entre quienes intervinieron en su celebración, pero no tiene la aptitud de producir sus efectos frente a terceros dado que, por ejemplo, no se agotaron determinados requisitos de publicidad previstos en la ley (Sentencia C-345, 2017).

## **PROYECTOS DE LEY**

Tal es la importancia del cambio de la formalidad de elevar a escritura pública el acuerdo societario por el neo-formalismo del registro de mensaje de datos, que se han presentado diversos proyectos de ley que propugnan por esta sustitución. Teniendo claridad sobre el concepto de la oponibilidad, para el desarrollo del presente escrito debe hacerse alusión a algunos proyectos de ley en aras de dar lugar a la derogación de la imposición legal de elevar a escritura pública el acuerdo societario.

El proyecto de ley 119 de 1993, propuso que las sociedades reguladas por el Código de Comercio pudieran constituirse por documento privado, el cual debía ser inscrito en el registro mercantil, infortunadamente esta iniciativa no logró aprobarse en el Congreso, no obstante, este proyecto de ley fue un antecedente importante para la expedición de la Ley 222 de 1995, de manera que lo referente a la constitución de sociedades regulado en el artículo 110 del Código de Comercio (1971) sigue actualmente en vigor, por lo cual, como se ha venido mencionado el no observar este precepto y no hacer uso de la escritura pública conlleva a que la sociedad sea de hecho (Reyes, 2016).

Del mismo modo, se presentó otro proyecto de ley, bajo el número 002 de 2017, el cual en su exposición de motivos expresó:

Modernizar la creación de sociedades, para que puedan realizarse por medio del sistema de la ventanilla única empresarial, en virtud de la cual se simplifique el trámite. De la misma manera que la certificación de creación, funcionamiento y extinción de la sociedad que, conforme a la ley están sujetas a registro, se cumpla electrónicamente, sin necesidad de presencia de los interesados (Proyecto de ley 002, 2017).

De otro lado, el artículo 31 del proyecto de ley 002 de 2017 mencionó:

Con respecto a las escrituras públicas electrónicas que los notarios públicos dispondrán, así mismo, de sistemas telemáticos que les permitan otorgar y expedir copias auténticas de escrituras públicas cuando cualquiera de los trámites a que se refiere el artículo 32 requiera para su inscripción en el registro mercantil del otorgamiento de un instrumento notarial, como en los casos de constitución de sociedades o reformas estatutarias que conlleven la aportación o transferencia de bienes inmuebles (Proyecto de ley 002, 2017, art. 31).

La iniciativa contenida en el proyecto de ley en comento tampoco fue aprobada por el Congreso de la República, pues de acuerdo a la gaceta de dicho proyecto de ley, la propuesta de modificación contenida en el artículo 31 contemplaba claramente en su párrafo que para las sociedades distintas de las SAS se exigirá la escritura pública para su constitución, por lo cual, el sistema dual de escritura pública y registro mercantil consagrado en el artículo 110 del estatuto comercial sigue vigente y se aplica a cabalidad para efectos de la oponibilidad del acuerdo societario ante terceros.

De los proyectos de ley previamente citados, no se conocen las razones por las cuales no fue derogado el artículo 110 del Estatuto Comercial relativo a la constitución de sociedades mediante la escritura pública. Lo anterior, a pesar de haber consultado las gacetas de dichos proyectos de ley del Congreso de la República, por ende, no fue posible constatar expresamente las razones que llevaron a que este formalismo se mantenga incólume en el ordenamiento jurídico colombiano.

### **PERSONIFICACIÓN JURÍDICA.**

Ahora bien, con respecto al comienzo de la personificación jurídica, existen dos tesis en Colombia sobre la interpretación del artículo 98 del Código de Comercio (1971), tal como lo expresa el Profesor Reyes Villamizar:

La sociedad se considera legalmente constituida y por tanto personificada en el momento en que se otorga la escritura pública de constitución a pesar de que ésta no se haya inscrito en el registro mercantil. (...). La doctrina ha entendido, por lo general que esta personificación, si bien inoponible tiene la virtualidad de crear para los asociados el



beneficio de la limitación de la responsabilidad derivado del hermetismo patrimonial propio de las sociedades de capital (Reyes, 2016, p. 268).

De otro lado, según Gabino Pinzón “El nacimiento de la personalidad jurídica no resulta del solo hecho de otorgar la escritura pública de constitución de la sociedad, sino que es además necesario inscribir el instrumento en el registro mercantil” (Pinzón, 1977. p. 40- 41).

En el caso de las sociedades por acciones simplificadas en la ley 1258 de 2008 se instituyó que el registro mercantil fuera de carácter constitutivo y no simplemente declarativo tal como lo menciona el profesor Reyes Villamizar. Con esta normativa se flexibilizó el ordenamiento jurídico colombiano en aras de brindar alternativas jurídicas eficientes y acordes a la actualidad que permitan el desarrollo y la consecución de objetivos comerciales, financieros entre otros de compañías extranjeras y nacionales (Ley 1258, 2008).

El artículo segundo de la Ley 1258 de 2008 “por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada” estableció para este tipo societario que la constitución de esta sociedad se realice mediante documento privado dejando a un lado la imposición legislativa de elevar el acuerdo social a escritura pública (Ley 1258, 2008, art. 2).

Un antecedente importante sobre este tema es la Ley 222 de 1995 la cual determinó la regulación del registro constitutivo y no declarativo únicamente respecto de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada. Puntualmente en el artículo 71 de dicha normativa se dispuso que la empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica (Ley 222, 1995, art. 71).

En este punto es notoria la presencia de diversas leyes al interior de la regulación colombiana tendientes a facilitar y simplificar el proceso de constitución de una sociedad para que una compañía pueda llevar a cabo sus intereses económicos, sociales, entre otros, limitando la responsabilidad de los socios o accionistas.

Una de las motivaciones por las cuales se constituye legalmente una sociedad es la concerniente a la personificación jurídica, debido a que el régimen en materia de responsabilidad de una sociedad de capital, es de carácter limitado y hasta el monto de los aportes de cada accionista, lo cual tiene fundamento en el artículo 373 del Código de Comercio: “La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes (...)” (C.CO.,1971, art. 373).

El incumplimiento del procedimiento dual de elevar el acuerdo social a escritura pública y la inscripción en el respectivo registro ocasionará la defectuosa constitución de la sociedad, lo cual puede conllevar a que el régimen de responsabilidad aplicable a los socios o accionistas sea solidario e ilimitado, es decir, que respondan directamente por las obligaciones sociales contraídas por la sociedad de hecho o de derecho irregular.

Es menester aclarar que con la expedición de la Ley 222 de 1995 se dio claridad respecto a que el régimen de personificación jurídica previsto para las sociedades de capital es el mismo que debe cumplirse para las sociedades de personas ya que la mencionada ley unificó lo establecido por el Código Civil en esta materia, por lo cual el régimen en comento se aplica a sociedades de personas y de capital.

A la luz de todo lo anterior, no existe una justificación razonable por la cual se deba hacer persistir el procedimiento dual consagrado en el artículo 110 del Código de Comercio prescrito

para la oponibilidad del acuerdo social, pues su función puede limitarse a autenticar lo manifestado por los contratantes y la realización de dos controles de legalidad, el primero que debe ejercer el notario al momento de elevar el acuerdo societario a escritura pública, y aquel en cabeza de la Cámara de Comercio al momento del registro mercantil, por lo cual el conservar el procedimiento dual de constitución legal de una sociedad presenta más obstáculos que beneficios como lo es la multiplicidad de costos.

Otro punto a tener en cuenta, es que la mayoría de ingresos que obtiene la Cámara de Comercio provienen de los registros que se efectúan de las sociedades constituidas, de manera que, el permitir la sustitución de la escritura pública por la neo-formalidad del registro del mensaje de datos para la constitución de una sociedad, no afectaría los ingresos de la Cámara de Comercio, pues tanto el registro como los ingresos derivados de este persisten.

En síntesis, a pesar de la presentación de proyectos de ley tendientes a derogar la norma que establece como formalidad elevar el acuerdo social a escritura pública y posteriormente efectuar el registro en la Cámara de Comercio, actualmente sigue vigente, es decir, que la constitución legal de la sociedad, así como la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas únicamente se presenta cumpliendo el procedimiento dual de escritura pública y registro, por lo cual, es imperante propiciar la sustitución de la formalidad de la escritura pública por la neo-formalidad del registro del mensaje de datos ante la Cámara de Comercio.

Otro argumento importante para derogar la normativa objeto de estudio es el aumento de inversión extranjera aunado al incremento de empleos en el país generado con ocasión de la flexibilización, pues en el informe Doing Business (2020) se estimó que las 10 economías con mejor puntaje en razón a la facilidad para hacer negocios fueron Nueva Zelanda, Singapur, Hong

Kong, Dinamarca, República de Corea, Estados Unidos, Georgia, Reino Unido, Noruega y Suecia, esto en razón de varias características, pero una similitud entre todos estos países es el uso generalizado de sistemas electrónicos.

Además, en dicho informe se menciona que las mejores 20 economías escogidas por mejor desempeño tienen procesos en línea para la constitución de empresas, plataformas electrónicas, para la declaración de impuestos y procedimientos en línea para la transferencia de propiedades. (Doing business, 2020).

Lo anterior pone de presente que el ordenamiento jurídico colombiano en materia de constitución legal de sociedades<sup>9</sup> no se encuentra a la vanguardia respecto de la actual competencia en materia de regulación jurídica que existe entre los Estados para atraer inversión extranjera, pues no se brinda simplicidad y facilidad para el nacimiento a la vida jurídica de una sociedad como forma de inversión extranjera directa y por ende no se adecua a las necesidades actuales del sector comercial, bursátil entre otros.

Es necesario poner de presente que actualmente no existe una justificación razonable para mantener el procedimiento dual en la constitución de sociedades y como lo menciona el profesor Reyes Villamizar (2016), esta exigencia legal tiende a perder la importancia que tuvo en el pasado, por causa, de que el registro mercantil cumple finalidades superpuestas a las que se obtienen con el otorgamiento de la escritura (autenticidad, publicidad y control de legalidad).

## **MENSAJE DE DATOS**

---

<sup>9</sup> Salvo las sociedades por acciones simplificadas y las sociedades que nacen bajo el amparo de la ley 1014 de 2006.

En Colombia con la Ley 527 de 1999 por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, se dio un importante avance en cuanto a la validez y regulación de los mensajes de datos (Ley 527, 1999).

Para efectos del estudio de la oponibilidad del acuerdo social mediante un mensaje de datos debe mencionarse el artículo primero de la Ley 527 de 1999:

Artículo 1. *Ámbito de aplicación.* La presente ley será aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, salvo en los siguientes casos: a) En las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales; b) En las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo. (Ley 527, 1999, art.1)

De acuerdo a lo anterior, es notorio que no existe exclusión consagrada en la Ley 527 de 1999 que impida aplicar la misma al acuerdo societario de aquellas sociedades reguladas por el Código de Comercio (1971).

Por otro lado, la oponibilidad derivada del registro del acuerdo societario que se dé por conducto de un mensaje de datos de acuerdo al artículo segundo la Ley 527 de 1999 sería fruto de un Intercambio Electrónico de Datos (EDI) (...) (Ley 525, 1999, art. 2). De manera que, el permitir que el registro del acuerdo social se dé a través de un mensaje de datos, no solo se daría en sujeción a la normatividad vigente, sino también, posibilitaría a cualquier nacional o extranjero que se encuentre desde cualquier lugar del mundo celebrar un acuerdo societario y que el mismo fuese oponible a terceros.

“Los medios electrónicos hacen las veces de conductos de la voluntad particular para la celebración de contratos, tengan éstos el carácter de consensuales, como es la regla general, o de solemnes” (Fortich, 2011, p. 355).

El artículo quinto de la Ley 527 de 1999 establece: “*Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos*. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos” (Ley 527, 1999, art. 5). A la luz del artículo precedente, es notoria la validez que tendría el registro de un mensaje de datos que contenga el acuerdo societario.

Debe advertirse que no todos los contratos pueden formalizarse electrónicamente y tener plena eficacia en el ordenamiento jurídico colombiano, pues para dichos contratos se exigen determinadas formalidades, por lo cual algunos negocios jurídicos o contratos carecerán de validez y eficacia si estos fuesen celebrados por conducto de un mensaje de datos.

Así, los contratos que requieran intervención del notario, tribunales, autoridades públicas, oficinas de registro de propiedad, que para la perfección no se encuentren en la Ley 527 de 1999 y decretos posteriores, estarían excluidos de la contratación por medios electrónicos (Parra, et al., 2003, p. 174). Lo anterior no es aplicable al contrato de sociedad por cuanto el contrato es consensual, es decir, que en dicho contrato no se requiere de notario, no obstante, para efectos de la constitución de la sociedad o persona jurídica se debe elevar el contrato de sociedad o acuerdo societario a escritura pública.

De otro lado, existen diversos mecanismos para efectos probatorios. La utilización de certificados digitales es un hito en el derecho probatorio, pues permite establecer presunciones de autenticidad basadas en medios tecnológicos. (Parra, et al., 2003, p. 198).

Estos certificados digitales deben mantenerse por parte de la entidad de certificación por un término establecido en la ley para cada negocio jurídico en particular por lo cual la prueba fehaciente del acto o negocio jurídico se mantiene hasta que persistan los efectos jurídicos del mismo. (Parra, et al, 2003, p. 198).

Es trascendental mencionar el principio de equivalencia funcional en este tema, el cual se encuentra definido en el artículo 15 de la Ley 527 de 1999: “Artículo 15. Reconocimiento de los mensajes de datos por las partes. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos” (Ley 527, 1999, art. 15).

En concordancia a lo anterior, el principio de equivalencia funcional consiste en asignar y reconocer la total validez de los mensajes de datos, surtiendo así plenos efectos jurídicos no sólo inter partes sino también ante cualquier autoridad jurisdiccional o administrativa.

Así mismo, el artículo 243 del Código General del Proceso (C.G.P) estipula: “Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos (...)” (C.G.P., 2012, art. 243).

En ese sentido, a los mensajes de datos le son aplicables las reglas previstas para los documentos; por consiguiente, le es aplicable el artículo 244 del Código General del Proceso: “Un documento es auténtico cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado (...)” (C.G.P., 2012, art. 244).

También en dicho artículo se establece: “Los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos (...) se

presumen auténticos mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso” (C.G.P., 2012, art.244).

Por lo anterior, es válido afirmar que los mensajes de datos se presumen auténticos, no obstante, este análisis puede complementarse con el artículo 16 de la Ley 527 de 1999:

Se entenderá que un mensaje de datos proviene del iniciador, cuando éste ha sido enviado por: 1. El propio iniciador. 2. Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de ese mensaje, o 3. Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente (Ley 527, 1999, art. 16).

En concreto, los mensajes de datos tienen total validez y eficacia jurídica, además, por ser considerados documentos se presumen auténticos, presunción que admite prueba en contrario por ser una presunción de hecho y no de derecho.

### **Derecho Comparado: Análisis micro comparativo de la constitución de sociedades.**

La acepción “Derecho Comparado” tiene su génesis hace un siglo atrás en el año 1900, cuando reconocidos abogados franceses como Édouard Lambert y Raymond Saleilles, junto con otros grandes juristas propiciaron el primer congreso internacional de Derecho Comparado en París. A partir de aquella época se acentuó el desarrollo de esta rama del Derecho y a su vez se presentaban diversos avances respecto de su metodología.

En las últimas décadas se ha potencializado el uso del Derecho Comparado por parte de institutos de investigación y programas de formación en Derecho. Debe hacerse hincapié en que en el Derecho Mercantil el Derecho Comparado ha sido de gran utilidad, pues se ha utilizado en diversas investigaciones que versan sobre temas comerciales.



Lambert desde una visión del Derecho Comparado como ciencia estableció que el objeto de comparación jurídica de varias regulaciones de diversos países tiene como objetivo el conocer cada ordenamiento jurídico examinando los mismos mediante un análisis detallado confrontando cada sistema jurídico a la luz de las diferencias y analogías de cada uno de ellos.

Como se citó en López (2015) Edouard Lambert, abogado francés expone que existen tres tipos de direcciones u orientaciones en el estudio del Derecho Comparado, una de éstas se utilizará en este acápite:

(...) (iii) la dogmática en las que se le atribuye un rol práctico, un fin de acción, y ven en el Derecho Comparado uno de los instrumentos o de los órganos de creación, de revelación o de aplicación del derecho contemporáneo. (López, 2015, p. 133)

Buen número de especialistas afirman que tan sólo es Derecho Comparado aquél que implica comparación entre sistemas u ordenamientos diversos. Por tanto, según este criterio, es imprescindible la actividad comparatista en esta rama jurídica, por lo que el mero estudio de derechos extranjeros, o la descripción de los mismos, no podría ser considerado derecho comparado (Moran, 2002).

Como fue citado en López (2015) de acuerdo a Lambert el Derecho Comparado tiene varias acepciones, por lo cual para su estudio las divide en dos, una de ellas denominada “Urrecht” supone el análisis arqueológico histórico a la luz de la evolución del Derecho a lo largo de la historia. La segunda la denomina “Weltrecht” la cual busca el derecho legislativo particularmente con el fin de usarlo en la práctica y en la actualidad.

Para el desarrollo de este capítulo es necesario profundizar en la noción de Weltrech, la cual se fragmenta en tres variantes, a saber: primeramente, aquellos que toman como referencia el

Derecho Comparado en aras de lograr una derogación o reforma de origen legal adoptando figuras jurídicas propias de regulaciones extranjeras (López, 2015, pp. 137-142). Esta corriente es de gran utilidad para la consecución del desarrollo de la comparación de la figura jurídica de la constitución de sociedades en este trabajo.

Otra variante es la función derivada del Derecho Comparado que se basa en la interpretación de la legislación nacional, es decir, sin necesariamente hacer una reforma legal, de manera que solo se presenta una nueva interpretación con el fin de obtener óptimos resultados al interior del país (López, 2015).

Finalmente, la tercera variante del *Weltrecht* parte de que el Derecho Comparado como ciencia muestre efectivamente las diferencias propias de los sistemas jurídicos, esto puede darse mediante una aproximación entre las regulaciones encontrando los puntos en común de éstas (López, 2015).

Mediante el uso de la comparación, el investigador indaga los derechos extranjeros de una mejor política pública en el tema y la adopta mediante un “trasplante normativo” explícito que le ayude a realizar esa política en su propio sistema jurídico (López, 2015).

John C. Reitz (1998, p. 620) en el artículo titulado *How to Do comparative law* establece ciertas características que en su opinión son importantes para un buen estudio comparativo. Una de ellas es que el proceso de comparación es particularmente adecuado para conducir a conclusiones acerca de las características distintivas de cada sistema legal y de los puntos en común respecto de cómo la ley trata lo que es objeto de estudio de la comparación. En el presente trabajo es la oponibilidad frente a terceros del registro del acuerdo social cuando éste consta en un mensaje de datos.<sup>10</sup>

El método comparativo tiene el potencial de guiar a un análisis incluso mucho más interesante ya que conduce a quien hace la comparación a exponer razones sobre las similitudes y las diferencias entre los sistemas jurídicos o a analizar su significado respecto de las culturas estudiadas (Reitz, 1998, p. 626).<sup>11</sup>

De acuerdo a Ulloa (2014, p. 9) la comparación por contraste es aquella que puede darse entre sistemas jurídicos los cuales pertenecen a diferentes formas de Estado, en aras de hacer hincapié en las diferencias que convergen entre los mismos.

Es necesario identificar los objetos de comparación, los cuales se pueden dar mediante el estudio comparativo del derecho con el uso de una investigación neutral. De igual manera, el Derecho Comparado puede realizarse bajo diferentes análisis, el primero de ellos consiste en un análisis intermedio el cual analiza determinado sistema jurídico mediante criterios culturales o ideológicos, el segundo es un análisis macro comparativo el cual se fundamenta en comparar sistemas jurídicos en su totalidad por ejemplo el Civil Law y el Common Law y finalmente el análisis micro comparativo el cual se sustenta en el estudio de un objeto en concreto o una figura jurídica en particular (Ulloa, 2014).

Los legisladores de todo el mundo han descubierto que en muchos asuntos no se pueden producir buenas leyes sin la ayuda del Derecho Comparado, pues al examinar las leyes de otras jurisdicciones quien propone la reforma legal puede observar de qué manera los ordenamientos jurídicos extranjeros abordan y resuelven los problemas comunes (Hill, 1989).<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Traducción propia.

<sup>11</sup> Traducción propia.

<sup>12</sup> Traducción propia.

En la legislación española, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en el título II, capítulo I, artículo 19 se estableció:

La constitución de las sociedades. 1. Las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral. 2. Las sociedades anónimas podrán constituirse también en forma sucesiva por suscripción pública de acciones. (Real Decreto legislativo 1, 2010, art. 19)

En el artículo 20 de la mencionada ley se determinó que la constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil. (Real Decreto legislativo1, 2010)

Finalmente, en el artículo 21, capítulo II de la misma ley se dispuso:

Otorgamiento de la escritura de constitución. La escritura de constitución de las sociedades de capital deberá ser otorgada por todos los socios fundadores, sean personas físicas o jurídicas, por sí o por medio de representante, quienes habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales o suscribir la totalidad de las acciones (Real Decreto legislativo 1, 2010, art. 21)

Teniendo en cuenta lo anterior, se configura una clara semejanza entre el ordenamiento jurídico español y la regulación colombiana prevista para la oponibilidad del acuerdo societario de una sociedad diferente a la SAS y las de la Ley 1014 de 2006, pues ambas legislaciones contemplan que debe otorgarse la escritura pública para luego efectuar el registro de la sociedad y por ende esta sea oponible a terceros. Así mismo, determinan que la constitución de la sociedad se dará por la escritura pública y el registro de la sociedad que la misma adquiera su personalidad

jurídica. Debe reconocerse que España y Colombia tienen varias semejanzas en lo concerniente a la legislación mercantil pues comparten la misma familia jurídica, el Civil Law.

Es necesario aclarar, que los países que hacen parte de la Unión Europea, gracias a la integración sui generis de ese sistema supranacional, han adoptado ciertas directivas concernientes al proceso de constitución legal de una sociedad sobre todo de las denominadas sociedades anónimas. De acuerdo a la segunda directiva (Directiva 77/91 de 13.12.1976), por medio la cual se busca coordinar las salvaguardias para la protección de los intereses de los socios y terceros, además, se exige que haya uniformidad entre los países miembros en lo relativo a la constitución de sociedades anónimas y al mantenimiento y modificaciones de su capital, con objeto de hacer equivalentes dichas salvaguardias. (Directiva 77/91 de 13.12. 1976)

Por otro lado, el Código de Comercio Francés en el libro II, título II, capítulo V, artículo L225-2 menciona:

El proyecto de estatutos es redactado y firmado por uno o varios fundadores, que presentan una copia al secretario del tribunal de comercio del lugar de la sede social. Los fundadores publican un aviso en las condiciones determinadas por decreto del Consejo de Estado. No se podrá recibir ninguna suscripción cuando no se hayan observado las formalidades previstas en los párrafos primero y segundo anteriores (...) (Código de Comercio Francés, 2000).<sup>13</sup>

Igualmente, en el Código de Comercio de Francia, en el libro II relativo a las empresas comerciales y grupos de interés económico en el título I, artículo L210-4:

---

<sup>13</sup> Traducción propia.

Las formalidades de publicación necesarias en el momento de la constitución de la sociedad o en caso de actos y deliberaciones posteriores se determinarán por decreto del Consejo de Estado. (Código de Comercio Francés, 2000).<sup>14</sup>

En el mencionado título del Código de Comercio Francés, artículo L210-6 se dispuso:

Las empresas comerciales tienen personalidad jurídica desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil y de Sociedades. La transformación periódica de una empresa no dará lugar a la creación de una nueva persona jurídica. Lo mismo se aplicará al aplazamiento. Las personas que hayan actuado en nombre de una sociedad en formación antes de que ésta adquiriera personalidad jurídica serán responsables solidaria e indefinidamente de los actos así realizados, a menos que la sociedad, tras ser debidamente constituida y registrada, asuma los compromisos contraídos. Tales compromisos se considerarán entonces como adquiridos desde el principio por la empresa (Código de Comercio Francés, 2000, art. L210-6).<sup>15</sup>

A la luz de lo anterior, desde un análisis micro comparativo respecto de la oponibilidad del acuerdo social existe una notable diferencia entre la regulación vigente en Colombia y en Francia, pues en Colombia de acuerdo al artículo 110 del Código de Comercio, el acuerdo social debe elevarse a escritura pública para luego efectuar el registro mercantil; en contraste con Francia en donde el proyecto de estatutos, es decir, el acuerdo social es depositado en la secretaría del tribunal de comercio u en la oficina de registro mercantil del lugar de la sede social de la sociedad y son los fundadores quienes publican un aviso según las instrucciones del Consejo de Estado.

---

<sup>14</sup> Traducción propia.

<sup>15</sup> Traducción propia.

Dichas instrucciones se encuentran en el Decreto No. 67-236 del 23 de marzo de 1967 relativo a las empresas comerciales en el cual se dispone que lo mencionado en el artículo L-225-2 del Código de Comercio francés hace alusión a publicar los estatutos en el boletín de anuncios legales obligatorios, antes del inicio de las operaciones de suscripción y antes de cualquier medida de publicidad.

Dicha publicación deberá contener los siguientes datos, a saber, la denominación de la sociedad que se va a constituir, seguida de su acrónimo, si procede; la forma de la empresa; el importe del capital social a suscribir; la dirección prevista del domicilio social; el objeto social, indicado brevemente; la duración prevista de la empresa; la fecha y el lugar de presentación del proyecto de estatutos; el número de acciones a suscribir en efectivo y el importe inmediatamente exigible, incluida, en su caso, la prima de emisión; el valor nominal de las acciones que se emitan, esté o no indicado en los estatutos, distinguiendo, en su caso, entre cada clase, así como los derechos especiales vinculados a las acciones preferentes; una descripción resumida de las contribuciones en especie, su valoración global y su método de remuneración, con indicación del carácter provisional de esta valoración y de este método de remuneración; los beneficios especiales estipulados en el proyecto de estatutos en beneficio de cualquier persona; el nombre y la residencia del notario o la razón social y el domicilio social del banco que recibirá los fondos de la suscripción y otra información sobre la sociedad.

Adicionalmente, dicha notificación deberá ser firmada por los fundadores, que deberán indicar su nombre completo, su nombre habitual, su domicilio y su nacionalidad, o bien su nombre, su forma, su domicilio social y el importe de su capital social<sup>16</sup>. Finalmente, según lo dispone el artículo 66 del mencionado Decreto la junta general constituyente convocará a una

---

<sup>16</sup> Traducción propia.

reunión y el documento con la información previamente expuesta se insertará en el Boletín de anuncios legales obligatorios y en un periódico habilitado para publicar anuncios legales en el departamento del domicilio social, al menos ocho días antes de la fecha de la reunión<sup>17</sup> (Decreto No. 67-236,1967).

Por otro lado, la ley de sociedades en el Estado de Delaware (Delaware Code, title 8, chapter I, subchapter I) de Estados Unidos es reconocida a nivel internacional por los importantes avances en materia de Derecho Societario. La mencionada ley en la sección 101, d, determina que una sociedad podrá constituirse y organizarse con arreglo al presente capítulo para llevar a cabo o promover cualquier negocio o propósito lícito, salvo que la constitución de Estados Unidos u otras leyes de este Estado dispongan otra cosa.<sup>18</sup>

En la sección 103, d, de la referenciada ley, se determina lo concerniente a la presentación, registro y certificado de incorporación, es decir, el proceso previsto para la constitución legal de una sociedad, estipulando que siempre que se deba presentar un instrumento ante el secretario de Estado de conformidad con esta sección o capítulo, dicho instrumento se ejecutará de la siguiente manera (...) el instrumento firmado se entregará en la oficina del secretario de Estado.<sup>19</sup>

De igual manera, en la citada sección se hace mención al reconocimiento formal por la persona o 1 de las personas que firmen el instrumento de que se trata el acto y es una obra de esa persona o de la sociedad, y de que los hechos en él consignados son verdaderos. Dicho reconocimiento se hará ante una persona que esté autorizada por la ley del lugar de ejecución para tomar reconocimientos de hechos. Si esa persona tiene un sello de oficio, lo estampará en el instrumento.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Traducción propia.

<sup>18</sup> Traducción propia.

<sup>19</sup> Traducción propia.



Así mismo se dispuso que la firma, de la persona o personas que firmen el instrumento, constituirán la afirmación o reconocimiento del firmante, bajo pena de perjurio, de que el instrumento es el acto y la obra de esa persona o el acto y la obra de la sociedad, y que los hechos en él consignados son ciertos.<sup>21</sup>

De igual manera en la sección 103d de la ley de sociedades del Estado de Delaware se estableció:

En el momento de la entrega del instrumento, el secretario de Estado registrará la fecha y la hora de su entrega. Tras la entrega y la presentación de los impuestos y tasas requeridos, el secretario de Estado certificará que el instrumento ha sido archivado en la oficina del secretario de Estado refrendando en el instrumento firmado la palabra "archivado", y la fecha y hora de su presentación. Este endoso es la "fecha de presentación" del instrumento, y es concluyente de la fecha y hora de su presentación en ausencia de fraude real. El secretario de Estado archivará e indexará el instrumento refrendado.<sup>22</sup>

Así mismo, se menciona que el secretario de Estado, actuando como agente de los registradores de cada uno de los condados, recaudará y depositará en una cuenta separada establecida exclusivamente para ese propósito una cuota de evaluación del condado con respecto a cada instrumento presentado y posteriormente remitirá semanalmente desde dicha cuenta al registrador de cada uno de los mencionados condados la cantidad o cantidades de dichas cuotas según lo dispuesto en el párrafo (c)(6) de esta sección o según lo dispuesto en otra parte de la ley. Dichos derechos se destinarán a sufragar ciertos costos en que incurran los condados para

---

<sup>20</sup> Traducción propia.

<sup>21</sup> Traducción propia.

<sup>22</sup> Traducción propia.

fusionar la información y las imágenes de esos documentos archivados con los sistemas de información de documentos de cada una de las oficinas de los registradores de los condados y para recuperar, mantener y exhibir esa información e imágenes en las oficinas de los registradores y en lugares remotos de cada uno de esos condados.<sup>23</sup>

Así las cosas, en el Estado de Delaware no es necesario para la constitución de una sociedad elevar el acuerdo social a escritura pública, dado que en Estados Unidos no se cuenta con entidades privadas con funciones públicas como las notarías, por el contrario, basta con acudir a una persona habilitada por la ley, en este caso al secretario de Estado correspondiente para que dé fe pública de que aquellas declaraciones contenidas en el acuerdo social efectivamente corresponden a la realidad y de ser así se procederá al registro y por ende se presentara la oponibilidad del acuerdo societario.<sup>24</sup>

Finalmente, como estipula la sección 103d de la ley de sociedades de Delaware, el acuerdo social o documento de incorporación debe llevarse ante el secretario de Estado, el cual procederá a incluirlo en el sistema de información de las sociedades de Delaware. De la información de cada instrumento que el secretario de Estado considere apropiada y en general de toda información se dejará una copia, la cual se mantendrá de forma permanente en dicho sistema como registro público o en un medio adecuado.<sup>25</sup>

Así, la oponibilidad del acuerdo societario constará y se hará mediante el sistema de información del secretario de Estado. Como se puede evidenciar, en Delaware es posible que se genere el registro del acuerdo societario que se haya dado por conducto de un mensaje de datos enviado al secretario de Estado y el registro de la sociedad se almacena en un sistema de

---

<sup>23</sup> Traducción propia.

<sup>24</sup> Traducción propia.

<sup>25</sup> Traducción propia.

información, en contraste con lo dispuesto por la regulación vigente en Colombia, la cual como se ha mencionado dispone que para la oponibilidad del acuerdo societario debe darse el registro de la escritura pública en donde consta el acuerdo social.<sup>26</sup>

La Superintendencia de Sociedades en varias de sus sentencias, oficios y circulares externas ha tomado como referente muchos de los desarrollos del Tribunal de Delaware sobre diferentes temas propios del Derecho Societario, de manera que existe una similitud frente a la interpretación de las normas o del desarrollo y planteamiento de ciertos conflictos presentes en ambas jurisdicciones.

Debe tenerse en cuenta que Delaware hace parte de Estados Unidos, el cual es un Estado federalista de allí surge la primera diferencia respecto de Colombia que es una República unitaria, cuyo fundamento jurídico proviene de la tradición jurídico germánica y francesa, mientras que Estados Unidos es un país cuyo ordenamiento jurídico se basa en el Common Law, de allí pueden desprenderse un sinnúmero de diferencias.

Sobre el tema de la personificación jurídica la regulación norteamericana ha desarrollado dos figuras jurídicas, la primera de ellas denominada como De Facto Corporation, la cual es aplicada siempre y cuando los accionistas hayan obrado de buena fe en el proceso de constitución de la sociedad, que se hayan observado la mayoría de los formalismos para la constitución de la misma (salvo aquellas intrascendentes tales como la falta de notarización de las firmas de los fundadores, entre otros) y que los administradores hayan ejercido los poderes de la sociedad, mediante el efectivo desarrollo del objeto social.

---

<sup>26</sup> Traducción propia.

La segunda institución jurídica es Corporation by Estoppel la cual consiste en que los terceros que le han generado a la sociedad defectuosamente constituida, el tratamiento de persona jurídica en sus relaciones de negocios, no pueden con posterioridad ante una eventual insolvencia de la sociedad alegar la irregularidad de su constitución, con el propósito de intentar derivar una responsabilidad directa de los accionistas por las obligaciones sociales. El juez de esta jurisdicción será quien decidirá pese a la irregularidad de la constitución de la sociedad, determinando si tratara a la misma como una entidad legalmente constituida (De iure Corporation) y en consecuencia limitará la responsabilidad de los accionistas al monto de sus respectivos aportes. (Reyes, 2016, p. 270).

Finalmente es visible la diferencia referente a la oponibilidad del acuerdo social de una sociedad, pues en Delaware, el certificado de incorporación, es decir, el documento de constitución es firmado por el representante autorizado (registered agent) y se presenta ante la secretaría de Estado correspondiente, dicho documento es el que crea o constituye la sociedad y figura en el registro público. Cabe anotar que en dicho Estado la regulación es tan flexible que aquella persona natural o jurídica que desee constituir una sociedad en Delaware basta que lo manifieste a un abogado habilitado para ejercer en Delaware, mediante un e-mail (mensaje de datos) para que este inicie el trámite de la constitución de la sociedad.

Por otro lado, en la regulación jurídica de Nueva Zelanda, (Companies Act), en su segunda parte, sección 12 se menciona que la solicitud de registro de una compañía según el presente acto podrá ser enviada o entregada al registrador y debe ser en la forma prescrita, además de ser firmada por cada una de las personas que realizan la solicitud y firmada por cada persona nombrada como director, en dicho documento debe constar el consentimiento de ésta persona de

ser director y en el cual se certifique que ésta no está descalificada para ser nombrado u ocupar un cargo como director de una empresa.<sup>27</sup>

En la sección 13 de la ley de compañías de Nueva Zelanda se estipulo que el proceso de registro y constitución legal de una sociedad debe adelantarse por el registrador, una vez aquel reciba la solicitud apropiada y completa para el registro de la sociedad, el registrador debe 1. Registrar la solicitud y 2. Y expedir el certificado de incorporación. (Companies Act Of New Zealand 1993, Part 2).<sup>28</sup>

En la sección 14 de aquella ley se dispone respecto del certificado de incorporación de una compañía que éste debe ser expedido en sujeción a la sección 13 de la ley de compañías de Nueva Zelanda, lo cual es evidencia concluyente de que 1. se cumplieron con todos los requisitos de la ley en cuanto a la inscripción y 2. a partir de la fecha de constitución que figura en el certificado, la empresa se constituye en virtud de esta ley.<sup>29</sup>

Con base en lo anterior, en Nueva Zelanda no está consagrado el procedimiento dual de elevar el acuerdo social a escritura pública para que luego se efectué el registro mercantil de la sociedad en la Cámara de Comercio, tal como ocurre en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, existe una gran diferencia entre estos dos países pues en Nueva Zelanda la regulación es mucho más flexible respecto de la formalidad prescrita para la oponibilidad del acuerdo societario pues para la constitución legal de una sociedad solo es necesario realizar el registro del acuerdo societario que puede darse a través de un mensaje de datos que se envía al registrador y posteriormente el registrador efectuará el registro y expedirá el certificado de constitución.

---

<sup>27</sup> Traducción propia.

<sup>28</sup> Traducción propia.

<sup>29</sup> Traducción propia.

## **MARCO TEÓRICO**

Teniendo en cuenta todo lo mencionado en el estado del arte, en el marco teórico se analizará la hipótesis del presente trabajo, además se tomará como fundamento lo expuesto sobre la base de lograr una reflexión teniendo en cuenta las regulaciones vigentes, así como las necesidades actuales.

El negocio jurídico societario es de carácter consensual, es decir, que para su perfeccionamiento no se requiere alguna solemnidad.

Según el principio del consensualismo, las partes son libres para escoger la forma para exteriorizar la voluntad, lo que implica que para hacer efectivo su acuerdo, o, dicho en otras palabras, para materializar el pacto será necesaria la utilización de alguna forma para su exteriorización. De lo contrario, el consensualismo implicaría la espiritualización del derecho (Fortich, 2011, pág. 355-356)

En consonancia a lo anterior, es importante sustituir la formalidad de la escritura pública prevista para la constitución de una sociedad regulada por el Código de Comercio por la neoformalidad del registro del mensaje de datos por medio del cual se dio el acuerdo societario. “Este nuevo instrumento conductor de la voluntad de las partes se caracteriza, entre otras cosas, por la rapidez y agilidad en el transporte y envío de la información” (Fortich, 2011, pág. 355).

Debe tenerse claro que en la actualidad para que el acuerdo social de una sociedad diferente a la SAS y a aquellas creadas bajo la Ley 1014 de 2006 sea oponible a terceros, por disposición del artículo 110 del Código de Comercio, el acuerdo societario debe elevarse a escritura pública y posteriormente efectuar el registro mercantil en la respectiva Cámara de Comercio.

Es necesario traer a colación el tipo societario conocido como sociedad por acciones simplificada, regulado por la Ley 1258 de 2008, cuyo artículo segundo preceptúa que la sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas (Ley 1258, 2008, art.2). De acuerdo a dicha normativa, para que una sociedad por acciones simplificada sea oponible a terceros únicamente se requiere que el acto constitutivo, el cual se realiza mediante documento privado se registre ante la Cámara de Comercio y esta procede a realizar un control de legalidad sobre el mismo, determinando si el acuerdo societario cumple con los requisitos dispuestos por la ley, tal como consta en el artículo sexto de la Ley 1258 de 2008 donde se menciona:

Las Cámaras de Comercio verificarán la conformidad de las estipulaciones del acto constitutivo, de los actos de nombramiento y de cada una de sus reformas con lo previsto en la ley. Por lo tanto, se abstendrán de inscribir el documento mediante el cual se constituya, se haga un nombramiento o se reformen los estatutos de la sociedad, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en el artículo anterior o en la ley (...) (Ley 1258, 2008, art.6)

La SAS sin duda ha sido un tipo societario que se sustenta en la flexibilidad en términos generales, puntualmente es una sociedad que se constituye sin el procedimiento dual previsto para otros tipos societarios regulados por el Código de Comercio; justamente por esta facilidad se ha incrementado su uso durante el tiempo. Diversas compañías extranjeras y nacionales han optado por este tipo societario para llevar a cabo sus propósitos comerciales y muchas jurisdicciones latinoamericanas han incluido este tipo societario en sus ordenamientos legales debido al éxito que este tipo societario ha mostrado.

Con la sustitución de la formalidad de elevar el acuerdo societario por la neo-formalidad del registro del mensaje de datos, las sociedades se constituirían por conducto del registro del mensaje de datos que contenga el contrato de sociedad o acuerdo societario, por lo que, se haría indispensable el registro de éste ante la Cámara de Comercio del domicilio social de la sociedad; ya que de no registrarse el acuerdo societario, éste no surtiría efectos jurídicos ante terceros, generándose la inoponibilidad, además, de que la sociedad sería una sociedad de hecho, es decir, no adquiriría su personalidad jurídica, en cuanto no se ha registrado y por ende la responsabilidad de los socios y accionistas sería solidaria e ilimitada respecto de las obligaciones contraídas por la sociedad de hecho.

Cabe anotar que en ocasiones constituir una sociedad mediante escritura pública, es decir, haciendo uso de un tipo societario regulado por el Código de Comercio es la única opción por exigencias legislativas o proyectos de negocios específicos; un claro ejemplo de esto es el caso de las entidades financieras, donde la ley dispone:

“(…) deberán organizarse con arreglo a las normas de los establecimientos bancarios, tener objeto exclusivo y revestir la forma de sociedad anónima; también podrán constituirse bajo la forma de cooperativas cuando se trate de una filial de servicios financieros constituida por bancos, corporaciones financieras o compañías de financiamiento comercial, de naturaleza cooperativa” (Decreto- Ley 663, 1993, art. 119).

Por lo anterior, no es posible constituir una sociedad por acciones simplificada cuyo proceso de constitución es únicamente con el registro.



De otro lado, el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006 estipula que las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de dicha ley, cualquiera que fuere su tipo o especie y teniendo en cuenta el artículo 2 de la Ley 905 de 2004 podrán constituirse observando las normas previstas para la empresa unipersonal, siempre que estén en alguno de estos dos escenarios, tengan una planta de personal no superior a diez trabajadores o tengan activos totales por valor inferior a 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes (Ley 1014, 2006, art. 22; Ley 905, 2004, art.2).

De acuerdo a lo anterior, es posible bajo el amparo de la ley 1014 de 2006 constituir una sociedad de cualquier tipo mediante documento privado que se registrará en la Cámara de Comercio siempre que se encuentren en alguno de los dos escenarios mencionados.

El optar por la derogación del primer acápite del artículo 110 del Código de Comercio, sustituyendo la formalidad de la escritura pública por el registro del mensaje de datos para la oponibilidad del acuerdo societario de una sociedad diferente a la SAS o a las de la ley 1014 de 2006, contribuye de manera significativa para potencializar y avanzar en el uso de la tecnología en el mundo jurídico, además, de ejercer lo que ya ha sido objeto de regulación en el Código General del Proceso, artículo 247, referente a la valoración de mensajes de datos:

Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud. La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos (Código General del Proceso [C.G.P], 2012, art. 247)

De igual manera, la Ley 527 de 1999 en su artículo primero y quinto aclara la total validez jurídica de los mensajes de datos, pues no excluye de la aplicación de esta reglamentación lo concerniente al registro del acuerdo social que se presente a través de un mensaje de datos ante la Cámara de Comercio del domicilio social. (Ley 527, 1999)

En consecuencia, existe regulación aplicable y sería jurídicamente loable que para la oponibilidad de una sociedad, la formalidad de la escritura pública fuese sustituida por el registro de un mensaje de datos que contenga el acuerdo societario, en concordancia con el carácter consensual del contrato de sociedad, lo cual sería factible únicamente con la derogación del primer acápite del artículo 110 del Código de Comercio, puntualmente lo concerniente a elevar el acuerdo social a escritura pública para la constitución de la sociedad.

En el desarrollo del comercio internacional, así como al interior de cada país, para mantenerse en una economía de competencia, los empresarios y consumidores se ven obligados al uso de las nuevas tecnologías para la satisfacción de sus necesidades, contribuir a una producción eficiente, comercializar y distribuir bienes y servicios en la red para con ello lograr el éxito de sus objetivos y promover el progreso técnico y económico del país (Madrid, et al, 2003, p. 176).

Existen varios antecedentes importantes para el desarrollo del presente trabajo, donde se evidencia la flexibilidad que se ha dado en materia de Derecho Societario en Colombia. En primer lugar, el Decreto 2155 de 1992 derogó el artículo 500 del Código de Comercio pues como ya se mencionó, se requería un permiso de funcionamiento de la Superintendencia de Sociedades para las sociedades constituidas mediante escritura pública y el no contar con el mismo ocasionaba que la sociedad fuere una sociedad de derecho irregular y por ende la responsabilidad de los asociados fuese solidaria e ilimitada (Decreto 2155, 1992, art. 500).

En segundo lugar, con la expedición de la Ley 222 de 1995 se mantuvo lo consagrado en el Decreto 2155 de 1992 sobre la base de aplicar el artículo 84 de la Constitución Política de Colombia (C.P). Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio. De esta manera, se dejó sin efecto el artículo 500 del Código de Comercio relativo a que estas sociedades obtengan permiso de la Superintendencia de Sociedades para funcionar (Ley 222, 1995; Decreto 2155 de 1992: C.P, 1991; C.CO.,1971).

En tercer lugar, con la Ley 1014 de 2006 se permitió la gestación de otras formas de constituir determinadas personas jurídicas, dejando de lado el uso de la escritura pública tal como sucedió con la empresa unipersonal y finalmente con la Ley 1258 de 2008, la cual regula la sociedad por acciones simplificada, se determinó que su constitución se realizará mediante documento privado, el cual se registra en la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad. Así, únicamente se requerirá de escritura pública cuando el acuerdo social comprenda bienes para cuya enajenación se requiera dicha formalidad (Ley 1014, 2006; Ley 1258, 2008).

Por otro lado, en Colombia existen importantes normas tales como la Ley 527 de 1999, en la cual bajo el principio de equivalencia funcional todo aquello que en principio se dé por medios físicos puede darse a través de un mensaje de datos lo cual tendrá plena validez jurídica. (Ley 527, 1999)

Tal como se mencionó el incluir el uso de tecnologías para la oponibilidad del acuerdo societario brindaría alternativas actuales a los comerciantes, empresarios e inversionistas extranjeros, aunado a ello, se potencializaría el flujo mercantil, lo que conllevaría a que Colombia se caracterice por ser un país comprometido en brindar soluciones contemporáneas y

eficaces respecto de las necesidades actuales del sector comercial, financiero, bursátil entre otros, en contraste con la posición que ocupa actualmente según el informe Doing Business, 2020 mencionado en el estado del arte (Doing Business, 2020)

El registro de un mensaje de datos en donde conste el acuerdo social no requiere la presencialidad y otorga flexibilidad, esta iniciativa podría ser la génesis de procesos de automatización al interior del Derecho Societario, pues tal como se mencionó en el estado del arte, en Delaware, Estados Unidos, los registros de las sociedades pueden encontrarse en un sistema de información en la nube. Es necesario hacer hincapié en que en la actualidad existen diversos sistemas de información como el Blockchain, los cuales con el tiempo podrían ser instrumentos de suma utilidad en los procesos de registro de sociedades y en varios asuntos propios del Derecho Societario.

La sustitución de la formalidad de elevar el acuerdo societario a escritura pública para la constitución de las sociedades reguladas por el Código de Comercio, por el registro del mensaje de datos que contenga el acuerdo societario ante la Cámara de Comercio, podría propiciar varios avances respecto del uso de diversas tecnologías tal como sucede en el Estado de Delaware en Estados Unidos, donde desde hace varios años se optó por la simplificación y flexibilización de diversas normas relativas al Derecho Societario, por ello, se gestan varias iniciativas tales como the Delaware Blockchain Initiative, que es un gran avance en materia de Derecho Financiero, la cual fue introducida en Mayo de 2016, dicha iniciativa consiste en utilizar tecnología Blockchain que es un tipo de información tecnológica que combina dos componentes, el primero de ellos son libros de cuentas distribuidos y el segundo son contratos inteligentes. (Tinianow, 2017).

Así mismo, cuando esta tecnología se hizo conocer en 2015 ante los funcionarios del Estado de Delaware, estos comprendieron las necesidades y potencialidades de las empresas que se registran en el Estado de Delaware y justamente por ello fueron los primeros en adoptar la tecnología Blockchain, de manera que, Delaware mantiene su liderazgo en los servicios de registro de empresas, además de ofrecer leyes altamente desarrolladas en materia de derecho corporativo; es por ello que el Tribunal de Delaware es internacionalmente reconocido como el foro preeminente para la resolución de controversias en materia de Derecho de la Empresa.

Así las cosas, se puede dilucidar la importancia de derogar el precepto normativo del artículo 110 del Código de Comercio colombiano respecto al formalismo de elevar el acuerdo societario a escritura pública, así como el registro de la misma. Lo anterior de acuerdo a las razones previamente expuestas relativas al mejoramiento y aprovechamiento de las tecnologías ofrecidas en la actualidad. El permitir que el registro del acuerdo social se presente a través de un mensaje de datos propiciaría que Colombia se dé a conocer como un país destacado por promover estrategias flexibles y jurídicamente loables que surtan plenos efectos jurídicos de conformidad a las normas existentes.

## **CONCLUSIONES**

Teniendo claro lo expuesto a lo largo del presente trabajo, la oponibilidad del acuerdo societario de las sociedades reguladas por el Código de Comercio se presenta únicamente cuando se cumplen a cabalidad con todos los requerimientos previstos, a saber, el otorgamiento de la escritura pública, el registro mercantil en la Cámara de Comercio del domicilio social y en caso de presentarse aportes de bienes cuya enajenación esté sujeta a registro, el cumplimiento de dicha formalidad.

No obstante, en la actualidad existen diferentes instrumentos tecnológicos que pueden ser una herramienta de gran utilidad para el Derecho, como lo son los mensajes de datos, mediante el uso de estos es posible responder a diversas necesidades actuales de empresarios y comerciantes, además, de contribuir progresivamente a la adopción de mecanismos tecnológicos que potencialicen y faciliten el intercambio de información salvaguardando su autenticidad e integridad.

Teniendo claro que al concurrir los elementos esenciales del contrato de sociedad, así como los requisitos de validez, el contrato es plenamente eficaz y, que por su carácter consensual no se encuentra sometido a alguna formalidad para su perfeccionamiento, es viable sustituir la formalidad de la escritura pública contenida en el artículo 110 del Código de Comercio (1971) por la neo-formalidad del registro del mensaje de datos que contenga el acuerdo social, pues la escritura pública tiene como efecto dar personalidad jurídica a la sociedad más no convierte el contrato de sociedad en solemne. Por lo cual, el registro del mensaje de datos en la Cámara de Comercio del domicilio social de la sociedad, que contenga el acuerdo societario constituiría la sociedad y daría nacimiento a la persona jurídica, haciendo oponible dicho negocio jurídico a terceros.

Como se expone a lo largo del presente trabajo los Estados que conservan una tradición jurídico germánica y francesa en sus ordenamientos jurídicos mayoritariamente optan por el procedimiento dual para la constitución de sociedades, es decir, elevar el acuerdo social a escritura pública y realizar el registro de la misma, mientras que la mayoría de los Estados que tienen un ordenamiento jurídico basado en el common law permiten que el registro del acuerdo societario se presente mediante un mensaje de datos que se envía al registrador, por ello se observa mayor flexibilidad y agilidad.

La derogación normativa propuesta respecto del artículo 110 referente a elevar el acuerdo social a escritura pública para su posterior registro tiene como fin que dicha formalidad sea reemplazada por el registro de un mensaje de datos en donde conste el acuerdo societario, esto debido a la agilidad y eficiencia que esto implica, lo cual es atractivo y de suma utilidad para inversionistas extranjeros y comerciantes. Por otro lado, la figura jurídica de la oponibilidad se presenta por el registro del mensaje de datos que contiene el acuerdo societario en virtud de la validez del negocio jurídico conocido como acuerdo societario que se efectuó a través del registro de un mensaje de datos, en sujeción al principio de equivalencia funcional y a la regulación del mensaje de datos, que según el Código General del Proceso (2012) es un documento.

En conclusión, existen diversos ordenamientos jurídicos que propugnan por el uso de mensajes de datos como instrumentos para el registro del acuerdo social, generando así que se presente la oponibilidad del contrato de sociedad ante terceros, dicha figura jurídica es importante para el ordenamiento jurídico colombiano, pues conduciría a que este se encuentre a la vanguardia en el uso de herramientas tecnológicas y, por consiguiente, atraiga mayor inversión extranjera.

## **REFERENCIAS**

Banco Mundial (2020). *Doing Business*, Banco Mundial.  
<https://espanol.doingbusiness.org/es/reports/global-reports/doing-business-2020>

Camacho, J. (2017). *Obligaciones*. Pontificia Universidad Javeriana.

Castro Ruiz, M., Munar Cadena, P., Giraldo Bustamante, C., Pinzon Sanchez, J., Caro Nieto, J., Paredes Hernandez, A., Alvarez Gomez, M., Romero Sierra, R., Arrubla Paucar, Jaime., Gamboa Morales, L., Sanabria Gomez, A. y Prada Marquez, Y. (2018). *Derecho de las obligaciones, con propuestas de modernización*. Tomo II. Universidad de los Andes.

Código de Comercio Colombiano, [C.Co.] Secretaria de Senado.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html)

Code de commerce de Francia. Partie législative Livre II : Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique. Titre II : Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales. Chapitre V : Des sociétés anonymes. Section 1 : De la constitution des sociétés anonymes. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006223417/2000-09-21/#:~:text=Article%20L225%2D2,-Le%20projet%20de&text=Les%20personnes%20d%C3%A9chues%20du%20droit,interdit%20ne%20peuvent%20%C3%AAtre%20fondateurs>.

Companies Act of New Zealand (1993). New Zealand Legislation.  
<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0105/latest/DLM319570.html>

Constitución Política de Colombia de [C.P]. (1991). Secretaria de Senado.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Corte Constitucional. (24 de mayo de 2017). Sentencia C-345 de 2017. [M.P. Linares Cantillo, A. Guerrero Perez, L. Bernal Pulido, C. Cepeda Amarís, J. Escrucería Mayolo, I. Lizarazo Ocampo, A. Ortiz Delgado, G. Pardo Schlesinger y C. Rojas Rios, A.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (noviembre 30 de 1994). Sentencia Rad No. 4025. [M.P. Hector Marin Naranjo. y los magistrados Lafont Pianetta, P. Bechara Simancas N. Castillo Rugeles, J. Jaramillo Schloss, C y Romero Sierra, R

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (abril 19 de 2017). Sentencia SC9184. [M.P. Ariel Salazar Ramírez, G.E. y los magistrados Rico Puerta, L. Cabello Blanco, M. Quiroz Monsalvo, W. y Tolosa Villabona, L.

Decreto 2155 de [Gobierno de Colombia]. Por el cual se reestructura la Superintendencia de Sociedades. 30 de diciembre de 1992.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77502>

Decreto 960 de [Gobierno de Colombia]. Por el cual se expide el Estatuto de Notariado. 20 de junio de 1970. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0960\\_1970.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0960_1970.html)

Decreto – Ley 663 de [Gobierno de Colombia]. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. 02 de abril de 1993.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1348>

Decreto No. 67- 236 de 1967. De las sociedades comerciales. 23 de marzo de 1967.  
<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000006340599/2006-12-12/#LEGIARTI000006340599>



Dulzaides, M. y Molina, A. (2004) *Análisis documental y de información: dos componentes de un mismo proceso*. Acimed, 12(2). <http://eprints.rclis.org/5013/1/analisis.pdf>

Durán Vinazco, R. (2018). *Las Transferencias Electrónicas de Fondos–TEF-en Colombia: Análisis de la responsabilidad contractual del establecimiento bancario según la jurisprudencia de la delegatura jurisdiccional de la Superintendencia Financiera de Colombia*. Departamento de Derecho, Universidad Nacional de Colombia.

Flores, J. G., Gómez, G. R., & Jiménez, E. G. (1999). *Metodología de la investigación cualitativa*. Aljibe.  
[http://www.catedranaranja.com.ar/taller5/notas\\_T5/metodologia\\_investig\\_cap.3.pdf](http://www.catedranaranja.com.ar/taller5/notas_T5/metodologia_investig_cap.3.pdf)

Fortich, S. (2011). Una nota sobre formación y formalismo del contrato electrónico. *Revista de Derecho Privado*, (20). 347-357.  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2896/2537>

Hill, J. (1989). Comparative Law, Law Reform and Legal Theory. *Oxford Journal of Legal Studies*, 9(1), 101-115. [www.jstor.org/stable/7643402](http://www.jstor.org/stable/7643402)<sup>nd</sup> Review: Comparative Law, Law Reform and Legal Theory Reviewed Work(s): An Introduction to Comparative Law by Konrad Zweigert and Hein Kötz Review by: Jonathan Hill

Hinestrosa, F. (2010). Eficacia e ineficacia del contrato. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (20).

Hinestrosa, F. (2015). *Tratado de las Obligaciones II: Negocio Jurídico II*. Universidad Externado.

Código de Delaware, (2020) Capítulo I, título 8. State of Delaware. The oficial website of the Fist State <https://delcode.delaware.gov/>

Ley 222 de 1995, 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.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0222\\_1995.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0222_1995.html)

Ley 1014 de 2006, De fomento a la cultura del emprendimiento.  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1014\\_2006.html#22](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1014_2006.html#22)

Lombana, A. T. (2004). *Manual de obligaciones: el acto o negocio jurídico y otras fuentes de las obligaciones*. (6 ed.) Ediciones Doctrina y Ley.

López Medina, D. (2015). El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 13(26), 117-160. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il15-26.ndcm>

Madrid Parra, A., Peña Valenzuela, D., Zubieta Uribe, H., Pérez, M. y Burgos Puyo, A. (2003). *El contrato por medios electrónicos*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Martínez, N.H. (2014). *Catedra de Derecho Contractual Societario*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.

Morán, G. M. (2002). *El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico*. 507. Anuario da Facultade de Dereito <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2179/AD-6-25.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Morton, H. (2019). *Blockchain 2019 Legislation: National Conference of State Legislatures*. <https://www.ncsl.org/research/financial-services-and-commerce/blockchain-2019-legislation.aspx>

Moreno Giraldo, E. (2020). *Aproximaciones al principio de oponibilidad de los negocios jurídicos en el derecho colombiano* (Doctoral dissertation, Universidad EAFIT).

Olabuénaga, J. I. R. (2012). *Metodología de la investigación cualitativa* (Vol. 15). Universidad de Deusto. <https://books.google.es/books?id=WdaAt6ogAykC&printsec=copyright&hl=es#v=onepage&q&f=false>

Ortiz, A. (2016). *Manual de obligaciones*. Bogotá, Colombia: TEMIS.

Fernández, G. O., & Acosta, E. O. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Librería Temis Editorial.

Pinzón. Sociedades comerciales. Editorial Temis. Vol I. Bogotá. Colombia. 1977. pág. 40- 41

Proyecto de ley 002 de 2017. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2017-2018/842-proyecto-de-ley-002-de-2017>

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>

Reitz, J. (1998). How to Do Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 46(4), 617-636. doi:10.2307/840981 <https://www.jstor.org/stable/i234874>

Reyes, F. (2016). *Derecho societario I*. Bogotá, Colombia: TEMIS.

Valencia Zea, *Derecho Civil*. Editorial Temis. Tomo II. Bogotá. Colombia. 2015.

Tinianow, A. (2017). Harvard Law School Forum on Corporate Governance: Delaware Blockchain Initiative. <https://corpgov.law.harvard.edu/2017/03/16/delaware-blockchain-initiative-transforming-the-foundational-infrastructure-of-corporate-finance/>

Ulloa, M. F. R. (2014). Importancia del Derecho Comparado en el siglo XXI. [https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/Articulo\\_de\\_Investigacion\\_Juridica.pdf](https://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/Articulo_de_Investigacion_Juridica.pdf)