

OFICIO 220-036756 DEL 24 DE ABRIL DE 2019

REF: FACULTAD DE CONTROL

Acuso recibo de su comunicación radicada bajo el número citado, mediante la cual solicita el concepto de esta Entidad en torno a las categorías que determinan el ejercicio de la facultad de control de esta Superintendencia, prevista en el artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

La consulta se formula en los siguientes términos:

“En el marco del sometimiento a control que puede ejecutar la Superintendencia en virtud del artículo 85 de la ley 222 de 1995 como la facultad que tiene para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situaciones (SIC) críticas jurídica, contable, económica o administrativa) (SIC)

1. *¿Qué se entiende por situación crítica de orden jurídico?*
2. *¿Qué se entiende por situación crítica de orden contable?*
3. *¿Qué se entiende por situación crítica de orden administrativo?*
4. *¿Qué se entiende por situación crítica de orden económico?”*

Es oportuno advertir que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos, o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias en un caso concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, con fines ilustrativos se trae a colación algunos apartes del pronunciamiento de la H. Corte Constitucional en sentencia C - 233 de 1997, en cuya motivación se hizo un amplio estudio constitucional respecto de las facultades de inspección, vigilancia y control atribuidas a esta Superintendencia por la Ley 222 de 1995, a partir del cual se ensayará la respuesta a la consulta formulada:



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

“En efecto, la ley prohíja la distinción entre los conceptos de inspección, vigilancia y control, cada uno de los cuales apareja un repertorio de facultades que la Superintendencia de Sociedades podrá ejercer, según el supuesto de que se trate y dependiendo, de manera primordial, de la magnitud de las dificultades que la sociedad sometida a fiscalización presente.

*“Así, mientras que la **inspección** comporta una leve y ocasional injerencia en las sociedades comerciales no vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, con el fin de confirmar y analizar información sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas; la **vigilancia** entraña un seguimiento permanente acompañado de facultades de más hondo calado, respecto de las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras superintendencias y para velar por que en la formación, en el funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social se ajusten a la ley y a los estatutos (Cf. artículos 83 y 84 de la ley 222 de 1995).*

*“La noción de **control**, introducida por el artículo 85 de la ley 222 de 1995, involucra atribuciones de mayor intensidad, ejercitables por la Superintendencia de Sociedades siempre que cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia atraviese por una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo que haga indispensable la adopción de correctivos enderezados a subsanarla.*

“Es suficiente el anterior repaso para arribar a la conclusión de que la fiscalización gubernamental que, con base en la preceptiva reseñada, cumple la Superintendencia de Sociedades es paulatina y tiene en cuenta el estado de la sociedad fiscalizada, ya que dependiendo del grado de dificultad en que se halle se determina la intensidad del escrutinio y, de acuerdo con ello, del catálogo de facultades normativamente señaladas se escogen las que han de ser aplicadas, todo con miras a que se consolide un propósito de recuperación y conservación de la empresa "como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo", según se lee en la exposición de motivos del pertinente proyecto de ley.[2]

“Entre mayor sea el nivel de gravedad que la Superintendencia de Sociedades, en uso de sus atribuciones, pueda detectar, más contundentes resultan los mecanismos de acción con que la entidad cuenta para tratar de superar la situación que, cuando es crítica autoriza la asunción de las atribuciones propias del estadio de control, siendo todavía viable, dentro del esquema de gradualidad comentado, la implementación de medidas de diverso signo, dependiendo de las posibilidades de recuperación que el análisis concreto de la sociedad muestre.

“Así pues, la convocación a un trámite concursal no es la única medida a la que en forma inexorable tenga que acudir, puesto que en ejercicio del control la Superintendencia de Sociedades cuenta con un amplio abanico de facultades ordenadas a procurar el restablecimiento de la sociedad en situación de crisis, y



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

algunas de esas atribuciones permiten afirmar la existencia de una instancia preconcurso, siendo facultad de la Superintendencia, por ejemplo, "Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos".

“ ... ”

“Ahora bien, cuando la Superintendencia de Sociedades recurre a alguna de las atribuciones que en cabeza suya se han radicado, es claro que, a riesgo de sacrificar los objetivos que se le han encomendado, no debe hacerlo de manera arbitraria sino en atención a las presupuestos definidos en las normas vigentes que guían su proceder y, por ende, en atención a las circunstancias fácticas debidamente comprobadas en cada uno de los eventos sometidos a su conocimiento.

La adopción y la ejecución de las medidas que en cada uno de los casos sean de menester, ha de partir de una evaluación particular de las condiciones de la empresa y es obvio que si ello es así la aplicación de las pautas generales previstas en la normatividad a las situaciones concretas, comporta cierto margen de apreciación por parte del Superintendente de Sociedades (...)

“La Corte considera que ese margen de apreciación y las facultades oficiosas de la Superintendencia de Sociedades no se revelan contrarias a la Constitución, porque, como se apuntó, el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control y de las facultades de ellas derivadas, tiene como norte las pautas generales trazadas en la ley y con arreglo a esos criterios normativos deben desarrollarse, lo cual no significa que el organismo llamado a desempeñarlas pierda en la ejecución concreta de esas tareas la flexibilidad que, sin traspasar el horizonte delimitado por la normatividad a la que ha de ceñirse, le permita llegar, con eficacia, a la variable dinámica de las coyunturas y de las circunstancias concretas para verificar, en los eventos específicos, si se satisfacen o no los presupuestos normativos y si se percibe o no en las empresas sometidas a la fiscalización una actividad orientada hacia la concreción de los derroteros que la Constitución atribuye al Estado.

“Pretender que absolutamente todas las decisiones que deban adoptarse frente a un sinnúmero de hipótesis posibles, encuentren una consagración detallada en las normas no constituye más que una ilusión y por ello resulta apropiada y conveniente la combinación de los parámetros normativos con la apreciación que, sin perderlos de vista y ajustándose a ellos, efectúe, en las situaciones particulares, la Superintendencia de Sociedades con base en la aproximación a la realidad de los hechos.”¹ (Resaltados y subrayados fuera del texto)

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-233-97, mayo 15 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Visible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-233_1997.html#1



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

Como se observa de los apartes transcritos, el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, en los términos previstos en la Ley 222 de 1995, obedece a la configuración constitucional de la fiscalización estatal sobre la actividad económica privada² realizada por las sociedades comerciales.

² Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-010861 Del 4 de Marzo de 2010. Visible en <http://www.supersociedades.gov.co>

Como características particulares de dicha configuración, se observan con especial atención, en relación con el ejercicio de la facultad de control, las siguientes:

- a. Su propósito y finalidad está encaminado a la recuperación y conservación de la empresa.
- b. Las circunstancias materiales que presenta la compañía que, a un corte determinado, registra anormalidades en su existencia y funcionamiento como persona jurídica sujeto de derechos y obligaciones, debe ser estimado como un nivel de gravedad de su situación, que puede ir de leve o menor, a intermedio, luego grave y por último crítico.
- c. El nivel crítico es un nivel que amerita el ingreso a cuidados intensivos, como quiera que pone en riesgo la existencia misma de la compañía, de los terceros vinculados a ella y del mercado en general, situación de la cual por sí sola es incapaz de superar.
- d. El nivel crítico autoriza a la Superintendencia para implementar las mayores medidas de intervención, que no pueden ser arbitrarias, deben ceñirse al marco jurídico vigente y deben ser implementadas a partir de las circunstancias particulares que presente la compañía en crisis.
- e. La implementación y procedencia de las medidas implica un amplio margen de apreciación y juicio por parte de la Superintendencia, en función de la realidad de la compañía.
- f. No es posible una consagración legislativa detallada de todas las hipótesis posibles con respecto a la procedencia de la facultad de control, circunstancia que justifica el margen de apreciación que le concede a la Superintendencia el marco jurídico.

Con base en las conclusiones anotadas, se atiende a continuación la consulta formulada, en el entendido que las respuestas que se presentan a los interrogantes formulados, no tienen como alcance la delimitación o condicionamiento del ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control a cargo de esta Superintendencia, cuyos derroteros deben ser estimados en cada



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

caso concreto por las dependencias competentes, en ejercicio de la libertad de apreciación que otorga el marco jurídico y la realidad de cada compañía.

1. La situación crítica de orden jurídico se establece cuando quiera que, a juicio de la Superintendencia, se advierta en un contexto determinado de circunstancias de tiempo, modo y lugar, evidencias constitutivas de conductas, omisiones o anomalías procedentes de la sociedad o de terceros, que afecten gravemente su proceso jurídico en general.

Son ejemplos de dicha situación la ocurrencia de sucesos que amenacen la esfera de derechos y obligaciones de la compañía, el debido respeto a las reglas de gobierno corporativo, la infracción a la ley comercial o a los estatutos, el orden público societario, el principio de igualdad que debe impartirse a los accionistas, el derecho de inspección, entre otras, cuando quiera que tales circunstancias representen tal gravedad que amenacen la existencia misma de la sociedad y el desarrollo de su objeto social.

2. La situación crítica de orden contable se establece cuando quiera que, a juicio de la Superintendencia, se advierta en un contexto determinado de circunstancias de tiempo, modo y lugar, evidencias constitutivas de conductas, omisiones o anomalías procedentes de la sociedad o de terceros, que afecten su proceso de información en general y en especial su proceso de información financiera y contable, circunstancias cuya gravedad tenga la capacidad de amenazar la integridad de la entidad económica.

Son ejemplos de tales anomalías, la inexistencia de información financiera y contable de manera continua y reiterada, el desorden traumático en el proceso informativo, la discordancia sustancial en el manejo de las cuentas, la existencia de doble contabilidad, la falta gravísima de soportes, la infracción sistemática y reiterada al Marco Técnico Normativo y Contable y la ausencia absoluta de controles en el proceso.

3. La situación crítica de orden administrativo se establece cuando quiera que, a juicio de la Superintendencia, se advierta en un contexto determinado de circunstancias de tiempo, modo y lugar, evidencias constitutivas de conductas, omisiones o anomalías procedentes de la sociedad o de terceros, que afecten su proceso gerencial, la toma de decisiones, la comunicación entre los órganos de administración, circunstancias cuya gravedad tenga la capacidad de amenazar la integridad de la entidad económica.

Son ejemplos de tales anomalías, el incumplimiento grave de los deberes de los administradores, la competencia desleal con la sociedad, la falta grave de control y seguimiento de los procesos básicos y de los procesos operacionales de la organización, el conflicto societario grave por



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

bloqueo de los órganos, el conflicto de intereses indebidamente administrado, las conductas de los administradores que afectan en materia grave los intereses de la sociedad.

4. La situación crítica de orden económico se establece cuando quiera que, a juicio de la Superintendencia, se advierta en un contexto determinado de circunstancias de tiempo, modo y lugar, evidencias constitutivas de conductas, omisiones o anormalidades procedentes de la sociedad o de terceros, que afecten su equilibrio económico, su capacidad de pago, su flujo de caja, circunstancias cuya gravedad tenga la capacidad de amenazar la existencia de la compañía y los derechos de terceros.

Son ejemplos de tales anormalidades, el incumplimiento significativo de obligaciones frente a terceros, la incapacidad de pago, la ocurrencia de hechos sobrevinientes o cíclicos que afecten gravemente los ingresos y la operación de la compañía.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.