

**Asunto: De la sanción de ineficacia en la legislación mercantil.**

Me refiero a su comunicación radicada con el No. 2011-01-239475, mediante la cual formula algunos interrogantes que apuntan a determinar si estarían viciadas de ineficacia las decisiones de la asamblea general de accionistas de una sociedad anónima no identificada, amén de las circunstancias en que fueron adoptadas y, si en tal caso, sería necesaria una declaración judicial que así lo declare.

Al respecto es preciso advertir que este Despacho con fundamento en el artículo 25 del C.C.A. profiere los conceptos de carácter general y abstracto a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, mas no le es dable mediante esta instancia emitir pronunciamientos de ninguna índole sobre situaciones particulares y concretas, ni menos sobre la legalidad o ilegalidad de actos o decisiones de los órganos sociales de sociedades cuya identidad y antecedentes le son desconocidos, como acontece en el caso al que su solicitud alude.

Para ese fin debe tenerse en cuenta que al tenor del artículo 191 del Código de Comercio, los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar sus decisiones cuando exista mérito para considerar que no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos, en cuyo caso la acción correspondiente se habrá de intentar ante los jueces, en los términos del artículo 421 del C.P.C. o, ante esta Superintendencia, tratándose de sociedades sujetas a su vigilancia, conforme al artículo 137 de la Ley 446 de 1998, la que puede también reconocer la ocurrencia de los presupuestos de ineficacia previstos en el libro Segundo del Código de Comercio, bien en ejercicio de la facultad jurisdiccional que le confiere el artículo 133 de esta última ley o, de la facultad administrativa que consagra el parágrafo del artículo 87 de la Ley 222 de 1995.

Sin perjuicio de lo anterior y con el ánimo de proporcionar una ilustración general que le permita contar con mayores elementos de juicio frente a la situación que motiva su solicitud, procede traer en seguida las consideraciones jurídicas que exponen grosso modo el criterio de esta Superintendencia en torno al tema, las cuales son sustento de la Resolución 321- 000930 del 17 de marzo de 2008:

*Así las cosas, es entendible que la **ineficacia** consiste en la sanción prevista por el legislador para que, en determinados supuestos, los actos jurídicos, desde el momento mismo de su otorgamiento, no produzcan los efectos a los cuales están destinados.*

*Es característica especial de la ineficacia que por ministerio de la ley ante la presencia de precisos vicios en la formación y perfeccionamiento del acto jurídico se produce de manera automática la invalidez del mismo frente a sus destinatarios o terceros, sin necesidad de un pronunciamiento de autoridad judicial que así lo establezca.*

*En este orden de ideas, el autor de las declaraciones de voluntad, sus destinatarios y los terceros interesados, en el momento y lugar permitido por la ley, están facultados para desconocer desde su otorgamiento los efectos buscados por un particular acto jurídico al encontrar en su formación y perfeccionamiento alguno de los vicios que como tarifa legal hayan sido señalados de manera previa y formal como causales de ineficacia.*

*Este es el alcance que tiene la lectura del artículo 897 del Código de Comercio, según el cual:*

*Cuando en este código, se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno de derecho, sin necesidad de declaración judicial.*

*El estatuto mercantil, en el tema societario que interesa a este estudio, define de manera dispersa diversas conductas y estipulaciones que de presentarse en la formación y perfeccionamiento del contrato social o en los actos atinentes al funcionamiento de la empresa, por ministerio de la ley, no producen efecto alguno sin necesidad de declaración judicial, como por ejemplo: las decisiones adoptadas en las reuniones del máximo órgano social llevadas a cabo con desconocimiento o indebida aplicación de las normas legales o estatutarias en cuanto a convocatoria y quórum.*

*La claridad de los planteamientos precedentes pareciera suficiente para deducir la funcionalidad de la simple fórmula utilizada por el legislador, según la cual ante una elemental advertencia de que determinada conducta, supuesto o estipulación generan la ineficacia in limine de un preciso acto jurídico, en la realidad el susodicho acto con certeza no va a producir los efectos por él anticipados, sin necesidad de declaración judicial.*

*No obstante lo anterior, la experiencia muestra con evidencia cómo en el devenir del intercambio jurídico propio de las cambiantes y dinámicas circunstancias del comercio, para los administradores de los entes societarios, los socios y los terceros interesados, la aplicación práctica del marco teórico esbozado resulta incierta, ambigua, contradictoria, subjetiva, relativa, lejana y francamente inaplicable por parte de los particulares (autores de las declaraciones de voluntad, destinatarios de las declaraciones de voluntad, terceros interesados, etc.).*

*La crisis propuesta es particularmente palpable en tratándose de actos jurídicos de contenido societario (□) en los cuales existe un amplio margen de discusión sobre diferentes matices en la adopción de decisiones por parte de los órganos sociales, permitiendo que los socios y aun los terceros interesados pueden llegar a tener opiniones, interpretaciones, percepciones y posiciones encontradas con respecto al lugar de reunión, quórum, convocatoria, orden del día, representación de los accionistas o socios, mayorías decisorias, etc., circunstancias que individualmente consideradas pueden constituir para algunos fuente de ineficacia, sin necesidad de declaración judicial, para otros simples defectos formales subsanables, para otros circunstancias que requieren declaración judicial en acción de nulidad, para otros declaración de alguna autoridad administrativa que reconozca los presupuestos de ineficacia, para otros situaciones no constitutivas de ninguna irregularidad normativa ni vicio que afecte la validez de las decisiones adoptadas y así, ad infinitum, opiniones de la mas diversa raigambre y sentido, posiciones todas que al final del día no generan más que incertidumbre sobre la eficacia y validez de la decisión.*

*Así las cosas, es percibido con elemental claridad que la institución de la ineficacia demanda, en el orden práctico, a contrario sensu de su consagración legislativa, un pronunciamiento de autoridad competente que por vía de acción o de excepción, o inclusive que en instancia administrativa reconozca los presupuestos que la configuran o la declare abiertamente, pronunciamiento que le confiera a la interpretación certeza en las relaciones jurídicas, distanciándola de la interpretación subjetiva, incierta y discrecional de los administrados, previniendo los conflictos que entre ellos puedan llegar a presentarse.*

*La estructuración legal de la teoría de la ineficacia, contenida en el artículo 897 del Código de Comercio, con las particularidades y notas distintivas anteriormente anotadas, es aceptada por nuestra comunidad jurídica como una institución propia que la diferencia de otro tipo de instituciones constitutivas de invalidez de los actos jurídicos, con las cuales concurre y tiene vigencia.*

*Es la ineficacia, entonces, una institución autónoma circunscrita a la expresa y contundente calificación del legislador según la cual cuando en el Código de Comercio se diga que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, sanción de aplicación restrictiva a los actos jurídicos contaminados con los supuestos particularizados e individualizados previamente con tarifa legal.*

*En la teoría del acto jurídico, a diferencia del desarrollo anteriormente explicado, la institución de la ineficacia no comprende necesariamente una institución autónoma y propia, sino que corresponde a un compendio genérico que se ocupa de manera general del estudio de los vicios que afectan la validez de los actos jurídicos.*

*Se habla entonces de ineficacia en este último enfoque cuando quiera que en el acto jurídico sean detectables las categorías de inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, inoponibilidad e ineficacia en sí misma considerada, puesto que todas ellas son atributivas de invalidez en determinadas condiciones y circunstancias determinadas por la ley que las diferencian unas de otras.*

*La institución de la inexistencia niega no solo los efectos jurídicos al acto jurídico putativo, sino que además desconoce cualquier tipo de reconocimiento a la manifestación de voluntad en sí misma considerada cuando quiera que en su celebración se hayan omitido solemnidades sustanciales exigidas por la ley para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales (artículo 898 parágrafo segundo, Código de Comercio).*

*La nulidad por su parte sanciona el acto jurídico en el sentido de impedir sus efectos de manera retroactiva al momento de su expedición, previa declaración judicial, por faltarle a aquél alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil), permitiéndole producir efectos y gozar de presunción de legalidad frente a los interesados y terceros, mientras tal declaración no sea producida.*

*Distingue el artículo 1741 ibídem dos tipos de modalidad:*

*Nulidad Absoluta: sanciona de oficio o a petición de parte aquéllos actos cuyo objeto o causa no se ajustan a derecho, o cuando para su formación se omita algún requisito o formalidad especial que por ministerio de la ley se han dispuesto como indispensables; puede ser saneada en precisas circunstancias por ratificación o por prescripción extintiva.*

*Nulidad Relativa: sanciona a petición de parte aquéllos actos jurídicos que presentan cualquiera otra especie de vicio, por ejemplo, del estado o calidad de las personas, siendo posible su saneamiento por ratificación o prescripción.*

*Por otro lado, la institución de la inoponibilidad impide al acto jurídico producir efectos frente a terceros cuando quiera que no se hayan cumplido los requisitos de publicidad establecidos por la ley.*

*Por su parte, el Código de Comercio consagra un tipo especial de la sanción mencionada en cuanto que hace inoponibles a los socios ausentes o disidentes las decisiones que carezcan de carácter general o que no hayan sido adoptadas con el número de votos previsto en los estatutos o en la ley.*

*Las premisas ensayadas nos enfrentan a la controversia doctrinal que dice relación con la conveniencia e idoneidad técnica jurídica de la tipificación de la teoría de la ineficacia en la regulación mercantil como institución autónoma e independiente paralelamente a su entendimiento tradicional como sanción genérica que se expresa a través de definiciones de inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa e inoponibilidad.*

*De esta manera lo enseña la obra de los Doctores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta sobre la Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, en la cual ponen de manifiesto que la consagración legal de la ineficacia solo puede ser entendida como una consecuencia apropiada para sancionar con la pérdida automática e inmediata de los efectos a los actos jurídicos cuando quiera que los mismos presenten características que los definan como inexistentes, por faltar la voluntad o consentimiento de los agentes, la forma solemne requerida o el objeto jurídico al cual deben dirigirse.*

*Pero, dicen los tratadistas, la definición legal de la institución de la ineficacia constituye un desacierto si con la misma se pretende sancionar con la pérdida automática e inmediata de efectos jurídicos a los actos que presentan vicios de nulidad, pues con ello se incurre en el concepto antifilosófico de nulidades de pleno derecho, ya superado por la doctrina europea predominante que descarta la virtualidad abstracta de las normas legales que autorizan a los administrados a hacer justicia por sí y ante sí, propia de la concepción medieval. <sup>1</sup>*

*Por el contrario, dicen los autores, las circunstancias constitutivas de vicios que afectan la validez de los actos jurídicos de acuerdo con la solución estructurada por nuestro Código Civil, solamente pueden ser declaradas por autoridad judicial y mantienen sus efectos hasta que tal declaración sea producida en el mundo jurídico.*

*Visto el alcance y contenido de la discusión y crisis sobre la teoría de la institución de la ineficacia en nuestro ordenamiento mercantil, debemos decir que su consagración legal nos ubica en los siguientes supuestos:*

*a . Los administrados tienen la posibilidad, por sí y ante sí, de pronunciarse sobre la ineficacia de los actos jurídicos mercantiles ante la presencia de las causas que la determinan de conformidad con la ley, con todos los riesgos que ello involucra respecto de la ausencia de certeza en las relaciones jurídicas y en la eficacia misma de los negocios.*

*b. Por ministerio de la ley, existen autoridades administrativas con competencia para reconocer, en instancia administrativa, valga la redundancia, los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia, pronunciamiento que carece del alcance y la contundencia suficiente para retirar del mundo jurídico el acto jurídico pertinente, permitiéndosele únicamente implementar los correctivos que las circunstancias de hecho aconseja.*

*c. El Legislador instituyó, igualmente, autoridades jurisdiccionales con competencia para reconocer, en acción de ineficacia, los presupuestos que dan lugar a dicha sanción, pronunciamiento que carece de la autorización legal para dejar sin efectos el acto jurídico acusado, para retrotraer los efectos que haya producido o para retirarlo del ordenamiento jurídico.*

*d. Por ministerio de la ley, las autoridades jurisdiccionales tienen competencia para conocer, en acción de nulidad, la legalidad de los actos jurídicos, trátase de nulidad absoluta o de nulidad relativa, cuando sean demandados por violación de la ley o presenten vicios en su formación y perfeccionamiento. En el evento aludido, el pronunciamiento judicial tiene la virtud de retirar del mundo jurídico el acto anulado, y con efecto retroactivo deshacer las relaciones jurídicas por él modificadas, devolviendo hasta donde la realidad lo permite las cosas a su estado anterior.*

*En este último procedimiento el legislador faculta al juez para conocer, inclusive, de las reclamaciones relacionadas con presupuestos de ineficacia pero dirigidas a obtener la nulidad de los actos jurídicos involucrados.*

*Existen entonces diferentes remedios previstos por el legislador a las vicisitudes que puedan presentar los actos jurídicos con capacidad para afectar su validez, tal como fue expresado en los párrafos precedentes, los cuales le otorgan a los administrados la posibilidad de utilizar desde la ineficacia de pleno derecho como institución autónoma hasta las diferentes soluciones tradicionales relacionadas con la nulidad, inexistencia e inoponibilidad, con los efectos y particularidades de cada una de ellas□*

*En los anteriores términos y con los alcances previstos en el citado artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, se ha dado trámite a su solicitud, esperando que la información proporcionada le sea de utilidad.*