



**SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES**

# **Pronunciamientos Administrativos III**



**El futuro  
es de todos**

**Gobierno  
de Colombia**



SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES

# Pronunciamientos Administrativos III



## SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

**Juan Pablo Liévano Vegalara**  
Superintendente de Sociedades

**Carlos Gerardo Mantilla Gómez**  
Superintendente Delegado de  
Supervisión Societaria

**Juan Camilo Ortiz Zabala**  
Director de Supervisión de Asuntos  
Especiales

**Camilo Armando Franco Leguizamo**  
Director de Supervisión Empresarial

Edición:  
**Eduardo Augusto Suárez Gordillo**

Diseño:  
**Grupo de Comunicaciones**

**2021**



## INTRODUCCIÓN

La presente publicación expone las decisiones administrativas más relevantes que fueron tomadas por la Delegatura de Supervisión Societaria (antes Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control) a finales del año 2018 y a lo largo del año 2019, respecto de los temas societarios que comúnmente son abordados por la Superintendencia de Sociedades.

En ese sentido, lo que se pretende es llegar al público de manera pedagógica, para que de esta forma conozcan los diferentes avances en materia de derecho societario y así mismo los tengan en cuenta en el desarrollo de sus empresas y funciones dentro de las mismas.

Esta publicación también pretende resaltar los principios de transparencia y de diligencia que siempre han regido el actuar de los funcionarios públicos de la Superintendencia de Sociedades en el ejercicio de sus funciones y en la asunción de los casos que han conocido y resuelto en derecho.



## TABLA DE CONTENIDO

<b>1. CONFLICTO DE INTERESES .....</b>	<b>6</b>
1.1. La participación en actos en conflicto de intereses no está prohibida por la ley, pero sí sujeta al cumplimiento de una serie de deberes por parte de los administradores incursos en dicha situación.....	6
1.2. Conclusiones.....	13
<b>2. GRADUACIÓN DE SANCIÓN POR INFRACCIÓN CAMBIARIA .....</b>	<b>13</b>
2.1. La proporcionalidad como criterio de la graduación de la multa debe consultar el aspecto material, así como la finalidad del régimen sancionatorio cambiario.....	13
2.2. Conclusiones.....	16
<b>3. RECTIFICACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS .....</b>	<b>17</b>
3.1. Imposibilidad de que, al valorar intangibles en la adopción por primera vez de las NIIF, se tome la opción del valor razonable como costo atribuido. Posibilidad de que la Superintendencia imparta órdenes para rectificación de estados financieros.....	17
3.2. Conclusiones.....	20
<b>4. REFORMA ESTATUTARIA CONSISTENTE EN UNA FUSIÓN DE SOCIEDAD COLOMBIANA CON UNA SOCIEDAD EXTRANJERA .....</b>	<b>20</b>
4.1. Posibilidad de someter a consideración de la Superintendencia reformas estatutarias de fusión y escisión en las que participen sociedades extranjeras.....	20
4.2. Conclusiones.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>5. CONTROL CONJUNTO Y ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO .....</b>	<b>22</b>
5.1. Concepto y configuración del control conjunto, información contenida en prospectos de valores y en sitios web de acceso público, improcedencia del recurso de apelación y caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades en materia de control.....	22
5.2. Conclusiones.....	27
<b>6. USUFRUCTO Y CONTROL.....</b>	<b>28</b>
6.1. Implicaciones del usufructo a la luz de la configuración de los presupuestos de control.....	28



6.2. Conclusiones.....	30
<b>7. CONTROL CONJUNTO, ACUERDOS DE ACCIONISTAS, GRUPO EMPRESARIAL .....</b>	<b>30</b>
7.1. Configuración del control conjunto a la luz de acuerdos de accionistas y elementos del grupo empresarial. ....	30
7.2. Conclusiones.....	33
<b>8. EJERCICIO IRREGULAR DE LA ACTIVIDAD MULTINIVEL .....</b>	<b>34</b>
8.1. Suspensión de actividad multinivel por su ejercicio irregular, al comercializar bienes prohibidos por la ley para esta actividad. ....	34
8.2. Conclusión .....	38
<b>9. GRUPO EMPRESARIAL Y LIQUIDACIÓN DE SUBORDINADAS.....</b>	<b>38</b>
9.1. Sociedades en liquidación y sus efectos sobre la unidad de propósito y dirección necesaria para la configuración de un grupo empresarial y sobre el control. ....	38
9.2. Conclusión .....	39
<b>10. ESCISIÓN ASIMÉTRICA .....</b>	<b>39</b>
10.1. Situaciones especiales que se presentan en reformas estatutarias consistentes en escisiones parciales por creación .....	39
10.2. Conclusión .....	42



## 1. CONFLICTO DE INTERESES

1.1. La participación en actos en conflicto de intereses no está prohibida por la ley, pero sí sujeta al cumplimiento de una serie de deberes por parte de los administradores incurso en dicha situación.<sup>1</sup>

### Cargo Formulado

Revisados los documentos allegados mediante escrito radicado en esta Entidad con el No. (...), se evidenció la existencia de un contrato civil de obra suscrito por la señora ANA en calidad de representante legal principal de la sociedad AAA SAS y JOSÉ en calidad de representante legal de la sociedad CCC SAS.

Teniendo en cuenta lo anterior y que la señora BEATRIZ (quejosa), representante legal suplente de la sociedad AAA SAS, accionista mayoritaria de CCC SAS y hermana de ANA, manifestó mediante el escrito radicado en esta Entidad con el No. (...) que el señor JOSÉ es su hijo, la señora ANA (investigada) habría incurrido en un conflicto de intereses de manera directa al celebrar el contrato de obra civil con el señor JOSÉ, quien sería su sobrino (tercer grado de consanguinidad) y de manera indirecta con la señora BEATRIZ, quien sería su hermana (segundo grado de consanguinidad).

<sup>1</sup> Resoluciones n.º 301-005788 del 16 de octubre de 2019 y 300-000219.

<sup>2</sup> Al respecto la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de esta Superintendencia, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, señaló en la Sentencia 801-35 del 09 de julio de 2013 (SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Praxedis José Daniel Correa Senior, Santiago Francisco Correa Laverde y Gloria Estella Gallo Pérez, proceso 2013-801-007), que: "Por su parte, las reglas colombianas en materia de conflictos de interés fueron concebidas en función de los postulados que rigen la actividad de los administradores sociales. Según lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores deberán 'abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas'. Al igual a como ocurre en Francia,

### Consideraciones

"(...)

#### 1. – Conflicto de intereses.

Conviene destacar que las operaciones en conflicto de intereses en cabeza de los administradores, no son prohibidas por la ley colombiana, pero su realización supone un trámite previo de obligatorio cumplimiento<sup>2</sup> que de ser omitido por parte de los administradores en conflicto, traerá indefectiblemente la reacción del ordenamiento jurídico, y las sanciones correspondientes por violación a la ley.

**De acuerdo con el numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, surge un deber legal para el administrador consistente en revelar ante el máximo órgano social, previa y expresamente, la operación en conflicto de intereses, suministrando la información correspondiente a los asociados, para que éstos autoricen o no su realización. (...)** *(Negrilla fuera del texto original).*

Expuesto lo anterior y previo a analizar los restantes argumentos de defensa presentados en los escritos de descargos y alegatos de conclusión, es conveniente advertir algunos aspectos explicados en la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades del 22 de noviembre de 2017, de la siguiente manera:

en nuestro sistema se ha establecido un requisito de autorización previa, a cargo del máximo órgano social, para la celebración de operaciones en las que se presente un conflicto de interés. En el segundo inciso del citado numeral 7 se establece que, en estas hipótesis, 'el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad'. Se trata, como lo afirma Reyes Villamizar, de una 'prohibición de carácter general para ejecutar [actos viciados por un conflicto de interés]'. El mismo autor aclara, en este orden de ideas, que la Ley 222 de 1995 'no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados'". (Subrayado fuera de texto original)



**“H. Obligación de abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses.**

*Existe conflicto de interés cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, a saber: el radicado en cabeza del administrador y la sociedad, bien sea porque el interés sea del primero o de un tercero.*

*En este mismo sentido, se considera que existe un conflicto de interés si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, así como cuando se presenten circunstancias que configuren un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido.*

### **I. Algunos posibles eventos de conflicto de intereses.**

a) Cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación.

b) Cuando el administrador celebra operaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales, tenga una relación de dependencia.

c) Cuando el administrador demanda a la sociedad, así dicha demanda sea atendida por el representante legal suplente;

d) Cuando el administrador celebra conciliaciones laborales a su favor;

e) Cuando el administrador como representante legal gira títulos valores de la compañía a su favor;

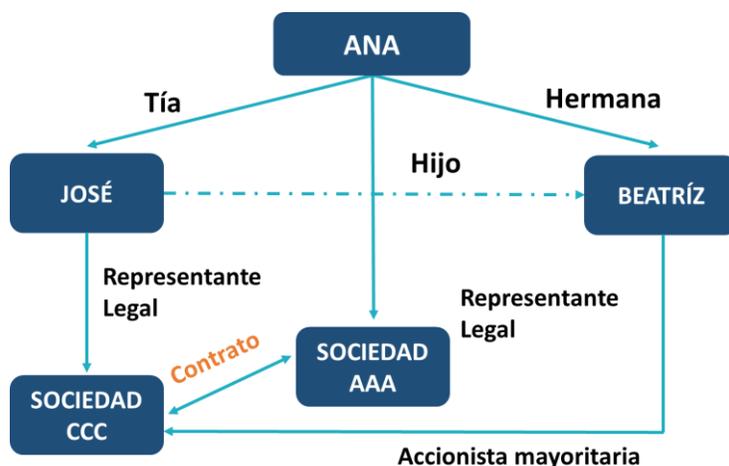
f) Cuando los miembros de la junta directiva aprueban la determinación del ajuste del canon de arrendamiento de bodegas de propiedad de dichos administradores;

g) Cuando los miembros de la junta directiva aprueban sus honorarios si dicha facultad no

*les ha sido expresamente delegada en los estatutos. ...”.*

En el presente caso, se tiene que las partes del contrato que materializa el conflicto de intereses son, de una parte, la Sociedad, la cual se obliga a través de su representante legal principal quien es la Investigada (ANA) y, de otra, una compañía comercial denominada CCC SAS, en la que la principal accionista es la señora BEATRIZ, quien aparte de ostentar el 98% del total del capital social en dicho ente jurídico, es hermana de la Investigada (ANA) y madre de JOSÉ, representante legal de CCC SAS, según las afirmaciones que efectúa la propia BEATRIZ en el escrito radicado con el número (...).

A continuación, se ilustra el esquema antes mencionado:



Lo expuesto hasta acá, permite afirmar que la representante legal (ANA), sí se encontraba en medio de un conflicto de intereses, esto es, una situación que nublaban su juicio objetivo, en tanto que, por un lado, se encontraba el interés de su representada y por otro, el de su hermana y accionista mayoritaria y su sobrino, representante legal de la sociedad contratada (CCC SAS).

Así las cosas, la investigada (ANA) debía ajustar su conducta a lo previsto en el numeral 7° del artículo



23 de la Ley 222 de 1995, esto es, debía proceder a convocar al máximo órgano social, para que éste autorizara previa y expresamente la celebración del negocio jurídico en conflicto de intereses, porque legalmente, para la celebración del negocio no contaba con su autorización y, por lo tanto, incumplió su deber.

“(…)



## 2.- Autorización previa y expresa de la operación en conflicto de intereses.

**Según la normatividad aplicable, es claro que, si el administrador en conflicto debe “abstenerse” de celebrar la respectiva operación “salvo autorización expresa”, tal autorización debía obtenerse previamente a la ejecución del acto u operación. (Negrilla fuera del texto original).**

Efectivamente, si el administrador considera que lo más conveniente para su administrada es celebrar la operación, en la cual puede llegar a tener intereses en ambos extremos del negocio, debe convocar al máximo órgano social para exponerle todos los pormenores del acto o contrato, luego de lo cual es posible, que obtenga la autorización o que no la obtenga.

Se trata de un tema de revelación ante el máximo órgano social, con las características desarrolladas

por el Decreto 1925 de 2009, compilado a partir del artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015, al final del cual es posible, se repite, que el administrador no obtenga la autorización del máximo órgano social.

**Así las cosas, en el caso bajo estudio se encontró que, la Investigada no cumplió con el deber de conducta exigible, esto es, ordenar la convocatoria de la asamblea, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que representaba conflicto de interés, además de abstenerse, según el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en un acto de este tipo (conflicto de intereses). Todo lo cual imponía, conforme a la interpretación sistemática de las normas, que la autorización fuera previa y que antes de ella, se abstuviera, esto es, no incurriera, en el acto que representaba el conflicto de intereses. (Negrilla fuera del texto original).**

Sin perjuicio de esto, es decir, de lo reprochable de la conducta de la Investigada, sí se encuentra, como fue acreditado por su apoderado, que con posterioridad la operación fue autorizada por la asamblea general de accionistas, aspecto que se tendrá en cuenta para la tasación de la multa.

(…)”

## 3.- Autorización ex post

El apoderado especial de la Investigada allegó con su escrito de descargos, copia del Acta No. XX de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad, celebrada el XX de XXXXXXX de XXXX, esto es, en fecha posterior a la celebración del contrato en conflicto de interés, que valga la pena recordarlo, fue suscrito el XX de XXXX de XXXX. Es decir, la autorización que fue objeto de los cargos, al final se concedió por la asamblea general de accionistas, después de 3 años.



Decisión del máximo órgano social que, si bien permite evidenciar la conformidad de los accionistas con el proceder de la administradora Investigada y que, se insiste, será tenida en cuenta para los efectos de la tasación de la multa, no tiene el poder de liberarla por las omisiones ya incurridas. (...)

“Así entonces, si bien no parece evidenciarse, según el criterio de los accionistas, perjuicio para la Sociedad, sí se encuentra, por esta Dependencia, acreditado el incumplimiento del deber exigible a la Investigada (numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015). Deber que valga la pena recordar, según el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, corresponde a un estándar de diligencia, esto es, el de un buen hombre de negocios, que no podía ni debía, esperar 3 años para obtener la autorización requerida, de la manera como se ha señalado previamente, conforme lo exigen las normas (...).”

### Consideraciones del Recurso

“La Dirección de Supervisión de Sociedades explicó con claridad en el acto administrativo cuya decisión se recurre, dos aspectos relacionados con el conflicto de intereses: En primer lugar, se refirió al deber de abstención de los representantes legales para celebrar operaciones que impliquen conflicto de intereses, salvo que se obtenga autorización expresa para su realización.

El segundo aspecto trata sobre las autorizaciones ex post, las cuales, si bien son admisibles y legales, no tienen el mérito de purgar la irregularidad, relacionada con el deber de abstención.

Es conveniente agregar, las siguientes consideraciones.

**Es del caso señalar que, la realización de actos en conflicto de intereses no está prohibida por la ley colombiana, pero sí sujeta a “un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados”<sup>3</sup>. En virtud de lo anterior, la ley señala que los administradores que incumplan dicho procedimiento, podrán ser sancionados según las disposiciones pertinentes. (Negrilla fuera del texto original).**

Así, de acuerdo con el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el Decreto 1925 de 2009, compilado por el Decreto 1074 de 2015, el administrador tiene el deber de:

1. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas.
2. Suministrar al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión.
3. Abstenerse de votar la decisión correspondiente en caso de tener la calidad de accionista o socio.
4. Ordenar la convocatoria o convocar a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de intereses.
5. En caso de incurrir por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en conductas que impliquen conflicto de interés, en violación de la ley y sin la debida autorización de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, responder solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros perjudicados.

<sup>3</sup> En el acto administrativo recurrido se transcribieron apartes de la Sentencia 801-35 del 9 de julio de 2013, explicando con claridad el trámite de abstención, hasta tanto se reciba autorización expresa (...).



Así mismo, esta Superintendencia ha sostenido, y así se advierte en la Circular Básica Jurídica<sup>4</sup>, que la conducta del administrador y la intervención del máximo órgano social<sup>5</sup> debe ser la siguiente:

***“b. Conducta del administrador en caso de actos de competencia o en caso de conflicto de intereses.***

*El administrador deberá estudiar cada situación a efecto de determinar si puede incurrir o está desarrollando actos que impliquen competencia con la sociedad o conflicto de interés, y en caso afirmativo deberá abstenerse de actuar y si está actuando deberá cesar tales actividades.*

*La duda respecto a la configuración de los actos de competencia o de conflicto de interés, no exime al administrador de la obligación de abstenerse de participar en las actividades respectivas. (...)*

*En los eventos señalados, el administrador pondrá en conocimiento de la junta de socios o de la asamblea general de accionistas esa circunstancia, debiendo igualmente suministrarle toda la información que sea relevante para que adopte la decisión que estime pertinente. El cumplimiento de tal obligación comprende la convocatoria del máximo órgano social, cuandoquiera que el administrador se encuentre legitimado para hacerlo. En caso contrario, deberá poner en conocimiento su situación a las personas facultadas para ello con el fin de que procedan a efectuarla.*

*La información relevante debe tener la idoneidad suficiente para que el máximo*

*órgano social logre conocer la dimensión real del asunto y pueda, así, determinar la viabilidad de la autorización que le interesa al administrador o, en caso contrario, obrar de otra manera”. (Subrayado del Despacho).*

Expuesto lo anterior y previamente a analizar cada uno de los argumentos de defensa presentados en el recurso, es pertinente referirse y aclarar los siguientes aspectos, y su incidencia sobre la investigación administrativa, en los siguientes términos:

1.- *Discrecionalidad empresarial*: según esta regla de origen jurisprudencial:

*“Las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad (‘business judgement rule’), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, a posteriori, por los resultados negativos de sus decisiones. De no existir esta regla, los administradores carecerían de incentivos para asumir riesgos, puesto que el retorno económico de una inversión riesgosa beneficiaría*

<sup>4</sup> Circular Externa n.º 100-000005 del 22 de noviembre de 2017, folio 56.  
[https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/NormatividadCircularBasicaJuridica/2017-01588643.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/NormatividadCircularBasicaJuridica/2017-01588643.pdf).

<sup>5</sup> A folio XX del acto administrativo recurrido, se transcribió el aparte correspondiente a la Intervención del máximo órgano social, expuesto en la Circular Básica Jurídica y a ella remito.



*principalmente a la compañía, al paso que cualquier pérdida le sería imputable al administrador.*

*Además, como bien lo apunta Eisenberg, 'para examinar adecuadamente la calidad de las decisiones de un administrador, sería preciso establecer el grado de exposición de riesgo que podía asumir la sociedad cuando se tomaron las decisiones controvertidas, así como identificar cuáles operaciones se ajustaban al perfil de riesgo de la compañía en ese momento. Además de la evidente complejidad que conlleva este análisis, una intervención judicial de esta naturaleza atentaría gravemente contra la potestad autónoma de la sociedad para conducir sus negocios'. En síntesis, pues, los administradores no podrían actuar como un 'buen hombre de negocios' si las cortes deciden escudriñar todas las decisiones que estos sujetos adopten en desarrollo de la empresa social. Ello no significa, por supuesto, que las actuaciones de los administradores estén exentas de controles legales. Aunque la regla de la discrecionalidad busca que estos funcionarios cuenten con suficiente espacio para conducir los negocios sociales, los administradores no pueden anteponer sus intereses a los de la compañía o sus accionistas (...)'<sup>6</sup>.*

Así, en el presente asunto, es claro que en la resolución recurrida no fueron objeto de valoración ni sanción las actuaciones de la Investigada relacionadas con los mayores o menores beneficios de los negocios celebrados y que conforme a la ley y los estatutos, hayan cumplido con los trámites y autorizaciones que se requieran, toda vez que, en el marco de las competencias asignadas a esta

dependencia, de naturaleza administrativa, no se encuentran facultades para emitir pronunciamientos en este sentido”.



<sup>6</sup> Sentencia n.º 800-52 del 1º de septiembre de 2014, proferida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, demandante Sucesores de

María del Pilar Luque Shaefer, demandado Luque Torres Ltda. en Liquidación.



La evaluación de la conducta de la Investigada en la presente actuación se circunscribe a la evaluación del cumplimiento de la ley y los estatutos y, específicamente, el cumplimiento o no de las disposiciones señaladas en la resolución por medio de la cual se formularon cargos (Resolución n°. XXXXXXXXXXXX del XX de XXXXX de XXXX).

**“2.- Normas imperativas o de orden público: Frente al particular, basta con recordar que las disposiciones contenidas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 son de orden público, esto es, de obligatorio cumplimiento por sus destinatarios, no admiten pacto en contrario (artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995) y, que en razón de ello, su incumplimiento conlleva la imposición de las sanciones previstas en la ley, independientemente de los acuerdos entre las partes. (Negrilla fuera del texto original).**

Es conveniente poner de presente que las dos normas citadas en el cargo, es decir el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015, por el cual se compiló el artículo 2° del Decreto 1925 de 2009, protegen dos intereses diferentes así:

- **Deber de conducta:** el cual le impone al administrador abstenerse de efectuar operaciones en conflicto de intereses, a menos que previamente obtenga del máximo órgano social una vez haya suministrado toda la información relevante para que dicho órgano autorice o no la realización de la operación.

<sup>7</sup> **ARTÍCULO 2.2.2.3.2. Deber del administrador.** Conforme al precepto legal consagrado en el último párrafo del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en caso de conflicto de interés o competencia con la sociedad, el administrador ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad. Durante la reunión de la Asamblea o Junta de Socios, el administrador suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la

En el caso particular, se tiene que la Investigada no se abstuvo de efectuar la operación en conflicto de intereses, sino que, sin recibir autorización expresa, la realizó y sólo tres años después obtuvo la autorización, sin que claramente ella, pueda subsanar el incumplimiento del deber de abstención.

- **Protección del interés de los accionistas y de la sociedad:** El máximo órgano social, analiza la conveniencia de la operación, su beneficio y autoriza el acto que implica conflicto de intereses.

Esto fue lo que precisamente ocurrió, en la asamblea general de accionistas llevada a cabo el día XX de XXXXXX de XXXX, (Acta No. XX), asunto éste que fue considerado en la tasación de la sanción, toda vez que se señaló: (...)

Por último, en cuanto a la autorización tácita impartida, la misma no pasa de ser un supuesto que no se enmarca dentro del requerimiento legal, el cual exige el cumplimiento de un requisito formal, que consiste en la autorización expresa de la operación (numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015<sup>7</sup>)”.

respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio.

En todo caso, de conformidad con la Ley 222 de 1995, la autorización de la Junta de Socios o Asamblea General de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

(Decreto 1925 de 2009, art. 2).



## 1.2. Conclusiones

En primer lugar, debe recordarse que los administradores, conforme al numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, tienen el deber de *“Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”*.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 fue reglamentado mediante el Decreto 1925 de 2009, el cual fue compilado por el Decreto 1074 de 2015, y que de la reglamentación vigente surgen para el administrador en caso de conflicto de intereses o competencia con la sociedad, además del deber primigenio de abstenerse de participar en dichas actividades o actos, los siguientes mandatos: (i) *“ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad”*; (ii) *“Durante la reunión de la Asamblea o Junta de Socios, el administrador suministrará toda la información que sea relevante para la toma de la decisión”* y; (iii) *“De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio”*.

En tercer lugar, es importante señalar que, si bien la doctrina y la jurisprudencia de la Entidad han indicado que la autorización ex post de los actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses tiene la capacidad de sanear la nulidad del negocio jurídico, dicha situación no libera al administrador de las consecuencias del incumplimiento de sus deberes, esto es, de la infracción administrativa y su consecuencia jurídica, a saber, la imposición de una multa, sin perjuicio, por supuesto, de reconocer que, en caso de existir tal autorización posterior, se tendrá en cuenta para efectos de la graduación de la multa.

Finalmente, el estudio de la infracción administrativa no tiene en cuenta si la operación es beneficiosa o no para la Sociedad o sus accionistas, toda vez que, tal evaluación corresponde en primer lugar a los accionistas reunidos en el seno de la respectiva reunión del máximo órgano social convocada para tal efecto y, por otra parte, las diferencias sobre los perjuicios o beneficios de las respectivas operaciones escapa del ámbito de competencias atribuidas a la Superintendencia de Sociedades en sede administrativa.

## **2. GRADUACIÓN DE SANCIÓN POR INFRACCIÓN CAMBIARIA**

2.1. La proporcionalidad como criterio de la graduación de la multa debe consultar el aspecto material, así como la finalidad del régimen sancionatorio cambiario.<sup>8</sup>

“(…) esta Superintendencia, mediante la Resolución XXXXXXX del XX de julio de XXXX, resolvió:

**“ARTICULO PRIMERO.- IMPONER con fundamento en los artículos 3 y 22 del Decreto 1746 de 1991 una multa en forma conjunta a **YYY (cedente)**, identificada con IE XXXX, con domicilio en XXXXXX y **HHH**.**

<sup>8</sup> Resolución n.º 301-005618 del 1 de octubre de 2019.



*(cesionaria), identificada con IE XXXX, domiciliada en XXXXX, en la suma de \$XXXX que corresponden al 1.2% del total de la infracción cambiaria comprobada que ascendió a USD\$XXXXX, equivalentes a \$XXXXXXXXX, correspondiente a XXXX acciones por violación al Literal a) del punto 7.2.1.4 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del 21 de noviembre 2003 y sus modificaciones, al no haber solicitado al Banco de la República el registro de la sustitución de la inversión extranjera realizada el XX de XXXX de XXXX, dentro del término legal, según registro SIEXXXXX del XX de XXXX de XXXX (...)*

**ARTICULO SEGUNDO.- IMPONER** con fundamento en los artículos 3 y 22 del Decreto 1746 de 1991 una multa en forma conjunta a **QQQ (cedente)**, identificada con IE XXXX, con domicilio en XXXXXX y **HHH. (cesionaria)**, identificada con IE XXXX, domiciliada en XXXXX, en la suma de \$XXXX que corresponden al 1.2% del total de la infracción cambiaria comprobada que ascendió a USD\$XXXXX, equivalentes a \$XXXXXXXXX, correspondiente a XXXX acciones por violación al Literal a) del punto 7.2.1.4 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del 21 de noviembre 2003 y sus modificaciones, al no haber solicitado al Banco de la República el registro de la sustitución de la inversión extranjera realizada el XX de XXXX de XXXX, dentro del término legal, según registro SIEXXXXX del XX de XXXX de XXXX (...)

**ARTÍCULO TERCERO.- IMPONER** con fundamento en los artículos 3 y 22 del Decreto 1746 de 1991 una multa en forma conjunta a **RRR (cedente)**, identificada con IE XXXX, con domicilio en XXXXXX y **HHH. (cesionaria)**, identificada con IE XXXX, domiciliada en XXXXX, en la suma de \$XXXX

*que corresponden al 1.2% del total de la infracción cambiaria comprobada que ascendió a USD\$XXXXX, equivalentes a \$XXXXXXXXX, correspondiente a XXXX acciones por violación al Literal a) del punto 7.2.1.4 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del 21 de noviembre 2003 y sus modificaciones, al no haber solicitado al Banco de la República el registro de la sustitución de la inversión extranjera realizada el XX de XXXX de XXXX, dentro del término legal, según registro SIEXXXXX del XX de XXXX de XXXX (...)*

Sin perjuicio de lo anterior y siendo claro que los argumentos de (...), no están llamados a prosperar por las razones expuestas, sí se encuentra que, la graduación de las sanciones deberá de revisarse de oficio, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

En efecto, el artículo 3° del Decreto-Ley 1746 de 1991, fue estudiado y encontrado exequible por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

*“(...) La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso. Por tanto, debe responder a criterios que aseguren los derechos de los administrados. En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal -reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el*



*legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición. (...)*

*Considera la Sala, a diferencia de lo que opina el representante del Ministerio Público, que el legislador extraordinario, al señalar en la norma acusada que la administración, para graduar las multas por infracción al régimen de cambios, debe atender a **las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción**, está circunscribiendo y limitando la facultad que tiene el funcionario administrativo para la imposición de ésta, recortando su discrecionalidad, toda vez que la administración, al momento de concretar la sanción, debe explicar el porqué de ésta, señalando expresamente qué circunstancias tuvo en cuenta para su tasación y las pruebas que la fundamentan. Circunstancias que si bien no aparecen expresamente reseñadas en la norma acusada, se entiende que hacen referencia a aspectos tales como el monto de la operación cambiaria, y a circunstancias de modo, tiempo, lugar en que se ejecutó la misma, etc. Sin que su precisa determinación en el texto de la norma, desconozca principio alguno del debido proceso (...)*<sup>9</sup>.

Esto es, advierte la Dirección, según la jurisprudencia constitucional en cita, que la sanción a imponer ha de ser siempre razonable y proporcional, además de motivada en aspectos

como el monto de la operación cambiaria, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se ejecutó la misma y que, en efecto, con excepción de la proporcionalidad que procederá a revisarse, fueron objeto de análisis y consideración por la Coordinación para la graduación de las multas.

**Ahora bien, respecto a la proporcionalidad, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, el referido principio “*implica que la sanción no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta*”, ni tampoco carente de importancia ante la gravedad de la misma<sup>10</sup>. Motivo por el cual, la evaluación de la proporcionalidad entre la infracción y la sanción deberá abordarse a la luz de la finalidad del régimen sancionatorio cambiario, consistente, según lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto-Ley 1746 de 1991<sup>11</sup> en el cumplimiento de las disposiciones previstas en el Régimen de Cambios, así como también lo previsto en el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, en particular en lo concerniente al principio de eficacia, con base en el cual, “*las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa*”.** (Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, esta Dirección encuentra que, en el caso concreto se impusieron sanciones equivalentes al 1,2% del total de la infracción cambiaria comprobada, según consta en la Resolución recurrida de la siguiente forma:

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 2000.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-564-00.htm>.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-721 de 2015.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-721-15.htm>.

<sup>11</sup> “*La infracción cambiaria como transgresión de las disposiciones constitutivas del Régimen de Cambios, es una contravención meramente administrativa de las disposiciones vigentes al momento de la infracción, a la que corresponde una sanción coercitiva cuya finalidad es el cumplimiento de tales disposiciones.*”



*“1. A **YYY** y **HHH**, en la suma de \$XXXX que corresponden al 1.2% del total de la infracción cambiaria comprobada que ascendió a USD\$ XXXXX, equivalentes a \$XXXXXXXXX, correspondiente a XXXX acciones.*

*2. A **QQQ** y **HHH**, en la suma de \$XXXX que corresponden al 1.2% del total de la infracción cambiaria comprobada que ascendió a USD\$ XXXXX, equivalentes a \$XXXXXXXXX, correspondiente a XXXX acciones. (...)*

*3. A **RRR** y **HHH**, en la suma de \$XXXX que corresponden al 1.2% del total de la infracción cambiaria comprobada que ascendió a USD\$ XXXXX, equivalentes a \$XXXXXXXXX, correspondiente a XXXX acciones (...).”*

Multas respecto de las cuales se encuentra que, si bien el valor porcentual, esto es, el 1,2%, aparentemente guarda proporcionalidad con la infracción cometida, esto es, el registro extemporáneo de una sustitución de inversión extranjera por un término de un (1) mes y doce (12) días, conducta constitutiva de violación al literal a) del punto 7.2.1.4 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 y sus modificaciones; también es cierto que, en el caso de las infracciones relacionadas en los numerales 1 y 2, cuantitativamente y de cara a los propósitos del régimen cambiario, previstos en el artículo 2° de la Ley 9ª de 1991, entre los cuales se encuentran, “*Propiciar la internacionalización de la economía colombiana con el fin de aumentar su competitividad en los mercados externos*”, “*Facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior y establecer los mecanismos de control y supervisión adecuados*” y “*Estimular la inversión de capitales del exterior en el país*”, las multas resultan desproporcionadas.

En consecuencia, se procederá a modificar las multas impuestas en los artículos primero y segundo de la Resolución XXXXXX de XX de XXXX de XXXX, así:

1. La multa de \$XXXX se reduce a la suma de \$XXX equivalente al porcentaje de X,X% sobre el valor de la operación realizada.
2. La multa de \$XXXX se reduce a la suma de \$XXX equivalente al porcentaje de X,X% sobre el valor de la operación realizada.

Por su parte, la multa de \$XXXX equivalente al 1.2%, se mantiene sin modificación alguna (...).”

## 2.2. Conclusiones

**En primer lugar, la graduación de las sanciones por infracciones al régimen cambiario debe atender según la jurisprudencia, a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción, esto es, entre otros, a aspectos tales como el monto de la operación cambiaria y a circunstancias de modo, tiempo, lugar.**

En segundo lugar, debe recordarse que la sanción tiene por finalidad el cumplimiento de las disposiciones del régimen de cambios<sup>1</sup> y dentro de ellas se encuentran los propósitos previstos en el artículo 2° de la Ley 9ª de 1991, esto es, entre otros, “*Propiciar la internacionalización de la economía colombiana con el fin de aumentar su competitividad en los mercados externos*”, “*Facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior y establecer los mecanismos de control y supervisión adecuados*” y “*Estimular la inversión de capitales del exterior en el país*”.

En tercer lugar, más allá de que el valor de la multa resulte ajustado formalmente, en el sentido de que el porcentaje sea mínimo, pero el valor a pagar no guarde congruencia con la gravedad de la contravención, esto es, que se trate de una infracción meramente formal y en la que se cumplió tardíamente con la obligación a su cargo, la multa a deberá ser proporcional en términos materiales.



### 3. RECTIFICACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS

3.1. Imposibilidad de que, al valorar intangibles en la adopción por primera vez de las NIIF, se tome la opción del valor razonable como costo atribuido. Posibilidad de que la Superintendencia imparta órdenes para rectificación de estados financieros.<sup>12</sup>

#### Hechos

1. En el año 2008, se solicitó a una sociedad la documentación soporte del origen de dos partidas en la fecha de transición a Normas Internacional de Información Financiera – NIIF y reconocidas en el Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA, el 1 de enero de 2015.
2. En respuesta al requerimiento, la sociedad informó que las partidas correspondían al reconocimiento en el Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA del valor razonable como costo atribuido de derechos sobre marcas y de los derechos adquiridos a otra entidad para poder participar en ciertas competencias.
3. En consideración a lo anterior, se solicitó a la sociedad y a su revisoría fiscal, analizar lo pertinente al registro de los activos intangibles y, de ser el caso, la realización de las correcciones del caso para que se ajustaran a las disposiciones contables.
4. Posteriormente, la Entidad realizó recomendaciones y advertencias a la sociedad, para la elaboración y presentación de los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2018. Se le advirtió que la

reevaluación de la marca y derechos de afiliación registrados en los estados financieros al momento de elaborar el Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA no fueron correctos, pues no era posible para esos intangibles tomar la opción de valor razonable como costo atribuido, en la adopción por primera vez, ya que su valor debía ser el precio de compra o adquisición.

5. No obstante las recomendaciones y advertencias, la sociedad presentó sus estados financieros de fin de ejercicio con corte a 2018 incluyendo en los activos intangibles los valores antes anotados. Dichos estados financieros fueron aprobados en la reunión ordinaria de asamblea del año 2019, en la que se concluyó, luego del análisis realizado por la administración de la sociedad y algunos asesores, que las revaluaciones de los intangibles cumplían con los requisitos legales.

#### Marco Normativo

El numeral 1 del artículo 10 de la Ley 1314 de 2009 establece en cabeza de las autoridades de inspección, vigilancia y control, la función de velar porque los entes económicos, así como sus administradores, funcionarios y profesionales de aseguramiento de la información, cumplan con las normas en materia de contabilidad y de información financiera y aseguramiento de información, así como la aplicación de las sanciones a que haya lugar por infracciones a las mismas.

Además, el artículo 40 de la Ley 222 de 1995 asigna a las entidades que ejercen la inspección, vigilancia y control la facultad de ordenar la rectificación de

<sup>12</sup> Resoluciones 302-003864 del 7 de mayo de 2019 y 300-005045 del 26 de julio de 2019.



los estados financieros o de las notas que no se ajusten a las normas legales.

Finalmente, el Decreto 1023 de 2012 asignó en el numeral 17 del artículo 7 a la Superintendencia de Sociedades la función para ordenar la rectificación de los estados financieros o notas, cuando no se ajusten a la ley.



### Consideraciones

Del análisis realizado por la Entidad, se pudo determinar que la sociedad incorporó, dentro de su información financiera al momento de constitución, una partida por concepto de marca y otra por concepto de derechos de afiliación. Posteriormente, registró en su Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA, a corte 1 de enero de 2015, un incremento en dichas partidas, por unos valores sustancialmente mayores.

La Superintendencia advirtió que no eran correctos los registros efectuados en el Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA, pues no era posible, para estos intangibles, tomar la opción de valor razonable como costo atribuido en la adopción por primera vez, ya que su valor debía ser el precio de compra o adquisición.

Lo anterior, pues en el caso del Grupo 2, la norma no establece la posibilidad de revaluar estos activos.

La Sección 18 de la NIIF para Pymes denominada “*Activos Intangibles Distintos de la Plusvalía*”, determina de forma clara en su párrafo 18, sobre la medición posterior al reconocimiento que “*una entidad medirá los activos intangibles al costo menos cualquier amortización acumulada y cualquier pérdida por deterioro de valor acumulada*”.

Con ello, es claro que la norma contable no supone medición posterior de estos activos con revaluación, como lo hizo la sociedad.

En la decisión se hizo referencia al Concepto 410 del 13 de julio de 2015 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, para expresar el tratamiento que se le debe dar al activo intangible denominado marca:

*“(...) Una entidad que aplique la NIIF para Pymes no puede reconocer como activo los intangibles generados internamente (...) En consecuencia, así exista un registro de la marca o se concluya que la partida cumple los requisitos de identificabilidad, las marcas generadas internamente no deben ser reconocidas en los estados financieros.*

*Una entidad que aplique la NIIF para pymes solo reconocerá en sus estados financieros las marcas que hayan sido compradas en una adquisición separada, en una combinación de negocios, en una permuta o en una subvención del gobierno”.*

Adicionalmente, se precisó, en relación con los derechos de afiliación, que se trata de un activo intangible que no es separable, en tanto no pueden estar separados o divididos de la entidad y ser vendidos, cedidos, dados en operación, arriendo o intercambio. Así mismo, debido a sus características



particulares, la cesión a un tercero de un derecho de afiliación se realiza entre compradores y vendedores que actúan aisladamente, en operaciones poco frecuentes, lo que implica que no exista un mercado activo para este tipo de operaciones, no siendo entonces posible aplicar el modelo del valor razonable como costo atribuido en la fecha de transición a las NIIF en la preparación del Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA, para los intangibles mencionados.

De otro lado, se hizo referencia a la vida útil de los intangibles, la cual había sido considerada por la sociedad como indefinida.

La Entidad resaltó el párrafo 18.19 de la NIIF para Pymes, que sobre la vida útil de los intangibles dispone: *“A efectos de esta norma, se considera que todos los activos intangibles tienen una vida útil finita (...)”*. Así mismo, su párrafo 18.20 indica que *“Si la vida útil de un activo intangible no puede establecerse con fiabilidad se determinará sobre la base de la mejor estimación de la gerencia y no excederá de diez años”*.

En consideración a todo lo anterior, la Superintendencia impartió las órdenes para revertir los valores consignados por concepto de marca y derechos de afiliación en los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2018, corregir su política contable a la misma fecha, relacionada con la vida útil de los activos intangibles y re expresar los estados financieros del mismo corte, de acuerdo con lo señalado en la sección 10 de las NIIF para Pymes —Políticas, estimaciones y errores contables.

## Recurso

La sociedad presentó recurso contra la decisión anotada y expresó, frente a la marca, que corresponde al reconocimiento en el Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA del valor

razonable como costo atribuido del intangible, adquirido y pagado por la sociedad.

Lo anterior, en el marco de lo previsto en el literal c) del numeral 35.10 de la Sección 35 de las NIIF para Pymes – Transición a la NIIF para las Pymes, adopción por primera vez.

En su opinión, ese concepto cumplía cabalmente con la definición de activo intangible, conforme a lo establecido en los literales a) y b) del numeral 18.2 de la Sección 18 de las NIIF para las Pymes – Activos Intangibles Distintos de la Plusvalía.

Frente a los derechos de afiliación, argumentó que la aplicación de la norma prevista en el literal c) del numeral 35.10 de la Sección 35 de las NIIF para Pymes – Transición a la NIIF para las Pymes, adopción por primera vez, valor razonable como costo atribuido, que utilizó la sociedad para estos derechos y su medición en el Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA fue la adecuada.

Sostuvo que no se trató de una revaluación de activos intangibles, sino de un reconocimiento del valor razonable como costo atribuido de un activo intangible en la fecha de transición a las NIIF para Pymes, conforme a lo previsto en el literal c) del numeral 35.10 de la Sección 35 de las NIIF para Pymes – Transición a la NIIF para las Pymes, adopción por primera vez, valor razonable como costo atribuido.

En su opinión, ese concepto también cumplía con la definición de activo intangible, conforme a lo establecido en los literales a) y b) del numeral 18.2 de la Sección 18 de las NIIF para las Pymes – Activos Intangibles Distintos de la Plusvalía.

## Consideraciones del Recurso

Al resolver el recurso, la Superintendencia tuvo en cuenta, frente a la marca, que, en la adopción por primera vez, cuando se aplica el marco normativo



NIIF para Pymes en la preparación del Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA, las sociedades podían utilizar una o más exenciones al preparar sus primeros estados financieros bajo la norma.

Así, el párrafo 35.10 del anexo técnico NIIF para las Pymes, establece dos alternativas para el tratamiento de los activos intangibles: i) valor razonable como costo atribuido y; ii) revaluación como costo atribuido.

Así mismo, lo señalado por el Consejo Técnico de la Contaduría Pública, quien señaló que la presentación de la información financiera debe efectuarse teniendo en cuenta el marco técnico normativo que le corresponda a cada entidad. Con relación a los activos intangibles, cuando no cumplan con los criterios para ser reconocidos como tales, se deben dar de baja.

De otro lado, apoyada en los conceptos 410 del 13 de julio de 2015 y 514 del 6 de junio del 2017 del señalado Consejo, se concluyó que la sociedad sólo puede reconocer en sus estados financieros la marca que haya sido comprada y sólo se permite el modelo del costo como valoración posterior a la aplicación por primera vez de esta norma, de acuerdo con lo establecido en la Sección 18 – Activos Intangibles Distintos de Plusvalía y de la NIIF para las Pymes contenida en el Anexo No. 2 del Decreto 2420 de 2015, es decir, no puede reconocerse contablemente las revalorizaciones de este tipo de activos.

Frente a los derechos de afiliación, se reiteraron los argumentos expuestos en la decisión de primera instancia.

### 3.2. Conclusiones

Así las cosas, en el presente caso se determinó por parte de la Entidad que los registros efectuados en el Estado de Situación Financiera de Apertura – ESFA no fueron realizados correctamente, pues no era posible tomar la opción de valor razonable como costo atribuido en la adopción por primera vez, ya que en el caso de dichos intangibles (marca y derechos de afiliación), su valor debió ser reconocido por el precio de compra o adquisición, pues en el caso del Grupo 2, la norma no establece la posibilidad de revaluar estos activos y no supone su medición posterior con revaluación, como lo hizo la sociedad. Por ello, se impartió la orden para rectificar dichas partidas y re expresar los estados financieros.

## **4. REFORMA ESTATUTARIA CONSISTENTE EN UNA FUSIÓN DE SOCIEDAD COLOMBIANA CON UNA SOCIEDAD EXTRANJERA**

### 4.1. Posibilidad de someter a consideración de la Superintendencia reformas estatutarias de fusión y escisión en las que participen sociedades extranjeras.<sup>13</sup>

#### Hechos

1. Las sociedades absorbente y absorbida solicitaron a la Superintendencia de Sociedades autorización para llevar a cabo una reforma estatutaria consistente en una fusión, en donde la absorbente es una sociedad colombiana y la absorbida es una sociedad domiciliada en el extranjero, de acuerdo a lo aprobado por el máximo órgano social de cada una de las empresas participantes.

<sup>13</sup> Resolución 300-006103 del 14 de noviembre de 2019.



2. La sociedad absorbente que solicita la autorización se encuentra sometida al grado de supervisión de vigilancia, por estar incurso en las causales establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 2.2.2.1.1.1. del Decreto 1074 de 2015. Igualmente, la sociedad absorbente entre sus pasivos tiene registrado un pasivo pensional.

### Marco Normativo

El numeral 7 del artículo 84 de la Ley 222 de 1995, establece la facultad de la Superintendencia de Sociedades para autorizar, respecto de sociedades sometidas a su vigilancia, las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión. El régimen de autorización está regulado en el Capítulo VI de la Circular Básica Jurídica, Circular 100-00005 del 22 de noviembre de 2017.

### Consideraciones

Teniendo en cuenta que ni la ley ni la Circular Básica Jurídica regulan el trámite de autorización para fusión en aquellos casos en que participe una sociedad extranjera, la Superintendencia de Sociedades estimó necesario solicitar a los petitionarios el aporte de los documentos que dieran cuenta de la personería jurídica y representación legal de la sociedad extranjera, debidamente apostillados, toda vez que la sociedad estaba domiciliada en un país que hacía parte del convenio de La Haya, con el objeto de tener certeza sobre dicha existencia y representación legal y así garantizar que los documentos allegados para el trámite de autorización hubiesen sido expedidos por quien tiene la facultad de representar a la sociedad.

En igual sentido, dada las diferencias de presentación de la información financiera en la unidad de medida, así como en la obligación de quienes debían suscribir los estados financieros, fue

necesario solicitar que se convirtieran las cifras a la unidad de medida “Peso” y que aportaran una certificación de cumplimiento de las normas internacionales de presentación de información financiera.

Así mismo, se requirió copia del acta de asamblea de accionistas de la absorbente, en la cual se adoptó la decisión con base en los estados financieros convertidos a pesos colombianos, debidamente suscritos por el representante legal y contador que los elaboró.

Acompañados de sus notas en el idioma español, con el fin de constatar, de forma razonable, el intercambio de acciones originado en la reforma estatutaria, dejando de lado las instrucciones para los procesos de fusión contenidas en los artículos 173 y siguientes del Código de Comercio, que no podían ser aplicados a la sociedad extranjera.

Efectuado el análisis jurídico y contable correspondiente, la Entidad viabilizó la reforma estatutaria e impartió su autorización.

### 4.2. Conclusiones

Ante la falta de regulación sobre la materia, la Superintendencia de Sociedades considera viable someter a su consideración la aprobación de reformas estatutarias que involucren a sociedades domiciliadas en el exterior, para lo cual se debe acreditar en debida forma, la existencia y representación legal de las sociedades participantes. Así mismo, la información financiera que sirve de base para las reformas, debe ser convertida a la moneda legal de curso colombiano y debe cumplir con las normas internacionales de información financiera.



## 5. CONTROL CONJUNTO Y ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

5.1. Concepto y configuración del control conjunto, información contenida en prospectos de valores y en sitios web de acceso público, improcedencia del recurso de apelación y caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades en materia de control.<sup>14</sup>

### Marco Normativo

El artículo 260 del Código de Comercio establece que una sociedad se considera subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas. Así mismo, el artículo 261 del mismo código introduce las presunciones de subordinación, que tienen un carácter meramente enunciativo.

De otro lado, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 prevé que hay grupo empresarial cuando, además del vínculo de subordinación, existe entre las entidades unidad de propósito y dirección, la cual se configura cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto. Lo anterior, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Así mismo, el artículo 30 de la mencionada Ley 222 de 1995 asigna en cabeza de la Superintendencia de Sociedades (salvo en aquellos casos en que recae en la Superintendencia Financiera) la competencia para declarar la situación de control o de grupo empresarial, cuando no se hubiere efectuado la

inscripción dentro de los 30 días siguientes a la configuración del control o de la situación de grupo empresarial.

Finalmente, la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de imponer sanciones de hasta doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos, de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

### Consideraciones

#### 1. Caducidad de la facultad sancionatoria.

En cuanto a la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades para imponer las multas a que haya lugar por el incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, de acuerdo con el artículo 235 de la misma ley, es claro que la Entidad cuenta con un término de cinco años para adelantar la actuación administrativa sancionatoria, el cual debe aplicarse por ser una norma de carácter especial, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

La Entidad realizó un recuento doctrinario y jurisprudencial, con el objeto de esclarecer la fecha desde la cual se debe empezar a contar el término de prescripción a que hace referencia el artículo 235 mencionado. Así, se trajo a colación lo decidido por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 26 de octubre de 2005, dentro del proceso con radicado 250002324000200300022 01<sup>15</sup>:

***“Así las cosas la entidad demandada disponía de cinco (5) años contados a partir de la ocurrencia de los hechos o de la cesación de la conducta, como ha de***

<sup>14</sup> Resoluciones 302-004869 del 16 de julio de 2019 y 300-005786 del 16 de octubre de 2019.

<sup>15</sup> C.P. Dr. Rafel Enrique Ostau de Lafont Pianeta.



*tomarse el punto de partida de dichos términos, que en este caso es el 30 de octubre de 1998, día en que se protocolizó la inversión, de modo que el término de prescripción iba hasta el 30 de octubre de 2003, mientras que el acto que impuso la sanción fue expedido el 28 de febrero de 2002 y el que dispuso fin a la vía gubernativa le fue notificado al actor el 26 de agosto de 2002, lo cual pone en evidencia que la decisión se tomó dentro del término de prescripción (...)*". (se resalta)

A la luz de esta jurisprudencia, es claro entonces que el término de prescripción puede contarse desde la cesación de la conducta y no, como lo afirmó el investigado dentro de la actuación, solamente desde el momento en que se incurrió en el incumplimiento de la norma. Esto, claro está, sin perjuicio de la graduación de la sanción, en la cual sólo se pueden tener en cuenta los últimos cinco años de incumplimiento.



Lo anterior, como lo ha considerado la Superintendencia, en tanto la obligación de cumplir con lo señalado en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 persiste mientras subsista el control, lo que implica que la caducidad de la facultad sancionatoria se produce, vencido el término del artículo 235 de la misma norma, una vez haya cesado el incumplimiento por la observancia tardía por parte

de los obligados o por la extinción de la situación de control, si es el caso. De lo contrario, mientras subsista la conducta lesiva de la norma, no podrá considerarse que el término de caducidad de la facultad sancionatoria ha empezado a correr.

### Fondo del Asunto

En la actuación administrativa se encontró que dos personas naturales eran los controlantes del grupo empresarial, por tener, en los términos del artículo 260 del Código de Comercio, el poder de decisión respecto de dos sociedades domiciliadas en el país (COL1 y COL2). A pesar de ello, en el año 2016 se inscribió en el registro mercantil como matriz del grupo a una sociedad extranjera como matriz, quien a su vez era la accionista mayoritaria de otra sociedad extranjera (EXT1).

Las acciones ordinarias de la sociedad extranjera EXT1 se encuentran inscritas en una bolsa de valores del exterior y en la Bolsa de Valores de Colombia y, en consecuencia, en el Registro Nacional de Valores y Emisores – RNVE que lleva la Superintendencia de Financiera de Colombia. Por ello, la sociedad extranjera está obligada a suministrar, de acuerdo con las normas que rigen el mercado, su información relevante.

Así mismo, de acuerdo al prospecto de la sociedad extranjera EXT1, en el acápite de relaciones de control, se detalló que los controladores son los miembros de una misma familia, socios fundadores de COL1 y COL2.

La Entidad, entonces, encontró que la referencia a los socios fundadores de COL1 y COL2, aludía, sin dudas, a dos personas naturales, toda vez que i) en la página web se hacía referencia a estas personas como cofundadores de las sociedades COL1 y COL2; ii) no existía en la página web referencia a otros miembros de la misma familia; iii) la información publicada en la bolsa de valores extranjera, señalaba a las mismas personas naturales como fundadores



de las sociedades; iv) participaron en el acto constitutivo de una de las sociedades, de manera directa e indirecta, sin que participaran otros miembros de la familia de forma directa; v) ingresaron como socios mayoritarios a la otra sociedad y produjeron un giro trascendental en sus negocios; vi) en un video promocional publicado, consta que las dos personas naturales fueron quienes reorientaron la actividad económica la sociedad que identifican como de su propiedad y punto de partida del grupo empresarial; vii) se corroboró con testimonios rendidos en el proceso.

Resulta importante señalar que, en virtud de la regulación que rige los mercados de valores y a la importancia que tiene para el mercado la revelación de información, la información que brinden los actores debe estar certificada y goza de veracidad, congruencia y pertinencia.

En efecto, establece el artículo 5.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010:

*“El prospecto de información es el documento que contiene los datos del emisor, del valor y de la emisión, necesarios para el cabal conocimiento de los mismos por parte de los inversionistas.*

*(...) en todo caso el prospecto deberá incluir cuando menos: (...) una descripción clara, completa, precisa, objetiva y verificable el emisor en sus **aspectos de organización**, reseña histórica, (...). La información antes señalada y aquella adicional que considere el emisor que deba ser incluida **deberá estar certificada** por las personas responsables de la misma” (se resalta).*

Además, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia (C.E. 029 de 2014) es clara al establecer que los emisores deben incluir en el prospecto de información toda la información necesaria para que un inversionista

pueda formarse una opinión acerca de las condiciones y características del valor ofrecido, siendo esencial para el análisis la revelación en materia de control, en tanto incide en el desempeño de la sociedad y su comportamiento en el mercado. Esto se evidencia, aún más, cuando la mencionada Circular Básica Jurídica establece:

*“1. **Indicar si el emisor está sujeto al control**, ya sea directo o indirecto, de otra sociedad, y, si así lo fuera, **señalar la clase de subordinación** y la identificación de la entidad subordinante indicando la nacionalidad, actividad económica principal y porcentaje de participación en el capital.*

***Para lo anterior se deben tener en cuenta los criterios establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio (...)** indicando si la entidad emisores está controlada directamente por la matriz o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de ésta.” (se resalta).*

Con base a todo lo expresado y a la regulación a la que se somete un emisor de valores, la información que en el mercado se revele por parte de un emisor, se trata de información pública certificada y constituye un elemento de prueba relevante para determinar el control, el cual no puede ser desconocido por quienes revelaron la información.

Además de todo lo anterior, en diferentes medios y entrevistas públicas, las personas naturales investigadas han sostenido y evidenciado que COL1 y COL2 son de su propiedad y sobre las cuales ejercen influencia dominante. En relación con EXT2, se constató que las personas naturales investigadas eran los únicos miembros de la familia con posiciones directivas y ejecutivas en la misma.



## Recurso

Los argumentos presentados con el recurso se refieren, entre otros, a los siguientes asuntos:

- a) De acuerdo al artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra la decisión de primera instancia procede el recurso de reposición y el de apelación. Por eso, presentaron ambos recursos, siendo el de apelación subsidiario al de reposición.

Se sostuvo que era procedente recurrir en apelación en tanto i) se trata de un acto definitivo; ii) no fue proferido por autoridad administrativa cuyas decisiones no sean apelables; iii) la Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales y Empresariales cuenta con un superior jerárquico y; iv) la interposición del recurso de apelación es obligatoria para agotar la vía gubernativa y pretender la nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa.

- b) Se incorporaron y se valoraron indebidamente las pruebas obtenidos de sitios web en los que figuraban las entrevistas realizadas a las personas naturales controlantes, en tanto no fueron certificados los sitios web de donde se tomaron, no se garantizó la cadena de custodia, no se certificaron ni verificaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrían sido elaborados y, finalmente, no se citó a las personas naturales, a los entrevistadores ni a las sociedades para que los ratificaran o cuestionaran.

- c) La Superintendencia no logró demostrar la subordinación de las sociedades vinculadas a la investigación frente a las personas naturales controlantes, pues debió demostrar que su poder de decisión se

encontraba sometido a la voluntad de aquellos. Por ello, sostuvieron que no cualquier tipo de decisión sobre una sociedad es indicativa del control, pues podría presentarse el absurdo de que las personas que tienen cargos directivos en empresas son sus controlantes.

- d) No se acreditó debidamente que las personas naturales eran los “socios de la familia XYZ” a que hacía referencia el prospecto y, aún si lo fueran, no se trata de una causal que determine el control.

- e) Sostuvieron que la Entidad basó su argumentación en circunstancias que no constituyen control, en tanto las personas naturales son administradores de la sociedad extranjera y, en razón a sus funciones, actúan conforme a un manual de actuaciones definido por la sociedad, con altos estándares de gobierno corporativo. Indicaron que adoptan decisiones en su condición de administradores más no de controlantes.



Frente a los argumentos expuestos en el recurso, la Superintendencia de Sociedades reiteró que la declaratoria estuvo prevista de un riguroso análisis probatorio, en el que se trató de forma especial, la condición de directores que los investigados



ostentan en la sociedad extranjera, como Presidente Ejecutivo y Director de Operaciones, los cuales integran el personal ejecutivo de la sociedad (junto con el de Director Financiero). Además, ocupan asiento en la junta directiva, la cual, de acuerdo a sus estatutos, administra los negocios de la sociedad y puede ejercer todas las facultades de la compañía.

Lo anterior, sumado a que ningún otro miembro de la familia tiene la condición de director o ejecutivo de la sociedad extranjera, se consideró relevante, ya que además de ser los ejecutivos con las responsabilidades y atribuciones de más alto nivel de la compañía, la sociedad, como holding o controlante de las sociedades colombianas, imparte de forma directa las instrucciones sobre las actividades propias del negocio. Por eso, fue consistente enfatizar su rol de directores en la sociedad extranjera y las sociedades colombianas, pues si bien en estas últimas no actúan como administradores, pues sus cargos no están creados estatutariamente, se detallaron pruebas (información publicada en la página web de las sociedades subordinadas) que evidencian su actuación frente a las mismas y de las directrices que transmiten a sus colaboradores, por fuera del ámbito formal del accionista mayoritario en la asamblea general de accionistas.

En lo que se refiere a la valoración probatoria, se determinó que en la resolución impugnada se expusieron con suficiencia los motivos que soportan la utilidad, pertinencia y conducencia de cada una de las pruebas examinadas. En particular, se tuvieron en cuenta manifestaciones consignadas en el prospecto de información, información publicada en la bolsa de valores extranjera, declaraciones de los controlantes en eventos, entrevistas, foros, entre otros, publicados en medios de comunicación, documentos corporativos de las sociedades subordinadas y declaraciones practicadas.

Cada una de las pruebas se acompañó del análisis integral que atendió a las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, por lo que no se transgredieron las reglas de la sana crítica. En particular, frente a las pruebas obtenidas de sitios web, se dejó constancia en la resolución del recurso que se trata de un sitio web público, que no requiere de ningún registro o contraseña para su ingreso, consulta, navegación y descarga de contenidos. Así mismo, que los videos subidos a la plataforma no deben tener derechos reservados, por lo que se trata de contenido público. Por ello, no había lugar a la ratificación por parte de las personas que intervinieron en su creación.

En tanto contenían información relevante, útil y conducente para probar los hechos investigados, fueron debidamente descargados e identificados, esto es, con su nombre o título y dirección electrónica y así quedó consignado en el acta de inspección correspondiente. Además, cabe precisar que la jurisprudencia ha considerado que las pruebas electrónicas y en particular, los videos de ciertos sitios web son pruebas documentales que permiten su individualización, lo que da por acreditada su autenticidad, más aún, teniendo en cuenta no fueron tachadas ni desconocidas por los investigados.

Finalmente, en relación con la procedencia del recurso de apelación contra las decisiones proferidas por la Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales y Empresariales, la Superintendencia, en múltiples oportunidades ha sostenido su improcedencia, en consideración a los siguientes argumentos:

- a) El numeral 2 del artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que no habrá apelación de las decisiones de los Superintendentes.



- b) El artículo 12 de la Ley 489 de 1998, establece que *“Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas”*.
- c) Con base a la anterior disposición, la Superintendencia de Sociedades ha delegado varias de sus funciones en los Superintendentes Delegados, Secretario General Intendentes Regionales, Directores, entre otros funcionarios.
- d) En consecuencia, al delegar el Superintendente de Sociedades algunas de sus competencias en funcionarios de la Entidad, contra los actos de dicho funcionario delegatario no procedería el recurso de apelación.
- e) Los artículos 5 y 8 del Decreto 1023 de 2012 disponen que la representación legal de la Superintendencia le corresponde al Superintendente de Sociedades quien, en ejercicio de sus funciones, puede expedir los actos administrativos que le corresponden como jefe del organismo y asignar, reasignar y distribuir (delegar) las competencias de las distintas dependencias.
- f) Así las cosas, en virtud de esas facultades, el Superintendente de Sociedades Delegó en la Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales y Empresariales la competencia sobre las funciones administrativas de las cuales es titular, conforme a las cuales se expidió el acto administrativo recurrido.

## 5.2. Conclusiones

En síntesis, a la luz del artículo 260 del Código de Comercio, el control de una o varias sociedades puede ser individual o conjunto. El segundo caso se configura cuando el poder de decisión de una o varias sociedades esté sometido a la voluntad de dos (2) o más personas, en virtud de la dirección que pueden ejercer en los órganos sociales y/o en la gestión de la sociedad. En el presente caso, se pudo acreditar que existía control conjunto, ejercido por dos (2) personas naturales, a través de diferentes medios probatorios; uno de ellos, consistió en la información consignada en prospectos de emisión de valores, la cual, por la regulación propia de los mercados de valores, debe estar certificada y goza de veracidad, congruencia y pertinencia, por lo que resulta idónea para acreditar los hechos o afirmaciones allí contenidas.

Ahora, en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades frente al cumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, es preciso determinar que dicha obligación persiste mientras subsista el control, lo que implica que la caducidad de la facultad sancionatoria se produce vencido el término de cinco (5) años contenido en el artículo 235 de la misma norma, una vez haya cesado el incumplimiento por parte de los obligados o por la extinción de la situación de control, si es el caso. De lo contrario, mientras subsista la conducta lesiva de la norma, no podrá considerarse que el término de caducidad de la facultad sancionatoria ha empezado a correr.

Finalmente, en virtud de la regulación contenida en el derogado Decreto 1023 de 2012, no era posible presentar un recurso de apelación en contra de la decisión proferida por la anterior Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales y Empresariales, en tanto se trata de funciones delegadas en dicha dependencia por parte del Superintendente de Sociedades, como titular de las mismas. Con la expedición del Decreto 1736 de 2020, se habilitó la posibilidad de apelar las decisiones expedidas por las coordinaciones, direcciones y delegaturas, en virtud de sus atribuciones de inspección, vigilancia y control.



## 6. USUFRUCTO Y CONTROL

### 6.1. Implicaciones del usufructo a la luz de la configuración de los presupuestos de control.<sup>16</sup>

#### Marco Normativo

El artículo 260 del Código de Comercio establece que una sociedad se considera subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas. Adicionalmente, el artículo 261 del mismo código introduce las presunciones de subordinación, que tienen un carácter meramente enunciativo.

Así mismo, el artículo 30 de la mencionada Ley 222 de 1995 asigna en cabeza de la Superintendencia de Sociedades (salvo en aquellos casos en que recae en la Superintendencia Financiera), la competencia para declarar la situación de control o de grupo empresarial, cuando no se hubiere efectuado la inscripción dentro de los 30 días siguientes a la configuración del control o de la situación de grupo empresarial.

Finalmente, la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de imponer sanciones de hasta doscientos salarios mínimos legales mensuales (vigentes) a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos, de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

#### Consideraciones

Mediante solicitud elevada a una autoridad de inspección, vigilancia y control, y trasladada a la Superintendencia de Sociedades, se pidió iniciar una actuación administrativa para verificar la posible configuración de una situación de control que un

Municipio del país ostentaba sobre una sociedad dedicada al transporte.

En el marco de la actuación, el Municipio puso de presente que la sociedad es una entidad descentralizada municipal de primer nivel, que corresponde a un Establecimiento Industrial y Comercial del Estado, cuya naturaleza se deriva de la Ley 489 de 1998. Sostuvo que la sociedad es una sociedad por acciones sujeta al régimen de empresas industriales y comerciales del estado, que cuenta con personería jurídica propia, con autonomía administrativa y capital independiente. Así mismo, hizo referencia a los fines que tiene el estado frente a la creación y funcionamiento de este tipo de entidades, para la prestación de servicios y actividades en desarrollo de la comunidad, los cuales, implican en todo caso, que la responsabilidad del estado no involucra la extensión más allá de sus efectos y que no puede generarse responsabilidad con ocasión de su composición accionaria.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la sociedad fue creada al amparo de la Ley 489 de 1998, reiteró que no era posible aplicar las normas de matrices y subordinadas.

Cumplida la etapa probatoria, la Entidad pudo constatar que entre la Nación, de una parte, y entre el Municipio y otro accionista de naturaleza pública de la sociedad, se suscribió un contrato de usufructo respecto de las acciones de la sociedad, que representaban el 70% de las acciones suscritas de la sociedad.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el contrato de usufructo se encontraba vigente y que los derechos otorgados por el mismo se encontraban radicados en la Nación, quien ejercía el derecho de voto constitutivo de la mayoría en la asamblea general de

<sup>16</sup> Resoluciones 302-003288 del 14 de marzo de 2019 y 300-004594 del 13 de junio de 2019.



accionistas, a pesar de configurarse la presunción de subordinación establecida en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio por parte del Municipio, la misma quedó desvirtuada, pues en la práctica, el accionista mayoritario no tiene la capacidad de imponer sus decisiones en el máximo órgano social.

Por ello, se archivó la investigación administrativa.

## Recurso

El quejoso que interpuso la solicitud que dio inicio a la actuación administrativa recurrió la decisión de archivo de la investigación, advirtiendo que si bien es cierto que en la práctica es la Nación quien tiene la capacidad de emitir el 70% de los votos al interior de la sociedad, pidió tener en cuenta que, según los medios de comunicación, se ha conocido que el Alcalde del Municipio es quien tiene la capacidad de elegir al gerente de la sociedad, para lo cual citó apartes de notas de prensa. Por ello solicitó a la Superintendencia examinar si dicha situación puede ser un indicio del presunto control.

Adicionalmente, sostuvo que la doctrina de la Superintendencia de Sociedades ha puesto de presente que la posibilidad de ejercer el control en diversas situaciones de hecho, aun en los casos en que, por cuenta de un contrato o convenio, se haya otorgado el poder de voto mayoritario en la asamblea. También, consideró precipitada la decisión de archivo, ya que no se dio la oportunidad a los Ministerios representantes de la Nación para pronunciarse.

Finalmente, resaltó la importancia de la definición de la controlante de la sociedad y la revelación de quien ejerce el control sea éste conjunto o individual y puso de presente la presunta actuación coordinada de varios municipios sobre la sociedad.

La Superintendencia de Sociedades, para resolver el recurso tuvo en cuenta, en primer lugar, que pese a

que es cierto que el Alcalde del Municipio puede designar libremente al gerente de la sociedad, no se acredita el control por parte de la entidad territorial, en la medida en que no cuenta con el control de la asamblea de accionistas ni de la junta directiva y a que los estatutos limitan de manera significativa las atribuciones del gerente, al imponerle limitaciones por la cuantía de los actos.

Por ello, el gerente se encuentra subordinado a la junta directiva para la adopción de muchos de los actos o negocios que pretenda celebrar. En consecuencia y al no tener el Municipio la potestad de designar a los miembros de la junta directiva, que por el contrato de usufructo le corresponde a la Nación, a pesar de su participación accionaria, no se configura el precitado control.



Analizando la composición de la junta directiva, se concluyó que se encuentra compuesta, mayoritariamente, por personas designadas por la Nación, quienes tiene garantizada la participación mayoritaria en la toma de decisiones, en consideración al quorum de la junta directiva. Ello impide la toma de decisiones unilaterales por el Municipio, a pesar de su facultad individual de designar al gerente.

En relación con la toma de decisiones en el máximo órgano social, si bien la Nación representa el 70% de las acciones, los estatutos exigen que las decisiones sean adoptadas con el voto favorable de un número



plural de personas que representen por lo menos el 80% de las acciones suscritas, salvo los casos señalados en los mismos. Ello implica que la participación que la Nación representa es insuficiente para la toma de decisiones.

No obstante, si bien no puede imponer decisiones, sí se requiere de la presencia de sus delegados para la toma de decisiones, lo cual se evidenció en un acta de asamblea en la que, ante la inasistencia de una de las representantes de la Nación y en tanto no había quórum decisorio, se declaró a la asamblea como informativa.

Por todo lo anterior, no se verifica una situación en que alguno de los accionistas de la sociedad tenga la posibilidad de imponer decisiones en el máximo órgano social, con excepción de la designación de la mayoría de miembros de la junta directiva por parte de la Nación, la cual tampoco es configurativa del control, por la imposibilidad de designar y remover al gerente de la sociedad.

## 6.2. Conclusiones

Como conclusiones, se identificó entonces un sistema de “pesos y contrapesos” que impide que un accionista individualmente considerado controle a la sociedad. Así mismo, tampoco se pudo sostener la existencia de un control conjunto, por el establecimiento de facultades individuales y la ausencia de una actuación en bloque que permitiera evidenciar un control real conjunto por los accionistas.

Por ello, se confirmó la decisión de archivo proferida en primer lugar por la Superintendencia de Sociedades.

## **7. CONTROL CONJUNTO, ACUERDOS DE ACCIONISTAS, GRUPO EMPRESARIAL**

### 7.1. Configuración del control conjunto a la luz de acuerdos de accionistas y elementos del grupo empresarial.<sup>17</sup>

#### Marco Normativo

El artículo 260 del Código de Comercio establece que una sociedad se considera subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas. Así mismo, el artículo 261 del mismo código introduce las presunciones de subordinación, que tienen un carácter meramente enunciativo.

De otro lado, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 prevé que hay grupo empresarial cuando, además del vínculo de subordinación, existe entre las entidades unidad de propósito y dirección, la cual se configura cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto. Lo anterior, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Así mismo, el artículo 30 de la mencionada Ley 222 de 1995 asigna en cabeza de la Superintendencia de Sociedades (salvo en aquellos casos en que recae en la Superintendencia Financiera) la competencia para declarar la situación de control o de grupo empresarial, cuando no se hubiere efectuado la inscripción dentro de los 30 días siguientes a la configuración del control o de la situación de grupo empresarial.

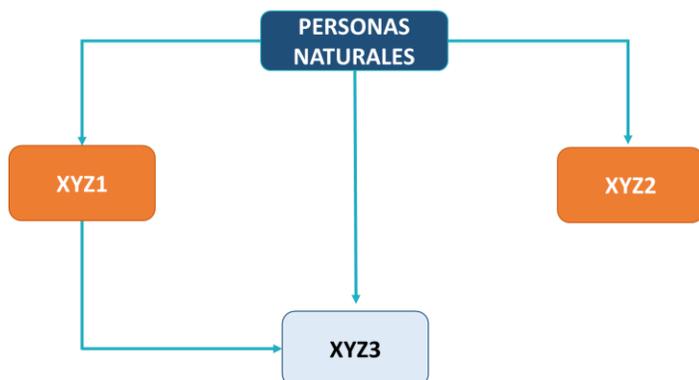
<sup>17</sup> Resoluciones 302-003776 del 25 de abril de 2019 y 300-005451 del 10 de septiembre de 2019.



Finalmente, la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de imponer sanciones de hasta doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos, de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

## Consideraciones

De acuerdo con lo consignado en la Resolución por medio de la cual se dio apertura a la actuación administrativa y de formulación de cargos, se evidenció la participación conjunta y directa de varias personas naturales en más del 50% del capital de dos sociedades (XYZ1 y XYZ2). A su vez, de manera indirecta, a través de XYZ1, esas mismas personas naturales participan en el 97,3% del capital de una tercera sociedad (XYZ3), con la siguiente estructura:



La Superintendencia de Sociedades analizó la forma en que fueron adoptadas las decisiones en los máximos órganos sociales de cada una de las empresas, para determinar si los investigados han tenido efectivamente la posibilidad de imponer sus decisiones de forma conjunta sobre las mismas.

En la Sociedad XYZ2, las actas de asamblea dieron cuenta de que en efecto, las personas naturales han actuado de forma conjunta con el propósito de tomar decisiones de gran trascendencia para la sociedad y teniendo en cuenta el porcentaje de participación que de forma conjunta tienen, han

podido imponer su poder en esas decisiones trascendentales, las cuales incluyen, la elección de la junta directiva, la aprobación de estados financieros, el informe de gestión, el proyecto de distribución de utilidades y la elección del revisor fiscal.

En la sociedad XYZ1, las actas de asamblea evidencian que las personas naturales investigadas han actuado de forma conjunta en la adopción de las decisiones trascendentales de la sociedad y con base en el porcentaje de participación que conjuntamente tienen, han impuesto su poder de decisión en tales decisiones.

En la sociedad XYZ3, también quedó evidenciado el actuar conjunto de las personas naturales investigadas, en la toma de las decisiones sociales más relevantes de la sociedad, las cuales han logrado imponer debido a su porcentaje de participación conjunto.

No obstante, en los escritos de descargos y alegatos de conclusión, se ha dado cuenta por parte de los apoderados de las sociedades y los investigados, de la existencia de un conflicto familiar que originó el surgimiento de dos bloques de accionistas: uno con la capacidad de imponer decisiones (a las que ya se ha hecho referencia) y otro compuesto por otras personas naturales y una sociedad.

De otro lado, el acuerdo de accionistas incorporado a la investigación, junto con las demás pruebas, evidencia, sin dudas, la intención de actuar en conjunto por parte de los accionistas que en bloque tienen el poder de imponer decisiones en los órganos sociales, aspecto de relevancia para la determinación del control conjunto y la cual se materializó y se evidenció en cada una de las actas de los máximos órganos sociales desde el año 2014, que acreditan el actuar en bloque y, en ese sentido, el control conjunto que ejercen estos accionistas.



Es preciso poner de presente que el régimen de matrices, subordinadas y grupos empresariales, no condiciona el control conjunto a la existencia de acuerdos previos entre accionistas. En el presente caso, el acuerdo de accionistas es una prueba que revela el ánimo de actuar en bloque por parte de los investigados.

En cuanto al control conjunto, con fundamento en el artículo 260 del Código de Comercio, que contempla la posibilidad de que una pluralidad de personas, de cualquier naturaleza, ostenten la condición de controlantes, esta Superintendencia, desde hace más de 20 años ha desarrollado el concepto, según el cual:

*“Se presenta el control conjunto cuando una pluralidad de personas controla una o más sociedades, manifestando una voluntad de actuar en común distinta del affectio societatis, mediante circunstancias tales como la participación conjunta en el capital de varias empresas, la coincidencia en los cargos de representación legal de las mismas, la actuación en “bloque” en los órganos sociales, etc., todas ellas apreciadas en conjunto y en el caso concreto.*

*El análisis sobre la aplicación del régimen de grupos no puede hacerse solamente desde la perspectiva de cada sociedad considerada aisladamente, sino que es necesario apreciar el conjunto para comprobar si además del animus societatis que supone la existencia de cada sociedad, existe una intención de los socios o accionistas de proyectar la operación de negocios a través de una pluralidad de sociedad; en caso de verificarse esta situación, es evidente que actúan por medio de un grupo de sociedades, cuyos elementos comunes las*

*ubican en un nivel de control que trasciende la simple vinculación.*

*La consagración del control conjunto ha permitido el reconocimiento de la condición de control que desde hace mucho tiempo se presenta especialmente en las llamadas sociedades cerradas, con cuyo concurso se han estructurado varios de los más importantes conglomerados del país.*

*Con las declaratorias de la condición de grupo bajo esa modalidad de control, se ha reconocido la realidad del control que determinadas familias ejercen sobre varias sociedades, en las que a pesar de que públicamente operan como “grupo”, en la composición de capital ningún socio posee más del cincuenta por ciento, por lo cual en algunos casos pretenden desconocer la estructura de grupo”.<sup>18</sup>*

Esta interpretación ha sido también avalada por el Consejo de Estado, quien ha sostenido que el artículo 260 del Código de Comercio “(...) no limita en manera alguna el número de personas, llámense naturales o jurídicas, que pueden tener bajo su control a una sociedad (...)”<sup>19</sup>.



<sup>18</sup> Gaitán Rozo, Andrés. *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Superintendencia de Sociedades, 2011, Pág. 49.

<sup>19</sup> *Ibíd.* Págs. 68 y 69.



De otro lado, frente al grupo empresarial, de acuerdo al artículo 28 de la Ley 222 de 1995, éste se configura cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. En el caso particular de las sociedades, este elemento se acreditó por diversos motivos, que a continuación se exponen.

En primer lugar, se constató la similitud entre los objetos sociales de las sociedades investigadas, los cuales, en todos los casos, incluían lo relativo a la industria de los alimentos y actividades conexas. En segundo lugar, se observó que habían existido varios administradores comunes entre las sociedades y contaban con el mismo revisor fiscal. En tercer lugar, se verificó la realización de estrechas relaciones entre las sociedades, mediante la suscripción de contratos; en el caso de la sociedad XYZ2, la totalidad de sus ingresos provenía de los diferentes vínculos contractuales que mantenía con las sociedades XYZ y XYZ3. Finalmente, otro elemento importante consistió en la verificación de que las sociedades XYZ1 y XYZ2 colindaban en su zona operativa, pues funcionaban en el mismo inmueble, propiedad de XYZ2.

En el recurso en contra de la decisión de primera instancia, que declaró la existencia de un grupo empresarial controlado conjuntamente por las personas naturales sobre las sociedades XYZ1, XYZ2 y XYZ3, se cuestionaron diversos aspectos y argumentos expuestos en la misma.

Para responder los cuestionamientos expuestos, la Superintendencia reiteró que el acuerdo de accionistas no era la única prueba que evidenciaba el control conjunto, pues lo fundamental fue que se acreditó la formación de un bloque mayoritario, con una evidente e indiscutible capacidad para imponer decisiones fundamentales en los máximos órganos sociales de las sociedades. Dicho acuerdo de accionistas es una simple prueba que revela el ánimo de actuar en bloque de los investigados; se reiteró, entonces, que el régimen de matrices,

subordinadas y grupos empresariales no condiciona el control conjunto a la existencia de acuerdos previos entre accionistas.

Ahora, en relación con la unidad de propósito y dirección, se afirma que ésta no supone que deban existir objetos sociales idénticos, sino que lo que se aprecia es que, a través de ellos se persigue un objetivo común que, en el caso en estudio, era la proyección en el mercado de los alimentos, lo que da cuenta de una armonización entre las sociedades.

De otro lado, la similitud en la composición en los órganos de administración da cuenta de la existencia mayoritaria de administradores comunes designados por los accionistas controlantes en todas las sociedades parte de la investigación, lo cual constituye otro elemento de prueba que acredita la existencia de la unidad de propósito y dirección.

## 7.2. Conclusiones

El control conjunto, que se configura cuando dos (2) o más personas tienen sometido a su voluntad el poder de decisión de una sociedad, puede evidenciarse a través de diferentes formas. En el presente caso, además de haber constatado que los controlantes tenían la posibilidad de imponer conjuntamente sus decisiones en las sociedades, y que las mismas se referían a aspectos trascendentales en el devenir de las sociedades, se verificó que el acuerdo de accionistas, en conjunto con las demás pruebas, daban crédito de una clara intención de actuar en conjunto por parte de los controlantes, para la imposición de sus decisiones.

En todo caso, es preciso advertir que el régimen de matrices, subordinadas y grupos empresariales, no condiciona el control conjunto a la existencia de acuerdos previos entre accionistas.



De otro lado, conforme al artículo 28 de la Ley 222 de 1995, un grupo empresarial se configura cuando, además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección, la cual consiste en la persecución de un objetivo determinado por la matriz en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, esto, sin perjuicio del desarrollo del objeto social de cada una de las sociedades.

En este caso, la unidad de propósito y dirección se encontró configurada por cuanto los objetos sociales de las sociedades eran similares y se desarrollaban dentro de la misma industria, por la existencia de administradores comunes y por los estrechos lazos comerciales y contractuales entre ellas, los que produjeron que la totalidad de ingresos de una de las sociedades dependieran de las demás.

## 8. EJERCICIO IRREGULAR DE LA ACTIVIDAD MULTINIVEL

### 8.1. Suspensión de actividad multinivel por su ejercicio irregular, al comercializar bienes prohibidos por la ley para esta actividad.<sup>20</sup>

#### Hechos

1. Durante los años 2017 y 2018, la Superintendencia de Sociedades recibió un considerable número de quejas y consultas relacionadas con la actividad desplegada por la sociedad, referente al manejo de monedas virtuales y bóvedas de procesamiento, uso de un plan de compensación, entre otros. Por ello, se adelantó una toma de información en la sociedad.

2. Como resultado de la toma de información, se determinó que la sociedad se promociona como una compañía dedicada a la comercialización en red o mercadeo multinivel. De la toma de información realizada a la sociedad se pudo establecer que la sociedad ofrece productos y servicios relacionados con monedas virtuales.
3. El representante legal de la sociedad reconoció el ejercicio de la actividad multinivel y se encontró la suscripción de un contrato denominado “de mercadeo multinivel” con numerosas personas con quienes mantenía la relación comercial. Además, se constató que la sociedad ofrecía siete (7) productos y servicios diferentes.
4. En el 2018, la Superintendencia Financiera de Colombia ordenó a la sociedad y a las plataformas, la suspensión inmediata de operaciones que constituían captación masiva y habitual no autorizada de dineros del público.

#### Marco Normativo

La Ley 1700 de 2013 establece el marco general de la regulación del desarrollo y ejercicio de las actividades de mercadeo denominadas multinivel, incluyendo, entre otros, el mercadeo en red en cualquiera de sus formas.

Por su parte, el artículo 7 de la misma norma prevé que la actividad multinivel es vigilada por la Superintendencia de Sociedades, con el fin de prevenir y, si es del caso, sancionar el ejercicio irregular o indebido de la actividad. La Entidad, entonces, se encarga de asegurar el cumplimiento de lo establecido en la ley en materia de la actividad

<sup>20</sup> Resoluciones Rad. 2018-01-345432 del 27 de julio de 2018, 2018-01-433153 del 2 de octubre de 2018 y 2018-01-442447 del 8 de octubre de 2018.



multinivel, para lo cual cuenta con las facultades establecidas en el artículo 8 de la Ley 1700 de 2013, en adición a las dispuestas en la Ley 222 de 1995.

Una de las facultes más importantes de la Superintendencia es la establecida en el numeral 4 del artículo 8 de la Ley 1700, que consiste en la emisión de órdenes de suspensión preventiva de todas o algunas de las actividades a una compañía multinivel, cuando tenga evidencia que permita suponer, razonablemente, que está ejerciendo la actividad multinivel en sectores o negocios sin dar cumplimiento a los requisitos o exigencias legales, o contra expresa prohibición legal, o cuando no cumple con las previsiones y requisitos de ley que rigen la actividad.



La Ley 1700 de 2013 se encuentra reglamentada por el Decreto 24 de 2016, el cual adicionó un capítulo al Decreto 1074 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector Comercio, Industria y Turismo y en su artículo 2.2.2.50.4. se reglamenta la suspensión inmediata de las actividades de comercialización en red o multinivel, el cual dispone que la orden debe cumplirse de forma inmediata y se mantiene hasta que la sociedad acredite haber subsanado los hechos que dieron origen a la suspensión. Es decir, la medida se hace efectiva a pesar de los recursos que contra la decisión se interpongan.

## Consideraciones

En primer lugar, se precisa que la comercialización en red o mercadeo multinivel es una industria diversa y variada, en la que se emplean diferentes estructuras y métodos de comercialización y que ha sido utilizada como un canal de venta más y que permite la comercialización de bienes y/o servicios a través de la creación de múltiples niveles de participantes organizados en líneas descendientes.

Teniendo en cuenta el surgimiento de sociedades que mezclaban actividades ilegales con actividades de comercialización multinivel, el país se vio en la necesidad de regular la actividad, con el fin de proteger el interés público. Para ello, cualquier sociedad que pretenda comercializar bienes y/o servicios a través de la actividad multinivel, debe dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1700 de 2013 y aquellas complementarias.

En el caso de la sociedad, se promocionaba a través de diferentes medios como compañía dedicada a desarrollar la actividad multinivel, afirmando que cumplía con todos los requisitos establecidos en la Ley 1700 de 2013, sin encontrarse habilitada por la Superintendencia de Sociedades para ello, pues no se encontraba sometida a la vigilancia de la Entidad.

En efecto, la información y documentación presentada por la sociedad a sus presuntos vendedores independientes, no fue puesta a disposición de la Superintendencia de Sociedades para su estudio y análisis, de cara al cumplimiento de los requisitos de ley, para así poder desarrollar su actividad de comercialización en red o mercadeo multinivel en el país.

De otra parte, de acuerdo al artículo 12 de la Ley 1700 de 2013, quienes comercialicen o pretendan comercializar bienes o servicios a través de la actividad de mercadeo multinivel, deben hacer constar en su registro mercantil que ejerce tales actividades. Constatado el registro mercantil de la sociedad, no se evidenció la inclusión en el mismo el



ejercicio de la actividad, constituyéndose un incumplimiento de la norma.

En relación con los productos y servicios, se precisó la facultad que tiene la Superintendencia de Sociedades para determinar si una actividad o conjunto de actividades constituyen actividad multinivel o de mercadeo en red, así como sobre la verdadera naturaleza de los distintos bienes y servicios que se promocionan mediante la actividad. Por ello, la Ley 1700 (artículo 7) le permite a la Entidad valerse de conceptos técnicos emitidos por autoridades que tengan especiales conocimientos relacionados con los bienes y/o servicios comercializados, con el fin de establecer si los mismos son susceptibles de ser comercializados bajo el esquema.

En ese sentido, teniendo en cuenta que los productos y servicios comercializados por la sociedad estaban relacionados con criptoactivos o criptomonedas, la Entidad trajo a colación el Oficio JDS-25631 del 30 de noviembre de 2016, emitido por el Banco de la República, en el que se sostuvo:

*“(…) Ninguna moneda virtual (...) ha sido reconocida como moneda por el legislador ni por la autoridad monetaria. En la medida en que no constituye un activo equivalente a la moneda de curso legal, carece de poder liberatorio ilimitado para la extinción de obligaciones”.*

Así mismo, la Carta Circular 52 de 2017 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la que advirtió:

*“Se alerta al público en general sobre los riesgos de la tenencia y utilización de CM – criptomonedas-, incluyendo riesgos de mercado, de lavado de activos, de intercambio y operativos, señalando que:*

*- Estos instrumentos (...) no están regulados, ni respaldados por ninguna autoridad monetaria o activos físicos, y su aceptación es muy limitada.*

*- Las monedas virtuales no se encuentran respaldadas por activos físicos, por un banco central, ni los activos o reservas de dicha autoridad por lo que el valor de intercambio de las mismas podría reducirse drásticamente e incluso llegar a cero”.*

Por lo anterior, teniendo en cuenta que los criptoactivos o criptomonedas no han sido reconocidas como moneda en el país y en esa medida no constituyen un medio de pago de curso legal con poder liberatorio, la Superintendencia de Sociedades no pudo determinar la verdadera naturaleza de los bienes y/o servicios comercializados por la sociedad.

De otro lado, en relación con la situación financiera y contable de la sociedad, de cara a las obligaciones derivadas de la Ley 1700 de 2013, se registraban, entre otros, intangibles por aproximadamente \$300 millones (que según lo informado, representaba la totalidad de los criptoactivos con que contaba la sociedad).

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1700, uno de los elementos que debe confluir para que una actividad pueda entenderse como multinivel, es el pago por parte de la sociedad que realiza la actividad de una compensación o beneficio económico, como consecuencia de la labor de venta, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la misma ley (por su parte, el artículo 5 establece el derecho de los vendedores independientes a recibir de forma oportuna las compensaciones por su labor).

Por ello, se advirtió que en tanto los criptoactivos o criptomonedas no están regulados ni respaldados por la autoridad monetaria, no era posible que la sociedad garantizara el pago de un beneficio



económico a los presuntos vendedores independientes como consecuencia de su labor de venta, a través de aquellos.

Además, se resaltó que en el estado de resultados entregado a la Superintendencia no se reflejaban ciertos ingresos, ni tampoco en los estados financieros algunos activos, ni el software o programa desarrollador de los mismos, evidenciando de esa forma poco control sobre las presuntas ventas que generaron una comisión en criptoactivos. Así, se reiteró que no le era posible a la Superintendencia determinar la naturaleza de los bienes o servicios comercializados por la sociedad y que la compensación ofrecida por la sociedad guardaba relación de causalidad directa con la venta de los bienes y/o servicios ofrecidos, elementos que son esenciales para poder operar como compañía multinivel en el país.

Por todo lo anterior, la Superintendencia llegó a la conclusión de que la sociedad no estaba dando cumplimiento a los requisitos y exigencias establecidas en la Ley 1700 de 2013, por lo que ordenó la suspensión inmediata de las actividades y prohibió a la sociedad la suscripción de contratos para la vinculación de vendedores independientes mientras durara la orden de suspensión.

En contra de la decisión la sociedad interpuso recurso de reposición, en el que sostuvo que el objetivo que tiene la verificación por parte de la Superintendencia de Sociedades sobre los bienes o servicios comercializados, es el de poder determinar si corresponden a los prohibidos en el artículo 11 de la Ley 1700 de 2013. Además, precisó que a los conceptos del Banco de la República y de la Superintendencia Financiera de Colombia, se les dio un alcance diferente, por lo que consideró que la Superintendencia de Sociedades no contaba con el soporte legal que impidiera la comercialización de criptomonedas o de los bienes y servicios que de ellas se derivan, más aún, cuando ellos no hacen parte de los bienes y/o servicios prohibidos por el

artículo 11 de la mencionada ley para ser comercializados a través del mercadeo multinivel.



Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el recurso, la Entidad puso de presente que, de manera excepcional y por razón de la materia, la ley ha establecido una competencia objetiva que habilita a la Superintendencia de Sociedades inmiscuirse en la actividad propia de las compañías que desarrollan o pretenden desarrollar la actividad multinivel en el país.

Por ello, y en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1700 de 2013, puede la Superintendencia de Sociedades impartir instrucciones a estas compañías, en relación con su organización y funcionamiento. Así mismo, se puso de presente que lo dispuesto en el parágrafo del mismo artículo (sobre la solicitud de conceptos técnicos sobre los bienes o servicios) se encamina a proteger el ahorro del público y, en general, a la defensa del interés público, por lo que no era posible interpretar de forma restrictiva y limitada lo allí dispuesto.

En ese sentido, si bien el legislador dispuso unas prohibiciones claras en el artículo 11 de bienes y servicios que no pueden ser comercializados bajo el esquema multinivel, no significa que todo bien o servicio, que se aparte de dichas prohibiciones pueda ser comercializado a través del mercadeo multinivel, pues es evidente que las facultades otorgadas a esta Superintendencia en virtud de la especial naturaleza de la actividad, le permiten a la



Superintendencia de Sociedades determinar la verdadera naturaleza de los distintos bienes o servicios, con el fin de prevenir el ejercicio irregular de la actividad en el país.

## 8.2. Conclusión

Teniendo en cuenta lo anterior y los conceptos emitidos por las autoridades en relación con los criptoactivos o criptomonedas y su aceptación en el país, de forma acertada se indicó, en la decisión de primera instancia, que no era posible determinar la naturaleza de las monedas virtuales o los servicios comercializados por la sociedad, más aun teniendo en cuenta los riesgos advertidos sobre los mismos en dichos conceptos, en los cuales queda claro que los criptoactivos o criptomonedas no han sido reconocidas como moneda por el legislador ni por la autoridad monetaria, por lo que no constituyen un medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado para la extinción de obligaciones.

Además de todo lo anterior, en el recurso no se desvirtuaron los demás incumplimientos señalados en la resolución recurrida, por lo que la misma fue confirmada en todas sus partes.

## **9. GRUPO EMPRESARIAL Y LIQUIDACIÓN DE SUBORDINADAS**

### 9.1. Sociedades en liquidación y sus efectos sobre la unidad de propósito y dirección necesaria para la configuración de un grupo empresarial y sobre el control.<sup>21</sup>

#### Marco Normativo

<sup>21</sup> Resolución 302-005108 del 4 de diciembre de 2018.

El artículo 260 del Código de Comercio establece que una sociedad se considera subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas. Así mismo, el artículo 261 del mismo código introduce las presunciones de subordinación, que tienen un carácter meramente enunciativo.

Así mismo, el artículo 30 de la mencionada Ley 222 de 1995 asigna en cabeza de la Superintendencia de Sociedades (salvo en aquellos casos en que recaer en la Superintendencia Financiera) la competencia para declarar la situación de control o de grupo empresarial, cuando no se hubiere efectuado la inscripción dentro de los 30 días<sup>22</sup> siguientes a la configuración del control o de la situación de grupo empresarial.

Finalmente, la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de imponer sanciones de hasta doscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos, de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

#### Consideraciones

Se recibió una solicitud para dar inicio a una investigación administrativa, tendiente a verificar y declarar la existencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad extranjera, en calidad de controlante, y por tres (3) sociedades colombianas, como subordinadas, con la particularidad de que estas últimas se encontraban liquidadas.

En desarrollo de las averiguaciones preliminares, la Superintendencia pudo constatar que con anterioridad se había inscrito en el registro mercantil la situación de control ejercida por la

<sup>22</sup> Que se consideran hábiles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, sobre el régimen político y municipal, así como en el parágrafo primero del artículo 829 del Código de Comercio.



sociedad extranjera sobre las tres (3) sociedades colombianas. Además, de forma preliminar, se consideró, de acuerdo a la información que obraba en el expediente, que podía haberse podido configurar un grupo empresarial, que no había sido registrado, por lo que se dio apertura a la investigación administrativa y se formularon los cargos correspondientes.

Dentro de la actuación administrativa, el liquidador de las sociedades colombianas sostuvo que las mismas se encontraban en liquidación desde el año 2014, para lo cual citó jurisprudencia del Consejo de Estado en la que dicha corporación sostuvo que el hecho de que una sociedad subordinada se encuentre en estado de liquidación implica que no hay unidad de propósito y dirección, pues no puede perseguir un objetivo común. Finalmente, y dado que las sociedades hacían parte de un sistema de franquicias, consideró que las decisiones se debían adoptar coordinadamente entre ellas y el franquiciante, lo que presenta elementos comunes con la figura del grupo empresarial, pero insuficientes para concluir sobre su configuración.

La Superintendencia de Sociedades, encontró, como lo advirtió el liquidador de las sociedades colombianas, que se encuentran disueltas desde el año 2014, por lo que a la luz del artículo 222 del Código de Comercio, no desarrollaban su objeto social y conservaban su capacidad jurídica únicamente para realizar los actos necesarios para su inmediata liquidación. Es decir, al momento de decretarse la apertura de la investigación, las sociedades ya se encontraban disueltas.

Lo anterior implica que si bien las sociedades subordinadas existían jurídicamente cuando se dio inicio a la investigación, todas se encontraban adelantando el trámite de liquidación. Inclusive, aproximadamente un mes después del inicio, se inscribió en el registro mercantil la cuenta final de

liquidación, acto con el cual se extinguieron de manera legal.

Con ello, el presunto grupo, en el momento de apertura de la investigación, no participaba en el mercado como un agente económico activo, por lo que aun cuando existiera una dirección común, no había una clara unidad de propósito, por lo que, consideró la Entidad, no se verificaban con nitidez los requisitos legales que supone el grupo empresarial, lo cual no excluye la subordinación que, en todo caso, ya se había revelado. Con ello, la Superintendencia resolvió ordenar el archivo de la investigación administrativa.

## 9.2. Conclusión

No obstante todo lo anterior, es importante resaltar que esta Superintendencia, en múltiples oportunidades, ha señalado que la disolución no constituye un impedimento para declarar la situación de control o grupo empresarial cuando se verifican los presupuestos establecidos en la ley, pues si bien la sociedad vinculada como matriz o subordinada ya no desarrolla su actividad económica, no por ello, desaparecen *per se* los criterios que dieron lugar al control, sumado a que debe adelantarse el correspondiente proceso liquidatorio, que culmina sólo con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación.

## 10. ESCISIÓN ASIMÉTRICA

### 10.1. Situaciones especiales que se presentan en reformas estatutarias consistentes en escisiones parciales por creación.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Resolución n.º 300-004615 del 17 de junio de 2019.



## Marco Normativo

El numeral 7 del artículo 84 de la Ley 222 de 1995 asigna a la Superintendencia de Sociedades la facultad de aprobar las reformas estatutarias consistentes en fusión y escisión de las sociedades sometidas a su vigilancia.

Por su parte, el artículo 3 y siguientes de la misma Ley 222 establece el régimen aplicable a las operaciones de escisión, y los requisitos que la operación debe cumplir.

Finalmente, en el Capítulo VI de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades se encuentra el régimen de autorización general y el de autorización previa para la aprobación de reformas estatutarias consistentes en fusiones y escisiones, por parte de la Entidad.



## Consideraciones

La apoderada de la sociedad XY solicitó autorización previa de la Superintendencia de Sociedades para llevar a cabo una reforma estatutaria consistente en una escisión parcial por creación, en la cual la sociedad XY será la sociedad escidente y creará la sociedad XYZ, como beneficiaria.

Del examen realizado por la Superintendencia a la operación propuesta, se observa que algunos de los

accionistas de la sociedad XY dejarán de ser parte de dicha sociedad y pasarán a serlo, exclusivamente, de la sociedad XYZ, beneficiaria de la operación. La anterior situación no es típica de una escisión, pues corresponde a la excepción consagrada en el inciso final del artículo 3 de la Ley 222 de 1995 que establece:

*“Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquella, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente”.*

Por lo anterior, la operación propuesta se consideró jurídicamente viable, por las razones expresadas en un acto administrativo frente a una operación similar, en el que se expuso:

*“En primer lugar, es necesario recordar que respecto de la adquisición de acciones, cuotas o partes de interés de los socios de la compañía escidente en las sociedades beneficiarias, el último inciso del artículo 3 de la Ley 222 de 1995 señala (...)*

*La norma transcrita pareciera implicar que los socios de la sociedad escidente deberían mantener alguna participación en la sociedad beneficiaria y que, según el texto del artículo 3 referido, esta participación debería ser proporcional. No obstante, y como lo ha entendido el profesor Reyes Villamizar, “la exigencia del voto unánime permite cambiar no solo esta proporcionalidad, sino también la circunstancia misma de que los socios de la sociedad escidente no participen en absoluto en el capital de las compañías beneficiarias.*



*De acuerdo con lo anterior, pueden acaecer tres situaciones diferentes respecto de cada uno de los socios de la escidente: 1) que el socio continúe formando parte de la sociedad escidente y se convierta también en socio o accionista de todas o algunas de las compañías beneficiarias; 2) que el socio deje de pertenecer a la compañía escidente y adquiera acciones, cuotas o partes de interés en todas o algunas de las sociedades beneficiarias; 3) que el socio se mantenga como titular de participaciones de capital en la escidente, pero no forme parte de ninguna de las beneficiarias”.*

Así mismo, se trajo a colación el concepto 100-73105 del 19 de noviembre de 1998, en el que la Superintendencia de Sociedades indicó:

*“como consecuencia de una escisión [es posible] que se genere una participación en las sociedades finalmente resultantes de la escisión totalmente distinta de la que existía en la sociedad escindida, y que puede llegar incluso a dos supuestos radicales: que haya socios que no participen en alguna o algunas de las sociedades beneficiarias, e incluso, que haya socios que dejen de participar en el capital de la sociedad escindida, como ocurre – sin que ese sea el único caso – en la modalidad de escisión que implica la disolución de la escidente, expresamente prevista en el numeral segundo del artículo 3 de la Ley 222 de 1995, en la cual, por sustracción de materia, desaparecen las acciones, cuotas o partes e interés representativas del capital de la disuelta, para ser sustituidas por las participaciones que correspondan en la sociedad o sociedades beneficiarias (...)”.*

decisión adoptada en forma mayoritaria para llevar a cabo una fusión o escisión, les imponga una mayor responsabilidad o les implique una desmejora en sus derechos patrimoniales, de conformidad con los requisitos y el procedimiento establecido en la ley.

En el caso concreto la sociedad XYZ, beneficiaria, era del tipo de las anónimas. Por ello, se indicó que, si la operación se hubiere dirigido a la creación de una sociedad por acciones simplificada, se habría requerido no sólo del voto afirmativo unánime de todos los accionistas de la sociedad XY, incluyendo, claramente, el voto expreso afirmativo de todos los accionistas que se adscribirían a la sociedad XYZ, según se desprende de lo previsto en el párrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008.

## 10.2. Conclusión

En ese sentido, la Superintendencia de Sociedades advirtió que el análisis que hace al aprobar estas reformas es, ante todo, un examen formal respecto de la observancia de los requisitos exigidos para la operación en cuestión, pues en realidad, la Superintendencia no realiza valoración alguna sobre los motivos o la conveniencia de la operación pretendida. Por ello, el examen realizado parte del principio de la buena fe, en particular, en el sentido de que la operación en cuestión no ha sido ideada ni diseñada con el fin de causar daño a algún accionista.

De acuerdo a estas consideraciones, la Superintendencia de Sociedades impartió su autorización sobre la reforma estatutaria propuesta.

Por lo anterior, la Entidad precisó que los accionistas ausentes o disidentes conservan la facultad de retirarse anticipadamente de la sociedad cuando la



# **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

[www.supersociedades.gov.co](http://www.supersociedades.gov.co)

**Línea de atención al usuario: 018000114319**

**PBX: 3245777 – 2201000 / Centro de fax 2201000, opción 2 / 3245000**

**Avenida El Dorado No. 51 – 80 / Bogotá – Colombia**

**Horario de atención al público de Lunes a Viernes de 8:00am a 5:00pm**

[webmaster@supersociedades.gov.co](mailto:webmaster@supersociedades.gov.co)



**El futuro  
es de todos**

**Gobierno  
de Colombia**