



**LIBRO DE PRONUNCIAMIENTOS
ADMINISTRATIVOS VII
DERECHO SOCIETARIO**

LIBRO DE DE PRONUNCIAMIENTOS ADMINISTRATIVOS VII DERECHO SOCIETARIO

© Superintendencia de Sociedades

Billy Escobar Pérez
Superintendente de Sociedades

Autores:

Camilo Armando Franco Leguízamo
Superintendente Delegado de Supervisión Societaria (E)

Andrés Martín Gaitán Rozo
Director de Supervisión de Asuntos Especiales

Stephania Montes Peñaranda
Directora de Supervisión de Procedimientos Especiales

Eduardo Augusto Suárez Gordillo
Delegatura de Supervisión Societaria

Ena Lucía Sanz Muñoz
Delegatura de Supervisión Societaria

Edición:

Eduardo Augusto Suárez Gordillo
Delegatura de Supervisión Societaria

Ena Lucía Sanz Muñoz
Delegatura de Supervisión Societaria

Diseño:

Grupo de Comunicaciones

2024

RECONOCIMIENTO Y AGRADECIMIENTO

La Superintendencia de Sociedades reconoce y agradece la labor de los siguientes funcionarios que, con su dedicación, análisis, aprendizaje continuo, trabajo en equipo y conocimiento, participaron en la elaboración de los actos administrativos, cuyas síntesis, aquí se publican.

- Andrea Remolina Murillo
- Arley González Peláez
- Diana Marcela Mantilla Cupaban
- Elsa María López Roca
- Hadit Camelo Chacón
- Jennifer Paola Torres Molina
- John Gabriel Espinosa Gómez
- Jorge Fernando Latorre Puente
- Juan Carlos Peña Mendoza
- Martha Patricia Guijo Rodríguez
- Román Marcelo Rey Trujillo
- Stella Isabel Rodríguez Cortes
- Valentina Ramírez Gutiérrez
- Willian Fernando Garzón Ruiz

A ellos y a todos los funcionarios que aportan por la máxima calidad y eficiencia para el cumplimiento de nuestras funciones, nuestro reconocimiento y agradecimiento.

I. INTRODUCCIÓN

La Superintendencia de Sociedades, en el marco de su Política de Supervisión para la Delegatura de Supervisión Societaria¹, tiene como uno de sus objetivos, estructurado sobre el pilar de la prevención, realizar pedagogía enfocada en divulgar, reforzar, explicar y retroalimentar a sus supervisados, sobre las normas que les son aplicables, esto con el propósito de que redunden en el cumplimiento normativo, por un lado y por otro, la promoción y adopción de buenas prácticas empresariales.

Así mismo, en el marco de sus funciones de inspección, vigilancia y control, en los asuntos de su competencia, sobre los sujetos señalados en la ley, la Superintendencia de Sociedades adelanta importantes actuaciones encaminadas al cumplimiento de su propósito, a saber, la preservación del orden público económico, mediante actuaciones oportunas, preventivas y correctivas, ajustadas a la Constitución y la ley.

Congruentemente y fiel a los principios de publicidad y transparencia, la Superintendencia de Sociedades publica este libro, que contiene los pronunciamientos administrativos más relevantes adoptados en el año 2023, por las Direcciones y Grupos adscritos a la Delegatura de Supervisión Societaria, en materia de deberes de los administradores, situaciones de control y de grupo empresarial, así como fusiones.

Las anteriores, sin duda, constituyen importantes elementos de orientación para construir empresas responsables, transparentes y sostenibles, orientadas a una función social que involucra no solo los intereses de sus propietarios, sino también de la comunidad en general, por la importancia de las empresas para la economía, para la sociedad.

1 Circular Externa No. 100-000005 de 27 de octubre de 2023 (radicado 2023-01-861082).

CONTENIDO

1. DEBER DE ABSTENCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE PARTICIPAR EN ACTOS EN CONFLICTO DE INTERESES (DIFERENTES TIPOS DE CONFLICTO DE INTERESES).	6
1.1. Celebración de negocios jurídicos por parte de administradores con accionistas únicos o controlantes, con otras sociedades representadas legalmente por ellos y con parientes.	6
1.2. Conclusiones	9
2. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE ABSTENERSE DE CELEBRAR OPERACIONES EN CONFLICTO DE INTERESES (SOCIEDADES CON ACCIONISTA ÚNICO).	10
2.1. Conflicto de intereses en sociedades con accionista único.	10
2.2. Conclusiones	14
3. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE PAGAR EN LOS TÉRMINOS LEGALES Y ESTATUTARIOS, LOS DIVIDENDOS DECRETADOS POR EL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL	16
3.1. Aplicación del artículo 156 del Código de Comercio.	16
3.2. Conclusiones	18
4. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE DAR CUMPLIMIENTO ESTRICTO A LAS DISPOSICIONES LEGALES	18
4.1. Los administradores deben rendir cuentas en debida forma, colaborar con la revisoría fiscal y velar por el pago del capital social.	18
4.2. Conclusiones	21
5. DEBER DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE PRESENTAR SUS PROPIOS INFORMES DE GESTIÓN EN LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE FIN DE EJERCICIO.	22
5.2. Presentación del informe de gestión de la Junta Directiva en la reunión ordinaria del máximo órgano social.	22
5.2. Conclusiones	25
6. NO RECONOCIMIENTO DE UN HECHO ECONÓMICO DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL-CONTABILIDAD DESACTUALIZADA.	26
6.1. Deber de los administradores de llevar la contabilidad regular de los negocios de la sociedad que representan.	26
6.2. Conclusiones	28
7. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES ANTE SITUACIONES DE INSOLVENCIA ...	29
7.1. El representante legal debe convocar oportunamente al máximo órgano social ante la existencia de una cesación de pagos	29
7.2. Conclusiones	31
8. DEBER DE LOS LIQUIDADORES DE REALIZAR TODOS LOS ACTOS NECESARIOS TENDENTES A LA INMEDIATA LIQUIDACIÓN DEL ENTE SOCIAL.	31
8.1. Realización de operaciones ajenas a la liquidación por parte del liquidador.	31
8.2. Conclusiones	34
9. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE PRESENTAR UN INFORME ESPECIAL EN LOS CASOS DE GRUPO EMPRESARIAL.	35
9.1. Presentación del informe especial en caso de grupo empresarial.	35
9.2. Conclusiones	37
10. NO RECONOCIMIENTO DE UN HECHO ECONÓMICO EN LOS ESTADOS FINANCIEROS POR PARTE DE LA CONCEDENTE, REGISTRO MALLA VIAL.	38
10.1. Antecedentes	38
10.2. Conclusiones	43
11. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE RECONSTRUIR LA CONTABILIDAD EN EL PLAZO ESTABLECIDO POR LA LEY.	43
11.1. Reconstrucción de libros extraviados.	43
11.2. Conclusiones	45
12. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE TENER SOPORTES CONTABLES DE	

ACUERDO A LA LEY.....	46
12.1 Documentación de hechos económicos.....	46
12.2. Conclusiones.....	48
13. EFECTOS DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN PARA DESVIRTUAR UNA SITUACIÓN DE CONTROL	49
13.1..... Acuerdos de inversión para desvirtuar la existencia de una situación de control.....	49
13.2. Conclusión.....	50
14. VALIDEZ Y OPONIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS EN EL MARCO DE SITUACIONES DE CONTROL.	50
14.1. Conclusión.....	52
15. NUEVOS DESARROLLOS CONTROL CONJUNTO Y REQUISITOS DE UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN.	52
15.1 Control conjunto.....	52
15.2. Conclusión.....	54
16. ACREDITACIÓN DE LA UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN POR INTENSIDAD DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS ENTIDADES VINCULADAS EN ESQUEMAS DE CONTROL Y/O GRUPO EMPRESARIAL.	55
16.1 Respecto del control.....	55
16.2. Conclusiones.....	56
17. GRUPO EMPRESARIAL CON MATRIZ PERSONA NATURAL EXTRANJERA.	57
17.1 Conclusión.....	58
18. COEXISTENCIA DE DOS O MÁS GRUPOS EMPRESARIALES EN UN CONGLOMERADO.	58
18.1. Conclusión.....	58
19. RELACIÓN DE INTERCAMBIO EN EL MARCO DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS DE FUSIONES.	59
19.1. La fusión corresponde a una integración patrimonial, no simplemente de uno de los rubros que lo integran como lo es el capital.....	59
19.2. Conclusión.....	60

1. DEBER DE ABSTENCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE PARTICIPAR EN ACTOS EN CONFLICTO DE INTERESES (DIFERENTES TIPOS DE CONFLICTO DE INTERESES).²

1.1. CELEBRACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS POR PARTE DE ADMINISTRADORES CON ACCIONISTAS ÚNICOS O CONTROLANTES, CON OTRAS SOCIEDADES REPRESENTADAS LEGALMENTE POR ELLOS Y CON PARIENTES.

La Superintendencia de Sociedades, tras adelantar el correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio, impuso una multa al representante legal de una Sociedad (A), al constatar que participó en actos en conflicto de intereses, sin previa autorización de la asamblea general de accionistas, conforme a lo previsto en la ley, teniendo en cuenta que, realizó negocios jurídicos con diversas personas, entre las cuales se encontraban: a) una universidad, en la cual tenía simultáneamente la calidad de representante legal; b) otra sociedad (B), de la cual era también a su vez y simultáneamente representante legal y accionista único; c) unos de sus parientes, dentro de los cuales se encontraban su nieta, hijos y esposa y d) consigo mismo.

Esto, considerando que, en los negocios jurídicos celebrados existían intereses contrapuestos, a saber, el de la sociedad (A), por un lado, representada por su administrador y, por otra parte, las personas mencionadas, con base en lo cual, la Superintendencia expuso los diferentes tipos de conflicto de intereses en los que incurrió el administrador, según se procede a reseñar.

En ese sentido, a propósito de la acepción de conflicto de intereses, la Superintendencia recordó que, aunque no hay una definición legal, la Circular Básica Jurídica 100-000008 de julio de 2022 ha definido dicha situación así:

“Existe conflicto de intereses cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses; por una parte, el que se encuentra en cabeza del administrador o un tercero y, por la otra, el interés de la sociedad.

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

² Resolución 301-007728 del 1 de junio de 2023 (Radicación 2023-01-495031).

Precisamente, basándose en esa definición, la entidad, en sede administrativa y jurisdiccional, ha ilustrado algunos eventos en los cuales se configura un conflicto de intereses, tales como:

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

“Lo anterior es así, por cuanto el administrador potencialmente verá afectado su juicio objetivo considerando que a) tiene un potencial interés en el patrimonio de sus parientes o en el de su cónyuge o compañera permanente, ante la vocación sucesoral del administrador o la potencial liquidación de una sociedad conyugal o patrimonial y, b) los lazos afectivos que se presentan entre las personas vinculadas de esta forma”.

b) Cuando dos compañías contratan entre sí, y el administrador está obligado a velar por los intereses de ambas compañías (porque representa legalmente los intereses de las 2 sociedades), debido a que en estos casos es difícil satisfacer 2 intereses diferentes simultáneamente y;

c) Cuando el administrador de una sociedad hace operaciones con el accionista único o controlante de la misma sociedad, pues en estos casos se puede nublar el juicio objetivo del administrador y propender por los intereses del controlante, evento éste que se intensifica si la calidad de administrador se confunde a su vez con el de accionista único o controlante, ya que todos los roles están concentrados en una misma persona

Al respecto, la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Sociedades, mediante Oficio 220-178947 del 30 de diciembre de 2013, indicó lo siguiente:

“Cuando un administrador va a celebrar una operación en conflicto de intereses con un accionista único o controlante, es necesario que acuda a la asamblea de accionistas, pues la competencia de la asamblea como órgano social no desaparece por el hecho de que exista accionista único o controlante. El pronunciamiento formal de este órgano es indispensable para separar los actos de la sociedad de los actos de sus administradores y de su controlante, en beneficio de la sociedad y de los terceros interesados”.

De igual manera la jurisprudencia de esta entidad ha sostenido lo siguiente sobre el particular:

“Las normas que regulan los conflictos de interés en el ámbito societario revisten vital importancia para el ordenamiento económico. En la doctrina comparada suele

explicarse que la distracción de recursos sociales mediante la celebración de operaciones con vinculados es el principal mecanismo de expropiación de accionistas. Para entender cuál es el sustento de esta afirmación, puede pensarse en la suscripción de un contrato de compraventa entre una compañía y su accionista mayoritario. En este caso, el controlante podrá, por virtud de su influencia sobre la gestión de la compañía, incidir en la determinación de las condiciones del negocio jurídico propuesto. Esta potestad le permitirá, si así se lo propone, fijar en el contrato un precio que incremente su patrimonio personal, en detrimento de la sociedad”³.

Continuando con lo anterior, para los administradores de todos los tipos societarios, aplica el deber de abstenerse de participar en operaciones en conflicto de intereses, inclusive en Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.), en las que coincide el administrador con el único accionista, ya que el legislador no estableció en la Ley 1258 de 2008 ni en la Ley 222 de 1995 excepciones en ese sentido.

“Precisamente, el administrador y accionista único de una SAS, al no estar exento de dar cumplimiento a las normas y deberes antes descritos, debe siempre propender por darle prioridad al interés de la sociedad, al desarrollo de su objeto social, a la conservación de su patrimonio y activos, pues es de recalcar que esos bienes son prenda general de los acreedores, de manera que, cualquier actuación encaminada a favorecer un interés ajeno al de la sociedad, como lo sería uno propio o el de algún pariente, amigo o sociedad a la que pueda pertenecer algunas de esas personas, implicaría no solo un acto en conflictos de intereses sino un riesgo económico para la persona jurídica que se representa y se es dueño.

Aunado a lo anterior, el legislador estableció en el artículo 98 del Código de Comercio que la sociedad, una vez constituida, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, de manera que, toda compañía está dotada de vida propia y de órganos especialmente adecuados para su actuación en el mundo exterior, lo que implica para sus administradores velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales”.

Precisamente, sobre el particular, vale la pena citar lo que ha dicho la doctrina, a saber:

“En contraste, si la sociedad tiene un único accionista, con el cual se planea realizar una transacción, no debería exigirse ninguna autorización, ni de junta directiva ni de asamblea (teniendo en cuenta que si tal trámite se exige y no se cumple, y si pos-

3 Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Sentencia 800-000029 del 14 de mayo de 2014. Proceso 2013-801-076.

*teriormente la sociedad llega a tener más de un socio, uno de los nuevos accionistas podría demandar la nulidad absoluta de tal transacción, algo que va contra toda lógica jurídica y económica). **Lamentablemente, la ley colombiana actual no plantea una excepción para este caso y, por lo tanto y a pesar de su clara inutilidad, la mencionada autorización también es necesaria**⁴.*

En esa medida, aquellos administradores que tengan a su vez la calidad de accionistas únicos o controlantes de la sociedad, tienen un deber de diligencia más estricto, ya que deben separar esos roles, propendiendo siempre por los intereses y patrimonio de la sociedad.

Ante un evento de esos, si el administrador quisiera ejecutar un acto que posiblemente implica un conflicto de intereses, deberá ponerlo de presente al máximo órgano social o los designados para tal fin, de manera que, quede constancia de ese hecho y la respectiva autorización mediante acta, según lo establece el parágrafo del artículo 22 de la Ley 1258 de 2008.

1.2 CONCLUSIONES

- Es deber de los administradores abstenerse de incurrir en actos que configuren conflicto de intereses, entre esos, celebrar negocios jurídicos con el accionista único o controlante, máxime si dicha calidad confluye en el mismo administrador.
- Celebrar negocios jurídicos en calidad de representante legal de una sociedad con otras compañías en las cuales también ostenta esa calidad, es un hecho generador de conflicto de intereses, toda vez que no se pueden satisfacer 2 intereses diferentes de manera simultánea.
- Realizar negocios jurídicos en calidad de administrador de una sociedad con parientes, también puede considerarse un acto en conflicto de intereses, ya que se estaría perdiendo de vista el interés representado, es decir, el de la sociedad, en aras de propender por el patrimonio de sus allegados.
- Los actos en conflicto de intereses no están prohibidos por ley en Colombia, sin embargo, para poder realizarlos se debe solicitar autorización previa y expresa del máximo órgano social conforme a lo dispuesto en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222

4 Gaviria, J. A. (2017). Una crítica al régimen sobre conflictos de intereses en el derecho societario colombiano: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5029/6855>

de 1995, en concordancia con el artículo 2° del Decreto 1925 de 2009 (compilado en el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015).

2. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE ABSTENERSE DE CELEBRAR OPERACIONES EN CONFLICTO DE INTERESES (SOCIEDADES CON ACCIONISTA ÚNICO).⁵

2.1. CONFLICTO DE INTERESES EN SOCIEDADES CON ACCIONISTA ÚNICO..

La Superintendencia de Sociedades formuló un cargo al administrador de una sociedad con accionista único, por la celebración de operaciones en conflicto de intereses, en contravención de lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, según el cual es deber de todo administrador:

“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.”

Lo anterior, en concordancia con lo previsto por el Decreto 1925 de 2009 (compilado por el Decreto 1074 de 2015), así:

“ARTÍCULO 2.2.2.3.2. 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.

5 Resolución 301-007727 del 1° de junio de 2023. (2023-01-495024)

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 el caso puntual, el administrador de una S.A.S., que a su vez era el único accionista de la sociedad, celebró préstamos de dinero a una universidad en la que, además de rector era su representante legal; préstamos de dinero a una sociedad en la que la su representada era accionista; préstamos de dinero a una sociedad en la que el representante legal y accionista único era igualmente representante legal y accionista y préstamos de dinero a su favor, como persona natural.

Sobre el particular, el acto administrativo comenzó por recordar que, aun cuando la Ley 222 de 1995 no define expresamente qué debe entenderse por conflicto de intereses, en Colombia se ha afirmado jurisprudencialmente, doctrinalmente y en los pronunciamientos administrativos que:

“Existe conflicto de intereses cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses; por una parte, el que se encuentra en cabeza del administrador o un tercero y, por la otra, el interés de la sociedad.

*En este mismo sentido, se considera que existe un conflicto de intereses si el administrador cuenta con un interés que pueda nublar su juicio objetivo en el curso de una operación determinada, así como cuando se presenten circunstancias que configuren un verdadero riesgo de que el discernimiento del administrador se vea comprometido”.*⁶

Posteriormente, se citaron eventos que la entidad ha considerado conflictos de intereses, en sede jurisdiccional y administrativa, así:

i) Cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación; **ii)** cuando el administrador está obligado a velar por los intereses de dos compañías que contratan entre sí, y **iii)** cuando el administrador de una sociedad hace operaciones con el accionista controlante de esa sociedad, así como también cuando celebra negocios con sociedades controladas por la misma persona.

En relación con este último evento se citó el Oficio de esta entidad 220-178947 del 30 de diciembre de 2013, según el cual: ***“Cuando un administrador va a celebrar una operación en conflicto de intereses con un accionista único o controlante, es necesario que acuda a la asamblea de accionistas, pues la competencia de la asamblea como órgano social no desaparece por el hecho de que exista accionista único o controlan-***

⁶ Superintendencia de Sociedades. Circular Básica Jurídica. Circular Externa 100-000008 de julio de 2022.

te. El pronunciamiento formal de este órgano es indispensable para separar los actos de la sociedad de los actos de sus administradores y de su controlante, en beneficio de la sociedad y de los terceros interesados”, así como la jurisprudencia de la misma superintendencia en la que se sostuvo: “Las normas que regulan los conflictos de interés en el ámbito societario revisten vital importancia para el ordenamiento económico. En la doctrina comparada suele explicarse que la distracción de recursos sociales mediante la celebración de operaciones con vinculados es el principal mecanismo de expropiación de accionistas. Para entender cuál es el sustento de esta afirmación, puede pensarse en la suscripción de un contrato de compraventa entre una compañía y su accionista mayoritario. En este caso, el controlante podrá, por virtud de su influencia sobre la gestión de la compañía, incidir en la determinación de las condiciones del negocio jurídico propuesto. Esta potestad le permitirá, si así se lo propone, fijar en el contrato un precio que incremente su patrimonio personal, en detrimento de la sociedad”⁷.

Ahora bien, en la decisión de fondo, proferida tras agotarse todo el sancionatorio, se estableció que el procedimiento previo de revelación y autorización de las operaciones en conflicto de intereses aplica para los administradores de todos los tipos societarios, **inclusive en Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) en las que coincide el administrador con el único accionista**, ya que el legislador no estableció excepciones en la Ley 1258 de 2008, ni en la Ley 222 de 1995.

“Precisamente, el administrador y accionista único de una SAS, al no estar exento de dar cumplimiento a las normas y deberes antes descritos, debe siempre propender por darle prioridad al interés de la sociedad, al desarrollo de su objeto social, a la conservación de su patrimonio y activos, pues es de recalcar que esos bienes son prenda general de los acreedores, de manera que, cualquier actuación encaminada a favorecer un interés ajeno al de la sociedad, como lo sería uno propio o el de algún pariente, amigo o sociedad a la que puedan pertenecer algunas de esas personas, implicaría no solo un acto en conflicto de intereses sino un riesgo económico para la persona jurídica que se representa y se es dueño.”

Se determinó que el principio establecido por el artículo 98 del Código de Comercio⁸, según el cual, la sociedad, una vez constituida, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, cobra relevancia cuando las figuras de admi-

7 Superintendencia de Sociedades. Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Sentencia 800-000029 del 14 de mayo de 2014. Proceso No. 2013-801-076.

8 **ARTÍCULO 98.** *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.*

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

nistrador y de accionista único se confunden en una persona, quien debe prestar especial atención en la separación de roles, cada uno de los cuales con sus propios deberes y derechos, pues el juicio objetivo como administrador puede verse fácilmente nublado, dada la confluencia de intereses en cabeza suya, los de la sociedad y los del accionista.

Se concluyó así que, en las sociedades con accionista único, quien a la vez ostenta la calidad de administrador, si este quisiera ejecutar un acto que posiblemente implica un conflicto de intereses, deberá ponerlo de presente a la asamblea general de accionistas⁹, de manera que, como asociado único deje constancia de ese hecho y la respectiva autorización mediante acta, según lo establece el parágrafo del artículo 22 de la Ley 1258 de 2008¹⁰.

Se recordó que las S.A.S tienen un régimen jurídico especial consagrado en la Ley 1258 de 2008, sujeto a las siguientes reglas (art. 45):

*“En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, **en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio.**”*

El acto administrativo reitera doctrina y jurisprudencia de la entidad referente a que la autorización de que trata el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, debe ser previa, expresa y provenir del máximo órgano social, y que la misma debe ser consecuencia del agotamiento del trámite previsto en la ley; así, el administrador:

“(i) “ordenará la convocatoria o convocará a la Asamblea General o Junta de Socios, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para la actividad que le representa conflicto de interés o competencia con la sociedad”; (ii) “Durante la reunión de la Asamblea o Junta de Socios, el administrador suministrará toda la infor-

9 En cumplimiento del numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995.

10 **“ARTÍCULO 22. QUÓRUM Y MAYORÍAS EN LA ASAMBLEA DE ACCIONISTAS.** *Salvo estipulación en contrario, la asamblea deliberará con uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas.*

Las determinaciones se adoptarán mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones presentes, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior para algunas o todas las decisiones.

PARÁGRAFO. *En las sociedades con accionista único las determinaciones que le correspondan a la asamblea serán adoptadas por aquel. En estos casos, el accionista dejará constancia de tales determinaciones en actas debidamente asentadas en el libro correspondiente de la sociedad”.*

mación que sea relevante para la toma de la decisión” y; (iii) “De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio”.¹¹

Específicamente, en lo que respecta a la convocatoria, se indicó que “...*amén de las particularidades propias de las SAS, cuando el administrador sea a la vez accionista único, el requisito de convocatoria no es exigible en estricto sentido o en sentido formal, en el entendido de que sería la misma persona la convocante y convocada*” y, respecto de la exigencia de excluir el voto del administrador si fuere socio, se aclaró que el tema está asociado al ejercicio de un derecho político y no al cumplimiento de los deberes de los administradores y que resulta aplicable la interpretación que la entidad ha dado a casos análogos.

Por ejemplo, en el caso de la prohibición consagrada en el artículo 185 del Código de Comercio, para los casos en que todos los asociados ostentan la calidad de administradores, en cuanto se ha dicho que¹² a la hora de votar los estados financieros del ejercicio respectivo *“se entenderá que está dada implícitamente la correspondiente aprobación en la medida en que no haya objeción de parte de ninguno de los socios, pues el hecho de que por ser administradores estén inhabilitados para aprobar de manera expresa los respectivos estados financieros, no les impide formular reparos u objeciones, los que de presentarse habrán de ser atendidas por los restantes administradores a quienes corresponda, pues no hay que perder de vista que en todo caso es función privativa e indelegable del máximo órgano social, examinar, aprobar o improbar los balances y las cuentas que deban rendir los administradores de acuerdo con el numeral 2, artículo 187 del Código citado, atribución de la que gozan individualmente todos los socios (Doctrinas y Conceptos Jurídicos- Superintendencia de Sociedades, páginas 60 y 61)”*.

Así, se concluyó que: *“...ante el denotado trámite del art. 23 de la Ley 222 de 1995, la persona que funge como administrador y accionista único cumple con sus deberes legales al dejar constancia, previa y en acta del máximo órgano social, de toda la información relevante, ya sea en los casos que impliquen actividades en competencia o actos en conflicto de intereses”*.

2.2. CONCLUSIONES

- La ley no contempla excepción a la obligación del administrador de toda sociedad, de abstenerse de participar en operaciones en conflicto de intereses, a menos que se haya adelantado el procedimiento legalmente establecido, ni siquiera en los casos en

11 Superintendencia de Sociedades. Pronunciamentos administrativos III. Pág. 13.

12 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-39033 del 8 de mayo de 1999.

los que la sociedad cuente con un accionista único y que este, a su vez, funja como su representante legal.

- Las normas que regulan el conflicto de intereses son imperativas, razón por la cual a los administradores no les asiste grado alguno de discrecionalidad para su cumplimiento.

- En cuanto al procedimiento legal de revelación y autorización de la respectiva operación en conflicto, no es dable concluir que la incompatibilidad del administrador en conflicto de votar la operación, implique una excepción al procedimiento, en los eventos de accionista único que funge como administrador.

- Consecuentemente con lo dicho, frente a la prohibición contenida en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en virtud de la cual los administradores están impedidos para votar en la determinación consistente en autorizar la operación en conflicto de intereses, en el evento en que el administrador sea también accionista único de la sociedad, es dable concluir que la autorización se otorgó implícitamente, reiterando que la función de autorizar las operaciones en conflicto de intereses, es privativa e indelegable del máximo órgano social.

- Tratándose de la S.A.S en la que exista coincidencia entre su administrador y el titular de la totalidad de la participación accionaria, si bien no es exigible una convocatoria a la asamblea de accionistas en estricto sentido o en sentido formal, sí lo es que el administrador debe cumplir con el deber de revelar la información relevante, relacionada con la operación y las razones que constituyan la existencia del conflicto de intereses y que, para tales efectos, en su condición de accionista único deberá dejar constancia de lo pertinente mediante las respectivas actas conforme al parágrafo del artículo 17 de la Ley 1258 de 2008, en concordancia con el artículo 189 del Código de Comercio.

- Siguiendo el postulado legal del art. 189 del Código de Comercio, norma que estableció una presunción, según la cual los administradores no pueden demostrar hechos que no consten en actas, la prueba idónea para demostrar la decisión del máximo órgano social en torno al conflicto de intereses o de competencia que le fuere revelado, es el acta aprobada por el mismo órgano o por los designados para tal fin (aun en los casos de accionista único o de identidad entre este y la persona que administra el ente empresarial).

- El deber de revelación del conflicto de intereses se ajusta a la transparencia que, en el régimen jurídico colombiano se espera de los administradores en el cumplimiento

sus deberes, como sucede, por ejemplo, tratándose de la información de la que deben dar cuenta en sus informes de gestión y en los balances de la Sociedad.

- El propósito del legislador no se circunscribe a la protección del interés de los socios individualmente considerados, pues de por medio está el del propio ente empresarial; tan es así, que las actividades o los actos en conflicto de intereses no pueden ejecutarse o autorizarse cuando perjudiquen los intereses de la sociedad.

- Es claro que *“la competencia de la asamblea como órgano social no desaparece por el hecho de que exista accionista único o controlante. El pronunciamiento formal de este órgano es indispensable para separar los actos de la sociedad de los actos de sus administradores y de su controlante, en beneficio de la sociedad y de los terceros interesados”*¹³.

- Finalmente, se precisa que *el grado de diligencia o prudencia en el cumplimiento de un deber no constituye causal exonerativa de responsabilidad, sino un criterio a considerar, entre otros, en el ejercicio de dosimetría sancionatoria (art. 50,1 del CPACA); lo que se predica de algunos argumentos de los descargos, como el consistente en que no se causó un daño a los intereses del accionista único.*

3. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE PAGAR EN LOS TÉRMINOS LEGALES Y ESTATUTARIOS, LOS DIVIDENDOS DECRETADOS POR EL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL¹⁴.

3.1. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 156 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

La Superintendencia de Sociedades, tras adelantar el correspondiente procedimiento administrativo, sancionó a un representante legal, debido a que no pagó oportunamente los dividendos aprobados por el máximo órgano social, según lo establece el artículo 156 del Código de Comercio y los estatutos sociales, es decir, dentro del año siguiente en que se aprobó la distribución de utilidades.

Como antecedente del caso, el máximo órgano social, en el año 2017, aprobó de manera unánime distribuir utilidades, sin embargo, en la reunión del año 2018, un grupo de accionistas quejosos manifestó que había pasado más de un año y no se había recibido el pago correspondiente de los dividendos. A raíz de lo anterior, el representante legal propuso, debido a la falta de liquidez de la empresa, que las utilidades decretadas en el

13 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-178947 del 30 de diciembre de 2019.

14 Resolución 301-001243 del 27 de febrero de 2023 (Radicación 2023-01-102500).

año 2017 no se repartieran, lo cual no fue aprobado por el grupo de accionistas mencionado, que representaba el 50% del capital social.

Como contrapropuesta, el grupo de accionistas que se opuso, propuso a la asamblea de accionistas que las utilidades decretadas en el 2017 fueran pagadas en un 50%, sin embargo, dicha propuesta tampoco fue aprobada por el máximo órgano social.

En ese sentido, el administrador de la sociedad, dentro del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado en su contra, argumentó que no hizo un pago oportuno de las utilidades decretadas en el año 2017, debido a que el máximo órgano social no estableció un plazo para pagar las utilidades, había necesidad de flujo de caja y porque el grupo de accionistas quejosos, con su contrapropuesta, habían autorizado expresamente que se pagara sólo el 50% de las utilidades, de manera que el otro 50% se les podía pagar posteriormente.

Bajo ese contexto, la Superintendencia abordó las reglas que rigen el pago de las utilidades decretadas por el máximo órgano social y que todo administrador debe tener en cuenta, citando para el efecto el Oficio 220-43255 del 22 de agosto de 2002, a saber:

“ (...) las sumas por concepto de utilidades decretadas, hacen parte del pasivo externo, es decir que son créditos activos de cada uno de los socios individualmente considerados, que como tal están a cargo de la sociedad y su pago debe efectuarse en las épocas y según los términos que acuerde el máximo órgano social (...)”.

En ese sentido se recordó que, el artículo 156 del Código de Comercio, norma que adicionalmente estaba igualmente incorporada en lo sustancial dentro de los estatutos de la sociedad, estableció que el pago de dividendos debe hacerse dentro del año inmediatamente siguiente a la fecha en que se decreten por parte del máximo órgano social, motivo por el cual no podría el representante legal alegar que no se puede hacer el pago por la ausencia de un plazo fijado por la asamblea o junta de socios al momento de decretar su pago, pues uno de sus deberes es velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias.

Finalmente, la Superintendencia destacó que, si bien el grupo de accionistas quejosos estuvo de acuerdo con que el 50% de las utilidades decretadas en el año 2017 se mantuvieran como capital de trabajo, a fin de no afectar la liquidez de la empresa, ello no desestimaba la conducta infractora, por el contrario, la confirmaba, ya que no quedó constancia en el acta que el decreto de dividendos correspondiera al 50% de lo inicialmente aprobado, y, adicionalmente, *“los rubros respectivos no se cancelaron dentro del término establecido en las normas estatutarias citadas y en la ley.”*

3.2. CONCLUSIONES

- Una vez el máximo órgano social aprueba distribuir utilidades, se generan efectos jurídicos para la sociedad y los asociados, pues la primera queda obligada a pagar y los segundos tienen el derecho a recibir el pago de dividendos. Motivo por el cual, es deber de los administradores velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias.
- La aprobación de distribución de utilidades por parte del máximo órgano social, obliga al representante legal de pagarlas dentro del año siguiente en que fueron decretadas, a la luz del artículo 156 del Código de Comercio.
- El incumplimiento de los deberes a cargo de los administradores puede acarrear sanciones, sin perjuicio de cualquier otra acción frente a la cual ostenten legitimación los asociados y de resorte de la justicia ordinaria.

4. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE DAR CUMPLIMIENTO Estricto A LAS DISPOSICIONES LEGALES¹⁵.

4.1. LOS ADMINISTRADORES DEBEN RENDIR CUENTAS EN DEBIDA FORMA, COLABORAR CON LA REVISORÍA FISCAL Y VELAR POR EL PAGO DEL CAPITAL SOCIAL.

La Superintendencia de Sociedades, tras adelantar el correspondiente procedimiento administrativo, sancionó al representante legal de una sociedad por: i) no rendir cuentas en debida forma¹⁶; ii) no colaborar con la revisoría fiscal y; iii) no velar por el pago del capital social.

i) En lo que respecta al tema de rendición de cuentas, se tuvo como antecedente que el administrador no convocó oportunamente al máximo órgano social, de manera que éste no se pudo reunir dentro de las fechas estipuladas en los estatutos sociales, ni tampoco presentó el proyecto de distribución de utilidades y el informe de gestión en debida forma.

En lo que respecta a la rendición de cuentas, la Superintendencia resaltó que, además de los documentos e informaciones establecidos en los artículo 46 y 47 de la Ley 222 de 1995¹⁷, se debe presentar, por parte del administrador, la constancia de no haber

15 Resolución 301-002237 del 23 de marzo de 2023 (Radicación 2023-01-147723).

16 De acuerdo con lo establecido en el numeral 2° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, artículos 45, 46 y 47 de la Ley 222 de 1995 y el párrafo 2° del artículo 87 de la Ley 1676 de 2013

17 **“ARTICULO 47. INFORME DE GESTION.** El informe de gestión deberá contener una exposición fiel sobre la

obstaculizado la libre circulación de facturas, dado que así lo exige el parágrafo 2° del artículo 87 de la Ley 1676 de 2013 .

ii) En lo que se refiere al tema de no haber colaborado con el revisor fiscal, se destaca que, en el presente caso el representante legal omitió entregarle el libro de actas de la sociedad, impidiendo así que el revisor fiscal cumpliera sus funciones de auditoria para verificar el control interno, según la constancia que dejó por escrito en su Informe de Evaluación de Control Interno y en un acta de asamblea de junta de socios, documentos que fueron prueba fundamental para sancionar al representante legal, quien, por el contrario, no pudo probar el cumplimiento de su deber.

Precisamente, es deber del representante legal velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal, mediante el suministro de los documentos que sean necesarios para el cumplimiento de su función, la Superintendencia de Sociedades recordó que ello es de vital importancia dado que, de un lado es un deber expresamente establecido en el numeral 3 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y, de otro, porque el papel del revisor fiscal es fundamental para el adecuado funcionamiento de una sociedad.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-076/21, expuso:

“(...) la revisoría fiscal se desarrolla en dos facetas -fedataria y de fiscalización- que se ejercen en forma independiente y permanente respecto de la persona jurídica objeto de inspección y vigilancia. Estas funciones son expresión del alto grado de confianza que la sociedad y las autoridades depositan en los revisores fiscales, de quienes, en contraprestación, se espera la mayor diligencia en la ejecución de sus labores, habida cuenta del impacto y trascendencia de su gestión, a tal punto que el incumplimiento de sus deberes puede conllevar, no solo responsabilidad civil, sino también administrativa, disciplinaria y penal. Los revisores fiscales son garantes ante el Estado, la colectividad y los dueños de la empresa de la veracidad de las operaciones que certifican y de la legalidad de actuaciones que vigilan; y su función repercute en el aseguramiento del orden público económico nacional” .

evolución de los negocios y la situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad.

El informe deberá incluir igualmente indicaciones sobre: 1. Los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio.

2. La evolución previsible de la sociedad.

3. Las operaciones celebradas con los socios y con los administradores.

4. El estado de cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual y derechos de autor por parte de la sociedad.

El informe deberá ser aprobado por la mayoría de votos de quienes deban presentarlo. A él se adjuntarán las explicaciones o salvedades de quienes no lo compartieren.”

De igual manera y en esa misma línea, la Superintendencia de Sociedades, ha dicho lo siguiente:

“La Revisoría Fiscal desempeña un papel de especial importancia en la vida del país, a tal punto que una labor eficaz, independiente y objetiva, brinda confianza para la inversión, el ahorro, el crédito y en general contribuye al dinamismo y al desarrollo económico. Como órgano privado de fiscalización, la revisoría está estructurada con el ánimo de dar confianza a los propietarios de las empresas sobre el sometimiento de la administración a las normas legales y estatutarias, el aseguramiento de la información financiera, así como acerca de la salvaguarda y conservación de los activos sociales, amén de la conducta que ha de observar en procura de la razonabilidad de los estados financieros.

Las funciones del Revisor Fiscal debidamente ejercidas, por lo demás, protegen a los terceros que encuentran en el patrimonio del ente económico la prenda general de sus créditos, de manera que debe dar confianza sobre el manejo de los recursos del ahorro, de la inversión y en general del manejo justo y equitativo del aparato productivo del país.

La institución de la Revisoría Fiscal es un apoyo de vital importancia para las entidades que ejercen la inspección, vigilancia y/o control de las sociedades mercantiles; sus funciones le han sido asignadas por mandato legal, tales como las de velar por el cumplimiento de las leyes y acuerdos entre los particulares (Estatutos Sociales y decisiones de los Órganos de Administración), y dar fe pública, lo cual significa entre otros, que su atestación y firma hará presumir legalmente, salvo prueba en contrario, que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que los estatutarios. Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos han sido tomados fielmente de los libros y reflejan en forma razonable la correspondiente situación financiera en la fecha del balance (artículo 10º de la ley 43 de 1990) (...).”

iii) Finalmente, esta entidad recalcó que, en las sociedades de responsabilidad limitada debe pagarse el capital de forma inmediata de acuerdo con lo establecido en el artículo 354 del Código de Comercio, ya sea al momento de su constitución o al realizar algún aumento de éste.

En caso de quererse hacer un aumento de capital a través de la capitalización de utilidades, la Superintendencia de Sociedades enfatizó que ello es posible siempre y cuando éstas hayan sido decretadas por el máximo órgano social, previa aprobación del balance de fin de ejercicio, el cual debe ser real y fidedigno, y después de hechas las reservas legales, estatutarias u ocasionales.

Bajo ese panorama, le corresponde al representante legal velar porque todo aumento de capital con capitalización de utilidades se ajusté a la ley, situación que no aconteció en este caso, dado que el máximo órgano social decidió aprobar un aumento de capital pagable dentro del plazo de 10 años por medio de utilidades que obtuviera la sociedad en ese término.

Lo antedicho contraviene la ley, ya que, el pago del capital de las sociedades de responsabilidad limitada debe hacerse de manera inmediata y, porque se estaría realizando un aumento del capital social con base en unas utilidades futuras e inciertas que no han sido decretadas por el máximo órgano social con fundamento en estados financieros fidedignos.

4.2. CONCLUSIONES.

- Es deber del representante legal someter a aprobación del máximo órgano social el proyecto de distribución de utilidades y el informe de gestión, el cual debe contener: i) Una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad ; ii) los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio; iii) la evolución previsible de la sociedad; iv) las operaciones celebradas con los socios y con los administradores y; v) el estado de cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual y derechos de autor por parte de la sociedad.

- Adicionalmente, debe presentarse por la administración y la revisoría fiscal, la constancia sobre el cumplimiento de la obligación de no obstaculizar la libre circulación de las facturas.

- El representante legal debe velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal, proveyéndole los documentos que sean necesarios para el cumplimiento de su función.

- En las sociedades de responsabilidad limitada, el capital social debe ser pagado de manera inmediata, sea al momento de la constitución de la sociedad o cuando se decida aumentar el capital social, de manera que, si el máximo órgano social decide aumentarlo a través de utilidades decretadas, éstas deben existir previamente para hacer la respectiva capitalización. En esa medida, es responsabilidad del representante legal, advertirle el máximo órgano social que no es factible que se incremente el capital con utilidades futuras, inexistente, sin ser decretadas ni aprobadas bajo balances fidedignos, como lo exige la ley.

5. DEBER DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS DE PRESENTAR SUS PROPIOS INFORMES DE GESTIÓN EN LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE FIN DE EJERCICIO¹⁸.

5.2. PRESENTACIÓN DEL INFORME DE GESTIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA EN LA REUNIÓN ORDINARIA DEL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL.

La Superintendencia de Sociedades impuso multas a los miembros de la junta directiva de una sociedad, por no presentar el informe de gestión exigido a dicho órgano por el artículo 446 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 45 y 46 de la Ley 222 de 1995 y los respectivos artículos estatutarios, incumplimiento que a su vez se considera una violación al deber de conducta del numeral 2° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995¹⁹.

De conformidad con las normas mencionadas, los administradores de toda sociedad deben rendir cuentas de su gestión al final de cada ejercicio, lo cual incluye, entre otros documentos, e informes con las características de ley.

En efecto, la normatividad vigente señala:

“RENDICION DE CUENTAS. *Los administradores deberán rendir cuentas comprobadas de su gestión al final de cada ejercicio, dentro del mes siguiente a la fecha en la cual se retiren de su cargo y cuando se las exija el órgano que sea competente para ello. Para tal efecto presentarán los estados financieros que fueren pertinentes, **junto con un informe de gestión.**”²⁰ (Resaltado y subrayado fuera del texto)*

“RENDICIÓN DE CUENTAS AL FIN DE EJERCICIO. *Terminado cada ejercicio contable, en la oportunidad prevista en la ley o en los estatutos, los administradores deberán presentar a la asamblea o junta de socios para su aprobación o improbación, los siguientes documentos:*

1. Un informe de gestión.

18 Resolución 301-005765 del 13 de abril de 2023, radicación 2023-01-211213.

19 ARTICULO 23. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

(...)”

20 Artículo 45, Ley 222 de 1995.

2. Los estados financieros de propósito general, junto con sus notas, cortados a fin del respectivo ejercicio.
3. Un proyecto de distribución de las utilidades repartibles.

Así mismo presentarán los dictámenes sobre los estados financieros y los demás informes emitidos por el revisor fiscal o por contador público independiente.”²¹ (Resaltado y subrayado fuera del texto)

Ahora bien, en cuanto a las características del referido informe de gestión, ordena el artículo 47 de la Ley 222 de 1995 que “... debe contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación económica, administrativa y jurídica de la sociedad. Debe incluir indicaciones sobre:

1. Los acontecimientos importantes acaecidos después del ejercicio.
2. La evolución previsible de la sociedad.
3. Las operaciones celebradas con los socios y con los administradores.
4. El estado de cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual y derechos de autor por parte de la sociedad.

El informe deberá ser aprobado por la mayoría de votos de quienes deban presentarlo. A él se adjuntarán las explicaciones o salvedades de quienes no lo compartieren.”

De otro lado, para el caso específico de las juntas directivas, la ley ordena que el balance de cada ejercicio, se presente en la reunión ordinaria del máximo órgano social acompañado de los siguientes documentos: ²²

²¹ Ídem, artículo 46.

²² **ARTÍCULO 422.** *Las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio, para examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social.*

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.

Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión.”

“(…)

3) El informe de la junta directiva sobre la situación económica y financiera de la sociedad, que contendrá además de los datos contables y estadísticos pertinentes, los que a continuación se enumeran:

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 demás bienes, a título gratuito o a cualquier otro que pueda asimilarse a éste, efectuadas en favor de personas naturales o jurídicas;

d) Los gastos de propaganda y de relaciones públicas, discriminados unos y otros;

e) Los dineros u otros bienes que la sociedad posea en el exterior y las obligaciones en moneda extranjera, y

f) Las inversiones discriminadas de la compañía en otras sociedades, nacionales o extranjeras. (...)”²³

En el caso puntual objeto de sanción, se probó que la administración de la sociedad investigada, no solamente convocó y realizó las reuniones ordinarias de los años 2018 y 2019 por fuera del término legal y estatutario, sino que, en dichas reuniones, **la junta directiva omitió presentar su respectivo informe**, de acuerdo con el detalle y características establecidos por la norma citada previamente.

Se dijo entonces que, aun cuando la junta directiva estaba ejerciendo sus funciones durante los años 2018 y 2019, lo cierto es que no se probó que hubieren preparado, presentado y sometido a aprobación el informe que exige el artículo 446 del Código de

²³ Artículo 446 del Código de Comercio.

Comercio y los estatutos de la Sociedad y que, incluso, “..revisado el contenido del informe de gestión preparado por el gerente, debe afirmarse que no incluye ninguno de los elementos requeridos por el artículo 446 del Código de Comercio, por lo que no puede pensarse que los administradores hubieren presentado un informe conjunto para dar cumplimiento estricto a la ley.”

5.2. CONCLUSIONES

- El máximo órgano social de toda sociedad debe ser convocado por lo menos una vez al año, en la época fijada estatutariamente o dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio, para considerar las cuentas y balances del mismo.
- Dentro de los documentos que deben acompañar al balance del ejercicio, resalta el **informe de gestión de los administradores, y, para el caso de la junta directiva, un informe específico**, que debe contener, por lo menos, el detalle que fija la misma ley.
- Por lo anterior, no es aceptable que el informe de la junta directiva, de que trata el artículo 446 del Código de Comercio, pretenda equipararse al informe de gestión a que se refiere el artículo 47 de la Ley 222 de 1995, el cual también les obliga, como administradores que son del ente social, pero que, de la lectura de las normas se desprende claramente que se trata de un informe específico del órgano colegiado de administración.
- El incumplimiento del deber de rendición de cuentas del ejercicio ante el máximo órgano social, que puede darse precisamente por no presentar los informes que exige la ley o presentarlos incompletos, genera la respectiva responsabilidad en cabeza de cada administrador o miembro de junta directiva que ostente el cargo en el respectivo ejercicio, salvo que, de acuerdo con las reglas de responsabilidad previstas por la Ley 222 de 1995²⁴, haya dejado la constancia pertinente.

24 **ARTICULO 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.** El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 200. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

(..)”.

- Lo anterior, en la medida en que dicho incumplimiento, además de afectar los bienes jurídicos tutelados en las normas citadas, implica una conducta que dista de la diligencia del buen hombre de negocios, exigida legalmente a los administradores.

- *“... en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad. Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad”²⁵ .*

6.NO RECONOCIMIENTO DE UN HECHO ECONÓMICO DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL-CONTABILIDAD DESACTUALIZADA.²⁶

6.1. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE LLEVAR LA CONTABILIDAD REGULAR DE LOS NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD QUE REPRESENTAN.

La Superintendencia de Sociedades formuló un único cargo a un administrador de una sociedad, por cuanto la compañía que representaba no llevaba contabilidad de los negocios conforme a las prescripciones legales.

Lo anterior, con base en los numerales 3 y 4 del artículo 19 del Código de Comercio, según los cuales, es obligación de todos los comerciantes, llevar la contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales y, conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios y actividades. Adicionalmente, los artículos 50 y 51 del Código de Comercio, en su orden señalan que: *“La contabilidad (...) deberá suministrar (...) una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante...”* y que, de la misma, *“(...) harán parte todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros...”*

25 Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2006.

26 Resolución 2023-01-622638 del 3 de agosto de 2023

*Indica el acto administrativo que: “Desde la óptica contable **un ente lleva contabilidad regular de sus negocios, (...) cuando los hechos económicos realizados por el ente social:***

(i) Son debidamente documentados mediante soportes...

(ii) Son identificados, medidos, clasificados, reconocidos y registrados....

(iii) Son registrados cronológicamente de forma individual...

*Respecto a la contabilidad actualizada, esto es, que la contabilidad se lleva al día, indica: “...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 este sentido, a los administradores les asiste el deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales²⁷, dentro de las cuales está la de llevar contabilidad de los negocios, de manera que puedan prepararse estados financieros razonables²⁸, con cifras actualizadas, tomadas fielmente los libros de contabilidad²⁹, verificando las afirmaciones³⁰, reflejadas en ellos, de manera que pueda certificarlos³¹, conjuntamente con el contador.

Además, señala el citado acto administrativo:

*“...la irregularidad contable debe concebirse como la desviación de la realidad 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.”*

²⁷ Ley 222 de 1995, artículo 23 numeral 2°

²⁸ Ley 222 de 1995, artículo 34. Decreto 2420 de 2015, Anexo 2, Grupo 2.

²⁹ Decreto 2649 de 1993, artículo 125.

³⁰ Decreto 2649 de 1993, artículo 57.

³¹ Ley 222 de 1995, artículo 37.

Por lo tanto, es el representante legal³² de la sociedad, inscrito en el registro mercantil, el responsable de la preparación y difusión de los estados financieros de la sociedad, con base en la contabilidad llevada según las prescripciones legales.

Para el caso, el hecho económico no reconocido, medido, ni registrado, se refiere a un contrato de compraventa de acciones suscrito entre xxxx y xxxxx, del cual no contabilizó el precio de compra de las acciones. *“Así mismo,. (...) La Sociedad (...) **tampoco reconoció, midió, ni registró el anticipo por \$xxxxxx, efectuado a la vendedora el xxxxxx, por la compra de las acciones. (...). En ese contexto, se corrobora que, la Sociedad, representada por la Investigada para la época de los hechos, debía haber reconocido, medido, registrado y revelado el hecho económico en su integridad, en el mes siguiente a su acontecimiento, de acuerdo a lo establecido legalmente, es decir, hasta el xxxxx, aspecto que, no se evidencia en ninguno de los documentos, soportes contables, aportados por la Sociedad...**”*

6.2. CONCLUSIONES.

- En virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los administradores son responsables de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales.
- Ante un hecho económico, los administradores están obligados a reconocerlo, medirlo, registrarlo y revelarlo en su integridad, en el mes siguiente a su acontecimiento, tal como lo establece el Decreto 2649 de 1999, artículo 56, asientos (vigente durante el 2019): *“Con fundamento en comprobantes debidamente soportados, los hechos económicos se deben registrar en libros, en idioma castellano, por el sistema de partida doble.*
- *Pueden registrarse varias operaciones homogéneas en forma global, siempre que su resumen no supere las operaciones de un mes. 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.**”*

32 Así lo ha mencionado la doctrina especializada, por ejemplo, Francisco Reyes Villamizar. Derecho Societario. Tercera Edición. Pg. 528, afirma: “Como es obvio, no se excluyen las demás sanciones por haberse transgredido la obligación de llevar contabilidad, para cuyo efecto se hace, además responsables a los administradores y al revisor fiscal, por los perjuicios que se causen por la falta de preparación o difusión de los estados financieros”.

- *Al no hacerlo, se entiende que la contabilidad no está al día, es decir, se encuentra desactualizada, advirtiendo que, como lo señala el artículo 48 del Código de Comercio: “Todo comerciante conformará su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros **en general, a las disposiciones de este Código y demás normas sobre la materia. Dichas normas podrán autorizar el uso de sistemas que, como la microfilmación, faciliten la guarda de su archivo y correspondencia. Así mismo será permitida la utilización de otros procedimientos de reconocido valor técnico-contable, con el fin de asentar sus operaciones, siempre que facilite el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios.**” (Negrilla fuera de texto).*

7. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES ANTE SITUACIONES DE INSOLVENCIA.

7.1. EL REPRESENTANTE LEGAL DEBE CONVOCAR OPORTUNAMENTE AL MÁXIMO ÓRGANO SOCIAL ANTE LA EXISTENCIA DE UNA CESACIÓN DE PAGOS³³.

La Superintendencia de Sociedades adelantó un procedimiento administrativo sancionatorio en contra del representante legal de una Sociedad por no actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios y no velar por el cumplimiento de la ley, por no convocar de inmediato al máximo órgano social para informarlos completamente de una situación de cesación de pagos, no abstenerse de iniciar nuevas operaciones y no denunciar ante el juez competente dicha situación, según lo establecen los artículos 224 y 19,5 del Código de Comercio, respectivamente, en concordancia con el artículo 23 y su numeral 2° de la Ley 222 de 1995.

En este caso, la entidad recordó que es deber de los administradores actuar de manera oportuna y cuidadosa en el ejercicio de sus funciones y, especialmente cuando la sociedad se encuentra en causal de insolvencia, dado que de por medio se encuentran los intereses de los asociados y terceros.

Por ende, le corresponde al representante legal, ante una situación de cesación de pagos: “(i) abstenerse de iniciar nuevas operaciones y (ii) convocar de **inmediato al máximo órgano social para informar a los asociados de manera completa y documentada dicha situación, a riesgo de responder solidariamente de los perjuicios que se causen a los socios o a terceros por la infracción de dicha norma**” y (iii) denunciar ante el juez competente la situación de insolvencia.

33 Resolución 301-009430 del 27 de julio de 2023 (Radicación 2023-01-606515)

En ese sentido, se citó lo que ha dicho la Superintendencia de Sociedades en sede jurisdiccional, en el siguiente sentido: “(...) *se ha señalado en la doctrina especializada que, “[c]uando una compañía se encuentra insolvente, o en estado de dudosa solvencia, o al borde de la insolvencia, y es el dinero de los acreedores el que está en riesgo, los administradores, en ejercicio de sus deberes frente a la sociedad, deben considerar los intereses de los acreedores como primordiales y tenerlos en cuenta al ejercer su discreción (...). Ahora bien, cuando la compañía atraviesa por una situación financiera difícil, de tal forma que el administrador conoce sobre la existencia de un riesgo de incumplimiento considerable, o le es posible prever una incapacidad de pago inminente, le resulta exigible a dicho funcionario un mayor grado de diligencia, destreza y transparencia al obligar a la sociedad con otros sujetos. De lo contrario, podría incurrir en una expropiación injustificada de los intereses económicos de estos últimos (expropriation of creditor value)”*³⁴ .

Igualmente, se recalcó que, a pesar de que el artículo 19 del Código de Comercio “*no establece un término específico para denunciar la cesación de pagos, (...) dicho mandato debe entenderse bajo los principios y deberes a cargo de los administradores, representantes de las sociedades comerciales, y quienes, a su vez, tienen la condición de comerciantes, motivo por el cual, deben actuar de manera oportuna y cuidadosa, observando y velando por el cumplimiento de las disposiciones legales*”.

En ese sentido se puso de presente lo que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia³⁵ ha dicho sobre el particular: “(...) *algunos regímenes nacionales imponen a los directores la obligación de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, que incluiría la reorganización o la liquidación, dentro de un plazo especificado (por lo general bastante corto, por ejemplo, de tres semanas) contado a partir de la fecha en que la empresa pasó a ser técnicamente insolvente. El incumplimiento de dicha obligación puede acarrear responsabilidad personal, total o parcial, por las pérdidas resultantes que afecten a la empresa o a sus acreedores y, en algunos casos, responsabilidad penal, si la empresa sigue operando.*”

Por lo anterior, esta entidad sancionó a al representante legal, pues su actuar fue negligente y no veló por proteger los intereses de la sociedad, de los asociados y terceros, según lo establecía la ley, ya que la sociedad venía con graves problemas de liquidez hace varios años. Lo anterior, se repite, porque el administrador no cumplió ninguno de los deberes señalados en la ley frente a la situación de insolvencia.

34 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 2020-800-000059 del 26 de julio de 2021.

35 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, 2da Edición, Viena, (2020), Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11276-s.pdf>

7.2. CONCLUSIONES.

- De acuerdo con el artículo 224 del Código de Comercio y el numeral 5° del artículo 19 del Código de Comercio, ante una situación de cesación de pagos, le corresponde al representante legal actuar diligentemente y en ese sentido convocar inmediatamente al máximo órgano social para informar detalladamente lo acontecido, así como también abstenerse de celebrar nuevas operaciones comerciales y denunciar ante el juez competente la existencia de una cesación de pagos.
- Aunque no existe un término legal para que el representante legal convoque al máximo órgano social, éste debe actuar oportunamente y dentro de un término razonable para informar los hechos que rodean la cesación de pagos.

8. DEBER DE LOS LIQUIDADORES DE REALIZAR TODOS LOS ACTOS NECESARIOS TENDENTES A LA INMEDIATA LIQUIDACIÓN DEL ENTE SOCIAL.³⁶

8.1. REALIZACIÓN DE OPERACIONES AJENAS A LA LIQUIDACIÓN POR PARTE DEL LIQUIDADOR.

La Superintendencia de Sociedades formuló un único cargo a un administrador de una sociedad, por cuanto a pesar de encontrarse en liquidación la compañía, realizó actos ajenos a la liquidación.

Lo anterior, con base en lo dispuesto por los artículos 222 y 238 del Código de Comercio, los cuales en su orden señalan: “*Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto. (...)*” y “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, los liquidadores procederán:*

1) A continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución;

36 Resolución 301-000676 del 3 de febrero de 2023. (2023-01-053475)

2) *A exigir la cuenta de su gestión a los administradores anteriores, o a cualquiera que haya manejado intereses de la sociedad, siempre que tales cuentas no hayan sido aprobadas de conformidad con la ley o el contrato social;*

3) *A cobrar los créditos activos de la sociedad, incluyendo los que correspondan a capital suscrito y no pagado en su integridad;*

4) *A obtener la restitución de los bienes sociales que estén en poder de los asociados o de terceros, a medida que se haga exigible su entrega, lo mismo que a restituir las cosas de que la sociedad no sea propietaria;*

5) *A vender los bienes sociales, cualesquiera que sean estos, con excepción de aquellos que por razón del contrato social o de disposición expresa de los asociados deban ser distribuidos en especie;*

6) *A llevar y custodiar los libros y correspondencia de la sociedad y velar por la integridad de su patrimonio.”*

En relación con estas disposiciones legales el acto administrativo citó jurisprudencia de la misma entidad según la cual: “... es viable que una sociedad en liquidación “perciba rendimientos económicos de los bienes sociales afectos a la masa liquidatoria, siempre y cuando, la operación no signifique desarrollo del objeto social y, [...] que las condiciones de la pretendida operación faciliten la recuperación del activo social en el momento en que sea requerido, a fin de que no interfiera con el curso normal del proceso liquidatorio”. En este sentido, una sociedad en estado de liquidación podría, de manera excepcional, celebrar contratos que dispongan de los bienes afectos a la masa liquidatoria, “con la finalidad de preservar la unidad económica, el valor de los mismos y la atención más oportuna de los bienes de la compañía, cumpliendo con tales actividades los propósitos exigidos en el artículo 222” del Código de Comercio.”³⁷

Se citó de igual forma doctrina de la misma superintendencia, según la cual: “Ahora bien, sin perjuicio de la restricción de la capacidad jurídica aludida, debe advertirse que, respecto del patrimonio como universalidad jurídica compuesta por activos y pasivos, una vez disuelta la sociedad, “ya no está al servicio de la empresa social, sino que asume la misión exclusiva de servir de prenda común de los acreedores. Esto significa que los bienes de la compañía deberán destinarse en primer término al pago de las obligaciones que la sociedad haya contraído con terceros, esto es, la cancelación del pasivo externo. Evidentemente, los fines de la liquidación no son otros que los de

37 Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-21, de 30 de marzo de 2017.

distribuir el patrimonio entre acreedores y socios para, posteriormente, extinguir el ente societario”. (...).³⁸

En el caso analizado, el liquidador constituyó hipoteca abierta sobre algunos inmuebles de la sociedad sin límite de cuantía, para garantizar créditos existentes y futuros con un acreedor, entre otras operaciones, como la constitución de CDT, patrimonios autónomos, fideicomisos de inversión y portafolios de inversión, todas posteriores a la entrada en liquidación.

La sanción impuesta, tras adelantarse todo el procedimiento administrativo sancionatorio, devino del hecho de que no logró probarse que tales operaciones pudieran considerarse actos para la conservación del patrimonio o para cubrir los gastos de mantenimiento de los bienes, como quiso justificarse y, lo más importante, que el liquidador hubiera desplegado las acciones que le correspondían para el cobro de las acreencias a favor de la sociedad.

Contrariamente, se encontró que, la cuenta nómina tuvo un incremento durante la liquidación de la sociedad, con motivo de una cuenta por pagar al liquidador, por honorarios y préstamos: *“Lo anterior, demuestra la falta de diligencia y cuidado en relación con el patrimonio social, que le sirve de excusa para obtener beneficios como préstamos a su favor, sin pago de intereses ni ningún beneficio para la Sociedad.”*

Ahora, en cuanto a la constitución de hipotecas para garantizar obligaciones futuras, se sostuvo que, de acuerdo con la doctrina reiterada de la entidad, dicha operación no puede considerarse una operación propia de la liquidación, así: *“... en todo caso, resulta extraño al proceso de liquidación voluntaria de una sociedad, la posibilidad planteada, que se concreta en suscribir un contrato de hipoteca sobre activos sociales, pues éstos como se observó, están destinados a ser vendidos y no a constituirse en garantía de obligaciones sociales; toda vez que el propósito de la liquidación, se reitera, es liquidar los bienes para pagar el pasivo externo y cumplida esta exigencia, el remanente distribuirlo entre los socios en proporción a su aporte, en dinero o en especie,*

38 Superintendencia de Sociedades, oficio 220-23044 del 15/05/2002

según que se hubiere acordado en el contrato, dentro de la cuenta final de liquidación. (Artículo 247³⁹ del Código de Comercio).”⁴⁰

Con relación a las inversiones realizadas por el liquidador, la entidad consideró: *“in-acceptable que se realicen inversiones en instrumentos financieros y no se atienda el pasivo de la Sociedad, que es la finalidad de la liquidación, atribuyendo la falta de diligencia del liquidador a la existencia de procesos en contra de la Sociedad y la imposibilidad de enajenar los bienes, cuando sobre este aspecto, los bienes pueden ser entregados a los acreedores internos como devolución de sus aportes y en la proporción que a cada uno corresponda y en relación con los procesos, debe constituirse la reserva pertinente tal como lo indican los artículos 247 y 248⁴¹ del Código de Comercio.”*

8.2. CONCLUSIONES.

- En virtud de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, el liquidador de la sociedad ostenta la calidad de administrador; concordantemente, el numeral 2 del artículo 23 de la misma ley, dispone que los administradores son responsables de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales.
- El régimen aplicable al proceso liquidatorio de la sociedad dispone que, en dicho estadio su capacidad se circunscribe **“únicamente”** a la realización de los **actos necesarios** para su inmediata **liquidación**.
- Del incumplimiento de tal preceptiva, la ley hace solidaria e ilimitadamente responsable, ante los asociados y terceros, al liquidador.

39 Código de Comercio. Artículo 247: Pagado el pasivo externo de la sociedad, se distribuirá el remanente de los activos sociales entre los asociados, conforme a lo estipulado en el contrato o a lo que ellos acuerden. La distribución se hará constar en acta en que se exprese el nombre de los asociados, el valor de su correspondiente interés social y la suma de dinero o los bienes que reciba cada uno a título de liquidación.

PARÁGRAFO. *Cuando se hagan adjudicaciones de bienes para cuya enajenación se exijan formalidades especiales en la ley, deberán cumplirse éstas por los liquidadores. Si la formalidad consiste en el otorgamiento de escritura pública, bastará que se eleve a escritura la parte pertinente del acta indicada.*

40 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-005842 del 29/01/2021

41 Código de Comercio. Artículo 248: La distribución o prorroto del remanente de los activos sociales entre los asociados se hará al tiempo para todos, si no se ha estipulado el reembolso preferencial de sus partes de interés, cuotas o acciones para algunos de ellos, caso en el cual sólo se dispondrá del remanente una vez hecho dicho reembolso.

Hecha la liquidación de lo que a cada asociado corresponda en los activos sociales, los liquidadores convocarán a la asamblea o a la junta de socios, para que aprueben las cuentas de los liquidadores y el acta de que trata el artículo anterior. Estas decisiones podrán adoptarse con el voto favorable de la mayoría de los asociados que concurren, cualquiera que sea el valor de las partes de interés, cuotas o acciones que representen en la sociedad.

Si hecha debidamente la convocatoria, no concurre ningún asociado, los liquidadores convocarán en la misma forma a una segunda reunión, para dentro de los diez días siguientes; si a dicha reunión tampoco concurre ninguno, se tendrán por aprobadas las cuentas de los liquidadores, las cuales no podrán ser posteriormente impugnadas.

- En este sentido, es un deber de todo liquidador realizar diligentemente los actos de cobro de las acreencias a favor de la sociedad, concomitante con los actos necesarios para cubrir el pasivo a cargo de la misma; y, los contratos que **excepcionalmente** debiera celebrar sobre los bienes sociales no podrán tener una finalidad distinta a la de la **mejor conservación** de tales bienes, con miras a su pronta realización.

- En términos de responsabilidad del liquidador, no basta con que el mismo se abstenga de realizar operaciones en desarrollo del objeto social, es su deber también abstenerse de realizar operaciones que no estén dirigidas a la liquidación de la Sociedad, tales como la constitución de una hipoteca abierta sin límite de cuantía sobre los bienes de la sociedad, inversiones en cuentas de inversión, CDT, préstamos, no cobro de la cartera a favor de la sociedad e incremento del pasivo a su cargo, entre otras.

9. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE PRESENTAR UN INFORME ESPECIAL EN LOS CASOS DE GRUPO EMPRESARIAL⁴².

9.1. PRESENTACIÓN DEL INFORME ESPECIAL EN CASO DE GRUPO EMPRESARIAL.

La Superintendencia de Sociedades impuso multa al administrador de una sociedad controlante, que a su vez forma parte de un grupo empresarial, por no presentar el informe especial a que hace referencia el artículo 29 de la Ley 222 de 1995⁴³.

De acuerdo con lo previsto por esta norma, en los casos de grupo empresarial, tanto los administradores de las sociedades controladas, como de la controlante, deben rendir

42 Resolución 301-012075 del 19 de octubre de 2023, radicación 2023-01-839147.

43 “Artículo 29. Informe especial. En los casos de grupo empresarial, 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.

Dicho informe, que se presentará en las fechas señaladas en los estatutos o la ley para las reuniones ordinarias, deberá dar cuenta, cuando menos, de los siguientes aspectos:

1. Las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio respectivo, de manera directa o indirecta, entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada.
2. Las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio respectivo, entre la sociedad controlada y otras entidades, por influencia o en interés de la controlante, así como las operaciones de mayor importancia concluidas durante el ejercicio respectivo, entre la sociedad controlante y otras entidades, en interés de la controlada, y
3. Las decisiones de mayor importancia que la sociedad controlada haya tomado o dejado de tomar por influencia o en interés de la sociedad controlante, así como las decisiones de mayor importancia que la sociedad controlante, haya tomado o dejado de tomar en interés de la sociedad controlada;

La Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, podrá en cualquier tiempo, a solicitud del interesado, constatar la veracidad del contenido del informe especial y si es del caso, adoptar las medidas que fueren pertinentes.”

ante el máximo órgano social, en las fechas fijadas en los estatutos sociales o en las reuniones ordinarias de dicho órgano, un informe especial que contenga, por lo menos, la información detallada por la misma norma.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha sostenido que: *“Este informe especial obedece a la implementación de una política de buen gobierno corporativo, encaminado a ordenar a la controlante revelar y comunicar a los diferentes sujetos de interés vinculados con el grupo de empresas, las decisiones adoptadas, los actos generados como consecuencia de esas decisiones y lo más importante el impacto de las decisiones en cada vinculadas, esa es la razón por la cual se determinan aspectos mínimos que debe contener dicho informe”*.⁴⁴

En el acto administrativo sancionatorio se recordó la doctrina de la entidad en cuanto al alcance y términos del referido informe especial, específicamente lo relativo a la expresión “intensidad” y competencia de la autoridad de supervisión, así:

“De la simple aplicación de reglas que anteceden, resulta claro que las expresión “intensidad”, utilizada por el legislador en el artículo 29 de la Ley 222 de 1995, no fue definida en un sentido técnico, lo que implica que se debe interpretar con su sentido común y natural, circunstancia que a juicio de este despacho, solo pueden determinar los destinatarios de la obligación, quienes habrán de efectuar las precisiones cuantitativas y cualitativas de las relaciones económicas existentes concluidas durante el ejercicio respectivo, vale decir, las relaciones económicas continuas y fluidas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada.

*En este mismo sentido, mal puede una autoridad de vigilancia definir la expresión operaciones y hacer la descripción cuantitativa y cualitativa de aquellas con mayor o menor importancia, o expresiones como el interés de la controlante, pues es apenas obvio que corresponde a los administradores de las entidades controlantes y controladas, sus filiales y subsidiarias que conforman cada grupo empresarial, de acuerdo con el modelo de negocios escogido y las circunstancias de orden particular en que se desarrollen las actividades, amén de los elementos de juicio objetivos, efectuar las relaciones a que haya lugar...”*⁴⁵

En el caso sancionado, el Investigado controla a la sociedad investigada y a otras sociedades con las cuales conforma un grupo empresarial debidamente inscrito ante el registro mercantil. A pesar de ello, en las asambleas generales ordinarias de accionistas

44 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-081666 del 26 de junio de 2013.

45 Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-206881 del 11 de diciembre de 2018.

celebradas con posterioridad a la configuración e inscripción del grupo empresarial, no fue presentado el mencionado informe especial.

Sobre este incumplimiento no fue presentada ninguna justificación, sino más bien un allanamiento, con base en el cual se redujo porcentualmente la multa impuesta, de acuerdo con los criterios de dosimetría establecidos por el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011⁴⁶.

9.2. CONCLUSIONES

- A los administradores de las sociedades comerciales les asiste el deber de velar por el estricto cumplimiento de la ley.⁴⁷
- La ley societaria dispone que, en los casos de grupo empresarial, tanto los administradores de las sociedades controladas, como los de la controlante, deberán rendir un informe especial ante el máximo órgano social, 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 informe aludido, deberá presentarse en las fechas señaladas en los estatutos o la ley para las reuniones ordinarias.⁴⁸

46 **ARTÍCULO 50. GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES.** *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:*

1. *Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.*
2. *Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.*
3. *Reincidencia en la comisión de la infracción.*
4. *Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.*
5. *Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.*
6. *Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.*
7. *Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.*
8. *Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.*

47 **“DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.** *Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

2. *Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.” Artículo 23, Ley 222 de 1995.*

48 Las reuniones ordinarias de la asamblea se efectuarán por lo menos una vez al año, en las fechas señaladas en los estatutos y, en silencio de éstos, dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio, para examinar la situación de la sociedad, designar los administradores y demás funcionarios de su elección, determinar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, resolver sobre la distribución de utilidades y acordar todas las providencias tendientes a asegurar el cumplimiento del objeto social.

- El informe especial tiene un contenido mínimo, previsto en la ley, y que debe ser cumplido en sus informes a cabalidad por los administradores.
- La Superintendencia de Sociedades puede imponer multas a los administradores tanto de la controlante como de las controladas, por el incumplimiento de la norma citada, con base en la facultad sancionatoria contemplada en el numeral 3° del artículo 86 de la Ley 222 de 1995.

10. NO RECONOCIMIENTO DE UN HECHO ECONÓMICO EN LOS ESTADOS FINANCIEROS POR PARTE DE LA CONCEDENTE, REGISTRO MALLA VIAL.⁴⁹

10.1 ANTECEDENTES.

Una sociedad suscribió un contrato de concesión para la construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento de la malla vial de su propiedad. Lo anterior, a cambio de una remuneración a favor del Concesionario y determinadas condiciones que se señalarán más adelante. En el citado contrato participaron: la compañía como concedente y el operador como concesionario, igualmente se convino la administración de los recursos correspondientes a través de una fiducia.

La sociedad no reconoció la malla vial dentro de sus estados financieros lo que dio lugar a salvedades de la revisoría fiscal y actuaciones como las que a continuación se describen.

Salvedades de la Revisoría Fiscal.

Desde el año 2016 al 2019 el dictamen de los estados financieros emitido por la revisoría fiscal presentó salvedad respecto al reconocimiento de la malla vial en la información financiera de la compañía, señalando:

“(....)”

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.

Los administradores permitirán el ejercicio del derecho de inspección a los accionistas o a sus representantes durante los quince días anteriores a la reunión.” Artículo 422, Código de Comercio.

49 Oficio 2022-01-434093 del 16 de mayo de 2022

A 31 de diciembre de 2016, la Corporación realizó la identificación y conciliación de su propiedad, planta y equipo, determinando fechas de adquisición, activación, vida útil y depreciación de cada uno de los elementos. Sin embargo, no reconoció en las cuentas contables relacionadas con Activos Fijos los avances de las obras relacionadas con los Otrosíes No. xx y xx del contrato de concesión No. xx de xx y el Otrosí No. xx del contrato de interventoría No. xx de xxxx”.

“(…)

La Corporación no registro en sus Estados Financieros, el valor de la malla vial de acuerdo a lo indicado en las Normas de Contabilidad y de Información Financiera para Pymes. Por tanto, se desconoce el impacto que esta situación pueda tener en los Estados Financieros de la Sociedad, una vez se registre dicho valor y se aplique lo establecido en la referida norma.

A 31 de diciembre de 2017 la Corporación decidió no registrar en los Estados Financieros el valor de la Malla vial. Por tanto, la Salvedad continua.”

El dictamen de los Estados Financieros, correspondiente a los años 2020 y 2021, emitido por la revisoría fiscal también fue presentado con salvedad, respecto al reconocimiento de la malla vial.

Informe de la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República emitió un informe de auditoría de cumplimiento que reveló un análisis minucioso sobre el contrato de concesión y el reconocimiento de la malla vial en los estados financieros de la Sociedad, en el que concluyó que la malla vial cumple con los criterios necesarios para el reconocimiento y medición en los estados financieros de la sociedad como un activo, por lo que lo validó como un hallazgo con incidencia administrativa en su informe.

Actuaciones de la Superintendencia de Sociedades.

La Superintendencia en ejercicio de sus funciones realizó una serie de requerimientos al representante legal, relacionadas con las medidas adoptadas por la sociedad, tendientes a subsanar la salvedad emitida por la revisoría fiscal y los hallazgos del informe de la contraloría.

Al respecto la sociedad presentó las explicaciones que consideró pertinentes para sustentar el no reconocimiento de la malla vial argumentando:

1.” El contrato no puede reconocerse debido a que la transacción, no se encuentra regulada en las NIIF plenas o NIIF para las PYMES, desde la perspectiva de la concedente (...)

2. Aunque existen normas que tratan el tema de las entidades concedentes como (...) la Resolución 414 expedida por la Contaduría General de la Nación, y la NICSP 32; (XXX) no es una entidad del sector público y no se considera adecuado el uso de dichas normas por parte de una entidad perteneciente al sector privado.

3. Incorporar un activo (...) y un pasivo financiero (...); generaría información financiera totalmente diferente que generaría una expectativa errónea a los inversionistas y demás usuarios de la información financiera, los flujos de efectivo y el rendimiento de la entidad, respecto del derecho que tienen sobre los activos y las obligaciones respecto de los pasivos de la entidad.

4. Muchas compañías en la práctica, permiten que proveedores o terceros realicen construcciones o elaboren infraestructura a cambio de permitirles prestar sus servicios o realizar cobros a sus clientes, dichas empresas bajo los marcos de información financiera, solamente contabilizan los costos incurridos, de tal manera que quien realiza la inversión reconoce un elemento de propiedad, planta y equipo (mejoras en propiedades ajenas) mientras que el propietario del inmueble no reconoce ningún valor por dicha mejora en sus estados financieros (...).

Otro de los argumentos expuestos por la sociedad estableció que quien debe reconocer el activo es el concesionario, teniendo en cuenta que es quien asume los riesgos y beneficios inherentes a la construcción y mejora de la malla vial.

Como resultado de la información analizada, la Superintendencia concluyó y ordenó que la Sociedad debía reconocer la malla vial en sus estados financieros, como se detalla a continuación:

Análisis Del Reconocimiento Contable De La Malla Vial.

Al realizar el análisis técnico de la información obtenida, la Superintendencia de Sociedades observó que el contrato que dio origen al reconocimiento de la malla vial está enmarcado en un acuerdo de concesión.

Dado que la sociedad aplica NIIF Pymes, se estableció que no existe una sección que aborde de manera completa los Contratos de Concesión, por lo que la compañía debió considerar lo establecido en la sección 10-políticas, estimaciones y errores contables para el desarrollo de la política contable cuando no exista una norma específica.

La Superintendencia consideró, además, que las normas que abordan el tratamiento contable del Contrato analizado son la sección 34-Actividades especiales, párrafos 34.12 al párrafo 34.16 de NIIF Pymes y la CINIIF 12- Acuerdos de concesión de NIIF Plenas, la cual contiene aspectos que la Sección 34 por su simplicidad no incluye.

Del análisis a las normas citadas se estableció:

-Que el operador de la malla vial actúa como concesionario y por ende de acuerdo al párrafo de la 11 de la CINIIF 12, no debe reconocer en sus Estados Financieros la infraestructura proporcionada en el contrato de concesión.

-Que la sociedad participó en el contrato como concedente, de acuerdo con el párrafo 5 de la CINIIF 12 que establece:

“(…)

(a) la concedente controla o regula qué servicios debe proporcionar el operador con la infraestructura, a quién debe proporcionarlos y a qué precio; y

b) la concedente controla —a través de la propiedad, del derecho de uso o de otra manera cualquier participación residual significativa en la infraestructura al final del plazo del acuerdo.”

Teniendo en cuenta lo anterior, la sociedad debió reconocer la malla vial como un activo en sus estados financieros, si se tiene en cuenta lo siguiente:

La malla vial es un recurso controlado⁵⁰ por la compañía del que se espera obtener beneficios futuros.

Se evidenció el control por parte de la sociedad si se tiene en cuenta que esta es quien dirige el uso de la malla vial en aspectos como la destinación de los recursos, la forma en la que se generó la financiación del proyecto, establece las tarifas de los usuarios y controla la propiedad de la infraestructura.⁵¹

50 Párrafo 4.20 y 4.21 del Marco Conceptual para la Información Financiera contenidas en el DUR 2420 de 2015.

51 En el numeral 3 de la Radicación 2022-01-434093 del 16 de mayo de 2022, se desarrolla el fundamento de esta conclusión basado en los marcos de referencia contable vigentes en Colombia,

Adicionalmente la sociedad obtiene beneficios económicos de la malla vial si se tiene en cuenta que:

- La malla vial es fundamental en el desarrollo de su objeto social y por ende es un mecanismo para la generación de ingresos operacionales de la compañía.

-La sociedad está percibiendo beneficios económicos directos derivados de la operación de la malla vial.

-La sociedad obtiene beneficios económicos de la malla vial al evitar las salidas de efectivo, ya que, a través del contrato de concesión, el operador es quien se encarga de generar las erogaciones necesarias para el diseño, construcción y mejora de la malla vial cuya retribución se obtiene a través del recaudo de peajes.

En consecuencia, producto de las actuaciones adelantadas y las órdenes impartidas por la Superintendencia de Sociedades, la Sociedad reconoció la malla vial dentro del rubro de propiedad planta y equipo cuyo valor está compuesto por los costos directamente atribuibles derivados del diseño, construcción, mejoras y rehabilitación realizadas a la infraestructura, necesarias para la operación en la forma prevista.

Por otro lado, reconoció un pasivo diferido, que refleja la obligación que tiene la sociedad con el concesionario para que se mantenga el escenario financiero y para que este último pueda recuperar su inversión con la respectiva rentabilidad; cuyo valor debe ir disminuyendo en la medida en que se van dando las condiciones para el reconocimiento del ingreso.

Teniendo en cuenta que la sociedad no había reconocido la malla vial dentro de sus estados financieros desde que inició el contrato de concesión, esta realizó el procedimiento de reexpresión de los estados financieros, dado que se estaba frente a un error contable de períodos anteriores.

La reexpresión de los estados financieros implicó presentar información comparativa como si siempre hubiera reconocido la malla vial, haciendo posible la comparabilidad de las cifras a lo largo del tiempo; y, determinar de forma fiable el efecto acumulado que se derivó de la corrección del error en todos los periodos anteriores, realizando el ajuste contable contra las ganancias acumuladas o la partida patrimonial que correspondía sin afectar el resultado del período.

Adicionalmente, incluyó una revelación amplia y suficiente en las notas a los estados financieros de todas las implicaciones generadas en la información financiera, tras la corrección del error.

10.2. CONCLUSIONES.

- La malla vial es un activo construido como producto del contrato de concesión (en el que la sociedad es la concedente), debido a que es un recurso controlado por la compañía del que se espera obtener beneficios económicos futuros.
- El activo debe ser reconocido en la contabilidad y por ende incorporado en sus estados financieros, de acuerdo con los marcos de referencia contables vigentes en Colombia.
- La contrapartida del reconocimiento del activo (malla vial), es un pasivo diferido que refleja la obligación que tiene la Sociedad con el concesionario de que se mantenga el escenario financiero; esta obligación se disminuye con cargo a resultados en la medida que se cumpla lo pactado.
- El no reconocimiento generó para la Sociedad un error que la conllevó a reexpresar los estados financieros y efectuar una revelación amplia y suficiente de las implicaciones de dicho error.

11. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE RECONSTRUIR LA CONTABILIDAD EN EL PLAZO ESTABLECIDO POR LA LEY.⁵²

11.1. RECONSTRUCCIÓN DE LIBROS EXTRAVIADOS.

La Superintendencia de Sociedades impuso una multa a la representante legal de una Sociedad, tras adelantar el correspondiente procedimiento administrativo sancionatorio, por no reconstruir los libros extraviados de su representada, a más tardar 6 meses después de su pérdida.

En el caso objeto de sanción, se evidenciaron diferentes afirmaciones realizadas por la representante legal de la Sociedad, en las cuales aseguraba que los libros de actas y de registro de accionistas de la Empresa se extraviaron.

52 Resolución 301-001530, radicación 2023-01-117147 del 3 de marzo de 2023.

Ello fue con anterioridad a una visita realizada a la Sociedad por funcionarios de la Intendencia Regional de Cartagena, los días 4 y 6 de noviembre de 2020, de manera que la reconstrucción de los libros debía llevarse a cabo a más tardar dentro de los seis meses siguientes a esa fecha, es decir, a más tardar el 4 de mayo de 2021.

Se observó, adicionalmente, que sólo hizo la denuncia de la pérdida de los libros ante las autoridades competentes, hasta el 8 de octubre de 2021, es decir, 5 meses después de la fecha en la que ya deberían haberse reconstruido los libros.

También se encontró en un escrito de fecha 9 de octubre de 2021, que la representante legal de la Sociedad no había realizados las labores necesarias para la reconstrucción, pues a pesar de las insistencias de la entidad, nunca remitió documento alguno tendente a probar que emprendió dichos actos, concluyéndose que incumplió su deber de reconstruir los libros de actas y de registro de accionistas de la Sociedad en el término establecido por la ley y no acreditó haber realizado las labores necesarias para la reconstrucción.

Lo anterior, en contravención a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 18 del Anexo 6 del Decreto 2270 de 2019.

En efecto, el artículo 18 del Anexo 6 del Decreto 2270 de 2019, dispone:

El ente económico debe denunciar ante las Autoridades competentes la pérdida, extravío o destrucción de sus libros y papeles. Tal circunstancia debe acreditarse en caso de exhibición de los libros, junto con la constancia de que los mismos se hallaban registrados, si fuere el caso.

Los registros en los libros deben reconstruirse dentro de los seis (6) meses siguientes a su pérdida, extravío o destrucción, tomando como base los comprobantes de contabilidad, las declaraciones tributarias, los estados financieros certificados, informes de terceros y los demás documentos que se consideren pertinentes.

Cuando no se obtengan los documentos necesarios para reconstruir la contabilidad, el ente económico debe hacer un inventario general a la fecha de ocurrencia de los hechos para elaborar los respectivos estados financieros.

Se pueden reemplazar los papeles extraviados, perdidos o destruidos, a través de copia de los mismos que reposen en poder de terceros. En ella se debe dejar nota de tal circunstancia, indicando el motivo de la reposición.”

Es importante señalar que el incumplimiento del administrador de velar por el cumplimiento de la ley en lo referente a la reconstrucción de los libros, en los términos del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, conlleva a la afectación del bien jurídico de legalidad y dista de la conducta que debe adoptar un buen hombre de negocios.

11.2. CONCLUSIONES

- Es deber de la Sociedad y por contera de sus administradores, velar por el estricto cumplimiento de la ley, en lo referente a la reconstrucción de los libros en el término de ley.
- Sobre la obligación de reconstruir los libros del comerciante, la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en distintas oportunidades, por ejemplo, en la Circular Básica Contable 100-000007 del 12/07/2022, manifestó:

“(…)

1.7. Pérdida y reconstrucción de libros y papeles de contabilidad.

La pérdida, extravío o destrucción de los libros y papeles de contabilidad se denunciará ante la Policía Nacional, o ante la Fiscalía General de la Nación si fue consecuencia de un delito. En cualquier caso, deben reconstruirse dentro de los seis meses siguientes a su pérdida, extravío o destrucción.”

- Finalmente, la misma entidad ha planteado lo siguiente⁵³ :

“...previa la denuncia correspondiente por pérdida, extravío o destrucción de alguno de los libros o papeles del ente económico, los registros de ellos deben reconstruirse dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia del hecho, tomando como base, entre otros, los informes de terceros y demás documentos que se consideren pertinentes.

Del texto de la citada norma se advierte que es obligación del representante legal, adelantar todas las gestiones y actuaciones tendientes a reemplazar la información contenida en el libro de actas, tratando de obtener copia de las actas que por cualquier razón reposen en poder de terceros, a manera de ejemplo: bancos, notarias, entidades del Estado o terceros en general.

53 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-141610 del 21 de octubre de 2015

(...)

Cuando una persona natural o jurídica adquiere la calidad de comerciante, es sujeto de derechos y obligaciones respecto de los actos y documentos relativos a su profesión y que tienen acceso al conocimiento de terceros.

El artículo 19 numerales 1 y 2 del Código de Comercio, señala como obligaciones del comerciante matricularse en el registro Mercantil e inscribir en el mismo todos los actos, libros y documentos para los cuales la ley exige esta formalidad.

Al igual que el artículo 19, los artículos 28 No. 7 y 29 No. 4 se refieren también a la obligación de todo comerciante de inscribir en el registro todos los actos, libros y documentos para los cuales la ley exige esta formalidad.

En cuanto a la pérdida del libro de actas allegando el denuncia respectivo, el cual es prueba suficiente de tal hecho, este Despacho considera que el libro puede reconstruirse, tomando como base la copia de las actas que obran en los archivos de la compañía, conforme a lo siguiente:

1. Si las copias son auténticas, es decir llenan los requisitos exigidos por los artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil, pueden transcribirse en el nuevo libro sin el lleno de ningún requisito.

2. Si son simples fotocopias, es necesario establecer su autenticidad, antes de su transcripción, vr. gr. por testimonios de personas que hayan intervenido en su elaboración o en el original como testigos actuarios o que las hayan reconocido posteriormente; por información de un juez o de un notario que haya conocido el original, luego de efectuada la correspondiente confrontación, aun cuando el documento no se halle protocolizado en esa notaría o en el archivo del juzgado (artículo 253 del Código citado).

Finalmente, cabe advertir que de acuerdo con el artículo 39 del Código de Mercantil, antes de efectuar lo anterior, debe darse cumplimiento a la obligación de inscribir en el Registro Mercantil el libro mencionado para dar así seguridad y certeza a los asientos que allí se hagan”.

12. DEBER DE LOS ADMINISTRADORES DE TENER SOPORTES CONTABLES DE ACUERDO A LA LEY.⁵⁴

12.1 DOCUMENTACIÓN DE HECHOS ECONÓMICOS.

54 Resolución 301-008981, radicación 2023-01-580004 del 14 de julio de 2023.

La Superintendencia de Sociedades impuso una multa a la representante legal de una Sociedad, tras adelantar el correspondiente procedimiento administrativo, por la infracción del deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, al encontrarse unas irregularidades en los soportes de algunos hechos económicos.

En el caso de la Sociedad objeto de sanción, se solicitó a la representante legal de la Sociedad, dentro de una investigación administrativa, una serie de auxiliares entre los que se encontraba el correspondiente a “ingresos por actividades ordinarias” (Comercio al por mayor y al detal 41350101), información que fue allegada, pero de forma parcial, pues no cumplía con las características que deben reunir los auxiliares contables.

En efecto, se observó que no se contaba con los soportes correspondientes, con los cuales se pudiese lograr su entendimiento en conjunto, es decir, establecer el origen de las operaciones y su correspondiente registro.

Con lo anterior, se evidenció que, la Sociedad, representada por su administradora, no llevaba contabilidad conforme a la ley y a los principios contables generalmente aceptados,

por cuanto no se contaba con los soportes correspondientes para establecer el origen de las operaciones y su registro.

Lo anterior, en contravención a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el numeral 3º del artículo 19, los artículos 48 y 50 del Código de Comercio, la Ley 1314 de 2009 y los artículos 6 y 8 (4, a) del Anexo 6 del Decreto 2420 de 2015.

En efecto, el Código de Comercio señala:

“ARTÍCULO 19 Es obligación de todo comerciante: (...) 3) Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales (...)”.

“ARTÍCULO 48. Todo comerciante conformará su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, a las disposiciones de este Código y demás normas sobre la materia. Dichas normas podrán autorizar el uso de sistemas que, como la microfilmación, faciliten la guarda de su archivo y correspondencia. Asimismo, será permitida la utilización de otros procedimientos de reconocido valor técnico-contable, con el fin de asentar sus operaciones, siempre que facilite el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios”.

*“**ARTÍCULO 50.** La contabilidad solamente podrá llevarse en idioma castellano, por el sistema de partida doble, en libros registrados, de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno”.*

A su vez, el Anexo 6 del Decreto 2420 de 2015 dispone:

*“**ARTICULO 6.** Teniendo en cuenta los requisitos legales que sean aplicables según el tipo de acto de que se trate, los hechos económicos deben documentarse mediante soportes, de orígenes internos o externos, debidamente fechados y autorizados por quienes intervengan en ellos o los elaboren.*

Los soportes deben adherirse a los comprobantes de contabilidad respectivos o, dejando constancia en estos de tal circunstancia, conservarse archivados en orden cronológico y de tal manera que sea posible su verificación.

Los soportes pueden conservarse en el idioma en el cual se hayan otorgado, así como ser utilizados para registrar las operaciones en los libros auxiliares o de detalle”.

*“**ARTÍCULO 8.** Los estados financieros deben ser elaborados con fundamento en los libros en los cuales se hubieren asentado los comprobantes. (...)*

Atendiendo las normas legales, la naturaleza del ente económico y a la de sus operaciones, se deben llevar los libros necesarios para: (...)

4. Permitir el completo entendimiento de los anteriores. Para tal fin se deben llevar, entre otros, los auxiliares necesarios para: a) Conocer las transacciones individuales, cuando estas se registren en los libros de resumen en forma global (...).

Es relevante considerar que el incumplimiento del deber del administrador de no tener soportes contables de acuerdo a la ley, conlleva el incumplimiento de sus deberes de administrador establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el principio de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios.

12.2. CONCLUSIONES

- Es deber de la Sociedad y por contera de sus administradores, documentar, mediante soportes, los hechos económicos, debidamente fechados y autorizados.

- Los soportes deben adherirse a los comprobantes de contabilidad respectivos o, dejar constancia en estos de tal circunstancia y conservarse archivados en orden cronológico, de tal manera que sea posible su verificación.
- Los estados financieros deben ser elaborados con fundamento en los libros en los cuales se hubieren asentado los comprobantes y para el completo entendimiento de los estados financieros, se deben llevar los auxiliares que permitan conocer las transacciones individuales, cuando estas se registran en los libros de resumen en forma global.

13. EFECTOS DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN PARA DESVIRTUAR UNA SITUACIÓN DE CONTROL.⁵⁵

13.1. ACUERDOS DE INVERSIÓN PARA DESVIRTUAR LA EXISTENCIA DE UNA SITUACIÓN DE CONTROL.

La Superintendencia de Sociedades declaró una situación de control en la que una persona natural actuó como controlante de dos sociedades (A S.A.S. y B S.A.S.) de manera directa e indirecta, con fundamento en que ostentó la calidad de accionista único.

En el curso de la actuación administrativa, el investigado aceptó el control respecto de la sociedad A S.A.S. Sin embargo, sobre la sociedad B S.A.S. rechazó la relación de subordinación alegando la existencia de un acuerdo de inversión que modificó la composición del capital, por ende, su participación accionaria se disminuyó impidiéndole ejercer control alguno.

Frente a este respecto, la Entidad encontró que, entre los compromisos del acuerdo de inversión, las partes acordaron que los estatutos sociales que regirían sus relaciones eran aquellos contenidos en otro acuerdo previo celebrado entre las mismas, es decir, unos distintos a los que estaban vigentes para esa fecha. En consecuencia, dicha disposición implicaba una reforma estatutaria que en los términos del artículo 29 de la Ley 1258 de 2008, debía ser inscrita en el registro mercantil de la sociedad B S.A.S., una vez fuera aprobada por la asamblea general de accionistas.

Además, en el acuerdo de inversión se mencionaban con frecuencia la existencia de acciones serie A, B y M, en particular, para la toma de decisiones conjuntas de la asamblea general de accionistas y de la junta directiva. No obstante, en los estatutos sociales que regían a la sociedad B S.A.S. únicamente existían acciones ordinarias. Ello significa que, para la suscripción del negocio jurídico se establecieron reglas o compromisos que

⁵⁵ Resolución 302-009650 del 4 de agosto de 2023 radicado 2023-01-628431 y Resolución 300-012467 del 23 de octubre de 2023 radicado 2023-01-847478.

implicaban un conjunto de acciones que, para ese momento, no fueron ejecutadas de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano.

En relación con este último punto, el Despacho una vez analizó el libro de registro de acciones, constató que los inversionistas fueron registrados como accionistas con derechos inherentes a las acciones tipos A, B y M en una fecha, en la cual este tipo de acciones no habían sido creadas formalmente en la compañía, es decir, no existía reforma estatutaria y era evidente que el investigado siempre fue controlante indirecto, por conducto de la sociedad A S.A.S.

Luego del análisis de las actas del máximo órgano social, se verificó que no se realizaron los trámites pertinentes para ejecutar lo consignado en el acuerdo de inversión, ya que no se hizo mención alguna al mismo antes y se aplicaron las disposiciones estatutarias ordinarias, es decir, todas las decisiones sociales fueron adoptadas por la sociedad A S.A.S., accionista única de B S.A.S., la cual ya era subordinada del investigado.

En consecuencia, para el Despacho no se desvirtuó el control por la celebración del acuerdo de inversión, pues el investigado tuvo la posibilidad real y efectiva del poder de decisión en la sociedad vinculada, aunque, atendiendo a las pruebas que obran en la actuación administrativa el control culminó desde que se llevó a cabo la respectiva reforma societaria que les otorgó a los inversionistas la calidad de accionistas.

13.2. CONCLUSIÓN.

- Si bien los acuerdos de inversión generan variaciones en la composición accionaria, la cual tiene estrecha relación para establecer la configuración de una situación de control o de grupo empresarial, para que surta los efectos previstos por las partes –futuros accionistas– es necesario que se adelanten todos los trámites jurídicos pertinentes, de lo contrario, la sociedad seguirá sometida a lo previsto en los estatutos vigentes y el control lo seguirá ostentando el accionista que imponga su voluntad en el máximo órgano social.

14. VALIDEZ Y OPONIBILIDAD DE LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS EN EL MARCO DE SITUACIONES DE CONTROL.⁵⁶

56 Resolución 302-018937 del 31 de octubre de 2022 radicado 2022-01-778220, Resolución 302-000580 del 2 de febrero de 2023 radicado 2023-01-051506 y Resolución 300-002347 del 29 de marzo de 2023 radicado 2023-01-162200.

La Superintendencia de Sociedades declaró una situación de control que vincula a una sociedad extranjera como matriz de unas sociedades colombianas (A S.A.S. y B S.A.S.) con fundamento en su participación superior al 50% en el capital social.

En la actuación administrativa, la investigada alegó la ausencia de control con ocasión a la celebración de un acuerdo de accionistas en el cual las partes, titulares del 100% de las acciones que integran el capital las compañías, regularon los derechos de voto y las mayorías para la toma de decisiones en los máximos órganos sociales y acordaron que estas requerían, por lo menos, la anuencia del 95% y el 85% de las acciones suscritas y en circulación de éstas.

Al respecto, vale la pena resaltar que los acuerdos suscritos por los accionistas de las compañías que son del tipo por acciones simplificadas, se regulan por lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 , es decir, para que dichos pactos parasociales sobre los derechos de voto y las mayorías para la toma de decisiones surtieran efectos no sólo entre las partes que los suscribieron, sino frente a las subordinadas, además de recaer sobre asuntos lícitos y tener un término máximo de duración de diez (10) años, como se acredita, debieron ser depositados en las oficinas donde funcionara la administración de las compañías.

Ahora bien, de acuerdo con la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades:

“(...) el depósito de un acuerdo de accionistas se cumple haciendo entrega a la sociedad del documento original o de copia auténtica del mismo, suscrito por quienes lo celebran a efectos de que el mismo obre en las oficinas de administración de la sociedad y de esta manera tenga vocación de que las estipulaciones en él contenidas tengan efectos vinculantes, en cuanto a ella se refieran”.

El depósito del acuerdo de accionistas asegura que la compañía y los accionistas no suscriptores conozcan su contenido y alcances, igualmente, permite determinar el momento desde el cual el convenio resulta oponible a la sociedad⁵⁷ . En otras palabras, el depósito tiene la virtud de hacer oponible el acuerdo de accionistas ante la sociedad y, por tanto, vincularla jurídicamente con el fin de que ésta asuma la obligación de cumplir o acatar lo que él disponga, sin que sea un requisito para su nacimiento o formación.

Luego, el Despacho durante el periodo probatorio les solicitó a los representantes legales de las subordinadas (A S.A.S. y B S.A.S.) que certificaran el depósito del pacto

57 Oficio n.º 220-121211 del 1º de noviembre de 2009.

parasocial, no obstante, sólo en la sociedad A S.A.S. se llevó a cabo el depósito en el domicilio de la compañía, por lo que era oponible.

Por otro lado, en la sociedad B S.A.S., no se llevó a cabo el depósito, es decir, la compañía no estaba obligada a cumplir o a acatar lo dispuesto en el pacto parasocial sobre los derechos de voto y las mayorías para la toma de decisiones del máximo órgano social y, en esta medida, como lo pudo corroborar la Entidad en las actas de la asamblea general de accionistas, se aplicaron las disposiciones ordinarias establecidas en los estatutos sociales sobre este respecto.

En consecuencia, en la decisión definitiva la Entidad señaló que el control respecto de la sociedad A S.A.S. cesó a partir de la entrada en vigencia del acuerdo de accionistas por haber cumplido a cabalidad con los requisitos que prevé el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, sin embargo, para el caso de la sociedad B S.A.S., el control persiste por no haber agotado el depósito que establece la normal en cita.

14.1. CONCLUSIÓN.

- En el marco de las situaciones de control y de grupos empresariales los acuerdos de accionistas, según el caso concreto, pueden desvirtuar el control siempre y cuando cumplan, entre otros, con los requisitos de validez y oponibilidad, que en el último evento corresponde al depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, de lo contrario, se conserva la potencialidad que el control confiere, devenido de alguno de los presupuestos contemplados en el artículo 261 del Código de Comercio o de la realidad corporativa de cada compañía.

15. NUEVOS DESARROLLOS CONTROL CONJUNTO Y REQUISITOS DE UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN.⁵⁸

15.1 CONTROL CONJUNTO.

La Superintendencia de Sociedades declaró una situación de control conjunto y de grupo empresarial que vincula a una pluralidad de hermanos como controlantes conjuntos y a cinco sociedades, de forma directa e indirecta.

Del análisis de las actas de los máximos órganos sociales, la Entidad advirtió un actuar conjunto y coordinado en las votaciones por parte de los hermanos, en su calidad de asociados. A manera de ejemplo, de nueve (9) reuniones sociales en siete (7) votaron

58 Resolución 302-018910 del 29 de octubre de 2022 radicado 2022-01-775881, Resolución 302-001089 del 21 de febrero de 2023 radicado 2023-01-092895 y Resolución 300-005858 del 18 de abril de 2023 radicado 2023-01-247080

en el mismo sentido, lo que evidenciaba la capacidad que tenían de imponer su voluntad dentro de los máximos órganos sociales.

Además, el control conjunto devino de la capacidad que tenían de elegir en dos (2) de las sociedades a los miembros de junta directiva, es decir, la participación mayoritaria conjunta que ostentaban les permitía tener la mayoría decisoria en reuniones sociales de la junta de socios y elegir por lo menos dos de los tres escaños que conforman el órgano de dirección e imponerse en las decisiones de los dos.

Incluso, del mismo análisis se concluyó que, había un actuar coordinado y en bloque en la junta de socios. Los temas trascendentales para la compañía eran adoptados conforme a la voluntad de dichos asociados, entre ellos, la ratificación de operaciones en conflicto de intereses, la remoción y nueva elección de revisor fiscal e inamovilidad de los miembros de junta directiva elegidos por los socios mayoritarios que permanecieron en sus cargos por más de 5 años a pesar de la petición de los minoritarios para contar con un representante en dicho órgano social.

Los investigados, entre las razones para desvirtuar el control, indicaron que el control no puede predicarse solamente por vínculo familiar y recibir las participaciones vía herencia. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades señaló que, si bien los vínculos de parentesco constituyen una circunstancia importante que se considera en el análisis integral del acervo probatorio, es claro que no son los únicos elementos para determinar el control conjunto, ni representan un aspecto esencial del mismo.

Por lo anterior, para la Entidad fue evidente que los accionistas con su participación conformaban la totalidad del capital social las sociedades y esto les permitía ser controlantes conjuntos de todas las sociedades vinculadas en esta investigación administrativas, ya que su vínculo social había excedido por mucho la *affectio societatis* hasta llegar al punto de utilizar un conjunto de sociedades para proyectar operaciones de negocios a través de éstas.

Respecto de la configuración de un grupo empresarial.

Adicional a la subordinación, la Superintendencia de Sociedades corroboró la existencia de un grupo empresarial por configurarse los requisitos de unidad de propósito y dirección, a pesar de que los investigados buscaron desvirtuarla con fundamento en que no había elementos que evidenciaran procesos de integración vertical con un objetivo principal o políticas planificadas.

Sin embargo, el recuento de operaciones realizadas entre las sociedades vinculadas, las copiosas transacciones comerciales estratégicas que se llevaron a cabo entre los entes jurídicos del grupo, los respaldos y avales de mayor importancia, mostraron incuestionablemente la configuración de un grupo empresarial. Además, a pesar de que las sociedades tenían objetos sociales distintos, el Despacho resaltó, que la diferencia entre las actividades económicas de las vinculadas no descarta la configuración del grupo empresarial.

Luego, respecto del requisito de “unidad de propósito”, el Despacho enfatizó que se exterioriza, por ejemplo, en la verificación de procesos de integración vertical u horizontal, en la existencia de políticas comunes administrativas, financieras, de planeación o de mercadeo y ventas que corroboren en definitiva que el conglomerado tiene objetivos comunes.

También, la Entidad resaltó que debe tenerse en cuenta que el citado artículo 28 de la Ley 222 de 1995 prevé que la consecución de dicho propósito no descarta que las sociedades vinculadas desarrollen su objeto social de manera individual o que existan diferencias en la actividad económica de cada una ellas. De manera que, la intensidad de las operaciones entre las subordinadas es indicativa de un nivel de vinculación que trasciende el control, básicamente porque es notorio que el conglomerado tiene un propósito empresarial mancomunado.

En línea con lo anterior, la configuración del grupo empresarial se verificó con ocasión a que se acreditó: (i) la existencia de unos controlantes comunes; (ii) la persecución de un mismo objetivo empresarial a través de operaciones conjuntas significativas y; (iii) administradores comunes.

15.2. CONCLUSIÓN.

- En las situaciones de control conjunto resulta relevante establecer si una pluralidad de personas manifiesta su voluntad de actuar de manera coordinada en el máximo órgano social distinta de la *affectio societatis*, lo cual se constata, por ejemplo, con la actuación en bloque para adoptar de manera favorable o desfavorable ciertas decisiones estratégicas para el interés social. Además, la constitución de una multiplicidad de sociedades que persigan un mismo objetivo establecido por esos controlantes –apalancamiento de operaciones, administradores comunes, políticas comunes etc.–, da lugar a que se acrediten los requisitos de unidad de propósito y dirección, necesarios para la configuración de un grupo empresarial.

16. ACREDITACIÓN DE LA UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN POR INTENSIDAD DE LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LAS ENTIDADES VINCULADAS EN ESQUEMAS DE CONTROL Y/O GRUPO EMPRESARIAL.⁵⁹

16.1 RESPECTO DEL CONTROL.

La Superintendencia de Sociedades declaró una situación de control ejercida por una persona natural respecto de cuatro (4) sociedades colombianas, por conducto de unas sociedades extranjeras, con fundamento en su participación mayoritaria en el capital social de las compañías vinculadas al ser titular de más del 50% de las acciones que lo integraban.

Para desvirtuar la configuración del control, el investigado adujo que, en una de las compañías, en la que tenía participación mayoritaria en el capital social de forma indirecta, había visto limitada su capacidad de decidir en el máximo órgano social por las mayorías pactadas en un contrato para la capitalización de ésta, que incluía un acuerdo de accionistas.

El negocio jurídico analizado implicó una reforma estatutaria, en particular, en el régimen de quórum y mayorías, sobre el cual se estableció que, por regla general, las decisiones se adoptaban con el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que representaran la mayoría de los votos presentes en la respectiva reunión social. No obstante, se establecieron mayorías calificadas para determinadas decisiones del máximo órgano social, sobre las que se requería el voto favorable de los accionistas minoritarios, es decir, se trataba de derechos de veto a favor de éstos últimos.

Sobre el particular, esta Entidad advirtió que, para determinar la incidencia de derechos de veto como los estudiados en materia de subordinación, era necesario verificar la clase de decisiones a las que se refiere, la conformación del máximo órgano social y la participación de los asociados en otras compañías en las cuales actúen conjuntamente, entre otros temas.

Por ende, si los derechos de veto sólo se referían a algunas decisiones, como, por ejemplo, fusiones, transformaciones, escisiones o la liquidación de la compañía, pero los demás asociados conservaban la capacidad de imponer su voluntad en temas habituales y fundamentales como la designación de la mayoría de los miembros de junta

59 Resolución 302-008590 del 30 de junio de 2023 radicado 2023-01-552781, Resolución 302-011955 del 13 de octubre de 2023 radicado 2023-01-829780 y Resolución 300-000094 del 11 de diciembre de 2023 radicado 2023-09-020448.

directiva o del representante legal, no se lograba desvirtuar la presunción de control por participación, como aconteció en este evento.

Sobre la unidad de propósito y dirección en las relaciones entre entidades vinculadas a la cadena de control.

Si bien esta Entidad, respecto del requisito de unidad de propósito y dirección, ha señalado que se exterioriza, por ejemplo, en la verificación de procesos de integración vertical u horizontal, así como en la existencia de políticas comunes administrativas, financieras, de planeación o de mercadeo y ventas que corroboren en definitiva que el conglomerado tiene objetivos comunes, también debe tenerse en cuenta que el citado artículo 28 de la Ley 222 de 1995 prevé que la consecución de dicho propósito no descarta que las sociedades vinculadas desarrollen su objeto social de manera individual o que existan diferencias en la actividad económica de cada una ellas.

En la presente investigación administrativa, la Superintendencia de Sociedades evidenció documentos y soportes suficientes en los que se expresan las relaciones económicas existentes entre vinculados. De manera que, la intensidad de las operaciones entre las subordinadas era indicativa de un nivel de vinculación que transcendía el control, básicamente porque era notorio que el conglomerado tenía un propósito empresarial mancomunado.

Entre las operaciones más relevantes se destacaron los avales y respaldos financieros que las sociedades efectuaron entre sí, lo que mostraba sin lugar a dudas relaciones de interdependencia que procuraron un beneficio general para todas las sociedades que conformaban el grupo empresarial, manifestando unidad de propósito y dirección. En verdad, las operaciones y avales realizados entre las vinculadas, mostraban una estrecha relación que transcendía el control común. Es así que, se probó que se trataba de empresas que, además de estar controladas por la misma persona natural, perseguían conjuntamente el desarrollo empresarial a través de operaciones conjuntas significativas.

La Entidad también corroboró que las compañías se encontraban domiciliadas en la misma ciudad, entre varias compartían la misma sede administrativa y algunos administradores sociales tienen vínculos de parentesco con el controlante.

16.2. CONCLUSIONES.

- La existencia de un quórum especial para cierto tipo de decisiones con carácter excepcional no desvirtúa el control del accionista mayoritario, pues en el giro ordinario

de las decisiones que adopta el máximo órgano social tiene la facultad de imponer su voluntad.

- La intensidad en las operaciones económicas y mercantiles entre las sociedades vinculadas a una estructura de control societario, son elementos que permiten establecer el propósito empresarial común destinado por el controlante.

17. GRUPO EMPRESARIAL CON MATRIZ PERSONA NATURAL EXTRANJERA.⁶⁰

La Superintendencia de Sociedades multó a una persona natural de nacionalidad extranjera por el incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, al no haber solicitado de manera oportuna, la inscripción de un grupo empresarial reconocido internacionalmente, que vinculaba a 14 sociedades colombianas, por conducto de unas sociedades extranjeras.

De acuerdo con las investigaciones, se verificó que el control devenía de la participación mayoritaria que ostentaba la controlante en la filial sociedad extranjera, de conformidad con la información pública revelada en un informe anual de gobierno corporativo de una de las sociedades extranjeras, en la cual se informaba que la persona natural era “socia de control” por ostentar más del 50% del capital, hecho que en términos de la ley colombiana, específicamente, de lo consagrado en el artículo 261 del Código de Comercio le daba la calidad de controlante de las sociedades colombianas vinculadas.

Además, se constató la existencia de un pacto de sindicación, en el cual los accionistas de la filial sociedad extranjera acordaron que independiente de la participación accionaria de la investigada, ésta ostentaría la calidad de controlante.

Con todo, las sociedades colombianas vinculadas hacen parte de una organización multinacional reconocida en la que se compartían no solo valores, políticas y objetivos, sino que en términos de la organización contaban con una filosofía organizacional común, lo cual reforzaba los elementos de unidad de propósito y dirección.

En conclusión, el Despacho inició una investigación administrativa por la infracción al régimen de matrices y subordinadas, en la que la investigada se allanó a los cargos formulados e inscribió el grupo empresarial en el registro mercantil de las sociedades colombianas.

⁶⁰ Resolución 302-010441 del 29 de agosto de 2023 radicado 2023-01-690388

17.1 CONCLUSIÓN.

- La revelación de una situación de control y/o grupo empresarial es un aspecto fundamental para garantizar el principio de transparencia que rige las relaciones de las sociedades con los terceros y el mismo Estado, por ende, es un deber que se le imprime a la matriz o controlante independiente de su nacionalidad, para que revele en el registro mercantil de las sociedades colombianas la existencia de una sola estructura de control societario que las vincula con otras sociedades extranjeras.

18. COEXISTENCIA DE DOS O MÁS GRUPOS EMPRESARIALES EN UN CONGLOMERADO.⁶¹

En el marco del Plan de Normalización para el Registro de Situaciones de Control y/o Grupos Empresariales contenido en la Circular Externa 100-000003 del 26 de marzo de 2021, la Superintendencia de Sociedades multó a una sociedad extranjera que reveló de manera voluntaria, aunque extemporánea, la configuración de un conglomerado conformado por unas sociedades colombianas y extranjeras. En la estructura de control societario, coexistían unas situaciones de control y dos grupos empresariales.

En consecuencia, se reveló que la sociedad extranjera era la matriz de los grupos empresariales y situaciones de control, por lo que se trataba de una sola estructura de control societario. En ese sentido, si bien, en el conglomerado analizado podían concurrir diversas relaciones de subordinación que participaban en distintos sectores de la cadena de valor, la existencia de un controlante único y común, hacía necesario que su revelación se hiciera de manera completa en el registro mercantil de cada sociedad subordinada, indicando de forma detallada que entre las compañías se integraban esos “subgrupos”.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la Ley 222 de 1995 y la posición actual de la Superintendencia de Sociedades, la sociedad matriz debía presentar anualmente los estados financieros combinados de todas sus subordinadas en Colombia.

Por lo anterior, el Despacho señaló que, para efectos de la revelación del conglomerado en el registro mercantil, se debe inscribir toda la estructura completa indicando entre que sociedades se integran las situaciones de control y entre cuáles los grupos empresariales.

18.1. CONCLUSIÓN.

61 Resolución 302-002397 del 30 de marzo de 2023 radicado 2023-01-166621.

- Una persona natural o jurídica puede ser controlante o matriz de una multiplicidad de sociedades con objetos sociales que no necesariamente deben ser conexos o complementarios, no obstante, ello no significa que se trate de estructuras de control separadas e independientes, por el contrario, se trata de un solo conglomerado, el cual debe ser revelado de manera completa en el registro mercantil de cada una de las subordinadas.

19. RELACIÓN DE INTERCAMBIO EN EL MARCO DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS DE FUSIONES.⁶²

19.1. LA FUSIÓN CORRESPONDE A UNA INTEGRACIÓN PATRIMONIAL, NO SIMPLEMENTE DE UNO DE LOS RUBROS QUE LO INTEGRAN COMO LO ES EL CAPITAL.

La Superintendencia de Sociedades resolvió desfavorablemente una solicitud de autorización particular de una reforma estatutaria de fusión, por cuanto las sociedades no realizaron adecuadamente la relación de intercambio.

En primer lugar, es importante poner de presente que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 173 del Código de Comercio, uno de los aspectos que debe contener el compromiso de fusión es un anexo explicativo de los métodos de evaluación utilizados **y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación.**

Respecto de la relación de intercambio, la doctrina ha sostenido que:

*“Una vez determinados **los valores de las sociedades intervinientes** por el método de valoración escogido, es necesario proceder a calcular la relación de intercambio o relación de canje.*

(...) una de las características principales de los procesos de fusión se relaciona con la contraprestación que reciben los accionistas de las sociedades intervinientes o absorbidas en la sociedad de nueva creación o en la absorbente.

(...)

La relación de intercambio lo que calcula es entonces cuantas acciones de la sociedad absorbente o de nueva creación deben entregarse al accionista por cada una de las acciones de su propiedad en la sociedad absorbida.

62 Resolución 325-013842 del 30 de noviembre de 2023, radicación 2023-01-969180.

(...)

*El proceso de cálculo de la relación de intercambio tiene entonces como punto de partida **el valor atribuido a cada una de las sociedades intervinientes** en el resultado de método de valoración escogido”⁶³. (Subrayado y negrita por fuera del original)*

Sobre este aspecto, esta Entidad a través del Grupo de Análisis y Regulación Contable, Oficio N° 115-253417 (2023-01-817016) del 10 de octubre de 2023, manifestó lo siguiente en respuesta a consulta en la cual se preguntó, entre otros aspectos, si “¿La relación de intercambio se calcula en relación con el capital de las sociedades que hacen parte del proceso de fusión o en función de su patrimonio?”:

*“Con respecto a su tercer interrogante es necesario que tenga en cuenta que la fusión corresponde a **una integración patrimonial, no simplemente de uno de los rubros que lo integran como lo es el capital, o dicho de otra manera este proceso integra todos los activos y pasivos que corresponden al valor equivalente de los activos netos,** por lo que en la relación de intercambio debe utilizarse un método que resulte equitativo para todas las partes involucradas en el proceso, que determine la contraprestación adecuada que recibirán los asociados a cambio de los instrumentos de patrimonio propios que poseían en la entidad absorbida”. (Subrayado y negrita por fuera del original)*

19.2. CONCLUSIÓN.

- En consecuencia, teniendo en cuenta que, en la solicitud de autorización particular en comentario, las sociedades aplicaron una relación de intercambio de acciones calculada conforme a un ejercicio matemático de sumatoria de capital, no se autorizó la solicitud para la formalización de la reforma de fusión pretendida. Lo anterior, en aplicación de la doctrina contable concordante de esta Entidad, citada previamente.



**SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES**

Línea de atención al usuario

018000 114319

PBX

601- 324 5777- 220 1000

Centro de fax

601-220 1000, opción 2 / 601-324 5000

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



www.supersociedades.gov.co