

OFICIO 220-189403 DEL 24 DE AGOSTO DE 2017

ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS EN TORNO A LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE ANTE EL FALLECIMIENTO DEL SOCIO GESTOR.

Aviso recibo de la consulta que se sirvió formular mediante la comunicación radicada bajo el No. 2017-01-366606, sobre el tema de la referencia, la cual procede atender en su orden, según los términos y con los alcances previstos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

1.- ¿La realización de una asamblea de una sociedad en comandita simple teniendo en cuenta que el socio gestor falleció y aún no se ha podido realizar la sucesión, debe convocarse los herederos que no son socios?

2.- La sociedad posee un solo activo que es un bien inmueble que está generando usufructo del cual su destino es para pago de pasivos fiscales, contratistas, mantenimiento y gastos por trámites de liquidación. Algunos herederos son socios comanditarios y otros son los que resultaren de la sucesión todos (sic) estos quieren que se venda dicho inmueble ¿Cómo debería ser mi proceder ante la junta y los herederos? ¿Se puede vender el inmueble sin realizarse la sucesión?

3.- ¿En el caso que se llegare a presentar una demanda laboral como debería ser el proceso si la sociedad se encuentra en liquidación?

En primer lugar, es de anotar que entre las características de la sociedad en comandita simple se encuentra que (i) participan socios gestores y comanditario, atendiendo que el capital está conformado por los aportes de los socios comanditarios, aunque esto no impide que los gestores también hagan aportes, caso en el cual “en la respectiva escritura se relacionarán por su valor”; (ii) los socios gestores hacen un aporte de industria y son titulares de partes de interés, mientras que los socios comanditarios hacen aportes de capital y son titulares de cuotas sociales, y (iii) los gestores ostentan la administración de los negocios sociales y responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones de la sociedad, al tiempo que los comanditarios están separados de la administración y solo responden hasta el monto de sus aportes de capital¹.

Además, entre las disposiciones que les son aplicable, se establece que *“las utilidades sociales se distribuirán entre los socios gestores y los comanditarios en la forma estipulada en el contrato. A falta de estipulación, las utilidades se repartirán entre los*

¹

*comanditarios a prorrata de sus cuotas o acciones pagando previamente el beneficio de los socios gestores*², pero si en el contrato social guarda silencio sobre el beneficio de los socios gestores “*el solo aporte de industria sin estimación de su valor dará derecho a una participación equivalente a la del mayor aporte de capital*”, lo cual se justifica en la prohibición de privar de participación de las utilidades a algunos de los socios³.

Esto significa entre otros, que aunque los herederos del socio gestor que no realizó aportes de capital, no tendrían derecho a heredar una proporción del capital social, sí pueden participar de las utilidades causadas y no distribuidas hasta el momento de la disolución de la sociedad, así como de las reservas y valorizaciones patrimoniales, y por lo tanto estas últimas integran el haber de la sucesión ilíquida.

A este respecto, esta Oficina mediante Oficio 220-189844 del 21 de noviembre de 2014 se pronunció en los siguientes términos:

“(…)”.

“5.- En torno a la liquidación resultan oportunas las precisiones que efectúa el oficio 220- 0110761 del 26 de agosto de 2009, el cual señala: “(…)”.

“En cuanto a la liquidación del patrimonio social, es preciso observar que las reglas de la liquidación del patrimonio social, previstas en el artículo 225 y siguientes, son comunes a todas las sociedades, por lo que a juicio de esta oficina, las mismas son aplicables a la sociedad en comandita simple, en tal virtud la distribución del remanente de los activos a efectuarse previo el pago del pasivo externo, debe cumplir la regla prevista por el artículo 246 ibídem, que dispone que el mismo se distribuirá “entre los asociados, conforme a lo estipulado en el contrato o a lo que ellos acuerden.

“La distribución se hará constar en acta en la que se exprese el nombre de los asociados, el valor de su correspondiente interés social y la suma de dinero o los bienes que reciba cada uno a título de liquidación (…).

“Sin embargo, comoquiera que en caso planteado, al parecer en los estatutos no se previó la forma de distribuir el remanente, la regla aplicable sería la prevista en el artículo 137 del Código de Comercio, que al respecto señala: ‘(…) El aportante de industria participará en las utilidades sociales; tendrá voz en la asamblea o en la junta de socios; los derechos inicialmente estipulados en su favor no podrán

modificarse, desconocerse ni abolirse sin su consentimiento expreso, salvo decisión en contrario proferida judicial o arbitralmente; podrá administrar la sociedad y, en caso de su retiro o de liquidación de la misma, solamente participará en la distribución de utilidades, reservas y valorizaciones patrimoniales producidas durante el tiempo en que estuvo asociado.

“Habiéndose producido pérdidas, el socio industrial no recibirá retribución el respectivo ejercicio”.

2 Artículo 332 del Código de Comercio.

3 Artículo 150 del Código de Comercio.

De otra parte, es preciso tener en cuenta que las partes de interés de la sucesión ilíquida pertenecen proindiviso a todos los herederos y como tal deben ser representadas en las reuniones del máximo órgano social por el albacea con tenencia de bienes, *“siendo varios los albaceas designarán un solo representante, salvo que uno de ellos hubiera sido autorizado por el juez para tal efecto. A falta de albacea, llevará la representación la persona que elijan por mayoría de votos los sucesores reconocidos en el juicio”*⁴, y si los herederos reconocidos dentro del proceso de sucesión no designan al representante de las cuotas sociales, la escogencia es realizada por el juez a solicitud de los demás sucesores y aún del liquidador⁵.

Esta previsión sobre la designación del representante de las cuotas sociales de la sucesión ilíquida, presupone el adelantamiento del proceso de sucesión respectivo pues, de no hacerse así, no es posible tal procuración ni la convocatoria válida de la junta de socios.

Sobre el particular ilustra el concepto emitido a través de Oficio 220-069667 del 27 de marzo de 2017, que trajo a colación apartes del Oficio 220-188226 del 29 de septiembre de 2016, así:

“a. La no apertura del trámite sucesoral y la consiguiente falta de reconocimiento de la calidad de heredero, efectivamente impide el ejercicio del derecho a designar un representante de las partes alícuotas del capital que hagan parte de la sucesión ilíquida, sin perjuicio de los derechos de administración que les corresponde a las personas con vocación hereditaria o a los herederos en cuanto a los bienes que integran la herencia.

“La anterior salvedad hace relación a la administración de los bienes que conforman la herencia, con excepción de las acciones o cuotas sociales, **toda vez que el artículo 378 del Código de Comercio, de manera expresa establece la**

forma como deben representarse aquéllas, según se evidencia en la Circular Básica Jurídica según la cual:

“La representación de las cuotas o acciones de la sucesión ilíquida corresponde a las siguientes personas según el caso:

“1. Cuando hay un albacea (aquel a quien el testador da el cargo de hacer ejecutar sus disposiciones) con tenencia de bienes corresponde a él la representación.

4 Artículo 378 del Código de Comercio.

5 En el Oficio 220-095900 del 8 de mayo de 2017 esta Oficina conceptuó que si bien la Circular Básica Jurídica indica que ‘cada uno de los comuneros’ tiene la facultad de acudir al juez para que los convoque a junta general o, en su defecto, designe al representante de las cuotas sociales pertenecientes a la sucesión intestada, nada obsta para que tal actuación pueda realizarla también el liquidador de la sociedad “mediante la formulación de un incidente dentro del proceso de sucesión, si la omisión de los herederos reconocidos en el proceso respectivo entorpece las gestiones a su cargo tendientes a la inmediata liquidación de la sociedad disuelta, como se desprende de los artículos 222 del Código de Comercio, 23 de la Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, en concordancia con el artículo 496 del Código General del Proceso”.

“2. Siendo varios los albaceas, debe designarse un solo representante, salvo que uno de ellos haya sido autorizado por el juez o el funcionario competente para el efecto.

“3. Si no hay albacea, o habiéndolo, el anterior no acepta el encargo, corresponderá la representación a la persona que por mayoría de votos designen los sucesores reconocidos en el juicio o el respectivo trámite sucesoral (artículo 17 de la Ley 95 de 1890).

“4. De conformidad con lo establecido por el artículo 18 de la citada ley, cuando quiera que no se pueda elegir al administrador de la manera anteriormente señalada, se otorgará a cada uno de los comuneros la facultad de acudir al juez para que los convoque a junta general, quien determinará expresamente la fecha, hora y lugar de la reunión y así, bajo su presencia, efectuar el aludido nombramiento, en cuyo caso podrá hacerse por cualquier número de sucesores que concurra y en el evento que no se logre el referido nombramiento, este corresponderá al juez, en concordancia con lo previsto en el inciso 2° del artículo 378 del Código de Comercio.

“5. Los actos de administración y conservación o custodia realizados por los legitimarios no reconocidos como herederos, no les confiere la representación de la herencia ni la facultad de elegir, por mayoría de votos, la persona que represente las acciones de la sucesión.

“6. En el evento que no existan sucesores reconocidos, la representación le corresponderá al curador de la herencia yacente (bienes de un difunto cuya

herencia no ha sido aceptada), para lo cual será necesario promover ante el juez la declaratoria de la herencia yacente y la designación del curador que la represente...”

“b. **Para representar legítimamente las cuotas o las acciones cuyo titular ha fallecido, solo podrá asistir la persona que demuestre alguna de las calidades antes mencionadas**, lo que entre otros implica que en caso contrario, las mismas no podrán ser representadas en las reuniones del máximo órgano social.

“c. Lo anterior, salvo que se declare la **herencia yacente**, caso en el **cual la representación corresponderá al curador**, previa declaración del juez en dicho sentido.

“d. Para que los herederos del accionista fallecido puedan impugnar las decisiones del máximo órgano social será necesario que se adelante la correspondiente sucesión, bien judicial o notarial, según corresponda, o se declare la herencia yacente **pues no de otra manera es posible ejercer los derechos correspondientes**.

“Ahora bien, en cuanto se refiere a la convocatoria a las reuniones del máximo órgano social, ante la no apertura del trámite de sucesión, la Entidad mediante oficio 220-031509 del 23 de mayo de 2010, igualmente señaló:

“(...)”

“En consecuencia, la no apertura del trámite sucesoral y la consiguiente falta de reconocimiento formal de la calidad de heredero, impide el ejercicio del derecho a designar un representante de las acciones o cuotas que hagan parte de la sucesión ilíquida, sin perjuicio de los derechos de administración que les corresponde a las personas con vocación hereditaria, o a los herederos en cuanto a los bienes que integran la herencia.

“Lo anterior teniendo en cuenta que mientras la apertura de la sucesión es un hecho subsiguiente a la muerte que ocurre por ministerio de la ley y es de carácter eminentemente sustantivo, la apertura del juicio de sucesión es un acto jurídico de carácter procesal o adjetivo que tiene ocurrencia con posterioridad al fallecimiento del causante y, que se sucede a instancia del interesado, lo que explica una cosa es tener la aptitud legal para recibir la herencia o legado como se puede decir del cónyuge sobreviviente por ejemplo, y otra, la “calidad de heredero reconocido en el juicio” lo que supone haber abierto el proceso de sucesión en los términos de los artículos 1012 del C. Civil, en concordancia con los artículos 587 y siguientes del C de P.C.

“En este orden de ideas (...) basta reiterar que si como quedó dicho, las acciones o cuotas que eran del socio difunto no le pertenecen a ninguna de las personas individualmente consideradas con vocación o aptitud legal para heredar, sino a la sucesión ilíquida, hasta tanto concluya el trámite o el proceso que debe adelantarse; será ésta, es decir, la sucesión la llamada a ejercer los derechos inherentes a la calidad de socio y por ende ella, a quien se debe dirigir la convocatoria para las reuniones del máximo órgano social que hayan de ser celebradas, atendiendo para ese fin las reglas que el artículo 378 del Código de Comercio establece en cuanto a las personas que están legitimadas para representar los derechos de las acciones o cuotas del causante que hacen parte de la masa sucesoral (...).

“Así pues, ante los s interrogantes formulados dicen relación a la situación según la cual no se ha iniciado la sucesión notarial o judicial por parte de los herederos, se impone reiterar que hasta tanto existan herederos reconocidos o se declare la herencia yacente, aquéllos, por conducto de su representante o albacea (art 378 del Código de Comercio), o el curador de dicha herencia, podrán ejercer sus derechos como son: el de representar las acciones o cuotas del fallecido, ejercer el derecho de inspección, impugnar las decisiones, etc”.

En lo atinente a la venta del inmueble único activo de la sociedad en liquidación, es pertinente observar que la finalidad del proceso de liquidación es la realización de los activos, la satisfacción de las obligaciones y la posterior distribución del remanente entre los socios o sus herederos⁶, todo lo cual debe adelantarse con independencia del proceso sucesoral.

Ahora bien, tramitados según las disposiciones regales correspondientes los dos procesos paralelamente, puede suceder que la sucesión culmine antes que la liquidación de la sociedad, caso en el cual los adjudicatarios de los derechos, cuotas o acciones sociales pasarán a integrar la junta de socios por ministerio de la ley; pero, si se efectúa primero la aprobación de la cuenta final de la liquidación, el liquidador “entregará a los asociados lo que les corresponda” dejando los dineros o bienes de la sucesión ilíquida a disposición del juez ante el cual se adelanta dicha actuación.

Así lo precisa la doctrina es esta Entidad expuesta en el Oficio 220-024978 del 8 de marzo de 2013, conforme al cual “en el evento en que cumplidas las etapas legales del proceso liquidatorio, deba conforme al artículo 247 del Código de Comercio, efectuarse

⁶ Artículo 238 del Código de Comercio.

la distribución de un remanente de los activos sociales entre los asociados, a juicio de esta oficina, le corresponde al liquidador informarle al juez o al notario que tenga conocimiento de la sucesión del socio fallecido, esta circunstancia junto con el acta de la cuenta final de liquidación, para que conforme a las reglas que rigen la sucesión, se ordenen las medidas o se impartan las instrucciones a que haya lugar, relacionadas con la custodia efectiva de los bienes a distribuir entre los herederos, con el fin de garantizar la entrega efectiva de estos bienes a los herederos, al tiempo de efectuar la respectiva adjudicación por parte del notario o del juez”.

Finalmente, es de anotar que durante la liquidación, la sociedad conserva su capacidad jurídica “*para los actos necesarios a la inmediata liquidación*”, entre los que se encuentran la satisfacción de las obligaciones laborales, y que la administración y representación de la sociedad en liquidación corresponde al liquidador⁷; en consecuencia, notificado el liquidador de una demanda laboral o de cualquier otra naturaleza interpuesta contra la sociedad en liquidación, debe conferir poder a un abogado para que adelante la defensa respectiva, con cargo a los gastos de administración.

7 Artículo 2.2.2.11.1.3 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015 sustituido por el Decreto 2130 del 4 de noviembre

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

7 Artículo 2.2.2.11.1.3 del Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015 sustituido por el Decreto 2130 del 4 de noviembre de 2015.