



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**
Más empresa, más empleo

CONCEPTOS JURÍDICOS EMITIDOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

JUNIO 2020



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**
Más empresa, más empleo

En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para lograr el reconocimiento y la confianza de los usuarios, ya que nuestra Misión es contribuir al crecimiento económico y social mediante la supervisión, protección y fortalecimiento de las empresas para generar legalidad y equidad.

Por tal motivo ante las consultas elevadas por los usuarios, la oficina Jurídica de la Entidad emitió varios conceptos jurídicos, a continuación, encontrará detalles de los más relevantes.

OFICIO 220- 090297 DEL 8 DE JUNIO DE 2020

DOCTRINA:

ALGUNOS ASPECTOS DEL DECRETO LEY 560 DE 2020

PLANTEAMIENTO:

1. Conforme con lo previsto por el artículo 1 ibídem, ¿Se crea un nuevo régimen de insolvencia paralelo al contemplado por la Ley 1116?
2. En qué consiste y cómo se deberá tramitar el mecanismo de alivio denominado “Descargo de Pasivos” previsto por el segundo inciso del artículo 3º? Sobre este particular ¿Qué significa disponer de la cancelación, sin contraprestación, de los derechos de accionistas o socios?
3. Prevé el artículo 9 del Decreto que las Cámaras de Comercio podrán adelantar procedimientos de recuperación empresarial ¿El deudor puede elegir si acude ante la Cámara de Comercio o la Superintendencia de Sociedades en caso de que ambas cuentan con jurisdicción en el domicilio del deudor?
4. Respecto del artículo 9 del Decreto ¿Qué ocurre si no se logra un acuerdo y por tanto no hay lugar a su refrendación judicial?”

POSICIÓN DOCTRINAL:

Este Despacho se permite, a título meramente informativo, hacer las siguientes precisiones de orden legal, a la luz de las normas que regulan la materia, siguiendo el orden de los interrogantes planteados, así:

i) De conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto Ley 560 del 15 de marzo de 2020, “El régimen de insolvencia regulado por el presente Decreto Legislativo tiene por objeto mitigar la extensión de los efectos sobre las empresas afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia de Económica, Social y Ecológica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los mecanismos de salvamento y recuperación aquí previstos. (...)”

ii) Dentro de los mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial, consagrados en el artículo 4º del Decreto Ley 560 de 2020, se encuentra la “descarga de pasivos”, figura que se puede incluir en los acuerdos de reorganización de los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia de que trata el Decreto 417 del mismo año, con el fin de flexibilizar los pagos de las obligaciones, pagos a los acreedores de distintas clases de forma simultánea o sucesiva.

Dicha medida le permite, al deudor que se acoja a los mecanismos extraordinarios de salvamento y recuperación de que trata el artículo 1º del Decreto Ley 560 tantas veces citado, castigar contablemente la parte de los pasivos que excedan la valorización de la empresa en marcha, siempre y cuando se cumpla los requisitos antes señalados, entre otros,

que sea aprobada por una mayoría de acreedores que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de aquellos con vocación de pago (es decir, de aquellos que siguiendo la prelación de pagos alcanzarían a obtener la cancelación de sus acreencias), sin contar con los votos de los acreedores internos y vinculados.

La condición de disponer la cancelación, sin contraprestación, de los derechos de accionistas o socios, se refiere, a juicio de este Despacho, a cancelar las participaciones sociales de los socios o accionistas de la compañía. extinguiéndose así sus derechos económicos y políticos en la sociedad deudora sin ninguna contraprestación; De ahí que sea necesario señalar la nueva estructura del capital social del deudor, indicando qué acreedores hacen parte del pasivo interno, el valor nominal y el número de sus participaciones (numeral 2.5 del punto segundo del artículo 4º ejusdem).

iii) El artículo 9º op.cit., prevé que los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica de que trata el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, podrán adelantar, ante la cámara de comercio con jurisdicción territorial en el domicilio del deudor, ya sea a través de su centro de conciliación o directamente, con la participación de un mediador de la lista que elabore para el efecto, procedimientos de recuperación empresarial, para su posterior validación judicial, es decir, que este procedimiento es de resorte de las cámaras de comercio.

iv) Al tenor de lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto Ley 560 de 2020, “En el evento del fracaso de la negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización o del procedimiento de recuperación empresarial, se dará por terminado, y el deudor no podrá intentar ninguno de estos trámites o procedimientos dentro del año siguiente de terminación de los mismos. No obstante, el deudor podrá solicitar la admisión a un proceso de insolvencia en los términos de la Ley 1116 de 2006 o el régimen que le resulte aplicable. (...)”.

Es de aclarar que, en el evento del fracaso del procedimiento de recuperación empresarial, este, se reitera, se da por terminado y sus efectos allí previstos cesan; por ende, los procesos de ejecución, de cobro coactivo, restitución de tenencia y de ejecución de garantías, respecto de todos los acreedores, que se encontraban suspendidos por mandato legal, se reinician automáticamente.



OFICIO 220-090309 DEL 8 DE JUNIO DE 2020

DOCTRINA:

ASPECTOS RELACIONADOS CON LOS MECANISMOS DE INSOLVENCIA DE QUE TRATA EL DECRETO LEY 560 DE 2020

PLANTEAMIENTO:

- “1. ¿Cómo se garantiza el cumplimiento de pago de acuerdos parciales por categoría? Teniendo en cuenta que los acreedores de otras categorías que no les aplica el acuerdo podrán ejercer acciones judiciales de cobro. ¿Serán inembargables los recursos para cumplir las cuotas de estos acuerdos, hasta ese monto del acuerdo? o al hacer un acuerdo así sea con una sola categoría el deudor está protegido de embargos y procesos, ¿y estos acreedores que no acordaron deben esperar su pago cuando haya dinero en el giro ordinario de los negocios del deudor?”
2. ¿Por qué se presenta como beneficio el aumento de la retención de IVA al 50%? Si esto afecta la caja del deudor, ya que se le descuenta de su pago un 35% adicional del IVA, teniendo en cuenta que la tarifa actual es el 15%.
3. ¿Por qué no se extendieron los beneficios tributarios a quienes negocien acuerdos de recuperación en Cámaras de Comercio, sino solo a quienes estén admitidos en procesos de reorganización empresarial? ¿Esto no desmotiva a los deudores a asistir a las Cámaras de Comercio, generando así congestión en Supersociedades? Y más allá de eso, ¿Por qué no se extendieron los beneficios?”
4. El proceso de recuperación empresarial en Cámaras de Comercio también incluye la suspensión de pago de gastos de administración al igual que en la negociación de emergencia ante la Supersociedades? En el decreto no está escrito. ¿Se puede interpretar que beneficios de un proceso son extensivos al otro?”

POSICIÓN DOCTRINAL:

Este Despacho se permite, a título meramente informativo, hacer las siguientes precisiones de orden legal, a la luz de las normas que regulan la materia, siguiendo el orden de los interrogantes planteados, así:

i) De conformidad con lo previsto en el artículo 8 del Decreto Ley 560 de 2020, los deudores afectados por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica de que

trata el Decreto 417 del 17 de marzo del mismo año, destinatarios del régimen de insolvencia empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, podrán celebrar acuerdos de reorganización a través del trámite de negociación de emergencia. Para tal efecto, el deudor deberá presentar un aviso de intención de iniciar la negociación de emergencia ante el juez el concurso y cumplir alguno de los supuestos del artículo 9º ibídem.

Una vez verificado que la información presentada este completa, el juez admitirá la solicitud y dará inicio a la negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización, para lo cual deberá seguirse el procedimiento allí establecido. Así mismo, la citada disposición consagra que, a partir de ese momento, la negociación tendrá una duración máxima de tres (3) meses.

Ahora bien, dentro del trámite de negociación de emergencia, el deudor podrá negociar acuerdos de reorganización con una o varias de las categorías establecidas en el artículo 31 ejusdem, el cual deberá ser aprobado por la mayoría simple de los votos admisibles de la categoría correspondiente.

Para estos efectos, los votos de los acreedores internos y de los vinculados no tendrán valor alguno, aunque hagan parte de la categoría respectiva. En tal evento, los efectos del acuerdo confirmado solamente serán vinculantes para la categoría respectiva y no se extenderá a los demás acreedores.

Así las cosas, los acreedores de una o varias categorías que celebraron con el deudor un acuerdo de reorganización en la forma antes prevista, quedan sujetos a las resultas del mismo, es decir, que el pago de las obligaciones a su favor, se hará en las condiciones y términos allí estipulados, acuerdo que es de obligatorio cumplimiento para los acreedores que firmaron el mismo, incluyendo aquellos de la respectiva categoría que no participaron en la negociación del acuerdo o no hayan consentido en este.

De otra parte, se observa que, los créditos a favor de los acreedores que no quedaron vinculados en el acuerdo de reorganización, deberán ser atendidos dentro del giro ordinario de los negocios del deudor y podrá exigirse coactivamente su cobro, proceso de ejecución dentro del cual se podrá embargar los recursos disponibles que tenga el deudor para atender las obligaciones objeto del susodicho acuerdo, pues la ley no hizo excepción alguna al respecto.

ii) El artículo 13 del Decreto Ley 560 antes citado, consagra que “Las empresas admitidas a un proceso de reorganización empresarial o que hayan celebrado un acuerdo de reorganización y se encuentren ejecutándolo, conforme a lo indicado en la Ley 1116 de 2006, a partir de la expedición del presente Decreto Legislativo, y hasta el 31 de diciembre de 2020, estarán sometidas a retención en la fuente a título del impuesto sobre las ventas IVA del cincuenta por ciento (50%). Dicha retención será practicada por todos los agentes retenedores que adquieran los bienes o servicios de estas empresas. (...)”.

Realizada esta retención, el agente retenedor le entrega a su proveedor un certificado de retención en

donde le acredita el monto de retención en la fuente a título de IVA retenido, independientemente que le haya pagado o no la respectiva factura por el bien y/o servicio prestado.

Por su parte el responsable del impuesto sobre las ventas – IVA cada bimestre o cuatrimestre (art. 600 del Estatuto Tributario) debe presentar y pagar su declaración del impuesto sobre las ventas, en donde registre, el IVA generado, el IVA descontable, las retenciones en la fuente a título de IVA que les practicaron, entre otros factores, dando como resultado el valor a pagar o saldo a favor según corresponda.

Considerando que el mecanismo de retención en la fuente es un pago anticipado del impuesto y teniendo en cuenta que el agente retenedor debe practicar la retención en la fuente en el momento del pago o abono en cuenta, lo que ocurra primero, al incrementar la retención en la fuente que estaba en el 15% al 50% sobre el valor del IVA generado (facturado), conlleva a que el responsable del impuesto (empresa en insolvencia), al momento de presentar su declaración bimestral o cuatrimestral de IVA, pueda restar el monto retenido de IVA por parte del agente retenedor, conllevando a un menor de pago del impuesto en su declaración, independiente de que su cliente le haya o no pagado su factura, lo cual alivia el flujo de caja de estas empresas en insolvencia.

En conclusión, esta medida incrementa el porcentaje de retención en la fuente a título de impuesto sobre las ventas - IVA, pasándola del 15% al 50% del IVA facturado, permitiéndole a la empresa en reorganización aliviar sus obligaciones tributarias, en caso de que sus clientes no le paguen sus facturas antes del plazo para presentar y pagar su declaración bimestral o cuatrimestral de IVA.

iii) Los destinatarios de la aplicación y de los beneficios de los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 560 de 2020 son: i) “las empresas admitidas a un proceso de reorganización empresarial” y ii) aquellas que “hayan celebrado un acuerdo de reorganización y se encuentren ejecutándolo”.

Lo anterior significa que durante el trámite de la Negociación de Emergencia de Acuerdos de Reorganización y de los Procedimientos de Recuperación Empresarial en las Cámaras de Comercio, no se aplican las reglas de los artículos 12, 13 y 14 del Decreto Legislativo 560 de 2020, como quiera que no se trata de procesos de reorganización empresarial tramitados bajo la ley 1116 de 2006.

iv) Uno de los efectos de la negociación de emergencia de un acuerdo de reorganización, de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del párrafo 1º del artículo 8º ejusdem, es que, dentro del término de negocia-

ción, se pueden aplazar los pagos de las obligaciones por concepto de gastos de administración que el deudor estime necesario. No obstante, durante este término no se podrá suspender el pago de salarios, ni

aportes parafiscales, ni obligaciones con el sistema de seguridad social.

INFORMACIÓN AQUÍ:



OFICIO: 220-096411 DEL 18 DE JUNIO 2020

DOCTRINA:

REUNIONES POR DERECHO PROPIO EN ÉPOCA DE PANDEMIA - REQUISITOS PARA LA DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

PLANTEAMIENTO:

- “1. Como por razones de fuerza mayor y debido a la pandemia por la que atravesamos, las asambleas que pensaban reunirse por derecho propio el primer día hábil del mes de abril de 2020, a las 10:00 a.m., no se pudieron reunir, ¿Qué medidas o alternativas brinda la Superintendencia de Sociedades o la ley, para el desarrollo de la asamblea en otra fecha diferente a la ya establecida por el Código de Comercio?”
2. ¿Es viable jurídicamente, SI O NO, que, en asamblea extraordinaria convocada según los estatutos y la ley, se pueda decidir sobre la disolución y/o liquidación de una Sociedad de Economía Mixta por Acciones, con participación pública mayoritaria al 50% del capital total?”

POSICIÓN DOCTRINAL:

1. “Como por razones de fuerza mayor y debido a la Pandemia por la que atravesamos las asambleas que pensaban reunirse por derecho propio el primer día hábil del mes de abril de 2020, a las 10:00 a.m., no se pudieron reunir, ¿Qué medidas o alternativas brinda la Superintendencia de Sociedades o la ley, para el desarrollo de la asamblea en otra fecha diferente a la ya establecida por el Código de Comercio?”

“Artículo 422. Reuniones ordinarias de la asamblea general – Reglas:

(...) Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá

por derecho propio el primer día hábil del mes de abril, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad. (...)”

Por su parte el artículo 5 del Decreto 434 del 20 de marzo de 2020, con el fin de ampliar el plazo previsto para la celebración de las reuniones ordinarias, dispone:

“Artículo 5. Reuniones ordinarias de asamblea:

Las reuniones ordinarias de asamblea correspondientes al ejercicio del año 2019 de que trata artículo 422

del Código de Comercio podrán efectuarse hasta dentro del mes siguiente a la finalización de la emergencia sanitaria declarada en el territorio nacional.

Si no fuere convocada, la asamblea se reunirá por derecho propio el día hábil siguiente al mes de que trata el inciso anterior, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad. Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión.

Parágrafo. Todas las personas jurídicas, sin excepción, estarán facultadas para aplicar las reglas previstas en el presente artículo en la realización de reuniones presenciales, no presenciales o mixtas de sus órganos colegiados.”

En ese sentido, la Circular 100-000004 del 24 de marzo de 2020, expedida por la Superintendencia de Sociedades indica:

“Conforme con lo anterior, esta Superintendencia señala a sus supervisados que el plazo para realizar las reuniones ordinarias del máximo órgano social para el presente año, en las que se estudiarán los asuntos propios del ejercicio que terminó el 31 de diciembre de 2019, ha sido ampliado y queda sujeto a la vigencia de la declaratoria de emergencia sanitaria realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social.”

Ahora bien, frente a este punto se pronunció este Despacho mediante Oficio 220- 084724 del 21 de mayo de 2020, en los siguientes términos:

“De esta manera se concluye, de acuerdo con lo señalado en la Circular 100-000004 del 24 de marzo de 2020 expedida por la Superintendencia de Sociedades, que el plazo de los supervisados para realizar las reuniones ordinarias se amplió, lo cual también ocurre con las reuniones por derecho propio, ya que tal como lo menciona el artículo 5 del Decreto 434 del 20 de marzo de 2020, este se ejercerá el día hábil siguiente al mes en el que se declare terminada la emergencia sanitaria declarada en el territorio nacional, a las 10 a.m., en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad”.

Conforme a la normatividad anteriormente expuesta, es posible concluir que en vigencia del Decreto 434 de 2020, el plazo para la celebración de las reuniones por derecho propio, ya no es el primer día hábil del mes de abril, si no el primer día hábil del mes

siguiente en que termine la emergencia económica declarada por el Gobierno Nacional.

2. “¿Es viable jurídicamente, SI O NO, que, en asamblea extraordinaria convocada según los estatutos y la Ley, se pueda decidir sobre la disolución y/o liquidación de una sociedad de economía mixta por Acciones con participación pública mayoritaria al 50% del capital total?”

“Artículo 97. Sociedades de economía mixta.

Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.”

Por su parte el artículo 461 del Código de Comercio define las sociedades de economía mixta de la siguiente forma:

“Artículo 461. Definición de la sociedad de economía mixta. Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.”

Este Despacho se pronunció al respecto mediante Oficio 220-142653 del 04 de septiembre de 2014:

“(…) las sociedades de economía mixta, son aquellas sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado, para desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, las cuales deberán sujetarse a las reglas del derecho privado.

En otros términos, las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas de derecho privado, son sociedades de comercio sujetas al derecho mercantil, con las limitaciones expresas que la Constitución y la ley establezcan. Pueden constituirse bajo cualquiera de las formas de sociedad prevista en el Código de Comercio, colectiva, en comanditas simples o por acciones, de responsabilidad limitada, anónima o simplificada por acciones, toda vez que la ley colombiana no señala ninguna en especial.”

De conformidad con lo expuesto, las sociedades de economía mixta a pesar de estar constituidas por ca-

pital público y privado, están sujetas a la legislación mercantil y, por lo tanto, les es aplicable en materia de disolución y reformas estatutarias, los artículos 162, 220 y siguientes del Código de Comercio.

De esta manera, sin importar el tipo de reunión en la que se apruebe la disolución de la sociedad, si se cumplen con las mayorías establecidas en el tipo societario correspondiente estas surtirán efectos, tal como lo indicó este despacho mediante Oficio 220-130595 del 29 de junio de 2016, el cual señala lo siguiente:

“Por decisión de los socios de terminar el contrato social, para lo cual se han de cumplir los requisitos legales que se exigen para las reformas del contrato social.

Es decir, que el máximo órgano social debe adoptar la reforma estatutaria consistente en la disolución anticipada de la sociedad, con el voto favorable de la mayoría para fin exigida, independientemente del

tipo de reunión en que se apruebe. Esto es, ordinaria (Art. 422 del Cód. de Comercio); extraordinaria (Art. 423 Ib.); por derecho propio o de segunda convocatoria (Art. 429 Cód. Cit.); universal (Inc. 2 del Art. 182 Ídem) o no presenciales (Art. 19 de la Ley 222/95), toda vez que las reformas estatutarias siempre deben aprobarse por los asociados reunidos en asamblea o junta de socios, con las mayorías previstas en la ley o en los estatutos para el efecto. En ese caso procede inscribir el acta respectiva acta en el Registro Mercantil”.

Así las cosas, es viable que en una asamblea extraordinaria de una sociedad de economía mixta se decida sobre la disolución y liquidación de esta, siempre y cuando se cumplan con las mayorías establecidas en la ley o en los estatutos del ente societario.

INFORMACIÓN AQUÍ:

OFICIO 220- 096811 DEL 20 DE JUNIO DE 2020
DOCTRINA:

ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA FRENTE A SITUACIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO DE SOCIEDAD

PLANTEAMIENTO:

Se formulan algunas inquietudes relacionadas con el alcance de lo resuelto por un cabildo indígena, socio representante del 50% del capital de una compañía de responsabilidad limitada, que mediante acto expedido por dicha entidad, motivado con base en las facultades de dicha autoridad indígena, declaró a los administradores sociales responsables por un presunto detrimento patrimonial de la sociedad y les exigió a éstos el reintegro al Cabildo de una suma de dinero al que éste considera asciende el aludido detrimento.

POSICIÓN DOCTRINAL:

Sea lo primero mencionar que conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Comercio, “Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. (...)”.

Por su parte, el artículo 73 del Código Civil Colombiano establece que “las personas son naturales o jurídicas”. A su turno, el artículo 74 ídem expone que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” y, a su vez, el artículo 633 íbidem dispone que “se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

En lo que corresponde al contrato de sociedad, conforme prevé el artículo 101 del mismo código, “Para que éste sea válido respecto de cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza y dolo, y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y una causa lícitos. (...)”.

La figura del Cabildo Indígena, de conformidad con el Decreto 1071 de 2015, se trata de “una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de

una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad”.

Las funciones del cabildo indígena se encuentran contempladas en el artículo 7º de la Ley 89 de 1890, ley que en su artículo 10º dispone que las controversias de una parcialidad con otra o de una comunidad con individuos o asociaciones que no pertenezcan a la clase indígena, serán decididas por la autoridad judicial ordinaria.

Los cabildos indígenas no cuentan con personería jurídica propia, por esta razón, los mismos no tienen capacidad legal para obligarse contractualmente, a menos que estén constituidos como asociaciones de cabildos, situación ante la cual la ley sí reconoce a dicha asociación personalidad jurídica.

El Consejo de Estado al referirse a la capacidad contractual de los cabildos indígenas señaló que:

“La Ley no ha concedido capacidad contractual a los Cabildos Indígenas y por lo mismo ni los gobernadores de éstos, ni los cabildantes, están habilitados para celebrar ningún tipo de contrato...(...)”.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

“(…) El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas - que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. (...)”.

Es así como, en lo que concierne a las leyes de orden nacional que rigen el contrato de sociedad, se tiene que el artículo 100 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1º de la Ley 222 de 1995, dispone que “Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles (...)”, mientras que el artículo 1º del Código de Comercio señala que “Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

De lo expuesto, se colige que la participación en una sociedad comercial, en calidad de socio, supone acatar la normatividad que rige tanto su constitución, como el posterior devenir societario, así como sus estatutos, que son ley para las partes y que incluyen lo relativo al sometimiento de las discrepancias surgidas con ocasión del contrato social a la justicia arbitral o a la ordinaria.

Como se explicó, un cabildo indígena carece de capacidad legal para participar como asociado en un contrato de sociedad.

PRIMERO: El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia le confiere facultades jurisdiccionales excepcionales a la Superintendencia de Sociedades, dentro de las cuales se encuentra la resolución de conflictos societarios.

SEGUNDO: En virtud del artículo 24, numeral 5, literal b), del Código General del Proceso, la Superin-

tendencia de Sociedades a través de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, puede examinar la conducta de los Administradores de una sociedad a la luz de los deberes previstos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y conforme al artículo 25 ídem, la acción social en contra de los administradores puede ser ejercida por la sociedad a través de su máximo órgano social o por cualquier socio cuando la sociedad no lo haga.

TERCERO: En virtud del artículo 24, numeral 5, literal d), del Código General del Proceso, la Superintendencia de Sociedades, en virtud de sus funciones jurisdiccionales, puede desestimar la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, es decir levantar el velo corporativo que cobija a los socios y eliminar los efectos de la limitación de la responsabilidad de los mismos, pudiendo declarar la responsabilidad solidaria por las obligaciones surgidas en actos realizados tanto por los socios como por los administradores o en los que hayan participado o facilitado, así como conocer la acción indemnizatoria a que haya lugar (Artículo 5 del Decreto 1925 de 2009).

En cuanto al ejercicio por parte de los socios de facultades jurisdiccionales que la ley únicamente reconoce respecto de las autoridades judiciales, como se mencionó en las consideraciones previas, esta Oficina considera que dicha conducta, adicionalmente a sus efectos nugatorios, podría considerarse una conducta abusiva.

Conforme lo establece el artículo 2488 del Código Civil, el patrimonio del deudor es prenda general de sus acreedores. En tratándose de sociedades comerciales, su capital, el cual hace parte del patrimonio social, se conforma con los aportes de los asociados, quedando así éstos afectos a garantizar el pago de las obligaciones societarias.

En razón de tal situación, los asociados no podrán retirar su aporte inicial sino en los eventos contemplados en la ley, en los cuales se garantiza que, pese a la disminución del capital como resultado de la devolución del aporte al asociado, no se arriesga el pago de los acreedores societarios externos. Esta situación comportará una reforma estatutaria en la que, eventualmente, deba mediar autorización de esta Superintendencia.

Así, resulta claro que, en ningún caso, los socios de una compañía cuentan con facultad legal, que tampoco puede establecerse estatutariamente, para asumir por cuenta propia y de forma directa, sin la observancia de las normas legales, las gestiones tendientes a recuperar sus aportes sociales.

En lo que corresponde a los cabildos indígenas, como se expuso en las consideraciones previas, sus facultades están limitadas a las contempladas en el Artículo 7º de la Ley 89 de 1890 que, en forma alguna, superan el alcance de la jurisdicción especial indíge-

na, sometida en virtud del artículo 246 de la Constitución Nacional a ésta y a las leyes de la República.

INFORMACIÓN AQUÍ:



OFICIO 220-097650 DEL 24 DE JUNIO DE 2020

DOCTRINA:

FACTORING SOBRE TÍTULOS VALORES FRENTE AL PROCESO DE REORGANIZACIÓN DEL ENDOSANTE

PLANTEAMIENTO:

Se consulta acerca de los efectos de las operaciones de factoring celebradas sobre títulos valores por parte de una compañía cedente de los mismos que, previamente al vencimiento de algunos de estos títulos, es admitida a un proceso de reorganización en los términos de la Ley 1116 de 2006.

POSICIÓN DOCTRINAL:

En lo que respecta al factoring, el Decreto 2669 de 2012 compilado en el Decreto 1074 de 2015 considera tal actividad como: "(...) Aquella mediante la cual un factor adquiere, a título oneroso, derechos patrimoniales ciertos, de contenido crediticio, independientemente del título que los contenga o de su causa, tales como y sin limitarse a ellos: facturas de venta, pagarés, letras de cambio, bonos de prenda, sentencias ejecutoriadas y actas de conciliación, cuya transferencia se hará según la naturaleza de los derechos, por endoso, si se trata de títulos valores o mediante cesión en los demás casos. (...)"

La operación de factoring reviste dos modalidades, según el grado de responsabilidad del cedente frente a la obligación transferida, a que se refieren los numerales 5º y 6º del artículo 2.2.2.2. del citado Decreto 1074 de 2015, éstas son:

"(...) 5. FACTORING SIN RECURSO: Es la operación de factoring en la cual el factor asume el riesgo de la cobranza de los créditos que adquiere y libera al

cedente o al endosante, de toda responsabilidad patrimonial relacionada con la solvencia del deudor o del pagador cedido.

6. FACTORING CON RECURSO: Es la operación de factoring en la cual el factor no asume el riesgo de la cobranza de los créditos que se le transfieren y el cedente o el endosante, responden ante los posteriores adquirientes del título por la existencia y por el pago de las acreencias objeto de negociación...(...)"

En tratándose de títulos valores, como lo es la factura comercial, su transmisión habrá de efectuarse conforme a la ley de circulación respectiva y, dada su naturaleza y la autonomía de la obligación que acompaña a cada suscriptor, el cobro de la obligación que incorpora puede efectuarse en acción directa contra el aceptante, o de regreso contra cualquiera otro obligado.

Debido a esta circunstancia, su transferencia no implica que el cedente en un contrato de factoring se

desligue de su responsabilidad en el pago del derecho que el título contiene; sólo podrá liberarse de su obligación cambiaria quien al momento de endosar el título incluya la cláusula “sin mi responsabilidad”, u otra equivalente.

Veamos lo expresado sobre el particular por ésta Superintendencia en su “BOLETÍN INFORMATIVO CONTABLE DIRIGIDO A LAS COMPANÍAS DEDICADAS A LA COMPRA Y VENTA DE CARTERA AL DESCUENTO”, posición avalada por el Consejo Técnico de la Contaduría Pública en su Oficio 5020-2016-085 del 10 de marzo de 2016:

“(…) ii) Operaciones de factoring con recurso y su tratamiento contable. Una operación de factoring con recurso o “con responsabilidad”, se define como “Una operación de factoring en la cual el factor no asume el riesgo de la cobranza de los créditos que se le transfieren y el cedente o el endosante, responde ante los posteriores adquirentes del título por la existencia y por el pago de las acreencias objeto de negociación”.

Es así como en un contrato de compra de cartera al descuento con recurso, el cedente no puede dar de baja el activo financiero, ya que, a pesar de haberse generado la transferencia de los derechos a los flujos de efectivo derivados del activo financiero al factor, el cedente retuvo sustancialmente los riesgos inherentes al activo.

Expuesto lo anterior, a continuación, se dará respuesta a la consulta:

1. “Las operaciones de factoring , sobre títulos valores celebradas con anterioridad, al proceso de reorganización empresarial contenido en la Ley 1116 de 2006, y sobre las cuales la sociedad cedente (CLIENTE) de los títulos valores recibió el total del valor pactado como precio por la cesión de los mismos, ¿Puede registrar esas facturas como cuentas por cobrar (activos), y/o como cuenta por pagar (pasivos), cuando estos legalmente ya salieron de su patrimonio por efectos del contrato de factoring ?”

En criterio de esta Oficina, en tratándose de un factoring con recurso sobre títulos valores, pese al

endoso en propiedad de los mismos, la empresa o cedente retiene los riesgos y beneficios de los derechos de cobro por lo que, a pesar del endoso de los mismos a favor del factor, el cedente seguirá manteniendo sobre éstos y hasta su pago por parte del deudor, un eventual derecho de cobro comercial, sin desconocer el correlativo pasivo financiero por los recursos obtenidos del factor a quien, eventualmente, deberá pagarle la obligación. Esto, sin contar con que el factor continúe la cadena de endosos, evento con el cual se amplía para el cedente el espectro de acreedores.

En caso que el cedente en un contrato de con recurso sobre títulos valores sea admitido o convocado a un proceso de reorganización empresarial, así el se haya celebrado antes de tal admisión, si el vencimiento de los títulos se presenta una vez en curso el proceso de insolvencia, y por cuenta de la acción cambiaria de cobro en reversa le sea exigido el importe de los títulos al sujeto en insolvencia, dicho cobro aludirá a una obligación que se atenderá según dispone el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006.

2. “¿Existe algún tipo de responsabilidad penal o civil en contra del representante legal de la sociedad CLIENTE, que a sabiendas de la existencia del contrato de y del pago total del mismo, solicita que se abstengan de pagar esas facturas para que entren a formar como deudores dentro del proceso de reorganización y de esa forma recibir el doble del dinero de lo contenido en las facturas (lo pagado en el contrato de , más lo cobrado al deudor)?”

En virtud del endoso derivado del contrato de , el derecho de cobro de los títulos acompaña al factor, quien sólo podrá requerir su pago al cedente concurrido en el evento del impago del título por parte del deudor original. Es decir, la autonomía de las obligaciones surgidas por cada endoso surtido sobre un título valor no da lugar a que, en el caso expuesto, el endosante que adelanta un proceso de reorganización empresarial prive de su derecho de cobro al factor, ni a endosatarios posteriores tenedores del título.

INFORMACIÓN AQUÍ:





SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Más empresa, más empleo



Participants

- Stefan
- Viktor
- Aliz
- Victoria
- James
- Nathali
- Rosa

Chat


15:37:02 Stefan has joined the chat
 15:39:22 Viktor has joined the chat
 15:40:54 Aliz has joined the chat
 15:40:55 Viktor: Hello Everyone
 15:40:57 Victoria has joined the chat
 15:41:08 James has joined the chat
 15:41:09 Victoria: Hi, nice to see everybody
 15:42:15 Nathali has joined the chat
 15:42:23 Rosa has joined the chat
 15:42:32 Stefan: Great we can start now




@SSociedades



Superintendencia de Sociedades

 El futuro es de todos Gobierno de Colombia

 El progreso es de todos Mincomercio

En la Superintendencia de Sociedades trabajamos para contar con empresas competitivas, productivas y perdurables y así generar más empresa más empleo.

Entidad No.1 en el índice de transparencia de las entidades públicas ITEP

www.supersociedades.gov.co/webmaster@supersociedades.gov.co

Línea única de atención al ciudadano (57-1)2201000

Colombia



TR-C0117851



TR-C0117853



TR-C0117858



CS-CER279481



Certificado