

CAPACIDAD LEGAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO ACCIONISTAS EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (S.A.S.)

Sara Castro Trujillo¹

Resumen

La Sociedad por Acciones Simplificada, regulada en la Ley 1258 de 2008, surgió debido a un proceso de modernización societaria, que rompió con el estricto formalismo de las sociedades tradicionales y creando un nuevo tipo societario caracterizado por la flexibilidad, limitación de responsabilidad y prevalencia de la autonomía de la voluntad en su proceso de constitución y regulación. El cual, analizado sistemáticamente con la Ley 1098 de 2006 “*Código de la Infancia y la adolescencia*”, demostró que actualmente la legislación colombiana consagra expresamente la habilitación de la capacidad legal de los adolescentes, para participar como accionistas en la sociedad por acciones simplificada, sin intervención de tutor o curador, garantizando el principio de interés superior.

Para obtener esta conclusión, se estudiaron tres temas: (i) La sociedad por acciones simplificada; (ii) el concepto de niño, niña y adolescente y capacidad legal; y (iii) el derecho de asociación y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; basándome en la información contenida en fuentes bibliográficas, hermenéuticas y digitales, con el objetivo de armonizar el tratamiento dado a estos sujetos de derecho con la legislación societaria mediante la combinación de diversos métodos investigativos, como el jurídico, el hermenéutico y el sistémico.

¹ Egresada no graduada del programa del programa de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín (Colombia). Correo electrónico: scastrosvp@gmail.com.

Palabras claves

Sociedad por acciones simplificada, niños, accionista, capacidad legal.

Legal capacity of children and adolescents as shareholders in the society By Simplified Stock (SAS)

Abstract

The Stock Company Simplified, regulated in the Law 1258 of 2008, arose because of a process of societal modernization, which broke with the strict formalism of traditional societies and creating a new corporate type characterized by flexibility, limitation of liability and prevalence of the autonomy of the will in the process of its constitution and regulation. Which, systematically analyzed with the Law 1098 of 2006 "Code of Childhood and Adolescence", showed that currently the Colombian legislation expressly enshrines the empowerment of the legal capacity of adolescents, to participate as shareholders in the company by simplified actions, without the intervention of tutor or curator, guaranteeing the principle of best interests.

To obtain this conclusion, we studied three themes: (i) The simplified actions by society; (ii) the concept of the child and adolescent and legal capacity; and (iii) the right of association and the best interests of children and adolescents; based on the information contained in bibliographic sources, hermeneutical and digital, with the aim of harmonizing the treatment given to these subject of law with the law corporate through the combination of various research methods, such as the legal, the hermeneutic and the systemic.

Keywords

Simplified stock company, children, stockholder, Legal capacity.

Introducción

Luego de siete (7) años de haberse expedido la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se creó en Colombia la Sociedad Por acciones Simplificada, las opiniones han sido uniformes al afirmar que se está en presencia de un tipo societario revolucionario que sustituye los demás existentes en Colombia y se convierte en el modelo empleado por excelencia en el tráfico de las relaciones comerciales; lo anterior, debido a su estructura flexible y la prevalencia que otorga a la autonomía de la voluntad, pues esta sociedad está regulada por las normas imperativas de las S.A.S y lo previsto en los estatutos sociales y sólo en caso de vacíos se acude a la remisión que consagra el artículo 45 a las normas de la anónima y las normas generales del Código de Comercio, siempre que por vía estatutaria no se haya estipulado algo diferente.

Así las cosas, la flexibilización en la configuración de la sociedad por acciones simplificadas y el protagónico respeto a la autonomía de la voluntad, permite la creación de nuevas y revolucionarias clases de acciones, causales de exclusión de responsabilidad; régimen propio de actos, prohibiciones, acuerdos de accionistas y aplicación de otras prerrogativas exclusivas de esta sociedad e impensables en los tipos societarios consagrados en el Código de Comercio. Hecho este, que al analizarse sistemáticamente con la Ley 1098 de 2006 y el reconocimiento se hace de la capacidad de los niños y adolescentes como sujetos titulares de derechos y obligaciones, abre la puerta a la posibilidad de que los adolescentes (aquellos entre los 12-18 años), puedan ser accionistas de una sociedad por acciones simplificadas, sin necesidad de estar representados por un tutor y/o curador, sin que ello per se implique la vulneración de sus derechos fundamentales y contrario sensu sea una garantía de prevalencia del interés superior del menor.

Lo anterior, es factible en Colombia en primer lugar, porque a nivel legal y jurisprudencial ha ocurrido un cambio en la concepción tradicional de los niños y adolescentes, lo que ha dado pie al desarrollo de la figura de habilitación parcial de la capacidad legal o capacidad progresiva para obrar de estos menores. En segundo lugar, se permite la creación de diferentes tipos de acciones con prerrogativas y características especiales por vía de las cuales puede garantizarse con certeza la prevalencia del interés superior del menor y sus derechos fundamentales; y por último, en razón de la primacía constitucional de los derechos de los niños y adolescentes y lo que se prevé en materia de derecho de asociación y medidas de protección de sus interés, que estos sean accionistas de la sociedad no representa un factor de riesgo para estos y sus intereses de conformidad con el test de proporcionalidad.

En el presente análisis, no se hará especial énfasis en la capacidad de los niños y niñas (entre un año y 11 años once meses) y aquellos en situación de discapacidad, para ser accionistas en la S.A.S. pues según lo estipulado en la Ley 1098 de 2006, bloque de constitucionalidad y jurisprudencia de las Altas Cortes sobre la materia, existe unanimidad en señalar que son incapaces absolutamente según la ley para ejercer por sí mismos derechos y obligaciones, debido a que no cuentan con el suficiente juicio y discernimiento y se podría con ello vulnerar principios, derechos y normas de carácter constitucional, legal, tratados internacionales e incluso el precedente judicial.

No obstante lo anterior, el análisis previsto y la posibilidad que se afirma existe en la sociedad por acciones simplificadas, debe ser analizada y materializada de un modo racional, proporcionado, ponderado y justificado legítimamente con miras a que el proceso de modernización y evolución del derecho societario garantice la seguridad jurídica y el respeto de los derechos

fundamentales de los niños, niñas y adolescentes y con esto prevenir el abuso del derecho y la aplicación e interpretación errónea de las normas a casos concretos.

Sin embargo, en poco tiempo puede que se consagre expresamente que los adolescentes son capaces legalmente para ser accionistas en sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y demás tipos societarios que limiten la responsabilidad patrimonial de sus asociados, sin que tengan para ello necesidad de comparecer representados por un tutor o curador; pues desde el mes de agosto, se encuentra en la secretaría de la Cámara de Representantes, radicado por iniciativa de la Superintendencia de Sociedades, el Proyecto de Ley 70 de 2015, por medio del cual se busca que se aplique la flexibilidad reservada a la sociedad por acciones simplificadas en materia de formación, funcionamiento y responsabilidad a todos los tipos societarios existentes en Colombia.

Este artículo se dividirá en tres partes. La primera abordará la sociedad por acciones simplificada. La segunda, el concepto de niño, niña y adolescente y capacidad legal. La tercera, el derecho de asociación y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes; todo ello, estudiado a la luz de lo previsto Ley 1098 de 2006 *“Código de la Infancia y la Adolescencia”*, Ley 1258 de 2008, bloque de constitucionalidad, doctrina, proyecto de ley 70 de 2015, jurisprudencia y demás normas concordantes. Y por último, se presentarán las conclusiones principales del trabajo.

Para el desarrollo de la temática del presente artículo, se combinaron diferentes métodos y técnicas tradicionales de investigación, entre los que se encuentran, el método histórico, el descriptivo, el hermenéutico, analítico-sistémico, el deductivo, el de integración, el jurídico y el denominado comparativo; ello pues el objeto de conocimiento, en el derecho es equívoco, incluso llega a confundirse con su propio objeto de estudio; hecho este que implica que no pueda emplearse de forma unívoca un solo método de investigación para identificar,

individualizar, clasificar, registrar, interpretar y armonizar las diferentes normas y construcciones que hacen parte del ordenamiento jurídico. Esto justificado en el hecho de que al abordar el estudio del derecho, se descubre que como bien cultural posee particularidades específicas propias de cada comunidad, susceptibles de variaciones e interpretaciones infinitas que implican un proceso de evaluación y renovación constante. La información se obtuvo principalmente de fuentes bibliográficas, hermenéuticas y digitales.

I. La sociedad por acciones simplificada.

La entrada en vigencia de la ley 1258 de 2008 “*Por medio de la cual se creó la Sociedad por Acciones Simplificada*”, impactó profundamente el derecho societario nacional, el cual se encontraba anquilosado en normas que cumplen más de 40 años y cuyas actualizaciones han resultado escasas frente a realidades en el gobierno corporativo que hacían injustificadas algunas de las prohibiciones y limitaciones en las regulaciones estatutarias (Sanín Bernal, 2010, pp. 47 y 48). La regulación de la Ley de Sociedad por Acciones Simplificadas, permiten hablar de una verdadera autonomía de la voluntad por parte de los asociados que lo conformación de su estructura societaria (Mendoza, 2010, pp.26-35)² y regresar al concepto de sociedad contrato (Reyes, 2010, p. XIV) (Citada en León Robayo, Edgar Iván. Córdoba Santacruz, Ángela. 2011, p. 290). Ahora bien, las normas de este tipo societario introdujeron una multiplicidad de facultades e instituciones verdaderamente innovadoras e impensables en las sociedades tradicionales, como por ejemplo suscripción de acuerdo de accionistas, creación de diferentes clases y series de acciones con prerrogativas y derechos especiales, causales de exclusión de accionistas, garantía de derechos y aportes de los accionistas, entre otros.

² El autor incluso se refiere a la desaparición de los tipos rígidos de sociedad regulados por el Código de Comercio, no solamente por el desuso sino a través de su derogatoria expresa. (Mendoza, 2010, p. 34).

En la sociedad por acciones simplificada son los accionistas quienes se encargan de determinar los parámetros y normas que regirán a la sociedad por acciones simplificada, propiciando con ello mayor autonomía en el interior de la sociedad, celeridad en los procesos y agilidad en la toma de decisiones que les competen, siempre que esto no vaya en contra de la ley o derechos ajenos, lo que sin lugar a cuestionamientos es una exigencia del comercio internacional.

No obstante ello, existe en la S.A.S. la exigencia de que se cumplan con normas de carácter imperativo, principalmente las relacionadas con la capacidad y los elementos de la naturaleza y esencia de los actos y negocios jurídicos; por ello, pese a que en la Ley 1258 de 2008, no define expresamente que ha de entenderse por capacidad para ser accionista, debemos remitirnos a la distinción tradicional entre la capacidad de goce y la de ejercicio.

Se entiende por capacidad de goce, la facultad para ser sujeto de derecho, la cual es plena y se adquiere por el sólo hecho de ser persona, sin limitación alguna; y por capacidad de ejercicio, la capacidad legal para ser titular de derechos y obligaciones y ejercerlos por sí mismo válidamente; esta última, que a la luz del derecho de los niños y adolescentes, se entiende cómo protección especial de los derechos e intereses de las personas menores de 18 años.

En Colombia los niños y adolescentes han sido considerados legalmente incapaces, sin embargo, esta incapacidad no es categórica puesto que dentro de la misma legislación se han concretado excepciones atendiendo a criterios como la edad, el grado de afectación y/o provecho que reporta determinado negocio al patrimonio de menor de 18 años y el grado de madurez, juicio y discernimiento. Hecho que se ratifica totalmente, con lo previsto en el artículo tercero de la Ley 1098 de 2006 en el cual el legislador para efectos de capacidad distingue entre a) “Niño o niña” para referirse a las personas entre los 0 y los 12 años; y b)

“Adolescentes” para referirse a las personas entre los 12 y 18 años de edad.

La ley 1098 de 2006, es un ejemplo claro de esta circunstancia, en su artículo 32 expresamente otorga capacidad legal a los adolescentes para ejercer el derecho de asociación y reunión, formando parte de todo tipo de asociaciones legales con fines lícitos, inclusive hacer parte de los órganos directivos, promover y constituir asociaciones; otorgando validez, eficacia y plenos efectos jurídicos a los actos, negocios y decisiones adoptadas por los adolescentes menores adultos en ejercicio de su actividad asociativa, bajo la condición de que *“no afecten negativamente su patrimonio”*, es decir que en las mismas prevalezca el interés superior de ellos.

En términos similares, se ha pronunciado la Superintendencia de Sociedades al afirmar que “Ahora bien, respecto de los incapaces como socios, dispone el artículo 103 del Código de Comercio: *“Los incapaces no podrán ser socios de sociedades colectivas ni gestores de sociedades en comandita. En los demás casos, podrán ser socios, siempre que actúen por conducto de sus representantes o con su autorización”*³ (Concepto 220-085101 del 08 de Julio de 2013). Esta limitación tiene razón de ser en la concepción tradicional de los

³ Los menores de 18 años, como incapaces que son, no pueden ser socios en sociedades colectivas ni gestores en sociedades en comanditas, pero sí pueden participar como asociados en sociedades anónimas. Por lo anterior, un menor de edad puede poseer acciones y ser asociado de algunas sociedades comerciales siempre que sea representado legalmente. Al ser válido para los menores de edad poseer acciones de algunas sociedades, esto le da el derecho a participar por el capital societario “Frente a la participación de los incapaces relativos e impúberes en el capital de las sociedades, tenemos que los primeros pueden vincularse con autorización y los segundos solo pueden hacerlo por intermedio de sus representantes legales, y en ambos casos, siempre y cuando la vinculación no conlleve a que se comprometa ilimitadamente su responsabilidad. Frente a la participación de los incapaces relativos e impúberes en el capital de las sociedades, tenemos que los primeros pueden vincularse con autorización y los segundos solo pueden hacerlo por intermedio de sus representantes legales, y en ambos casos, siempre y cuando la vinculación no conlleve a que se comprometa ilimitadamente su responsabilidad” (Concepto 220-085101 del 08 de Julio de 2013).

menores de 18 años como incapaces y la necesidad de que no se compromete ilimitadamente su responsabilidad en las obligaciones sociales.

Entre lo previsto en la Ley 1098 de 2006 y El Código de Comercio en materia de capacidad legal para que un niño adolescente pueda ser socio o accionista en una sociedad, existe una contradicción aparente pues si se interpretan sistemáticamente dichas normas ambas tienen la misma finalidad, proteger y garantizar la prevalencia del interés superior del menor y la conservación de su patrimonio; además, este concepto se refiere a la participación del niño o adolescente en las sociedades reguladas en el código, en las cuales por su estructura rígida no permiten pese a que el Código de la Infancia y la Adolescencia lo autorice expresamente que se reconozca la habilitación de la capacidad legal de los adolescentes para ejercer su derecho de asociación y reunión sin estar representado por tutor o curador, lo que es totalmente posible en la S.A.S.

El eje central de la S.A.S. son las acciones y la posibilidad que prevé para la creación de diferentes clases de estas por vía estatutaria al momento de la constitución o de forma posterior, sobre el particular Leal Pérez en su obra Derecho de Sociedades Comerciales ha dicho que *“La acción es el centro de gravedad de la sociedad por acciones”* (Citado en González Benjumea, 2012, p.52), las cuales por disposición expresa del legislador no podrán ser negociadas en el mercado público de valores y serán siempre nominativas. En el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, se enumeran diferentes clases de acciones que pueden ser creadas en esta sociedad en particular, a saber, las ordinarias, las privilegiadas, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, con dividendo fijo anual y acciones de pago, sin embargo esta lista no es taxativa pues el legislador aclara que podrán crearse diferentes tipos y series de acciones privilegiando así

ejerciendo la autonomía de la voluntad y *“el libre albedrío de los accionistas en la creación de acciones”* (González Benjumea, 2012, p. 54).⁴

Por vía de la creación de diferentes clases y series de acciones se replantea la concepción tradicional según la cual *“todos los asociados participan en igual forma en las utilidades y pérdidas que experimenta la compañía”* (Reyes Villamizar, 2010, p.85), así por vía de un tipo especial de acciones se puede garantizar a su titular la adjudicación de dividendos invariables y fijos independientemente de los resultados del ejercicio social; la no participación y responsabilidad en pérdidas de la compañía; pérdida de su calidad de accionista en caso de que la sociedad se encuentre inmersa en una causal de disolución y liquidación con reembolso preferente de su aporte antes de que se declare dicho estado, entre otras previsiones que podrán estipularse y dependerán de las necesidades particulares de cada tipo societario y accionistas.

Ahora bien, la responsabilidad de los accionistas en la S.A.S. siempre estará limitado al monto de su aporte, incluso no responderá por las obligaciones fiscales, laborales o de cualquier otra índole por las que deba responder la sociedad salvo la excepción prevista en el artículo 42 de esta ley, a saber, la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, en donde se traslada el riesgo de los accionistas a los terceros acreedores⁵.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 865 de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, ratifica la limitación de responsabilidad en materia societaria

⁴ Se reitera: la libre imaginación del o de los accionistas constituyentes suple la voluntad del legislador. Se deja al libre albedrío de los accionistas la creación de clases de acciones, con el fin de que utilicen las que consideren pertinentes para el desarrollo de su objeto social. Se busca también con esto brindar un alivio a la prohibición de negociación de acciones en el mercado público de valores.(González Benjumea, Humberto, 2010, p. 54).

⁵ Con razón afirma Richard Posner en su notable tratado sobre derecho y economía que *“la responsabilidad limitada en las sociedades no es un sistema de eliminar los riesgos del fracaso empresarial, sino un mecanismo para transferir ese riesgo de inversionista individual a los acreedores voluntarios o involuntarios de la sociedad. Son ellos quienes asumen los riesgos de falencia de la empresa”*. (p.102)

en los siguientes términos *“Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al Derecho y al estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica”* (Citada en Reyes Villamizar, 2010, p.105).

En ese orden de ideas, en materia de responsabilidad de los accionistas en la sociedad por acciones simplificadas desde el momento mismo de su constitución puede se pueden adoptar las previsiones legales idóneas para garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales e interés superior de los niños y adolescentes y la no afectación de sus intereses desde ninguna perspectiva, especialmente la patrimonial y dar estricto cumplimiento a la exigencia del artículo 32 de la Ley 1098 de 2006 *“Por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y Adolescencia”*, de garantizar la no afectación negativa de su patrimonio como condición para que los adolescentes menores adultos cuenten con capacidad legal (habilitada) para ejercer válidamente su derecho de asociación y reunión.

La Sociedad por Acciones Simplificada, es el modelo por excelencia en el cual los adolescentes menores adultos pueden ejercer válidamente su derecho de reunión y asociación, en virtud de la habilitación de capacidad que les otorga la ley pues está garantiza a través de diferentes previsiones y acciones que no causarán afectaciones al patrimonio de estos últimos en caso de que se presenten pérdidas o se decrete la disolución y liquidación de la sociedad, independientemente de la causa que las origine.

II. El concepto de niños, niñas y adolescentes y su capacidad legal.

En Colombia tradicionalmente se ha considerado al menor de 18 años como incapaz salvo algunas excepciones previstas por la ley, no obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 1098 de 2006 se dio un cambio en la concepción tradicional de los menores de 18 años y por ello en dicha regulación no se habla de menores sino de niños, niñas y adolescentes como sujetos integrales titulares de derechos, pues lo que se buscaba era armonizar lo previsto en el ordenamiento jurídico con las normas constitucionales y los tratados y convenios internacionales en especial con lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los derechos del niño.

De conformidad con el cambio de concepto sobre los niños y adolescentes, se ha reconocido que estos son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones con capacidad para obrar aunque un poco limitada o restringida en virtud de la protección reforzada de sus intereses y la garantía de sus derechos fundamentales; es decir, por vía legal y jurisprudencial se ha reconocido que los adolescentes menores adultos *“puede realizar válidamente una serie de negocios jurídicos, que en ocasiones se establecen expresamente por ley; o esta le atribuye, en otras una capacidad genérica”*⁶ (Montejo Rivero, Jetzabel Mireya. (2012). P. 26).

Acorde con lo anterior y la protección reforzada de los derechos de los menores de 18 años, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 3 establece que *“Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el*

⁶ Doctrinalmente, defienden esta postura, entre otros; O’Callaghan quien supone *“es incuestionable que el menor puede realizar válidamente una serie de negocios jurídicos, que en ocasiones se establecen expresamente por ley; o esta le atribuye, en otras una capacidad genérica. Ante ello, o bien se le considera que carece de capacidad, pero excepcionalmente se le concede para la realización de ciertos actos, o bien se le reconoce un limitado campo de actuación”* (pos., cit. López, 2001). (Montejo Rivero, Jetzabel Mireya. (2012). P. 26).

artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”; esta norma remite a lo que prevé el Código Civil en el artículo 34, a saber *“Llámanse infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, que no ha cumplido catorce años ; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”*.

En razón de lo previsto por el Código de Infancia y adolescencia, la Ley 1306 de 2009, modificó el artículo 34 del Código Civil, se estableció que (i) el impúber, es el niño que no ha cumplido los 12 años, y (ii) el púber, el adolescente, aquel que oscila entre los 12 y 18 años; en cuanto a los púberes se refiere, en el artículo 1503 del Código Civil se establece que *“Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”*, así habrá incapaces absolutos y relativos; serán absolutamente incapaces para celebrar actos y negocios jurídicos, los impúberes, y relativamente incapaces, los menores adultos, pero se hace la salvedad de que los actos o negocios celebrados por estos pueden tener valor en ciertas circunstancias previamente establecidos en la ley o si se les ha otorgado la habilitación de la edad o capacidad a los púberes que los celebran. Es por esto, que se ha dicho que la presunción de incapacidad en Colombia es legal⁷ ya admite prueba en contrario, y mientras no exista declaratoria de un juez u otro operador jurisdiccional en este se presumirá válido desde todos los puntos de vista y producirá plenos efectos legales, pero estará viciado de nulidad y será anulable. No obstante ello, la causal de anulabilidad sino

⁷ Es dable apuntar, la ley colombiana aunque establece una presunción legal en el sentido de que todo menor de edad es incapaz; esta presunción admite prueba en contrario, y pueden encontrarse menores habilitados para realizar ciertos actos y negocios jurídicos; son ejemplos, la capacidad para otorgar testamento y la facultad para administrar el peculio profesional, reconocida a los menores de 18 y mayores de 12 años. (Montoya Osorio & Montoya Pérez, 2010).

se demanda dentro del tiempo establecido por la ley sustancial se subsana bien por el paso del tiempo o la ratificación.

Ahora bien, analizando la diferenciación que se hace entre los niños y adolescentes y la capacidad de estos, se ratifica que esta obedece a la necesidad y obligación legal de dar estricto cumplimiento al deber de protección y prevalencia de interés superior del menor de 18 años; circunstancia que constituye un típico caso de discriminación en sentido positivo⁸, plenamente justificada pues el estado, la familia y la sociedad como *“corresponsables en su atención, cuidado y protección”*⁹, deben velar porque las normas y mecanismos que establece la ley para la protección de los derechos de los niños y adolescentes se apliquen estrictamente y en casos particulares se les respete la habilitación de la capacidad que les otorga la ley y la jurisprudencia para celebrar actos o negocios jurídicos válidos, siempre y cuando cumplan los requisitos señalados para tales efectos.

Por esto, se ha dicho en los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales que la capacidad de los niños y adolescentes presenta dos dimensiones, por un lado, como la facultad para ser sujetos titulares de derechos, y por el otro, la

⁸ El derecho a la igualdad se predica, para su exigencia, de situaciones objetivas y no meramente formales. En otras palabras, el derecho mencionado debe valorarse a la luz de la identidad entre los iguales y de diferencia entre los desiguales. Así entonces, una norma jurídica no puede efectuar regulaciones diferentes ante supuestos iguales, aunque puede hacerlo si los supuestos son distintos. Esta manera de concebir el derecho a la igualdad, desde su visión material, evita que el mismo derecho sea observado desde una visión igualitarista y meramente formal. Situación anterior que sería contraria a la Constitución a la luz del artículo 13: “... El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados... “. (Corte Constitucional. 2006. Sentencia C-667, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería).

⁹ La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado. No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. (Artículo 10, Ley 1098 de 2006).

capacidad, estrictamente limitada entendida como protección reforzada de los derechos e intereses de los menores de 18 años¹⁰. Y dado a ello ha surgido recientemente, la teoría de la capacidad legal progresiva de los niños y adolescentes, para celebrar actos y negocios que no impliquen una afectación grave de sus intereses o daño a su patrimonio.

El concepto de la capacidad legal progresiva de los niños y adolescentes, dependiendo de la edad se ha abierto paso gracias al desarrollo y análisis sistemático del ordenamiento jurídico y la posibilidad de determinar el grado de madurez gracias a la sicología como criterio auxiliar de interpretación del derecho, pues debido a ello, es que se conoce con certeza si el niño o adolescente posee el suficiente juicio y discernimiento para disponer de su patrimonio sin la intervención de terceros.

Sin embargo, este método de determinación de capacidad presenta un vacío, no entrega criterios objetivos que permitan determinar más allá de duda que actos por se pueden realizar válidamente estos sujetos; hecho que ha suscitado

¹⁰ La primera basada en la aptitud de ser sujeto de derechos. Esto es la titularidad de prerrogativas que en nuestro Estado social de derecho se adjudican en cabeza de menores de edad por el sólo hecho de serlo. En este sentido su capacidad es plena y deviene de su condición, sin requisito alguno que la limite. A su vez, esta capacidad de derecho se encuentra configurada constitucionalmente como protección especial, a partir del principio de interés superior del menor, en los artículos 44 y 45 de la Carta. También, las normas internacionales ratificadas por Colombia sobre Derechos Humanos, amplían el marco tanto de la capacidad de derecho, como de la especial protección de que son titulares. (Corte Constitucional. 2005. Sentencia C-534).

Quiere decir lo anterior que la capacidad de derecho de la cual gozan los menores de edad, que a su vez prescribe - tal como se explicó- la protección reforzada de los derechos de que son titulares, determina la restricción de su capacidad de ejercicio en aras de la necesidad de cuidar reforzadamente sus intereses. Por ello, para la Corte las instituciones de la incapacidad y la nulidad en la actividad jurídica de menores de edad, se presentan como instituciones protectoras de éstos. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF. 2014. Concepto 78 del 9 de Junio).

un sin número de interpretaciones, teorías y pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, que han sido unánimes en señalar que esta lista no es taxativa y que existen otras circunstancias en las que los niños y adolescentes gozan de capacidad legal para actuar, pero deben ser analizadas en el caso concreto.

En nuestra legislación se ha previsto que los adolescentes púberes menores adultos están habilitados para celebrar dentro del tráfico jurídico el contrato de matrimonio, el otorgamiento de testamento y la administración de los bienes y recursos que obtenga como consecuencia de su peculio profesional, entre otros¹¹. Todos estos actos a los que se hizo referencia tienen en común que sólo los pueden realizar válidamente los adolescentes púberes menores adultos (aquellos entre los 14 y los 18 años), pues se entiende que en esta edad los adolescentes poseen suficiente juicio y discernimiento para ser conscientes de las implicaciones que trae consigo sus actuaciones y de conformidad con ello deciden hacerlo.

Sin embargo, que a los adolescentes menores adultos por disposición de la ley o la jurisprudencia se les otorga habilitación de la capacidad en casos

¹¹ Por lo anterior se establecen excepciones a la incapacidad del menor adulto, entre las cuales pueden señalarse su habilidad para: i) otorgar testamento; ii) contraer matrimonio; iii) reconocer un hijo natural o extramatrimonial; iv) puede celebrar capitulaciones matrimoniales; v) puede adquirir la posesión de bienes muebles e inmuebles; vi) Puede dar su consentimiento para la adopción de un hijo suyo. (...) En esa misma línea argumentativa la Corte Constitucional en sentencia [T-1021/03](#) concluye: "los menores, no son propiedad de sus padres, sino que, antes bien, estos son responsables de su formación y desarrollo, buscando que se conviertan en sujetos libres y con capacidad de elección. En este orden de ideas, cuando el menor tiene un grado apreciable de autonomía, los padres, en cumplimiento estricto de los derechos fundamentales a los que se hizo referencia, no están habilitados para decidir por su hijo en la práctica de procedimientos médicos que afectan en grado sumo su identidad sexual y, por ende, su propia opción de vida". Es decir que la capacidad no es igual para todos los menores, toda vez, que los infantes al ser incapaces absolutos siempre requieran de la representación de sus padres o representantes legales y en el caso de los menores adultos, la capacidad de autodeterminación es relativa, y su consentimiento debe tenerse en cuenta. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF. 2010. Concepto 50972 del 20 de Diciembre).

particulares, no implica de por sí que deje de ser incapaz relativo o adquiera capacidad total para crear, modificar o extinguir relaciones en las que deba intervenir de forma autónoma y voluntaria; dado que esta facultad esta reglada, nunca podrán ejercer en virtud de esta habilitación los derechos personalísimos¹², ni actos o negocios que tengan objeto o causa ilícita o se desarrollen sin el cumplimiento de las formalidades que la ley prevé para su perfeccionamiento, así lo contempla el artículo 1741 del Código Civil, que prescribe:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...”

Además de ello, no puede el Estado, la familia y la sociedad entender que para los demás casos no señalados como típicos de habilitación de la capacidad legal los adolescentes menores adultos son absolutamente incapaces para intervenir activamente en las decisiones que los afectan pues en primer lugar, se estaría vulnerando, amenazando o violando el derecho del menor a ser escuchado; en segundo lugar, se contrariaría la finalidad de protección reforzada de estos sujetos al no garantizar el respeto de sus derechos fundamentales; y por último, y quizá el más grave no se materializaría el principio de prevalencia del interés superior de los niños y adolescente¹³, conllevando a decisiones arbitrarias

¹² Autores argentinos ofrecen valiosos criterios para ilustrar el alcance del principio de autonomía progresiva y su trascendencia en el ejercicio de los derechos personalísimos del niño; con tal propósito, exponen el concepto de competencia proveniente del campo de la bioética. Cfr. Krasnow, A. (2011); Minyersky, N. & Herrera, M. (2007); Gil Domínguez, A., Famá María V. y Herrera, M. (2006); Lloveras, N, & Faraoni, F. (2010). (Montejo Rivero, Jetzabel Mireya. (2012). p. 28)

¹³ En doctrina española, añade Villagrasa (2010) “el interés del niño no es un concepto pacífico sino que es objeto de múltiples y muy diversas controversias que tienen influencia en su eficacia práctica” En estrecha vinculación Linacero (2003) opina, sólo la casuística puede perfilar el concepto indeterminado del “interés del menor.” En tal sentido, ofrece las pautas siguientes: 1. La noción del interés del menor partiendo de su carácter abstracto y genérico debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989. 2. Límites a la discrecionalidad del juzgador. a) la racionalidad en la apreciación de los hechos; b)

y contrarias al derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁴, que está íntimamente relacionado con la capacidad que tienen los individuos para intervenir y decidir autónomamente sobre las cosas que los afectan, hecho manifiestamente contrarias a la constitución y la ley.

Una vez analizados los conceptos de niños y adolescentes y capacidad legal, armonizados con lo previsto en la Ley 1098 de 2006, tratados internacionales ratificados por Colombia y regulación societaria, podemos afirmar que las normas no son contradictorias entre sí y que las dudas interpretativas que se pueden generar en torno al tema son aparentes, toda vez que tienen como finalidad garantizar los derechos fundamentales de estos sujetos y velar por la prevalencia del interés superior del menor. Acorde con ello, se concluyen tres premisas fundamentales en materia de capacidad de los niños y adolescentes, que deben ser respetadas en todos los campos del derecho y las relaciones humanas, a saber:

1. Los niños y niñas (personas entre 0-12 años), son absolutamente incapaces para realizar actos y negocios jurídicos, incluyendo el ser accionistas de una

Evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual y material del menor; y c) La protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional. Desde esta perspectiva, ha de ponderarse el reconocimiento de autonomía y participación del menor en la determinación de su interés superior. (Montejo Rivero, Jetzabel Mireya. (2012). p. 31).

¹⁴Ni la Constitución Política ni la jurisprudencia son completamente neutrales a la hora de evaluar las restricciones al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía. Se reconocen ciertos valores superiores que deben primar en nuestra sociedad. Se constata una tendencia a proteger la decisión que mejor preserve la integridad de las condiciones físicas necesarias para que la persona que aún no cuenta con la autonomía suficiente para tomar decisiones sobre su propia vida y salud, pueda decidir cómo va a ejercer dicha libertad en el futuro. Es lo que la jurisprudencia ha denominado como protección mediante la figura del consentimiento orientado hacia el futuro. ... Efectivamente, la norma plantea un trato desigual entre los menores y los mayores de 18 años pero dicha diferenciación responde a un fin constitucionalmente válido porque busca proteger los derechos reproductivos de la población menor de 18 años..." (Corte Constitucional. 2014. Sentencia C-131 del 11 de Marzo).

sociedad por acciones simplificadas y ejercer los derechos de asociación y reunión de los que son titulares, y en todos los casos deberán contar con la autorización de sus padres o representantes legales ¹⁵ o comparecer debidamente representados, para que su intervención sea válida y oponible a terceros. En todo caso, independientemente de quien actúe, en ningún caso podrán perfeccionarse actos, contratos o negocios en los cuales se comprometa ilimitadamente la responsabilidad de los niños, pues es premisa fundamental evitar afectaciones o lesiones a los intereses y patrimonio de estos últimos. Iguales restricciones, se aplica para los menores de 18 años y personas que sufran algún tipo de discapacidad.

2. Los adolescentes comprenden los sujetos entre los 12 y los 18 años de edad, a su vez, estos se subdividen en dos grupos; el primero de ellos, comprende sujetos entre los 12 a 14 años y los adolescentes menores adultos, son aquellos cuyas edades oscilan entre los 14 y los 18 años. Frente a los primeros, se aplica la regla general en materia de competencia y por lo tanto para que sus actos sean válidos y produzcan efectos jurídicos los adolescentes deben comparecer debidamente representados o estar autorizados para ello; frente a los segundos, la ley les otorga la habilitación de la capacidad legal o les otorga capacidad legal progresiva.

Esta construcción jurídica permite crear una ficción legal, en virtud de la cual se dota de validez y eficacia a ciertos actos y negocios realizados los adolescentes menores adultos, pues de conformidad con la edad y grado de madurez que posean, la ley entenderá que en el caso particular cuentan con el suficiente juicio y

¹⁵ La representación legal surge como figura jurídica ante la imposibilidad de que todos puedan ejercer directamente derechos o deberes y que requieren de un representante que realice actos jurídicos en su nombre como si hubieran sido realizados directamente. (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF. 2014. Concepto 75 del 6 de Junio).

discernimiento para adoptar decisiones y realizar actos de disposición y administración patrimonial con mediana discrecionalidad sin que afecten negativamente su peculio e intereses.

3. Los niños y adolescentes que integran los pueblos indígenas y demás grupos étnicos en Colombia, gozan de los mismos derechos y disposiciones que se aplican a los demás no obstante ello, prevalecen sobre las demás normas los derechos y estipulaciones propios de su organización social¹⁶.

En esa orden de ideas, frente a la sociedad por acciones simplificada los adolescentes menores adultos tienen capacidad legal habilitada para ejercer algunos de sus derechos legales y constitucionales, mediante su participación como accionista de una determinada compañía ya sea desde el momento de la constitución o de forma posterior, siempre que se le garanticen sus derechos fundamentales e interés superior y no genere lesiones o afectación a los intereses o patrimonio de este sujeto.

No obstante lo anterior, el análisis previsto y la posibilidad que se afirma existe en la sociedad por acciones simplificadas, debe ser analizada desde diferentes perspectivas con miras a prevenir que esta flexibilidad, modernización y discrecionalidad regulatoria de estas personas jurídicas se traduzca en una herramienta de burla y obstrucción del cumplimiento de las obligaciones, deberes y normas legales y fiscales vigentes aplicables a las sociedades en Colombia y un correlativo abuso del derecho que potencialmente puede ocasionar una amenaza, vulneración e inseguridad al interés superior del menor.

¹⁶ Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos. Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social. (Ley 1098 de 2006, artículo 13).

III. El derecho de asociación y ponderación de derechos fundamentales.

El derecho de asociación es un derecho fundamental de raigambre constitucional, pues se le ha reconocido ese carácter dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política¹⁷ que en su artículo 38, lo define de la siguiente manera “*Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad*”. Este ha sido definido por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-1491 del 2000 lo definió como:

“Así las cosas, estima esta Corte, que el derecho de asociación es un derecho subjetivo que comporta una función estructural, que desempeña en el seno de la sociedad, en cuanto constituye una forma de realización y de reafirmación de un Estado Social y Democrático de Derecho, más aún cuando este derecho permite la integración de individuos a la pluralidad de grupos; no constituye un fin en sí mismo o un simple derecho de un particular, sino un fenómeno social fundamental en una sociedad democrática, y es más, debe ser reconocido y protegido por todas las ramas y órganos del Poder Público”.

No obstante lo expresado, este derecho no es absoluto sino que puede ser limitado o restringido su ejercicio por la ley, siempre que esta prevea expresamente los casos en que será limitado y los mismos sean razonables y justificados desde el punto de vista constitucional y no afecte su núcleo esencial¹⁸. Así las cosas, las restricciones al ejercicio de este derecho deben estar fundamentadas en razón de la salvaguarda de los intereses superiores del estado

¹⁷ “(...) sin desatender las providencias de esta Corporación, a través de las cuales, se le ha considerado como tal, entre ellas, la sentencia de tutela No 456 de 1992”. (Corte Constitucional sentencia T- 219 de 1993).

¹⁸ Limitación legal al derecho de reunión, a la que acceden los mismos tratados internacionales sobre derechos humanos. Evidentemente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 15, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo. 21, al reconocer y consagrar tal derecho, señalan que este puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, a efectos de salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública, la moral pública o los derechos y las libertades a los demás. (Corte Constitucional. Sentencia No. T-219/93)

y los derechos de los demás, así lo ha ratificado el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

En desarrollo de este derecho constitucional de asociación es que se ha regulado en Colombia la creación de organizaciones de este tipo entre la que se encuentran las sociedades de personas y de capital, específicamente para el caso objeto de análisis la S.A.S. y los límites establecidos en cuanto a capacidad, derechos, obligaciones, limitación de responsabilidad, entre otros aspectos.

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes se refiere, la Ley 1098 de 2006, consagra el derecho de asociación como objeto de especial protección y garantía por parte de la familia, el Estado y la sociedad, así:

“Artículo 32. Derecho de asociación y reunión. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho de reunión y asociación con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos o de cualquier otra índole, sin más limitación que las que imponen la ley, las buenas costumbres, la salubridad física o mental y el bienestar del menor.

Este derecho comprende especialmente el de formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos, y el de promover y constituir asociaciones conformadas por niños, las niñas y los adolescentes.

En la eficacia de los actos de los niños, las niñas y los adolescentes se estará a la ley, pero los menores adultos se entenderán habilitados para tomar todas aquellas decisiones propias de la actividad asociativa, siempre que afecten negativamente su patrimonio.

Los impúberes deberán contar con la autorización de sus padres o representantes legales para participar en estas actividades. Esta autorización se extenderá a todos los actos propios de la actividad asociativa. Los padres solo podrán revocar esta autorización por justa causa”.

Acorde con dicha norma, se justifica las limitaciones al ejercicio del derecho de asociación de los niños, niñas y adolescentes que se prevén en la ley desde diferentes ámbitos de aplicación del derecho, pues la norma que debe aplicarse en todos los supuestos fácticos en donde intervenga este sujeto objeto de protección especial reforzada, deberá aplicarse preferentemente las normas y demás

disposiciones contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia¹⁹ y en caso de dudas interpretativas o de aplicación al caso concreto deberán estar ser absueltas en favor de estos mediante la aplicación de la norma que les resulte más favorable, sin tomar en consideración si se está en presencia de una norma de carácter general o especial²⁰.

De conformidad con ello, los límites que establece el artículo 32 del Código de la Infancia y la adolescencia, específicamente en materia de capacidad son constitucionalmente admisibles, pues obedecen a la necesidad de garantizar la prevalencia del interés superior del menor, cuya garantía fue ratificada en el artículo 44 de la Constitución Nacional y numerosos tratados y convenios internacionales aprobados por Colombia, entre los más importantes están la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención sobre Derechos del Niño, esta última incorporada a la normatividad interna vía ratificación por medio de la Ley 12 de 1991.

El interés superior del menor como principio ha sido definido en el artículo 8 de la Ley 1098 de 2008 como *"(...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes o interdependientes"* (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar– ICBF. 2012. Concepto 99 del 22 de Julio). En este sentido es que ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia que todas las actuaciones que se desplieguen por parte de las autoridades públicas, privadas, la sociedad y la familia en las que se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes deben estar orientadas por este principio.

²⁰ Siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas. (Ley 1098 de 2006).

Al respecto del desarrollo constitucional de este principio, se ha precisado el alcance del mismo por parte de la Corte Constitucional en Sentencia C- 716 de 2006, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, indicando que:

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”²¹.

Una vez comprendidas pues las razones de los límites establecidos para el ejercicio del derecho de asociación de los niños, niñas y adolescentes en la Ley 1098 de 2006 y en general para todos los sujetos, en razón de la edad, se concluye que los mismos están plenamente justificados en la necesidad de garantizar el principio de interés superior del menor y prevalencia de derechos

²¹ Desde esta perspectiva, ha de ponderarse el reconocimiento de autonomía y participación del menor en la determinación de su interés superior. Este ámbito de participación a juicio de Rivero (2001), viene definido por las siguientes coordenadas: 1. Madurez o discernimiento del menor, en cuanto requisito primero y esencial. 2. Derechos que puede ejercitar directamente el menor. 3. Límites en el ejercicio de la patria potestad. 4. Respeto de su personalidad por los titulares de la patria potestad.

Sin pretender ofrecer una formulación acabada de la problemática, se exponen pautas teóricas orientadas a la determinación del alcance y contenido del principio: **1.** Concreción del principio en el ámbito de los derechos fundamentales del menor previstos en la CDN, estableciendo límites al arbitrio judicial en interés del niño. **2.** Reconocimiento de un ámbito de capacidad de ejercicio al menor de edad, lógicamente, limitada o restringida en razón a su edad y grado de madurez. De tal suerte, pudiera considerarse la propuesta de adopción de un régimen jurídico especial que el ordenamiento jurídico debe garantizar; a partir de una escala de edades que reconozca posibilidades de actuación al menor, abriendo cierta brecha al criterio de la madurez. **3.** Implementación del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos personalísimos. **4.** Establecimiento de figuras jurídicas de asistencia al menor, que reemplacen la sustitución de la voluntad del menor que comporta la representación legal. **5.** Respeto a la opinión del niño en el marco de nuevos institutos familiares vigentes en la actualidad. (Montejo Rivero, Jetzabel Mireya. (2012). P. 32).

fundamentales. De ahí que para efectos del ejercicio del derecho de asociación y reunión, formando todo tipo de asociaciones legales con fines lícitos, los menores de 18 años deban comparecer debidamente representados o intervenir previa autorización o habilitación de la capacidad legal, bajo la condición de que no afecten negativamente su patrimonio.

No obstante, sólo se hará referencia a la forma como puede ejercer el derecho de asociación con plena habilitación de la capacidad por parte de los adolescentes menores adultos a los que se refiere el artículo 32 del Código de la Infancia y adolescencia; ello pues estos por consagración expresa están habilitados para ejercer por sí mismo sin la intervención de terceros llámese tutor o curador los derechos y prerrogativas propias de este, siempre que con el ejercicio efectivo del mismo no se lesione o afecte gravemente sus intereses o patrimonio. Condición esta última que debe tomarse como un límite infranqueable susceptible de protegerse prevalentemente en las asociaciones donde participen adolescentes independientemente de su origen.

A nivel societario, los adolescentes pueden ejercer su derecho de asociación, siendo accionistas de la sociedad por acciones simplificadas desde el momento de la constitución de la sociedad o posteriormente bajo cualquier título, hecho que no se contradice con lo que se prevé a nivel civil y comercial en cuanto la capacidad de estos, pues su vinculación e tal calidad es con la intención libre de formar una sociedad, desplegar fines lícitos, con garantía de sus derechos y prevalencia del interés superior sobre otras disposiciones y/o regulaciones especiales.

Sin embargo, para concretar su participación y dar certeza de no afectación a los intereses y patrimonio del adolescente en caso de pérdidas de la compañía, disolución y liquidación, enajenación de activos, fusión, escisión, emisión de acciones, entre otros fenómenos societarios que pueden comprometer

ilimitadamente, entendiéndose por esto, más allá de los límites permitidos la responsabilidad del adolescentes en los asuntos y obligaciones contraídas por la sociedad, desde el momento mismo de la constitución de la sociedad por acciones simplificadas o posterior a este acto vía reforma estatutaria, se deben adoptar todos los mecanismos y medidas legales idóneas para prever dichos eventos y correlativamente establecer las previsiones y medidas de protección de estos sujetos.

Lo anterior, es factible en la sociedad por acciones simplificada debido a que por su estructura flexible y prevalencia de la autonomía de la voluntad, se permite la creación de diferentes tipos de acciones con prerrogativas y características especiales por vía de las cuales puede garantizarse con certeza la prevalencia del interés superior del adolescente, sus derechos fundamentales e incluso un beneficio para su incremento patrimonial, tales como acciones con dividendo preferencial, dividendo fijo anual, entre otros; hecho reforzado por la posibilidad de modificar y/o redactar en los estatutos las medidas de protección para los derechos de los adolescentes menores adultos; y por último, en razón de que se prevé en materia de derecho de asociación y medidas de protección de sus interés, que estos sean accionistas de este tipo de sociedad no representa un factor de riesgo para estos y sus intereses de conformidad con el test de proporcionalidad.

Esto pues la Corte Constitucional por medio de Sentencia C-716 de 06, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, ha dicho que:

“Si bien el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables

para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección."²²

Contrario a lo aplicable en la S.A.S. para el caso de la participación de los adolescentes menores adultos como accionistas en este tipo societario, en la regulación propia de los modelos de sociedades tradicionales del Código de Comercio por prohibición expresa no se permite a los niños, niñas y adolescentes ser socios en sociedades colectivas ni gestores en sociedades en comanditas, pero sí pueden participar como asociados en sociedades anónimas. Para que su participación en las sociedades de capital sea válidas y sus decisiones produzcan plenos efectos jurídicos debe estar debidamente representado legalmente, bien por su tutor o curador en todos los casos. Frente a la participación de los incapaces relativos e impúberes en las sociedades de capital (anónima, limitada, comandita por acciones), tenemos que los primeros pueden vincularse con autorización o por intermedio de sus representantes legales, y en ambos casos, siempre y cuando la vinculación no conlleve a que se comprometa ilimitadamente su responsabilidad.

Para velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes en su participación como asociados en las sociedades consagradas en el Código de Comercio y especialmente en la S.A.S. la ley y la jurisprudencia con ayuda de los casos y situaciones análogas ya reguladas en la legislación comparada, tratados y convenios internacionales ha desarrollado una serie de mecanismos judiciales y

²² Una medida de protección es efectiva o conducente cuando no es meramente formal, sino que resulta eficaz o útil para amparar a la persona en situación de debilidad que se pretende proteger, llevando a la realidad la defensa de sus intereses que la Constitución le otorga. Y es necesaria o indispensable, cuando sin ella no se puede alcanzar tal protección. Ahora bien, las medidas de protección sólo son necesarias cuando efectivamente se requieren por estar la persona en una situación en la que realmente existe una posibilidad, aunque sea remota, de que sus derechos o intereses se vean lesionados o al menos afectados negativamente en algún grado. Si no existe esta posibilidad de lesión, la medida obviamente no es necesaria. (Corte Constitucional. Sentencia C-716 de 06. Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra)

administrativos para garantizar la protección integral, el restablecimiento y prevenir la amenaza o vulneración de los derechos de estos; tales como el régimen de nulidad de los actos y contratos, régimen de guardas, proceso administrativo de restablecimiento de derechos, entre otros, cuya finalidad última es garantizar derechos fundamentales, protección superior y no afectación del patrimonio de los menores de 18 años bajo ninguna circunstancia.

Conclusiones

- Con la expedición de la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se creó la Sociedad por Acciones Simplificada en Colombia, se rompió el excesivo formalismo que caracterizaba las sociedades tradicionales del Código Civil y se replantearon las teorías contractualistas, según las cuales la sociedad es un contrato bilateral, pues en la S.A.S. suprimieron las solemnidades exigidas al momento de su constitución permitiendo un margen de discrecionalidad más amplio al momento de configurar las normas que rigen la sociedad incluso no se exigió pluralidad de accionistas para su constitución .
- La definición de capacidad para ser accionista S.A.S. ha sufrido una transformación como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, coadyuvado por la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico y el replanteamiento de los conceptos de persona y personalidad. Permitiendo así que los adolescentes menores adultos (entre 14 y 18 años), puedan ser accionistas de este tipo societario bien sea al momento de la constitución o de forma posterior, en virtud de lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado “Habilitación parcial de la capacidad” u otorgamiento de capacidad para obrar progresiva, a estos sujetos cierto margen de libertad y disposición patrimonial sin necesidad de autorización o representación legal.
- La ley 1098 de 2006, en su artículo 32 expresamente otorga capacidad legal a los

adolescentes menores adultos para ejercer el derecho de asociación y reunión, formando parte de todo tipo de asociaciones legales con fines lícitos, inclusive permiten que hagan parte de los órganos directivos, promuevan y constituyan asociaciones, bajo la condición de que no afecten negativamente su patrimonio, es decir que en las mismas prevalezca el interés superior de ellos. Lo que expresamente se protege bajo la premisa del artículo 5 de esta misma norma que expresamente consagra la prevalencia de las disposiciones previstas en dicha ley sobre las demás disposiciones previstas en otras normas.

- La participación de los adolescentes como accionistas de una sociedad tipo S.A.S. no vulnera la definición de capacidad de ejercicio o legal prevista en la ley civil o comercial, pues la vinculación de estos en estas asociaciones ejercer un derecho del cual son titulares para el desarrollo de fines lícitos, con garantía de sus derechos y prevalencia del interés superior.
- En la sociedad por acciones simplificadas se permite adoptar mecanismos para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes mediante la limitación de riesgos a través de la implementación de figuras como: a) Limitación de la responsabilidad de los accionistas; b) libertad de configuración de órganos de dirección y otorgamiento de prerrogativas y derecho preferenciales por medio de acciones; d) reducción de costos pre y post operativos; e) suscripción de acuerdos de accionistas previa constitución de la sociedad, y f) simplificación del proceso liquidatorio.
- Existen diferentes mecanismos judiciales y administrativos para garantizar la protección integral y prevenir la amenaza o vulneración de los derechos de los niños y adolescentes de origen legal y constitucional; la ley 1258 de 2008, prevé herramientas para la protección jurídica reforzada de estos, como concreción de la obligación inexcusable en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado, de la atención, cuidado, protección y defensa de las personas menores de 18 años.

- En virtud del Proyecto de Ley 70 de 2015, presentado para debate y aprobación del Congreso de la República por parte de la Superintendencia de Sociedades, se ha abierto la posibilidad para que los adolescentes puedan ser socios o accionistas sin intervención o autorización de sus representantes tanto en los diversos tipos societarios que coexisten actualmente junto con la S.A.S., pues prevé la aplicación de pleno derecho, de muchas de las normas de la sociedad por acciones simplificadas a los tipos societarios tradicionales a saber, la limitada, la anónima, la en comandita simple y por acciones, la colectiva. No obstante, este es un tema que deberá ser analizado luego una vez sea debatido, aprobado y sancionado como Ley de la República de Colombia.

Bibliografía

Congreso de Colombia. (1971). Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio.

_____. (1995). Ley 222 de 20 de diciembre 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.

_____. (2006). Ley 1098 de 8 de Noviembre de 2006 “Por medio del cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

_____. (2008). Ley 1258 de 2008, 5 de diciembre de 2008. Por el cual se crea la sociedad por acciones simplificada.

Corte Constitucional. (1993). Sentencia T- 219 de 1993, MP Antonio Barrera Carbonell. Gaceta de la Corte Constitucional. Bogotá: Imprenta Nacional.

_____. (2000). Sentencia C-1491 de 2000, MP Fabio Morón Díaz. *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.

_____. (2004). Sentencia C-865 de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil. *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.

_____. (2005). Sentencia C-534 de 2005, MP. Humberto Antonio Sierra Porto. *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.

_____. (2006). Sentencia C-667 de 2006, MP Jaime Araujo Rentería. *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.

_____. (2006). Sentencia C-716 de 2006, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.

_____. (2014). Sentencia C-131 del 2014, MP. Mauricio González Cuervo. *Gaceta de la Corte Constitucional*. Bogotá: Imprenta Nacional.

González Benjumea, Oscar Humberto. (2012). *Sociedad por acciones simplificada, innovaciones legislativas, doctrinales y desarrollo jurisprudencial*. (1ª. Ed.). Medellín: UNAULA.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF. (2010). Concepto 50972 de Diciembre. Bogotá D.C. Recuperado de http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/concepto_icbf_0050972_2010.htm.

León Robayo, Edgar Iván. Córdoba Santacruz, Ángela. (2011). *La posibilidad de fraccionamiento del voto en la sociedad por acciones simplificadas*. Revista

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Vol. 41 No.115. (pp. 287-308). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

López, Eduardo. (2004). La tutela para el pago de las obligaciones pensionales y las limitaciones de la responsabilidad de los accionistas. En: *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Universidad Javeriana.

Mendoza, R. A. (2010). Antecedentes nacionales de la Ley 1248 de 2008. En Reyes Francisco, (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp. 25-46). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Montejo Rivero, Jetzabel Mireya. (2012). *Menor de edad y capacidad de ejercicio: reto del derecho familiar contemporáneo*. En *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2, 23-36. Cuba. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2012.1036>.

Reyes, V. (2009). *La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el derecho societario latinoamericano*. En *Revista FORO DERECHO MERCANTIL* N° 22. 2009. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document/index?obra=rmercantil&document=rmercantil_7680752a800f404ce0430a010151404c.

_____. (2010). Reformas Urgentes. *Ámbito Jurídico*, Año XIII (15), p.1 3.

_____. (2010b). *Las sociedades por acciones simplificadas*. (2ª. Ed.). Bogotá: Legis.

_____. (2010c). Responsabilidad de los administradores en la sociedad por acciones simplificada. En Reyes, Francisco (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (325- 374). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sanín, Ignacio. (2010). La Ley SAS remoja las sociedades comerciales. En Reyes, Francisco (Coord.), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada* (pp.47-64). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Superintendencia de Sociedades (2013). Concepto 220-085101 del 08 de Julio. Recuperado de <http://asosec.co/2013/08/menores-de-edad-pueden-ser-accionistas-diferencia-venta-y-donacion-a-menores/>.