



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Más empresa,
más empleo

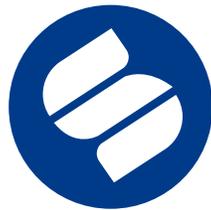


Pronunciamientos **Administrativos V**



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia



SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Billy Escobar Pérez
Superintendente de Sociedades

Autores

Carlos Gerardo Mantilla Gómez
*Superintendente Delegado de
Supervisión Societaria*

Juan Camilo Ortiz Zabala
Director de Supervisión de Asuntos Especiales

Camilo Armando Franco Leguízamo
Director de Supervisión Empresarial

Stephania Montes Peñaranda
*Directora de Supervisión de
Procedimientos Especiales*

Edición

Eduardo Augusto Suárez Gordillo
Delegatura de Supervisión Societaria

Diseño

Grupo de Comunicaciones

2022

Introducción

El objetivo primordial de la Superintendencia de Sociedades es contribuir al crecimiento económico y social, mediante la protección del orden público económico y la generación de valor a los supervisados.

En ese orden, en el marco de la política de supervisión vigente, específicamente de su pilar de pedagogía, la Superintendencia de Sociedades ha enfocado sus esfuerzos en divulgar, reforzar, guiar, explicar y retroalimentar a los empresarios sobre el conocimiento de las normas que les son aplicables, con el fin que redunden, de un lado, en el cumplimiento normativo y, de otro, en la divulgación de buenas prácticas.

La presente publicación expone las decisiones administrativas más relevantes que fueron tomadas por la Delegatura de Supervisión Societaria, respecto de los temas de su competencia que comúnmente son abordados.

Lo que se pretende es llegar al público en general de manera pedagógica, para que de esa manera 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.

Finalmente, es importante mencionar que, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1736 de 2020, se creó una nueva dirección en la Delegatura de Supervisión Societaria, denominada “Dirección de Supervisión de Procedimientos Especiales”, cuyos pronunciamientos a lo largo del año 2021 se incorporan al presente libro junto con aquellos que profirieron las otras dos direcciones pertenecientes a la delegatura mencionada, los cuales son (i) la “Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales” y (ii) la “Dirección de Supervisión Empresarial”.

Contenido

1. De las multas impuestas a los exadministradores de una sucursal de sociedad extranjera y de una sociedad que forma parte de un grupo empresarial.....	5
1.1. Incumplimiento de los deberes a cargo de los administradores	5
1.2. Conclusiones	6
2. De los deberes de la junta directiva	8
2.1. Del deber de vigilancia de los miembros de junta directiva	8
2.2. Conclusiones	17
3. De la contabilidad en las sociedades comerciales	18
3.1 El deber de llevar contabilidad actualizada, de acuerdo con la ley y los principios contables generalmente aceptados.....	18
3.2. Conclusiones	25
4. Respecto de los deberes de los administradores	26
4.1. Conflicto de intereses y deber de lealtad.....	26
4.2. Conclusiones.....	29
5. Respecto del control conjunto	30
5.1. Elementos, acuerdos entre accionistas, actuación en bloque, influencia en sociedad subordinada y naturaleza de los controlantes y de la subordinada.....	30
5.2. Conclusiones	34
6. Del control en personas unipersonales	35
6.1. Revelación de control en la empresa unipersonal y conversión a sociedad por acciones simplificada. Carga para desvirtuar el control	35
6.2. Conclusiones.....	36
7. De los medios de prueba en los procedimientos administrativos.....	37
7.1. Admisibilidad de los medios de prueba del código general del proceso en actuaciones administrativas. Renuencia a responder. Confesión presunta.....	37
7.2. Conclusiones	37
8. Control conjunto	38
8.1. Socios gestores de sociedades en comandita.....	38
8.2. Conclusiones.....	38
9. Competencia para realizar una declaratoria de un grupo empresarial ya revelado	39
9.1. Completitud de la revelación. Doctrina de los actos propios con ocasión del archivo de una investigación y apertura de una nueva.....	39
9.2. Conclusiones	40
10. Autorización a sociedades para solemnizar reformas estatutarias relativas a una fusión.....	41
10.1. De la realidad económica y patrimonial de las empresas participantes en una fusión.....	41
10.2. Conclusiones.....	46
11. Solicitud de autorización de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes a un accionista único.....	47
11.1. De la derogatoria del artículo 459 del Código de Comercio relacionado con la reducción del capital suscrito y pagado para enjugar pérdidas	47
11.2. Conclusiones	48

1. De las multas impuestas a los exadministradores de una sucursal de sociedad extranjera y de una sociedad que forma parte de un grupo empresarial

1.1. Incumplimiento de los deberes a cargo de los administradores¹

La síntesis de las decisiones, es la siguiente:

“Infracciones sancionadas

La deficiencia y/o fallas en los mecanismos de control y gestión de riesgos: Los exadministradores infringieron los deberes a su cargo previstos en el artículo 23 numeral 2° de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 2° de la Ley 1340 de 2009 y sus decretos reglamentarios, el numeral 3° del artículo 209 del Código de Comercio, al no actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, por no adoptar medidas adecuadas de control interno, con la finalidad de proporcionar una seguridad razonable sobre la consecución de los objetivos de la entidad relativos a la fiabilidad de la información financiera, la eficacia y eficiencia de las operaciones, así como sobre el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables; como tampoco adecuadas para la conservación y custodia de los bienes de la sucursal o de terceros que estaban en su poder. Para las entidades en particular tenemos lo siguiente:

Al interior de la Sucursal xxx y, así mismo, en los intereses que ésta representaba (correspondiente a la participación que tenía

la sociedad xxx) y la participación que tenía en el Consorcio xxx, se encontrarían dados por las fallas y/o falencias reveladas por la revisoría fiscal que habrían llevado a la entrega del dictamen de los estados financieros del año 2016 en el año 2019 y, de paso, que no existiera dictamen de los estados financieros de los años 2017 y 2018 para la fecha de la formulación de los cargos (12 de diciembre de 2019), además de lo allí consignado, como también que se efectuaran pagos a entidades con las que no se tenía relación comercial a finales de 2015, entre otras. Así mismo, la demora en la inscripción del nuevo revisor fiscal que habría llevado al desconocimiento de lo ordenado por el numeral 6 del artículo 472 del Código de Comercio, en cuanto el deber que le asiste a las sucursales de sociedades extranjera de tener revisor fiscal, como quiera que, en todo caso, éste constituía un mecanismo adicional de control y gestión de riesgos.

Al interior de la sociedad xxx, se encontrarían dados por las fallas y/o falencias reveladas por la revisoría fiscal que habrían llevado a la entrega del dictamen de los estados financieros del año 2016 y 2017 en los años 2018 y 2019, respectivamente, así como lo consignado en los dictámenes de abstención de 2016, 2017 y 2019, que evidencian las deficiencias en materia de medidas de control interno respecto de la información de la sociedad.

Falta de colaboración con los revisores fiscales: Los exadministradores no velaron porque se permitiera la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal, al no suministrarle de manera oportuna la información necesaria, adecuada, completa, organizada y soportada, para el cabal desempeño de sus funciones. Lo anterior sin perjuicio de las omisiones por las que en su momento fue sancionado dicho órgano.

Indebida preparación y presentación de estados financieros bajo hipótesis de negocio en marcha: Los exadministradores infringieron los artículos 19, 48 y 50 del Có-

¹ <https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Paginas/2021/Supersociedades-impone-multas-a-exadministradores-de-Odebrecht.aspx>.

digo del Comercio, artículos 19, 57 y 112 del Decreto 2649 de 1993, artículos 22, 23, 34 y 37 de la Ley 222 de 1995, Decreto 2496 del 23 de diciembre de 2015 (modificatorio del Decreto 2420 de 2015), Decreto 2101 de 2016, por haber preparado, certificado y presentado los estados financieros correspondientes a los años 2017 y 2018, respectivamente, bajo la hipótesis de negocio en marcha, cuando lo correcto era su preparación y presentación bajo el principio de liquidación.

Incumplimiento del deber de preparar y presentar el informe especial exigible en casos de grupos empresariales: Los exadministradores de xxx infringieron el deber previsto en el artículo 29 de la Ley 222 de 1995, por no haber preparado ni presentado el informe especial establecido en el mencionado artículo.

Incumplimiento de órdenes: Los exadministradores de la sucursal xxx incumplieron las órdenes impartidas por esta Superintendencia, a través del oficio 203-104225 del 19 de mayo de 2017, de remitir trimestralmente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la finalización del trimestre, estados financieros trimestrales, toda vez que, en el año 2019, no remitieron oportunamente la información financiera del trimestre enero-marzo, ni abril-junio”.

1.2. Conclusiones

- En virtud de la diligencia de un buen hombre de negocios, los administradores son responsables de diseñar, implementar y mantener medidas adecuadas de control interno, con la finalidad de proporcionar una seguridad razonable sobre la consecución de los objetivos de la sociedad, relativos a la fiabilidad de la información financiera, la eficacia y eficiencia de las operaciones, así como el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, como también, la conservación y custodia de los bienes de la sociedad o de terceros que estén en poder de la compañía. En ese orden, si se presentan falencias que permiten la materialización de riesgos en cualquiera de los aspectos mencionados, los administradores se encontrarán sujetos a las consecuencias que correspondan, entre ellas, multas en sede administrativa, como también, si hubiere lugar a ello, las acciones que correspondan en otros campos del derecho.
- El deber de velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal, a cargo de los administradores, comprende, como lo ha sostenido la doctrina de esta Superintendencia, el suministro oportuno de la información necesaria, adecuada, completa, organizada y soportada para efectos de que la revisoría pueda a cumplir sus funciones y sin perjuicio, por supuesto, de las responsabilidades a cargo de dicho órgano.
- Los administradores, al momento de elaborar los estados financieros y evaluar la hipótesis de negocio en marcha, deben considerar siempre las características cualitativas de la información respectiva, de manera que se presente conforme a su esencia, a efectos de que sea útil para sus usuarios, internos y externos, partiendo de factores realistas y



razonables. La presentación de los estados financieros bajo unos parámetros distintos a los mencionados, afecta la razonabilidad de la información financiera y da lugar a las responsabilidades pertinentes a cargo de los administradores que la certifican.

- En los casos de grupo empresarial, conforme al mandato del artículo 29 de la Ley 222 de 1995, *“tanto los administradores de las sociedades controladas, como los de la controlante, deberán presentar un informe especial a la*

asamblea o junta de socios, en el que se expresará la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada”. El incumplimiento de la mencionada norma, que resulta clara, dará lugar a las sanciones respectivas, precisando, que en los casos en que la Entidad, declare la existencia de un grupo, la obligación es exigible desde la fecha de configuración del mismo y no desde la de declaratoria, la cual no tiene efecto constitutivo.

2. De los deberes de la junta directiva

2.1. Del deber de vigilancia de los miembros de junta directiva²

La Superintendencia de Sociedades formuló cargos a un miembro de junta directiva de la sociedad, por el incumplimiento de su deber de vigilancia, derivado del deber de diligencia establecido en el inciso primero del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, por haber: i) Convocado a la asamblea general después de los tres primeros meses del año; ii) realizado operaciones que extralimitan el objeto social; iii) realizado operaciones en conflicto de intereses y; iv) enajenado acciones sin obtener autorización de acuerdo a lo señalado en el artículo 404 del Código de Comercio.

Por lo anterior, esta Entidad procedió a analizar la conducta del administrador de la sociedad, de acuerdo con las conductas evidenciadas, de la siguiente manera:

“3.2. CONSIDERACIONES PREVIAS. EL DEBER DE VIGILANCIA A CARGO DE LOS ADMINISTRADORES.

Previo al estudio de los cargos formulados y la defensa frente a los mismos por parte del Investigado, considera oportuno esta Dirección referirse al deber de vigilancia a cargo de los administradores³, para efectos de las decisiones que deban tomarse en este acto administrativo.

En el capítulo V de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades (Circular Externa 100-000005 del 22 de noviem-

bre de 2017)⁴, se desarrollan los principios y deberes de los administradores establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995:

De acuerdo con lo anterior, los siguientes son los principios y deberes que deben orientar la conducta de los administradores:

Buena fe:

Es un principio de derecho que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio, es decir, que los administradores deben obrar satisfaciendo totalmente las exigencias de la actividad de la sociedad y de los negocios que esta celebre y no solamente los aspectos formales que dicha actividad demande. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad.

B. Lealtad:

Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, reitera el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad, y de los asociados, de manera que resulta claro que si los intereses de los asociados se apartan de los fines de la sociedad, deben prevalecer los intereses de esta última.

C. Diligencia de un buen hombre de negocios:

Hace relación a que las actuaciones de los administradores deben ejecutarse con la diligencia que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser

² 2021-01-072085 del 10 de marzo de 2021.

³ Ley 222 de 1995: “ARTICULO 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones”.

⁴ Folio 51 en adelante de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.

La diligencia del buen hombre de negocios, lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas. (Subraya esta dependencia)

En los anteriores apartes se sintetiza la conducta que debe verificarse en las actuaciones de todo administrador y se advierte que deberá obrar atendiendo todas las exigencias que supongan la actividad de la sociedad, en interés de ésta y de sus asociados, con la obligación de anteponer los intereses societarios sobre el de los socios.

Concordantemente, la doctrina comparada sostiene:

(...) Debido a que los directores representan los intereses de los inversores o accionistas —y, más modernamente de otros “stakeholders” como los acreedores, proveedores, empleados e incluso la comunidad toda— ellos tienen un deber afirmativo o positivo de actuar diligente y prudentemente en el gobierno y administración de los asuntos de la sociedad que dirigen. Esta responsabilidad se suele denominar deber de diligencia o deber de cuidado. Usualmente, el juicio sobre el cumplimiento de este deber corresponde que sea realizado, en cada caso particular, por los tribunales que deben fallar sobre ellos. Cuando los directores toman decisiones que afectan los intereses de estos stakeholders —principalmente los de los accionistas— deben hacerlo con base en una “diligencia razonable” en la recolección y consideración de la información material para adoptarla. En otros términos:

sus decisiones deben ser decisiones razonablemente informadas. Un director no es un mago, un adivino, o un vidente del futuro empresarial, sino hombre de carne y hueso que necesita informarse, e informarse con prudencia, diligencia y con la verdad.



Desde antiguo, los tribunales en los Estados Unidos han dicho que los directores tienen un insoslayable deber fiduciario —“fiduciary duty”—hacia la sociedad y hacia sus accionistas que no tolera la infidelidad o el “self dealing” —en expresión acuñada por los tribunales que puede traducirse como negociación ilegítima en provecho propio—. Este deber fiduciario reclama que el director reconozca que actúa en nombre o en representación de otro u otros. Esta representación de los intereses económicos y financieros de otros impone un deber positivo, afirmativo o activo de proteger o velar por tales intereses. Y ese deber de actuar con la debida información está inherente en la naturaleza del deber de diligencia. Sus elementos están definidos tanto por normas estatutarias como por fallos judiciales (...)⁵

Se observa de los aspectos explicados, que los administradores, en ejercicio de sus deberes, deben actuar de buena fe, esto es, de

5 MIGUENS, Héctor José (2010), *El deber de diligencia de los directores societarios en Estados Unidos*, Revista Foro Derecho Mercantil N°29, oct.-dic., págs. 65-93.

forma honesta, transparente, responsable; con lealtad, en interés de la sociedad; así como también con la diligencia de un buen hombre de negocios, de manera que su proceder sea cuidadoso, activo, oportuno, bien informado.

En ese marco surge el deber de vigilancia, con base en el cual, los administradores deben supervisar la consecución de los objetivos de la empresa, el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, la transparencia, disponibilidad y fiabilidad de la información, su debido suministro conforme a la ley a los interesados, la eficacia y eficiencia de las operaciones y recursos, el debido desempeño de las personas que prestan servicios a la sociedad, entre otras.⁶

(...)

3.3.3. CONSIDERACIONES.

-Sobre la extralimitación del objeto social-

Al respecto, es necesario recordar al memorialista que el artículo 99 del Código de Comercio establece:

ARTÍCULO 99. CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

El artículo 110-4 del código de Comercio establece que en la escritura de constitución se debe incluir:

4) El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enun-

ciación clara y completa de las actividades principales. Será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél”.

Al respecto, el Consejo de Estado sección Cuarta, en sentencia del 8 de noviembre de 2007, Consejero Ponente Juan Ángel Palacio Hincapié, radicación no. 05001-23-31-000-2001-03891-01(14855) manifestó:

De acuerdo con el artículo 99 del Código de Comercio, se entenderán incluidos en el objeto social de una compañía **los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones derivadas de la existencia y actividad de la sociedad.** Al respecto, la Sección ha precisado que todos los actos realizados por una sociedad comercial, en desarrollo del objeto social, reciben de manera obligada la calificación legal de mercantiles, ya porque encuadren como tales v gr, el giro u otorgamiento de títulos valores o las operaciones bursátiles (artículo 20 [6 y 7] del Código de Comercio, ya porque sean actos mercantiles conexos o por relación, por ejemplo, la obtención de rendimientos financieros en desarrollo de actos y contratos que se celebren para el cumplimiento del objeto social.

Dado que según el artículo 99 del Código de Comercio y el objeto social de la actora, **ésta puede celebrar todos los actos y contratos necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial** (folios 3 a 8), y por cuanto tales actos y contratos son mercantiles, según se indicó, la Sala encuentra que los ingresos provenientes de los rendimientos financieros, que no son otra cosa que los frutos de las inversiones, deben hacer parte de la base gravable del impuesto de industria y comercio, motivo por el cual la adición de ingresos que por dicho concepto efectuó el municipio de Medellín, también se ajustó a derecho. (negrilla fuera de texto)

6 EISENBERG, Melvin (1997), The Board of Directors and Internal Control, Cardozo Law Review, Vol. 19, págs. 237-264.

La doctrina en relación con el objeto social de las empresas indica:

El objeto, además, delimita la capacidad de la entidad, de manera que los actos jurídicos que se realicen fuera de él, son radicalmente nulos y, por lo tanto, inconfirmables. Por lo demás, la determinación del objeto es materia en la que coincide la doctrina. Esa determinación se deriva de las precauciones que adopta la ley para la protección de los accionistas, respecto de la modificación y amplitud de los poderes de los administradores. El principio general, en materia de determinación, es la existencia de cierto acotamiento, de manera que ni se omita toda indicación ni se formule en forma tal que, prácticamente, exista una absoluta falta de límites que circunscriban la esfera de vinculación de los accionistas, sometidas a estos a una dependencia, respecto de los órganos sociales de administración, de hecho completa (Girón Tena, "El Derecho de Sociedad")⁷

La Superintendencia de Sociedades en su oficio 220-109737 de 1999, al resolver una consulta relacionada con hechos similares a los que son objeto del presente pronunciamiento manifestó:

En atención a su escrito radicado en esta entidad el día 19 de octubre de 1999 con el No. 397.091, en el cual consulta sobre la procedencia jurídica y contable de que una sociedad anónima asuma obligaciones personales del accionista mayoritario, habiendo éste, a su vez, garantizado obligaciones sociales con bienes propios, sin que tal circunstancia esté prevista en el objeto social principal y si se ajusta a derecho el sistema de compensación de obligaciones con cargo a futuras utilidades de ejercicios posteriores, este despacho se permite hacer las siguientes consideraciones de orden legal:

1- La capacidad social y el desarrollo del objeto social. Sea lo primero advertir que este

despacho ha manifestado de manera reiterada que la capacidad jurídica de las sociedades debe circunscribirse al desarrollo de las actividades principales que constituyen su objeto social, entendiendo por tales el conjunto de operaciones que se propone realizar para ejercer de manera permanente una actividad económica, en los términos de los artículos 99 y 110 numeral 4 del Código de Comercio. Sobre este aspecto, esta Superintendencia, mediante Oficio AN-08891 del 23 de abril de 1987 se ha referido al sentido y alcance de las disposiciones citadas, poniendo de presente, además, que conforme a éstas y a la regla general de capacidad de los representantes legales establecida en el artículo 196 ídem, es que se busca asegurar que la personalidad jurídica de la sociedad opere en función de la actividad que pretenden desarrollar los socios al celebrar el contrato por el cual se han obligado a aportar y en virtud del cual tienen derecho al reparto de utilidades que se lleguen a obtener a través de su ejecución.

En ese orden de ideas, las compañías comerciales solo tienen capacidad para efectuar los actos señalados en la cláusula de su objeto social dentro de los cuales se entienden incluidos aquellos que se relacionan directamente con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones derivadas de la existencia y actividad de la sociedad, de suerte que si la capacidad del ente societario está limitada por una disposición contractual indicativa de su objeto, resulta obvio que cualquier acto que exceda dicho límite es violatorio de los estatutos y compromete la responsabilidad de los administradores que lo ejecuten.

En atención a las consideraciones anteriores y teniendo en cuenta las hipótesis planteadas en la consulta, el despacho advierte que se desbordaría la capacidad jurídica en el evento que el ente societario llegare a celebrar actos que se propongan garantizar o pagar obligaciones ajenas a las propias, como Usted lo afirma en su escrito, éste no se contempla dentro de su

⁷ Código de Comercio Comentado. Hildebrando Leal Pérez. Décima Edición. Editorial Leyer.

objeto principal y bajo ninguna circunstancia podría en las condiciones proyectadas deducirse que exista relación causal con el mismo, cualquiera sean las actividades que lo constituyen. Aún si como consecuencia de la operación que se plantea, efectivamente se consigue disminuir el porcentaje de endeudamiento social, ello no valida ni legitima la implícita violación legal.



Ahora bien, aclarando la capacidad de la sociedad y en relación con la vulneración de los deberes de administrador del miembro de Junta Directiva, es relevante señalar que las funciones de esta junta en los términos del Código de Comercio son:

ARTÍCULO 438. ATRIBUCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA. Salvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.”

Por consiguiente, al hacer el análisis de los estatutos sociales se tiene que, en XXXX S.A., se indica:

ARTÍCULO XX.- Son atribuciones de la Junta Directiva:

(...)

10.- Examinar cuando lo tenga a bien, los libros, documentos, fábricas, instalaciones, depósitos y caja de la compañía.

Aunado a lo anterior, la circular básica jurídica de la Superintendencia de Sociedades 100-000005 de 2017, en relación con el alcance del derecho de inspección, expone que uno de los documentos que deben ser exhibidos durante el ejercicio del derecho de inspección es el informe de la Junta Directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad, sobre el que indica:

El informe de la Junta Directiva señalado en el numeral 3) debe contener: a) **Detalle de los egresos por concepto de salarios, honorarios, viáticos gastos de representación, bonificaciones, prestaciones en dinero y en especie, erogaciones por concepto de transporte y cualquiera otra clase de remuneraciones que hubiere percibido cada uno de los directivos de la sociedad;** b) Las erogaciones por los mismos conceptos indicados en el literal anterior, que se hubieren hecho en favor de asesores o gestores vinculados o no a la sociedad mediante contrato de trabajo, cuando la principal función que realicen consista en tramitar asuntos ante entidades públicas o privadas, o aconsejar o preparar estudios para adelantar tales tramitaciones; c) Las transferencias de dinero y de más bien es, a título gratuito o a cualquier otro que pueda asimilarse a éste, efectuadas en favor de personas naturales o jurídicas; y d) Los gastos de propaganda y de relaciones públicas, discriminados unos y otros. Respecto del literal a) del numeral 3 °, la información de egresos debe ser detallada, es decir, no sólo deben discriminarse los diferentes conceptos que constituyen la remuneración de los directivos, sino que dicha remuneración debe ser informada respecto de cada uno de ellos, individualmente considerados”.

Teniendo en cuenta lo previsto en las disposiciones legales, en la doctrina y la jurisprudencia enunciada frente al cargo rela-

cionado con la vulneración de los deberes de los administradores, específicamente por la permisividad frente a las múltiples operaciones que extralimitaban el objeto social, se evidenció una clara violación al deber de diligencia; deber que como administrador debe ejercer frente a la necesidad de llevar estados financieros ajustados a la realidad de las operaciones y no permitir la realización de operaciones que no son propias del objeto social.

Lo anterior se evidenció al ser revisadas las actas aportadas con el radicado XXXX del XX de XXX de XXX, así como las inscripciones efectuadas en el registro mercantil, ya que se observó que no se hicieron reuniones en las que se aprobaran modificaciones al objeto social, con base en las cuales, fueran permitidos préstamos a socios, como los efectuados al señor XXXXX, así como tampoco se presentaron en la asamblea general de accionistas los informes de junta directiva, lo que demostró que los administradores de la Sociedad no actuaron con la diligencia del buen hombre de negocios que se exige a los administradores, permitiendo con su omisión la realización de operaciones por fuera del objeto social.

De otro lado, conforme al auxiliar por terceros allegado al expediente por el apoderado de la Sociedad, se observó que los egresos de la Sociedad a favor del señor XXXXXXXX fueron por solicitud propia de éste y si bien en muchos casos se indicó que el objeto es el apoyo a fundaciones, no puede considerarse que permitiera que se incluyera en la cuenta contable a su cargo, misas, celebraciones de cumpleaños, pago del crédito XXXX-X, ya que como bien lo indicó el memorialista, estas cuentas afectan su patrimonio, de manera considerable.

Ahora bien, no puede ser tenido en consideración que el señor XXXXXXXX, desconociera esta cuenta, mucho menos ahora indicar que se trata de actividades de la empresa en cumplimiento de las políticas de Responsabilidad Social Empresarial, cuan-

do permitió que se cruzaran dichos valores con las utilidades obtenidas, según da cuenta el auxiliar contable enunciado en el punto precedente.

En ese sentido llevar a cabo registros indebidos en la contabilidad de la Sociedad, afectó la razonabilidad de los estados financieros, los cuales son básicos para la toma de las decisiones de conformidad con la sección 3.2 del Decreto 2420 del 14 de diciembre de 2015, la cual prevé:

“Los estados financieros presentaran razonablemente, la situación financiera el rendimiento financiero y los flujos de efectivo de una entidad. La presentación razonable requiere la representación fiel de los efectos de las transacciones, otras sucesos y condiciones, de acuerdo con las definiciones y criterios de reconocimiento de activos, pasivos, ingresos y gastos establecidos en la Sección 2 conceptos y principios Generales.

Por lo anteriormente expuesto, de prosperar el argumento de la defensa, le correspondería a la administración realizar las correcciones contables ocasionadas por las irregularidades cometidas en el registro de operaciones contables, y en consecuencia, realizar la revelación correspondiente de conformidad con la sección 10 políticas contables y estimaciones y corrección de errores de las NIIF para las PYMES”.

De esta manera, los argumentos expuestos para desestimar el cargo, no fueron de recibo.

“3.4.3. CONSIDERACIONES. –sobre las operaciones en conflicto de intereses–.

Sobre el punto, es necesario precisar las disposiciones que rigen la materia así:

El artículo 23 de la Ley 222 de 1995, establece que es deber de los administradores:

“7. 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 estos casos, 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”.

La citada disposición fue reglamentada por el artículo 2° del Decreto 1925 de 2009, compilado por el Decreto 1074 de 2015, en los siguientes términos:

“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 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”.

Por consiguiente, en efecto, estaba en la obligación de cumplir con su deber legal contenido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, regulado por el artículo 2 de Decreto 1925 de 2009, compilado en el Decreto

1074 de 2015, el cual obliga al administrador a cumplir con los siguientes deberes:

- a) 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 asamblea general de accionistas (art. 23,7 de la Ley 222 de 1995).
- b) Ordenar la convocatoria o convocar a la Asamblea General, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de intereses. (art. 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015, compilatorio del art. 2 del Decreto 1925 de 2009).
- c) Suministrar al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión (art. 23,7 de la Ley 222 de 1995 en concordancia con el art. 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015, compilatorio del art. 2 del Decreto 1925 de 2009).
- d) Abstenerse de votar la decisión correspondiente en caso de tener la calidad de accionista o socio (art. 23,7 de la Ley 222 de 1995 en concordancia con el art. 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015, compilatorio del art. 2 del Decreto 1925 de 2009).
- e) 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, responder solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros perjudicados (art. 24 de la Ley 222 de 1995, por el cual se subrogó el artículo 200 del Código de Comercio en concordancia con el art. 2.2.2.3.1. del Decreto 1074 de 2015, compilatorio del art. 2 del Decreto 1925 de 2009).

Ahora bien, el deber del administrador consiste en revelar ante el máximo órgano social, la operación en conflicto de intereses, suministrando la información corres-

pondiente a los asociados para que éstos autoricen o no su realización.

En este aspecto, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades de 22 de noviembre de 2017, considera, como posibles eventos de conflicto de intereses los siguientes:

“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.

Concordantemente la misma Circular indica:

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

(...)

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 respectiva. (...)



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, cuando quiera 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. (...)

En atención a lo anterior y frente al caso en estudio, se evidencia que el señor XXXXX, realiza toda una serie de operaciones que no están comprendidas dentro del objeto

social de la compañía, que son para su beneficio, y que no fueron puestas a consideración de la Asamblea de Accionistas para ser aprobadas, tal como lo señalan las disposiciones precedentes.

Ahora bien, no puede aceptarse que el incumplimiento del deber del administrador, sea obviado por el hecho de que, en las Asambleas Generales Ordinarias, se aprobaron los estados financieros por unanimidad, en los que se encontraba la cuenta a cargo de XXXXXX, o que se considere ratificado y por ende hecho superado, no es aceptable, por cuanto la norma prevé es que la autorización sea anterior a la operación y sea otorgada por el máximo órgano social, además, la puesta en conocimiento de las operaciones en conflicto de intereses debe ser puesta en conocimiento y tratada conforme a los mandatos de ley.

Por lo anterior, lo que se espera es que el administrador o quien tenga capacidad para convocar, convoque previamente al máximo órgano social, a fin de suministrar la información relevante para su autorización.

Por tanto, no se aceptan los argumentos expuestos como eximentes de responsabilidad.

(...)

3.6.3. CONSIDERACIONES. –sobre la enajenación de acciones sin autorización de la junta directiva–.

En atención a los argumentos expuestos, es importante precisar que el cargo formulado en el numeral 4.5 de la resolución 2020-01-XXXX del XX/XX/2020, se da por la enajenación de las acciones del administrador XXXXX, sin agotar el procedimiento legal establecido en el artículo 404 del Código de Comercio.

En relación con la negociación de acciones, el Código de Comercio establece:

ARTÍCULO 403. EXCEPCIONES A LA LIBRE NEGOCIACIÓN DE ACCIONES. Las accio-

nes serán libremente negociables, con las excepciones siguientes:

1) Las privilegiadas, respecto de las cuales se estará a lo dispuesto sobre el particular;

2) Las acciones comunes respecto de las cuales se haya pactado expresamente el derecho de preferencia;

3) Las acciones de industria no liberadas, que no serán negociables sino con autorización de la junta directiva o de la asamblea general, y

4) Las acciones gravadas con prenda*, respecto de las cuales se requerirá la autorización del acreedor.

ARTÍCULO 404. PROHIBICIÓN A LOS ADMINISTRADORES DE ENAJENAR O ADQUIRIR ACCIONES - SANCIONES. Los ad-

ministradores de la sociedad no podrán ni por sí ni por interpuesta persona, enajenar o adquirir acciones de la misma sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, sino cuando se trate de operaciones ajenas a motivos de especulación y con autorización de la junta directiva, otorgada con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros, excluido el del solicitante, o de la asamblea general, con el voto favorable de la mayoría ordinaria prevista en los estatutos, excluido el del solicitante.

Los administradores que infrinjan esta prohibición serán sancionados con multas hasta de cincuenta mil pesos que impondrá la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a petición de cualquier persona y, además, con la pérdida del cargo.

Revisados los estatutos sociales, estos establecen:

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro que el investigado XXXXX, al ser el gerente suplente y miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad, es administrador

de esta y por consiguiente, para efectos de enajenar las acciones a su nombre, está dentro de la previsión contenida en el artículo 404 del Código de Comercio, debiendo agotar el procedimiento que señala la ley y los estatutos para enajenar las acciones, es decir, tenía en primer término que solicitar autorización a la Junta Directiva y de otra parte ofrecer las acciones a la Sociedad.



No obstante, no solamente no agotó el procedimiento establecido en la ley y los estatutos, sino que cuando la Entidad pide explicaciones sobre la actuación, la operación se retrotrae, tal como consta en el escrito radicado con el no. 2020-01-XXXXX, en el que se allega la comunicación fechada XX de XXXXX de 2020 y suscrita por XXXXX y XXXXXX, en la que solicitan anular el registro de compraventa de acciones por la necesidad de agotar el derecho de preferencia.

Sin embargo, en este punto, es claro que, para la época de la negociación de acciones, los miembros de Junta Directiva eran los señores XXXXXX, XXXXX y XXXXX, quienes no trataron el tema en las reuniones de Junta, puesto que de la lectura de las actas de este órgano social, no existe constancia alguna sobre el hecho.

Tampoco existe constancia en las Actas de Asamblea general de Accionistas que este tema se hubiese puesto a su consideración.

Por consiguiente, se evidencia que el señor XXXXXX no puso a consideración de los Administradores de la Sociedad, su intención de enajenar las acciones, evidenciando así, que la transacción se hizo con el pleno desconocimiento de los demás administradores de la Sociedad y de los accionistas de la misma.

Ahora bien, es cierto que consta que la negociación de acciones fue resuelta por las partes, lo cual comprueba que los hechos si se dieron, que el señor XXXXXX, aceptó la responsabilidad de la operación y por tanto es merecedor de la sanción por el incumplimiento de su deber de velar porque se cumplan la ley y los estatutos y en consecuencia merecedor de una sanción, la cual se impondrá teniendo en cuenta que la negociación se resolvió y por consiguiente se anuló el registro de esta en libro de accionistas”.

2.2. Conclusiones

- En virtud de la diligencia de un buen hombre de negocios, los miembros de junta directiva tienen a su cargo el deber de vigilancia, que comprende el deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, lo cual conlleva entre otros, que se convoque oportunamente al máximo órgano social en los términos previstos en la ley y en los estatutos, que no se realicen operaciones en conflicto de intereses, y no enajenar acciones de la misma sociedad sin obtener autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 404 del Código de Comercio.
- La lealtad que debe orientar las actuaciones de los administradores, les impide, además, utilizar los recursos de la sociedad para fines ajenos al objeto social, en interés propio y en desmedro de las disposiciones aplicables.

3. De la contabilidad en las sociedades comerciales

3.1 El deber de llevar contabilidad actualizada, de acuerdo con la ley y los principios contables generalmente aceptados⁸

La Superintendencia de Sociedades formuló cargos a la administradora de una sociedad, por el incumplimiento en su deber de velar por la aplicación de las disposiciones legales, previsto en el numeral 2° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con las normas en materia de contabilidad.

Por lo anterior, esta Entidad procedió a analizar la conducta del administrador de la sociedad de acuerdo con las conductas evidenciadas, de la siguiente manera:

“Según consta en la resolución con radicado xxxxxx del xx de xxxxx de xxxx, a la investigada se le formuló el siguiente cargo:

La Sociedad no lleva contabilidad regular de sus negocios en debida forma y actualizada; es decir, al día.

Marco general.

Desde la óptica contable **un ente lleva contabilidad regular de sus negocios**, conforme a lo fijado por el Código de Comercio, el Decreto 2649 de 1993 y las NIIF. fijadas para el Grupo 2 al cual pertenece la Sociedad, cuando **los hechos económicos** realizados por el ente social:

*(i) Son debidamente **documentados** mediante soportes de origen interno y externo, numerados, fechados y autorizados por quien intervenga en ellos, con la suficiente*

claridad en la descripción de la transacción, de forma completa y fidedigna.

*(ii) Son **identificados**, medidos, clasificados, reconocidos, interpretados, analizados, evaluados y registrados aplicando los postulados, principios, limitaciones, conceptos y, normas técnicas **a)** generales; **b)** específicas, **c)** especiales, **d)** sobre revelaciones, **e)** sobre registros y, **f)** sobre libros, interpretaciones y guías.*

*(iii) Son **registrados** cronológicamente de forma individual, permitiendo la norma el registro global de operaciones homogéneas por periodos mensuales, en los libros auxiliares o de detalle, los cuales, originan los libros principales de contabilidad.*

Los documentos soportes permiten preparar los comprobantes de contabilidad, al igual que son prueba idónea de la realización de los hechos económicos, por lo tanto deben ser conservados en el idioma en que se hayan otorgado y en la forma establecida legalmente, no de otra forma conducen a su verificación y análisis posterior.

*Respecto a la contabilidad actualizada, es decir, que el comerciante lleva **contabilidad al día**, el Decreto 2649 de 1993, con vigencia de algunos artículos hasta el año 2019, entre ellos el 56, estableció que: (...) Las operaciones deben registrarse cronológicamente. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los asientos respectivos deben hacerse en los libros a **más tardar en el mes siguiente** a aquél en el cual las operaciones se hubieren realizado. (resaltado al margen)*

*En ese sentido, cuando **el representante legal de una sociedad comercial cumple con el deber** que le ha fijado la ley, el de llevar contabilidad regular de los negocios en apego a las prescripciones legales, **puede preparar estados financieros razonables**, con cifras actualizadas, tomadas fielmente de los libros principales de contabilidad, verificando las afirmaciones reflejadas en ellos, de tal forma que pueda certificarlos,*

8 2021-01-129821 del 13 de abril de 2021.

conjuntamente con el contador, en acogimiento a lo dispuesto en la Ley.

De otro lado, el objetivo de los estados financieros es proporcionar información sobre la situación financiera, el rendimiento y los flujos de efectivo de la entidad que sea útil para la toma de decisiones económicas de una amplia gama de usuarios que no están en condiciones de exigir informes a la medida de sus necesidades específicas de información.

Igualmente, los estados financieros también muestran los resultados de la administración llevada a cabo por la gerencia; dan cuenta de la responsabilidad en la gestión de los recursos confiados a la misma.

Así, normativamente enmarcada la contabilidad regular de los negocios de un comerciante, la irregularidad contable debe concebirse como la desviación de la verdad en el reconocimiento, medición o valuación, registro contable y revelación necesaria en las notas contables de los hechos económicos, al igual que en los estados financieros, bien sea por desconocimiento y/o inaplicación de lo establecido en las normas vigentes y aplicables a cada uno de ellos. Igualmente, por negligencia de parte de la administración.

En ese sentido, las circunstancias de lugar, tiempo y modo que se observan para la formulación de cargos son las dadas en el domicilio social de la Sociedad, **el xx de xxxxx de xxxx**, fecha de recepción de los documentos suministrados por la representante legal suplente y suscripción del acta de cierre toma de información.

3.1.1 HECHOS IRREGULARIDADES ADVERTIDOS EN LA CONTABILIDAD

3.1.1.1 La contabilidad no cuenta con saldos de terceros actualizados

3.1.1.2 La contabilidad reconoce y registra hechos económicos sin tener en cuenta su verdadera esencia, su naturaleza

3.1.1.3 La contabilidad refleja hechos económicos sin que se encuentran debidamente soportados, mediante documentos idóneos

3.1.1.4 La contabilidad no se encuentra al día

(...)

La Superintendencia de Sociedades, en el marco de las competencias atribuidas en el artículo 83 de la Ley 222 de 1995, practicó a la Sociedad una visita de toma de información los días xx de xxxxx y xx de xxxxx de xxxx, conforme a los parámetros fijados en la Credencial n° xxx-xxxx del xx de xxxx de xxxx, así: **i)** inspeccionar todos los libros y documentos sociales; **ii)** solicitar toda la información que se requiera; con ese propósito, mediante oficio n° xxx-xxxx del xx/xx/xx, la comisión visitadora requirió a la administración la entrega de documentos financieros, jurídicos y contables.

La administración **entregó**, entre otros, los siguientes documentos:

a. Estados financieros a 31 de diciembre de xxxx, con sus respectivas revelaciones;

b. Dictamen del revisor fiscal a los estados financieros a 31 de diciembre de xxxx;

c. Balance de Prueba Terceros a xx de diciembre de xxxx;

d. Borrador de Estados financieros con corte a 31 de julio de xxxx; (sin firmas)

e. Balance de Prueba Terceros a 31 de julio de xxxx;

f. Detalle de cuentas por terceros xxxxx S.A.S. del 1 de enero al 31 de diciembre de xxxx.

La administración **no entregó**, entre otros, los siguientes documentos:

a. Estados financieros al 31 de julio de xxxx, certificados. La administración **justificó su no entrega afirmando que debe reali-**

zar una depuración de los terceros en su contabilidad, y los mismos deben ser revisados por el revisor fiscal, antes de generar estados financieros definitivos. Así mismo expresó que el revisor fiscal se encontraba fuera del país.

(...)

3.4.2.1 LA SOCIEDAD NO LLEVA CONTABILIDAD REGULAR DE SUS NEGOCIOS EN DEBIDA FORMA Y ACTUALIZADA; ES DE CIR, AL DÍA.

3.4.2.1.1 La contabilidad no cuenta con saldos de terceros actualizados

La comisión visitadora analizó de forma integral, el Balance de Prueba por Terceros a xx de julio de xxxx; el Balance de Prueba por Terceros al 31 de diciembre de xxxx y el Estado de Situación Financiera al 31 de diciembre de xxxx, certificado y dictaminado, entregados por la administración a la comisión visitadora.

De esta forma, apreciado el Balance de Prueba Terceros al 31 de julio de xxxx, -documento integral de la contabilidad de la Sociedad, - esencial para la diligencia realizada toda vez que, **ante la ausencia** del Estado de Situación Financiera al 31 de julio de xxxx no exhibido por la administración en la toma de información realizada, presta mérito documental como auxiliar contable para el análisis de cada uno de los rubros de los estados de situación financiera, toda vez que el insumo para su producción corresponde a los registros de los hechos económicos realizados por la Sociedad en un periodo y a determinado corte-, se **evidencia que la contabilidad de la Sociedad a 31 de julio de xxxx, no refleja la verdadera situación contable, económica y financiera de la misma**, es decir, no satisface las características cualitativas de toda información contable, de tal forma que sea comprensible, clara, fiable, oportuna e íntegra; no es razonable, toda vez que presenta diversas inconsistencias e inexactitudes. Deja de lado los

conceptos y principios generales aplicables a las NIIF PYMES. Grupo 2.

En ese sentido, la contabilidad no reconoce en su integridad los **activos** de los cuales sea probable obtener beneficios económicos futuros para la Sociedad, pues **no discrimina individualmente los deudores**.

Igualmente, no reconoce la totalidad de los **pasivos**, pues, **no indica de forma pormenorizada todos los terceros** beneficiarios de las obligaciones que al final de su vencimiento deba desembolsar la Sociedad. Así mismo se evidencian saldos de cuentas con naturaleza débito, con saldos créditos y, saldos de cuentas con naturaleza crédito, con saldos débitos.

(...)



3.4.2.1.2 La contabilidad reconoce y registra hechos económicos sin tener en cuenta su verdadera esencia, su naturaleza

La comisión visitadora percibió que el Balance de Prueba Terceros a 31 de julio de xxx, refleja en la cuenta clientes un saldo a cargo de la señora **xxxxxx**, accionista única de la Sociedad, por \$xxx., reconocimiento y registro contrario a la naturaleza de su realización toda vez que corresponde a un préstamo a su cargo.

De esta forma, la contabilidad de la Sociedad no muestra la esencia económica de las transacciones, pues se encuentra desvirtuada, por lo tanto no es fiable.

3.4.2.1.3 La contabilidad refleja hechos económicos sin que se encuentren debidamente soportados, mediante documentos idóneos.

El Balance de Prueba Terceros al 31 de julio de xxxx, refleja en el pasivo el rubro ingresos recibidos para terceros por cobrar a xxxxx, por \$xxxx millones, correspondiente, según la administración, a un contrato de mandato suscrito con la misma. Al respecto, la comisión visitadora **requirió a la Sociedad la exhibición de los soportes** que documentarían tal registro, los cuales no fueron aportados, por lo tanto, no pudo ser validado.

En relación con los anticipos y avances recibidos, cuenta del pasivo, en cuantía de \$xxx millones, **la administración no presentó los correspondientes documentos soportes**, como tampoco, rindió las explicaciones para su reconocimiento, medición y registro; ello impidió establecer el origen y la razonabilidad de la cifra.

El mismo Balance registra en acreedores varios, otros, deuda con xxxxx, \$xx millones; a xxxx, \$xxx millones. La comisión solicitó a la administración explicación sobre su reconocimiento, ante lo cual expresó **que dichas deudas habían sido canceladas. Exigidos los comprobantes de pago de su cancelación, la Sociedad no los aportó.**

(...)

En el activo se evidencia una partida de intereses por cobrar a xxxx S.A.S. por \$xxx millones. **La administración no manifestó explicación alguna, ni entregó los correspondientes soportes contables.**

Por lo expuesto, la administración de **la Sociedad no aportó los documentos contables soportes** requeridos por la comisión visitadora el 30 de septiembre y 01 de octubre

de 2019, los cuales hubiesen podido respaldar el reconocimiento, medición y registro de los hechos económicos realizados por la Sociedad de tiempo atrás; proceder contable, a todas luces, opuesto a lo indicado en los artículos 48, 50, 51, 53, 54, 55 y 61 del Código de Comercio, por remisión establecida en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, al igual que el artículo 56, 57, 123, 124 y 125 del Decreto 2649 de 1993, vigentes y aplicables hasta el año 2019.

Así las cosas, la contabilidad de la Sociedad, no se encuentra debidamente soportada conforme lo establecen las normas vigentes y aplicables al momento de la toma de información.

3.4.2.1.4 La contabilidad no se encuentra al día.

(...)

Es evidente que el **Estado de Situación Financiera al 31 de diciembre de xxxx**, analizado de forma conjunta e integral con el Balance de Prueba Terceros a la misma fecha y, el Balance de Prueba Terceros al 31 de julio de xxxx, no refleja la realidad económica de la empresa; los saldos de los activos no corresponden a recursos controlados por la entidad como resultado de sucesos pasados, del que la entidad espera obtener, en el futuro, beneficios económicos. Así mismo, los pasivos no se enmarcan en obligaciones presentes de la organización, surgidas a raíz de sucesos pasados, al vencimiento de las cuales, espera desprenderse de recursos que incorporan beneficios económicos. De esta forma, el patrimonio no refleja fielmente la parte residual de los activos de la Sociedad, una vez deducidos todos sus pasivos.

La contabilidad se encuentra desfasada; no presenta información que sea comprensible, clara, creíble, fiable ni íntegra, por lo tanto no resulta útil, características cualitativas ausentes en la contabilidad de la Sociedad, aspecto sustancial que no le per-

mite a la administración preparar estados financieros razonables, si se tiene en cuenta que los mismos deben ser elaborados con base en las cifras reflejadas por la contabilidad al día, no de otra forma deberían ser certificados, ni dictaminados. En ese sentido, los estados financieros que hubiese preparado la administración, no cumplen el propósito fijado por las NIIF., Grupo 2.

Aunado a lo anterior, **la Sociedad no exhibió los estados financieros certificados, a 31 de julio de xxxx, requeridos por la comisión visitadora**, justificando su no entrega en que se (...) debe realizar una depuración de los terceros en su contabilidad, y los mismos deben ser revisados por el revisor fiscal, antes de generar estados financieros definitivos.

En síntesis, la Sociedad no lleva contabilidad regular de sus negocios conforme al deber de todo comerciante asignado por el artículo 19, ordinal 3 del Código de Comercio. La contabilidad de la Sociedad no se encuentra al día, toda vez que, al 31 de diciembre de xxxx, al igual que, al 31 de julio de xxxx, presenta errores sustanciales, si se tiene en cuenta que el reconocimiento de los hechos económicos realizados por la organización, evidenciados en los documentos suministrados por la Sociedad en la toma de información realizada por la Entidad el 30 de septiembre y el 01 de octubre de xxxx, al igual que, **en las manifestaciones de la administración al afirmar que pasivos reflejados en la contabilidad ya habían sido pagados**, no se hace conforme a lo establecido por las NIIF., PYMES.

(...)

De otro lado, los saldos de algunas partidas del activo y pasivo, no coinciden con la sumatoria de los saldos discriminados en cada tercero. De esta forma, **no existe precisión y claridad de los deudores, como tampoco, de los acreedores de la Sociedad**. Igualmente, algunas cuentas cuyo saldo debe ser de naturaleza débito reflejan en sus terceros saldos créditos; otras cuentas cuyo saldo

debe ser de naturaleza crédito reflejan en sus terceros saldos débito.

Por lo señalado, **la administradora no cumplió con el deber legal** de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias, conforme al numeral 2, del artículo 23 de la Ley 222 de 1995; en concordancia con el numeral 3, del artículo 19 del Código de Comercio y demás disposiciones complementarias.

La legislación vigente y aplicable, a la cual se hace alusión en la presente resolución, establece que, todo comerciante **se encuentra obligado a contar con los comprobantes y documentos soportes de los registros contables** realizados por la Sociedad, correspondientes a los hechos económicos efectuados en su objeto social.

Cronológicamente, la contabilidad de una sociedad se encuentra al día cuando los **hechos económicos** realizados en su funcionamiento y en el desarrollo de sus negocios, por operaciones comerciales, industriales y/o de servicios, las cuales se encuentran debidamente soportadas con los documentos originarios, idóneos e inherentes a cada clase de transacción, **son registrados dentro del mes siguiente a su ocurrencia**.

En ese contexto, la información requerida en septiembre 30 y octubre 1 de xxxx, fecha de la visita, fue con corte al 31 de julio de xxxx; ello significa que los hechos económicos efectuados hasta esa fecha debían estar registrados en la contabilidad, a más tardar el 31 de agosto de xxxx.

La identificación de los terceros con quien la Sociedad ha realizado distintas transacciones comerciales, se convierte para la administración, asociados, terceros interesados en la información y **entes de inspección**, vigilancia y control, en **información esencial**, razón por la cual, debía estar disponible al momento de la visita efectuada por la Entidad quien ejerce el control. No de otra forma se puede establecer, como lo indicó la admi-

nistración, la existencia de pasivos inexistentes incluidos como acreedores varios-otros; como tampoco, la existencia de un pasivo el cual no ha sido pagado por desconocimiento del acreedor. Esta información relevante y notable, no fue tenida en cuenta en las revelaciones y/o notas de los estados financieros al 31 de diciembre de xxxx.

No sobra indicar que, el proceder de la Entidad, en cuanto al tiempo concedido a la administración de la Sociedad para cumplir con el deber legal asumido, el de llevar contabilidad regular de sus negocios, superó el establecido en la norma. La Sociedad contó con xx días para tener la contabilidad al día, con corte al 31 de julio de xxxx. Desde, el 01 de agosto, hasta el 29 de septiembre de xxxx.

Justamente, el propósito de las visitas administrativas que se realizan sin anuncio previo, es el de verificar **in situ**, el estado de cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los supervisados, propósito que además se cumple de mejor manera si no se advierte de antemano la realización de esta clase de diligencias.

(...)



Según consta en la resolución con radicado xxxxxx del xx de xxxxx de xxxx, a la investigada se le formuló el siguiente cargo:

Los estados financieros adolecen de las revelaciones exigidas por las NIIF, Grupo 2, para PYMES.

Marco general

Los estados financieros deben acompañarse de la información adicional a la reflejada en sus elementos, con el fin de proporcionar descripciones narrativas o desagregaciones que permitan su comprensibilidad, como una de las características cualitativas, propósito que se logra a través de las notas.

3.2.1 HECHO IRREGULAR ADVERTIDO

Los **estados financieros** exhibidos por la Sociedad en la toma de información, **con corte a 31 de diciembre de xxxx**, comparativo con el año xxxx, junto con sus revelaciones, certificados y dictaminados, **no revelan información alguna** de las cuentas por cobrar comerciales y otras cuentas por cobrar; de sus ingresos, pues, meramente se limitan a indicar la política contable de las partidas y a la transcripción de los saldos de cada una de las cuentas, dejando de lado la discriminación o detalle de cada una de esas partidas; así, no es posible comprender en debida forma a que hacen referencia los valores reflejados.

(...)

Los estados financieros exhibidos por la Sociedad en la toma de información, **con corte a 31 de diciembre de xxxx**, comparativo con el año xxxx, junto con sus revelaciones, certificados y dictaminados, **no revelan información alguna** de las cuentas por cobrar comerciales y otras cuentas por cobrar; de sus ingresos, pues, meramente se limitan a indicar la política contable de las partidas y a la transcripción de los saldos de cada una de las cuentas, dejando de lado la discriminación o detalle de cada una de esas partidas; pues, no es posible comprender en debida forma a que hacen referencia los valores reflejados, si, en el Balance de Prueba a la misma fecha, **no hay**

identificación individual de deudores, ni de, acreedores. Existen saldos de naturaleza débito, como créditos; al igual que, saldos de naturaleza créditos, como débitos.

(...)

En esta ocasión, **la revelación tampoco indica** cuales son los terceros que incluyen ese rubro, si en gracia de discusión existieran. No revela nada distinto que la misma cifra fría de los estados financieros.

(...)

En ese aspecto, los estados financieros deben revestir características cualitativas que permitan que la información reflejada sea comprensible, clara, fiable, real e íntegra, entre otras.

(...)

En ella se observa que la única “revelación” que hace la administración es registrar el valor de la obligación sin más detalle.

(...)

Así expuesto, la Sociedad no cumple con lo establecido por las NIIF PYME, en cuanto a las revelaciones que debe hacer de los elementos reflejados en los estados financieros preparados para terceros, certificados y dictaminados.

Las revelaciones efectuadas por el periodo de xxxx, carecen de los criterios ilustrativos que permitan a los interesados en la información comprender la situación financiera de la Sociedad. Más aún, cuando el documento que presta auxilio, el Balance de Prueba Terceros, se encuentra en la situación adelante descrita; o sea, incomprensible, desvirtuada desde cualquier óptica contable, económica, financiera y administrativa. **Irregularidad que viene desde el año xxxx.**

Igualmente, la contabilidad y las notas, no fueron preparadas y presentadas conforme

a los principios de contabilidad generalmente aceptados, conforme lo establece el artículo 36 de la Ley 222 de 1995.

De esta manera, la administradora, señora xxxxx, no veló por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, conforme a su deber señalado en el artículo 23, ordinal 2, de la Ley 222 de 1995, conforme a la obligación establecida en el numeral 3, del artículo 19 y 48 del Código de Comercio. Además, la representante legal certificó los estados financieros de la Sociedad a 31 de diciembre de xxxx, sin dar cumplimiento a lo reglado en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, es decir, **sin haber verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros.**

La Dirección considera de especial importancia resaltar que, **la administración era concedora**, a ciencia cierta, que los terceros vinculados a la Sociedad a través de la realización de los diferentes hechos económicos en el funcionamiento y en el ámbito del desarrollo del objeto social de la Sociedad no estaban fidedignamente identificados, así lo expresó el día de la visita de la toma de información efectuada por la Entidad, aspecto que expuso como excusa para la no entrega de los Estados Financieros a corte del 31 de julio de xxxx; a pesar de ello, las revelaciones insertadas en el Estado de Situación Financiera al 31 de diciembre de xxxx no fueron verdaderamente “revelaciones”, pues, se limitaron a incluir los mismos valores globales del estado financiero.

(...)

Es conveniente advertir que **las notas deben contener información adicional a la presentada en los estados financieros.** Las notas proporcionan descripciones narrativas o desagregaciones de partidas presentadas en esos estados. Deben hacer claridad sobre situaciones especiales presentadas con los activos y pasivos, ingresos, egresos y demás.

No obstante, la Dirección señala que, las nominadas revelaciones insertas en los estados financieros al 31 de diciembre de xxx, no **revelan nada más allá que las mismas cifras frías** reflejadas en los estados de situación financiera a ese corte.

(...)”.

3.2. Conclusiones

- Corresponde a los administradores, en el marco del deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, que sus representadas lleven contabilidad de acuerdo con la ley y los principios generalmente aceptados.
- El anterior deber implica, entre otras cosas, que la contabilidad cuente con saldos de terceros actualizados, que se reconozcan y registren los hechos económicos según su naturaleza, con base en soportes idóneos y que la contabilidad se mantenga actualizada, esto es, que los hechos económicos sean registrados dentro del mes siguiente a su ocurrencia.
- Así mismo, los administradores al momento de elaborar los estados financieros, deben verificar las afirmaciones contenidas en ellos, conforme a la ley y, dentro de las revelaciones respectivas, observar que cumplan con criterios cualitativos, esto es, que proporcionen información suficiente para terceros interesados.

4. Respeto de los deberes de los administradores

4.1. Conflicto de intereses y deber de lealtad⁹

La Superintendencia de Sociedades decidió formular cargos al representante legal principal y al suplente de la sociedad, como consecuencia de la conducta de estos administradores, la cual estuvo incurrida en conflicto de intereses, toda vez que, la representante legal suplente, sin que existiera ausencia temporal o absoluta del principal, decidió asumir la calidad de administradora y realizar un contrato de cesión de marca a nombre de la sociedad y cuyo cesionario era el representante legal principal, quien a su vez era su padre y miembro de junta directiva; lo anterior, justificándose en que la compañía tenía una deuda con el representante legal principal y máximo accionista de la sociedad, por lo que con la cesión de la marca se pretendía cubrir dicha obligación dineraria.

Por lo anterior, esta Entidad sostuvo lo siguiente:

“El numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, establece que los administradores deben abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona, en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas, según corresponda al tipo societario. Por su parte, el artículo 2 del Decreto 1925 del 2009 (compilado por el Decreto 1074 de 2015) establece:

Artículo 2. 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 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.

En cuanto a la definición de conflicto de interés, sea del caso citar la Sentencia n.º 800-52 del 1 de septiembre de 2014 (Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en liquidación, proceso 2014-801-054), en la cual, la Delegatura para Procedimientos Mercantiles señaló que:

*(...) en Colombia no se ha previsto una definición legal que permita identificar la configuración de conflictos de interés en el ámbito societario. Mientras subsista este vacío, les corresponderá a los jueces determinar cuándo existen circunstancias que puedan activar la regla del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. El análisis que haga el juez **buscará establecer si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada.** Para el efecto, deben acreditarse circunstancias que representen un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido. [...] **puede presentarse un conflicto cuando el administrador tiene un interés económico que sea lo suficientemente significativo como para menoscabar su capacidad de cumplir, de modo objetivo, con las funciones propias de su cargo.** (Negrilla por fuera de texto)*

9 Resolución 302-006006 del 30 de septiembre de 2021.

(...)

De acuerdo con lo explicado, el concepto de conflicto de interés se refiere a aquellos eventos en que se presenten intereses propios que interfieran con los deberes y obligaciones que se tienen como administrador de una sociedad o que impliquen una desviación del recto cumplimiento de sus obligaciones como consecuencia de privilegiar dichos intereses (los propios sobre los de la sociedad que se representa).

Bajo ese entendido y de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, para esta Dirección no hay lugar a duda de que el Investigado incurrió en conflicto de intereses, al llevar a cabo la celebración de un contrato de cesión de la marca “xxx”, como parte cesionaria, mientras ostentaba la calidad de representante legal principal de la Sociedad.

Aunado a lo anterior, consta que, en efecto el mencionado contrato se materializó, es decir, la marca en efecto se transfirió al Investigado según consta en el documento denominado “INSCRIPCIÓN DE TRANSFERENCIA DE UN SIGNO DISTINTIVO” de la Superintendencia de Industria y Comercio (...)

Dicho esto, es claro que el Investigado, al ostentar la calidad de representante legal principal de la Sociedad y miembro de junta directiva, incurrió en conflicto de intereses, pues quiso favorecer sus propios intereses por encima de los de la Sociedad, sin que para ello hubiera obtenido autorización del máximo órgano social como lo exigen las normas antes citadas.

Y es que es claro que el contrato celebrado tuvo como motivación un interés económico, que nubló el juicio objetivo del administrador, pues según lo manifestó el Investigado, la Sociedad tenía una deuda con él por la suma de Cien Millones de Pesos (\$100.000.000), de manera que la cesión de la marca tenía la finalidad que la Sociedad cumpliera sus obligaciones dinerarias.

Lo anterior tiene soporte en el mismo contrato de cesión de marca, en el cual se hace alusión a dicha deuda y a los argumentos de defensa presentados por el Investigado, en donde trata de justificar la celebración de la cesión de marca en atención a que la Sociedad le adeudaba un monto importante de dinero, argumento que de ninguna manera puede ser validado por esta Entidad, pues los intereses económicos propios o inclusive de terceros no pueden soslayar el cumplimiento de los deberes que se tienen como administrador de una compañía, respecto de la cual ejerce representación legal y por lo tanto se tiene el compromiso de hacer prevalecer sus intereses en pro de la confianza brindada para ejercer ese cargo.



Y es que en este punto, es menester resaltar el deber de lealtad que deben cumplir los administradores, asunto sobre el cual, la Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

2.2.2. Deber de lealtad: aunque emparentado con el deber de obrar de buena fe, en el contexto de la taxonomía de los deberes, el de lealtad tiene entidad propia, que consiste en **el desempeño del cargo de administrador como un representante leal o fiel, que implica que en desarrollo de las facultades que le son propias, no las utilice para fines que son distintos para los que**

han sido otorgadas. Además, el deber de lealtad acarrea guardar secreto sobre los asuntos propios de su cargo, con las salvedades propias producto de lo establecido en la ley y de lo ordenado por autoridades judiciales o administrativas. **Consustancial también a este deber de fidelidad, es la adopción del representante de todas aquellas medidas indispensables para que no se den situaciones estructurantes de conflictos de intereses.**

En la ya citada Circular Externa de la Superintendencia de Sociedades, se apunta, brevemente, que el deber de lealtad consiste en “el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en situaciones en las que se presenta un conflicto de sus intereses se beneficie injustamente a expensas de la compañía de sus socios.

De manera que, **con el deber de lealtad, los directores deben, principalmente, trabajar con la mira puesta en el mejor interés de la sociedad, y trazar una línea demarcatoria que separe sus intereses personales de los intereses de la compañía,** caso, por ejemplo, como el de utilizar el nombre de ella en búsqueda de su beneficio particular. (Negrilla fuera de texto)

Como se observa, el deber de lealtad cobra gran relevancia en aquellas personas que ejercen como administradoras de una Sociedad, pues de ellos se exige rectitud en las gestiones realizadas y siempre en interés de la compañía, pues el máximo órgano social al nombrar una persona como representante legal, en este caso, está dando un voto de confianza.

Del anterior catálogo de facultades y deberes, se infiere que la naturaleza de la vinculación jurídica que se establece entre la sociedad y sus administradores, comporta un amplio poder de disposición y manejo sobre los bienes e intereses de la sociedad, que genera a su vez una especial relación

de confianza que ha sido destacada por la jurisprudencia de esta Corporación:

No es necesario recalcar la especial relación de confianza que surge entre el ente asociativo y tales funcionarios, por lo cual no es extraño que la ley haya resuelto dar a su nexo jurídico con la sociedad un trato diferente del que la liga con el resto de sus trabajadores.

En ese orden de ideas, es muy clara la relación que existe entre el deber de lealtad y la confianza que depositan los asociados en el administrador, de manera que, cualquier contravención, distanciamiento de tal deber de conducta, da lugar a su reproche, bajo el marco normativo expuesto a lo largo de este acto administrativo.

Ahora bien, en cuanto al argumento presentado por el Investigado, en el sentido de que su intención era regresar la marca a la Sociedad al pactar una retroventa sobre la misma, esta Dirección considera que, con mayor razón si aquél era su propósito, más leal, más recto ha debido ser su actuar, sin que, en cualquier caso, dicho objetivo pueda borrar lo ocurrido, a saber, la infracción de su deber de conducta, esto es, la participación en actos respecto de los cuales existe conflicto de intereses, a saber, el contrato de cesión de marca antes descrito sin la previa autorización del máximo órgano social de la Sociedad, independientemente de cualquier cláusula que pretendiera regresar la titularidad del signo distintivo “xxx” a la Sociedad en un momento posterior. Difícilmente pueden evaluarse tales motivos, cuando ni siquiera los asociados tuvieron la oportunidad de pronunciarse al respecto, lo cual hubiera ocurrido, si el administrador hubiere cumplido los deberes a su cargo.

Sumado a eso, más allá de que se haya regresado la marca a la Sociedad, esta Dirección reprocha la conducta en conflicto de intereses llevada a cabo en el año 2019, conducta de ejecución instantánea y que surtió efectos jurídicos al momento de la

celebración del contrato y la materialización del mismo a través de la inscripción del nuevo titular en la oficina de registro de signos distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera que, no puede pretender el Investigado que, por el hecho de haber regresado la marca a la Sociedad no existió su infracción y por ende se trata de un hecho superado, cuando esto no es así, dado que el contrato de cesión de marca se realizó dentro de un tiempo y modo específico, diferente al de la devolución de la marca, por lo que no le asiste la razón al Investigado.

De otro lado, en lo que se refiere al argumento consistente en que la junta directiva de la Sociedad ratificó el contrato de cesión de marca, es menester poner de presente, que ello no es de recibo, toda vez que, según el tenor de la ley, la autorización pertinente le corresponde otorgarla a la junta de socios o a la asamblea general de accionistas, esto es, el máximo órgano social y no la junta directiva".



4.2. Conclusiones

- Cuando exista un conflicto entre el interés propio o el de un tercero con el interés de la sociedad, el cual está representado por el administrador de la compañía, se debe hacer prevalecer este último y siempre, en todo caso, antes de cualquier decisión, poner de presente esa situación ante la asamblea de accionistas o junta de socios, para que ésta autorice el acto en conflicto de intereses.
- La elección de un representante legal por el órgano competente, implica un voto de confianza a su gestión y cualificación para asumir ese cargo, de manera que el deber de lealtad se hace latente al ejercer la calidad de administrador y, por ende, la responsabilidad de actuar fielmente a sus facultades y en pro de la sociedad.
- La junta directiva no es el órgano competente para autorizar o ratificar actuaciones en conflicto de intereses, pues dicha facultad está radicada en cabeza del máximo órgano social de la sociedad.
- La ratificación de actos en conflicto de intereses no subsana la conducta contraria del administrador, toda vez que, en todo caso, existió una omisión a sus deberes en un momento determinado, de manera que, la conducta es sancionable en sede administrativa por esta Superintendencia.
- En sede administrativa la entidad no se pronuncia sobre la nulidad ni los perjuicios que causen tales infracciones, toda vez que son del resorte de las autoridades que ejercen funciones judiciales.

5. Respeto del control conjunto

5.1. Elementos, acuerdos entre accionistas, actuación en bloque, influencia en sociedad subordinada y naturaleza de los controlantes y de la subordinada¹⁰

En este caso, la Superintendencia de Sociedades dio apertura a una investigación administrativa con el fin de determinar si una entidad territorial y una empresa industrial y comercial del estado, ejercían control conjunto respecto de una empresa de servicios públicos mixta, por existir elementos indicativos del mismo, tales como una concentración del capital de la sociedad en esos tres (3) accionistas, acuerdos celebrados entre dichos accionistas para la ejecución de un proyecto que cooptaba el objeto social de la subordinada y la ejecución de dicho proyecto a cargo de uno de los accionistas y, en general, su actuación en bloque respecto del devenir de la sociedad subordinada. Además, se discutía si por la naturaleza de las personas involucradas, había lugar a declarar el control conjunto.

Bajo ese entendido, se hizo el siguiente análisis en la decisión por la cual se declaró el control conjunto.

El control conjunto y naturaleza de los controlantes

El artículo 260 del Código de Comercio consagra el concepto del control y establece que el mismo se configura cuando el poder de decisión de una sociedad se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas, lo cual supone un supuesto amplio de configuración, que se encuentra complementado por el artículo 261 del

mismo código, en el que se introducen unas presunciones de subordinación, que no tienen carácter taxativo.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado sostiene:

“(…) el legislador introdujo una definición mixta y complementaria de la subordinación societaria, que comprende una definición amplia y abstracta de la figura (art. 260 C.Co.), en términos de sometimiento (directo o indirecto) del poder de decisión de una sociedad a la voluntad de otra u otras personas denominadas matrices o controlantes. Y de manera adicional, una lista de casos no taxativos en los que se presume la existencia de los criterios de subordinación previstos en la primera norma (art. 261 C.Co.).

“(…) las hipótesis de subordinación enunciadas en el art. 261 ibídem solo constituyen una parte de las relaciones de control que están comprendidas dentro de la definición general del art. 260, de suerte que las referidas presunciones no son óbice para que ante cualquier otra situación en la que se configuren los elementos de la norma general, se produzca de igual manera el fenómeno de la subordinación societaria, con los efectos propios que ello presupone”.¹¹ (Negrillas fuera de texto)

Se precisó que la subordinada, al ser una empresa de servicios públicos mixta, se rige por lo dispuesto en lo previsto en los artículos 32 de la Ley 142 de 1994 y 76 de la Ley 143 de 1994, lo que implica, a su vez, la aplicación del derecho privado en lo que respecta al funcionamiento de sus órganos sociales, pudiendo de esa manera ser controlada, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

Ahora, en relación con la naturaleza de los controlantes, el artículo 260 del Código de Comercio dispone que el poder de deci-

¹⁰ 302-000534 del 26 de febrero de 2021.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Édgar González López, 24 de septiembre de 2019.

sión puede estar sometido a la “*voluntad de otra u otras personas*”, lo que supone que el control se fundamenta en “el poder de decisión” que puede ser ejercido directa o indirectamente, **por una o varias personas naturales o jurídicas de cualquier naturaleza**, a quienes se les denomina controlantes.

Además, se precisó que conforme al parágrafo 1 del artículo 261 del Código de Comercio hay subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control sea ejercido por personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, lo que supone que una entidad territorial y una empresa industrial y comercial del estado puedan ostentar el control societario de una sociedad, esta última, por cuanto según el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, las empresas industriales y comerciales del estado desarrollan sus actividades conforme a las reglas del derecho privado.

Respecto del control conjunto, ampliamente desarrollado por la Superintendencia de Sociedades y la jurisprudencia desde hace más de 20 años, vale la pena recordar el pronunciamiento del Consejo de Estado, mediante ponencia del C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en el cual señaló:

*“Para la Sala, es claro que la norma analizada no limita en manera alguna el número de personas, llámense naturales o jurídicas, que pueden tener bajo su control a una sociedad, pues al establecer que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas, contempla tal posibilidad, como ocurrió en el caso examinado”.*¹²

En línea con lo anterior, la Superintendencia de Sociedades ha sostenido de manera reiterada que el control conjunto se configura cuando una pluralidad de personas contro-

la una o más sociedades, manifestando una voluntad de actuar en común, distinta de la *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 concreto¹³.

Sobre los supuestos del control conjunto

- Concentración de más del 99% del capital entre tres (3) accionistas

Se evidenció que la entidad territorial, la empresa industrial y comercial del estado y un establecimiento público (que ya tenía inscrito el control, por tener más del 50% del capital de la sociedad), concentran más del 99% del capital de la sociedad, lo que implica la capacidad de imponer decisiones en el máximo órgano social.

Así, quedó acreditado una actuación en conjunto de los accionistas, que va más allá del *affectio societatis*, plasmada en diferentes actas de la sociedad, en las que votaron en el mismo sentido diferentes decisiones sometidas a consideración del máximo órgano social, entre las cuales se encontraban aquellas referidas a la ejecución de un proyecto que cooptaba el desarrollo de la sociedad subordinada, aspecto al cual se hará referencia a continuación.

De otra parte, la concentración del capital ha permitido que a lo largo de los años la composición de la junta directiva de la subordinada haya sido determinada, exclusivamente, por los tres (3) accionistas a los que se ha hecho referencia y, además, con representación de los mismos, pues se ha compuesto, tradicionalmente, por el representante de la entidad territorial, por dos (2) personas designadas por el establecimiento público y por dos (2) personas

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza, 27 de marzo de 2003.

¹³ Gaitán, R. Andrés. Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia, Superintendencia de Sociedades, 2011, Bogotá D.C., Pág. 49.

designadas por la empresa industrial y comercial del estado.

- Acuerdos previos para el desarrollo de un proyecto y condición de contratista de uno de los accionistas

En la actuación administrativa quedó acreditado que la sociedad subordinada realizó una invitación pública para desarrollar el proyecto que cooptaba su objeto social, es decir, el proyecto a desarrollar coincidía con el elemento fundamental del objeto social de la sociedad y para lo cual fue constituida. En ese sentido, dos (2) de los accionistas a los que se ha hecho referencia, el establecimiento público y la sociedad industrial y comercial del estado (y cuya participación conjunta en el capital ascendía a aproximadamente el 97%), celebraron acuerdos para fijar los términos y condiciones bajo los cuales la sociedad industrial y comercial del estado desarrollaría, integralmente, el proyecto.

En dichos acuerdos, entonces, se estructuraron las condiciones jurídicas, económicas y financieras para el desarrollo del proyecto en todas sus etapas y el cual, se insiste, cooptaba el objeto social de la sociedad subordinada. En tales acuerdos, además, se determinaron acuerdos de voto en el máximo órgano social y en la junta directiva de la subordinada, para asegurar que el contrato fuera celebrado con el accionista que reviste la naturaleza de sociedad industrial y comercial del estado.

Conforme a lo anterior, resulta evidente la existencia de una actuación coordinada entre accionistas de la sociedad, que va más allá del *affectio societatis* propio de su condición de accionistas y que versaron sobre la decisión más relevante para la sociedad subordinada, ya que, a través del contrato, dicha sociedad desarrollaría su objeto social, ahora a cargo de uno de sus accionistas. Fruto de tales acuerdos, la sociedad subordinada suscribió un contrato para el desarrollo del proyecto (por 50 años) con una filial de su accionista, el

cual con posterioridad fue cedido al accionista, previa aprobación de la cesión por el máximo órgano social de la subordinada, en una asamblea, en la que, además, el accionista cesionario ostentaba el usufructo de las acciones de la entidad territorial y el establecimiento público.



Finalmente, además de todo lo anterior, el contrato le otorga al accionista (con una participación accionaria de aproximadamente el 46%) importantes derechos como contratista, para aprovechar ciertos derechos y beneficios derivados de una licencia ambiental, la explotación del proyecto durante un amplio término y para el manejo autónomo y ejecución del proyecto que, se insiste, se identifica con el objeto social de la subordinada, lo cual le permite tener influencia en los órganos de administración de la sociedad subordinada.

Estas circunstancias implican que el establecimiento público, debido a su participación mayoritaria (del 50,7%, aproximadamente) y que había registrado el control, veía limitado su control como accionista mayoritario, pues la empresa industrial y comercial del estado, además de tener una participación importante en el capital (46%, aproximadamente), ostenta la condición de contratista, que le da una posición

privilegiada sobre la subordinada, desvirtuando su carácter de simple minoritario.

- La entidad territorial como controlante conjunto

Pese a que la entidad territorial sólo cuenta con una participación de aproximadamente el 2% en el capital de la subordinada, tiene la condición de controlante conjunto, pues ejerce influencia capital en el establecimiento público (accionista mayoritario de la subordinada y parte en los acuerdos para el desarrollo del proyecto), por cuanto la entidad territorial designa a la mayoría de los miembros de junta del establecimiento y a su gerente general, a través de los cuales dicho organismo desarrolla sus actividades. Además, la entidad territorial ejerce tutela gubernamental, lo que implica la coordinación de las actividades con las políticas y programas establecidos por la entidad territorial.

De los Recursos¹⁴

Ante la decisión adoptada por la Superintendencia de Sociedades, los sancionados interpusieron recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los cuales fueron resueltos por esta Entidad, confirmando la decisión adoptada bajo los siguientes argumentos.

La declaración de un control conjunto no requiere que entre las personas que actúan en bloque exista una jerarquía de dominio, pues lo fundamental es la posibilidad de imponer decisiones por parte de una pluralidad de personas, sin que esto signifique desdibujar la autonomía que cada una de las controlantes ejerce sobre su propia organización.

El artículo 260 del Código de Comercio establece que el o los controlantes, pueden ser personas naturales o jurídicas de cualquier naturaleza, situación que debe ser

analizada desde el punto de vista de la organización administrativa del Estado Colombiano regulada por la Ley 489 de 1998, en la cual se distinguen entidades descentralizadas territoriales y entidades descentralizadas por servicios, así mismo, a las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, las cuales se caracterizan, entre otros aspectos, por su conformación de acuerdo a las reglas del derecho privado.

En cuanto a la subordinada, su calidad de empresa de servicios públicos no desestima el hecho de que pueda ser una sociedad controlada, de acuerdo con el régimen de subordinación societaria, pues se trata de una sociedad anónima que se rige por las normas del derecho privado, lo que habilita la posibilidad de atribuir el control descrito.

Existe una significativa concentración accionaria del capital social en sólo tres accionistas, quienes tienen la plena capacidad de imponer decisiones en el máximo órgano social.

Los estatutos, prevén que estará integrada, de modo que exista “representación proporcional a la propiedad accionaria”. Sin embargo, sólo tres de la totalidad de los accionistas, cuentan con los votos necesarios para designar a todos los miembros de la junta directiva.

En lo que se refiere a la entidad territorial, acerca de su calidad de controlante, pese a tener una participación accionaria de aproximadamente el 2%, forma parte de los controlantes conjuntos de dicha compañía debido a la influencia ejercida sobre el establecimiento público, así como por su activa participación en la constitución y el desarrollo del objeto social sociedad subordinada.

Finalmente, frente a la empresa industrial y comercial del estado, se insistió en que no se trata de un simple accionista minoritario con una participación relevante en el capital. En ese sentido, se reiteraron las consideraciones en torno al actuar conjunto que

¹⁴ Resoluciones 302-002784 del 26 de mayo de 2021 y 300-003498 del 7 de julio de 2021.

ha tenido con los otros accionistas, que va más allá del *affectio societatis*, el cual se ha visto materializado en los acuerdos suscritos entre ellos que llevaron a dicha sociedad a tener la condición de contratista de la sociedad subordinada, para la ejecución del proyecto durante 50 años, cooptando el desarrollo del objeto social de la subordinada, elemento que, además, descarta que sea otro accionista minoritario más, pues en virtud del contrato, tiene una posición privilegiada sobre la sociedad subordinada y sobre sus órganos de administración.



5.2. Conclusiones

El régimen de subordinación societaria es claro al habilitar que tanto personas naturales como jurídicas de cualquier naturale-

za, puedan ser controlantes en materia societaria. En este caso, se verificó el control respecto de una entidad territorial y una empresa industrial y comercial del estado, sumado al control previamente registrado por un establecimiento público de orden territorial, sobre una sociedad de servicios públicos mixta, destinataria del régimen de subordinación societaria.

El control conjunto se presenta en todos aquellos casos en que los accionistas manifiesten su voluntad de actuar en común, distinta de la *affectio societatis*. El control conjunto se manifiesta de diversas maneras y debe ser apreciado en cada caso concreto.

En el presente caso, la declaratoria se produjo por la importante concentración de capital en tres (3) accionistas, lo que les permite imponer sus decisiones en el máximo órgano social y nombrar a los miembros de la junta directiva. Esta influencia les ha permitido adoptar las decisiones más relevantes sobre el desarrollo del proyecto de la sociedad subordinada, que subsume su objeto social.

Además, se evidenciaron acuerdos previos, materializados en un contrato que ejecuta uno de los accionistas, que derivaron en el desarrollo del objeto social de la sociedad subordinada por uno de sus accionistas. Estos acuerdos, van más allá de la *affectio societatis* y le otorgan al accionista y contratista, una doble posición privilegiada sobre la sociedad subordinada.

6. Del control en personas unipersonales

6.1. Revelación de control en la empresa unipersonal y conversión a sociedad por acciones simplificada. Carga para desvirtuar el control¹⁵

La Superintendencia de Sociedades ratificó que, a la luz de lo previsto en el artículo 72 de la Ley 222 de 1995, en el caso de las empresas unipersonales de responsabilidad limitada, es aceptable que con el documento de constitución de la empresa, el cual se inscribe en el registro mercantil y en el cual consta que una sola persona es titular del 100% del capital, se dé por cumplida la obligación de registro de que trata el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

A pesar de lo anterior, en aquellos casos en que se configuren situaciones de grupo empresarial, deberá procederse con el registro del grupo, cuando tal mención no se haya hecho en el documento de constitución.

Ahora, en aquellos casos en que una empresa unipersonal se transforme en sociedad por acciones simplificada con un único accionista (o con uno que ostente el control, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio), ha de procederse con la revelación de la situación de control en el registro mercantil, tal como lo dispone el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, ya que no se revela en el registro mercantil a sus accionistas.

De otro lado, en relación con la carga para desvirtuar las presunciones de control de que trata el artículo 261 del Código de Comercio, consideró la Entidad que, cuando una o varias personas incurren en alguno de tales supuestos, son aquellas quienes

tienen la carga de desvirtuar el control, y no le corresponde a la Superintendencia probar situaciones distintas a las señaladas en el artículo 261.

Así, cuando se configura alguna de las presunciones del control, corresponde a la Entidad proporcionar a los presuntos controlantes la oportunidad para pronunciarse y ejercer su derecho a la defensa.



Del Recurso de Reposición

En contra de la resolución se interpuso el recurso de reposición, que fue resuelto de forma negativa, con base a los argumentos que se exponen a continuación.

En primer lugar, se reiteró que la obligación de revelación del control surgió con la transformación de la empresa unipersonal a sociedad por acciones simplificada, pues antes, por mandato de ley, ya se revelaba en el registro mercantil la identificación del titular único de cuotas sociales de la empresa unipersonal. Esta revelación, entonces, no se observa con la transformación y requiere de un acto expreso del controlante solicitando la inscripción del control, por configurarse el presupuesto de control previsto en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio.

¹⁵ Resoluciones 302-003404 y 302-006570 (28 de octubre de 2021).

En lo referente a la acreditación del control, la Superintendencia probó la configuración del presupuesto de control a que hace referencia el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, en tanto la sociedad por acciones simplificada cuenta con un único accionista, y no le corresponde demostrar elementos adicionales para declarar el control.

6.2. Conclusiones

De acuerdo con lo señalado, en el caso de las anteriores sociedades de empresas unipersonales de responsabilidad limitada, no

era necesaria la revelación de la situación de control, en tanto por ministerio de la ley y de acuerdo al régimen legal de dichas sociedades, en el registro mercantil figuraban los datos de su socio único, cumpliendo así con el objetivo que persigue el régimen en esta materia.

No obstante, estas consideraciones no se pueden extender a las sociedades anónimas simplificadas, ya que en su registro mercantil no se revela la identidad de sus accionistas o de su accionista único, haciendo necesaria la inscripción, tal como lo manda el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

7. De los medios de prueba en los procedimientos administrativos

7.1. Admisibilidad de los medios de prueba del código general del proceso en actuaciones administrativas. Renuencia a responder. Confesión presunta¹⁶

En el marco de una investigación administrativa adelantada por la Entidad para verificar la existencia de situaciones de control o de grupo empresarial, se citó a declarar al presunto controlante en más de cinco (5) oportunidades; el presunto controlante asistió una diligencia, pero rehusó a atender las preguntas efectuadas por la Entidad. En los demás casos, no atendió la citación, sin que las excusas presentadas fueran debidamente acreditadas.

Teniendo en cuenta esta actitud procesal, la Superintendencia le advirtió en diversas oportunidades al investigado sobre las consecuencias de la inasistencia a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, establecidas en el artículo 205 del Código General del Proceso, norma que resulta plenamente aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio, en tanto el inciso tercero del artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone que en dicho proceso son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil, actual Código General del Proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior y que en las diferentes diligencias fallidas la Superintendencia pretendía preguntar al investigado si controlaba, por cualquier medio,

a determinadas sociedades, estos hechos pudieron ser objeto de confesión presunta, pues se trata de hechos susceptibles de confesión. En ese sentido, aplicando dicha norma del ordenamiento civil, referida por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, junto a un ejercicio de valoración probatoria de otros medios de prueba, se tuvo por acreditado el control.



7.2. Conclusiones

El régimen probatorio del procedimiento administrativo sancionatorio, expresamente admite todos los medios de prueba contemplados en el actual Código General del Proceso. Por ello, es posible, dar aplicación al régimen legal establecido para la declaración de parte y confesión, de acuerdo a los artículos 191 y siguientes del mencionado Código General del Proceso que, entre otros, habilita a la autoridad administrativa para presumir ciertos aquellos hechos que sean susceptibles de confesión cuando el declarante no asista a la audiencia o se rehúse a responder o lo haga de manera evasiva.

¹⁶ Resolución 302-000689 del 8 de marzo de 2021.

8. Control conjunto

8.1. Socios gestores de sociedades en comandita¹⁷

En esta investigación la Superintendencia de Sociedades declaró el control conjunto de dos personas naturales sobre dos sociedades en comandita, en las cuales ostentaban, conjuntamente, más del 50% del capital social y, además, fungían como socios gestores en cada una de ellas.

En ese sentido, además de la configuración de los elementos del control conjunto (pluralidad de personas que controlan una o más sociedades, manifestando una voluntad de actuar en común distinta de la *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), la Entidad constató especialmente que la condición de socios gestores les confería la posibilidad de ejercer influencia significativa en las deliberaciones de los máximos órganos sociales, no sólo porque la administración de las sociedades estaba a su cargo, sino porque su voto es necesario para aprobar cualquier decisión.

Sobre este punto, se reiteró que la ley atribuye directamente la condición de controlantes a los socios gestores, pues los artículos 326 y 336 disponen que la administración está a cargo de aquellos y que en las decisiones de junta de socios cada uno de ellos tendrá un voto. Por ello, sumado el elemento de la administración a su participación conjunta en el capital, se deriva el control conjunto.

Así las cosas, para esta Superintendencia fue preponderante, para el análisis del con-

trol en el caso concreto, el que tengan la condición de socios gestores, pues desde la misma constitución de las sociedades han actuado como administradores y controlantes, en tanto ostentan la gestión interna y externa de las sociedades.

Del recurso de reposición

En contra de la decisión se interpusieron los recursos de ley, en los que se cuestionó la importancia, que consideraron desbordada, que la Superintendencia dio a la condición de socios gestores y que llevó a la declaratoria del control.

Al respecto, la Superintendencia reiteró que la declaratoria de control por parte de los socios gestores se dio no sólo por ostentar dicha condición, sino porque aquella, sumada a la influencia dominante, decisiva y privativa en las deliberaciones del máximo órgano social, configuran el control, no solamente porque todo lo relacionado con la administración se encuentra a su cargo, sino que su voto es necesario para aprobar cualquier decisión en dicho órgano social, relativas a su administración.

En ese sentido, se configura el control bajo el presupuesto general de control, en el entendido que el poder de decisión de la sociedad se encuentra sometido a la voluntad de sus socios gestores.

8.2. Conclusiones

Las normas del Código de Comercio que regulan el tipo societario de las sociedades en comandita, establecen que sus socios gestores tienen a cargo la administración de la sociedad y que, en relación con las decisiones del máximo órgano social, se requiere de su voto favorable para adoptar cualquier decisión sobre la administración de la sociedad. Por ello, la misma ley les otorga a estos socios una posición privilegiada frente a la sociedad, la cual, analizada a la luz del régimen en materia de conglomerados, puede llevar a la derivación de la configuración de la situación de control.

¹⁷ Resoluciones 302-005298 del 9 de septiembre y 302-007453 del 24 de noviembre de 2021.

9. Competencia para realizar una declaratoria de un grupo empresarial ya revelado

9.1. Completitud de la revelación. Doctrina de los actos propios con ocasión del archivo de una investigación y apertura de una nueva¹⁸

En el marco de la investigación administrativa, el investigado cuestionó la competencia de la Superintendencia de Sociedades para declarar un grupo empresarial previamente declarado y, de esa forma, desconocer la revelación previa. En torno a este cuestionamiento, la Superintendencia sostuvo que su competencia en materia de la revelación de situaciones de control y grupo empresarial, deviene del cumplimiento del deber contenido en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 y conforme a los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

En ese sentido, se puso de presente que la revelación de estas situaciones está inspirada en el principio de transparencia, pilar del buen gobierno corporativo; esto significa que los controlantes, obligados a revelar tales situaciones, deben hacerlo de manera completa, de buena fe y con debida diligencia y atención, lo que implica, en todos los casos, la revelación de los verdaderos controlantes y las estructuras completas, incluyendo a todos los vinculados, tanto matrices como subordinadas. Ello implica que la revelación no se erige como un deber de menor importancia, sino de una obligación que salvaguarda un interés de carácter general.

A lo largo de diversos pronunciamientos la Superintendencia ha sostenido que el in-

cumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995 puede provenir de la omisión o inscripción de forma errónea, incompleta o extemporánea, habilitando, en esos casos, la competencia de la Superintendencia de Sociedades para declarar la correspondiente situación de control o de grupo empresarial, ordenar su inscripción, la modificación o cancelación de revelaciones previas contrarias al resultado de la investigación administrativa.

Acoger la postura del investigado, entonces, equivaldría a reconocer la inacción de la Superintendencia frente a situaciones en que se indague la correcta inscripción en el registro mercantil de situaciones de control o de grupos empresariales.

En lo que tiene que ver con la doctrina de los actos propios, el investigado la trajo a colación en el proceso, debido a que la Entidad, previamente, había declarado la apertura de una investigación administrativa para determinar la existencia de un presunto control, la cual fue archivada para dar apertura a otra, con lo cual, sostuvo, la Superintendencia de Sociedades deshizo sus actos propios.

Al respecto, la Superintendencia puso de presente que, con base en los elementos de prueba recaudados en la indagación preliminar, se dio apertura a una investigación administrativa para determinar un presunto control en cabeza del investigado. No obstante, en el marco de la investigación administrativa se recaudaron elementos de prueba adicionales, cuya valoración daba cuenta de la presunta existencia de un grupo empresarial.

Debido a lo anterior, en el acto administrativo por medio del cual se archivó la investigación inicial, se dio apertura a la nueva, con base en dichos elementos probatorios nuevos. En todo caso, la Superintendencia no declaró o reconoció una situación de control en la investigación administrativa, por lo que de ninguna manera la Superintendencia desconoció sus actos.

¹⁸ Resolución 302-005593 del 23 de septiembre de 2021.



9.2. Conclusiones

La existencia de un registro de una situación de control o de grupo empresarial no

tiene la potencialidad de relevar la competencia de la Superintendencia de Sociedades para investigar y declarar una situación de control o grupo empresarial, ya que la competencia con que cuenta la Entidad se deriva del deber de revelación, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y 28 de la Ley 222 de 1995, a la luz de los cuales, los registros que en esta materia se hagan deben ser completos, esto es, la revelación de la verdadera matriz, incluyendo a todos los vinculados.

En ese sentido, cuando un registro es incompleto, la Entidad cuenta con plenas facultades para declarar la situación de control o grupo de forma comprensiva, corrigiendo el registro previo, en tanto el régimen de conglomerados salvaguarda un interés de carácter general, definido por el principio de transparencia que debe regir las revelaciones, de acuerdo a lo mandado por la Ley 222 de 1995 y el Código de Comercio.

10. Autorización a sociedades para solemnizar reformas estatutarias relativas a una fusión

10.1. De la realidad económica y patrimonial de las empresas participantes en una fusión¹⁹

En el presente caso la Superintendencia de Sociedades recibió una solicitud de autorización de reforma estatutaria consistente en una fusión por absorción por parte de una empresa de servicios públicos domiciliarios respecto a varias sociedades extranjeras, en virtud de la competencia residual otorgada por el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 y el Literal B, del numeral 2, del Capítulo VI de la Circular Externa N° 100-000005 del 22 de noviembre de 2017.

Dentro del asunto objeto de estudio, la Entidad hizo un análisis en relación con la antigüedad que deben tener los estados financieros respecto a la reunión del máximo órgano social de la compañía, en la cual se someten para su aprobación.

Sobre el particular, la Superintendencia de Sociedades sostuvo lo siguiente:

“Con la solicitud se aportó, entre otros documentos, los estados financieros de propósito especial con corte al 30 de junio de 2020, que sirvieron de base para el compromiso de fusión que fue aprobado por la asamblea general de accionistas de (...) en reunión extraordinaria celebrada el 2 de diciembre de 2020, tal como consta en el extracto del Acta N° XX también aportado.

Una vez analizada la documentación aportada con la solicitud referida, se evidencia

que los estados financieros presentados al máximo órgano social en la reunión celebrada el 2 de diciembre de 2020, tenían 5 meses de antigüedad respecto a su fecha de corte y, por lo tanto, no constituían, para la fecha en que se realizó la reunión extraordinaria, una información financiera que reflejará la realidad económica y patrimonial de la sociedad, necesaria para efectos de tomar una decisión de reforma estatutaria consistente en una fusión.

Sobre el particular, es importante señalar que los principios y las normas contables que rigen nuestro ordenamiento jurídico, establecen que la información financiera y, en particular, los estados financieros, deben brindar información que sea pertinente y útil para la toma de decisiones.

En particular, el artículo 1° de la Ley 1314 de 2009 señala:

*ARTÍCULO 1o. OBJETIVOS DE ESTA LEY. Por mandato de esta ley, el Estado, bajo la dirección del Presidente la República y por intermedio de las entidades a que hace referencia la presente ley, intervendrá la economía, limitando la libertad económica, para expedir normas contables, de información financiera y de aseguramiento de la información, que conformen un sistema único y homogéneo de alta calidad, comprensible y de forzosa observancia, por cuya virtud **los informes contables y, en particular, los estados financieros, brinden información financiera comprensible, transparente y comparable, pertinente y confiable, útil para la toma de decisiones económicas** por parte del Estado, los propietarios, funcionarios y empleados de las empresas, los inversionistas actuales o potenciales y otras partes interesadas, para mejorar la productividad, la competitividad y el desarrollo armónico de la actividad empresarial de las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras (...).*

Con observancia de los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, con el propósito de apoyar la internaciona-

¹⁹ Resolución n.º 325-005458 del 14 de septiembre de 2021 y Resolución n.º 300-008644 del 13 de diciembre de 2021.

lización de las relaciones económicas, la acción del Estado se dirigirá hacia la convergencia de tales normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de la información, con estándares internacionales de aceptación mundial, con las mejores prácticas y con la rápida evolución de los negocios.”(subrayado y negrilla por fuera del original).

“Al respecto, esta Entidad de forma reiterada ha hecho referencia a la pertinencia de la información financiera que se utilice como base para la aprobación de reformas estatutarias de fusión y escisión. En particular, mediante Oficio 220-118627 del 23 de julio de 2020 y Oficio 220-198423 del 7 de octubre de 2020, se indicó:

(...) para efectos de tomar una decisión de reforma estatutaria consistente en una fusión, **no se [sic] sería posible someter a consideración del máximo órgano social dicha decisión, con fundamento en una información financiera que con seguridad no reflejará la realidad económica y patrimonial de las empresas participantes, que corresponde justamente a los principios que intenta blindar la Ley 1314 de 2009 y sus Decretos Reglamentarios** (subrayado y negrilla por fuera del original).

Teniendo en cuenta lo previamente indicado, la presentación ante el máximo órgano social de la sociedad absorbente, de los estados financieros base de la fusión pretendida, con corte al 30 de junio de 2020, mediante reunión extraordinaria celebrada el 2 de diciembre de 2020, es decir, cinco meses después de su fecha de corte, para efectos de la aprobación de la reforma estatutaria de fusión, no es consistente con las características con las cuales debe contar la información financiera y, en particular, los estados financieros al momento de tomar la decisión. Lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1314 de 2009 y en la doctrina de la Entidad, por cuanto la información financiera debe ser útil, pertinente, confiable y transparente para la toma de decisiones económicas.

En consecuencia, los estados financieros a utilizar como base para la reforma estatutaria de fusión pretendida entre las Sociedades, debían reflejar **la realidad económica de la empresa en el momento en que dicha decisión fue sometida a consideración del máximo órgano social**, lo cual no se evidencia en el presente caso, teniendo en cuenta la antigüedad de los mismos.

Por su parte, el artículo 1º del Anexo 6 -2019 al Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015, establece que “son estados financieros extraordinarios, los que se preparan durante el transcurso de un período como base para realizar ciertas actividades. La fecha de los mismos no podrá ser superior a un mes respecto de la fecha de convocatoria a la reunión, actividad o situación para la cual deban prepararse.

Al respecto, es pertinente advertir que, aunque la sociedad absorbente realizó la convocatoria dentro del mes siguiente a la fecha de corte de los estados financieros aportados, es decir el 30 de julio de 2020, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Anexo 6-2019 al Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015 como lo sostiene el apoderado de las Sociedades en el escrito con radicado N° 2021-01-308029 del 10 de mayo de 2021, el asunto que nos atañe, tal como se ha mencionado previamente, corresponde a la fecha de la presentación de dichos estados financieros a la asamblea general de accionistas de la sociedad absorbente para la consideración y posterior aprobación de la fusión pretendida, mediante reunión extraordinaria celebrada el 2 de diciembre de 2020, esto es, cinco meses después de su fecha de corte. Lo cual, como se ha indicado, no es congruente con lo establecido en la normatividad contable vigente y en la doctrina de la Entidad, en relación con la utilidad, pertinencia, confiabilidad y transparencia de la información financiera para la toma de decisiones y el requisito de que la información financiera refleje la realidad económica de la empresa en el momento en que dicha decisión fue sometida a consideración del máximo órgano social.

En consonancia con lo anterior, la doctrina de esta Entidad sostiene que²⁰:

A partir de las anteriores consideraciones de índole jurídico, es posible realizar las siguientes observaciones respecto de los estados financieros que pretendan ser usados para aprobar una reforma estatutaria consistente en fusión, al amparo de lo señalado en el artículo 1º del Título 1º del Anexo 6-2019 del Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015, que señala que la fecha de los mismos no podrá tener una antigüedad superior a un mes respecto de la fecha de la convocatoria a la reunión del máximo órgano social:

- Las normas de contabilidad y de información financiera están encaminadas a permitir la identificación, medición, clasificación, reconocimiento, interpretación, análisis, evaluación e información, de las operaciones económicas de un ente, de forma clara y completa, relevante, digna de crédito y comparable.
- Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente con su forma legal.
- **Los estados financieros deben brindar información comprensible, transparente, comparable, pertinente, confiable y útil para la toma de decisiones económicas por parte de los asociados y administradores.**
- Los administradores deben preparar los estados financieros respetando los principios de buena fe y lealtad, actuando con la diligencia de un buen hombre de negocios en interés de la sociedad y los asociados.

- **Los estados financieros deben mostrar efectivamente la realidad económica de la compañía.**
- Entre la fecha de corte de los estados financieros y el día de la reunión no pueden existir cambios materiales en la situación financiera, contable y económica de la sociedad. Lo anterior, para señalar que **no sería posible someter a consideración del máximo órgano social una decisión de reforma estatutaria consistente en una fusión, con fundamento en información financiera que con seguridad no reflejará la realidad económica y patrimonial de las empresas participantes y que violaría los principios que consagra la Ley 1314 de 2009 y sus decretos reglamentarios.**



- **Cuanto más tiempo transcurra entre la fecha de corte de los estados financieros y el día de la reunión, habrá más probabilidades de que existan cambios materiales que afecten la realidad económica de la sociedad y del negocio propuesto, desdibujando, entre otros, la fide-**

²⁰ Oficio 220-101268 del 29 de julio de 2021.

dad y transparencia de los estados financieros. Por tanto, los administradores deben cumplir con lo determinado en las normas de contabilidad e información financiera, establecidas en nuestra legislación nacional a través de la Ley 1314 de 2009, el Decreto 2420 de 2015 y las demás normas aplicables.

Con la misma advertencia mencionada en el punto anterior y, a su vez, siguiendo la doctrina de la entidad, para el caso de reuniones extraordinarias tendríamos que los estados financieros que pretendan ser usados para aprobar una reforma estatutaria consistente en fusión, deberán tener en cuenta lo siguiente:

(i) El periodo de máximo un (1) mes seguido a la fecha en que las operaciones se hubieran llevado a cabo, con el que se cuenta para realizar los correspondientes asientos contables, de conformidad con el artículo 2° del Título 1° del Anexo 6-2019 del Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015;

(ii) El periodo de máximo un (1) mes respecto de la fecha de la convocatoria a la reunión del máximo órgano social, de conformidad con lo indicado en el citado decreto y en la Circular Básica Jurídica 100-000005 del 22 de noviembre de 2017 y;

(iii) El término máximo para ejercer el derecho de inspección, de acuerdo con el tipo societario y las disposiciones estatutarias...” (subrayado y negrilla por fuera del original).

Cabe anotar que el artículo 1 del Anexo 6-2019 al Decreto Único Reglamentario 2420 de 2015, lo que persigue al establecer un término perentorio entre el corte de los estados financieros y la convocatoria, es que la presentación de la información financiera a los asociados se haga también en forma eficaz y pertinente, en un término corto de tiempo, con el fin de garantizar siempre que la información financiera base para la toma de decisiones, refleje fielmente la situación financiera del ente económico.

En este orden de ideas, el administrador de la sociedad absorbente, no solo debió procurar una convocatoria oportuna, sino también que la fecha establecida para llevarse a cabo la subsiguiente reunión de asamblea fuera conforme con la normativa existente y que permitiera que los asociados pudieran acceder a una información financiera útil, pertinente y confiable. Lo anterior, en cumplimiento de su deber positivo de conducta, manifestado en la obligación de poner todo el empeño para que se dé cumplimiento a las normas legales y contractuales tanto en su actividad como en la de sus dependientes”.

Bajo el anterior entendido, la Superintendencia de Sociedades decidió no autorizar la reforma estatutaria consistente en la fusión por absorción de las compañías involucradas, decisión que fue confirmada en la resolución que resolvió el recurso de apelación presentado en contra del acto administrativo al que se hizo referencia.

En relación con la decisión que resolvió el recurso de apelación interpuesto, vale resaltar la siguiente consideración realizada por esta Entidad:

“(…) los estados financieros con la información contable a 31 de diciembre, podría contener registros realizados hasta dentro del mes siguiente, esto es el 31 de enero siguiente y, por tanto, a partir de allí, los administradores tendrían un mes para convocar a la reunión asamblearia, que haya de llevarse a cabo dentro del primer trimestre del año. Así, se protegen los fines de la normativa contable en la materia, sin exigir requisitos adicionales a las empresas que resultaran en cargas innecesarias, dadas las características de los estados financieros de fin de ejercicio y sus tiempos de elaboración. La anterior interpretación, no puede ser ignorada al tratarse de estados financieros extraordinarios (...)

Es decir, independientemente del corte de los estados financieros y del carácter ordinario o extraordinario que tenga la reunión

en la cual se apruebe una reforma estatutaria de fusión, escisión o disminución de capital con efectivo reembolso de aporte, los plazos señalados por la ley contable, deben cumplirse a cabalidad.

Ciertamente, es imperativo tener presente que ni la Circular, ni la doctrina de la Entidad, han tenido el alcance general de permitir que se utilice la información financiera para estudiar la aprobación de una reforma estatutaria especial de fusión, escisión o disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, sin importar la época en la que se realice la reunión, sino que el razonamiento expuesto siempre ha estado atado a la aplicación de las normas contables para la preparación de la información financiera y a la realización de la reunión, así como la antelación de la convocatoria y el efectivo ejercicio de los derechos de los accionistas.

Resulta importante poner de presente, que las anteriores directrices normativas contempladas en el Decreto 2649 de 1993, fue-



ron recogidas y precisadas por el Decreto 2270 de 2019, que adicionó el Anexo número 6 - 2019 al Decreto Único Reglamentario de las Normas de Contabilidad, de Información Financiera y de Aseguramiento de la

Información, Decreto 2420 de 2015, en cuyo artículo 1 dispone:

ARTÍCULO 1º. ESTADOS FINANCIEROS EXTRAORDINARIOS. Son estados financieros extraordinarios, los que se preparan durante el transcurso de un periodo como base para realizar ciertas actividades. La fecha de los mismos **no podrá ser superior a un mes respecto de la fecha de convocatoria a la reunión, actividad o situación para la cual deban prepararse.**

Salvo que las normas legales dispongan otra cosa, los estados financieros extraordinarios no implican el cierre definitivo del ejercicio y no son admisibles para disponer de las utilidades o excedentes.

Son estados financieros extraordinarios, entre otros, **los que deben elaborarse con ocasión de la decisión** de transformación, **fusión** o **escisión**, o con ocasión de la oferta pública de valores, la solicitud de concordato con los acreedores y la venta de un establecimiento de comercio." (subrayado y negrita por fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, de aceptarse la posición del recurrente, en la cual señala que solo deberá tenerse en cuenta la fecha de la convocatoria, sería viable que varios meses después o incluso años, se pudiera someter a consideración del máximo órgano social la aprobación de reformas estatutarias como las mencionadas anteriormente.

A todas luces, es claro que la anterior situación (que podría derivarse de la tesis propuesta por el recurrente) no podría ser avalada por esta Entidad por encontrarse abiertamente en contravía de la normatividad contable aplicable y, en tanto, socavaría todos los objetivos y principios que la ley en materia contable persigue y determina para los entes económicos en el país".

10.2. Conclusiones

- Teniendo en cuenta que, a la luz de los objetivos consagrados en la Ley 1314 de 2009, los estados financieros deben brindar información comprensible, transparente, comparable, pertinente, confiable y útil para la toma de decisiones económicas por parte de los asociados, éstos deben mostrar efectivamente la realidad económica de la compañía al momento de tomar dichas decisiones.
- En ese sentido, es posible indicar que entre la fecha de corte de los estados financieros y el día de la reunión en la cual se apruebe la reforma estatutaria pretendida con base en los mismos, no pueden existir cambios materiales en la situación financiera, contable y económica de la sociedad. Es por ello, que se debe procurar tanto una convocato-
ria oportuna, de conformidad con el término exigido por la ley aplicable, como también que la fecha establecida para llevarse a cabo la subsiguiente reunión de asamblea, permita a los asociados acceder a una información financiera útil, pertinente y confiable.
- En consecuencia, no es posible someter a consideración del máximo órgano social decisiones como la aprobación de reformas estatutarias de fusión, escisión o disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, con fundamento en una información financiera que con seguridad no reflejará la realidad económica y patrimonial de las empresas participantes.

11. Solicitud de autorización de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes a un accionista único

11.1. De la derogatoria del artículo 459 del Código de Comercio relacionado con la reducción del capital suscrito y pagado para enjugar pérdidas²¹

En el presente caso, la Superintendencia de Sociedades analizó una solicitud de autorización previa de disminución de capital con efectivo reembolso de aportes, operación aprobada por el máximo órgano de la sociedad en reunión extraordinaria, en la cual preliminarmente también se sometieron a consideración y se aprobaron decisiones adicionales, dentro de las cuales estaba la decisión de enjugar pérdidas contra el capital suscrito y pagado de la sociedad, lo que motivó a esta Entidad a rechazar dicha petición por las siguientes razones:

“(…) es importante señalar que el antiguo artículo 459 del Código de Comercio permitía disminuir el capital suscrito y pagado de la sociedad para enjugar pérdidas. La mencionada normativa señalaba:

La asamblea podrá tomar u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito, como la venta de bienes sociales valorizados, la reducción del capital suscrito conforme a lo previsto en este Código, la emisión de nuevas acciones, etc. [...]

No obstante, el referido artículo fue derogado por el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020, razón por la cual, no es posible para la Sociedad, disminuir el capital para enjugar las pérdidas, por cuanto hoy no existe normativa en la cual se soporte este registro contable.

Por lo anterior, el máximo órgano social de la Sociedad adoptó la decisión de disminuir el capital con efectivo reembolso de aportes con un saldo en la cuenta de capital que no correspondían a la realidad de la Sociedad, por cuando no era posible que se disminuyera el capital de la Sociedad enjugando las pérdidas acumuladas de la Sociedad.



En este sentido se ha pronunciado esta Entidad, en Oficio n.º 220-047475 de 19 de abril de 2021, haciendo referencia a la derogatoria del artículo 459 del Código de Comercio, y en donde señaló²²:

la prima de emisión fue concebida como parte inescindible del capital, razón por la cual solo procedía su “utilización” de forma excepcional para enjugar pérdidas, siempre que la sociedad se encontrara en causal de disolución por pérdidas y como mecanismo para enervarla.

21 Oficio n.º 320-132919 del 16 de septiembre de 2021.

22 Ese concepto se reiteró en el Oficio n.º 220-243263 del 20 de diciembre de 2021.

Sin embargo, la causal de disolución por pérdidas fue derogada y se estableció la causal de disolución por el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, en virtud del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020.

En consecuencia, con la derogatoria de la disolución por pérdidas no es posible enjugar pérdidas con el capital ni con la prima de emisión, ya que la misma es considerada como un rubro inescindible del capital. Las pérdidas se deberán enjugar con base en lo señalado en los artículos 151 y 456 del Código de Comercio.

Así las cosas, la decisión adoptada por la asamblea de disminuir el capital con efectivo reembolso de aportes, tuvo en consideración un capital suscrito y pagado que no correspondía a la realidad, por lo cual, la decisión no fue adecuadamente adoptada”.

11.2. Conclusiones

Como consecuencia de la derogatoria del artículo 459 del Código de Comercio por el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 2069 de 2020 -causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha- no es posible enjugar pérdidas de la sociedad con el capital suscrito y pagado de la misma.



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Línea de atención al usuario

018000 114319

PBX

601-324 5777 / 601-220 1000

Centro de fax

601-220 1000, opción 2 / 601-3245000

Avenida El Dorado No. 51 - 80

Bogotá - Colombia

Horario de atención al público

Lunes a viernes 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

webmaster@supersociedades.gov.co



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia

www.supersociedades.gov.co