346 0669861
S86d
2009
Ej. 1

Superintendencia de Sociedades

Doctrinas Jurídicas y Contables
1994 - 2009

75 años

Aj Avance Jurídico

Bogotá, D.C.
2009

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

SUPERINTENDENTE DE SOCIEDADES

HERNANDO RUIZ LÓPEZ

CONSEJO EDITORIAL

Andrés Gaitán Rozo
Fernando José Ortega Galindo
Luz Amparo Cardoso Canizález
Maurício Español León
Melquisedec Torres Ortiz

COLABORADORES

Ana Mary Martínez Aponte
Andrés Alejandro Díaz Huertas
Beatriz Amparo Salazar Hurtado
Carlos Arturo Bernal Chaparro
Carlos Samuel Gómez Pérez
Claudia Consuelo Pedraza Córdoba
Diana Marcela Mantilla Cupabán
Jenny Enoriz Cifuentes Ortiz
Luis Antonio Muñoz Rozo
Luz Esther Rozo Cortés
Luz Mary Roa Vargas
Marcela Campos Castiblanco
Marco Antonio Castro Díaz
María del Pilar Chávez Guáqueta
María Francisca Reyes Laserna
María Teresa Gil García
Nelson Alberto Quintero Barbosa
Nohora Herlinda Tovar Álvarez
Yanet Roncancio Florian

Primera edición, diciembre de 2009

ISBN 978-958-678-028-5
Doctrinas Jurídicas y Contables 1994 - 2009

Impreso en Colombia

DIAGRAMACIÓN E ÍNDICES:

AVANCE JURÍDICO CASA EDITORIAL LTDA.
info@avancejuridico.com

TRABAJARON EN LA ELABORACIÓN DE ÍNDICES:
Jessika Rojas Peralta
Juan Carlos Lancheros Gámez
Carlos Eduardo Borrero González

TRABAJARON EN LA DIAGRAMACIÓN Y REVISIÓN DE TEXTOS:
Víctor Manuel Riveros Lemus
Sonia Ríos Rojas

DISEÑO DE CARÁTULA
María Cristina Olivar Jiménez

IMPRESO POR:
Imprenta Nacional

PRESENTACIÓN

Es motivo de gran satisfacción para las directivas y el equipo de profesionales de la Superintendencia de Sociedades entregar al país este nuevo compendio de las principales Doctrinas Jurídicas y Contables que esta entidad ha proferido en los últimos quince años. Doctrinas que se han ido construyendo a partir de las interpretaciones que los profesionales y expertos de la entidad han realizado sobre las diversas disposiciones y normas que regulan las diferentes etapas de una sociedad, desde su constitución hasta su liquidación. Interpretaciones y aportes que han contribuido, durante los 70 años de existencia de esta Superintendencia, a brindar seguridad jurídica a nuestros supervisados, al sector académico y a los profesionales que atienden cotidianamente los temas societarios y mercantiles.

El objetivo central de esta publicación, como lo ha sido el de tantas otras que la Supersociedades ha presentado a lo largo de su historia, no es otro que seguir fortaleciendo el orden público económico del país, a través del mejoramiento continuo del empresariado colombiano y su interrelación con la comunidad a la que se debe. Objetivo que se consigue mediante una adecuada y permanente actualización de la información jurídica y contable que le permita la toma de decisiones atinadas para su desarrollo.

La obra incluye conceptos publicados entre los años 1994 y 2009, período durante el cual el Congreso de la República ha expedido normas de gran impacto en el ámbito societario tales como las leyes 222 de 1995, 550 de 1999, 1116 de 2006, 1258 de 2008 y 1314 de 2009. En la adecuada aplicación de este marco legal, en permanente cambio y evolución, lo mismo que en su armonización con el resto del ordenamiento mercantil, ha jugado un papel fundamental la doctrina emitida por esta Superintendencia.

Es necesario y justo destacar la labor de los funcionarios que participaron en la elaboración de estos pronunciamientos, lo mismo de quienes hicieron posible esta recopilación. En ambos casos, se trata de un esfuerzo realizado por grupos excelsos de profesionales, que han puesto su conocimiento y experiencia al servicio del país.

Agradecimientos a ellos y a todos quienes contribuyan a la difusión de este encomiable trabajo.

HERNANDO RUIZ LÓPEZ

Superintendente de Sociedades

TABLA DE CONTENIDO

DOCTRINAS JURÍDICAS 1

ACCIONES, CUOTAS SOCIALES Y MAYORÍAS

Oficio 220-005125 de 2 de febrero de 2007 3

La autorización o no para colocar acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, depende de la causal de vigilancia.

Oficio 220-031701 de 21 de julio de 2005 5

Procedimiento para efectuar la venta de acciones

Oficio 220-010526 de 27 de febrero de 2007 7

Transferencia de acciones

ACUERDO ENTRE SOCIOS

Oficio 220-071798 de 17 de julio de 2005 10

Artículo 70 de la Ley 222 de 1995 - Viabilidad de acuerdos entre accionistas distintos de los regulados en el citado artículo.

APORTE

Oficio 220-038748 de 9 de junio de 2008 14

Las simples solicitudes de registros marcarios ante la Superintendencia de Industria y Comercio no pueden ser destinadas al capital de una sociedad a título de aportes en especie

APROBACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

Oficio 220-024208 de 17 de mayo de 2005 **20**

Consecuencias por la no aprobación de los estados financieros; quórum para disolver y liquidar voluntariamente la compañía; contratos en curso; nombramiento del liquidador y fijación de honorarios, entre otros temas.

CONFLICTO DE INTERESES

220-064318 de 11 de junio de 2006 **29**

Criterios que determinan conflictos de interés. Consecuencias por la inobservancia de las funciones y postulados que corresponden al representante legal

CONTRATO DE PRENDA

220-047380 de 26 de septiembre de 2007 **35**

El contrato de prenda - Cesión del derecho de participar en las deliberaciones del máximo órgano social y votar en ellas - Convocatoria - Oficios Nos. 220-024437 del 26 de mayo de 2003 y 220-034956 del 16 de julio de 2007.

Oficio 220-048566 de 4 de octubre de 2007 **40**

No se configura pluralidad por el socio y su acreedor prendario con derechos políticos para la toma de decisiones en la junta de socios

DERECHO DE RETIRO Y PREFERENCIA

220-053206 del 22 de octubre de 2005 **42**

El derecho de retiro frente a la Ley 226 de 1995

Oficio 220-037730 de 31 de julio de 2007 **45**

Derecho de preferencia frente a las operaciones de adquisición

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Oficio 220-085475 de 27 de agosto de 2008 **50**

Los seis meses que consagra el artículo 220 del Código de Comercio, no aplican para enervar causal de disolución por vencimiento del término de duración

Oficio 220-064645 de 9 de octubre de 1998 **52**

Competencia de la Superintendencia de Sociedades respecto de las discrepancias sobre la ocurrencia de las causales de disolución de las sociedades de hecho, a la luz del artículo 138 de la Ley 446 de 1998.

Oficio 220-021078 de 24 de abril de 2007 **58**

Inviabilidad para disminuir el capital social cuando se adelanta trámite liquidatorio.

Oficio 220-122627 de 3 de diciembre de 2008 **62**

Quien obró por última vez como liquidador es el llamado a recibir los activos aparecidos después de liquidada la sociedad, para efectos de adelantar la liquidación adicional

FUSIÓN Y ESCISIÓN

220-034391 del 16 de junio de 2006 **66**

Cambio de titularidad de las cuotas como consecuencia de un proceso de fusión, cuando la sociedad extranjera (socia) es absorbida por otra sociedad extranjera.

Oficio 220-005997 de 14 de febrero de 2005 **68**

La escisión y la fusión como mecanismos viables para concluir la liquidación.

Oficio 220-003637 de 20 de enero de 2005 **75**

Constitución de personas jurídicas no societarias como consecuencia de una escisión de sociedades.

Oficio 220-051140 de 13 de septiembre de 2005 **84**

De la integración patrimonial en la fusión internacional

Oficio 220-24356 de 14 de mayo de 2007 **94**

Fusión de dos empresas unipersonales.

Oficio 220-051421 de 25 de octubre de 2007 **97**

Sociedad extranjera - Escisión- Procedimiento de enajenación de una sucursal en Colombia cuando la sociedad extranjera realiza una escisión en el exterior

Oficio 220-021507 de 25 de abril de 2007 **100**

Fusión de sociedad colombiana como absorbida y sociedad extranjera como absorbente.

Oficio 220-084968 de 19 de junio de 2009 **103**

La fusión impropia y la reconstitución constituyen dos fenómenos jurídicos diferentes (Doctrina vigente de la Superintendencia de Sociedades)

GRUPOS EMPRESARIALES

100-64011 del 26 de noviembre de 1997 **111**

Concepto de "UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN".

Oficio 100-56079 de 16 de septiembre de 1998 **116**

Las entidades descentralizadas del Estado pueden tener la calidad de matrices o controlantes - Obligación de registro y preparación y difusión de los estados financieros consolidados

JUNTA DIRECTIVA Y REPRESENTANTE LEGAL

Oficio 220-056564 de 10 de julio de 2005 **122**

Del acceso a la información que tiene la junta directiva.

Oficio 220-003211 de 26 de enero de 2006 **124**

Renuncia de un miembro de junta directiva al cargo.

Oficio 220-22497 de 2 de mayo de 2007 **127**

Junta Directiva. No resulta obligatoria su conformación en las sociedades en comandita por acciones.

Oficio 220-087032 de 6 de septiembre de 2008 **128**

Las atribuciones de la junta directiva se ejercen por ésta como órgano y no por sus miembros individualmente considerados

Oficio 2008-01-166047 de 30 de julio de 2008 **134**

La cláusula de los estatutos que exige calidades especiales para detentar el cargo de gerente es ley para las partes

Oficio 220-000528 de 5 de enero de 2005 **136**

La responsabilidad del representante legal culmina previa renuncia del cargo, entre otros motivos, e inscripción de la misma en la Cámara de Comercio.

Oficio 220-121927 de 1o. de diciembre de 2008 **140**

Rendición provocada de cuentas.

FORMA DE CORREGIR ERRORES EN ACTAS

Oficio 220-032204 de 24 de junio de 2005 **146**

Mecanismos y procedimientos para subsanar omisiones o corregir inconsistencias en actas de junta directiva y en actas de asamblea

LIBROS DE CONTABILIDAD

Oficio 220-022017 de 21 de febrero de 2008 **149**

La utilización de medios electrónicos para llevar la contabilidad, no exime al comerciante de la obligación de diligenciar los movimientos contables en los libros físicos, debidamente registrados.

QUÓRUM Y MAYORÍAS

Oficio 220-017953 de 3 de abril de 2007 **156**

Alcances del artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

CUOTAS DADAS EN USUFRUCTO

Oficio 220-08934 de 14 de marzo de 1996 **160**

No se presenta pluralidad en la titularidad de las cuotas dadas en usufructo

REUNIÓN POR DERECHO PROPIO

Oficio 220-047808 de 14 de julio de 2008 **165**

Reunión por derecho propio - Los requisitos de modo, tiempo y lugar establecidos por el artículo 422 del Código de Comercio para dichas reuniones, no pueden ser variados por voluntad de los asociados

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS

Oficio 220-012950 del 27 de marzo de 1998 **168**

Abuso de la figura societaria - Levantamiento del velo corporativo

SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS

Oficio 220-041427 de 27 de juliio de 2006 **175**

Procedimiento para cerrar una sucursal de sociedad extranjera en Colombia y devolver dinero ingresado al exterior.

Oficio 220-045979 de 18 de agosto de 2006 **179**

Adquisición de acciones por conducto de una sucursal de sociedad extranjera - Procedimiento para enjugar pérdidas por parte de una sucursal de sociedad extranjera.

Oficio 220-033532 de 7 de julio de 2007 **182**

Sucursal de sociedad extranjera. Avalúo de aportes en especie.

Oficio 220-037204 de 28 de mayo de 2 **187**

Sociedades extranjeras, posibilidad de establecer más de una sucursal en Colombia

Oficio 220-104181 de 24 de octubre de 2008 **202**

Las sucursales de sociedades extranjeras no pueden ser objeto de fusión o escisión

UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN MERCANTIL

Oficio 220-066579 de 3 de diciembre de 1997 **206**

Sociedades civiles. Alcance de la unificación del régimen mercantil a las sociedades civiles.

UTILIDADES

Oficio 220-040257 de 17 de agosto de 2007 **214**

Solicitud de embargo de dividendos de un accionista cuando la asamblea ha decidido no repartir utilidades

Oficio 220-015670 de 22 de marzo de 2007 **220**

Adelanto de utilidades y préstamos a accionistas

SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

Oficio 220-047625 de 9 de marzo de 2009 **224**

Sociedades por acciones simplificadas - Normativa

Oficio 220-072559 de 13 de mayo de 2009 **226**

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008) - Documento privado de constitución, actos de nombramiento y reformas estatutarias-Autenticación de firmas.

Oficio 220-073736 de 19 de mayo de 2009 **229**

Sociedad por acciones simplificada - Registro del aumento del capital suscrito y pagado.

Oficio 220-065681 de 16 de abril de 2009 **231**

Constitución por suscripción sucesiva y autenticación por apoderado del documento de constitución

Oficio 220-038130 de 6 de febrero de 2009 **237**

Transformación de una sociedad anónima en causal de disolución por pérdidas a una sociedad por acciones simplificada (artículos 31 y 35 Ley 1258 de 2008)

Oficio 220-057303 de 25 de marzo de 2009 **244**

Sociedad por acciones simplificada - Fusión abreviada (Artículo 33 de la ley 1258 de 2008) - Una sociedad de Servicios Públicos Domiciliarios puede transformarse en S.A.S. con más de un accionista.

Oficio 220-068085 de 24 de abril de 2009 **253**

Razones que sustentan la obligatoriedad de tener revisor fiscal solo cuando la sociedad reúna los montos de activos o ingresos fijados en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.

Oficio 220-059633 de 3 de abril de 2009 **258**

Transformación de empresa unipersonal en sociedad por acciones simplificada y viceversa

Oficio 220-049533 de 11 de marzo de 2009 **261**

Transformación de empresa unipersonal y de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad por acciones simplificada

Oficio 220-059279 de 2 de abril de 2009 **264**

Transformación de sociedad del Código de Comercio en Sociedad por Acciones Simplificada (Ley 1258 de 2008) - Requisitos y formalidades

Oficio 220-057533 de 26 de marzo de 2009 **267**

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008) - Usufructo de acciones y creación de nuevas acciones

Oficio 220-057310 de 25 de marzo de 2009 **270**

Una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios puede constituirse como S.A.S. con más de un accionista - Acciones de Pago- Voto Múltiple - Fusión Abreviada (Artículo 33 de la Ley 1258 de 2008).

Oficio 220-039060 de 11 de febrero de 2009 **280**

La sociedad por acciones simplificada solo está obligada a tener revisor fiscal, cuando supere los montos de activos o ingresos consagrados en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990

Oficio 220-048079 de 10 de marzo de 2009 **284**

Transformación sociedades por acciones simplificada

Oficio 220-081096 de 4 de junio de 2009 **286**

Aplicación del artículo 46 de la Ley 1258 de 2008 - Transformación de Sociedades Unipersonales.

Oficio 220-081222 de 5 de junio de 2009 **287**

Sociedad por acciones simplificada, S.A.S.imposibilidad del anonimato de los accionistas - Régimen tributario.

Oficio 220-081657 de 9 de junio de 2009 **291**

La formación y funcionamiento de empresas de servicios públicos domiciliarios como sociedades por acciones simplificadas - Prevalencia de la Ley 142 de 1994 sobre la Ley 1258 de 2008

Oficio 220-081824 de 9 de junio de 2009 **296**

Para enervar causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida o por reducción del número mínimo de asociados a través del mecanismo de la transformación en sociedad por acciones simplificada, las sociedades del Código de Comercio cuentan con seis meses

Oficio 220-085176 de 22 de junio de 2009 **299**

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008) - Creación estatutaria de acciones de titular específico

Oficio 220-085649 de 26 de junio de 2009 **301**

Sociedad por acciones simplificada - Es viable enervar la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida, mediante la transformación en S.A.S (Artículo 35, parágrafo de la Ley 1258 de 2008) - Expedición y contenido de los títulos de acciones

Oficio 220-087094 de 2 de julio de 2009 **304**

Emisión y colocación de acciones y demás valores en sociedades por acciones simplificadas

Oficio 220-097548 de 6 de julio de 2009 **316**

Transformación de una sociedad anónima que se encuentra en la Ley 550 de 1999 a una sociedad por acciones simplificada de la Ley 1258 de 2

Oficio 220-097635 de 6 de julio de 2009 **317**

Solución de conflictos societarios en la sociedad por acciones simplificada (artículo 40 Ley 1258 de 200

Oficio 220-099852 de 20 de julio de 2009 **318**

Emisión - Las acciones de pago en las sociedades por acciones simplificadas - S.A.S.

Oficio 220-099861 de 20 de junio de 2009 **327**

Las empresas de vigilancia y seguridad privada no pueden constituirse ni transformarse en sociedades por acciones

simplificadas - Prevalencia del Decreto 356 de 1994 frente a la Ley 1258 de 2008

Oficio 220-113532 de 8 de septiembre de 2009 **330**

Modalidades de acciones que contempla la Ley 1258 de 2008 para las SAS

Oficio 220-114196 de 11 de septiembre de 2009 **332**

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008) - No es viable constituir una S.A.S en el exterior para que funcione en Colombia - Las acciones al portador no existen en el país.

Oficio 220-1199963 de 30 de septiembre de 2009 **340**

Sociedad por acciones simplificada - Fraccionamiento del voto (Artículo 23 de la Ley 1258 de 2008).

Oficio 220-120050 de 30 de septiembre de 2009 **343**

Aspectos varios relacionados con las Sociedades por Acciones Simplificadas.

Oficio 220-121561 de 2 de octubre de 2009 **353**

Sociedad por acciones simplificada - Las acciones y los demás valores que emita la sociedad no pueden inscribirse en el Registro Nacional de Valores ni negociarse en Bolsa - Es viable que una S.A.S. funcione como filial, mas no como sucursal de sociedad extranjera.

Oficio 220-121751 de 5 de octubre de 2009 **359**

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008). Es viable establecer un porcentaje mínimo de acciones del capital que tengan derecho a voto.

DOCTRINAS CONTABLES

363

CAPITAL

Oficio 100-06083 de 22 de febrero de 2002 **365**

Mecanismos para enjugar pérdidas en una sociedad que no está incursa en causal de disolución

Oficio 340-035202 del 22 de julio de 2002 **375**

Tratamiento contable de los aportes de industria o trabajo

Oficio 300-33793 de 13 de agosto de 2004 **377**

Disminución de capital con efectivo reembolso de aporte y ejercicio del derecho de retiro a valor intrínseco

Oficio 340-041799 del 10 de agosto de 2005 **383**

Procedimiento contable en la readquisición y cancelación de acciones propias readquiridas

Oficio 115-038798 de 9 de junio de 2008 **388**

Reconocimiento de hechos económicos luego de una cesión de cuotas y transformación de un ente económico, cuya ocurrencia y protocolización tienen lugar en ejercicios diferentes

DEPRECIACIÓN

Oficio 340-25458 de 14 de junio de 2001 **395**

Efecto del uso en la aplicación de la depreciación acelerada por turnos cuando exceden de los normales

Oficio 340-06229 de 2 de noviembre de 2005 **399**

El ente económico debe evaluar para cada clase de activo las tasas de depreciación a aplicar

DIFERENCIA EN CAMBIO

Oficio 100-77616 de 12 de agosto de 1999 **401**

Se debe registrar como diferido la diferencia en cambio en la ejecución de un proyecto de infraestructura a largo plazo

Oficio 115-118588 de 25 de noviembre de 2008 **406**

El ajuste por diferencia en cambio de las partidas representadas en moneda extranjera debe contabilizarse mínimo en forma mensual

Oficio 115-120791 de 26 de noviembre de 2008 **411**

Reconocimiento contable de la diferencia en cambio en anticipos sobre futuras exportaciones

ESCISIÓN Y FUSIÓN

Oficio 106-21318 de 7 de mayo de 1998 **412**

Tratamiento contable en el proceso de escisión

Oficio 340-31294 de 24 de julio de 2001 **418**

Capital de la nueva compañia cuando se fusionan dos o más sociedades

Oficio 340-061680 de 2 de noviembre de 2006 **420**

Al formalizarse una fusión de una controlante con su subordinada, el saldo del crédito mercantil adquirido permanece, siempre y cuando continuen las unidades de negocio que soportan el mismo

Oficio 115-038875 de 8 de agosto de 2007 **425**

La diferencia presentada en la eliminación del costo de la inversión de la matriz contra el patrimonio de la subordinada, en un proceso de fusión, debe afectar el estado de resultados

Oficio 115-111035 de 28 de agosto de 2009 **426**

Determinación y reconocimiento contable de la prima por fusión

ESTADOS FINANCIEROS

Oficio 340-45830 de 4 de agosto de 1998 **429**

Para que los estados financieros se tengan como certificados, es indispensable que se manifieste explícitamente por parte de las personas que los suscribieron

Oficio 125-10464 de 26 de marzo de 2001 **432**

Reconocimiento contable en la creación de una sucursal en el exterior

Oficio 125-048317 de 23 de septiembre de 2002 **435**

Integración de las operaciones del ente económico con sucursales en el exterior

Oficio 340-061889 de 9 de diciembre de 2002 **438**

Los estados financieros de períodos intermedios sirven de base para absorver pérdidas acumuladas, mas no las del ejercicio en curso

Oficio 115-035282 de 13 de mayo de 2008 **443**

Corrección de estados financieros

ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS

Oficio 220-15430 de 13 de abril de 1998 **445**

Subordinación de sociedades y consolidación de estados financieros

Oficio 125-22015 de 18 de marzo de 1999 **450**

Registro de la situación de control y presentación de estados financieros consolidados, cuando la matriz es un ente económico del exterior

Certificación de situaciones de control y grupos empresariales **454**

Oficio 125-60363 de 14 de septiembre de 2000 **455**

Sociedades en liquidación no se incluyen en el proceso de consolidación

Oficio 125-016689 de 26 de enero de 2006 **457**

Personas naturales controlantes y comerciantes obligadas a llevar contabilidad, deben preparar estados financieros consolidados

Oficio 115-049339 de 10 de octubre de 2007 **459**

Fecha de cierre de los estados financieros de la matriz y de las subordinadas para la preparación de los estados financieros consolidados

IMPUESTOS, GRAVÁMENES Y TASAS

Oficio 340-24582 de 21 de mayo de 1998 **463**

Las pérdidas fiscales determinadas con base en las declaraciones tributarias, que se permiten compensar con las rentas obtenidas en períodos gravables futuros, cumplen sólo propósitos fiscales y no contables

Oficio 340-108513 de 29 de noviembre de 1999 **466**

Procedimiento contable para el ajuste de la provisión del impuesto de renta y complementarios

Oficio 115-059861 de 19 de diciembre de 2007 **470**

Reconocimiento contable de los intereses presuntivos y de las pérdidas de años anteriores

INTANGIBLES

Oficio 340-12459 de 7 de marzo de 1997 **480**

Tratamiento contable de los bienes entregados en fiducia en garantía

Oficio 340-078 de 5 de enero de 1998 **483**

El crédito mercantil formado, no está sujeto a reconocimiento contable

Oficio 340-1249 de 15 de enero de 1999 **486**

La diferencia entre el valor en libros y el valor por el cual se celebra un contrato de fiducia en garantía, se debe registrar como una valorización

Oficio 340-049612 de 28 de noviembre de 2001 **487**

Reconocimiento contable en contratos de concesión

Oficio 340-035206 de 22 de julio de 2002 **490**

Las utilidades obtenidas de la enajenación de un contrato lease back no se pueden diferir hasta la retribución del mismo

Oficio 340-060625 de 17 de noviembre de 2004 **493**

Para que la marca sea reconocida contablemente, deben existir una serie de erogaciones claramente identificables

Oficio 340-000777 de 9 de enero de 2007 **495**

El mayor valor pagado por la adquisición de un establecimiento de comercio, debe registrarse contablemente como un activo intangible

Oficio 340-029125 de 5 de junio de 2007 **497**

Tratamiento contable de las franquicias

Oficio 340-033439 de 29 de junio de 2007 **499**

Tratamiento contable de los contratos de arrendamiento financiero (Leasing)

Oficio 115-019234 de 1o. de febrero de 2008 **507**

Registro de ingresos, costos y gastos, cuando se constituye un patrimonio autónomo (fideicomiso de administración) y el ente económico beneficiario de dicho patrimonio, se encarga de realizar la construcción

INVERSIONES

Oficio 340-70999 de 26 de julio de 1999 **511**

Las inversiones permanentes de no controlantes se deben contabilizar de acuerdo con la Circular No. 5 de noviembre de 1998, independientemente que origine causal de disolución

Oficio 340-061384 de 28 de octubre de 2005 **513**

Cuando se tiene o adquiere el control pagando un precio inferior al valor intrínseco, la inversión debe ser registrada por el costo de adquisición

Oficio 340-026406 de 24 de mayo de 2007 **516**

Las inversiones poseídas en sociedades en liquidación y con valor intrínseco negativo deben protegerse hasta el 100% de su costo

LIBROS DE CONTABILIDAD

Oficio 210-13156 de 30 de junio de 1994 **518**

Bajo la denominación de libros de comercio se encuentran los de contabilidad, los de actas de asambleas, de juntas de socios y de juntas directivas, los de registros de accionistas o socios

Oficio 310-23668 de 6 de junio de 1996 **521**

Validez del libro "Cuenta y Razón"

Oficio 220-069768 de 6 de diciembre de 2005 **522**

Conservación de libros y papeles del comerciante

Oficio 340-005149 de 8 de febrero de 2006 **531**

Conservación de libros y papeles de sociedades liquidadas

Oficio 220-022017 de 21 de febrero de 2008 **535**

La utilización de medios electrónicos para llevar la contabilidad, no exime al comerciante de la obligación de diligenciar los movimientos contables en los libros físicos, debidamente registrados

Oficio 115-052834 de 11 de noviembre de 2008 **542**

Fecha a partir de la cual se deben contar los diez años para conservar los libros y papeles del comerciante

MÉTODO DE PARTICIPACIÓN PATRIMONIAL

Oficio 100-51566 de 31 de agosto de 1998 **543**

En la aplicación del método de participación patrimonial únicamente de deben considerar las utilidades o pérdidas provenientes de operaciones celebradas de la subordinada con la matriz

Oficio 340-020931 de 2 de mayo de 2002 **546**

El método de participación no es un sistema de valuación de inversiones, es un procedimiento de registro contable

Oficio 340-060244 de 29 de noviembre de 2002 **548**

El valor que refleje la subordinada como prima en colocación de acciones no forma parte de las variaciones que registrará la matriz

Oficio 340-001772 de 18 de enero de 2005 **556**

Cuando se enajena la inversión y el porcentaje de participación de la sociedad disminuya y se pierda el control, debe abandonarse la aplicación del método de participación patrimonial

Oficio 340-011823 de 8 de marzo de 2005 **559**

Reinicio de la aplicación del método de participación patrimonial

Oficio 115-024083 de 4 de marzo de 2008 **566**

Reconocimiento contable de la diferencia en cambio de las inversiones en subordinadas del exterior

Oficio 115-133653 de 31 de diciembre de 2008 **569**

El reconocimiento de la diferencia en cambio de las inversiones en subordinadas en el exterior no da lugar a impuesto diferido

REVALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO

Oficio 220-6340 de 24 de febrero de 1995 **572**

La capitalización de la revalorización de patrimonio, utilizando un valor superior al nominal de las acciones, no es viable

Oficio 340-029123 de 5 de junio de 2007 **576**

Registro contable del impuesto al patrimonio

REVISORÍA FISCAL

Oficio 241-001221 de 21 de enero de 1993 **577**

Revisor fiscal de sucursal extranjera persona natural

Oficio 125-70386 de 31 de diciembre de 1997 **580**

Ejercicio de la revisoría fiscal en sociedades de un mismo grupo

Oficio 340-72295 de 30 de julio de 1999 **585**

El revisor fiscal no puede suministrar a ningún accionista de manera individual o particular, informes, datos ni explicaciones relacionadas con sus funciones

Oficio 340-95440 de 20 de octubre de 1999 **586**

No existe inhabilidad o incompatibilidad para que un contador público actúe como revisor fiscal de empresas que pertenezcan a los mismos socios

SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN

Oficio 340-026745 de 4 de junio de 2002 **589**

Créditos rechazados y extemporáneos en una sociedad en liquidación obligatoria

Oficio 340-064367 de 23 de diciembre de 2002 **596**

Constitución de reservas para el pago de créditos contingentes o litigiosos

Oficio 340-047239 de 29 de agosto de 2005 **600**

Las sociedades en liquidación deben llevar la contabilidad por el sistema de causación

Oficio 340-000823 de 11 de noviembre de 2005 **604**

La condonación total o parcial de acreencias generará un ingreso al ente económico

Oficio 340-019340 de 13 de abril de 2007 **606**

Para las sociedades en liquidación voluntaria la distribución anticipada de remanentes se debe registrar en el patrimonio

SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA

Oficio 310-29159 de 4 de julio de 1996 **608**

Tratamiento contable a las transferencias de divisas de la casa matriz para absorción de pérdidas

Oficio 340-060621 de 3 de diciembre de 2002 **609**

Determinación de la situación prevista en el artículo 490 del Código de Comercio, en una sucursal de sociedad extranjera

Oficio 340-063712 de 7 de diciembre de 2004 **611**

Las pérdidas acumuladas se pueden absorber contra el rubro inversión suplementaria al capital asignado

Oficio 340-064076 de 11 de noviembre de 2005 **613**

Una sucursal de sociedad extranjera puede constituirse con un aporte en especie

Oficio 115-047662 de 14 de julio de 2008 **616**

Registro del capital asignado de la sucursal de sociedad extranjera una vez incorporada al país

VALORIZACIONES

Oficio 330-32712 de 30 de mayo de 1995 **619**

No es procedente efectuar avalúos técnicos a las construcciones en curso, ni a la maquinaria en montaje

Oficio 340-40547 de 22 de julio de 1997 **620**

Se deben elaborar avalúos técnicos a las propiedades, planta y equipo, cuando su valor en libros supere veinte (20) salarios mínimos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993

Oficio 340-15002 de 1o de marzo de 1999 **622**

A las propiedades, planta y equipo que estén relacionadas con un convenio de asociación, no es procedente calcularles valorización o provisión

Oficio 340-63891 de 2 de octubre de 2000 **624**

Los bienes que forman parte de los inventarios no son susceptibles de valorizar

Oficio 340-039231 de 25 de septiembre de 2001 **625**

No es permitido netear el resultado de los avalúos técnicos practicados sobre varios inmuebles

ÍNDICES DE REFERENCIA **629**

TABLA DE TEMAS PRINCIPALES

DOCTRINAS JURÍDICAS **1**

ACCIONES, CUOTAS SOCIALES Y MAYORÍAS **3**

ACUERDO ENTRE SOCIOS **10**

APORTE **14**

APROBACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS **20**

CONFLICTO DE INTERESES **29**

CONTRATO DE PRENDA **35**

CUOTAS DADAS EN USUFRUCTO **160**

DERECHO DE RETIRO Y PREFERENCIA **42**

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN **50**

FORMA DE CORREGIR ERRORES EN ACTAS **146**

FUSIÓN Y ESCISIÓN **66**

GRUPOS EMPRESARIALES **111**

JUNTA DIRECTIVA Y REPRESENTANTE LEGAL **122**

LIBROS DE CONTABILIDAD **149**

QUÓRUM Y MAYORÍAS **156**

REUNIÓN POR DERECHO PROPIO 165

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS 168

SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS 224

SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS 175

UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN MERCANTIL 206

UTILIDADES 214

DOCTRINAS CONTABLES 363

CAPITAL 365

DEPRECIACIÓN 395

DIFERENCIA EN CAMBIO 401

ESCISIÓN Y FUSIÓN 412

ESTADOS FINANCIEROS 429

ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS 445

IMPUESTOS, GRAVÁMENES Y TASAS 463

INTANGIBLES 480

INVERSIONES 511

LIBROS DE CONTABILIDAD 518

MÉTODO DE PARTICIPACIÓN PATRIMONIAL 543

REVALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO 572

REVISORÍA FISCAL 577

SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN 589

SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA 608

VALORIZACIONES 619

CONVENCIONES:

Abc abc abc *abc abc abc* *abc abc abc* *abc abc abc.*	Raya vertical a la derecha de textos: indica textos que corresponden a transcripciones de normas, jurisprudencia, doctrina anterior o definiciones en un diccionario.
Abc abc abc abc abc abc abc abc abc.	Si el texto correspondiente no va en itálica significa que la transcripción no es literal.
Abc abc abc *abc abc .....*	El sentido de esta convención es diferenciar las posiciones jurídicas vigentes de la Superintendencia de Sociedades, de los textos de terceros.

SIGLAS:

BR	Banco de la República
SB	Superintendencia Bancaria
SF	Superintendencia Financiera
SS	Superintendencia de Sociedades
SV	Superintendencia de Valores

ABREVIATURAS:

Art., Arts.	Artículo, artículos
Lit., Lits.	Literal, literales
Num., Nums.	Numeral, numerales
Par.	Parágrafo

Doctrinas Jurídicas

ACCIONES, CUOTAS SOCIALES Y MAYORÍAS

Oficio 220-005125 de 2 de febrero de 2007

La autorización o no para colocar acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, depende de la causal de vigilancia.

Se consulta si de acuerdo con el Decreto 4350 de 2006, que *determina las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades,* vigente desde el 4 de diciembre de ese año, una sociedad sujeta a su vigilancia requiere autorización para la conversión de acciones ordinarias en acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, cuando ésta determinación fue adoptada por el máximo órgano social antes de la entrada en vigencia del mismo, pero aún no se ha formalizado.

Para resolver el asunto planteado se precisa traer a colación el siguiente articulado, contenido en el mencionado Decreto 4350, a saber:

*«**Artículo 1°.** Quedarán **sometidas a la vigilancia** de la Superintendencia de Sociedades, siempre y cuando no estén sujetas a la vigilancia de otra Superintendencia, las sociedades mercantiles y las empresas unipersonales que a 31 de diciembre de 2006, o al cierre de los ejercicios sociales posteriores, registren:*

*a) Un **total de activos** incluidos los ajustes integrales por inflación, superior al equivalente a **treinta mil (30.000)** salarios mínimos legales mensuales;*

*b) **Ingresos totales** incluidos los ajustes integrales por inflación, superiores al valor de **treinta mil (30.000) salarios mínimos** legales mensuales (....)».*

*«**Artículo 6°.** Respecto de las sociedades mercantiles y de las empresas unipersonales **a las que hace referencia el artículo 1° del presente decreto**, la Superintendencia de Sociedades ejercerá las facultades señaladas en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995, así:*

(...)

e) El numeral 9, a través de autorización de carácter general, que se entiende conferida por el presente decreto, sin perjuicio de su verificación posterior (...)» (Negrillas fuera de texto).

Por último, el artículo 8, dispone *«El presente decreto* ***rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 3100 de 1997*** *y todas las normas que le sean contrarias». (*Los destacados son nuestros*).*

En primer lugar, como se observa del texto del artículo 6° mencionado, el legislador hace una remisión expresa a lo dispuesto por el artículo 1°, por lo que de un simple análisis de los mismos, resulta claro que solo respecto de las sociedades mercantiles y las empresas unipersonales cuyos montos de activos y/o ingresos, sean iguales o superiores a los allí indicados, operaría la autorización de carácter general respecto de la colocación de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto (Art. 84, Núm. 9 de la Ley 222/95).

Dicho en otros términos, las sociedades o empresas unipersonales vigiladas por la Entidad por causal diferente a monto de activos y /o ingresos, deberán obtener del Despacho la autorización que la Ley 222 contempla.

Ahora bien, en materia de vigencia del decreto, el legislador fue también muy claro y preciso al determinar que el mismo rige a partir de la fecha de su publicación, por lo que sin consideración a la fecha de aprobación de la operación, de encontrarse la sociedad en alguno de los presupuestos de vigilancia con relación a los activos o ingresos, no requerirá pronunciamiento expreso y particular de la Entidad (Núm. 1°, Art. 53 C. P. M.)

Oficio 220-031701 de 21 de julio de 2005

Procedimiento para efectuar la venta de acciones

Se consulta acerca del procedimiento a seguir para la venta de acciones, teniendo en cuenta que hace dos años fueron ofrecidas por conducto del gerente sin que los socios se hubieren interesado en comprarlas y adicionalmente solicitan también asesoría en cuanto al mecanismo para determinar el valor de las mismas.

Como premisa general debe señalarse que uno de los elementos que tipifica la sociedad anónima, consiste en que el capital está representado en acciones, las cuales son libremente negociables, salvo los casos excepcionales taxativamente contemplados en el artículo 403 del Código de Comercio, entre ellos el que deriva del derecho de preferencia expresamente pactado en los términos del artículo 407 ibídem, en cuyo caso los mismos estatutos deben prever los plazos y las condiciones dentro de los cuales la sociedad y los accionistas deben ejercerlo.

En el entendido que la venta a la que la consulta alude, versa sobre acciones cuya negociación esté sujeta al derecho de preferencia y considerando que este Despacho se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre los distintos aspectos atinentes a ese tema, viene al caso efectuar una breve síntesis de los argumentos jurídicos que sustentan su doctrina, comenzando por precisar los alcances del derecho de preferencia.

Este en términos generales, es el derecho en virtud del cual determinada persona o grupo de personas tienen prioridad para la celebración o ejecución de un negocio o acto jurídico y en el caso concreto de la negociación de acciones, es aquel de que gozan los asociados a que se les prefiera antes que a un tercero para dicha negociación.

Por tanto, cuando el derecho de preferencia opera, cualquier asociado que pretenda enajenar total o parcialmente sus partes alícuotas, debe ofrecerlas por intermedio del representante legal a los demás socios, para que sean éstos en primer lugar quienes tengan la posibilidad de

adquirirlas, de manera que sólo si éstos manifiestan expresa o tácitamente su desinterés por todas o algunas, puedan ser adquiridas por terceros.

Ahora bien, la alusión a un **negocio jurídico** supone, aquel celebrado a consecuencia de una oferta, sujeta tanto a los plazos y condiciones previstos en los estatutos, como a la estructura jurídica que gobierna la oferta o propuesta, lo que de consiguiente remite a los requisitos generales establecidos en los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio.

Según la norma invocada, la oferta o propuesta del proyecto de negocio jurídico debe contener los elementos esenciales del mismo y ser comunicada al destinatario; a su vez el artículo 407 ibídem, como antes se indicó, establece que los plazos y condiciones se someterán a los estatutos, siendo claro que el precio y la forma de pago serán definidos en cada caso por los interesados, a su entera discreción.

En este evento el interesado es el enajenante, quien determinará expresamente en la oferta el valor de su acción y la forma como espera que sea cancelado su precio; de ahí que cualquier modificación a la misma significa que es otro el negocio jurídico ofrecido, según los términos del artículo 855 ídem.

En este orden de ideas, si el ofrecimiento no es aceptado por los beneficiarios del derecho de preferencia y hay un tercero interesado en comprar las acciones ofrecidas pero, a un precio diferente, se estará en presencia de una variación de las condiciones o una aceptación condicionada, por lo cual habrá de considerarse ésta como una nueva propuesta a la luz del citado artículo 855.

En consecuencia, al tratarse de un proyecto de negocio diferente al inicialmente ofrecido a los asociados, éste habrá de ser dirigido a los accionistas en los nuevos términos fijados por el enajenante, bien que la variación sea en precio o en las condiciones de pago, de forma que aquellos puedan considerar la nueva oferta y eventualmente aceptarla de acuerdo con nuevas condiciones.

«Así las cosas, el asociado que pretenda vender sus acciones, únicamente queda en completa libertad de venderlas a un tercero, cuando éste las acepte en las mismas condiciones propuestas a los accionistas.

Como corolario, debe decirse que el derecho de preferencia en la negociación de acciones se radica en cabeza de los asociados una vez realizada una oferta, al formularse la propuesta de un contrato que contiene todos los elementos del negocio que se pretende realizar. Si alguno de éstos varía, ya no es la misma oferta, y hacer una diferente implica activar nuevamente en cabeza de los consocios la facultad de aceptarla o desestimarla, con lo cual desplazarían cualquier intento de un tercero de hacer parte de la compañía, quien tendría que esperar el desinterés de los primeros llamados prioritariamente a aceptarla» (oficio 15213 de abril 20 de 2001).

Oficio 220-010526 de 27 de febrero de 2007

Transferencia de acciones

1. *En el caso de la separación de bienes, ¿los demás accionistas pueden ejercer el derecho de preferencia frente a las acciones que el accionista pretende traspasar a su cónyuge, también accionista, o el mismo no tiene aplicación?*

2. *¿Qué pasa con el derecho de preferencia en el caso de las sucesiones, si en los estatutos no hay nada pactado sobre el particular?*

Teniendo en cuenta que los dos son temas sobre los que este Despacho se ha pronunciado anteriormente, basta transcribir a continuación los apartes pertinentes de los oficios 220-51415 del 15 de agosto de 2000 y SL-100017 del 30 de abril de 1990, los que en su orden sustentan las consideraciones de orden jurídico que explican por qué, según el criterio de este Despacho, de estar consagrado el derecho de preferencia en la negociación de acciones sin prever nada al respecto, en el primer evento sería preciso agotar el trámite que el mencionado derecho comporta, en tanto que en el segundo no habría lugar a aplicar el mismo.

1. «Sobre el Derecho de Preferencia en la negociación de acciones y su extensión, esta entidad ha expresado en diversas oportunidades su criterio, así su posición se condensa en el concepto emitido a través del oficio 220-8228 del 6 de marzo de 1996....

De la lectura del mencionado oficio se establece de manera clara que conforme lo dispuesto en los artículos 379, numeral 3 y 403 del Código de Comercio, la regla general es que las acciones son libremente negociables, salvo que estatutariamente se pacte el derecho de preferencia, con el fin de buscar salvaguardar los intereses de las personas que inicialmente decidieron vincularse a la compañía.

Conlleva lo anterior entonces a que el mencionado derecho, una vez pactado se convierta en regla y se den por lo tanto todos los efectos que de él se derivan.

Así se reitera lo manifestado por la Doctrina, en cuanto que «es propósito fundamental del derecho de preferencia procurar que en todo caso las acciones que se vayan a negociar queden en poder de la sociedad o de los demás accionistas según se haya estipulado y que solo cuando aquella o éstos no quieran adquirirlas, puedan ofrecerse a terceros».

Es así como, una vez establecido el derecho citado, este opera en toda su extensión y por consiguiente, abarca indistintamente toda enajenación de acciones que tenga lugar en la sociedad, independientemente de la modalidad de la transacción que se lleve a cabo.

En este orden de ideas y siendo consecuentes con el criterio sostenido es dable concluir que la actuación del representante legal de la sociedad objeto de su consulta, en cuanto a negarse a inscribir la adjudicación de unas acciones realizada con ocasión de la liquidación de una sociedad conyugal, está en consonancia con los deberes que le asisten a los administradores, relacionados con el cumplimiento de los estatutos que le imponen velar por la sujeción al derecho de preferencia pactado en el contrato social.

En cuanto hace al acta de conciliación, basta afirmar que si bien ella presta mérito ejecutivo y el acuerdo tiene efectos de cosa juzgada, solo opera interpartes y no en este caso, frente a la sociedad, pues de ser así, se llegaría al absurdo de hacer nugatorias las cláusulas pactadas en los estatutos sociales. »

(...)

2 «Por otra parte, tratándose de transferencia de cuotas o acciones por sucesión mortis causa, tal figura (el derecho de preferencia) no puede mirarse dentro del contexto de lo que es la negociación o cesión, ya que éstas hacen relación a la transferencia por actos entre vivos y como lo ha dicho este Despacho en anteriores oportunidades, tales fenómenos jurídicos, en razón a su naturaleza y la forma como se produce el cambio de la titularidad de las de las partes alícuotas, son distintos, razón por la cual el derecho de preferencia predicable respecto de la negociación y de la cesión, no lo es en relación con el traspaso por causa de muerte.

(...)

«Para la sociedad primeramente citada, (anónima) no existe disposición legal en nuestro Código de Comercio que someta tal asunto a un trámite o regla especial, siendo indiferente en este tipo de sociedad la persona o personas que sustituyan en sus derechos y obligaciones al accionista que fallezca, por lo cual en el caso de las acciones, la transferencia de éstas en virtud de tal acto, es libre, en el sentido de que las mismas pueden adjudicarse a los herederos del causante o a personas distintas de éstas y en uno u otro caso, el adjudicatario adquiere plenamente la calidad de accionista una vez se inscriba en el libro de registro de accionistas el acto en virtud del cual se hubiere operado la adjudicación, sin requerir para ello condición o formalidad alguna, afirmación que tiene apoyo en los artículos 406 y 409 del Código en mención ....»

ACUERDO ENTRE SOCIOS

Oficio 220-071798 de 17 de julio de 2005

Artículo 70 de la Ley 222 de 1995 - Viabilidad de acuerdos entre accionistas distintos de los regulados en el citado artículo.

Me refiero a su escrito por medio del cual plantea los siguientes hechos para posteriormente formular algunos interrogantes relacionados con los mismos:

- *«Tres accionistas de una sociedad anónima, en ejecución de un acuerdo de reestructuración, quienes son administradores de la misma, celebran un acuerdo por medio del cual diciéndose controladores de todas las acciones que conforman el capital social de la misma, disponen que, en una fecha determinada, uno de ellos asuma exclusivamente el control y la administración de la sociedad, a cambio de lo cual, les promete entregar a los otros accionistas que suscriben el acuerdo, bienes en especie y dinero efectivo, en unos plazos determinados, al cabo de los cuales, se procedería a realizar una cesión o traspaso de acciones a favor del accionista que asume el control y administración de la sociedad.»*

Con base en lo anterior, de donde se infiere que la asunción del control de la sociedad por parte de uno de los accionistas suscriptores del acuerdo se hace a través de la enajenación de acciones que los suscriptores restantes realizan a favor de aquel, y de donde se entiende que la asunción de la administración exclusiva de la compañía por parte del comentado accionista suscriptor se configura mediante el compromiso de todos los firmantes del convenio de elegirlo como representante legal cuando dicha elección corresponda a la asamblea general de accionistas, a continuación se pasa a dar respuesta a cada uno de sus interrogantes en el mismo orden en que fueron planteados:

- *«A la luz de lo previsto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, ¿qué efectos jurídicos tiene un acuerdo de esta naturaleza, frente a la sociedad y a terceros, cuando uno o varios de los accionistas que lo*

suscriben tienen para ese momento la condición de administradores de la sociedad?»

En razón a que el convenio a que hace referencia su consulta involucra dos pactos, uno relativo al compromiso de enajenar las acciones a favor de uno de los accionistas suscriptores y otro relacionado con el voto en igual sentido para designar como representante legal a dicho asociado, se ha de manifestar que respecto del primero no opera la inhabilidad prevista en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, atinente a la imposibilidad de que accionistas administradores participen en acuerdos entre accionistas, habida cuenta que la comentada inhabilidad aplica solo para los sindicatos de voto regulados por el citado artículo 70, lo cual permite afirmar que en punto del segundo pacto sí opera la mencionada inhabilidad, en consideración a que los accionistas que celebraron el convenio al tiempo de su celebración detentaban la calidad de administradores, lo que trae como resultado que el acuerdo de votación esté viciado de nulidad absoluta, tanto por violar una norma imperativa (artículo 70 Ley 222 de 1995), como por desconocer la prohibición de ejecutar actos expresamente prohibidos por la ley (artículos 899 Num. 1° C.Co. y 1504 Inciso final C.C.).

- *«¿Qué efectos jurídicos tiene un acuerdo de esta naturaleza, cuando los celebrantes del mismo no representaban el cien por ciento (100%) de las acciones en que se encuentra distribuido el capital de la misma?»*

En el evento en el que los suscriptores del acuerdo no representaren el 100% de las acciones en que se encuentra dividido el capital de la compañía, es claro que en lo que respecta al pacto de enajenación de acciones el mismo no puede involucrar acciones que no pertenezcan a dichos suscriptores, pues los únicos llamados a disponer del derecho de enajenación de estas participaciones de capital son sus propios titulares, por lo que si el convenio hubiere comprometido el traspaso o venta de acciones de personas distintas a los suscriptores, el mismo no está llamado a producir sus efectos.

- *«¿Qué efectos jurídicos tiene un acuerdo de esta naturaleza, cuando dentro del mismo se incluyen otros 'acuerdos' relacionados con cesión de acciones, transferencia de bienes, etc.?»*

Sobre este particular, basta con traer a colación lo manifestado por esta Superintendencia en el Oficio 220-17650 del 18 de abril de 2002, en el cual expresó:

«A - En el artículo 70 de la Ley 222, sólo se consagra el denominado sindicato de voto, sin que ello sea impedimento alguno para que en ejercicio de la voluntad privada, se proceda a conformar otra clase de sindicatos.»

Ratifica esta posición la autorizada opinión del doctor Francisco Reyes Villamizar, el que en su libro Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos, Editado por la Cámara de Comercio, página 187, señala:

«el hecho de que la norma en cita restrinja los acuerdos vinculantes para la sociedad a los temas expresamente señalados, no quiere decir, en forma alguna, que no exista la posibilidad de que se celebren convenios sobre otros asuntos. Tal es el caso de aquellos como la compra o venta de las acciones, cuotas o partes de interés, condicionada a la ocurrencia de ciertos eventos, o el compromiso de mantener inmodificadas las proporciones de un determinado grupo de socios. Etc- Estos convenios seguirán siendo, como hasta ahora, plenamente válidos con la salvedad anotada de que no vincularán a la compañía ni a los demás asociados. Además no se requerirá que quienes celebren este tipo de convenios sean socios no administradores, pues esa exigencia se restringe a los pactos oponibles a la sociedad»

Sentado lo anterior, se ha de indicar que los efectos jurídicos de un convenio de sindicación de acciones celebrado en las condiciones planteadas en la consulta, depende de que sus estipulaciones no pugnen con la existencia de normas legales o cláusulas estatutarias imperativas.

- *«¿Un acuerdo de esta naturaleza es legalmente válido estando en ejecución un acuerdo de reestructuración con fundamento en lo dispuesto en la Ley 550 de 1999?»*

Sin que entre a pronunciarse el Despacho sobre la validez del convenio de sindicación de acciones celebrado en los términos reseñados en la consulta, se ha de manifestar que desde el punto de vista normativo no existe disposición alguna de la Ley 550 de 1999 que prohíba suscribir un acuerdo entre accionistas por el hecho de que se encuentre en ejecución un acuerdo de reestructuración, sin perjuicio de lo que en este último se hubiere pactado en cuanto a la negociación de acciones por parte de los asociados de la compañía en reestructuración.

- *«¿Dentro del 'acuerdo' de cesión de acciones es legalmente válido pactar que el cesionario pague el precio convenido con bienes pertenecientes a la misma sociedad?»*

Sin que se entre a calificar la validez o legalidad del pacto relativo a la futura negociación de acciones, y partiendo de la base de que la enajenación de acciones entre accionistas de una misma sociedad comporta un negocio jurídico entre ellos, en el que las acciones del vendedor salen de su patrimonio propio para pasar al patrimonio particular del comprador, y en donde los recursos con que se pagan las participaciones de capital se transfieren del patrimonio del comprador al del vendedor, se ha de señalar que no resulta jurídicamente viable pactar en un convenio de sindicación de acciones que en una operación privada de tal naturaleza las acciones se cancelen con bienes de la propia compañía, en razón a que los activos de una sociedad no están llamados a servir de medio de pago de las obligaciones que contraigan los asociados de la misma en sus negociaciones particulares, por virtud del principio de separación entre el patrimonio de la sociedad como persona jurídica y el de sus socios individualmente considerados (artículo 98 C.Co.).

- *«Como conclusión de lo anterior, ¿cuál es el alcance de los compromisos que en virtud del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, pueden hacer dos o más accionistas de una sociedad?»*

En cuanto a los alcances y restricciones del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, este Organismo mediante Oficio 220-17650 del 18 de abril de 2002 expresó:

«A - En el artículo 70 de la Ley 222, solo se consagra el denominado sindicato de voto, sin que ello sea impedimento alguno para que en ejercicio de la voluntad privada, se proceda a conformar otra clase de sindicatos.

B - Solo pueden hacer parte del sindicato de voto, los accionistas que bajo ninguna condición tengan la calidad de administradores, de donde se infiere de manera nítida, con relación a su segunda inquietud, que en ningún caso un administrador que a su vez sea accionista de la sociedad, puede formar parte de un acuerdo entre accionistas o de sindicato de accionistas.

C - Dentro del acuerdo de accionistas es perfectamente viable convenirse que uno o más de los accionistas que forman parte del acuerdo o un tercero represente a todos en una o más de las reuniones que celebre el máximo órgano social de la compañía.

D - El acuerdo entre accionistas debe constar por escrito y entregarse necesariamente al representante legal de la sociedad para su correspondiente depósito.»

APORTE

Oficio 220-038748 de 9 de junio de 2008

Las simples solicitudes de registros marcarios ante la Superintendencia de Industria y Comercio no pueden ser destinadas al capital de una sociedad a título de aportes en especie

Se formulan unos interrogantes sobre el aporte de unas marcas de una compañía panameña a una compañía colombiana, de unas marcas que aún no están registradas ante la Superintendencia de Industria y Comercio sino simplemente solicitado su registro.

Sobre el particular, y en aras de brindar una mayor claridad a la respuesta, es preciso en primer término hacer algunas consideraciones legales.

I. DERECHOS QUE PRODUCE EL REGISTRO DE LAS MARCAS ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y EFECTOS Y TRANSFERENCIA DE LA MERA SOLICITUD DE REGISTRO MARCARIO

En punto de los derechos que se derivan de la concesión del registro de las marcas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se ha de señalar que dicho registro detenta carácter constitutivo, toda vez que del mismo se deriva el nacimiento de los derechos de dominio sobre las marcas, de su uso exclusivo y de protección de las mismas (artículos 154 y ss Des. 486 de 2000 del Acuerdo de Cartagena).

A este respecto resulta pertinente traer a colación lo manifestado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el Concepto 00077998 del 27 de Octubre de 2000, a saber:

«El derecho sobre una marca se adquiere únicamente por medio del registro ante la oficina nacional competente, que para el caso colombiano es la Superintendencia de Industria y Comercio (1).

(...)

Lo anterior, se entiende mejor si tenemos en cuenta lo establecido por el Tribunal Andino de Justicia en el proceso 7 – IP – 98:

«La propiedad marcaria y su exclusividad nacen, según el sistema atributivo consagrado en la subregión, por el «registro» de la marca ante la respectiva oficina nacional competente.

«De esa consideración, se deduce que la marca que no se encuentre registrada no goza de protección jurídica, aunque sin embargo la solicitud de registro de una marca una vez presentada, otorga el llamado derecho de preferencia en la concesión de ese título marcario, consistente en que las posteriores solicitudes de una marca semejante o idéntica no podrán llegar a ser registros válidos si se toma en cuenta ese viejo aforismo del derecho, según el cual, el primero en el tiempo es el primero en el derecho.

«No obstante esa apreciación, es de vital importancia establecer que los derechos conferidos por una marca mediante los cuales su titular

podrá hacer uso exclusivo de ella e impedir que otras personas utilicen o soliciten registrar marcas idénticas o similares que puedan inducir al público a error, son derechos que sólo nacen de las marcas ya registradas y cuyo título legitima a la persona para que pueda ejercer los derechos incorporados en tal título.» (subrayado fuera de texto)»

De lo antes transcrito se desprende de un lado que el derecho de propiedad sobre las marcas, así como el derecho a su uso exclusivo, solo surge del registro de las mismas ante la Superintendencia de Industria y Comercio, y de otro que la solicitud del registro marcario ante dicha Entidad simplemente confiere el denominado derecho de preferencia o prioridad, consistente en que las solicitudes de registro de marcas semejantes o idénticas que se realicen con posterioridad no pueden llegar a convertirse en registros marcarios.

Es de señalar que la solicitud de registro de marcas constituye una mera expectativa mas no un derecho propiamente dicho. En este sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los siguientes términos:

«Es necesario admitir que en las renovaciones, la situación jurídica es diferente a la de una solicitud de registro. En primer término el titular se encuentra en goce del derecho de uso exclusivo de la marca, es decir, es titular de un derecho adquirido lo que no sucede en el solicitante del registro para quien sólo existe una mera expectativa.» (TJAC, Proceso 3-IP-96, Sent. dic. 11/96).

De lo anterior se infiere que mientras que el titular de una marca tiene el derecho de propiedad sobre la misma por el hecho del registro, el que simplemente ha presentado la solicitud de registro frente a la Superintendencia de Industria y Comercio, cuenta es con una mera expectativa de que dicha entidad va a conceder el registro marcario. Vale la pena mencionar que la solicitud de registro es susceptible de ser transferida, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 161 de la Decisión 486 de 2000 del Acuerdo de Cartagena.

II. LA SOLICITUD DE REGISTRO MARCARIO COMO APORTES SOCIALES

Señala el artículo 83 del Decreto 2649 de 1993: *«El capital representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores. (...)»*

De este precepto se desprende DE UNA PARTE que los aportes que realizan los asociados a una sociedad, se destinan en general a la ejecución de la actividad empresarial, Y DE OTRA QUE tales aportes constituyen la prenda común de los acreedores, habida cuenta que los mismos forman parte del capital y por consiguiente del patrimonio de la sociedad. Dicho en otras palabras, los aportes cumplen una doble función, la de servir de mecanismo para la explotación del objeto social, y la de fungir como garantía de los acreedores sociales.

En el caso de una simple solicitud de registro marcario, es de anotar que si bien la misma es susceptible de SER TRANSFERIDA, dicha solicitud no puede destinarse al capital de una sociedad a título de aportes sociales, ya que no cumple ninguna de las funciones antes referidas, valga decir, servir como recurso que permita o contribuya con la explotación del objeto social, y fungir como prenda común de los acreedores.

III. LAS MARCAS COMO INVERSIÓN DE CAPITAL DEL EXTERIOR

Prescribe el artículo 5° del Decreto 2080 de 2000: *«Las inversiones de capital del exterior podrán revestir, entre otras, las siguientes modalidades:*

(...)

c) Aportes en especie al capital de una empresa consistente en intangibles, tales como contribuciones tecnológicas, marcas y patentes en los términos que dispone el Código de Comercio;»

De la norma transcrita, la que se encuentra en armonía con el artículo 126 del Código de Comercio, se infiere que las marcas pueden ser

aportadas al capital de una compañía como aporte en especie, y que ello puede ser considerado como inversión extranjera, claro está, cuando quien realiza la aportación detenta la calidad de no residente.

Sin embargo, cuando la disposición utiliza el vocablo «marcas», se ha de entender que se trata de marcas debidamente registradas en la Superintendencia de Industria y Comercio, ya que hasta tanto no medie dicho registro no puede hablarse de la titularidad de las marcas ni del derecho al uso exclusivo de las mismas (artículo 154 Dec. 486 de 2000 A.C.), por razón de la naturaleza constitutiva del citado registro. Adicionalmente, porque para efectos de que el máximo órgano social apruebe el avalúo de las marcas como aporte en especie que es (artículo 132 C.Co.), es menester que ya exista el mencionado bien incorporal.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, se procede a dar respuesta a sus interrogantes como sigue:

- *«Cuando la sociedad extranjera aporta estas solicitudes de marca a la compañía colombiana, cuando éstas aún no están registradas en la Superintendencia de Industria y Comercio, ¿es viable que se considere inversión extranjera, su entrada en la participación accionaria?»*

De conformidad con el literal c) del artículo 5° del Decreto 2080 de 2000, se considera como una modalidad de inversión de capital del exterior el aporte de marcas al capital de una empresa, lo que permite concluir que el aporte de la simple solicitud de un registro marcario no constituye inversión extranjera.

- *«¿Es viable que la empresa receptora de este aporte, sabiendo que estas marcas aún no están registradas, lo haga participe en su composición accionaria equivalente a un 34%, por un costo de ocho millones de dólares?»*

En razón a que frente a la inexistencia de registro marcario no existen las marcas como bien intangible susceptible de valoración, no resulta posible que la sociedad colombiana proceda a hacerle partícipe de su

composición accionaria al inversionista extranjero (sociedad panameña). Además porque ante la falta de aportes no es viable conferir la calidad de accionista.

- *«Una vez se realice la venta de la totalidad de las acciones a la otra compañía colombiana, ¿es viable que ésta se descuente o amortice el valor correspondiente a las marcas y en caso afirmativo por qué tiempo?»*

Bajo el entendido de que no existen marcas sino sencillamente la solicitud del registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la que tal como se indicó solamente constituye una mera expectativa, y que por tal circunstancia el inversionista no puede ser considerado como asociado ante la ausencia de sus aportes, no puede hablarse de que las presuntas marcas hubieren entrado al patrimonio de la compañía, por lo que tampoco resulta viable afirmar que las marcas se involucren en una posterior venta de acciones.

- *«Al momento de vender la totalidad de las acciones a la otra sociedad colombiana, ¿tiene derecho la sociedad panameña por la parte que le corresponde, de enviar este dinero a su país de origen, es decir, a Panamá?»*

Sobre este punto es preciso manifestar que de acuerdo al artículo 10 literal d) del Decreto 2080 de 2000, hay lugar a los derechos cambiarios, entre los que se encuentra el de remitir al exterior, en moneda libremente convertible, las sumas recibidas producto de la enajenación de la inversión dentro del país, siempre que dicha inversión se hubiere efectuado en cumplimiento de las disposiciones del comentado decreto, lo que aplicado al caso planteado, en el que no se produjo inversión de capital por no existir el aporte de marcas al capital de la sociedad, permite concluir que no se configura derecho alguno para que en la presunta venta de acciones se pueda remitir a la sociedad de Panamá el dinero producto de dicha venta.

- *«¿Se puede considerar inversión extranjera este tipo de operación y conforme a derecho?»*

Toda vez que el literal c) del artículo 5° del Decreto 2080 de 2000, contempla como una modalidad de inversión extranjera el aporte de marcas, mas no de simples solicitudes de registros marcarios, se ha de concluir que la operación formulada no puede ser considerada como inversión extranjera de acuerdo a la legislación colombiana.

APROBACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

Oficio 220-024208 de 17 de mayo de 2005

Consecuencias por la no aprobación de los estados financieros; quórum para disolver y liquidar voluntariamente la compañía; contratos en curso; nombramiento del liquidador y fijación de honorarios, entre otros temas.

Previo al planteamiento de una serie de interrogantes surgidos en desarrollo de una asamblea ordinaria del máximo órgano social, suspendida, por falta de quórum al momento de tomar decisiones, se consulta lo siguiente:

1. «*Procedimiento y pasos a seguir cuando la asamblea injustificadamente no aprueba los estados financieros*».

En primer lugar, el artículo 187, numeral 2° del Código de Comercio, concordante con el artículo 446 ibídem, dispone que corresponde al máximo órgano social, entre otras funciones, «*Examinar y **aprobar o improbar** los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deben rendir los administradores*» (destacado fuera de texto), preceptiva tan clara que no da lugar a interpretación alguna, sencillamente los asociados, reunidos en asamblea general, deben aprobar o no los estados financieros, salvo que alguno de ellos se desempeñe como administrador o empleado de la compañía, caso en el cual deberá abstenerse de votar los balances y cuentas de gestión, según lo determina el artículo 185 ibídem.

Ahora bien, si los accionistas habilitados legalmente para considerar los estados financieros, se abstienen de pronunciarse afirmativa o negativamente, estarían incumpliendo uno de los deberes inherentes a la calidad que ostentan. Si bien es cierto nadie esta obligado a votar afirmativamente, el accionista en desacuerdo con los mismos deberá manifestar las razones de su inconformidad, para que la administración proceda a efectuar las correcciones o aclaraciones a que hubiere lugar, con el fin de que una vez subsanadas las irregularidades o hechas las correcciones o aclaraciones, ponga los estados financieros nuevamente a disposición de los asociados para que le impartan la aprobación correspondiente.

No obstante ser facultad del accionista la aprobación o no de los estados financieros de fin de ejercicio, actitudes caprichosas y arbitrarias que obstaculicen el normal desarrollo de la sociedad, son contrarias a la finalidad de crear sociedades, cual es la de repartirse utilidades entre los asociados obtenidas de la empresa o actividad social –Art. 98 del Código de Comercio–. Ante tal situación lo que procedería es la disolución y liquidación del ente social por la carencia de uno de los elementos del contrato societario, cual es la affectio societatis o ánimo de asociarse, procedimiento para el cual deberá acudirse ante los jueces competentes, sin perjuicio de las acciones que se puedan adelantar por los perjuicios que se causen a la sociedad, a los asociados y/o terceros en general.

No obstante lo anterior, si los estados financieros no fueron aprobados por la falta de quórum al momento de tomar la decisión, la persona facultada deberá nuevamente convocar al máximo órgano social para tales fines.

2. «*Porcentaje legal de votos que se necesitan para que la asamblea decida disolver y liquidar la sociedad*».

Conforme lo dispone el artículo en el artículo 218, numeral 6° del Código de Comercio, concordante con lo dispuesto en el artículo 219 ibídem, la sociedad disuelta por decisión de los asociados reunidos en asamblea o junta de socios comporta una reforma estatutaria que

deberá aprobarse con las mayorías previstas en los estatutos o en la ley para el efecto y sujetarse a las formalidades de que trata el artículo 158 Ib. En otras palabras significa que la reforma se entiende aprobada por decisión afirmativa de las mayorías previstas en el contrato de social para las reformas estatutarias.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, prescribió para las sociedades anónimas que las decisiones del máximo órgano social, incluyendo las reformas estatutarias, diferentes a los temas allí indicados, requieren de la mayoría de los votos presentes en la reunión.

No obstante, para la aplicación de las cláusulas contractuales vigentes al entrar a regir la mencionada Ley 222 o la legal mencionada, se hace necesario tener en cuenta la opinión de esta Entidad sobre el particular, contenida en el Oficio 220- 42826 del 8 de agosto de 1997, publicado en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000, Pág. 592 y ss., del cual resulta procedente transcribir algunos de sus apartes.

«(...) En lo que hace relación con las cláusulas contenidas en los estatutos que se adoptaron antes de entrar en vigencia la Ley 222 y que consagran un quórum o mayorías superiores a las consagradas en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, ha de estarse a lo dispuesto en la Ley 153 de 1887 que regula de manera integral los conflictos de las leyes en el tiempo y las relaciones entre los contratos y las nuevas leyes, cual es el caso objeto de análisis.

Al tenor del artículo 38 de la Ley 153/87. «En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración», lo que en síntesis se traduce en que las leyes nuevas no pueden alterar las relaciones contractuales, salvo los casos expresamente exceptuados por la misma ley.

Por lo antes dicho:

1. Si al amparo de la ley vigente al momento de la celebración del contrato o de la adopción de la correspondiente reforma estatutaria, se

estipularon cláusulas que exigían un ***quórum diferente o mayorías decisorias distintas a las que recientemente determinó la ley, o simplemente en su momento se guardo silencio sobre el particular acogiendo implícitamente el quórum o el régimen vigente sobre las mayorías decisorias, serán tales cláusulas o normas legales las que se seguirán aplicando hasta cuando la voluntad de las partes, expresada a través del órgano social competente y con el lleno de las formalidades legales y estatutarias a que haya lugar, decida modificarlas,*** *en cuyo evento, la determinación que se adopte habrá de sujetarse a lo que preceptúa la Ley 222....» (resaltado es nuestro).*

3. *«¿Quien pagaría las consecuencias de la liquidación y cómo se refleja en cada uno de los accionistas? Adicionalmente, ¿quien asumiría la liquidación voluntaria y cuáles serían sus honorarios?»*

Aunque el primero de los cuestionamientos no es claro, el Despacho entiende que el mismo se refiere a las implicaciones que comporta un proceso de liquidación frente a la cancelación de las obligaciones a cargo de la sociedad.

Sobre el particular, a grosso modo puede decirse que previa la elaboración y aprobación del inventario –Arts. 233 y siguientes del C. de Co.–, al liquidador de la sociedad corresponderá iniciar el pago de las obligaciones a cargo de la sociedad, observando para el efecto la prelación de los créditos, conforme lo señala el ordenamiento civil en su artículo 2488 y ss., de manera que si los activos no son suficientes, se cancelará hasta donde el monto de los activos alcance sin que el liquidador pueda preferir, a su arbitrio, a ningún acreedor.

Respecto a la responsabilidad de los accionistas frente a los terceros acreedores, pertinente resulta manifestarle que los accionistas en las sociedades anónimas solo responden por el monto total de la suscripción o suscripciones que haya hecho durante la existencia de la sociedad (Arts. 130 y 252 del Cód Cit.), salvo que se compruebe que la sociedad fue constituida para defraudar a los terceros, evento en el cual además de las acciones penales correspondientes responderá

con su patrimonio personal. Sin embargo, los terceros acreedores podrán perseguir los bienes de los accionistas, cuando a titulo personal hubieren garantizado el pago de las obligaciones sociales.

En cuanto al punto relacionado con el nombramiento y los honorarios del liquidador, una vez se decrete la disolución de la compañía, el máximo órgano social o a la junta directiva, según el caso, reunido con sujeción a lo prescrito en la ley o en los estatutos en cuanto a convocatoria y quórum se refiere, deberá efectuar la designación del principal y el suplente respectivo, así como fijarle sus honorarios, para que, previa su inscripción en la Cámara de Comercio, inicie las gestiones tendientes a la realización de los activos a fin de cancelar el pasivo externo de la sociedad, tal como lo señala el artículo 228 del Código Cit.

Ahora bien, si el liquidador designado se hubiere desempeñado como representante legal o administrador de la compañía, conforme con el artículo 230 del ordenamiento mercantil, debe presentar a la asamblea general las cuentas de su gestión, dentro de los días 30 siguientes a su designación.

Por último, téngase en cuenta que en los términos del artículo 22 de la Ley 222 de 1995, la calidad de administrador le impone al liquidador la función de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias -num. 2, art 23 ib.-, por lo que resulta obvio que cualquier omisión o extralimitación en las facultades, deberes y obligaciones que el cargo impone, lo hará responsable solidaria e ilimitadamente por los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a la sociedad, a los asociados y terceros en general, tal como lo prevé el artículo 200 C. de Co., modificado por el artículo 24 de la citada ley 222.

4. *«Si la sociedad se llega a liquidar voluntariamente, ¿qué pasa con las transacciones comerciales -contratos de compraventa- que la empresa está realizando actualmente con entidades públicas y privadas?»*

Si bien es cierto, cuando el ente societario se encuentra en la etapa de disolución y liquidación, conforme lo determina el artículo 222 del C. de Co. no puede iniciar nuevas operaciones en desarrollo del objeto social y la limitación de su capacidad jurídica se conserva únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación de la misma, también lo es que el numeral 1° del artículo 238 del Código de Comercio, expresamente dispone que corresponde al liquidador «*..**continuar y concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la disolución***», lo que significa que al liquidador le corresponde velar porque los negocios y las obligaciones adquiridas con anterioridad a la fecha de la disolución, se cumplan en la forma y términos inicialmente convenidos, es decir, el estado de disolución en nada afecta los compromisos adquiridos durante la existencia del ente jurídico.

5. *«Se consulta sobre la regulación del proceso de escisión de la Ley 222 de 1995».*

Sumado a la normativa que regula el tema de escisión, contenida básicamente entre el artículo 3° y el 17 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia ha expedido varias Circulares Externas sobre el tema, entre otros, la No. 10 de 1997, relacionada con el tema del derecho de retiro; la No. 7 del 2001, relacionada con los requisitos que deben acreditarse a efecto de que se imparta la autorización para la reforma respectiva y la No. 7 del 2004 que imparte otras instrucciones y modifica parcialmente la segunda citada.

6. *«¿Cuáles son las personas que pueden ingresar legalmente a la asamblea?:*

- *Accionistas y apoderados a la vez*
- *Accionistas y familiares (esposas, hijos, primos etc.)*
- *Asesores y accionistas a la vez»*

Con el fin de absolver el interrogante, es preciso establecer que la asamblea general de accionistas o junta de socios, la conforman

únicamente los socios o accionistas reunidos en la forma y términos establecidos en la ley o en los estatutos, afirmación que se infiere de la lectura del artículo 181 del Código de Comercio, cuando expresamente manifiesta que «*Los socios de toda compañía se reunirán en junta de socios o asamblea general....*»; del artículo 419 de la obra citada, al establecer que «*La asamblea general la constituirán los accionistas reunidos con el quórum y en las condiciones previstas en los estatutos*».

De los citados preceptos legales se llega a la conclusión que los asociados, personalmente o a través de apoderados, legalmente constituidos, en la forma y términos previstos en el artículo 184 de la misma obra, modificado por el artículo 18 de la Ley 222/95, son los únicos llamados a asistir, con derecho a voz y voto en las deliberaciones del máximo órgano social. Así las cosas, se puede afirmar que la asistencia de otras personas, como miembros de junta directiva, empleados de la compañía, familiares de accionistas, entre otras, que no ostenten la calidad de socio o accionista de la compañía les esta vedado concurrir a las sesiones del órgano rector, a menos que otra cosa decidan los asociados presentes en la reunión.

Aunque el derecho a voz y voto en las deliberaciones de la asamblea o junta de socios, solo se predica de quienes sean socios o accionistas, es preciso agregar que si las necesidades o temas a tratar en la reunión requieren de los conocimientos técnicos o especializados de un asesor, una vez haya culminado su intervenido, el invitado deberá retirarse del recinto, si otra cosa no deciden los asociados. Ahora bien, si se trata de asesores que acompañan a los accionistas para que presten sus servicios de manera individual, es pertinente la anotación anterior, es decir, permanecerán en el lugar si así lo autorizan los asambleístas.

Con relación a la presencia simultanea del accionista y su apoderado, se trae a colación el concepto publicado en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos, 2000 – 2004, Pág. 439, que frente a la pregunta si es posible «*Establecer en los estatutos sociales que, a la*

reunión no puede asistir de manera conjunta el poderdante y el apoderado», la Entidad en uno de sus apartes expresó:

«*(....) En recientes pronunciamientos, Vr. Gr. Oficio 220-51101, publicado en Internet el 30 de diciembre del 2001, frente a una consulta relacionada con la posibilidad que un socio y su mandante asistan en forma concomitante a la reunión del órgano rector y si en tal caso ambos tienen voz y voto en la asamblea o junta o, si por el contrario, la asistencia del accionista supone la revocatoria del poder otorgado, y por ende el mencionado órgano puede ordenar el retiro del apoderado, esta Oficina expresó: «(...) cuando una persona otorga a otra un poder especial para la gestión de uno o más negocios, celebra un contrato de mandato en los términos del artículo 2142 del Código Civil ....*

Este contrato tiene formas de terminación establecidas en el ordenamiento citado, conforme con el cual el mandato expira entre otras causales por la revocación del mandante (artículo 2189 Op. Cit). Esta revocación puede ser expresa o tácita, la última se produce cuando se encarga del mismo negocio a persona distinta del primer mandatario (artículo 2190 ibídem).

Ahora bien, con más razón debe predicarse la revocatoria tácita cuando el objeto del contrato mismo desaparece, es decir, cuando ya no se requiere actuar por tercera persona para ejercer los derechos o adquirir obligaciones. En efecto, en este evento, la causa misma de la relación contractual desaparece y con ella uno de los elementos de existencia del contrato de mandato.

En consecuencia, habida cuenta que el máximo órgano social se integra únicamente con los asociados es a ellos a quienes corresponde decidir, en los términos de la ley y de los estatutos, si se acepta la asistencia a la reunión de una persona que legalmente no tiene derecho para deliberar o decidir o siquiera asistir a la reunión de un órgano colegiado de carácter societario.

Para resumir .... debe señalarse que un socio y su apoderado no pueden participar en forma simultánea en las reuniones que celebre la asamblea o junta ni, obviamente, deliberar o decidir conjuntamente en ellas, lo que no obsta para que se le permita al socio en un momento dado, ser asistido por su apoderado en el entendido que actuará en tales circunstancias como asesor suyo, pero sin voz ni voto en la sesión respectiva, de donde igualmente resulta claro (sic) cualquier injerencia o perturbación de la reunión puede conducir a la toma de las medidas que el órgano social estime pertinentes para garantizar su normal funcionamiento (....)».

7. *«¿Cuál es el tiempo prudencial que se le puede otorgar a los accionistas y miembros de junta directiva cuando durante el desarrollo de la asamblea piden la palabra?»*

No existe en el ordenamiento jurídico regulación legal al respecto, por lo que será el presidente de la asamblea quien de manera **equitativa y razonable** otorgue el uso de la palabra durante el desarrollo de la misma.

8. Sí todos los libros y soportes estuvieron a disposición de los accionistas durante el termino de la convocatoria (15 días hábiles), es lógico y legal solicitarlos durante el desarrollo de la asamblea.

Aunque no existe en el ordenamiento mercantil norma que resuelva de manera puntual el tema, es claro que la finalidad del derecho de inspección es precisamente que los accionistas analicen y examinen los libros, el balance, los informes y demás documentos de la compañía durante el termino de convocatoria, para que si requieren aclaraciones o explicaciones puedan ser solicitadas y atendidas por los administradores y revisor fiscal, si fuere el caso, durante el desarrollo de la asamblea, lo que no obsta para que, con la aquiescencia de los accionistas, se facilite alguno de los documentos e información que sea solicitado.

CONFLICTO DE INTERESES

220-064318 de 11 de junio de 2006

Criterios que determinan conflictos de interés. Consecuencias por la inobservancia de las funciones y postulados que corresponden al representante legal

Se pone de presente el caso de un ex representante legal de una compañía, quien antes de ser removida del cargo por la junta directiva suscribió dos (2) pagarés en nombre de la sociedad que representaba y a su favor, por concepto de prestación de servicios profesionales que se habrían causado, el primero, por asesoría profesional antes de la constitución de la compañía, y el segundo, por aparecer como representante durante tres (3) años, tiempo durante el cual la sociedad se mantuvo inactiva y la junta directiva no fijó honorarios por disposición de los asociados, hasta tanto saliera del estado de iliquidez, ni la autorizó para extender contrato alguno a sí misma.

Al respecto se consulta:

1. *«¿La representante legal estaría incursa en un conflicto de interés al momento de expedir los títulos a su favor, sin mediar autorización de la asamblea y al fijarse unos honorarios no definidos por el órgano competente?»*

2. *«Si estaría obligada a solicitar autorización de la junta directiva teniendo en cuenta que en los estatutos se contempla: 'El Gerente no podrá otorgar..... o suscribir títulos valores de contenido crediticio en nombre de la Compañía cuando falte la correspondiente contraprestación cambiaria a favor de ella, a menos que sea expresamente autorizado por la Junta Directiva, y a condición de que la Compañía derive provecho de la operación'».*

3. *«En caso afirmativo de cualquiera de los interrogantes planteados, indaga por las consecuencias de tales actos».*

Para responder el Despacho precisa lo siguiente:

El legislador en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, exige de los administradores, entre ellos el representante legal de la compañía –Art. 22 ibídem– «... ***obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios***», principios que deben observarse en todas las actuaciones que realice en el ejercicio del cargo, en pro de los intereses de la sociedad, de los asociados y de los terceros en general, y dispuso que en desarrollo de sus funciones deben:

*«2. **Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias**» y «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» (Resaltado fuera de texto).

Al paso que en el artículo 24 subsiguiente, modificatorio del artículo 200 del C. de Co., contempla que los administradores son solidaria e ilimitadamente responsables de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los asociados y a terceros, pero además agrega:

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

Ahora bien, en materia de conflictos de interés, esta Superintendencia mediante la Circular Externa 20 del 4 de noviembre de 1997, fijó

algunos criterios sobre el particular. En el texto de la misma se advierten los siguientes apartes:

«(...)

CONCEPTO

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

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

La duda respecto a la configuración de los actos de competencia o de conflicto de interés, no exime al administrador de la obligación de abstenerse de participar en las actividades respectivas debiendo informar al máximo órgano social su caso, informándole de cuanto le permita a ese órgano conocer el detalle del caso.

*Es preciso advertir que la prohibición para los administradores está referida a la participación en los actos que impliquen conflicto de interés o competencia con el ente societario. En este orden de ideas, cuando el administrador que tenga alguna participación en un acto de competencia o se encuentre en una situación de conflicto, sea miembro de un cuerpo colegiado - como sería el caso de la junta directiva - **para legitimar su actuación** no es suficiente abstenerse de intervenir en las decisiones, pues la restricción, como quedó dicho, tiene por objeto impedir la participación en actos de competencia o en actos respecto de los cuales exista una situación de conflicto, salvo **autorización expresa del máximo órgano social**, mas no su intervención en la decisión.*

En los eventos señalados, el administrador pondrá en conocimiento de la junta de socios o de la asamblea general de accionistas esa

circunstancia, debiendo igualmente suministrarle toda la información que sea relevante para que adopte la decisión que estime pertinente. El cumplimiento de tal obligación, comprende la convocatoria del máximo órgano social, cuando quiera que el administrador se encuentre legitimado para hacerlo. En caso contrario deberá poner en conocimiento su situación a las personas facultadas para ello con el fin de que procedan a efectuarla.

La información relevante debe tener la idoneidad suficiente para que el máximo órgano social logre conocer la dimensión real del asunto y pueda, así, determinar la viabilidad de la autorización que le interesa al administrador o, en caso contrario, obrar de otra manera (....)».

Adicional a la preceptiva y argumentación citada se precisa lo siguiente:

1. Conforme con las disposiciones mercantiles, una de ellas el Art. 196, las limitaciones o restricciones a las facultades conferidas al representante legal, en razón a la contratación por ejemplo, deben constar en los estatutos, en caso contrario debe entenderse facultado para celebrar cualquier acto o contrato comprendido en desarrollo del objeto social y para el buen funcionamiento del ente jurídico. Dicho en otras palabras, salvo disposición estatutaria en contrario, no existe prohibición o impedimento legal alguno para que un administrador, en el ejercicio de sus funciones, comprometa a la sociedad suscribiendo en nombre de ésta títulos valores, entre otros.

2. El artículo 440 del mismo ordenamiento dispone que la designación del representante legal de una sociedad anónima, está en cabeza de la junta directiva, órgano social a quien le corresponde también fijar la remuneración, salvo que estatutariamente tal facultad halla sido deferida en la asamblea general de accionistas.

Así las cosas, del cotejo de las normas y argumentación expuestas, frente a la situación planteada en la que la ex representante legal, aún cuando también ostenta la calidad de accionista de la compañía, comprometió a la sociedad que representaba, girando títulos valores a su favor, como persona natural, por prestación de servicios, en el

primer caso, suscribe un pagaré por concepto de asesoría profesional prestada antes de la constitución de la compañía; en el segundo, por honorarios dejados de percibir durante tres (3) años, no obstante que esa facultad, de acuerdo al contrato social, es privativa de la junta directiva, se colige lo siguiente:

Un primer comentario, las situaciones anotadas no se encuentran reguladas expresamente en las disposiciones mercantiles, como tampoco las determina la ley a manera de impedimento o prohibición en el ejercicio del cargo del representante legal, por lo que luego de su análisis, en la primera de ellas, el Despacho considera que la representante legal de la compañía actuó conforme a derecho, si la obligación se encontraba registrada y debidamente soportada en la contabilidad de la compañía, información contable que dicho sea de paso, debió someterla a consideración del máximo órgano social para su aprobación o improbación, en caso contrario, no cabe duda que la actuación sería violatoria de una de las obligaciones que le corresponde, cual es, la de velar por el estricto cumplimiento de la ley.

En la segunda situación, de acuerdo con el contrato de sociedad, la designación y, por supuesto, la fijación de honorarios del representante legal correspondía de manera privativa a la junta directiva. Obviar tal formalidad, como aquí ocurrió, fue violatorio de la ley, de los estatutos y de las decisiones adoptadas por el órgano social que determinó no fijar honorarios, tratándose de accionistas designados para tal cargo, hasta cuando la sociedad superara el estado de inactividad e iliquidez en la que se encontraba, lo que podría dar lugar a la declaratoria de nulidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 190 C. de Co.

Con relación al posible conflicto de interés, esta Oficina no evidencia los criterios que la determinan, entre otras, por las siguientes razones:

1. Como bien puede analizarse, los actos ejecutados por la ex representante legal escapan al concepto y criterios que definen el conflicto de interés contenido en la mencionada Circular, que se presenta

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

2. Tampoco es posible aplicar lo relativo a la autorización que en tales casos podría impartir el máximo órgano social, previa evaluación de la información, entre otros asuntos, de los factores económicos, la posición de la sociedad en el mercado y las consecuencias del acto sobre los negocios sociales. En el caso expuesto, si bien es posible que las actuaciones hayan causado un perjuicio a los intereses económicos de la compañía, en modo alguno aquellos podrían causar un daño o deterioro en las operaciones que desarrolla la sociedad o impedir su normal funcionamiento.

Lo precedente explica que, en el presente caso, no se presenta conflicto de interés, además porque situaciones como las que se examinan no podrían legitimarse ni siquiera con la autorización del máximo órgano social, es por ello que, con sujeción a las disposiciones mencionadas y a los argumentos antes expuestos, se concluye que la ex representante legal de la compañía, en los presupuestos mencionados, ha incurrido en el incumplimiento de la ley, amén de los postulados que de manera obligatoria debe observar un buen hombre de negocios.

Así las cosas, en consideración a que se trata de actos realizados por quien en su momento ejerció el cargo de representante legal de la compañía, además de las acciones penales, si de lo que se trata es la posible comisión de hechos punibles, el legislador contempló la responsabilidad solidaria e ilimitadamente de los administradores por los perjuicios que, por dolo o culpa, ocasionen a la sociedad, a los asociados y a terceros, asunto que requiere de una decisión judicial, a quien corresponde además determinar la violación a los postulados antes mencionados.

CONTRATO DE PRENDA

220-047380 de 26 de septiembre de 2007

El contrato de prenda - Cesión del derecho de participar en las deliberaciones del máximo órgano social y votar en ellas - Convocatoria - Oficios Nos. 220-024437 del 26 de mayo de 2003 y 220-034956 del 16 de julio de 2007.

Se consulta al Despacho sobre la posibilidad de aclarar o modificar el concepto emitido mediante oficio 220-034956 del 16 de julio de 2007 en el cual esta Superintendencia conceptuó:

«No existiendo impedimento en el contrato de sociedad, la prenda puede conferirse en los términos que su titular a bien tenga, por lo que si la prenda sobre las cuotas sociales implica el derecho de deliberar y decidir, en opinión de este Despacho, bien puede la sociedad abstenerse de convocar al socio o socios titulares (deudores), pues es claro que los derechos de deliberación y de decisión por su voluntad han sido cedidos al acreedor prendario.» (Subrayado fuera del texto).

Con el fin de dilucidar el asunto propuesto, esta Superintendencia ha considerado conveniente efectuar un nuevo análisis a la doctrina expedida sobre el tema conjuntamente con la normatividad establecida para el efecto en el Código de Comercio, para luego determinar la viabilidad de aclarar, modificar, recoger o confirmar la doctrina aludida.

1. ANTECEDENTES DOCTRINALES

Sobre el asunto que nos ocupa, esto es, si debe convocarse a reuniones del máximo órgano social al acreedor prendario o al socio deudor o ambos, la Superintendencia de Sociedades se ha pronunciado en las siguientes oportunidades:

Oficio 220-024437 de 26 de mayo de 2003

«Es pertinente señalar que de lo expuesto en el oficio cuya fotocopia se acompaña, no se advierte restricción jurídica alguna que impida

que la prenda sobre cuotas pueda involucrar los derechos inherentes a la calidad de socio siempre que haya pacto expreso al respecto (artículo 411 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 372 ibídem), evento en el cual habrá de convocarse al socio a las reuniones del máximo órgano social, quien deberá poner en conocimiento inmediato del acreedor la convocatoria, a efectos de posibilitar el ejercicio de los derechos inherentes a la calidad de socio, en los términos del contrato de prenda. De la misma forma, la clasificación de las sociedades a que usted se refiere no es de orden legal sino doctrinario y jurisprudencial, no obstante lo cual, el contrato de prenda es jurídicamente posible aún tratándose de partes de interés.

En respuesta al cuarto de los interrogantes planteados, se destaca que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 186 y 190 del Estatuto Mercantil, las deficiencias en la convocatoria a reuniones del máximo órgano social, hace que las decisiones adoptadas se encuentren afectadas de ineficacia.

No obstante, se reitera e insiste, frente al caso de la prenda sobre cuotas sociales que involucre los derechos políticos derivados de la condición de socios, en opinión de este Organismo no hay lugar a convocar al acreedor prendario habida cuenta que el contrato que garantiza la obligación no tiene la virtud de sustituir a un asociado por otro, máxime en una sociedad de base personalista, como en el presente caso.

Resulta indispensable hacer énfasis en el hecho de que para que el socio constituya prenda sobre sus cuotas, no se requiere que medie la anuencia de sus con asociados ni la de la junta de socios, razón por la cual mal podría utilizarse la garantía en cuestión para constituirse en una compuerta que de lugar a la «cesión» que comporte el cambio de titularidad de cuotas sociales.

Así las cosas, habrá de ser el propio deudor quien ponga en inmediato conocimiento de su acreedor la convocatoria que le fue efectuada, a efectos de posibilitar el cabal ejercicio de los derechos conferidos a este último a través del contrato de prenda». (...)

«Igualmente, debe recalcarse que la condición de socio no es igual al ejercicio de los derechos derivados del carácter de socio, toda vez que, se reitera, la prenda se reduce a ser garantía o lo que es lo mismo seguridad, de manera que su alcance no puede ser el de reemplazar un socio por su acreedor.

Finalmente, para este Organismo es claro que el contrato de prenda puede incluir tanto los derechos económicos como los políticos derivados de la calidad de asociado. Y que los derechos inherentes a dicho pacto se podrán ejercer, en este caso a partir de su registro».

Oficio 220-034956 de 16 de julio de 2007

En el oficio mencionado se realizó la siguiente pregunta:

«1. Sí de acuerdo con las normas vigentes, la sociedad se encuentra obligada a convocar a la junta de socios a aquellos socios que en virtud de la prenda no tienen derecho a deliberar, votar ni percibir utilidades. Lo expuesto por cuanto algunos de los administradores de la sociedad son de la opinión que la convocatoria debe también dirigirse a los socios que tienen sus cuotas gravadas.»

El Despacho después de invocar la normatividad civil y comercial relacionada con la prenda expresó:

«Sumado a la normativa mencionada, es pertinente comentarle que como algunos de los interrogantes planteados encuentran respuesta en pronunciamientos anteriormente proferidos por el Despacho, me permito traer a colación algunos de sus apartes, a saber: en Oficio 220- 12546 de.7 de marzo de 2007, frente a la pregunta «Es posible si o no que en caso de celebrar el contrato de prenda sobre las acciones del socio, el acreedor pueda obtener y disponer de todos los derechos y facultades personales que la ley le confiere al socio, ósea (sic) el deudor?

Luego del análisis de algunas de las normas citadas, la Entidad expresó:

«De las normas transcritas se deduce que el titular de unas acciones puede constituir prenda sobre ellas y ceder sus derechos como accionista, señalando expresamente en el contrato cuáles de ellos son los que le cede al acreedor prendario».

Frente al interrogante «¿Es posible si o no conforme a derecho, que en caso de transmitir el socio (deudor) al acreedor prendario los derechos y facultades inherentes a su calidad y siendo el acreedor un ente jurídico pueda éste actuar como tal en la sociedad?», se precisó: «... en caso de que el acreedor prendario sea una persona jurídica, podrá ejercer los derechos otorgados en el contrato de prenda mediante su representante legal o apoderado que constituya para el efecto.

Entonces, tal como se desprende tanto de las normas como del oficio citado, es claro, en primer lugar, la viabilidad y procedencia para constituir prenda sobre las cuotas sociales; en segundo lugar, los derechos políticos y/o económicos derivados de la calidad de asociados pueden ser objeto de la prenda. Sin embargo, serán los partes dentro del contrato, en ejercicio de la voluntad privada, las que determinen de manera clara y expresa los derechos conferidos o aquellos que se reserva el titular de las cuotas sociales, salvo que estatutariamente en el contrato de sociedad se haya regulado otra cosa, es decir, que haya impuesto a los asociados la prohibición para disponer del derecho a deliberar y decidir.

No existiendo impedimento en el contrato de sociedad, la prenda puede conferirse en los términos que su titular a bien tenga, por lo que si la prenda sobre las cuotas sociales implica el derecho a deliberar y decidir, en opinión de este Despacho, bien puede la sociedad abstenerse de convocar al socio o socios titulares (deudores), pues es claro que los derechos de deliberación y de decisión por su voluntad han sido cedidos al acreedor prendario».

2. CONCLUSIÓN

Del contenido de los oficios transcritos se desprende lo siguiente:

En el oficio 220-034956 del 16 de julio de 2007, sobre el tema en estudio, se expresó que en el evento que el contrato de prenda involucrará derechos inherentes a la calidad de socio, la sociedad, bien puede abstenerse de convocar a reuniones del máximo órgano social, al deudor prendario o socio.

La Superintendencia de Sociedades, al estudiar de manera particular el evento en el que a través de un contrato de prenda, es cedido como garantía el derecho otorgado al accionista o socio en el numeral 1°- del artículo 379 del Código de Comercio, esto es, participar en las deliberaciones de la asamblea de accionistas y votar en ellas, consideró que en estos casos, es viable abstenerse de convocar al deudor prendario en la medida que este derecho, el de participar en las deliberaciones del máximo órgano social y votar en él, incorpora de suyo la convocatoria, pues sin ella no podría hacerse efectivo el derecho cedido.

Y es que no podría ser de otra forma, por cuanto bajo el principio de que las normas y los contratos deben interpretarse de tal manera que produzcan los efectos queridos, a quien le es cedido un derecho debe dársele los instrumentos o herramientas para ejercitarlos sin obstáculos, tropiezos y de manera oportuna.

Es por lo anterior, en concepto de esta Entidad, que cuando el contrato de prenda involucre el derecho a participar en las deliberaciones del máximo órgano social y votar en el mismo, la sociedad podrá remitir la convocatoria respectiva al acreedor prendario.

Oficio 220-048566 de 4 de octubre de 2007

No se configura pluralidad por el socio y su acreedor prendario con derechos políticos para la toma de decisiones en la junta de socios

Se consulta sobre la configuración de las mayorías decisorias en una sociedad de responsabilidad limitada conformada por dos socios, en donde uno de ellos constituye prenda sobre parte de sus cuotas sociales, otorgándole derechos políticos al acreedor prendario.

Dispone el artículo 359 del Código de Comercio: «En la junta de socios cada uno tendrá tantos votos cuantas cuotas posea en la compañía. Las decisiones de la junta de socios se tomarán por un número plural de socios que represente la mayoría absoluta de las cuotas en que se halle dividido el capital de la compañía.

En los estatutos podrá estipularse que en lugar de la absoluta se requerirá una mayoría decisoria superior».

De la norma transcrita se desprende que las **decisiones** en la junta de socios de una sociedad de responsabilidad limitada deben reunir los siguientes requisitos, so pena de que las mismas estén viciadas de nulidad absoluta, en los términos de los artículos 190 y 899 numeral 1° del Estatuto Mercantil:

- Que se adopten por un **número plural de socios,** valga decir, por dos o más personas que ostenten tal calidad de acuerdo con el libro de registro de socios (artículo 361 C.Co).

- Que ese número plural de socios represente por lo menos la mayoría absoluta de las cuotas en que se divide el capital social, o la mayoría superior que se haya estipulado en los estatutos.

Conforme con lo anterior se ha de señalar que no resulta jurídicamente viable que para la toma de decisiones en una junta de socios se configure pluralidad por personas que si bien en virtud de un determinado negocio jurídico como lo sería un contrato de prenda

están facultadas para participar en las reuniones del máximo órgano social, las mismas no detentan la calidad de socio exigida por la ley para la validez de las determinaciones.

En efecto, cuando en el caso de una sociedad limitada de dos socios uno de ellos constituye prenda sobre parte de sus cuotas sociales (artículos 410, 411 y 372 C.Co), otorgándole a su acreedor prendario los derechos que se derivan de la condición de asociado, derechos entre los que se encuentran el de deliberar y decidir en las reuniones de la junta de socios, tal circunstancia no significa que entre el socio que constituye la prenda y su acreedor prendario puedan **formar pluralidad para la toma de decisiones**, toda vez que como ya se manifestó este no reviste la calidad de socio requerida por la ley para tal fin.

Ahora bien, además de la pluralidad de asociados, la disposición en comento exige para la validez de las determinaciones sociales que las mismas se adopten por la mayoría absoluta de las cuotas en que se divide el capital de la compañía, o por la mayoría superior que se hubiere pactado en los estatutos sociales.

En este orden de ideas, y bajo el entendido de que en el caso planteado se trata de una sociedad de responsabilidad limitada de dos socios, uno con el 70% de las cuotas sociales y otro con el 30% restante, este Despacho procede a dar respuesta a sus interrogantes de la siguiente manera:

- *«En una reunión de junta de socios en la cual la votación por la afirmativa de una resolución es de 70% a favor y 30% en contra, ¿es válida la aprobación de la resolución?»*

Como quiera que en el caso propuesto no se cumple con el requisito de la **pluralidad de socios exigido por la ley y por los estatutos sociales para la toma de decisiones**, la respectiva determinación adolecería de nulidad absoluta por contrariar norma imperativa (artículos 359 y 899 Num.1° C.Co).

- *«En una reunión de Junta de Socios en la cual además de los socios de la compañía asiste el acreedor prendario haciendo valer los derechos políticos de las acciones (sic) que le fueron entregados en prenda, en la cual la votación por una resolución es 60% por la afirmativa emitido por el socio mayoritario, 30% por la negativa, y un 10% por la afirmativa del acreedor prendario, ¿con esta votación sería válida la aprobación de la resolución sometida a consideración de la Junta de Socios?»*

Toda vez que quienes votan afirmativamente la decisión son el socio que otorgó parte de sus cuotas sociales en prenda y su correspondiente acreedor prendario, los cuales no configuran pluralidad de socios como arriba se manifestó, la determinación así adoptada estaría viciada de nulidad absoluta por infringir una disposición de carácter imperativo (artículos 359 y 899 Num. 1° C.Co.).

DERECHO DE RETIRO Y PREFERENCIA

220-053206 del 22 de octubre de 2005

El derecho de retiro frente a la Ley 226 de 1995

Se pregunta al Despacho cual es el procedimiento a seguir en caso de que quien ejerza el derecho de retiro sea la Nación, actuando como accionista minoritario; la pregunta que concretamente formula es si aplica en ese evento la Ley 226 de 1995, o por el contrario, debe aplicarse la Ley 222 de mismo año.

Para absolver dicho interrogante es pertinente efectuar previamente las consideraciones jurídicas que se imponen desde la perspectiva de las disposiciones legales correspondientes.

Según doctrina reiterada de esta Entidad, el derecho de retiro es *«el mecanismo o instrumento jurídico mediante el cual puede el socio separarse de la sociedad en unos precisos eventos, perdiendo su condición de tal y adquiriendo el derecho cierto a obtener el reembolso*

de los aportes efectuados al fondo social. Teniendo en cuenta el principio de permanencia del capital social sustentado en diversas disposiciones legales que tienden por la integridad del mismo, así como la circunstancia de ser el capital, parte de la prenda general de los acreedores del ente societario, que conlleva como regla general a que el reembolso de los aportes, sólo tenga lugar dentro de la liquidación, luego de haber atendido el pasivo externo a cargo de la sociedad, es evidente el carácter excepcional del derecho de retiro, lo que permite afirmar que su procedencia está restringida a los supuestos expresamente consagrados en la ley.

Ahora, la Ley 222 de 1995, introdujo importantes modificaciones al derecho de retiro, tanto por el procedimiento que previó para ese efecto, como por la determinación taxativa de los supuestos que dan lugar al mismo. Es así como el artículo 12 ídem, establece la posibilidad de ejercerlo en los eventos de transformación, fusión o escisión de la sociedad, siempre y cuando con ocasión de cualquiera de ellos, surja para los socios una mayor responsabilidad a la que originalmente tenían o, suceda una desmejora de sus derechos patrimoniales, entendida ésta por la ocurrencia de situaciones como las indicadas en el parágrafo de la citada disposición. Igualmente contempló su procedencia para las sociedades cuyas acciones estén inscritas en el Registro Nacional de Valores o en bolsa de valores, cuando quiera que cancelen voluntariamente dicha inscripción.

No obstante, el derecho de retiro no es impuesto per se, como un derecho absoluto a favor de todos los socios, sino únicamente en relación con los ausentes en la reunión del máximo órgano social donde fue adoptada la decisión y con aquellos que disientan de la misma.

Es importante destacar como el ejercicio de ese derecho, si bien lleva aparejada la pérdida de la condición de socio casi de forma inmediata, en la medida en que el retiro produce efectos frente a la sociedad desde el momento en que el socio comunica la decisión de hacer uso del mismo y frente a terceros, desde su inscripción en el registro

mercantil o en el libro de registro de accionistas, según el caso, no ocurre lo propio con el reembolso, puesto que previamente a éste opera la opción de compra de las respectivas partes alícuotas que el artículo 15 ídem consagra en favor de los restantes socios y de la sociedad, amén de que si ésta resulta fallida por la ausencia de interés en la adquisición de las mismas, el reembolso al que habría lugar, podría truncarse si la entidad de vigilancia y control correspondiente, dentro de los dos meses siguientes a la adopción de la decisión, determina improcedente el derecho de retiro por considerar que el reembolso puede afectar sustancialmente la prenda común de los acreedores». (Oficio 220-024650 18 de mayo de 2005)

Según los términos del artículo 15 antes citado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del retiro, la sociedad deberá ofrecer las acciones, cuotas o partes de interés a los restantes socios para que éstos las adquieran en el plazo indicado a prorrata de su participación en el capital y en subsidio de éstos, las readquirirá la sociedad siempre que disponga de utilidades para el efecto.

Por su parte se tiene que de conformidad con el artículo 60 de la Constitución Política, «*El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria...*».

En cumplimiento del precepto anterior, se expidió la Ley 226 de 1995, la cual se aplica a la enajenación, total o parcial, a favor de particulares, de acciones de propiedad del Estado y en términos generales a la participación del mismo en el capital social de cualquier empresa (artículo 1 ibídem). Para los fines pertinente, la titularidad de la participación estatal se encuentra determinada por el hecho de que las acciones radiquen en cabeza de los órganos públicos o de las personas jurídicas de la cual éstos hagan parte o porque hayan sido adquiridos con recursos públicos o del Tesoro Nacional.

Con el fin de lograr los postulados que inspiraron la expedición de la Ley 226, cual es la democratización de la propiedad accionaria, se dispuso en el artículo 2 que todas las personas, naturales o jurídicas pueden tener acceso a dicha propiedad y por lo tanto «*en los procesos de enajenación se utilizarán mecanismos que garanticen amplia publicidad y libre concurrencia y procedimientos que promuevan la masiva participación en la propiedad accionaria...*»

De las consideraciones expuestas, se desprende claramente que la Ley 226 es eminentemente imperativa y no hace distinción alguna, por razón de los motivos que al titular de las acciones le asistan, ni de los mecanismos jurídicos, a través de los cuales se lleve a cabo la transferencia de la participación accionaria que se repute del Estado, lo que en concepto de este Despacho lleva a concluir que si bien es cierto, la Nación en su calidad de socio tiene al igual que los particulares la posibilidad de ejercitar el derecho de retiro cuando quiera que se verifiquen los presupuestos para ese fin establecidos en las normas mercantiles invocadas, ello no excluye la aplicación de la Ley 226 del mismo año.

En ese orden de ideas debe colegirse que dentro del procedimiento que el derecho de retiro conlleva, solo procederá la opción de compra de que trata el artículo 15 de la Ley 222, en la medida en que se haya agotado antes el mecanismo para la enajenación de acciones previsto en la citada Ley 226, pues en otras condiciones se vulneraría el espíritu del mandato constitucional.

Oficio 220-037730 de 31 de julio de 2007

Derecho de preferencia frente a las operaciones de adquisición

Se consulta acerca de la aplicación del derecho de preferencia en un proceso de adquisición de una sociedad en comandita por parte de una sociedad anónima (c), en donde aquella es accionista en una

sociedad anónima (b) que contempla en sus estatutos sociales el derecho de preferencia en la enajenación de acciones.

Este Despacho procede a dar respuesta bajo el supuesto de que en el caso planteado se está en presencia de alguna de las siguientes situaciones:

Una fusión por absorción en la que la sociedad en-comandita es absorbida por la sociedad anónima (c).

Una adquisición de la mayoría de las participaciones de capital de la sociedad en comandita por parte de la sociedad anónima (c).

Una adquisición de la totalidad de los activos de la sociedad en comandita por parte de la sociedad anónima (c).

Teniendo en cuenta las hipótesis antes señaladas, es preciso entonces analizar cómo opera el derecho de preferencia en cada una de ellas.

1. FUSIÓN POR ABSORCIÓN FRENTE AL DERECHO DE PREFERENCIA

Como operación de reorganización empresarial que comporta la fusión, la misma genera una serie de efectos jurídicos y económicos entre los que puede citarse el relativo a la transferencia en bloque de la totalidad de los activos de la sociedad o sociedades absorbidas a favor de la sociedad absorbente, lo que significa que se trata de una transferencia a título universal de los bienes, por lo que no se requiere de una multiplicidad de actos jurídicos para llevar a cabo el traspaso de los activos de la sociedad fusionada.

La mencionada característica trae como consecuencia que si dentro de los activos de la sociedad absorbida figuran participaciones de capital en otras compañías, tales participaciones se transfieran a la sociedad absorbente por el solo hecho de la fusión (artículo 178 C.Co.), y sin necesidad de adelantar el procedimiento de derecho de preferencia pactado en los estatutos de las sociedades receptoras de la inversión, toda vez que si así fuera se estarían creando requisitos y exigencias al proceso de fusión no contemplados en la ley.

A este respecto resulta conveniente traer a colación lo que sobre el particular ha manifestado la Superintendencia de Sociedades:

> *«...no se requiere dar cumplimiento a los requisitos previstos para este derecho [de preferencia], en atención a que la transferencia que se realiza por virtud de la fusión, no es una operación individualmente considerada, que pueda estar sujeta a los mecanismos que restringen la negociación en procura de que el socio mantenga estable su participación porcentual en el capital social, ora en razón del elemento intuitu personne, sino que es consecuencia de un acto jurídico de carácter universal que impone la transmisión de todos y cada uno de los derechos de los cuales es titular la sociedad absorbida. [...] Las acciones no pasan de la sociedad absorbida a la absorbente como un acto aislado que tiene como fin sustituirla únicamente en el derecho de dominio que ejerce sobre las acciones (operación esta que implicaría el cumplimiento de una serie de requisitos para posibilitar inversión semejante), sino que se trata de una transferencia en bloque de todos los activos y pasivos de la sociedad absorbida a la absorbente, quien la sustituye en todas las relaciones jurídicas de que es titular, lo cual resulta elemental si se toma en cuenta que aquella sociedad con ocasión de la fusión desaparece»* (oficio 220-43828 de julio de 1998).

Conforme con lo anterior, en el caso de la fusión por absorción, en donde la sociedad en comandita como absorbida traspasa la totalidad de sus activos a la sociedad absorbente (sociedad anónima c), entre los que se encuentran las acciones que aquella posee en el capital de la sociedad anónima (b), no se hace necesario dar cumplimiento al procedimiento de derecho de preferencia consagrado en los estatutos de esta última.

2. ADQUISICIÓN SIGNIFICATIVA DE PARTICIPACIONES DE CAPITAL DE UNA SOCIEDAD FRENTE AL DERECHO DE PREFERENCIA

Cuando se está en presencia de una adquisición por parte de una persona jurídica de la mayoría de las participaciones de capital de

una sociedad de cuyos activos hacen parte acciones en otra compañía, el procedimiento de derecho de preferencia que esté consagrado en los estatutos sociales de esta última no aplica en la operación de adquisición, en razón a que dichas acciones continúan siendo de propiedad de la compañía adquirida y por consiguiente no se presenta una enajenación.

Lo anterior alcanza sustento en el hecho consistente en que entre la sociedad adquirida y sus accionistas individualmente considerados existe una separación de patrimonios, por lo que los activos de aquella no pertenecen a sus asociados.

En este orden de ideas, en la segunda de las situaciones planteadas por el Despacho, la adquisición de participaciones de capital de la sociedad comanditaria por parte de la sociedad anónima (c), no da lugar al ejercicio del derecho de preferencia con relación a las acciones que aquella posee en la sociedad anónima (b).

3. ADQUISICIÓN DE LA TOTALIDAD DE ACTIVOS DE UNA SOCIEDAD FRENTE AL DERECHO DE PREFERENCIA

La enajenación de la totalidad de activos de una sociedad comercial, es una figura que no contempla el ordenamiento jurídico colombiano en materia societaria, por lo que una operación de tal naturaleza implica la celebración y ejecución de una multiplicidad de negocios jurídicos que den lugar a la transferencia de todos y cada uno de los bienes sociales individualmente considerados en favor del adquirente o adquirentes de los mismos, para lo cual se debe dar aplicación a las normas sobre compraventa consagradas en el Código de Comercio o en su defecto en el Código Civil. Lo anterior, a menos de que se trate de la enajenación del establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad, en cuyo caso ha de darse aplicación a los artículos 525 y siguientes del Estatuto Mercantil.

Ahora bien, si dentro de los activos de la sociedad enajenante se encuentran unas acciones en una sociedad anónima en cuyos estatutos está consagrado el derecho de preferencia en la negociación, es preciso

determinar si se está en presencia de una venta individualizada de activos o si se trata de la enajenación del establecimiento de comercio de la compañía.

En el primero de los casos si la venta individualizada de activos involucra las acciones que la sociedad transferente posee en el capital de la sociedad anónima, se debe dar cumplimiento al procedimiento de derecho de preferencia establecido en los estatutos sociales de esta, en razón a que el traspaso de las participaciones de capital se deriva de una negociación de acciones que por voluntad contractual se sujeta al mencionado procedimiento, el cual constituye una ley para las partes (artículos 4 C.Co y 1602 C.C.).

En el segundo de los supuestos, la transferencia de las acciones que tenga la compañía enajenante en el capital de una sociedad anónima no comporta una negociación de acciones propiamente dicha, como quiera que la ley presume que la enajenación de un establecimiento de comercio a cualquier título se realiza en bloque o como unidad económica (artículo 525 C.Co). Dicho en otras palabras, el traspaso de las acciones se origina con ocasión de una negociación a título universal de un conjunto organizado de bienes que forman una unidad productiva, y no en virtud de una negociación individualizada de acciones.

De lo antes expuesto se puede concluir que en la transferencia de acciones que una sociedad tiene en el capital de otra compañía en la que se encuentra pactado el derecho de preferencia, no se debe dar cumplimiento al procedimiento establecido para el ejercicio del citado derecho, cuando quiera que la transferencia se origine con ocasión de la enajenación del establecimiento de comercio de propiedad de la sociedad enajenante. Ello sin perjuicio de que sea desvirtuada la presunción de enajenación en bloque y a título universal a que hace alusión el artículo 525 del Código de Comercio.

Así las cosas, si en el caso de la sociedad en comandita sus activos son adquiridos por la sociedad anónima (c) en virtud de la

enajenación del establecimiento de comercio de aquella, no hay lugar al cumplimiento del procedimiento de derecho de preferencia consagrado en los estatutos de la sociedad anónima (b) en lo que al traspaso de las acciones se refiere. Pero si la venta de los activos de la sociedad comanditaria no obedece a la figura de enajenación de establecimiento de comercio, la transferencia de las acciones se debe considerar como una negociación de acciones y como tal se debe observar el procedimiento de derecho de preferencia consagrado en los estatutos de la sociedad anónima (b).

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Oficio 220-085475 de 27 de agosto de 2008

Los seis meses que consagra el artículo 220 del Código de Comercio, no aplican para enervar causal de disolución por vencimiento del término de duración

Se plantean varios interrogantes relacionados con el tiempo para enervar la causal de disolución, consistente en el vencimiento del término de duración de la sociedad.

Dispone el artículo 218 del Código de Comercio: *«La sociedad comercial se disolverá:*

1. Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración. (...)»

Por su parte prevé el artículo 220 de la misma regulación: *«Cuando la disolución provenga de causales distintas de las indicadas en el artículo anterior, los asociados deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva y darán cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del contrato social.*

No obstante, los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal

ocurrida y observando las reglas prescritas para las reformas del contrato, siempre que el acuerdo se formalice dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal.»

De la anterior normatividad se desprende que la causal de disolución por vencimiento del término de duración de la sociedad, cuenta con su propio momento para ser enervada, por lo que para tal efecto no le aplica el plazo de los seis meses a que hace referencia el inciso segundo del artículo 220 del Código de Comercio.

En efecto, el numeral 1° del artículo 218 del Estatuto Mercantil, norma de carácter especial frente al artículo 220 del citado estatuto y como tal de aplicación preferente, determina que para que no opere la causal de disolución el término de duración de la sociedad se debe prorrogar válidamente antes de su expiración, lo cual permite concluir que el plazo de seis meses contenido en el inciso segundo del artículo 220 del Código de Comercio no aplica para subsanar la causal de disolución del citado numeral.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se procede a dar respuesta a sus interrogantes de la siguiente manera:

1. *«Aún vencido el término previsto para la duración de una sociedad, pero dentro de los seis (6) meses siguientes a tal vencimiento, ¿es posible prorrogar la vida de la sociedad, con el cumplimiento de los requisitos de una reforma a los estatutos de la sociedad?»*

En razón a que los seis meses a que alude el inciso segundo del artículo 220 del Código de Comercio, no son aplicables para enervar la causal de disolución consistente en el vencimiento del término de duración de la sociedad, habida cuenta que para tal fin lo que procede es la prórroga del término de duración antes de su expiración, se ha de señalar que en el caso planteado no es posible prorrogar la vida jurídica de la compañía.

2. *«¿Se retrotraen las cosas a la fecha del vencimiento del término para enervar esa causal y prorrogar el término de duración de la sociedad?»*

Como quiera que de acuerdo con la respuesta anterior no resulta posible prorrogar en la hipótesis formulada el término de duración de la sociedad, no hay lugar a hablar de efectos retroactivos de una prórroga improcedente.

3. *«¿El término de los seis (6) meses se cuenta conforme lo establece el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil?»*

Siendo consecuente con las anteriores respuestas, se ha de indicar que no hay lugar a determinar desde cuando se cuenta un término inoperante.

Oficio 220-064645 de 9 de octubre de 1998

Competencia de la Superintendencia de Sociedades respecto de las discrepancias sobre la ocurrencia de las causales de disolución de las sociedades de hecho, a la luz del artículo 138 de la Ley 446 de 1998.

El artículo 138 de la Ley 446 de 1998, que atribuyó a la Entidad competencia para dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de causales de disolución de sociedades no sometidas a la vigilancia y control del Estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad, no precisa si se trata solamente de sociedades mercantiles legalmente constituidas o si la Superintendencia puede también conocer de trámites de sociedades de hecho.

Sobre el particular, en aras de un mejor entendimiento y precisión jurídica y con el fin de dilucidar el interesante tópico que nos ocupa, considero pertinente realizar las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar debe tenerse en cuenta que de conformidad con los mandatos contenidos en el Estatuto Mercantil, la sociedad comercial deberá constituirse por escritura pública, copia de la cual debe ser inscrita en el registro mercantil correspondiente al lugar del domicilio social y adoptar cualesquiera de los tipos societarios que contempla la ley.

Sobre este particular, esta Superintendencia ha expresado:

«... Según el artículo 110 del Código de Comercio comentado, la sociedad no solamente debe constituirse por escritura pública, sino que tiene que adoptar cualquiera de las formas de asociación comercial que regula el mismo Código en los Títulos III, IV, V y VI del Libro Segundo; exclusivamente bajo cualquiera de esas formas puede considerarse constituida legalmente porque es esa forma la que determina el régimen de las relaciones jurídicas derivadas del contrato, tanto entre los asociados como frente a terceros; y ese régimen propio de cada especie de sociedad determina especialmente la responsabilidad que corresponde a los socios y la forma como opera esa responsabilidad por los negocios sociales al producirse la separación de patrimonios, propia de la personificación de la sociedad.

Del contenido de los artículos 110, 167, 259 y 270 del Código de Comercio se desprende que una sociedad que no está constituida bajo los lineamientos legales de una sociedad anónima, la de responsabilidad limitada, la colectiva o la en comandita, que son las formas que admite nuestro Código, no estará legalmente constituida y por lo tanto no será una persona jurídica y su existencia no será oponible a terceros como tal» (Oficio EX01680 del 23 de febrero de 1981, publicado en Doctrinas y Conceptos Jurídicos 1995. Superintendencia de Sociedades, página 454).

2. La sociedad comercial de hecho no se constituye por escritura pública y por lo tanto carece de personalidad jurídica. Es así como al carecer del atributo anterior, los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan son adquiridos única y exclusivamente a favor o a cargo de los socios.

En relación con este tópico en el oficio ya mencionado se expresó:

«... En nuestro régimen legal disfrutan, por consiguiente, del beneficio de la personalidad jurídica todas las sociedades formadas de acuerdo con la ley, pues el recurso técnico de la personalidad jurídica permite regular en forma más clara y sencilla la actuación de las so-

ciedades tal como quedó expresado, cosa que no acontecería si ellas fueran consideradas como simples formas de asociación sin una capacidad jurídica propia y autónoma.

Naturalmente, la sociedad de hecho carece de personalidad jurídica porque, conforme el inciso 2° del artículo 98 aludido, es condición básica para la existencia de ésta la constitución legal de la compañía, es decir su formación por escritura pública, requisito que, por definición, no cumplen las compañías de hecho; además, el punto está expresamente definido por el artículo 499 del Código de Comercio, cuyo texto se inicia con la afirmación explícita de que «la sociedad de hecho no es persona jurídica».

No sobra subrayar que la personalidad jurídica de las sociedades se obtiene en forma automática e inmediata, por el solo hecho de su constitución regular y sin necesidad de ningún trámite administrativo previo.

3. Respecto a la inspección, vigilancia y control que ejerce esta entidad sobre las sociedades mercantiles, esta Superintendencia ha considerado que tales atribuciones no proceden respecto de las sociedades de hecho. En efecto, en el Oficio EX -01680 ya mencionado expresó:

«...Se trata, pues, esencial y exclusivamente de un control de la legalidad de la formación y del funcionamiento de las sociedades, en guarda de los intereses generales protegidos con las leyes y los decretos que regulan la celebración y ejecución de un contrato de sociedad; lo mismo que de un control del cumplimiento de los estatutos, en guarda también de los intereses de los asociados comprometidos en el cumplimiento del contrato social, que, conforme al artículo 1602 del Código Civil, y como cualquiera otro contrato válidamente celebrado, constituye una ley para las partes.

Así las cosas, la sociedad de hecho no es sujeto de vigilancia estatal, toda vez que con éstas se busca fundamentalmente la protección de los terceros y de los mismos socios y el regular el funcionamiento de

la sociedad como persona jurídica; vigilancia que se ha instituido sobre aquellas compañías en las cuales se restringe la responsabilidad de los socios, circunstancia que no puede predicarse de la sociedad de hecho donde los asociados responden ilimitada y solidariamente.

En síntesis, una asociación no podrá ser sujeto de vigilancia si tiene la naturaleza de la sociedad de hecho pues es entendido que no existe facultad constitucional para ejercerla, entre otras por las siguientes razones:

a) Es una sociedad de la cual puede decirse que existe dentro del ámbito contractual si en su formación se han observado los requisitos de su esencia, es decir, los señalados en el artículo 98 ibídem, pero no está contemplada dentro de las formas regulares de sociedad, pues la escritura pública (que no existe en la sociedad de hecho) está destinada a cumplir dos funciones de esencial importancia, cuales son, la de dar autenticidad al contrato social y la de tipificar la sociedad en esta forma auténtica.

La primera está inspirada en la idea de proteger a los socios mismos, para que no puedan desconocer el contenido y el sentido de las cláusulas consignadas en ella; la segunda, la de tipificar la sociedad, se cumple con las estipulaciones que conforme al artículo 110 ibídem, debe contener la escritura social, con el fin de regular en forma clara y completa las relaciones derivadas del contrato social, de acuerdo con el tipo o especie de sociedad que se pacte; por eso es precisamente por lo que, al tenor del artículo 498 del mismo Código, la sociedad comercial que no se constituye por escritura pública es una sociedad de hecho, esto es, una sociedad atípica, formada por fuera de los cuatro tipos o formas de sociedad a que se refiere la ley».

b) Por no constituirse legalmente, la sociedad no forma una persona jurídica independiente de los socios individualmente considerados. Y es precisamente esta la razón por lo cual la sociedad no puede ser sujeto de las obligaciones que impone la vigilancia del Estado, entre otras, enviar oportunamente los balances y estados de pérdidas y ganancias, etc. A tal punto no es sujeto de obligaciones, más sí sus

socios, ya que la matrícula no obliga a la sociedad de hecho sino a los asociados, como lo establece el último párrafo del artículo 31 del citado Código.

c) No podrán ser sancionadas, ya que si no existe una persona distinta de los socios, la sanción recaería sobre cada uno de ellos, por cuanto en esta especie de asociación, como lo dispone el artículo 499 del mismo Código, 'los derechos que se adquieren y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridas o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho'».

4. La sociedad de hecho por disposición legal está permanentemente expuesta a la declaratoria de disolución, pues de conformidad con el mandato contenido en el artículo 505 del Estatuto Mercantil, los socios podrán en cualquier tiempo pedir que se haga la liquidación de la sociedad y que se liquide y pague su participación en ella, lo cual corresponde a una medida de salvaguarda en su favor, pues no se les puede obligar a permanecer en una sociedad gravosa para ellos, habida consideración de la responsabilidad solidaria e ilimitada que les incumbe, así como por la especial afectación de los bienes comprometidos en desarrollo de la actividad social a favor de terceros acreedores.

5. En cuanto al procedimiento para decretar la disolución de la sociedad de hecho, el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil establece:

«A petición de cualquiera de los socios, procede declarar judicialmente la disolución y decretar la liquidación de una sociedad civil, comercial o de hecho, por las causas previstas en la ley o en el contrato social, siempre que tal declaración no corresponda a una autoridad administrativa.»

Teniendo en cuenta lo ya expresado en el sentido que la sociedad de hecho no está sujeta a la inspección y vigilancia del Estado, esta superintendencia no tiene la potestad de decretar la disolución como acontece con las sociedades sujetas a su vigilancia, por lo cual se

concluye sin mayor dificultad que la declaratoria de disolución de una sociedad de hecho corresponde a la justicia ordinaria.

6. La Ley 446 de 1998, sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia, en el artículo 138, relativo a la DISOLUCION DE SOCIEDADES, contempla que:

***«Discrepancias sobre las causales.** La Superintendencia de Sociedades podrá dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de causales de disolución de sociedades no sometidas a la vigilancia y control del Estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad. Lo anterior podrá solicitarse por cualquier asociado mediante escrito presentado personalmente por el interesado o su apoderado, junto con los anexos que por vía reglamentaria determine el Gobierno Nacional».*

En primer lugar llama la atención el Despacho respecto al hecho de que la disposición transcrita no se refirió de manera expresa a las sociedades de hecho, a diferencia de lo que sucede con el artículo 627 del C. de P. C., ya transcrito. Esta circunstancia permite concluir que el legislador de 1.998 no consideró pertinente atribuir a la Superintendencia la competencia en cuanto a disolución de las sociedades de hecho. **Si el querer del legislador hubiera sido que la entidad asumiera competencia respecto a la disolución de las sociedades de hecho, lo hubiera señalado de manera expresa, máxime si se tiene en cuenta que tales sociedades jamás han estado sujetas a la inspección, vigilancia o control que ella ejerce.**

Corrobora el planteamiento que se expone el hecho de que la referencia de la disposición a las sociedades no sometidas a la vigilancia del Estado o que estándolo, la entidad respectiva no tenga dicha facultad, supone necesariamente el reconocimiento expreso de que la sociedad debe estar sujeta a la inspección o vigilancia del Estado para que proceda la aplicación de la disposición, es decir que se trate de sociedades regulares. Ahora bien, como quiera que las sociedades de hecho no están sujetas a la inspección y vigilancia del Estado habida

consideración de que no son sujetos de derecho, tal como atrás se expresó, no procede la aplicación de la disposición.

Cabe agregar, que si se examinan las demás disposiciones de la Ley 446 que asignaron competencia a esta Superintendencia ha de observarse que en ningún caso se refirió a las sociedades de hecho, lo cual pone de presente el querer del legislador en esta materia.

Con base en lo expuesto, se puede afirmar que la nueva función asignada a la Superintendencia de Sociedades en el artículo 138 de la Ley 446, respecto a dirimir las discrepancias sobre la ocurrencia de las causales de disolución no procede respecto de las sociedades de hecho.

Oficio 220-021078 de 24 de abril de 2007

Inviabilidad para disminuir el capital social cuando se adelanta trámite liquidatorio.

Se consulta a este Despacho *«¿Cuál es el procedimiento ....para disminuir parcialmente el capital social de la empresa mencionada, sin que pierda los derechos que posee en procesos de la Ley 550/99 en su calidad de acreedor o en procesos concordatarios y judiciales?».*

Previo a referirnos a la consulta, es necesario que el peticionario precise los conceptos de lo que es un «crédito», su «existencia» y los «derechos» que otorga a su titular, particularmente dentro de los procesos concursales (concordato y liquidación obligatoria) o de reestructuración contemplados, respectivamente, en la Ley 222/95 y 550/99, ordenamientos que prevén el momento y términos dentro de los cuales sus titulares puedan hacerse parte y las condiciones y formalidades para ser reconocidos dentro de los mismos.

Para tales fines y a manera ilustrativa, en la Ley 222 obsérvese el numeral 3° del artículo 97, 101, 120 a 125, 133, 158, 159 y 198 concordante con el artículo 2492 y ss del Código Civil; en la Ley 550 los artículos 19,

20 y 22, entre otros, de donde claramente se colige que el capital social de una sociedad, acreedora dentro de un proceso concursal o de reestructuración de obligaciones, nada tiene que ver con su calidad de acreedor, ni con el monto que reclama dentro de los mismos.

Efectuada la anterior precisión, respecto al tema de la disminución del capital cuando la sociedad se encuentra adelantando un proceso de liquidación voluntaria, bien vale la pena hacer referencia a algunos de los conceptos proferidos por la Entidad, de cuyas consideraciones y argumentos se resuelve el caso planteado.

En oficio 220-7436 de 30 de enero de 2000, la Entidad expresó:

«(...)

Con el fin de absolver la consulta planteada, es necesario efectuar un análisis de las normas que reglamentan tanto la disminución de capital como la distribución de activos de una sociedad que adelanta un proceso liquidatorio en los términos establecidos en el artículo 225 y siguientes del Código de Comercio.

*En primer lugar, es preciso tener en cuenta que la **finalidad del proceso de liquidación privada o voluntaria, una vez disuelta la compañía y previa elaboración del inventario, es la inmediata realización de los activos sociales con el fin de cancelar las obligaciones a cargo de la sociedad**, respetando las disposiciones legales sobre prelación de créditos de que trata el Código Civil, para continuar con el pago del pasivo interno y posteriormente proceder con la distribución del remanente, si lo hubiere, entre los asociados.*

*Aunque la legislación mercantil expresamente establece **la regla general**, en virtud de la cual **los asociados no podrán pedir el reembolso total o parcial de sus aportes, antes de que disuelta la sociedad se haya cancelado su pasivo externo**, en los términos del artículo 144, principio que se reitera en las disposiciones aplicables al trámite de la liquidación del patrimonio social, el artículo 241 del Código de Comercio, consagra **como excepción** la posibilidad de que el responsable del proceso pueda **distribuir entre los asocia-***

dos '....la parte de los activos sociales que exceda del doble del pasivo inventariado *y no cancelado al momento de hacerse la distribución'.*

Así mismo, en materia de aportes de los asociados al capital social, la regla general es que éste se mantenga o incremente durante la vida o existencia del ente societario, sin embargo la misma ley en el artículo 145 prevé que puede reducirse, entre otros, cuando '....hecha la reducción, los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo ...', caso en cual la sociedad debe probar la existencia del presupuesto y obtener autorización de este Despacho si la operación implica efectivo reembolso de aportes.

Si se observa ***la relación que debe mantenerse entre activo-pasivo,*** *es evidente que lo que pretendió el legislador fue crear un* ***mecanismo de protección para los terceros: en la disminución del capital social para que la prenda común de los acreedores no se vea disminuida y en la distribución anticipada de los activos en la liquidación del patrimonio, para amparar el monto de la obligación y garantizarle al acreedor el pago de la misma****.*

De otra parte, analizadas las disposiciones dentro de su contexto, en desarrollo del principio consagrado en el artículo 30 del Código Civil, se encuentra que ***el artículo 241****, que contempla alguna de las reglas sobre la entrega de activos, sea o no en forma anticipada,* ***corresponde al conjunto de normas que de manera especial reglamentan el tramite del proceso liquidatorio****, que junto con otras cláusulas, desarrollan la función consagrada en el numeral 7 del artículo 238 del Código de Comercio, en la que expresamente se otorga al liquidador la función de proceder a '.... liquidar y cancelar las cuentas de los terceros y de los socios, como se dispone en los artículos siguientes', sin que se hubiera señalado condición distinta a que los activos susceptibles de distribuir correspondan a la parte que exceda del doble del pasivo no cancelado, mientras que* ***el precepto del artículo 145 de la obra comercial, hace parte integral de las normas que de manera general regulan la constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales****.* (Subrayado fuera de texto).

(...)

En otro de los pronunciamientos, Oficio 220-64212 de 7 de diciembre de 2004, frente a la consulta de sí la disminución del capital social, resultante de la distribución parcial anticipada de activos que exceden del doble del pasivo inventariado y no cancelado de una sociedad disuelta, debe inscribirse en el registro mercantil, la Oficina expresó:

«(....)Así mismo, no debe perderse de vista que ***las normas que regulan el proceso liquidatorio tienen como principal finalidad proteger a los acreedores sociales con el fin de garantizarles el pago de sus acreencias****, y es por esta razón que en presencia de un activo que supera en más del doble al pasivo externo inventariado y no cancelado de una sociedad disuelta, la ley permite que sea distribuido entre los asociados en forma anticipada, pues considera que un monto de activos que doble en cuantía al pasivo, garantiza suficientemente a los terceros que contrataron con la compañía, el pago de las obligaciones sociales que ella contrajo durante el desarrollo de su objeto.*

(....)

En efecto, y como quiera que dicha distribución se realiza tomando de los activos sociales, el exceso del doble del pasivo inventariado y no cancelado al momento de verificarse la operación, el registro contable de la misma no tiene por qué afectar la cuenta del capital social, sino únicamente la fuente de donde han sido extraídos los recursos para realizar la referida devolución, esto es, los activos sociales en el exceso del doble del aludido pasivo, de manera que el capital, que es una cuenta del patrimonio y no del activo, debe permanecer invariable (....)» (Resaltado nuestro).

De lo expuesto se evidencia la no viabilidad para que una sociedad en estado de liquidación pueda disminuir su capital social, en primer lugar, porque no es una figura contemplada dentro de la normatividad que regula el proceso liquidatorio; en segundo, por expresa disposición del legislador, cuando en el artículo 241 Ib., prohíbe la distribución de suma alguna entre los asociados mientras no se haya cancelado todo el pasivo a cargo de la sociedad. En esa etapa especial de la compañía,

en la que su actividad se encamina exclusivamente a la realización de los activos para atender en forma oportuna y ordenada el pago del pasivo externo, lo que el legislador contempla es la posibilidad de distribuir anticipadamente entre los asociados, la parte de los activos sociales que excedan del doble del pasivo inventariado y no cancelado, procedimiento que como se advierte no requiere de formalidad distinta a que la operación conste en un acta, como también debe consignarse la partición y adjudicación de lo que a cada socio o accionista corresponde del remanente social una vez pagado el total del pasivo, documentos que junto con las cuentas del liquidador debe ser aprobado en la forma y términos señalados en el ordenamiento mercantil (Art. 242 y ss del Estatuto Mercantil.)

Solo queda por agregar, es consecuencia del estado de liquidación que los actos y contratos que realice la sociedad se orienten exclusivamente a la realización de su patrimonio, por lo que se encuentra inhabilitada para ejecutar actos o contratos que conduzcan al desarrollo del objeto social (Art. 220 C. de Co.).

Oficio 220-122627 de 3 de diciembre de 2008

Quien obró por última vez como liquidador es el llamado a recibir los activos aparecidos después de liquidada la sociedad, para efectos de adelantar la liquidación adicional

Se consulta a este Despacho qué puede hacerse con unos activos pertenecientes a una sociedad comercial ya liquidada y que en la actualidad se encuentran en poder del banco del cual usted es la liquidadora.

En cuanto al procedimiento a seguir cuando liquidada una sociedad dejan de ser incluidos y por consiguiente adjudicados activos dentro del trámite de liquidación, materia de consulta, ha de señalarse que mediante Oficio 220-113572, publicado el 30 de diciembre de 1999, se expresó:

«Si no obstante lo anterior después de haber sido liquidada una sociedad, es decir, cuando ha desaparecido del universo jurídico, aparecen unos bienes que no se incluyeron en el inventario del patrimonio social y por ende no se adjudicaron en su momento, procede entonces fijar los derroteros a seguir, en orden a dar solución a la irregularidad presentada, partiendo de la base, de que se canceló en su totalidad el pasivo externo.

Sobre el particular, esta Superintendencia mediante oficio 220-32269 del 12 de junio de 1997, incorporado y ampliado en el oficio 220-3877 del 25 de enero de 1999, expresó lo siguiente:

(...)

'1. Se cuestiona en relación con este aspecto si a efecto de subsanar ese hecho es posible que el liquidador proceda a iniciar adición a la liquidación, si existe específicamente un mecanismo legal que deba implementarse para ese fin, y por último si de acuerdo con lo establecido por el artículo 238 del Código de Comercio basta que el liquidador presente constancia en la que se acredite que para continuar y concluir las operaciones pendientes, dichas acciones (entiéndase toda clase de bienes) deben ser repartidas en cabeza de los socios que formaban las sociedades que fueron liquidadas.

Al respecto es necesario en primer lugar manifestar que de acuerdo con las disposiciones contenidas en los capítulos IX y X del título I del Código de Comercio, que consagran el régimen aplicable en materia de disolución de sociedades comerciales y liquidación del patrimonio social, no está previsto mecanismo alguno que sea indicado frente a una hipótesis como la que se plantea, pues el proceso que se impone adelantar una vez disuelta la sociedad esta diseñado de forma tal que al cabo de las distintas etapas que comprenden la liquidación, se hayan realizado ya todos los activos sociales en su integridad, en la forma y términos establecidos en la ley, dependiendo por supuesto de las circunstancias particulares en que se encuentre la sociedad.

(...)

«Por consiguiente, en el caso concreto que se cuestiona no se concibe a la luz de las disposiciones mercantiles cómo después de agotado el... se puedan distribuir entre los que fueron socios, las acciones (bienes) que no se incluyeron en el inventario, aduciendo simplemente que se trata de bienes que les correspondieron a título de liquidación.

Ante esa circunstancia debe analizarse la posibilidad de acudir en subsidio al régimen legal aplicable en situaciones de hecho semejantes, pues no hay que perder de vista que el derecho es flexible y armónico y por ello el legislador previendo la complejidad de eventos que pueden surgir de las diversas relaciones comerciales, consagró una serie de reglas generales que procuran soluciones a través de normas complementarias.

Así se tiene que de conformidad con el artículo 1o. del Código de Comercio, los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán de preferencia por la ley comercial y tratándose de casos no regulados expresamente en la misma, habrá de procederse a la aplicación analógica de sus normas. A continuación el artículo 2o. ibídem, preceptúa que en las cuestiones que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.

En este orden de ideas y considerando que como unánimemente ha sido reconocido por la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera, la constitución de las sociedades como sujetos de derecho equivale a lo que el nacimiento es para las personas naturales, e igualmente la liquidación supone lo que para éstas constituye la muerte, con las consecuencias jurídicas que de una y otra se derivan, entre ellas la realización de su patrimonio para unas y la transmisión de los bienes del difunto a quienes lo sobreviven para las otras, es dable a juicio de este Despacho concluir que por la similitud existente entre los dos procesos y la finalidad que ambos persiguen, pueda acudirse a las normas de la Legislación Civil que regulan el trámite del proceso de sucesión por causa de muerte, dentro del cual sí está previsto el caso de la adjudicación adicional cuando quiera que haya aparición de nuevos bienes del causante después de terminada la sucesión, así como el de bienes inventariados que se hubieren dejado de adjudicar.

En efecto, de acuerdo con los artículos 616 y 620 del Código de Procedimiento Civil, modificados por el Decreto 2282 de 1989, habrá lugar a efectuar partición adicional cuando después de terminado el proceso de sucesión aparezcan nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal, o cuando el partidor dejó de adjudicar bienes inventariados, para lo cual deberán aplicarse las reglas señaladas....'.

Tenemos entonces que para la adjudicación de los bienes que no se incluyeron en el inventario del patrimonio social, el liquidador de la sociedad debería proceder a realizar una liquidación adicional, teniendo en cuenta para ello las normas mencionadas y según si los activos sociales hayan sido suficientes para cancelar la totalidad del pasivo externo de la compañía. Si este pasivo quedó totalmente cubierto, los bienes que nos ocupan podrían distribuirse entre los asociados teniendo en cuenta para ello lo dispuesto en los artículos 248 y siguientes de la Legislación Mercantil.»

La doctrina transcrita, la que no obstante estar estructurada desde la óptica de la sociedad ya liquidada, permite afirmar que al ser el liquidador el llamado a realizar una liquidación adicional, es dicho administrador el legitimado para recibir aquellos activos aparecidos con posterioridad a la extinción de la sociedad como persona jurídica y que se encuentren en poder de terceros, además teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 255 y 256 del Código de Comercio, la responsabilidad del liquidador va hasta por cinco años contados a partir de la aprobación de la cuenta final de liquidación.

En este orden de ideas, y para dar respuesta a su consulta, se ha de concluir que en el caso planteado, lo que resulta pertinente es acudir ante quien obró por última vez como liquidador de la sociedad ya extinguida, a efecto de entregarle los activos que le pertenecían a esta (acreencias y derechos fiduciarios), para que dicho liquidador proceda a darles la destinación que corresponda dentro de la liquidación adicional.

FUSIÓN Y ESCISIÓN

220-034391 del 16 de junio de 2006

Cambio de titularidad de las cuotas como consecuencia de un proceso de fusión, cuando la sociedad extranjera (socia) es absorbida por otra sociedad extranjera.

Se pregunta *«¿cómo debe formalizarse el cambio de la propiedad de la participación, es decir, sí los documentos donde consta la operación deben ser protocolizados mediante escritura pública o, por el contrario, inscritos en el registro mercantil de la Cámara de Comercio para efectos de su validez en Colombia?»*.

Sobre el particular, en primer lugar, es del caso poner de manifiesto que si bien el caso planteado involucra una operación llevada a cabo en el exterior, por dos sociedades igualmente extranjeras, es claro que el trámite de un proceso de fusión, por ejemplo, se encuentra sujeto a la ritualidad de la norma que en el exterior regula el tema. Sin embargo como produce efectos en el país, en primera instancia, porque como socia de una sociedad nacional, contrae obligaciones de diferente naturaleza, entre otras, por ejemplo, en caso de la disolución y liquidación, es responsable de las acreencias laborales y/o tributarias, si hubiere lugar a ello. En segundo lugar, porque como persona jurídica, individualmente considerada se encuentra facultada para celebrar cualquier acto o contrato que comprometa intereses de terceros, que es lo que al Estado le corresponde proteger.

Aunque son obvias las razones por las cuales a las sociedades extranjeras no le son aplicables la totalidad de las reglas previstas en el ordenamiento mercantil para las sucursales de éstas, como persona jurídica extranjera es sujeto de derechos y obligaciones, sumado a las facultades, atribuciones, funciones y prohibiciones que nuestro ordenamiento mercantil le otorga a sus nacionales, personas naturales o jurídicas, cuando ostentan la calidad de socios o accionistas de sociedades colombianas.

Entonces, frente a un eventual proceso de fusión llevado a cabo en el exterior, en el que por efectos del mismo, la titularidad societaria se traslada a la sociedad absorbente, en el caso del ejemplo, otra sociedad extranjera, el Despacho considera que tal como en su momento se acreditó su existencia, representación legal y la decisión de invertir en la sociedad en Colombia, debe allegar a la sociedad de la cual forma parte, el documento que en el país de origen corresponda a una reforma estatutaria o que su equivalente cumpla con la formalidad que la legislación colombiana requiere para el cambio de titularidad, a fin de que el representante legal de la sociedad receptora de la inversión proceda con los trámites tendientes a la modificación de la composición del capital social, en el registro mercantil.

Sumado a lo anterior, conocido que la sociedad extranjera tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, el Despacho es de la opinión que tal situación debe ser informada, cualquiera que sea el conducto, a los terceros, posibles acreedores de la misma, pues como es obvio éstos no tienen posibilidad alguna de enterarse de la operación llevada a cabo fuera del territorio nacional y del cambio de la titularidad de la participación en favor de la absorbente, compañía que por disposiciones de orden legal responde por los pasivos y las obligaciones que la sociedad absorbida hubiere adquirido como socia de la sociedad nacional y como persona jurídica independiente de tal calidad (Arts. 178, 482 y ss. del Código de Comercio).

En resumen, como se trata de una fusión en el extranjero entre dos sociedades extranjeras, sin la incorporación de sucursales en Colombia, con el objeto de proteger los intereses de los posibles acreedores de la sociedad absorbida, es necesario que se publicite el cambio en la titularidad de las cuotas sociales a favor de la nueva sociedad extranjera.

Oficio 220-005997 de 14 de febrero de 2005

La escisión y la fusión como mecanismos viables para concluir la liquidación.

Se consulta si en concepto de este Despacho sería posible proceder a la escisión de una sociedad disuelta y en estado de liquidación que no ha culminado su proceso liquidatorio, con el propósito de crear otra u otras sociedades que continuarían los negocios de aquella.

Al respecto debe señalarse que de acuerdo con la doctrina vigente de este Despacho, la escisión al igual que la fusión resultan viables como mecanismo alternativo para concluir el proceso liquidatorio de una sociedad disuelta, siempre que con dicha operación se procure la extinción definitiva de la persona jurídica, lo cual significa que únicamente podrá participar en el proceso en calidad de sociedad escindente o de absorbida.

Los argumentos que sustentan la conclusión anterior se hallan ampliamente expuestos en el Oficio 22O-1176O del 4 de abril de 2001, que a continuación será trascrito para una completa ilustración sobre el tema, el cual se abordó en su oportunidad teniendo en cuenta el siguiente escenario:

- *«Se propone que una sociedad que adelante un proceso de liquidación pueda utilizar el trámite previsto para la fusión o la escisión, con la finalidad única de extinguir la persona jurídica disuelta y en estado de liquidación;*

- *La sociedad disuelta y en estado de liquidación trasladaría todo o parte de su patrimonio a otra sociedad que la recibiría (absorbente o beneficiaria) utilizando para ello el trámite previsto para la fusión o la escisión.*

En términos generales, la Superintendencia de Sociedades, respecto de la posibilidad de que una sociedad en liquidación pueda verse involucrada en una reforma de tal naturaleza, ha expresado su improcedencia teniendo en cuenta dos aspectos: el primero,

relacionado con la limitación de la capacidad de la persona jurídica-societaria; y el otro, con las definiciones que de la fusión y de la escisión se prevén en el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, respectivamente.

Sin embargo, esta conclusión no consideró los aspectos que hoy son objeto de análisis. En efecto, queda implícito en los Oficios EX CL 29720 del 25 de noviembre de 1991 y en el Memorando 100-183 de mayo 25 de 1994, la negativa de la entidad al trámite de la fusión cuando quiera que se trate de una sociedad en liquidación que pretenda por este mecanismo reactivar su actividad empresarial.

Pero en esta oportunidad, el Despacho se refiere a un caso sustancialmente diferente, porque el trámite de la fusión o la escisión bajo el esquema propuesto tiene por objeto únicamente facilitar el proceso de realización del patrimonio y la extinción de la persona jurídica. Así las cosas, y con base en el conducto de normas aplicables a la liquidación de una sociedad y de las correspondientes a la fusión y escisión, se tiene que:

1. La fusión excluye el adelantamiento de la liquidación, pero la liquidación no impide que una sociedad pueda adelantar un proceso de fusión con fines liquidatorios (Artículo 178 del Código de Comercio, en adelante 'C.Co.')

En efecto, cuando en el artículo 172 C. Co. y en el artículo 3 numeral 2 de la Ley 222 de 1995 se establece que habrá fusión o escisión cuando una sociedad se disuelve sin liquidarse para ser absorbida por otra o para crear una nueva, se consagra una excepción a la regla del artículo 222 del C. Co., conforme con el cual la disolución implica inexorablemente la liquidación de una compañía.

Y ello porque si los máximos órganos sociales acuerdan disolver la sociedad para fusionarla o escindirla, la sociedad no comienza su proceso de liquidación, sino que éste se ve desplazado por el de una reforma estatutaria tendiente a la consolidación patrimonial de dos o más compañías. Pero esto, a su vez, no implica que a una sociedad

que adelanta un proceso de liquidación le esté prohibido adelantar una fusión o una escisión, si con ello pretende la liquidación pronta y eficaz de la compañía absorbida o escindente.

Desde luego que en este punto es pertinente detenerse en los efectos ya consolidados como consecuencia de la disolución y consiguiente liquidación de la sociedad y de su patrimonio. Entre ellos se tiene que al representante legal (liquidador), le corresponde dar por terminadas todas las relaciones jurídicas entabladas por la sociedad que se extingue, igualmente, las deudas sometidas a un plazo se hacen exigibles por el hecho de la disolución (artículo 244 C.Co.).

Así que cuando la sociedad en liquidación haya de ser absorbida mediante la fusión de su patrimonio, tal reforma no causará automáticamente la suspensión de los efectos ya surtidos; es decir, no implicará que las obligaciones dejen de ser exigibles o que los contratos ya terminados por causa de la disolución de la sociedad vinculen nuevamente a los respectivos contratantes, salvo, claro está, que el tercero consienta en fijar nuevos términos para su obligación o en establecer un nuevo vinculo contractual.

2. El artículo 222 del C. Co., prohíbe iniciar nuevas operaciones en desarrollo del objeto de la sociedad disuelta que a la vez limita su capacidad jurídica para los actos necesarios a la liquidación.

La fusión o la escisión que esté encaminada a la finalización eficiente del proceso de liquidación bajo el esquema que se analiza, está sujeta a los límites impuestos en el artículo citado; en el caso contrario, es decir, cuando se pretenda la reactivación de la empresa, no podría acudirse a uno de estos mecanismos, pues tal finalidad es la que está expresamente prohibida en esa disposición. Y conviene agregar que para los casos en que se busque la reactivación de la empresa respectiva, la Legislación Mercantil ha establecido diferentes alternativas, tales como las que se mencionan a continuación:

a. *El procedimiento consignado en el artículo 250 del C. Co., que permite prescindir de la liquidación para constituir una nueva sociedad*

dedicada a la misma empresa, siempre que cuente con el acuerdo unánime de todos los asociados y se ajuste al procedimiento establecido para la fusión y enajenación de establecimientos de comercio.

b. De igual manera, las sociedades durante el trámite de una liquidación obligatoria pueden adelantar un proceso de fusión, por ejemplo integrando patrimonialmente esta sociedad a la matriz como medida para dejar sin efecto la disolución de la compañía (numeral 3 artículo 150 de la Ley 222 de 1995).

c. Así mismo, en la Ley 550 de 1999 se establece para aquellas sociedades que adelanten liquidaciones voluntarias derivadas de las causales previstas en los numerales 2, 3, 5 y 8 del artículo 218 del Código de Comercio, la posibilidad de reactivar la empresa celebrando un acuerdo de reestructuración y adoptando cualquier medida enderezada a la protección común de los acreedores, como bien podría ser una reforma estatutaria consistente en la fusión de la sociedad en liquidación.

3. Los efectos de la disolución son plenamente compatibles en este caso con los fines de la fusión o la escisión.

Dicha compatibilidad se pone de relieve al advertir los efectos propios de la disolución de una sociedad.

- *La línea que marca la disolución de la sociedad coincide temporalmente con el momento en que inicia el proceso de liquidación o el de fusión o el de escisión; sin embargo, en los dos últimos eventos, el proceso de liquidación no se inicia, porque en su lugar se presenta una integración patrimonial en virtud de la cual la sociedad absorbente o la beneficiaria recibirá activos y pasivos (externo e interno) de la sociedad disuelta.*

- *Debe nombrarse un liquidador, y mientras ello ocurra, actúa en tal calidad quien se encuentre inscrito como representante legal de la sociedad. A su turno, el representante legal de la nueva sociedad o de la absorbente en el proceso de fusión asume la representación de la sociedad disuelta hasta la total ejecución de las bases de operación,*

con las responsabilidades propias de un liquidador (artículo 179 C.Co). También es claro que uno de los efectos expresamente reconocidos de la escisión cuando la escindente se disuelve es que ésta se entiende liquidada (inciso final del artículo 9 de la Ley 222 de 1995).

- *La sociedad conserva su capacidad únicamente para realizar los actos necesarios a la inmediata liquidación. Este objetivo es plenamente compatible con la fusión o escisión, pues justamente éstos constituyen un ente jurídico.*

- *El máximo órgano social permanece en el ejercicio de sus funciones y podrá reunirse en sesiones ordinarias o extraordinarias para adoptar determinaciones en directa relación con la liquidación (Artículo 225 C.Co.), tales como la participación en un proceso de fusión donde ésta sea la absorbida o, un proceso de escisión donde sea la escindente.*

- *La liquidación concluye con la desaparición de la persona jurídica, objetivo que se alcanza con la fusión o la escisión, ya que en los términos del artículo 179 del C. Co., el representante legal de la nueva sociedad o de la absorbente asume la representación de la sociedad disuelta y, obviamente, en estado de liquidación, hasta la ejecución de las operaciones, con las responsabilidades de un liquidador. En igual sentido, en el artículo 9 de la Ley 222 antes citado se dispone que cuando la sociedad escindente se disuelve, uno de los efectos del perfeccionamiento de la escisión es el de su liquidación.*

4. La liquidación ágil y eficiente de la sociedad puede ser tenida como un motivo para utilizar el procedimiento establecido en la fusión o la escisión.

En primer término, en el artículo 173 del C. Co. y en el numeral 1 del artículo 4 de la Ley 222, se exige indicar en el compromiso de fusión o, en su caso, de escisión cuáles son los fines que se pretenden con tal mecanismo, que en este caso son para la sociedad absorbida la extinción del ente social, procurando así el cumplimiento al artículo 222 del Código citado, conforme con el cual una vez disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación; desde luego

que en este caso no coincidirá con el propósito de la absorbente o beneficiaria, el cual debe guardar armonía con su objeto.

5. El máximo órgano social puede tomar decisiones encaminadas a la liquidación.

Se reitera que una vez ocurrida la disolución el órgano competente deberá nombrar un liquidador (artículo 227 C.Co.); a su vez, en el artículo 179 ibídem se señala que el representante legal de la nueva sociedad o de la absorbente asumirá la representación de la sociedad disuelta hasta la total ejecución de las bases de la operación, con las responsabilidades propias de un liquidador.

6. Los derechos de los acreedores de la sociedad en liquidación se encuentran plenamente garantizados a través de los procedimientos previstos para la fusión y la escisión.

Tanto en los procesos de fusión y escisión como en el de liquidación hay una preocupación sensible del legislador por garantizar los derechos de los acreedores. Y es evidente que cuando se trata de fusión y escisión aquellos se encuentran en mejor posición que en una liquidación.

En efecto, según las voces del artículo 175 C Co, en concordancia con el artículo 6o. de la Ley 222 de 1995, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de publicación del acuerdo de fusión, los acreedores de la sociedad absorbida, se podrán exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, solicitud ésta que incluso puede ser demandada judicialmente con la consecuente obligación para la sociedad absorbente de prestar garantía suficiente o cancelar los créditos.

Adicionalmente, en el artículo 5 de la Ley 222 de 1995, se establece que los representantes legales de las sociedades que intervienen en el proceso de escisión deberán comunicar el acuerdo mediante telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares, es decir, que se informe de manera particular a cada uno de los acreedores el

proceso que se adelanta, previsión que además por disposición del artículo 11 de la citada ley se hace extensiva a la fusión.

En contraposición, las disposiciones concordantes del proceso de liquidación no prevén garantías tan amplias en cuanto a publicidad o sustitución de garantías.

Los acreedores deben sujetarse a la prelación de créditos y a la suficiencia de activos para la solución de su acreencia, a la vez que la única información que reciben sobre el proceso de extinción de su deudor es aquella dirigida al público en general que se realiza mediante un aviso que debe ser publicado en un periódico del domicilio social y fijado en las oficinas y establecimientos de comercio de la sociedad, sin alusión a ninguna comunicación dirigida en forma privativa a cada acreedor.

Finalmente, debe señalarse que cuando en el proceso de escisión la sociedad escindente se disuelve y alguno de los pasivos no fuere atribuido especialmente a alguna de las sociedades beneficiarias, éstas responderán solidariamente por la correspondiente obligación (artículo 1o Ley 222 de 1995).

7. Los procesos de liquidación, fusión y escisión, otorgan plena certeza del patrimonio social de los sujetos involucrados.

En los procesos de fusión o escisión y en el de liquidación, debe existir certeza acerca de los activos y los pasivos integrantes del patrimonio de las sociedades involucradas; así por ejemplo, está prevista la obligación para el liquidador de incluir en el inventario una relación pormenorizada de los distintos activos sociales, y también lo está la de incluir en el compromiso de fusión o escisión la discriminación y valoración de los activos y pasivos sociales (artículo 173 C.Co en concordancia con el artículo 4 de la Ley 222 de 1995).

Ahora bien, el patrimonio de la sociedad en liquidación en su aspecto activo pasará a serlo de la sociedad absorbente o de la nueva creada, o bien a adherirse al de la sociedad beneficiaria en el caso de la escisión (articulo 178 C. Co.). De igual manera, los pasivos sociales, sea por

expresa anuencia de los acreedores o porque tácitamente se entienda su aceptación ante la renuencia a exigir mejores garantías o su pago, serán de responsabilidad de la sociedad que los ha recibido.

8. En los términos del compromiso de escisión es posible que los asociados de la compañía en liquidación no participen en la beneficiaria. En la fusión todos los socios de la absorbida participan en la absorbente.

Según las condiciones del compromiso y de las características particulares el proceso de escisión de acuerdo con el criterio expuesto por esta Entidad en Oficio 100-73105 noviembre 19 de 1998, en el caso de la escisión.

Así mismo, como la participación en la fusión se explica porque el pasivo interno social también se transmite a la sociedad absorbente, y en este caso puede ocurrir que las acciones no alcancen a tener un valor intrínseco, como consecuencia de que socios de la absorbida (en liquidación) no participen en la absorbente.

CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas, este Despacho modifica su doctrina en el sentido de estimar procedente que una sociedad disuelta y en estado de liquidación participe en un proceso de fusión o de escisión, siempre que con este mecanismo se procure la extinción total de la persona jurídica, lo cual quiere decir que únicamente podrá ocupar el papel de sociedad escindente o de absorbida».

Oficio 220-003637 de 20 de enero de 2005

Constitución de personas jurídicas no societarias como consecuencia de una escisión de sociedades.

Se consulta a esta Superintendencia sobre la viabilidad de una reforma estatutaria consistente en la escisión de una sociedad con la finalidad o el efecto consistente en constituir una o varias personas

jurídicas de carácter no societario, como una empresa unipersonal, una corporación, una fundación o una asociación.

I. El artículo 3 de la Ley 222 de 1995 describe las modalidades de escisión de una sociedad que puede o no disolverse previendo como destinatarias una o varias sociedades preexistentes o no. Sobre esa base, mediante Oficio 100-73105 de noviembre 19 de 1998, este Despacho manifestó que:

«La escisión es una forma de reorganización empresarial que en el derecho societario vigente en Colombia está regulada como una reforma estatutaria; constituye entonces una modificación del contrato de colaboración y de ejecución sucesiva del cual son parte los socios, quienes en esa calidad tienen el derecho a continuar siendo parte de dicho negocio jurídico. Por decirlo de una manera gráfica, la fragmentación del patrimonio social de la sociedad escindente es sucedida por la aparición de varios contratos sociales correspondientes a diferentes sociedades, en los cuales los socios tienen vocación a participar».

II. Es necesario precisar que la Legislación Comercial Colombiana define su ámbito de aplicación con base en un criterio objetivo, de manera que se trata de una regulación especial aplicable a los actos, operaciones y empresas que la propia ley califica como mercantiles para todos los efectos legales, sin tener en cuenta quien los celebra y ejecuta o si en dicha celebración o ejecución existe o no ánimo de lucro.[1]

En consecuencia, no es preciso partir del supuesto según el cual la escisión, por estar regulada a propósito de las sociedades mercantiles, sea exclusiva de esta clase de comerciantes. Por el contrario, se trata de un instrumento que permite la reestructuración empresarial, al alcance no sólo de las sociedades, sino de todos los empresarios distintos de las personas naturales cuya naturaleza y estructura jurídicas sean compatibles con ésta.

1 Código de Comercio, artículos 1o, 20 y 25.

III. Así las cosas, empresas unipersonales, fundaciones, asociaciones no societarias y empresas industriales y comerciales del Estado, pueden desarrollar actividades mercantiles, y esa circunstancia, que los convierte en tan participantes en el mercado como las sociedades comerciales[2], se une la eventualidad consistente en que para la reorganización de una empresa los socios de una sociedad escindente determinen si la fragmentación patrimonial propia de la escisión dá lugar a una o varias personas jurídicas no societarias, hipótesis que es jurídicamente viable teniendo en cuenta que no existe ninguna restricción señalada expresamente en la ley que impida que los socios decidan que en virtud de la escisión la sociedad escindente transfiera en bloque porciones patrimoniales a este tipo de entes no societarios, siempre y cuando la naturaleza y la estructura jurídica de un beneficiario de tipo no societario sean tales que hagan posible que, a cambio de la transferencia de la parte del patrimonio de la sociedad escindente que ingresa al patrimonio de dicho ente, se lleve a cabo una operación análoga a la suscripción y pago de los aportes a la sociedad beneficiaria que por cuenta y a favor de los socios de la escindente se efectúa en toda escisión.

III.A. Dadas las anteriores consideraciones, procede referirse en primer lugar a la posibilidad de escisión, ya sea por creación o con la preexistencia de una entidad beneficiaria, en la que el destino final de la segregación patrimonial sea una empresa unipersonal.

Al ser la escisión un sistema de reorganización del patrimonio de una o varias sociedades, las beneficiarias pueden ser concebidas como simples medios o instrumentos dentro del proceso de escisión para efectos de la referida organización, por lo cual, y como se examina en detalle a continuación, la escisión puede dar lugar a vincular a una o varias empresas unipersonales, igualmente aptas para alcanzar tal finalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor, ***«ART. 80. Normas aplicables a la empresa unipersonal. En lo no previsto en la presente ley, se***

2 En los términos de la Ley 256 de 1995, artículos 1o, 2o y 3o.

aplicará a la empresa unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada (...)».

La regulación correspondiente a la escisión, a primera vista, corresponde a un mecanismo en el cual intervienen únicamente sociedades, personas jurídicas cuyo sustrato real y contractual supone la pluralidad de personas. Sin embargo, no debe perderse de vista que también existe una previsión positiva que señala que a las empresas unipersonales se le aplicarán «en cuanto sean compatibles», las disposiciones relativas a las sociedades comerciales, como las previsiones de la escisión, por supuesto; de manera que de lo que se trata entonces es de establecer la compatibilidad o incompatibilidad entre dicho mecanismo y la participación en él de una empresa unipersonal.

III.A.1. La analogía contemplada en el título preliminar del Estatuto Mercantil señala un primer criterio que permite la vinculación de la empresa unipersonal en calidad de beneficiaria de una escisión, como quiera que en el artículo primero del mencionado estatuto se deja abierta la posibilidad para que los asuntos de naturaleza mercantil no regulados expresamente por la ley comercial sean decididos por analogía de sus normas. Y puesto que además de la aplicabilidad a las empresas unipersonales de las normas societarias que les sean compatibles, se está en presencia de un asunto de naturaleza comercial, no debe existir duda en cuanto a que la escisión es tan aplicable a las sociedades como a la empresa unipersonal.

Resulta entonces que puede ocurrir que los socios decidan unánimemente que en la entidad nueva creada en virtud de la escisión de una sociedad, sólo participe uno de ellos, con lo cual se impone entonces la constitución de una empresa unipersonal, como quiera que, ***«(...) En opinión de esta Superintendencia, la participación de los socios de una sociedad escindida en el capital de todas y cada una de la sociedades beneficiarias no es un elemento esencial de la***

escisión; en los términos del artículo 1501 del C.C., aplicable a los actos y contratos comerciales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio (en adelante «C. de Co.»), se trata de un elemento de su naturaleza, y como tal admite una decisión en contrario, adoptada por unanimidad, según la exigencia especial y expresa del artículo 3o. de la Ley 222 de 1995 sobre el particular y, en el entendido de que dicha reforma estatutaria se ajuste en todos sus otros aspectos a la ley.»

Es necesario precisar que es legalmente viable que la persona jurídica resultante de una escisión pueda tener la forma de empresa unipersonal, dada la estructura jurídica de ésta última. En efecto, teniendo en cuenta las cuotas en que se divide su capital, y a las cuales les son aplicables tanto las reglas sobre participaciones sociales en general como sobre cuotas en particular, según se establece en el artículo 80 de la ley 222 de 1995, dichas cuotas son correlativas a la parte del patrimonio social de la sociedad escindente que se transfiere a título de escisión; y su suscripción y pago se hace por cuenta y en nombre del socio de la escindente que en el acuerdo de escisión recibe tales cuotas y se convierte en titular de la empresa unipersonal creada, al darse cumplimiento al mandato de la norma según la cual *«los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las sociedades beneficiarias en las mismas proporciones que tengan en aquella, salvo que por votación unánime de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escindente, se apruebe una participación diferente»*[3].

Sin embargo, se anota que sólo podrán segregarse las partes patrimoniales correspondientes, según el caso, a las de un socio a la vez, con destino a la creación de una o varias empresas unipersonales, pues de lo contrario éstas perderían una de sus características fundamentales, a saber, la existencia de un titular único.

3 Artículo 3, Ley 222 de 1995.

Así que determinada su compatibilidad, este Despacho no encuentra objeción alguna para que una sociedad pueda llevar a cabo una reforma estatutaria consistente en la escisión del patrimonio social con miras a crear una o varias empresas unipersonales.

III.A.2. De otra parte, si de lo que se trata es de la segregación patrimonial de una sociedad con la participación de una empresa unipersonal beneficiaria preexistente, podría estarse en presencia de las siguientes situaciones:

1. En el compromiso de escisión, los socios acuerdan participar en la beneficiaria, es decir, en la empresa unipersonal, de forma tal que las cuotas sociales en que se divide el capital de la empresa pertenecerán a dos o más socios.

Es éste un supuesto que no ha sido excluido de la regulación prevista para este mecanismo de organización empresarial, habida cuenta que en el artículo 77 de la Ley 222 de 1995, se establece que *«cuando por virtud de la cesión o por cualquier otro acto jurídico, la empresa llegare a pertenecer a dos o más personas, deberá convertirse en sociedad comercial...»*.

Ese acto jurídico puede ser ni más ni menos que la escisión, en cuyo caso la reforma que el mismo comporta permite cumplir con los requisitos para que opere el tránsito de empresa unipersonal a sociedad.

2. En forma unánime se acuerda que sólo uno de los asociados de la escindente participará en el capital de la beneficiaria, y eventualmente puede tratarse de la misma persona natural o jurídica titular de todas las cuotas de la empresa unipersonal.

Así las cosas, resulta viable aceptar que la beneficiaria sea una empresa unipersonal, sin que por efecto de la escisión, su naturaleza mude de condición, es decir, deba convertirse en sociedad.

3. Por lo expuesto, resulta jurídicamente viable escindir empresas unipersonales, pues se trata de una figura de reestructuración empresarial compatible en todos sus aspectos con la normatividad

prevista para la empresa unipersonal, que puede efectuarse en condiciones de seguridad para los terceros vinculados a esta operación.

Consecuente con las razones expuestas, estima esta Superintendencia, que, de conformidad con el artículo 80 de la Ley 222 de 1995, pueden escindirse empresas unipersonales y procede la escisión cuando la beneficiaria de la segregación patrimonial sea una empresa unipersonal, bien sea que ésta nazca a causa de la operación o que ya exista antes de ella.

IV. Ahora bien, en lo que tiene que ver con empresas cuyo objeto es la prestación de servicios públicos y que pueden asumir la forma de una empresa industrial y comercial del Estado, es posible, y está autorizado en forma expresa por la ley, que de una escisión se derive la creación de una empresa de un solo dueño o titular, como ocurre precisamente con las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (Parágrafo 1, Artículo 17 de la Ley 142 de 1994)[4].

V. De otro lado, tratándose de personas jurídicas no societarias correspondientes a entidades sin ánimo de lucro, es necesario establecer si la escisión prevista en la ley comercial para crear entes jurídicos de ésta especie, ajenos desde un punto de vista subjetivo al derecho comercial pero que frecuentemente desarrollan actividades mercantiles como su objeto principal, independientemente de si la finalidad perseguida implica o no un ánimo de lucro.

V.A. Conviene entonces para estos efectos distinguir entre las distintas clases de personas jurídicas dos grandes grupos, a saber, las de tipo asociativo y aquellas de naturaleza no asociativa.

Entre las primeras importa mencionar a título enunciativo, las sociedades comerciales, por una parte, y los entes no lucrativos, a

4 «La nueva ley, entonces, tan sólo reconoce una realidad económica que ya venía rigiendo entre nosotros de tiempo atrás. Tampoco es nueva la presencia en la legislación colombiana de personas jurídicas de un solo constituyente: las empresas industriales y comerciales del Estado, existentes hace muchos años en nuestro sistema jurídico, bien pueden pertenecer a esta categoría». REYES, Francisco. Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Cámara de Comercio, 1996, pag 313

saber, las corporaciones o asociaciones, las juntas de acción comunal, las entidades de naturaleza cooperativa, las asociaciones mutuales, los fondos de empleados, entre otros.

Dentro del segundo grupo se destacan las fundaciones, cuya nota distintiva es la afectación de ciertos bienes o de un capital al acometimiento de un fin; las empresas industriales y comerciales del Estado, por medio de las cuales éste realiza actividades mercantiles, lo que las ubica en la categoría de «empresarios públicos»; y, por último, la empresa unipersonal, ésta sí de naturaleza mercantil desde un punto de vista subjetivo y objetivo.

V.B. Aunque por su objeto y por su tratamiento legal las entidades sin ánimo de lucro difieren en su esencia de las sociedades comerciales y no se encuentra remisión que permita la aplicación general del régimen societario y sí, en cambio, se encuentran disposiciones que prohíben[5] su conversión en sociedades comerciales o su fusión con empresas que no compartan el objetivo que inspiró la creación de la entidad sin ánimo de lucro, respecto de la escisión otras pueden ser las consideraciones que deban tenerse en cuenta.

En ese sentido, es preciso tener presente la posibilidad de que la escindida beneficiaria sea un ente de tipo no societario, siempre y cuando se establezca, como en el caso de la empresa unipersonal, la compatibilidad que sirve de presupuesto para su aplicación en todo asunto mercantil objetivamente considerado. En efecto, como ocurre con la participación que tienen los socios en una sociedad, y que se concreta en acciones, partes de interés o cuotas, es indispensable que éstos al convertirse en miembros de la escindente se conviertan en titulares de derechos en la entidad beneficiaria; naturalmente que tal cuestión no envuelve ninguna complicación en el evento en que el socio se mantenga como titular de participaciones de capital en la escindente y no forme parte de la beneficiaria.

5 Así por ejemplo, el artículo 100 de la Ley 79 de 1988 conforme a la cual, a las entidades del sector cooperativo, fondo de empleados y asociaciones mutuales, les está vedado transformarse en sociedad comercial, y a la vez autoriza la fusión o incorporación únicamente cuando su objeto social sea común o complementario.

Sobre este particular se advierte que no es indispensable que los socios de la escindente vean materializada su participación en derechos análogos a las cuotas, partes de interés o acciones en sociedades comerciales, como quiera que pueden corresponder a otra clase de derechos personales, esto es, en bienes incorporales que formen parte del activo del patrimonio de cada asociado, y cuyas características dependan de cada caso en particular.

En estos términos, y teniendo en cuenta que el ánimo de lucro del sujeto o la finalidad lucrativa de la actividad de éste no son determinantes para la procedencia de la escisión, resulta viable que sea una corporación o cualquier otro tipo de entidad sin ánimo de lucro o una empresa industrial y comercial del Estado la que se desempeñe en calidad de beneficiaria.

No sobra recordar que la escisión solo alcanzó un desarrollo positivo hasta el año de 1995 y que con anterioridad a esa fecha la figura podía operar con base en la autonomía de la voluntad privada que se deriva de la libertad de iniciativa privada.[6] Así las cosas, la Ley 222 de 1995 sólo desarrolla la figura teniendo como punto de referencia la sociedad comercial. Lo anterior no significa que sólo opere para entes societarios, pues su aplicación en otros supuestos permite aprovechar sus previsiones, sobre todo en materia de salvaguarda de los terceros en cuestiones tales como los derechos de los acreedores y la responsabilidad solidaria de todas las empresas que participen de la escisión[7].

V.C. Un último aspecto que merece particular atención se relaciona con el caso de las fundaciones, dada la prevalencia de la finalidad altruista de las mismas y su carácter no asociativo, puesto que la transferencia patrimonial a la beneficiaria-fundación exige una contraprestación a favor de los asociados de la sociedad escindente en la proporción que se pacte. Existe la dificultad consistente en que,

6 Artículo 333, Constitución política, «la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos, ni requerimientos, sin autorización de la ley (...).»

7 Artículos 6 y 10 de la Ley 222 de 1995

con motivo de su estructura jurídica, en las fundaciones no existen participaciones de ninguna índole, como sí ocurre en la empresa unipersonal. Por tanto, no es posible atribuirle al fundador o fundadores cuota o derecho alguno como contraprestación a la escisión, ni se identifican derechos personales que puedan cumplir esa función. Más aún, en la medida en que lo determinante en la fundación es la finalidad perseguida con su organización y funcionamiento, no parece claro que sea una contrapartida a favor de los fundadores la correlación adecuada a la enajenación de una porción del patrimonio de una fundación. Podrá plantearse que puedan surgir derechos personales a favor de personas determinadas o determinables, como por ejemplo las personas que puedan considerarse beneficiarias de la finalidad perseguida a través de la fundación y cuyas obligaciones correlativas sean exigibles a la entidad nueva o preexistente que reciba la porción patrimonial proveniente de la fundación; sin embargo, dicha hipótesis, más que una escisión propiamente dicha, parece corresponder a uno o varios actos jurídicos cuya tipicidad o atipicidad es irrelevante aquí, pero cuyo tratamiento jurídico y tributario es el que corresponda a cada caso concreto, siendo difícil, aunque no descartable, al menos en teoría, su combinación o concurrencia con una escisión.

Las anteriores consideraciones permiten concluir afirmativamente sobre la posibilidad jurídica que tiene una persona de naturaleza no societaria para ser beneficiaria en una escisión de sociedad comercial.

Oficio 220-051140 de 13 de septiembre de 2005

De la integración patrimonial en la fusión internacional

Se solicita la opinión de este Despacho sobre una serie de interrogantes que se relacionan todos con un proceso de fusión internacional que en términos generales supone:

(i) una sociedad con domicilio en el exterior que cuenta con una sucursal establecida en Colombia, absorbe una sociedad nacional de igual objeto

social en la cual el 100% de las acciones pertenece a inversionistas extranjeros con el debido registro ante el Banco de la República (ii) de acuerdo con el compromiso de fusión, se establece que como consecuencia de la misma, la absorbente *«ABSORBE a través de la sucursal colombiana a LA ABSORBIDA, la cual transfiere a la ABSORBENTE, concretamente a la sucursal de esta última, en bloque, la totalidad de los activos y pasivos...»* (iii) la correspondiente reforma estatutaria llevada a cabo en los términos indicados, es solemnizada con la autorización de la Superintendencia de Sociedades; iv) con ocasión de la fusión el 100% del patrimonio de la sociedad absorbida se contabiliza en el patrimonio de la sucursal *«incluyendo el valor de la prima en colocación de acciones, que fue contabilizado...como un incremento en el capital asignado de la sucursal»*

Teniendo en cuenta los hechos anteriores, formula las siguientes preguntas:

- *«¿La operación realizada en dichos términos se encuentra ajustada a derecho?*

- *¿En las condiciones descritas puede entenderse que hubo una distribución de dividendos, de la prima en colocación de acciones, o de cualquier otro concepto integrante del patrimonio de la sociedad absorbida?*

- *¿El traslado de la prima en colocación de acciones a la cuenta de capital asignado de la sucursal con el propósito de capitalizarla de forma permanente, se encuentra conforme a las normas societarias, contables y de inversión extranjera?*

- *Teniendo en cuenta que el 100% del capital de la sociedad absorbida es de propiedad de inversionistas extranjeros con el correspondiente registro ante el Banco de la República, y en esa medida corresponden a sumas con derecho a giro, ¿tanto el valor del capital aportado como el de la prima en colocación de acciones pueden ser utilizados para incrementar la inversión suplementaria al capital asignado de la sucursal y el capital asignado, respectivamente?»*

Antes de abordar puntualmente los interrogantes propuestos, resulta pertinente efectuar algunas consideraciones previas de carácter conceptual, a partir de los pronunciamientos contenidos en los oficios 220-16478 del 30 de agosto de 1994 y 220- 10481 del 27 de marzo de 2001, que en su orden expresan la doctrina de esta Entidad, primero, en torno a la fusión entre una sociedad extranjera y segundo, a la estructura jurídica a la que responde la figura de la fusión y sus efectos, dentro del marco de la legislación vigente en Colombia.

- **Fusión Internacional**. En el primero de los conceptos citados, la Superintendencia, con fundamento en los argumentos entonces expuestos, concluye que es viable la fusión entre una sociedad extranjera y una sociedad colombiana en virtud de la cual la primera absorba a la segunda, siempre que aquella establezca en el territorio nacional una sucursal que no solo continúe desarrollando el objeto social de la nacional, sino que además asuma sus obligaciones.

En cuanto al régimen legal aplicable para ese efecto el Despacho manifestó que:

«...en atención a los postulados insertos en los artículos 18, 20 y 21 del Código Civil y en los Tratados Internacionales de Derecho Civil y Comercial firmados en Montevideo en 1889, aprobados por la Ley 33 de 1992, en términos generales, resulta claro que: la existencia y capacidad de las personas jurídicas, la forma y las relaciones del contrato social y, por ende las reformas al mismo, se sujetarán a la ley vigente del lugar donde hayan sido reconocidos como tales o tengan sus domicilios comerciales.

Siendo ello así y como quiera que la fusión constituye no sólo una reforma al contrato social, según lo preceptúa el artículo 162 del Código de Comercio, sino que también implica la terminación de la existencia de la persona jurídica absorbida (artículo 172 ídem), deberán observarse de preferencia e indefectiblemente, en toda su extensión, las normas consagradas en nuestra legislación mercantil sobre la materia, habida cuenta que el domicilio de la absorbida se encuentra ubicado en Colombia, sin perjuicio que la sociedad extranjera haya

de cumplir, además con las reglas correspondientes del país de su domicilio comercial, en lo que sea pertinente.»

(...)

Del análisis, grosso modo se estableció que para llevar a cabo la fusión, es necesario que los entes participantes cumplan a cabalidad en Colombia todos y cada uno de los requerimientos previstos en los artículos 172 y siguientes y 471 y siguientes en lo que a la sucursal de la sociedad extranjera se refiere, en el entendido que la operación responde al carácter que la legislación nacional le imprime.

- Acerca de la naturaleza del negocio jurídico y los efectos que se generan frente a las sociedades involucradas, ilustra el estudio que realizó el Despacho mediante el segundo de los oficios señalado, al que procede remitirse para destacar los aspectos que resultan relevantes.

A. Naturaleza jurídica. Para el efecto en primer lugar se consulta que de acuerdo con el artículo 162 del ordenamiento mercantil, la fusión como antes se indicó, es una reforma estatutaria, expresamente consagrada en los términos del artículo 172 ídem, perspectiva desde la cual el Despacho efectuó las siguientes consideraciones:

«- Es una reforma estatutaria

Esta característica responde a las peculiaridades de un proceso que se sucede simultáneamente en varias personas jurídicas al incidir directamente en diferentes estatutos sociales. En las que se disuelven porque conlleva una modificación sustancial del contrato al llevar a las sociedades involucradas a su disolución y a la consecuente extinción de la persona jurídica, sin que el conjunto de bienes dedicados a la actividad empresarial se liquide, y en la que absorbe, porque en su estructura sufrirá una serie de modificaciones como la inclusión de nuevos socios, adhesión de un patrimonio destinado a la realización de una actividad empresarial que puede ser la misma o una diferente, y eventualmente otra serie de modificaciones en las cláusulas que regulan la sociedad.

Se trata entonces de un negocio jurídico que se adelanta simultáneamente por varios sujetos y cuyo perfeccionamiento producirá diferentes efectos jurídicos previstos en la ley que regula su estructura.

- Tiene naturaleza contractual corporativa

Se trata de un acto interno llamado a consolidarse a través del perfeccionamiento de la fusión y que trasciende la esfera misma del contrato social, como consecuencia del contrato celebrado entre dos o más personas jurídicas de carácter societario con la finalidad de consolidar su patrimonio sea a través de la creación de una nueva sociedad o por la absorción que una sociedad hace de la otra u otras.»

B. Efectos de la Fusión. *«Entre las diferentes implicaciones de un proceso de tal naturaleza pueden enumerarse: la modificación al contrato social; la disolución de las sociedades sin implicar la inmediata liquidación de su patrimonio social; la extinción de entes jurídicos y la transmisión patrimonial, consecuencia esta última de la cual se va a ocupar este punto del estudio. (subraya fuera del texto)*

Como enunciado debe decirse que la sociedad absorbente o la nueva compañía adquiere los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión (Inciso segundo del artículo 172[8] C.Co.), que trae como consecuencia directa que las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías subsistan solamente respecto de la sociedad absorbente (inciso segundo del Artículo 175[9] C.Co.).

Preceptos que se confirman de manera expresa en el artículo 178[10] ibídem, que señala que es en virtud del perfeccionamiento del acuerdo

8 Art. 172. «Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión».

9 Artí. 175 «(...) Vencido el término indicado en el artículo anterior sin que se pidan las garantías, u otorgadas éstas, en su caso, las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías, subsistirán solamente respecto de la sociedad absorbente.»

10 Art. 178. «En virtud del acuerdo de fusión, una vez formalizado, la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas.

de fusión, que la sociedad absorbente adquiere los bienes y derechos de las sociedades absorbidas, y se hace cargo de pagar el pasivo interno y externo de las mismas.» (...)

«Por lo tanto, es criterio de este Despacho que la fusión no es una compraventa, una novación o una subrogación, pues al igual que estos negocios tiene entidad propia y consagración legal particular; que lo erige en título para adquirir el dominio de los bienes, sin que pueda señalarse de él un carácter accesorio de otro contrato de los previstos en la ley; debido a que la legislación le ha definido de manera general, le ha establecido los requisitos de observancia rigurosa para su validez, le ha previsto formalidades propias para garantizar el cumplimiento con las obligaciones frente a los terceros, le ha consagrado supuestos de representación legal y señalado los efectos.[11]

Luego al operarse la transmisión patrimonial como consecuencia de la fusión, la sociedad absorbente adquiere la totalidad de derechos y obligaciones de la sociedad absorbida. Es su única causa jurídica, es su justo título.

'Afirmamos que la fusión supone una transmisión in universum ius del patrimonio de todas las sociedades fusionadas a favor de la nueva sociedad o de la absorbente. Al transmitir en bloque *su patrimonio las sociedades transmitentes se extinguen, y al extinguirse se opera una sucesión universal a favor de la absorbente o de la nueva. Los nexos obligacionales, los derechos reales, los derechos sobre bienes*

La tradición de los inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada, registrada conforme a la ley. La entrega de los bienes muebles se hará por inventario y se cumplirán las solemnidades que la ley exija para su validez o para que surtan efectos contra terceros».

11 «En sustancia, la sucesión universal se resuelve en la transmisión de la titularidad de la hacienda de la sociedad. Por lo tanto, pasan de un sujeto a otro, ante todo, los elementos activos que constituyen la *universitas facti* que es la hacienda comercial. Sustituyendo la nueva sociedad o la supérstite en las relaciones jurídicas patrimoniales de las extinguidas, asume sus obligaciones. Agudamente se ha observado que las deudas y los créditos son elementos normales y habituales de una hacienda, como las mercaderías. Y por cuanto, según los principios de nuestro Código Civil, las sociedades que cesan pasan directamente a proveer a la extinción de sus pasividades normalmente transmiten su hacienda comprendiendo sus créditos» De Semo, Giorgio, La fusión de las sociedades comerciales citado por Pérez Fontana op. Cit. Pag. 64

inmateriales, etc., se transmiten subsumidos en ese bloque patrimonial que constituye una unidad jurídica. Pero esa unidad de derecho continúa siendo idéntica a sí misma, inalterada; únicamente ha cambiado su titular jurídico. El poder de disposición ha pasado de una sociedad a otra, eso es todo. No hay, por consiguiente, transmisión de singularidades que integran el patrimonio: enajenación o permuta de bienes muebles, inmuebles, cesión de créditos, asunción de deudas, etc.; como tampoco cabe hablar de una verdadera novación subjetiva por cambio de deudor, a menos que descompongamos la transmisión en bloque en otras de todos y cada uno de sus elementos patrimoniales. Las consecuencias jurídicas que traen su causa de esta concepción son tantas y de tal gravedad que conviene parar un momento la atención a fin de reflexionar las razones que motivan esta sucesión patrimonial a título universal que se da en la fusión. ...' [12] (subraya fuera del texto)

Bajo los presupuestos que anteceden, procede en su orden referirse a los interrogantes planteados:

1. De conformidad con las facultades conferidas en los artículos 84 numeral 7°, 85, numeral 2° y 228 de la Ley 222 de 1995, a esta Superintendencia le corresponde autorizar la solemnización de las reformas estatutarias consistentes entre otras, en la fusión, tratándose de sociedades sujetas a su vigilancia o control, o de sociedades sometidas a la vigilancia de otra superintendencia que no tenga asignada esa facultad, en virtud de la competencia residual, intervención que implica examinar el cumplimiento de los requisitos propios de las modificaciones del contrato, como el análisis jurídico y contable de todos y cada uno de los aspectos que son objeto del compromiso aprobado por los órganos sociales competentes, amén de la consolidación patrimonial que se lleva a cabo.

En tal virtud, la autorización que la Entidad imparte, supone la conformidad de la operación respectiva con las disposiciones de

12 MOTOS GUIRAO, Miguel. Fusión de Sociedades Mercantiles. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953 pag. 52

carácter legal y estatutario pertinentes, luego en esa medida es dable afirmar que estaría ajustada a derecho.

2. No; desde el punto de vista del régimen societario como quedó visto, mal podría entenderse que en las condiciones descritas, con motivo de la fusión se haya llevado a cabo una distribución de dividendos, de la prima en colocación de acciones o de ningún otro concepto del patrimonio, pues amén de las implicaciones que el proceso supone, todos estos elementos integrantes del patrimonio de la sociedad absorbida, indistintamente se suman al patrimonio de la absorbente, en este caso de la sociedad extranjera.

3. En relación con la viabilidad del traslado de la prima en colocación de acciones, hay que considerar dos aspectos, de una parte el concepto de la misma y el tratamiento legal correspondiente y de otra, el procedimiento contable al que normalmente se sujeta la fusión, conforme a los parámetros que frente a uno y otro determina la doctrina de esta Entidad (Oficio 220-13223 abril 17/2001):

- **La prima en colocación de acciones.** Si bien ésta carece de consagración en el estatuto mercantil, se tiene que la diferencia entre el valor nominal y el valor pagado por la acción, es lo que se entiende por prima en colocación, que en últimas son recursos de que dispone la empresa, pero que siguen a disposición de los asociados para darle un destino final.

Por ende, «*se trata de una ganancia obtenida por la compañía, auspiciada por los mismos accionistas o por terceros interesados en participar en la misma, pero sin tener la connotación de capital suscrito o de pasivo externo a favor de los accionistas. Es en este contexto que el artículo 84 del Decreto 2649 de 1993 la define como el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes, y es por ello que de manera expresa ordena su registro contable, plenamente individualizado y por separado dentro del patrimonio*», como superávit de capital.

Ahora, en consideración al silencio que guarda el Código de Comercio, es procedente a efecto de determinar el tratamiento que corresponde a la prima en colocación, remitirse al Estatuto Tributario, particularmente al artículo 36, que entre otras posibilidades para comprometer la misma, establece:

- *«La primera, mantenerla como superávit de capital, es decir, como prima en colocación registrada en el patrimonio, caso en el cual no constituye renta ni ganancia ocasional;*

- *la segunda, que se capitalice su valor, evento en el cual las acciones entregadas no se tienen como un ingreso constitutivo de renta ni de ganancia ocasional para los socios;*

- *y; la tercera, que se distribuya total o parcialmente este superávit entre los socios, opción que inmediatamente implica que los valores distribuidos configuren renta gravable para la sociedad».*

Así, *«la prima en colocación aunque no obedece propiamente al concepto de utilidad entendiendo por ésta los mayores ingresos frente a los egresos en el ejercicio de la empresa social durante un período determinado (ejercicio social), sí es por disposición legal un superávit de capital, y por lo tanto un componente del patrimonio social, en el cual se registra además del capital, todas aquellas sumas que realmente se constituyen en la ganancia o pérdida de los aportantes de dicho capital ...».*

- **Procedimiento contable en el proceso de fusión.** Según la regla general que en materia contable aplica en procesos de fusión y/o escisión, la sociedad absorbente al recibir los bienes, derechos y obligaciones transferidos por la absorbida, debe necesariamente afectar las cuentas del balance general que le correspondan, en consideración a su naturaleza propia. Esto implica que en la absorbente se debe conservar la misma denominación de los respectivos rubros tanto del activo como del pasivo y patrimonio, vale decir, el capital social, las reservas legal, ocasional o estatuaria, las utilidades, la revalorización del patrimonio, el superavit de capital, (carácter que tiene la prima en

colocación) etc, que se trasladen de la compañía absorbida, salvo que en el mismo acto de fusión y/o escisión, se apruebe una destinación diferente.

Consecuente con lo expuesto y teniendo en cuenta que dentro del marco de la legislación tanto societaria como contable, la prima en colocación es un elemento componente del patrimonio por disposición expresa de la ley susceptible de ser capitalizada o distribuida a discreción del máximo órgano social, en concepto de este Despacho no existiría óbice desde esa perspectiva, para que en el proceso de integración patrimonial que surta como consecuencia de la fusión, se lleve el saldo de la misma que registre la sociedad absorbida, a la cuenta de capital de la sociedad matriz absorbente, la que podrá darle la destinación a que haya lugar, conforme a las reglas que apliquen en el país de su residencia, en concordancia con las nacionales, siempre que estas condiciones sean previamente fijadas en el correspondiente compromiso, donde se deben ver igualmente reflejadas las variaciones que se registren en el capital asignado como en las demás cuentas del capital que corresponde a la sucursal que la misma tenga incorporada en Colombia.

Lo anterior sin perjuicio claro está, de las implicaciones que se derivan frente a los parámetros fijados en el estatuto de inversiones internacionales, modificado por el Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000, a su vez modificado por el Decreto 1844 del 2 de julio de 2003, como consecuencia de las diversas operaciones que el proceso de fusión internacional involucra a la luz del mismo y las consiguientes obligaciones que de ahí se imponen, siguiendo los procedimientos previstos en las Circulares emanadas de la Junta Directiva del Banco de la República.

Entre otras, la de registrar ante el movimiento de capital que se produce por el cambio de titular de la inversión extranjera, que a su vez conlleva informar la cancelación de la inversión original y la de actualizar la información que dé cuenta del incremento que se lleve a cabo en la cuenta del capital asignado y/o la inversión suplementaria al capital

asignado de la sucursal establecida en Colombia por la sociedad absorbente, según como antes señaló, se hubiere acordado en el compromiso de fusión.

4. De las consideraciones que fueron expuestas en los puntos anteriores, claramente se desprende que con ocasión de la fusión se opera la transmisión total del patrimonio de la sociedad absorbida a favor de la absorbente, que como contrapartida entrega acciones propias a los accionistas de la primera, que se disuelve sin liquidarse y con ello, igualmente se extingue toda relación de sus asociados con ésta y por ende, los derechos por cualquier concepto derivados de su inversión en la misma.

Por consiguiente y dado que en esas condiciones al patrimonio de la absorbente se incorporan indistintamente todos los elementos del patrimonio de la absorbida, aquella que se constituye en su exclusiva titular, puede según su capacidad disponer de la destinación de sus distintas cuentas, bien que como en el supuesto planteado se utilicen para incrementar la inversión suplementaria al capital asignado de su sucursal en Colombia o, al capital asignado de la misma, operaciones que en uno u otro caso deben sujetarse entre otros al cumplimiento de los requisitos para cada fin establecidos tanto en el Régimen de Inversiones de Capital del Exterior en Colombia, como a las normas societarias y contables que sean pertinentes.

Oficio 220-24356 de 14 de mayo de 2007

Fusión de dos empresas unipersonales.

Me refiero a su escrito radicado en este Despacho por medio del cual eleva la siguiente consulta:

«Respecto de dos (2) Empresas Unipersonales de responsabilidad limitada, cuya totalidad de cuotas pertenecen a una misma persona:

1. Es posible efectuar una fusión entre dos EMPRESAS UNIPERSONALES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (fusión por Absorción)?

2. Son aplica bles las normas de la sociedad de Responsabilidad Limitada, por remisión del artículo 80 de la ley 222 de 1995, y por ende es procedente la fusión?

3. De ser procedente la fusión, debe hacerse por escritura pública o por documento privado, en los términos del artículo 177 del Código de Comercio?

4. Debe estar inserto el balance general de las dos empresas unipersonales y el consolidado de la absorbente, acorde a los artículos 170 y 177 del Código de Comercio?

5. Que trámite o procedimiento se debe seguir, como debe efectuarse el respectivo registro mercantil?»

En punto al tema de su inquietud, se hacen previamente los siguientes comentarios:

Cabe señalar que en el sistema enmarcado dentro de la legislación mercantil, la sociedad una vez constituida legalmente, al tenor del artículo 98 del Código de Comercio, así como la empresa unipersonal, creada de acuerdo con lo dispuesto en el articulo 71 de la Ley 222 de 1995, forma una persona jurídica distinta de los socios, o en su caso del empresario individualmente considerado. Luego al gozar una y otra de los atributos de la personalidad, se tienen para todos los efectos legales como sujetos de derecho, autónomos e independientes, dotados de capacidad para ejecutar los actos y celebrar los contratos comprendidos dentro de las actividades que constituyan su objeto social, sin que pueda decirse que las cualidades o condiciones personales de los socios o del constituyente, se comuniquen a la sociedad o a la empresa unipersonal.

En punto al tema de la fusión, debe señalarse que desde el punto de vista de la legislación mercantil, nada se opone en principio para

llevar a cabo una operación de fusión, en virtud de la cual una empresa unipersonal, absorba a otra de esta misma naturaleza, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 222 de 1995, en lo no previsto expresamente en la regulación relativa a la empresa unipersonal, se aplicará en cuanto sean compatibles, «*...las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada...*», de donde se colige que la correspondiente reforma resultaría viable, en la medida en que se cumplan por parte de los sujetos participantes los requisitos establecidos para ese fin en el artículo 172 del Código de Comercio y demás normas que lo complementan, y que al materializarse la fusión, la empresa absorbente no pierda una de sus características fundamentales, cual es la existencia de un titular único, pues en caso contrario, se vería abocada a «*convertirse en sociedad comercial...*» (Artículo 77 de la Ley 222 de 1995)

Igual merece destacar, que si bien es viable una fusión entre dos empresas unipersonales, es preciso tener en cuenta que conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 75 de la mencionada ley 222, «*El titular de la empresa unipersonal no puede contratar con ésta, ni tampoco podrán hacerlo entre sí empresas constituidas por el mismo titular. Tales actos serán ineficaces de pleno derecho.*», lo cual quiere decir, que tratándose de dos empresas pertenecientes a la misma persona natural, sería imposible llevarse a cabo una fusión.

Finalmente, el acuerdo de fusión se formalizará mediante **escritura pública** en la cual se insertarán los documentos a que se refiere el artículo 177 de la codificación mercantil, entre ellos, «*Los balances generales de las sociedades fusionadas y el consolidado de la absorbente o de la nueva sociedad*» (numeral 5°.) esto es, para el caso en consulta, los balances generales de las empresas fusionadas y el consolidado de la absorbente o de la nueva empresa; dicho instrumento deberá inscribirse en el registro mercantil de la cámara de comercio respectiva, pues de acuerdo con el artículo 901 será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija.

Oficio 220-051421 de 25 de octubre de 2007

Sociedad extranjera – Escisión - Procedimiento de enajenación de una sucursal en Colombia cuando la sociedad extranjera realiza una escisión en el exterior

Me refiero a sus escritos por medio de los cuales plantea que una sociedad extranjera (W) con sucursal en Colombia (W SUCURSAL), pretende llevar a cabo una escisión en la que transfiere en bloque dicha sucursal a otra compañía en el exterior (XXXX), y con base en tales hechos formula varios interrogantes que serán respondidos en el orden propuesto.

Sobre el particular, me permito manifestarle que este Despacho mediante Oficio 220-43517 del 23 de agosto de 2002, emitió su concepto sobre los aspectos que se relacionan con el traspaso de activos y pasivos afectos a una sucursal de sociedad extranjera en favor de otra compañía en el exterior. Por consiguiente y considerando que dicho pronunciamiento responde a circunstancias similares a las formuladas en su consulta resulta pertinente transcribirlo a continuación:

«Dispone el artículo 6o. del Tratado de Derecho Comercial Internacional firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1889, y aprobado por la Ley 33 de 1992, lo siguiente:

'Las sucursales o agencias constituidas en un Estado por una sociedad radicada en otro, se considerarán domiciliadas en el lugar en que funcionan y sujetas a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen'.

Así pues, aunque la existencia y capacidad de las personas jurídicas extranjeras depende de lo que dispongan las leyes del país de origen, sus actos, se someten a las leyes del país anfitrión, al cual deben subordinación por actuar en su territorio.

Por tanto, de la misma manera en que al producirse la fusión de sociedades extranjeras con negocios permanentes en el país, las sucursales

deben cumplir los requisitos previstos en los artículos 172 y siguientes del Código de Comercio; en el caso que se plantea, la sociedad extranjera cedente debe cumplir las normas previstas en la ley comercial para la venta del establecimiento de comercio y en especial, los requisitos previstos en el artículo 528 ibídem, sin cuyo cumplimiento, el negocio realizado no produce efectos frente a terceros en Colombia.

Las consideraciones efectuadas, constituyen el fundamento para formular la conclusión del Despacho, en el sentido de afirmar que la cesión o el traspaso de los activos y pasivos afectos a la sucursal en Colombia por parte de la casa matriz a otra sociedad extranjera, podría constituir un mecanismo viable para obviar la liquidación de la sucursal incorporada en el país, en la medida en que tal decisión se lleve a cabo cumpliendo el procedimiento legal previsto, para la venta del establecimiento de comercio, en los artículos 525 y siguientes del Código de Comercio.

Por tanto, tal determinación implica la realización de una escritura pública o documento privado, instrumento que deberá especificar todas las relaciones patrimoniales tangibles e intangibles de la sociedad en el país, por las que debe responder la sociedad cesionaria; protocolizar en Colombia el documento de fundación de la sociedad matriz cesionaria, sus estatutos, la constancia expedida por el Cónsul de Colombia en ese país en el que se exprese que la sociedad existe y ejerce su objeto conforme a las leyes de ese país (artículo 480 del Código de Comercio); y a su vez, modificar la Resolución de Incorporación, en lo que se refiere al nombre, ítem que no se transfiere a la sociedad adquirente, por virtud de la cesión de activos y pasivos planteada, además del evidente cambio en el titular de la inversión».

El concepto antes transcrito también aplica para la escisión de una sociedad extranjera en la que esta transfiere en bloque a otra compañía foránea la sucursal que tiene en Colombia, razón por la cual sirve de base para dar respuesta a sus interrogantes como sigue:

- *«¿Será la sociedad (W)..... reconocida como la oficina principal de '(W SUCURSAL)', por ser la sociedad beneficiaria del proceso de escisión en el exterior?».*

Al ser la intención de la sociedad escindente (W) y de la beneficiaria en el exterior (XXXX) que esta última adquiera en bloque la totalidad de los activos y pasivos de la sucursal en Colombia (W SUCURSAL), una vez cumplidos los requisitos y formalidades de enajenación de establecimientos de comercio en el país habrá de tenerse a (XXXX) como propietaria de la sucursal en Colombia.

- *«¿Qué documentos debe presentar (XXXX) a registro en la Cámara de Comercio del domicilio de la sucursal colombiana '(W SUCURSAL)' para hacer constar su nueva condición de oficina principal de 'W(sucursal)' como resultado de la escisión?».*

La escisión en el exterior implica en Colombia la realización de una escritura pública o documento privado, instrumento que deberá especificar todas las relaciones patrimoniales tangibles e intangibles de la sucursal en el país. Igualmente comporta la protocolización en Colombia del documento de fundación de la sociedad matriz beneficiaria (XXXX), de sus estatutos, de la constancia expedida por el Cónsul de Colombia en ese país en el que se exprese que la sociedad existe y ejerce su objeto conforme a las leyes de ese país. Dicha documentación deberá ser registrada en la Cámara de Comercio del domicilio de la sucursal.

- *«La escisión de 'W' en el exterior, mediante el traslado en bloque de su patrimonio consistente en '(W SUCURSAL)' y de todos sus activos y pasivos, implica la liquidación de la sucursal, o la necesidad de establecer una nueva sucursal en Colombia?».*

En la medida en que se de cumplimiento a las disposiciones del Código de Comercio sobre venta de establecimientos de comercio (artículos 525 y siguientes), no resulta necesaria la liquidación de la sucursal en Colombia ni de la incorporación de una nueva sucursal por parte de (XXXX) como sociedad beneficiaria en la escisión.

- *¿«(W SUCURSAL)» podría seguir denominándose así a pesar de que el nombre de su oficina principal es (XXXX) como resultado del proceso de escisión?».*

Como quiera que la transferencia de activos no comporta el traspaso del nombre de la sucursal, y que tal como lo manifestó esta Superintendencia mediante Oficio 220-22718 de 12 de mayo de 1988, el nombre de una sucursal de sociedad extranjera siempre debe coincidir con el de su matriz, la sucursal transferida producto de la escisión en el exterior debe ajustar su nombre al de su nueva titular (XXXX), sin que le sea posible conservar el que tenía hasta antes de la escisión.

Finalmente, en lo que respecta a su cuarto (4) interrogante, relacionado con la matrícula mercantil y con el NIT de la sucursal en el país una vez perfeccionada la escisión, es de señalar que por tratarse de temas de competencia de la Cámara de Comercio, de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el mismo deberá ser formulado ante dichas Entidades.

Oficio 220-021507 de 25 de abril de 2007

Fusión de sociedad colombiana como absorbida y sociedad extranjera como absorbente.

Aviso recibo de su comunicación mediante la cual consulta si con fundamento en la doctrina vigente de esta Entidad en torno al tema, puede deducirse que en el evento en que la sociedad resultante de un proceso de fusión a través de la cual una sociedad extranjera absorba a una sociedad nacional, no vaya a mantener más actividades permanentes en Colombia, no se requerirá la incorporación de una sucursal en el territorio nacional.

Aunque no es del caso transcribir aquí el Oficio 220-16478 del 30 de agosto de 1994, que sustenta el concepto al que su consulta alude, para los fines pertinentes sí es necesario precisar desde ahora, que los alcances del mismo se circunscriben a la hipótesis sobre la que gira el análisis efectuado entonces, esto es a «la *fusión entre una sociedad extranjera y una sociedad colombiana en virtud de la cual la primera absorba la segunda, estableciéndose por aquella, como consecuencia, una sucursal en nuestro país, que no sólo continúe con el desarrollo del objeto social de la nacional, sino que además asuma sus obligaciones*», hipótesis a la que está referida la conclusión que este Despacho expuso y aún mantiene y, según la cual a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, es posible considerar viable la operación en los términos descritos.

Luego es importante aclarar que es ese el sentido en que la Superintendencia ha reiterado su criterio, como se advierte entre otros en el texto del Oficio: -220-051140 2005/09/13- dirigido a esa misma firma de abogados, en el cual se expresa:

«Antes de abordar puntualmente los interrogantes propuestos, resulta pertinente efectuar algunas consideraciones previas de carácter conceptual, a partir de los pronunciamientos contenidos en los oficios 220-16478 del 30 de agosto de 1994 y 220- 10481 del 27 de marzo de 2001, que en su orden expresan la doctrina de esta Entidad, primero, en torno a la fusión entre una sociedad extranjera y segundo, a la estructura jurídica a la que responde la figura de la fusión y sus efectos, dentro del marco de la legislación vigente en Colombia.

- ***Fusión Internacional**. En el primero de los conceptos citados la Superintendencia con fundamento en los argumentos entonces expuestos, concluye que es viable la fusión entre una sociedad extranjera y una sociedad colombiana en virtud de la cual la primera absorba a la segunda, siempre que aquella establezca en el territorio nacional una sucursal que no solo continúe desarrollando el objeto social de la nacional, sino que además asuma sus obligaciones. (subraya fuera del texto)*

En cuanto al régimen legal aplicable para ese efecto el Despacho manifestó que '...en atención a los postulados insertos en los artículos 18, 20 y 21 del Código Civil y en los Tratados Internacionales de Derecho Civil y Comercial firmados en Montevideo en 1.889, aprobados por la Ley 33 de 1992, en términos generales, resulta claro que: la existencia y capacidad de las personas jurídicas, la forma y las relaciones del contrato social y, por ende las reformas al mismo, se sujetarán a la ley vigente del lugar donde hayan sido reconocidos como tales o tengan sus domicilios comerciales.

Siendo ello así y como quiera que la fusión constituye no sólo una reforma al contrato social, según lo preceptúa el artículo 162 del Código de Comercio, sino que también implica la terminación de la existencia de la persona jurídica absorbida (artículo 172 ídem), deberán observarse de preferencia e indefectiblemente, en toda su extensión, las normas consagradas en nuestra legislación mercantil sobre la materia, habida cuenta que el domicilio de la absorbida se encuentra ubicado en Colombia, sin perjuicio que la sociedad extranjera haya de cumplir, además con las reglas correspondientes del país de su domicilio comercial, en lo que sea pertinente.' (...)

Del análisis, grosso modo se estableció que para llevar a cabo la fusión, es necesario que los entes participantes cumplan a cabalidad en Colombia todos y cada uno de los requerimientos previstos en los artículos 172 y siguientes y 471 y siguientes en lo que a la sucursal de la sociedad extranjera se refiere, en el entendido que la operación responde al carácter que la legislación nacional le imprime. (...)»

En este orden de ideas, la doctrina vigente no permite deducir, que en el evento de que una sociedad extranjera que pretenda absorber una sociedad nacional, sin que vaya a mantener actividades permanentes en Colombia, sea innecesario incorporar una sucursal en el territorio nacional; lo que en concepto de este Despacho se colige, es que en esas circunstancias la operación no resulta procedente, pues si la sociedad extranjera no se propone continuar desarrollando el objeto social de la nacional, la fusión no es el escenario expedito para

alcanzar los resultados que se persiguen y para los que en todo caso existen otros recursos legales conducentes.

Y es que en esas condiciones, se desvirtuarían los presupuestos sobre los que está estructurada la figura de la fusión, pues como es sabido, ésta en su concepción legal constituye un mecanismo que si bien, comporta la extinción de una o varias sociedades, sin liquidación, también supone de las sociedades participantes el propósito de integrar patrimonio y empresas, propósito que valga resaltar, conlleva implícitamente la integración empresarial, como la consolidación, que más que instituciones autónomas, son efectos inherentes a la misma operación, lo que explica que sin la presencia de dichos elementos no es viable la operación de las características que su consulta plantea, máxime cuando en el derecho colombiano no existe norma que así lo permita.

Oficio 220-084968 de 19 de junio de 2009

La fusión impropia y la reconstitución constituyen dos fenómenos jurídicos diferentes (Doctrina vigente de la Superintendencia de Sociedades)

Me refiero a su escrito por medio del cual poniendo de presente los diversos pronunciamientos que sobre el tema de la fusión impropia y la reconstitución ha proferido esta Superintendencia, consulta si es posible reconstituir a una sociedad que lleva más de seis meses disuelta, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 250 del Código de Comercio.

Sobre el particular, y tal como fue informado en su oportunidad por esta Oficina, su consulta ha dado lugar a un nuevo estudio y análisis respecto del contenido y alcance de los artículos 180 y 250 del Código de Comercio, los que respectivamente contemplan las operaciones denominadas fusión impropia y reconstitución. Lo anterior, con el fin de dilucidar si dichas normas regulan un único fenómeno jurídico, o si por el contrario, las mismas hacen referencia a dos figuras diferentes.

Sea lo primero poner de presente que el estudio que se hace en esta ocasión sobre los temas ya reseñados, responde a un nuevo y juicioso análisis que no necesariamente estará soportado en los argumentos esgrimidos por esta Superintendencia principalmente en el Memorando 100-183 del 25 de mayo de 1994 y en el Oficio 220-24650 del 18 de mayo de 2005 en donde, en el primero de tales pronunciamientos se sostuvo que la fusión impropia y la reconstitución eran figuras diferentes, y en el segundo de los mismos en el que se concluyó que los artículos 180 y 250 del Estatuto Mercantil regulaban un único fenómeno jurídico, recogiendo de esta suerte la posición contenida en el citado memorando.

Para comenzar, y acudiendo al principio de interpretación armónica y sistemática de la ley, contenido en el artículo 30 del Código Civil, resulta pertinente detenerse en el contexto en el que se ubican las disposiciones objeto de análisis. Así, se ha de señalar que en lo que respecta al artículo 180 del Código de Comercio (fusión impropia), el mismo se encuentra incorporado dentro de la Sección II del Capítulo VI del Título I del Libro II del referido Código, Sección relativa a la fusión de sociedades; en tanto que el artículo 250 (reconstitución), hace parte del Capítulo X del Título I del Libro II denominado liquidación del patrimonio social.

Esta primera aproximación nos permite de forma anticipada vislumbrar que la intención del legislador fue la de regular dos fenómenos jurídicos independientes, pues si hubiese querido lo contrario simplemente hubiere consagrado una sola disposición para tal fin.

En efecto, no podemos pensar que por el hecho de que los artículos 180 y 250 del Estatuto Mercantil procuran una misma consecuencia jurídica, esto es, la de dar lugar al nacimiento de una nueva sociedad para que continúe con los negocios de una sociedad ya disuelta, la fusión impropia y la reconstitución obedezcan a una misma figura a la que le sean aplicables los requisitos previstos en cada una de las mencionadas normas.

De esta suerte, lo que procede antes de arribar a la conclusión de que se trata de dos instituciones diferentes o de una única figura, es, apartándose de la consecuencia ya referida, el análisis de los elementos establecidos en cada uno de los preceptos normativos ya reseñados, así como el contexto en el que se ubican los mismos, tal como se pasa a hacer a continuación.

I. LA FUSIÓN IMPROPIA

Dispone el artículo 180 del Código de Comercio:

«Lo dispuesto en esta sección podrá aplicarse también al caso de la formación de una nueva sociedad para continuar los negocios de una sociedad disuelta, siempre que no haya variaciones en el giro de sus actividades o negocios y que la operación se celebre dentro de los seis meses siguientes a la fecha de disolución.»

De esta norma se desprende en primer lugar, que resulta viable constituir una nueva sociedad, con el fin de que continúe los negocios que venían en cabeza de otra sociedad ya disuelta y en liquidación. Ello se materializa a través de la decisión en el seno de la asamblea o junta de socios de dicha compañía de no seguir adelante con el trámite liquidatorio, para en su lugar optar por dar origen en el mismo acto jurídico y por virtud de la fusión impropia a una nueva sociedad, la cual continúe necesariamente con el mismo giro ordinario de las actividades y negocios de aquella.

Es claro que al ser la fusión impropia una modalidad de la fusión, el nacimiento de la nueva compañía surge como consecuencia de este fenómeno de reorganización empresarial, y no como acto autónomo e independiente de suscripción de un contrato de sociedad en el que deban concurrir las voluntades de todos los asociados.

La diferencia primordial entre la fusión en general consagrada en el artículo 172 del Código de Comercio y la fusión impropia prevista en el artículo 180 del mismo Código, radica en que, mientras que la primera presupone la disolución de la sociedad absorbida originada

en el propio acuerdo de fusión, la segunda, entiéndase la fusión impropia, tiene lugar frente a una sociedad previamente disuelta y en trámite liquidatorio. Sin duda, esta diferencia no resulta irrelevante en la práctica, pues en tanto que en la fusión en general no se adelanta actuación alguna de naturaleza liquidatoria en la sociedad disuelta y que va a ser absorbida, en la fusión impropia puede que ya se hubiere iniciado algún trámite en tal sentido en la compañía disuelta y en liquidación.

No obstante la diferencia a que se acaba de aludir, se ha de señalar que por ser la fusión impropia una clase de fusión, a aquella le resultan aplicables las disposiciones que rigen este tipo de reformas. Así, en lo que respecta a la mayoría decisoria para aprobar en el máximo órgano social la fusión impropia, se ha de acudir a lo dispuesto en el artículo 173 del Estatuto Mercantil, para concluir que se requiere de la mayoría prevista en los estatutos para la fusión, o en su defecto para la disolución anticipada. No se necesita entonces que la totalidad de los asociados consientan en la adopción de la comentada operación, pues si bien surge a la vida jurídica una nueva sociedad, esta nace es como efecto de la fusión impropia y no por razón de la suscripción de un contrato de sociedad autónomo e independiente.

De otro lado, en lo que hace con el denominado derecho de retiro de los socios, es de anotar que el mismo tiene lugar en la fusión impropia, en primer término porque en la referida reforma pueden existir socios ausentes o disidentes que hagan uso del citado derecho, y en segundo lugar porque puede presentarse alguna de las causales de retiro consagradas en el artículo 12 de la Ley 222 de 1995, valga recordar, aumento de la responsabilidad de los asociados o desmejora de sus derechos patrimoniales.

Piénsese por ejemplo en que por virtud de la fusión impropia se da origen a una sociedad de responsabilidad limitada para que continúe con los negocios de una sociedad anónima disuelta en liquidación, produciéndose un aumento en la responsabilidad de los asociados, si se considera que en la segunda de tales compañías los accionistas

responden única y exclusivamente hasta el monto de lo aportado (artículo 373 C. Co.), mientras que en la primera los socios responden también hasta el monto de sus aportes pero con excepción de las obligaciones de naturaleza laboral y fiscal frente a las cuales responden de forma solidaria (artículos 353 C.Co., 36 C.S.T. y 794 E.T.).

Ahora bien, en lo que toca con el momento para llevar a cabo la denominada fusión impropia, la ley otorga un plazo improrrogable de seis meses contados a partir de la fecha de la disolución para que se celebre dicha operación, para la cual, por tratarse de una fusión, se deben tener en cuenta las formalidades y requisitos consagrados en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995 para dicha reforma.

En este orden de ideas, se habrá de tener en cuenta lo reglado en los artículos 12 y siguientes de la Ley 222 de 1995 en cuanto a convocatoria, derecho de retiro y derecho de inspección, al igual que lo consagrado en los artículos 173 y siguientes del Código de Comercio en lo que resulte pertinente con la fusión impropia.

Una vez perfeccionada la fusión impropia con la inscripción del documento respectivo en el registro mercantil, la nueva sociedad asume las actividades, bienes, derechos y obligaciones de la sociedad que se encontraba disuelta y en etapa de liquidación, por virtud de lo previsto en los artículos 178 y 180 del Código de Comercio.

II. LA RECONSTITUCIÓN

Señala el artículo 250 del Estatuto Mercantil: «*Por acuerdo de todos los asociados podrá prescindirse de hacer la liquidación en los términos anteriores y constituir, con las formalidades legales, una nueva sociedad que continúe la empresa social.*»

Por su parte prevé el artículo 251 del mismo Estatuto: «*El acto previsto en el artículo anterior se someterá a las disposiciones pertinentes sobre fusión y enajenación de establecimientos de comercio. Cumplido tal acto en esta forma, la nueva sociedad se sustituirá en todas las obligaciones de la anterior con todos sus privilegios y garantías.*»

De la lectura del artículo 250 aludido, se observa que el legislador contempló la posibilidad de que todos los asociados de una sociedad en liquidación, decidan por unanimidad prescindir del trámite liquidatorio, con el propósito de crear con los activos y pasivos que tenga la sociedad al tiempo de dicha determinación, una nueva compañía que continúe con las actividades de aquella. Ello significa, que la nueva sociedad nace a la vida jurídica por razón de la voluntad de todos los socios de no concluir la liquidación para en cambio seguir adelantando los negocios de la compañía disuelta a través de la que se constituye, concurriendo de esta manera la celebración de un contrato de sociedad.

Aquí vale la pena destacar que cuando el artículo 250 indica que los asociados pueden prescindir de hacer la liquidación en los términos anteriores, el mismo no se está refiriendo única y exclusivamente al procedimiento de distribución de remanente de activos sociales una vez cancelado el pasivo externo, consagrado en los artículos 247 a 249 del Estatuto Mercantil, pues no existen razones que permitan sustentar tal afirmación, y sí por el contrario concurren argumentos que demuestran que la reconstitución tiene cabida aún quedando por satisfacer acreencias con terceros, pues basta con consultar el artículo 251 arriba transcrito, el cual señala que la nueva sociedad se sustituye en las obligaciones de la anterior con todos sus privilegios y garantías.

Esto permite concluir que la reconstitución a que hace alusión el comentado artículo 250, procede en cualquier momento del trámite liquidatorio, sin que existan más límites temporales que la fecha en que se inscriba en el registro mercantil el acta contentiva de la cuenta final de liquidación de la sociedad.

Ahora bien, realizando una interpretación armónica y sistemática de los artículos 180, 250 y 251 del Código de Comercio, se infiere que la figura de la reconstitución no comporta una fusión, pues si así fuera no existiría la necesidad de que el artículo 251 remitiera en lo pertinente a las normas que regulan la segunda de tales figuras. Es por ello que

la operación de reconstitución no forma parte de las reglas que rigen el fenómeno de la fusión, sino del capítulo del Código de Comercio relativo a la liquidación del patrimonio social de las compañías.

En lo que respecta a los requisitos y formalidades para llevar a cabo la reconstitución, es de anotar que por mandato del artículo 251 del Ordenamiento Mercantil, se deben aplicar las disposiciones pertinentes del citado Ordenamiento sobre fusión y enajenación de establecimientos de comercio. El criterio de la pertinencia tiene lugar como quiera que no todas las reglas sobre las mencionadas figuras resultan aplicables a la reconstitución, si se considera que por ejemplo en esta operación no hay lugar al llamado derecho de retiro de los asociados, habida cuenta que dicho derecho solo puede ser ejercido por socios ausentes o disidentes, categorías estas que no se presentan en una reconstitución, ya que en esta figura se requiere de la aprobación de todos los socios o accionistas.

III. COMPARACIÓN DE LOS FENÓMENOS REGULADOS EN LOS ARTÍCULOS 180 Y 250 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

De las consideraciones efectuadas en los acápites que anteceden, se puede señalar que si bien los artículos 180 (fusión impropia) y 250 (reconstitución) del Código de Comercio, están encaminados hacia la consecución de un fin común, cual es el de permitir que a través de la creación de una nueva sociedad se puedan continuar adelantando los negocios o actividades de una sociedad disuelta y en liquidación, tales preceptos regulan dos fenómenos jurídicos independientes, afirmación esta que alcanza sustento en las diferencias que se explican a continuación:

a) Mientras que la fusión impropia se encuentra incorporada en la sección del Estatuto Mercantil relativa a la fusión en general, la reconstitución hace parte del capítulo atinente a la liquidación del patrimonio social.

b) Mientras que la fusión impropia hace parte del género de la fusión, la reconstitución no se encuentra comprendida dentro de dicho género,

aunque por disposición legal le resulten aplicables en lo pertinente las reglas relativas a la fusión.

c) Mientras que en la fusión impropia el nacimiento de la nueva sociedad es una consecuencia de dicha fusión, en la reconstitución el surgimiento del nuevo ente societario obedece a la voluntad de todos y cada uno de los asociados de no seguir con la liquidación de la compañía para en su lugar continuar desarrollando los negocios de esta a través de la naciente persona jurídica, configurándose de esta suerte un verdadero contrato de sociedad.

d) Mientras que para optar por la fusión impropia se necesita de la mayoría prevista en los estatutos para la fusión o en su defecto para la disolución anticipada, para la reconstitución se requiere de la unanimidad de todos los socios o accionistas.

e) En tanto que para la fusión impropia hay lugar al derecho de retiro de los asociados, para la reconstitución no procede el ejercicio del mencionado derecho por no existir socios ausentes o disidentes.

f) Mientras que para la fusión impropia se impone la prohibición de que se varíe el giro ordinario de las actividades o negocios de la sociedad disuelta, para la reconstitución si bien la misma está diseñada primordialmente para continuar con la empresa social de la compañía disuelta, tal hecho no impide que además de dicha empresa se puedan adelantar otras operaciones en la nueva sociedad.

g) En tanto que para llevar a cabo la fusión impropia la ley impone un límite temporal de seis meses contados a partir de la disolución, para la reconstitución se puede llevar a cabo la operación en cualquier momento del trámite liquidatorio, claro está, siempre y cuando no haya sido inscrita en el registro mercantil el acta contentiva de la cuenta final de liquidación de la sociedad.

IV. CONCLUSIONES

Por las razones expuestas en el presente oficio, este Despacho es de la opinión de que los artículos 180 y 250 del Código de Comercio regulan

figuras jurídicas diferentes, valga reiterar, la fusión impropia y la reconstitución. Esta posición, además alcanza respaldo en los principios constitucionales de la libre actividad económica y de la iniciativa privada (artículo 333 C.P.), en la medida en que los empresarios cuentan con dos alternativas autónomas y diferentes encaminadas a la reactivación de los negocios de compañías que se encuentran disueltas y en etapa de liquidación.

Constituye entonces la posición contenida en el presente oficio la doctrina vigente de la Superintendencia de Sociedades respecto de los fenómenos consagrados en los artículos 180 y 250 del Código de Comercio, recogiéndose en consecuencia lo manifestado principalmente en el Memorando 100-183 del 25 de mayo de 1994, en el Oficio 220-24650 del 18 de mayo de 2005, en el Oficio 220-060902 del 26 de diciembre de 2007, y en general en todos aquellos pronunciamientos de la Entidad que hagan referencia a los anteriores.

En este orden de ideas, y para dar respuesta a su consulta, se ha de señalar que en razón a que el artículo 250 del Código de Comercio no impone límite temporal alguno para hacer uso del mecanismo de la reconstitución, resulta jurídicamente viable bajo el amparo de la referida disposición, reconstituir una sociedad que lleva mas de seis meses disuelta y en liquidación.

GRUPOS EMPRESARIALES

100-64011 del 26 de noviembre de 1997

Concepto de «UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN».

El artículo 28 de la Ley 222/95 prescribe que «*habrá grupo empresarial cuando además de vínculo de subordinación exista entre las entidades unidad de propósito y dirección*». Si bien el inciso 2° señala en qué casos se entiende que existe tal unidad de propósito y dirección, los términos utilizados son amplios. Resultaría absurdo, por ejemplo

que la sola pretensión de una sociedad matriz de que todas las compañías subordinadas sean rentables, que alcancen el liderazgo en las áreas en las que se desenvuelvan, y que desarrollen sus objetos regidos por parámetros de legalidad y honestidad, configuren la unidad de propósito exigida por la norma precitada.

Sería conveniente entonces, ya sea precisar mayormente los términos utilizados, o por vía de ejemplo señalar los eventos en que se configuren la UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN.

A fin de efectuar un análisis adecuado sobre el tema, estima necesario el Despacho remitirse al artículo 28 de la Ley 222 de 1995.

De conformidad con la citada disposición, para que se configure el grupo empresarial se requiere:

a. Existencia de un vínculo de subordinación, el cual es descrito en los artículos 26 y 27 de la Ley 222, artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

b. Que exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

En relación con este requisito, sea lo primero señalar que el mismo no puede limitarse única y exclusivamente a unas hipótesis cerradas definidas previamente por el legislador, por cuanto obedecen a fenómenos de carácter económico y como tal variables, razón por la cual la descripción prevista en la norma de *«perseguir la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante»*, como respuesta a la noción de *«unidad de propósito y dirección»*, es lo suficientemente amplia, lo que permite abarcar las diferentes hipótesis que puede presentarse en la realidad empresarial.

En este aspecto la ley específica los supuestos del grupo empresarial ampliando el criterio propio de control o subordinación y exige en forma adicional, que independientemente del desarrollo individual del objeto social por cada una de las compañías, se configure una marcada injerencia o intromisión de la matriz o controlante en

procura de la obtención de un beneficio general o exclusivo del grupo entendido como un todo. Por el simple hecho de que la matriz persiga que sus subordinadas sean rentables, salvo que dicho objetivo se encuentre acompañado de una injerencia de aquella en cuanto a la disposición planificada y sistemática de objetivos determinados, es que han de ejecutarse por los sujetos que conforman el grupo, al tiempo que deben someterse a su evaluación y control directo o indirecto.

Para complementar el análisis de la norma consultada resulta conveniente también acudir a uno de los métodos de interpretación de la ley establecido por el Código Civil, el cual en su artículo 28 establece que: *«las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas..»* por lo cual, acudiremos a las definiciones que sobre las expresiones *«unidad»*, *«de propósito»* y *«dirección»* brinda el diccionario de la lengua española editado por la Real Academia Española:

«Unidad. Propiedad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o se altere. Unión o conformidad.

Propósito. Ánimo o intención de hacer o de no hacer una cosa. Objeto, mira la materia de que se trata o en que se está entendiendo.

Dirección. Acción y efecto de dirigirse. Camino o rumbo que un cuerpo sigue en su movimiento. Conjunto de personas encargadas de dirigir una sociedad, establecimiento, explotación, etc.»

De lo indicado por el alcance gramatical de las palabras en la expresión de la ley, puede deducirse que la unidad de propósito y la unidad de dirección hacen referencia a las cualidades que se predican de las entidades, en cuanto a la relación de interdependencia que las caracteriza como grupo empresarial. Esta integración de las relaciones en el grupo empresarial, es amplia por la misma expresión de la ley y señala claramente su intención. Su propósito es permitir a las realidades empresariales que participan en la actividad económica ejecutada por los sujetos de derecho, asumir la multiplicidad de for-

mas que se considere convenientes, partiendo de un elemento integrador, cual es la realización de objetivos determinados que los comprometen en un sentido o finalidad de acuerdo al supuesto legal.

En forma análoga pero tratando un tema diferente, esta Entidad ha expresado los criterios para la determinación del alcance conceptual de la subordinación, los cuales guardan relación específica con el tema que se trata en el presente concepto y resulta conveniente reiterarlos.

«Pretender hacer una enumeración taxativa con el objeto de determinar las innumerables formas mediante las cuales se puede conseguir el control económico, financiero o administrativo es una tarea innecesaria y esencialmente mutable y dependiente de circunstancias y conveniencias no susceptibles de señalar a priori. Por eso el Código de Comercio, en su artículo 261 como simple enunciación, menciona algunas alternativas. (...).

«Formas sutiles de 'control económico' se pueden presentar en la medida en que los intereses económicos surgidos entre varias (al menos dos) unidades, produzcan una vinculación del tal grado que el cabal proceso productivo de una se encuentre condicionado a alguna decisión de otros (suministro de materias primas, dependencia tecnológica, canales de distribución etc...).

(...) Por último, las precisiones anteriores no permiten, como sería lo ideal, una generalización tal que fije reglas mediante las cuales se determina objetivamente la presencia de vinculación o subordinación entre varias unidades ...» (Oficio OA/18184 septiembre 10 de 1980). Cada caso individual implica su estudio y análisis particular basado, claro está, en las definiciones conceptuales establecidas en los párrafos anteriores.

De conformidad con lo expresado se puede afirmar que se da unidad de propósito, cuando la relación de las entidades involucradas a través de la subordinación, presenta una finalidad, que es comunicada por la entidad controlante y asumida por las controladas, encaminada a

la ejecución de un fin o designio que se asume en beneficio del grupo sin perjuicio de la actividad de los sujetos que lo componen.

Con relación a la unidad de dirección, la misma se configuraría en múltiples maneras, primando siempre en todo caso la atribución de la controlante de intervenir activamente en forma directa o indirecta en la toma de decisiones que afectan a los sujetos subordinados integrados en el grupo, para la ejecución de los designios definidos por la misma, lo cual incluye entre otras, las estrategias de políticas, planes y orientaciones económicas, administrativas o financieras pertinentes, a fin de que sus integrantes la pongan en marcha y con su desarrollo se logre el objetivo previsto.

En este orden de ideas, existe unidad de dirección cuando las empresas que conforman el grupo están dominadas o subordinadas a la expresión del poder de la controlante que tiene la facultad de decisión y, ello con el propósito de que todas actúen no solo bajo la misma dirección, como es lógico, sino bajo los mismos parámetros sean ellos explícitos o no.

Será el estudio de las condiciones y las relaciones que se verifican entre los sujetos en cada caso en particular, el que determinará la existencia del grupo empresarial. En el evento de presentarse discrepancia en cuanto a los supuestos del grupo empresarial, será la respectiva autoridad administrativa competente quien lo definirá de oficio o a petición de los interesados, efectuando el análisis particular de cada caso. (Artículo 30 inciso 2 Ley 222/95).

Adicionalmente, se considera que cuando el referido artículo 30 de la Ley 222 de 1995, dice que el documento respectivo *«deberá presentarse para su inscripción en el registro correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados»* no quiso significar nada diferente a que la inscripción en el registro mercantil deberá efectuarse en la Cámara de Comercio del domicilio de la matriz o controlante y de cada una de sus subordinadas en el territorio nacional.

Finalmente, podemos indicar que la expresión *«vinculación»*, de los artículos 30 y 31 de la Ley 222/95, corresponde a un concepto genérico

que comprende tanto las relaciones de subordinación que pueden existir entre las entidades, como los casos de vinculación económica, sea por participación, o cualquiera otra causa que la determine.

Oficio 100-56079 de 16 de septiembre de 1998

Las entidades descentralizadas del Estado pueden tener la calidad de matrices o controlantes - Obligación de registro y preparación y difusión de los estados financieros consolidados

«En ocasiones se ha prescrito la formación de grupos empresariales entre entidades descentralizadas del Estado, estableciendo legalmente la existencia de la subordinación y de la unidad de propósito y dirección, ¿cuáles de los efectos legales del control o grupo empresarial se predican respecto de las entidades descentralizadas involucradas?»

Antes de analizar cada uno de los efectos relacionados con el control, conviene realizar las siguientes precisiones conceptuales:

Entidades descentralizadas del Estado. Noción y clasificación. (Modificado por la Ley 489 de 1998).

En la organización administrativa colombiana se han distinguido las entidades descentralizadas territoriales y las entidades descentralizadas por servicios. Respecto de estas últimas el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 establece:

«Entidades descentralizadas. *Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicio públicos y las demás entidades creadas por la ley con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la rea-*

lización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.»

En el marco del derecho societario revisten particular importancia las sociedades de economía mixta, definidas por el art. 97 de la última norma citada:

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

Para que una sociedad pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales o comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.[13] (Texto subrayado INEXEQUIBLE)

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

Parágrafo. *Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado».*

La jurisprudencia ha sostenido que:

«Legalmente las sociedades de economía mixta se rigen por las reglas del derecho privado, son sociedades de comercio sujetas al derecho mercantil, con las limitaciones expresas que la constitución y la ley establezcan. Pueden constituirse

13 Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-953 de 1999.

bajo cualesquiera de las formas de sociedades previstas en el Código de Comercio, colectivas, en comandita simples o por acciones, de responsabilidad limitada o anónimas, ya que la ley colombiana no señala ninguna en especial.» (CSJ, Sala Plena, Sentencia Febrero 27 de 1975. M.P. Luis Sarmiento Buitrago).

«Las sociedades de economía mixta, como organismos que no forman parte de la administración pero están vinculados a ella, desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley. Por medio de estas sociedades el Estado participa en el campo propio de la iniciativa privada, y en colaboración con los particulares, en el estímulo o fomento de actividades que en sí mismas no constituyen servicios oficiales. Participa en los diferentes procesos económicos, tanto en el campo financiero como en el sector real y otros sectores.» (Penagos, Gustavo. Curso de Derecho Administrativo. 1988, Pág. 664).

Situaciones de control y grupos empresariales en que el Estado se encuentra vinculado

Se presentan en la actualidad varias hipótesis sobre las situaciones de control y grupos empresariales en que el Estado se encuentra vinculado. Es del caso destacar principalmente dos posible situaciones:

1. La Nación a través de sus entidades descentralizadas controla una o varias sociedades comerciales de conformidad con los supuestos señalados en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

2. La Nación a través de sus entidades descentralizadas controla una o varias entidades de naturaleza no societaria.

En la primera hipótesis la Nación a través de sus entidades descentralizadas ejerce el control sobre sociedades comerciales, por lo cual se generan los efectos señalados por la Ley 222 de 1995 respecto del régimen de matrices y subordinadas. Estas sociedades comerciales que actúan como sujetos controlados, pueden formarse con la participación exclusiva de entidades públicas o como sociedades de economía mixta.

En este punto ha surgido el siguiente problema jurídico:

Las sociedades entre entidades públicas y las sociedades de economía mixta en que el Estado tenga una participación igual o superior al 90% del capital social se someten a las normas previstas para las empresas industriales o comerciales del Estado, por tanto, se pregunta: ¿Se deben incluir en la primera hipótesis aquellas situaciones en que el control se ejerza sobre estas sociedades?

Para absolver esta cuestión, el Despacho estima que por el grado de participación estatal (igual o superior al 90%) una sociedad de economía mixta no se convierte en empresa industrial y comercial del Estado. La prescripción legal que ordena que «...se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado», debe ser entendida como un régimen especial en cuanto a su organización y funcionamiento, a las funciones de la junta directiva, a las atribuciones del gerente, directores o presidente, a la concreción del objeto social y a la capacidad para cumplir sus actividades, a la formulación de políticas gubernamentales, etc. En este sentido se debe interpretar el artículo 464 del Estatuto Mercantil, es decir, cuando la inversión estatal sea o exceda del 90% del capital social varía el comportamiento societario en los ámbitos internos mencionados, además de que, un mismo órgano puede cumplir las funciones del máximo órgano social y junta directiva.

Las actividades que desarrollan frente a terceros las sociedades de economía mixta en las que el Estado posee más del 90% del capital social, son de naturaleza mercantil. Los contratos que celebren en desarrollo y para la ejecución de aquellas actividades se rigen por la reglas del derecho privado y las cláusulas serán las usuales para los contratos entre particulares.

Sobre este tema precisó el Consejo de Estado lo siguiente:

«Lo dispuesto en estas normas legales (artículo 3º del Decreto 3130 de 1968 y 464 del Código de Comercio) debe entenderse en el sentido de que las sociedades en ellas consideradas conservan la estructura

jurídica del Código de Comercio y, como personas siguen sometidas a sus normas en lo que no resulte incompatible con los reglamentos legales que determinan la dirección, administración y funcionamiento de las empresas del Estado, como entidades que operan dentro del sector gubernamental». (Concepto del 10 de abril de 1973. Sala de Consulta y Servicio Civil).

Por tanto, la participación del Estado en una sociedad no cambia la naturaleza de ésta. Estima el Despacho que toda persona que se constituya como sociedad comercial puede ser sujeto subordinado y tal vinculación será regida de conformidad con lo previsto en la Ley 222 de 1995, es decir, tanto las sociedades entre entidades públicas, como las sociedades de economía mixta, podrán vincularse como subordinados en una situación de control o de grupo empresarial, de conformidad con la regulación de la citada ley.

Conviene distinguir entre las *«empresas industriales o comerciales del Estado»* y las *«sociedades que por virtud de la ley se someten a las normas de las empresas industriales del Estado»*. Mientras que las primeras se excluyen de la vigilancia de esta Superintendencia, según lo expresado en el oficio AN-19449 del 5 de octubre de 1989, las segundas por ser sociedades comerciales pueden ser sujetos vigilados si se verifica alguna de las causales establecidas para el efecto.

En la segunda de las hipótesis planteadas, la Nación a través de sus entidades descentralizadas controla una o varias personas de naturaleza no societaria. Se estima que en tal caso no se configura la situación de control de hecho señalada en la Ley 222, por tanto no se generan los efectos correspondientes. Tampoco se aplicaría el régimen del grupo empresarial contenido en la misma norma.

Hechas las anteriores precisiones se colige que en el supuesto referido son predicables todos los efectos legales contemplados para la situación de control o grupo empresarial toda vez que la ley no hizo distinción alguna, en consideración a la naturaleza jurídica de los entes involucrados.

De otra parte, se procede a analizar algunos de los efectos legales contemplados para la situación de control o grupo empresarial planteados en la consulta.

1. «La elaboración por parte de la sociedad controlante, del documento privado y la inscripción del mismo, y de toda modificación, en el registro mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente al domicilio de cada una de las entidades que conforman el grupo empresarial.»

De acuerdo con el artículo 30 de la ley 222 de 1995, la persona natural o jurídica que tenga la calidad de matriz o controlante deberá dar cuenta de la situación de control, para lo cual elaborará un documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividades de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control y presentarlo para su inscripción en el Registro Mercantil de cada uno de los vinculados. Por consiguiente, si la Nación o sus entidades descentralizadas tienen alguna de las calidades antes enunciadas, están sometidas a la obligación de elaborar y presentar dicho documento privado en las Cámaras de Comercio que correspondan.

En reciente pronunciamiento esta Superintendencia expresó:

«Es necesario resaltar que la ley en modo alguno excluyó para una determinada clase de matriz o controlante la obligación de inscribir la situación de control y en consecuencia no resulta procedente exonerar de tal obligación a una determinada clase de sujeto como la nación o las entidades públicas, pues se insiste, la ley no efectúo distinciones en este aspecto.» (Oficio 220-15215 del 30 de abril de 1998).

JUNTA DIRECTIVA Y REPRESENTANTE LEGAL

Oficio 220-056564 de 10 de julio de 2005

Del acceso a la información que tiene la junta directiva.

Aviso recibo de su comunicación mediante la cual consulta *«si existe algún impedimento para que a los miembros de la junta directiva, que son a la vez accionistas, se les entregue en las reuniones que ésta celebre, la información que a continuación se relaciona y adicionalmente, si los temas tratados pueden darse a conocer a los accionistas:*

- *Fotocopia de los estados financieros y ejecución del presupuesto.*
- *Informe de saldo en caja y bancos, obligaciones por pagar, informe de gestión del gerente por período anterior.*
- *Informe sobre requerimientos, respuestas y gestiones ante Entidades Oficiales».*

Más que una respuesta afirmativa o negativa circunscrita a la viabilidad de acceder a los documentos o los hechos relacionados, por parte de los miembros de la junta directiva, resulta oportuno para los fines de su inquietud, efectuar las consideraciones jurídicas de carácter general que ilustran sobre la calidad que ostentan los miembros del órgano social mencionado y el régimen de deberes y responsabilidad que les corresponde a éstos dentro del escenario de la legislación mercantil, lo que le permitirá extraer sus conclusiones.

De acuerdo con la premisa general consagrada en el artículo 438 del Código de Comercio, se presumirá, salvo disposición estatuaria en contrario, que la junta directiva, comúnmente entendida como un órgano administrativo intermedio entre la asamblea general de accionistas y los representantes legales, goza de *«atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines».*

El artículo 23 de la Ley 222, hace imperativo para los administradores, carácter que de modo expreso les atribuye el artículo 22 ibídem a los miembros del órgano social mencionado, la obligación de *«obrar de buena fe, con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios»*, así como de cumplir sus actuaciones en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados; para ese fin establece una serie de deberes generales que los administradores han de acatar en ejercicio de sus funciones (ver en particular numerales 5 y 6), al paso que el artículo 24 ídem, se ocupa del tema de la responsabilidad, puntualizando que *«los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros»*, señalando asimismo, en qué eventos se presume su responsabilidad y en qué casos pueden exonerarse de ella.

Dentro de ese marco legal, como lo ha reiterado la doctrina de esta Entidad, es apenas obvio que para el cabal desempeño de las funciones que legal y estatutariamente le competen a la junta directiva, ésta pueda y deba tener acceso a toda la información de la compañía, de índole económica, administrativa o contable, que sea indispensable para enterarse real y satisfactoriamente de la situación de la sociedad, de forma que pueda así adoptar las decisiones conducentes en orden a cumplir su cometido.

De ahí que a ella directamente actuando como cuerpo colegiado o a través de una comisión designada para ese efecto, le esté permitido requerir en cualquier momento los documentos o la información que estime necesaria para esos fines y, con mayor razón conocer y evaluar la que en cualquier circunstancia le sea proporcionada por otros órganos, como serían el representante legal o el revisor fiscal, con las únicas limitaciones y restricciones que al efecto estipulen los estatutos de la compañía.

Lo anterior, sin perjuicio del derecho de inspección que a los accionistas les confiere la ley, en los términos y bajo las condiciones que categóricamente señala el artículo 422 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 48 de la Ley 222 de 1995.

Oficio 220-003211 de 26 de enero de 2006

Renuncia de un miembro de junta directiva al cargo.

Me refiero a su escrito, a través del cual y luego de hacer una «Hipótesis Fáctica», formula cuatro preguntas relativas al *«Procedimiento a seguir en caso de renuncia de un miembro de junta directiva de una sociedad»* en la cual no se ha reunido el máximo órgano social para aceptar dicha renuncia.

Al respecto es preciso advertir, que aunque se trata de la renuncia de un miembro de la junta directiva y no del representante legal o del revisor fiscal, cuya inscripción en el registro mercantil es considerada constitutiva por el Código de Comercio, es aplicable al caso en consulta lo expuesto en el oficio 220-40463 del 21 de julio de 1998.

En cuanto a sus precisas inquietudes, estas serán resueltas a continuación en la misma forma en que fueron numeradas en su escrito:

1. Teniendo en cuenta que la elección de junta directiva corresponde a la sociedad a través del máximo órgano social y que el nombramiento es comunicado a la Cámara de Comercio para su inscripción a través de su representante legal, de esta misma forma debe producirse la cancelación de las inscripciones, con la diferencia en cuanto a los representantes legales que no es necesaria la inscripción del nuevo nombramiento para proceder a la cancelación de un registro.

2. A este respecto debe tenerse en cuenta la respuesta al numeral anterior, solo que cabe agregar lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C621/03 del 29 de julio de 2003 en la cual se refirió a la constitucionalidad de los artículos 163 y 164 del Código de Comercio, entre otros, en los siguientes términos:

«11. Por todo lo anterior la Corte concluye que las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales, sino bajo el entendido de que la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo

nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) Se reconozca que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento. (ii) Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales. (iii) Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a él. A esta conclusión arriba la Corte, aplicando por analogía las normas que regulan la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, contenidas en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5° del Decreto Ley 2351 de 1956.[14] *(iv) Pasado el término anterior sin que el órgano social competente haya procedido a nombrar y registrar el nombramiento de un nuevo representante legal o revisor fiscal, termina la responsabilidad legal del que cesa en el ejercicio de esas funciones, incluida la responsabilidad penal. No obstante, para efectos de la cesación de la responsabilidad a que se acaba de hacer referencia, el representante legal o el revisor fiscal saliente debe dar aviso a la Cámara de Comercio respectiva, a fin de que esa información se incorpore en el certificado de existencia y representación*

14 Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 5°, numeral 2°: «*El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el patrono lo remplace.*»

legal correspondiente a la sociedad. (v) Si vencido el término de treinta días y mediando la comunicación del interesado a la Cámara de Comercio sobre la causa de su retiro no se produce y registra el nuevo nombramiento de quien reemplazará al representante legal o al revisor fiscal saliente, este seguirá figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, sin perjuicio de las acciones que pueda interponer en contra de la sociedad por los perjuicios que esta situación pueda irrogarle. (vi) No obstante todo lo anterior, la falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales.

Los anteriores condicionamientos hacen que la permanencia en el registro mercantil de la inscripción del nombre de quien venía ejerciendo la representación legal o la revisoría fiscal de la sociedad se mantenga una vez producida la causa de su desvinculación, como una forma de garantía a los intereses de terceros y por razones de seguridad jurídica. ***Empero, pasado el término de treinta días, y mediando comunicación del interesado sobre el hecho de su desvinculación, dicha inscripción adquiere un carácter meramente formal***» (destacado fuera de texto).

3. El marco de responsabilidad de los administradores está definido en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, concepto que debe interpretarse para el caso de su consulta con el criterio de la Corte Constitucional a que se ha hecho referencia en el numeral anterior.

4. La Superintendencia de Sociedades no tiene ninguna ingerencia que le permita «hacer efectiva» la renuncia de un miembro de junta directiva, ya que pese a que está facultada para convocar el máximo órgano social en los términos del artículo 87 de la Ley 222 de 1995, la elección de la junta directiva reside exclusivamente en el máximo órgano.

Oficio 220-22497 de 2 de mayo de 2007

Junta Directiva. No resulta obligatoria su conformación en las sociedades en comandita por acciones.

Me refiero a su escrito mediante el cual consulta si una sociedad en comandita por acciones se encuentra obligada a nombrar junta directiva, así como el soporte legal de tal obligación.

Sobre el particular, me permito transcribir apartes del Oficio 220-65186 del 22 de noviembre de 2006, que se refiere a la situación planteada en su consulta:

«...Aviso recibo de su escrito radicado con el No. 2006-01-169369, mediante el cual pregunta sí es obligatoria la constitución de la junta directiva en una sociedad comandita por acciones.

Además de que formula la consulta, expresa que en su opinión, del texto del artículo 352 del Código de Comercio la respuesta a la misma sería afirmativa, pero expone algunos criterios y opiniones de reconocidos tratadistas, que reconocen la no obligación de integrar la junta directiva en este tipo societario.

Sobre el particular, es del caso manifestarle que si bien participamos de los valiosos y acertados comentarios, disentimos de su deducción cuando afirma que el texto del referido artículo 352 sugiere la obligación de conformar la junta directiva en las sociedades comanditas por acciones.

Para esta Superintendencia la respuesta a su pregunta es negativa si se tiene en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, de acuerdo con el texto del artículo 347 del Ordenamiento Mercantil, que a la letra dice 'La ***emisión, colocación, expedición de títulos y negociación de las acciones****, se sujetarán a lo previsto para las sociedades anónimas ...', el legislador de manera clara dispone, en materia de acciones, la remisión a lo regulado en la parte especial para las anónimas.*

Algo similar sucede con el mencionado artículo 352, en él se establece 'En lo no previsto en éste título se aplicarán, ***respecto de los gestores****, las normas de la sociedad colectiva; y* ***respecto de los comanditarios****, las de las anónimas' (Los resaltados son nuestros). Aquí el legislador determina las normas que le son aplicables a los socios gestores y a los comanditarios, pero en ningún momento expresa o insinúa la aplicación de las reglas sobre el funcionamiento de las sociedades anónimas a las comanditas por acciones. Si ese hubiera sido el querer del legislador así lo habría expresado y no hubiera definido las materias, como aquí lo hizo.*

Consecuencia de lo anterior, es la relativa a los órganos de dirección y administración, mientras para las sociedades anónimas se establece la asamblea general de accionistas (Art. 419 y ss ibídem), la junta directiva (Art. 434 y ss) y el representante legal (Art. 440 y ss), en las comanditarias por acciones, solo el artículo 326 del C. de Co. hace referencia a la forma de administrarla, defiriendo exclusivamente su administración en los socios gestores.

En ese orden de ideas, salvo en las sociedades anónimas, la junta directiva no es un órgano social de obligatoria existencia, a menos que estatutariamente se encuentre previsto, caso en el cual se regirá por las reglas establecidas en el contrato de sociedad y en el ordenamiento mercantil...».

Oficio 220-087032 de 6 de septiembre de 2008

Las atribuciones de la junta directiva se ejercen por ésta como órgano y no por sus miembros individualmente considerados

Me refiero a su escrito por medio del cual solicita un concepto jurídico relacionado con las atribuciones de los miembros de junta directiva de una sociedad.

Sobre el particular, sea lo primero señalar que la respuesta a su consulta se hará de forma general y abstracta, de tal suerte que el

pronunciamiento que se expida no tendrá carácter obligatorio ni comprometerá la responsabilidad de este Organismo, pues los conceptos emitidos por entidades administrativas como esta Superintendencia en ejercicio de la facultad legal de absolver consultas, constituyen una simple opinión o punto de vista.

Sentado lo anterior, es preciso manifestar que la junta directiva en las sociedades comerciales, es un cuerpo colegiado de administración y como tal actúa como órgano, lo que supone que sus miembros no obren de forma aislada e independiente. Respecto de la naturaleza de órgano de administración de la junta directiva, esta Superintendencia manifestó:

«Aunque la junta directiva no ha merecido especial regulación en cuanto a las funciones que la competen y más bien se ha dejado al arbitrio de los asociados su determinación, cabe afirmar que, por ser un órgano administrativo y colaborador de los representantes legales, su actividad se circunscribe a lograr el cumplimiento de los fines para los cuales se constituyó la sociedad; para lo cual puede, salvo disposición estatutaria en contrario, ordenar que se celebre o ejecute cualquier acto o contrato comprendido en el objeto social, al tenor de lo dispuesto por el artículo 438 de la misma obra. Por esto se dice que la junta directiva es un órgano intermedio entre la asamblea y los representantes legales, porque si bien puede asesorar a la primera, no está capacitada para tomar las medidas que a ella competen, salvo delegación expresa de la ley; y, si bien puede ordenar que sea celebrado cualquier acto o contrato en desarrollo del objeto social, no representa ella misma a la sociedad.» (...)» (Oficio 5611 del 19 de abril de 1978).

Conforme con lo anterior es claro entonces que la junta directiva es un órgano de administración, asesoría y colaboración, el cual se encuentra facultado para ordenar la celebración o ejecución de cualquier acto o contrato y para tomar las determinaciones necesarias para que la sociedad cumpla sus fines (artículo 438 C.Co), actuaciones estas que en todo caso se adelantan como órgano colegiado y no de manera aislada e independiente por sus miembros.

La circunstancia de que el referido órgano sea un estamento de administración, asesoría y colaboración, excluye la posibilidad de que el mismo se considere como órgano de control de la sociedad, además si se tiene en cuenta que la función de control o fiscalización al interior de las compañías corresponde a quien ejerce la revisoría fiscal, en el caso en el que por ley o por estatutos exista dicha figura (artículos 203 y ss C.Co).

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de que los miembros de la junta directiva tengan acceso a la información de la sociedad para el desarrollo de sus funciones, es de señalar que esta Superintendencia ha expuesto su criterio sobre el particular en distintas oportunidades, las cuales se encuentran recogidas en el Oficio 220-71972 del 17 de noviembre de 2000, cuyos apartes mas relevantes se transcriben a continuación:

«1. Oficio EX 00635 de 16 de Enero de 1987, reiterado en Oficio 33850 de junio 9 de 1995: (...)

Es obvio que para el cabal desempeño de sus funciones y el cumplimiento de las obligaciones, la Junta Directiva debe tener fácil acceso a la información necesaria. Por lo tanto, si para llevar a efecto su tarea es indispensable la inspección y revisión de los libros o papeles de la sociedad, debe por consiguiente permitírsele en cualquier tiempo tal posibilidad. Es de anotar, que la atribución en mención, debe adelantarla el referido órgano administrativo como tal, bien directamente o por medio de una comisión que de su seno se elija; pero en modo alguno puede un miembro de la Junta Directiva de manera independiente al citado órgano, a motu proprio (sic) inspeccionar los libros y demás papeles sociales de la compañía, actuando en forma ajena, lo cual no es posible por cuanto la Junta Directiva al ser un cuerpo colegiado, debe proceder como tal». (subrayas fuera de contexto).

2. Oficio 220- 57325 de octubre 22 de 1997

«(...) CONCLUSION:

Si bien es cierto que la Ley 222 de 1995 en su artículo 24 amplió la responsabilidad de los administradores hasta el punto de exigir la diligencia de un buen hombre de negocios, no por ello está autorizado un miembro de la junta directiva para actuar en forma independiente y separada del órgano social al que pertenece, por cuanto éste tiene carácter colegiado lo que obliga a que sus actuaciones obedezcan a decisiones adoptadas por la junta directiva como órgano social.

Cuando un miembro de la junta directiva considere que se requiere la revisión o análisis de un documento o documentos que reposen en poder de la sociedad, deberá recomendar a la junta directiva la realización de la correspondiente solicitud; si éste órgano social no aprueba tal petición, le asiste al miembro peticionario el derecho de solicitar que se deje constancia de su petición, en el acta o en los documentos relativos a su gestión, a efectos de poder demostrar la diligencia y sentido de responsabilidad de su actuación».

3. Oficio 220-3036 del 21 de enero de 2000

« (...) Ahora bien, en lo que hace al llamado derecho de información, predicable de los órganos de administración de una sociedad para el cumplimiento del mandato que les fuera encomendado legal y estatutariamente, éste se justifica en la necesidad de contar con la suficiente ilustración que les permita enterarse real y satisfactoriamente de la situación de la sociedad y así poder adoptar las decisiones que estime pertinentes.

Como quiera que en la realidad jurídica societaria, la presencia de personas naturales en los órganos de administración es meramente accidental, pues las que hoy están mañana quizá no, lo verdaderamente relevante es la permanencia de los órganos de dirección y la posibilidad de su proveimiento en cualquier momento. De allí la importancia de que los órganos de administración sean considerados objetivamente, esto es, independientemente de las personas que los conforman, y que éstos puedan ser removidos en cualquier tiempo, en sesiones ordinarias o extraordinarias.

Si bien es cierto que la legislación mercantil no regula el referido derecho de información, en el sentido de establecer hasta dónde llega la facultad de los administradores, especialmente la de los miembros de juntas directivas (independientemente de que a su vez, se detente la calidad de socio o accionista) y que, en principio, éstos estarían facultados para exigir y obtener todo tipo de información que su actividad demande, incluso aquella que por su naturaleza se encuentra reservada, no es menos cierto que de acuerdo con lo arriba expuesto y conforme a lo establecido en los artículos 434 a 438 del Código de Comercio, en concordancia con el 198 y 199 ídem, el precepto contenido en el artículo 22 de 1995, que les reconoce la calidad de administradores, no puede entenderse como la extensión de facultades propias del órgano a cada uno de sus miembros individualmente considerados, echando de menos y de paso haciendo nugatoria la colegialidad y colectividad características de dicho órgano de administración, lo que impone la necesidad de que sea considerado objetivamente. (...)

En este orden de ideas, para los efectos del ejercicio de las funciones que legal y estatutariamente le corresponde a la junta directiva, sus miembros habrán de ceñirse a lo dispuesto en los estatutos sociales así como a los deberes, obligaciones y régimen de responsabilidad de que tratan los artículos 23 y 24 del Código de Comercio, lo cual no implica que so pretexto del derecho de información, y amparados en la calidad de administradores que les otorga la ley, estén facultados de manera individual para requerir a su arbitrio y sin limitación alguna, los documentos que su parecer indique, porque ello supondría, a más de una extralimitación de funciones, el desconocimiento a la ley de las mayorías y a la norma general de adopción de las decisiones de los órganos de composición colectiva, característica fundamental de la legislación societaria colombiana.»

El anterior recuento doctrinal puede sintetizarse, indicando que el carácter colegiado de la junta directiva implica que la misma deba ser considerada de manera objetiva, esto es, independientemente de las personas que la conforman, de tal suerte que sus actuaciones

obedezcan a decisiones del órgano de administración y no a la conducta independiente y separada de sus miembros, a quienes individualmente considerados no se les extienden las facultades propias del comentado órgano. De allí que el acceso a la información de la compañía, o lo que se ha dado en llamar derecho de información de los administradores, se ejerza en cualquier tiempo por la junta directiva como órgano o por una comisión designada por este, pero no de forma aislada por parte de sus integrantes.

De otra parte, en cuanto al ingreso de los miembros de junta directiva a la sociedad en la cual detentan dicho cargo, se ha de manifestar que la ley comercial no regula de forma alguna tal situación, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en los estatutos sociales respectivos. En todo caso, se habrá de tener en cuenta que el acceso de los administradores a las instalaciones de la sociedad debe hacerse para el estricto cumplimiento de las funciones de junta directiva, y de tal forma que no se entorpezca el normal funcionamiento de la sociedad, observando siempre los principios de buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, y procurando que sus actuaciones se adelanten en interés de la sociedad, teniendo en cuenta el interés de sus asociados (artículo 23 Ley 222 de 1995).

Con base en las consideraciones que anteceden, y con la precisión consistente en que el análisis de las atribuciones de la junta directiva debe efectuarse desde el punto de vista de dicho órgano como cuerpo colegiado y no desde la óptica de sus miembros individualmente considerados, como quiera que las atribuciones de aquella no se extienden a estos, me permito dar respuesta a su consulta como sigue:

1. Ni el Código de Comercio ni los estatutos de la sociedad a la que alude su escrito, regulan en manera alguna el ingreso de los miembros de junta directiva a la sociedad, por lo que para tal efecto se ha de señalar que el ingreso a la misma ha de hacerse para el estricto cumplimiento de las funciones de junta directiva, y de tal forma que no se entorpezca el normal funcionamiento de la compañía, observando siempre los principios de buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, y teniendo en cuenta por los administra-

dores el interés de la sociedad y el de sus asociados (artículo 23 Ley 222 de 1995).

2. El acceso a la información de la sociedad o el derecho de información de los administradores, se ejerce en cualquier tiempo por la junta directiva como órgano o por la comisión que ella designe, cuando para el cumplimiento de sus funciones se requiera la consecución o revisión de dicha información, como lo serían los libros de contabilidad y demás documentos de la compañía.

3. Las funciones de administración de la junta directiva se ejercen por esta en virtud de lo consagrado en los estatutos y en la ley (artículo 438 C.Co.), sin que se requiera para tal fin autorización de otro órgano. Dicha junta directiva no adelanta atribuciones de control, pues tal como se manifestó en el presente oficio, tales facultades las ejerce la revisoría fiscal, cuando quiera que por ley o por estatutos se cuente con esta figura (artículos 203 y ss C.Co).

Oficio 2008-01-166047 de 30 de julio de 2008

La cláusula de los estatutos que exige calidades especiales para detentar el cargo de gerente es ley para las partes

Me refiero a su escrito por medio del cual consulta si existiría una inhabilidad para que el gerente nombrado y que en su momento cumplía con los requisitos exigidos por los estatutos en cuanto a calidades profesionales (título universitario y comprobada experiencia en administración de empresas), continúe ejerciendo el cargo teniendo en cuenta que de acuerdo a una reforma de los estatutos efectuada con posterioridad a su nombramiento, se exigen otros requisitos para desempeñar el referido cargo tales como título universitario en ciencias empresariales con especialidad en administración hospitalaria y/o gerencia en salud y comprobada experiencia, teniendo dicho gerente título universitario de médico cirujano con especialidades en servicios

de salud, alta gerencia y salud ocupacional pero sin que cuente con título universitario en ciencias empresariales.

Sobre el particular, es preciso manifestarle que el contrato de sociedad y por ende las cláusulas que lo constituyen, son ley para los contratantes (artículos 98 C.Co y 1602 C.C.), de tal suerte que las mismas no pueden ser desconocidas por los socios y deben ser acatadas por los administradores (artículo 23 Num. 2° Ley 222 de 1995).

Sin embargo, las disposiciones estatutarias regulan el funcionamiento de la sociedad hasta tanto no se produzca en legal forma la modificación de las mismas, cuyos efectos se generan entre los asociados desde la fecha de su adopción, en tanto que frente a terceros a partir de la inscripción en el registro mercantil de la correspondiente escritura pública (artículo 158 C.Co.), lo que denota el carácter no retroactivo de las reformas estatutarias.

En este orden de ideas, si por ejemplo al momento del nombramiento del gerente este cumplía con las calidades exigidas por los estatutos de la época, pero con posterioridad se reforman los estatutos contemplando nuevos requisitos para ejercer dicho cargo los cuales ya no los reúne el gerente, el mismo aún encontrándose en vigencia la reforma puede continuar detentando el cargo, hasta tanto el órgano social competente no decida en observancia de la nueva cláusula de los estatutos elegir a otro gerente que reúna las condiciones allí consignadas.

Lo anterior, como quiera que la modificación de los estatutos consagrando nuevos requisitos para el cargo de representante legal, no afecta ni deja sin efectos el nombramiento del que con anterioridad venía detentando el cargo de gerente, si se tiene en cuenta que este sigue actuando como tal hasta tanto no se realice la designación e inscripción en el registro mercantil de su reemplazo (artículo 164 C.Co.).

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, se ha de señalar que en el caso planteado, si bien el gerente al momento de su nombramiento reunía las calidades exigidas por los estatutos de la

época, al producirse la reforma del contrato social estableciendo nuevos requisitos tales como título universitario en ciencias empresariales, y al no cumplirse dicho requisito por el mencionado gerente por contar con título universitario de médico cirujano, el mismo incurriría en una inhabilidad por no ajustarse a las condiciones previstas en la nueva cláusula de los estatutos para detentar el cargo de gerente, la cual constituye ley para las partes (artículo 1602 C.C.).

No obstante, vale la pena expresar que el gerente continúa desempeñando el cargo hasta tanto el órgano social competente no proceda a designar e inscribir en el registro mercantil un nuevo representante legal que reúna las condiciones exigidas por los actuales estatutos (artículo 164 C.Co.), pues como arriba se manifestó, la modificación de los estatutos que establece nuevas calidades al gerente, no afecta ni deja sin efectos el nombramiento del que con anterioridad y de acuerdo con los estatutos de la época venía ostentando el referido cargo.

Oficio 220-000528 de 5 de enero de 2005

La responsabilidad del representante legal culmina previa renuncia del cargo, entre otros motivos, e inscripción de la misma en la Cámara de Comercio.

Se avisa recibo de su escrito por medio del cual, con fundamento en la sentencia proferida el 29 de julio de 2003 por la Corte Constitucional, pregunta si un representante legal que presentó e inscribió en el registro mercantil la renuncia al cargo que venía desempeñando, sin que la sociedad haya provisto su reemplazo, puede revocar un poder que en tal calidad había otorgado, para efecto de salvaguardar la responsabilidad administrativa, procesal y judicial que conserva pese a su renuncia.

Previo a dar respuesta a su solicitud, resulta procedente traer a colación algunos apartes de la sentencia C- 621-03, mediante la cual la Corte expresó lo siguiente:

«(....) Por todo lo anterior la Corte concluye que las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales, sino bajo el entendido de que la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) Se reconozca que existe un derecho a que ***se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal*** *o del revisor fiscal en todas las oportunidades en* ***que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones****. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento. (ii) Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales. (iii)* ***Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal*** *o del revisor fiscal saliente,* ***los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la renuncia****, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo.* ***Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a él.*** *A esta conclusión arriba la Corte, aplicando por analogía las normas que regulan la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, contenidas en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5° del Decreto Ley 2351 de 1956*[15]*. (iv)* ***Pasado el término anterior sin que el órgano social competente haya procedido a nombrar y registrar el nombramiento de un nuevo representante legal*** *o revisor fiscal,* ***termina la responsabilidad legal del que cesa en el ejercicio de esas funciones, incluida la respon-***

15 Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 5°, numeral 2°: «El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Con todo, el trabajador podrá darlo por terminado mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta (30) días, para que el patrono lo remplace».

sabilidad penal. No obstante, para efectos de la cesación de la responsabilidad a que se acaba de hacer referencia, el representante legal o el revisor fiscal saliente debe dar aviso a la Cámara de Comercio respectiva, a fin de que esa información se incorpore en el certificado de existencia y representación legal correspondiente a la sociedad. *(v)* ***Si vencido el término de treinta días y mediando la comunicación del interesado a la Cámara de Comercio*** *sobre la causa de su retiro no se produce y registra el nuevo nombramiento de quien reemplazará al representante legal o al revisor fiscal saliente,* ***este seguirá figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos,*** *sin perjuicio de las acciones que pueda interponer en contra de la sociedad por los perjuicios que esta situación pueda irrogarle. (vi) No obstante todo lo anterior, la falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales.*

«Los anteriores condicionamientos hacen que la permanencia en el registro mercantil de la inscripción del nombre de quien venía ejerciendo la representación legal o la revisoría fiscal de la sociedad se mantenga una vez producida la causa de su desvinculación, como una forma de garantía a los intereses de terceros y por razones de seguridad jurídica. Empero, ***pasado el término de treinta días, y mediando comunicación del interesado sobre el hecho de su desvinculación, dicha inscripción adquiere un carácter meramente formal*** *(....)»* (negrilla fuera de texto).

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, el nombramiento del nuevo representante legal debe sujetarse a las prescripciones contenidas en el contrato social, pero aclara que si los estatutos guardan silencio respecto al término dentro del cual el órgano social competente, que bien puede ser la asamblea o junta de socios o, por el contrario, la junta directiva, debe proveer el reemplazo, el órgano social debe efectuarlo dentro de los 30 días contados a partir del momento de la renuncia, vencido el cual cesa la responsabilidad, aun la penal, del representante legal saliente, previa información de tal hecho a la Cámara de Comercio con el fin de que la misma se incorpore en el certificado correspondiente.

Además, téngase en cuenta que, bien puede suceder que a pesar de la referida información a la Cámara de Comercio, la sociedad no efectúe y registre un nuevo nombramiento, evento en el que necesariamente quien presentó renuncia del cargo seguirá figurando en el registro mercantil, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, lo que no inhabilita al represente legal que ha presentado renuncia para adelantar las acciones que considere pertinentes contra de la sociedad por los perjuicios que tal situación pueda ocasionarle. Sin embargo, la Corporación precisa que «.....***la falta de publicidad de la causa*** *que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal,* ***hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal*** *o revisor fiscal* ***que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales»*** (resaltado fuera de texto).

En ese orden de ideas, bajo el entendido que el representante legal del asunto presentó renuncia al cargo, situación que se encuentra inscrita en la Cámara de Comercio para fines de publicidad, previo vencimiento del termino de los 30 días de que trata la ya mencionada sentencia, sin que el órgano social competente hubiera procedido a efectuar la designación que por ley o estatutos le corresponde, no le es dable adelantar ninguna gestión que es propia de un administrador en el ejercicio del cargo, ello si se tiene en cuenta que el efecto inmediato que se persigue con la anotación de la causa que dio origen a la finalización de la representación legal, es precisamente la terminación de la responsabilidad, aun la penal, por la cesación de las funciones que el cargo impone, salvo aquellas actuaciones que conserva para efectos procesales, como antes se anotó.

Dicho en otras palabras, no le es permitido a quien haya obtenido la cancelación de su inscripción como representante legal en el registro mercantil, adelantar o ejecutar gestiones diferentes a las que comporta la representación legal de la compañía en materia procesal -judicial y/ o administrativa- únicamente.

Oficio 220-121927 de 1o. de diciembre de 2008

Rendición provocada de cuentas.

Me refiero a su escrito mediante el cual presenta la siguiente consulta:

«Los socios en las compañías comerciales tienen derecho a que los administradores y especialmente el representante legal, les rindan cuentas comprobadas de su gestión y les presenten los estados financieros en los diferentes casos contemplados en la ley, como el fin de ejercicio o el retiro del cargo, y éstos obligados a rendirlas, todo ello de manera asociativa o colectiva, en reunión del máximo órgano social previamente convocado para tales fines.

El cuestionamiento radica en que si un socio puede exigir tal rendición de manera individual, y el administrador a su vez obligado a rendirlas, no dentro de una Junta o Asamblea de Socios sino extrajudicialmente, o mediante el mecanismo del proceso de rendición provocada de cuentas contemplado en el proceso abreviado, según el artículo 418 del C de P. C., El cuestionamiento no se extiende al proceso arbitral, pues existe numerosa jurisprudencia y doctrina nacionales, en donde se determina que la rendición de cuentas no puede adelantarse ante los Tribunales de Arbitramento.

Resalto como dificultad para la aplicación judicial de la rendición provocada de cuentas de manera individual, el que un socio reclame el reconocimiento y pago de utilidades, las cuales debe estimar en la demanda y si la administración no la desvirtúa estará condenada al pago de las mismas -como lo señala el procedimiento civil-, lo que legalmente es un imposible, pues el pago de utilidades no puede reconocerse si estas no se hallan justificadas en estados financieros reales y fidedignos y en proporción a la participación en el capital social, según los artículos 149 y 151 del C. Co.»

Sobre el particular es necesario realizar las siguientes consideraciones:

Del contrato de sociedad

El artículo 98 del Código de Comercio dispone que:

«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.»

Es decir que la sociedad por ser una persona jurídica, actúa a través de los órganos formados por personas naturales, a saber: la asamblea general de accionistas o junta de socios, junta directiva, y representante legal, estos dos últimos denominados por la ley genéricamente como administradores.

La sociedad contiene lo que denominamos estatutos sociales, que no son otra cosa que las reglas de funcionamiento que aceptan los intervinientes para desarrollar la empresa social, en los cuales se asignan deberes y obligaciones a cada órgano, además de otras cláusulas indicadas en el artículo 110 del Código de Comercio y las que consideren necesarias los intervinientes, siempre que no sean contrarias a la Ley.

Uno de los órganos de las sociedades, es el representante legal, el cual es designado por la junta directiva, salvo que los estatutos sociales deleguen esta designación en la asamblea o por el máximo órgano social en aquellas compañías, en las cuales no es obligación legal la existencia de junta directiva.

Para el caso propuesto, es de interés estudiar las obligaciones asignadas por la ley al representante legal como administrador, en relación con los informes que debe presentar al máximo órgano social, no si antes advertir que la junta de socios o la asamblea de accionista la conforman los socios o accionistas reunidos con el quórum y en las condiciones previstas en los estatutos. (Artículo 419 en concordancia con el artículo 181 del Código de Comercio)

Rendición de cuentas de los administradores.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 222 de 1995, «*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.*

La aprobación de las cuentas no exonerará de responsabilidad a los administradores, representantes legales, contadores públicos, empleados, asesores o revisores fiscales».

A su turno el artículo 46 ídem dispone en relación con los administradores que «*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.

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»

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir, que el representante legal tiene la obligación legal como administrador de rendir cuentas comprobadas de sus gestión, tanto a su retiro, como al final de cada ejercicio, así como cuando lo exija el órgano competente para ello.

¿Ante quién debe presentar las cuentas el administrador?

Según la normatividad invocada en los párrafos precedentes, el administrador deberá presentar los informes de su gestión ante la

asamblea de accionista o junta de socios conformada como lo dispone el artículo 419 del Estatuto Mercantil, órgano social que tiene la competencia para aprobar o improbar las cuentas, artículo 46 Ley 222 de 1995.

Igualmente deberá presentar informe de su gestión cuando lo exija el órgano competente, que no son otros que la junta directiva, la cual tiene la función de designarlo en las sociedades anónimas sino ha sido delegada esta función a la asamblea general de accionistas (artículo 440 del Código de Comercio) o el máximo órgano social en las sociedades que no cuentan con la junta directiva.

En consecuencia y para dilucidar el primer interrogante es de concluir que, a **un socio individualmente considerado no le asiste el derecho de exigir rendición de cuentas a los administradores, por cuanto la ley comercial asignó tal competencia a los órganos sociales, asamblea de accionistas, junta de socios o junta directiva y por ende el administrador solamente está obligado a rendir cuentas a los órganos determinados por la Ley** (Artículos 45 y 46 de la Ley 222 de 1995) .

Rendición provocada de cuentas

Según sentencia C-981/02 de la Corte Constitucional:

«El proceso de rendición de cuentas, es un proceso civil especial 'de conocimiento', denominado así porque en este tipo de procesos previamente se impone al juez el conocimiento de los hechos y de las pruebas, para después adoptar la declaración correspondiente.

*Se adelanta bajo el trámite de un proceso abreviado, y persigue dos fines claramente determinados: a) **Inmediato:** constituido por las cuentas, esto es los ingresos y egresos, con sus respectivos soportes, de la actividad desarrollada por quien se ha encargado de administrar bienes o negocios de otra persona, sea que su origen esté en un acto de voluntad de las partes, como acontece con el contrato, o de una situación contemplada en la ley, como en el secuestre o el albaceazgo.*

*b) **Mediato**: consiste en establecer quién debe a quién y cuánto, o sea, cuál es el saldo que queda a favor de una parte y a cargo de otra, llámese demandante o demandado.*

Así, el Código de Procedimiento Civil contempla dos modalidades, una tendiente a obtener la rendición de cuentas de quien está obligado a rendirlas y no lo ha hecho, llamada también rendición provocada y la otra, para que las cuentas de aquel que debe rendirlas sean recibidas, o rendición espontánea por el obligado a rendirlas».

(...)

1. Rendición provocada de cuentas.

El objeto de este proceso, es que todo aquel que conforme a la ley , esté obligado a rendir cuentas de su administración lo haga, si voluntariamente no ha procedido a hacerlo.

Antes de la reforma del Código de Procedimiento Civil el proceso presentaba dos fases, perfectamente definidas y con sus respectivos objetivos: la primera para determinar la obligación de rendir las cuentas; la segunda, tendiente a establecer el monto o la cantidad que una parte salía a deber a la otra. Con la reforma de 1989, el proceso fue simplificado y puede culminar sin necesidad de dictar sentencia, en el supuesto de que no exista controversia sobre el monto fijado en la demanda, pues si el demandado, dentro del término de traslado no se opone a recibir las cuentas presentadas, ni las objeta, ni propone excepciones previas, el juez las aprueba mediante auto que no es apelable y prestará mérito ejecutivo.» (Subrayado fuera de texto).

De la jurisprudencia transcrita **se colige que para iniciar la acción provocada de cuentas, es necesario tener legitimidad para ello, esto es, que ley le haya otorgado el derecho a que le rindan cuentas, asunto que no es aplicable en la regulación societaria pues como se vio anteriormente un socio individualmente considerado no está facultado para exigirle cuentas de gestión a los administradores, sino que esto debe**

hacerlo los órganos de la sociedad a los cuales les fue asignada tal función.

Así las cosas, en relación con la dificultad para estimar la pretensión económica de la demanda, esto es, el reconocimiento y pago de utilidades, no es procedente pronunciamiento alguno.

Lo anterior no indica que el administrador pueda eludir su obligación, para ello el legislador ha consagrado las medidas administrativas reguladas en el artículo 87 de la Ley 222 de 1995 para sociedades del sector real de la economía que se encuentren en situación de inspección ante la Superintendencia de Sociedades y que no se encuentren sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, en tal sentido en el numeral 5 del referido artículo 87, estipuló que uno o más asociados titulares del diez por ciento del capital social o alguno de sus administradores, podrá solicitar la practica de una investigación administrativa, diligencia dentro de la cual se ordenará el rendición de cuentas y demás medidas administrativas a que haya lugar.

En cuanto a las sociedades sujetas a la vigilancia de esta Superintendencia, cada año los administradores deben reportar la información financiera junto con su informe de gestión y de no hacerlo son requeridos y sancionados conforme a la competencia asignada a esta entidad.

FORMA DE CORREGIR ERRORES EN ACTAS

Oficio 220-032204 de 24 de junio de 2005

Mecanismos y procedimientos para subsanar omisiones o corregir inconsistencias en actas de junta directiva y en actas de asamblea

I. MECANISMOS PARA SUBSANAR EN ACTAS DE JUNTA DIRECTIVA LA AUSENCIA DE FIRMAS DEL PRESIDENTE Y SECRETARIO.

Actas de órganos sociales

Tratándose de la Junta Directiva, la obligación legal de elaborar actas para recoger en ellas lo acaecido en las reuniones que la misma lleve a cabo, se encuentra contemplada en el artículo 28 del Código de Comercio, cuando al relacionar las personas y actos sujetos a registro mercantil, incluye entre estos últimos, los libros de actas de asambleas y juntas de socios «así como los de juntas directivas de sociedades mercantiles», según los términos del numeral 7 de la disposición invocada. Consecuente con ello, el Decreto reglamentario 2649 de 1993, al regular en su artículo 131 el tema de los libros de actas, se refiere a las actas de los órganos colegiados de dirección, administración y control, entre aquellas que pueden incorporarse en un mismo libro y como es claro, la Junta Directiva, es el órgano colegiado de administración por excelencia.

Si bien la normatividad legal es explicita en cuanto a la necesidad de levantar actas de las reuniones del mencionado órgano, no lo es igualmente en cuanto a los requisitos y formalidades que éstas deban reunir, hecho que en criterio de este Despacho no significa en manera alguna, que se encuentren desprovistas de un régimen aplicable, pues con fundamento en el principio de la analogía que en materia mercantil establece el artículo primero del código citado, resultan predicables en relación con dichas actas, las reglas al efecto establecidas para las actas de las asambleas o juntas de socios.

En este orden de ideas, el mecanismo ante la imposibilidad de la firma de un acta de junta directiva por parte de quienes actuaron como Presidente y Secretario en la correspondiente reunión, resultarían conducentes en opinión de este Despacho, las siguientes opciones.

1. De conformidad con el artículo 431 del código citado, la firma de uno y otro, puede sustituirse con la firma del Revisor Fiscal, opción que sería viable siempre que dicho funcionario hubiere concurrido a la correspondiente reunión, bajo la consideración de que al tenor del artículo 213 ibídem, le asiste derecho al mismo de intervenir en las deliberaciones de la Junta Directiva cuando sea citado a ellas.

2. De no ser posible la opción anterior y dado que la finalidad de la firma del acta, amén de su aprobación por parte del propio órgano o de las personas en que éste delegue tal atribución, es la de dotar al acta como documento, del suficiente valor probatorio, se podría optar por la inclusión de las decisiones de las que da cuenta el acta que carece de las indicadas firmas, en un acta posterior y por ende correspondiente a una nueva reunión, en la que el mismo órgano social consienta expresamente en incluir. De esta manera, la propia Junta Directiva subsanaría la omisión, reafirmando las decisiones que fueran adoptadas en oportunidad anterior y aceptando la expresión probatoria de ello, mediante la respectiva constancia en el acta que se levante de esa nueva y posterior reunión.

3. Si bien es cierto que en los términos del artículo 189 ibídem, las actas que cumplan con las formalidades pertinentes, son prueba suficiente de los hechos que consten en ellas y por lo mismo, son el medio probatorio principal de las decisiones contenidas en las mismas, también lo es que por regla general, no son el único medio, pues la ley mercantil ni procedimental excluyen de manera expresa la aplicación de otros medios de prueba para suplir la ausencia o falta de aquél, salvo la restricción que opera en el caso de los administradores para establecer hechos que no consten en las actas, según indica la disposición señalada, pero tal restricción, por su carácter de tal, solo tiene vigencia en el supuesto expresamente señalado; por tanto,

no operaría para los hechos que pretendan hacer valer los asociados o eventualmente, terceros y adicionalmente, estaría circunscrita al caso de las actas de asamblea o juntas de socios.

Así las cosas, sería procedente en concepto de este Despacho, llegar a la certeza o acreditar unas decisiones adoptadas o hechos ocurridos en el transcurso de una reunión de junta directiva, en relación con la cual no se levantó acta, o ésta carece de las formalidades necesarias, a través de cualquiera de los medios previstos en la legislación que regula el procedimiento civil y cuya práctica no necesariamente impone la iniciación o curso de un proceso judicial, pues mediante la figura de la recepción de pruebas anticipadas, como los testimonios, el interrogatorio de parte o la inspección judicial para futura memoria, podría producirse la prueba que permita acreditar las decisiones o los hechos señalados en un eventual proceso judicial.

II. PROCEDIMIENTO PARA CORREGIR EN ACTA DE ASAMBLEA INCONSISTENCIA EN LA FECHA:

En lo que se refiere al procedimiento para corregir la inconsistencia en cuanto a la fecha de realización y terminación de la reunión de asamblea general de accionistas a la que se refiere el acta, de la que no es posible levantar acta adicional por la imposibilidad de su firma por parte de quienes actuaron como presidente y secretario, estima esta Entidad que por tratarse de un error de simple transcripción como su escrito indica, la corrección de la misma bien puede hacerse en el acta de una reunión posterior del mismo órgano, lo que no debe ofrecer mayor dificultad ya que la ocurrencia del error sin duda puede ser de simple o fácil constatación.

LIBROS DE CONTABILIDAD

Oficio 220-022017 de 21 de febrero de 2008

La utilización de medios electrónicos para llevar la contabilidad, no exime al comerciante de la obligación de diligenciar los movimientos contables en los libros físicos, debidamente registrados.

1. OBLIGACIÓN DE LLEVAR CONTABILIDAD Y OBLIGACIÓN DE DILIGENCIAR LIBROS DE CONTABILIDAD

Dispone el artículo 19 del Código de Comercio:

«Es obligación de todo comerciante: (....)

3.- Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales; ...»

A su turno señala el artículo 48 del citado Código:

«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.»

Por su parte, el artículo 128 del Decreto 2649 de 1993, consagra que *«Se aceptan como procedimientos de reconocido valor técnico contable, además de los medios manuales, aquellos que sirven para registrar las operaciones en forma mecanizada o electrónica, para los cuales se utilicen máquinas tabuladoras, registradoras, contabilizadoras, computadores o similares (...)»*

De las normas anteriores se colige que todo comerciante tiene de una parte la obligación de llevar contabilidad regular de sus negocios, y de otra, la de diligenciar libros de contabilidad, en los términos que señalen las normas del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. A este respecto, resulta pertinente traer a colación lo manifestado por el Consejo de Estado, a saber:

«No sobra llamar la atención sobre el hecho de que la ley a veces confunde la obligación de llevar contabilidad con aquella relativa al diligenciamiento de los libros. No obstante, una cosa es la obligación de llevar contabilidad y otra distinta que dicha obligación se cumpla a través de la confección de los libros (artículo 19 del Código del Comercio)» (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente 8790 del 30 de abril de 1998. Consejero Ponente. Daniel Manrique Guzmán.)

La obligación de llevar contabilidad abarca mucho más que el simple diligenciamiento de los libros de contabilidad. En efecto, mientras que el diligenciamiento de los libros implica el asentar cronológicamente las operaciones mercantiles y todas aquellas que puedan influir en el patrimonio del comerciante (artículo 53 C.Co.), el llevar contabilidad comporta además de dicho diligenciamiento, el elaborar y archivar los comprobantes de contabilidad, el documentar los hechos económicos en soportes de origen interno o externo, el conservar la correspondencia enviada y dirigida relacionada con los negocios (artículos 54 y 55 C.Co y 123 y ss Dec 2649 de 1993).

En punto al deber de llevar la contabilidad al día, el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo expresó:

«Con el recurso gubernativo la sociedad allegó una certificación del revisor fiscal en el que se afirmó:

«Que la sociedad ha llevado su contabilidad conforme a las normas legales y a la técnica contable; que los Estados Financieros al 31 de diciembre de 1999 fueron tomados de las operaciones registradas en

los libros y que corresponden a la realidad económica de Lagobo Distribuciones Ltda., a esa fecha.

«Que la fecha de la inspección contable el libro Inventarios y Balances se encontraba al día al igual que los demás libros de la sociedad en el sistema computacional tal como lo prevé el artículo 128 Decreto Reglamentario 2649 de 1993 «Forma de llevar los libros. Se aceptan como procedimiento de reconocido valor técnico contable, además de los medio manuales, aquellos que sirven para registrar las operaciones en forma mecanizada o electrónica, para los cuales se utilicen máquinas tabuladoras, registradoras, contabilizadoras, computadores o similares […]» (Folio 87 c.a.)

La anterior certificación unida a la afirmación de la autoridad tributaria en el pliego de cargos desvirtúan que la ausencia de los registros de 1999 en el libro de Inventarios y Balances se haya debido al atraso en su diligenciamiento, y demuestran que se trataba de falta de impresión de los mismos, lo cual no constituye un hecho irregular sancionable.» (Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 14684 del 30 de agosto de 2007, Consejero Ponente HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ)

Posteriormente el mismo Consejo de Estado manifestó:

«En consecuencia, en este caso no hubo atraso en el libro diario superior a cuatro meses, pues, se insiste, el mismo se encontraba al día en el software de la actora. Y, es que la noción de libro de comercio en general, y de contabilidad en particular, tiene un carácter amplio que comprende tanto el concepto tradicional de hojas, como las cintas magnetofónicas, microfichas, disquetes y demás documentos que la tecnología ha puesto al servicio de los procesos económicos4. Así, es el concepto amplio de libro debe tenerse en cuenta cuando quiera que deba calificarse el cumplimiento de la obligación legal de llevar la contabilidad.» (Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 14078 del 26 de septiembre de 2007. Consejero Ponente. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ)

De las jurisprudencias antes referidas se infiere que para efectos de determinar si la contabilidad se encuentra al día o atrasada basta con verificar si la misma se lleva a la fecha en el software del comerciante, sin que ello implique que este se exonere de la obligación autónoma e independiente de imprimir en los libros registrados la contabilidad, por ser este el mecanismo señalado por las normas contables que facilita el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y del estado general de los negocios (artículos 48 y 50 C.Co.).

2. OBLIGACIÓN DE LLEVAR LA CONTABILIDAD EN LIBROS REGISTRADOS

Prescribe el artículo 50 del Estatuto Mercantil: *«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.»*

Esta norma, la cual es de carácter imperativo, exige que la contabilidad se lleve solamente en libros registrados. El registro de los libros se adelanta de conformidad con lo previsto en el artículo 39 del Código de Comercio, que expresa:

«El registro de los libros de comercio se hará en la siguiente forma:

1. En el libro se firmará por el secretario de la cámara de comercio una constancia de haber sido registrado, con indicación de fecha y folio del correspondiente registro, de la persona a quien pertenezca, del uso a que se destina y del número de sus hojas útiles, las que serán rubricadas por dicho funcionario.

2. En un libro destinado a tal fin se hará constar bajo la firma del secretario, el hecho del registro y de los datos mencionados en el ordinal anterior.»

Nótese que la norma consagra el registro respecto de libros de comercio soportados en papel, pues no de otra forma podrían satisfacerse los

requisitos allí consignados, esto es, la firma del secretario de la Cámara de Comercio dando constancia de que el libro ha sido registrado, así como la rúbrica de cada una de las hojas que forman el libro correspondiente. Ello excluye la posibilidad de que se registren libros de contabilidad diligenciados a través de mecanismos distintos al papel, así el artículo 128 del Decreto 2649 de 1993 acepte como procedimientos de reconocido valor técnico contable para el registro de las operaciones medios mecánicos o electrónicos.

Sobre este particular la Superintendencia de Industria y Comercio expresó:

«Ahora bien, teniendo en cuenta que los comerciantes deben inscribir en el registro mercantil todos los libros respecto de los cuales la ley exija esa formalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Código de Comercio, la forma de hacer tal registro está por ahora referida a documentos físicos, en papel, de tal suerte que, aunque es posible conservar los libros en medio técnico, magnético o electrónico –en tanto que se garantice su reproducción exacta– su registro presupone la existencia del soporte físico y hasta tanto el registro previo de los libros en un medio diferente al papel no sea posible, deben seguirse llevando en papel aquellos libros cuyo registro sea obligatorio.»
(Concepto 06076353 del 29 de agosto de 2006)

Del cocepto transcrito, el que alcanza sustento en el artículo 39 en comento, se desprende que si bien en el ordenamiento jurídico colombiano existen normas que permiten la utilización de medios electrónicos para cumplir con la obligación de los comerciantes de llevar libros de contabilidad, como es el caso del artículo 128 del Decreto 2649 de 1993, tal circunstancia no significa que se pueda prescindir de la impresión de la contabilidad en los libros registrados, ya que de admitirse tal posibilidad se estaría desconociendo el mandato contenido en el artículo 50 del Código de Comercio, por cuya virtud la contabilidad solamente podrá llevarse en libros registrados. De allí que la Superintendencia de Industria y Comercio afirme de manera categórica que hasta tanto el registro previo de

los libros en un medio diferente no sea posible, deban seguirse llevando en papel aquellos libros cuyo registro sea obligatorio, como es el caso precisamente de los libros de contabilidad (artículo 28 Num. 7° C.Co).

3. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LLEVAR LA CONTABILIDAD EN LIBROS NO REGISTRADOS

De acuerdo con el artículo 68 del Estatuto Mercantil, la importancia de los libros y papeles del comerciante radica en el hecho de que los mismos «*constituyen plena prueba de las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, tanto judicial como extrajudicialmente*». Sin embargo, para que los libros gocen de fuerza probatoria, es necesario que los mismos sean registrados de forma previa a su diligenciamiento, en los términos del artículo 126 del Decreto 2649 de 1993.

De esta suerte, la contabilidad que se adelante en libros que no hayan sido registrados conforme al artículo 39 del Ordenamiento Mercantil, no está llamada a servir de prueba de las operaciones que realice el comerciante en desarrollo de su empresa social.

Además de la sanción de naturaleza probatoria antes referida, el llevar la contabilidad en libros no registrados trae como resultado la violación del artículo 50 del Código de Comercio, lo que en el caso de las sociedades comerciales las hace susceptibles de sanciones de contenido pecuniario por parte de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 numeral 3° de la Ley 222 de 1995.

En este orden de ideas, se concluye, que si bien existen disposiciones que como el artículo 128 del Decreto 2649 de 1993 permiten llevar la contabilidad en medios electrónicos, tal hecho no implica el poder prescindir del diligenciamiento de los libros de contabilidad en papel, por las razones que se sintetizan a continuación:

1. Porque el artículo 50 del Código de Comercio, norma de carácter imperativo, exige que la contabilidad se lleve en libros registrados, valga decir, en libros impresos, lo cual impide que la contabilidad se adelante únicamente a través de medios electrónicos, por no existir mecanismo alguno para el registro ante la Cámara de Comercio de estos últimos, tal como lo manifestó la Superintendencia de Industria y Comercio en el concepto citado en el presente oficio.

2. Porque admitir que la contabilidad se lleve solamente en medios electrónicos, traería como resultado el desconocimiento del artículo 50 del Estatuto Mercantil, con las consecuencias que de ello se derivan, que en el caso de las sociedades comerciales sería la imposición de multas por parte de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 numeral 3° de la Ley 222 de 1995.

3. Porque el reconocer que la contabilidad se lleve exclusivamente en soportes electrónicos, sería de antemano desconocer el valor probatorio de la misma, como quiera que el artículo 126 del Decreto 2649 de 1993 exige como requisito para tal efecto que la contabilidad se diligencie en libros registrados, condición esta que no puede satisfacerse a través de mecanismos electrónicos.

4. Porque si bien la Ley 527 de 1999, reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, la misma no opera tratándose de la obligación de los comerciantes de llevar contabilidad, en razón a que de conformidad con el artículo 48 del Ordenamiento Mercantil, la forma de conformar la contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, se hará de acuerdo a las disposiciones de dicho ordenamiento y a las demás normas sobre la materia, lo que excluye la aplicación de dicha ley por ser de carácter general y por no regular de forma alguna asuntos de naturaleza contable.

5. Porque el hecho de que el Consejo de Estado para efectos de poder establecer si la contabilidad se encuentra al día, acepte que la misma se lleve actualizada en el software del comerciante, no significa que

este último se exonere de la obligación autónoma e independiente de imprimir la contabilidad en los libros registrados, lo cual descarta la posibilidad de que se asienten las operaciones del ente económico únicamente en soportes electrónicos.

QUÓRUM Y MAYORÍAS

Oficio 220-017953 de 3 de abril de 2007

Alcances del artículo 68 de la Ley 222 de 1995.

Aviso recibo de su comunicación a través de la cual expone una serie de consideraciones jurídicas en torno al tema de la referencia y a partir de las mismas, formula las siguientes preguntas:

1. «Teniendo en cuenta que el artículo 132 del C. Co. regula el funcionamiento de las sociedades anónimas, ¿debe aplicarse éste a una sociedad constituida en 1965, o por el contrario, debe darse aplicación a las mayorías establecidas en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995?»

2. «El artículo 120 del Código de Comercio y los artículos 19, 20 y 27 de la Ley 153 de 1887, que establecen que la administración social y las relaciones derivadas del contrato, tanto entre los socios como respecto de terceros, se sujetan a la ley nueva y no a la vigente a la constitución de la sociedad, ¿tienen preeminencia sobre el articulo 38 de la Ley 153 de 1887, teniendo en cuenta que son normas de carácter especial frente a este último?»

En el entendido que el propósito de su consulta es determinar el criterio de la Superintendencia en cuanto a los alcances de las reglas que en materia de quórum y mayorías estableció el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, frente a las cláusulas estatutarias de sociedades anónimas constituidas antes de la vigencia de la citada Ley, que estipulen las mayorías anteriormente exigidas o mayorías superiores, es dable desde ya anticipar que sin perjuicio de las consideraciones por usted

planteadas, este Despacho mantiene en su integridad la doctrina que de tiempo atrás ha expuesto sobre el tema, entre otros a través de los oficios 220-60732 del 27 de diciembre de 1996 y 220- 42826 del 8 de agosto de 1997 a los que su escrito alude y con apoyo en tal doctrina reitera en esta oportunidad su concepto, en el sentido de que:

«... si en las sociedades de tal naturaleza (anónimas) constituidas con anterioridad a la expedición de la Ley 222, se hallan estipuladas cláusulas que exijan un quórum o mayorías decisorias especiales para casos especiales distintos a los que recientemente determinó la norma en cuestión, o simplemente en su momento se guardó silencio sobre el particular acogiendo implícitamente el quórum o las mayorías decisorias que para entonces determinaban las disposiciones legales pertinentes, serán dichas cláusulas o normas legales las que deban aplicarse, hasta tanto la voluntad de las partes expresada a través del máximo órgano social decida modificarlas. Así mismo, en las sociedades de este tipo que con posterioridad a la expedición de la ley se constituyan, se dará aplicación a lo dispuesto por el artículo 68 en materia de quórum y mayorías decisorias, salvo que en los estatutos se estipulen condiciones diferentes.

Si en una sociedad anónima constituida con anterioridad a la expedición de la Ley 222, se hallan estipuladas cláusulas que exijan un quórum o mayorías decisorias especiales para casos especiales distintos a los que recientemente determinó la norma en cuestión, o simplemente en su momento se guardó silencio sobre el particular acogiendo implícitamente el quórum o las mayorías decisorias que para entonces determinaban las disposiciones legales pertinentes, serán dichas cláusulas o normas legales las que deban aplicarse, hasta tanto la voluntad de las partes expresada a través del máximo órgano social decida modificarlas. Así mismo, en las sociedades de este tipo que con posterioridad a la expedición de la ley se constituyan, se dará aplicación a lo dispuesto por el artículo 68 en materia de quórum y mayorías decisorias, salvo que en los estatutos se estipulen condiciones diferentes». (Oficios 220-060732 de diciembre 27 de 1996 y 220-042826 de agosto 8 de 1997).

Consecuente con lo anterior y considerando que uno de los casos para los que legalmente se requería una mayoría decisoria especial antes de expedirse la Ley 222, es la aprobación del avalúo de aportes en especie, decisión que de acuerdo con el artículo 132 del Código de Comercio debía adoptar la asamblea general de accionistas con el voto favorable del sesenta por ciento o más de las acciones, previa deducción de las que correspondan a los aportantes, quienes no pueden votar en dicho acto, obviamente debe colegirse que abstracción hecha de lo dispuesto en el artículo 68 de la mencionada Ley, es esa la mayoría que para el efecto se ha de aplicar cuando se trate de sociedades constituidas con anterioridad a la referida ley, a menos que con posterioridad se hubieren modificado en distinto sentido los estatutos sociales.

Aunque es innecesario transcribir aquí los argumentos de carácter jurídico y conceptual que sustentan el criterio de esta Entidad en lo que concierne al ámbito de aplicación del artículo 68 de la citada Ley, asunto que ha sido detenidamente analizado a luz de los principios generales de derecho que orientan los efectos de la ley en el tiempo, amén entre otras de las disposiciones legales que en su solicitud se citan, es oportuno traer algunos apartes de la doctrina expuesta a propósito del tema por expertos tratadistas nacionales del derecho mercantil.

De la mayor trascendencia resulta dilucidar el régimen de transición del artículo 68 de la Ley 222 de 1995, en punto a las mayorías decisorias en sociedades anónimas cerradas. Es relevante, en efecto establecer la situación en que han quedado aquellas sociedades constituidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la susodicha ley. Resulta evidente que en virtud de los principios generales del derecho privado, deben respetarse aquellas mayorías decisorias válidamente pactadas con anterioridad a la fecha mencionada, siempre y cuando que la sociedad respectiva no negocie sus acciones en el mercado público de valores.

Por lo demás, aun en la hipótesis de no haberse pactado mayorías decisorias calificadas para reformas estatutarias en una sociedad

anónima cerrada constituida antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley 222, debe entenderse que se requerirá para ese efecto el voto favorable del 70% de las acciones presentes en la respectiva reunión de asamblea, tal como lo exigía el subrogado artículo 421 del Código de Comercio. La anterior conclusión surge inequívocamente de la aplicación del artículo 39 de la Ley 153 de 1887, *«a cuya virtud las normas jurídicas en vigor en el momento de celebrarse un negocio jurídico, se consideran incluidas en éste ...»* (REYES VILLAMIZAR FRANCISCO; Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Editorial TEMIS, segundo edición pag 110 y ss).

«Los contratos celebrados con arreglo a la ley no se modifican por mandato de ésta y en forma automática. Por el contrario, el artículo 1602 del Código Civil dispone: 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'. Y los juristas han estado de acuerdo en que las causas legales son la condición resolutoria tácita y la nulidad. Dentro de este contexto, si en los estatutos de una sociedad anónima se estipuló una mayoría decisoria superior a la establecida en el artículo 67 (sic) de la Ley 222 de 1995 para aprobar reformas estatutarias en razón a que el artículo 161 del Código de Comercio disponía que .... es obvio que mientras las mayorías pactadas en los estatutos no sean modificadas con las formalidades legales, siguen rigiendo. Acerca de estos tópicos resulta pertinente la autorizada opinión del profesor Rodrigo Noguera Laborde, quien sintetizó las directrices trazadas en la Ley 153 de 1887 en relación con la irretroactividad de la ley, así:

(...)

d) La ley nueva se aplica a los efectos y las cargas de situaciones nacidas bajo la ley anterior, y

e) Se exceptúa de la regla precedente (lit d) los efectos futuros de ***contratos celebrados al amparo de la ley anterior, que seguirán rigiéndose por ésta.*** (Conflicto de leyes en el tiempo, Revista Universitas, U. Javeriana, No. 65, noviembre/83, pags. 198 y 199)

«Desde otra perspectiva, el artículo 38 de la citada Ley 153 de 1887 plasmó este principio fundamental: 'En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración'. Y en armonía con este precepto, en el primer inciso del artículo 2036 del Código de Comercio se dispuso: 'Los contratos mercantiles celebrados bajo el imperio de la legislación que se deroga conservarán la validez y los efectos reconocidos en dicha legislación, con arreglo a lo establecido en los artículos 38 a 42 de la Ley 153 de 1887'». (NARVAEZ G. JOSÉ IGNACIO / NARVAEZ BONNET OLGA STELLA; Régimen Legal de las Sociedades. LEGIS EDITORES S. A. Envío 122-junio 1998. Comentarios al artículo 427 del C. de Co.)

CUOTAS DADAS EN USUFRUCTO

Oficio 220-08934 de 14 de marzo de 1996

No se presenta pluralidad en la titularidad de las cuotas dadas en usufructo

De acuerdo con el artículo 823 del Código Civil *«El derecho de usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y de restituirlo a su dueño, si las cosa no es fungible, o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor, si la cosa es fungible».*

Teniendo como base la anterior definición podemos decir que con el usufructo la propiedad que se detenta sobre el bien afectado se desmembra, debido a que el usufructuario adquiere el derecho de gozar la cosa, mientras el nudo propietario sigue con el derecho de disposición. Así mismo, se puede acotar que el usufructuario aunque tiene el derecho de goce, no puede disponer de la cosa ajena que usufructúa, o sea no puede destruirla, alterarla o enajenarla.

Para su perfeccionamiento el artículo 826 ibídem preceptúa que *«el usufructo que haya de recaer sobre inmuebles por acto entre vivos,*

no valdrá si no se otorgase por instrumento público inscrito». Como se puede ver la ley guarda silencio en lo concerniente al usufructo sobre bienes muebles, por lo cual, entonces se debe entender que no existe formalidad alguna y simplemente se perfecciona con la entrega material de la cosa al usufructuario. Agregando por lo dicho en la última parte que la posesión es un elemento esencial del usufructo.

Por otro lado, *«el usufructuario de cosa mueble tiene el derecho de servirse de ella según su naturaleza y destino y al fin del usufructo no es obligado a restituirla sino en el estado en que se halle, respondiendo solamente de aquellas pérdidas o deterioros que provengan de su dolo o culpa»* (artículo 846 ídem).

Es importante no perder de vista, que el usufructuario como titular que es de un derecho patrimonial, puede ejecutar todos aquellos actos de administración, tendientes tanto a su explotación en debida forma, como a los de su conservación.

En el derecho colombiano, se estipula que las acciones pueden darse en usufructo, lo cual se aplica a las sociedades de responsabilidad limitada por expresa remisión del artículo 372 del Estatuto Mercantil. Se tiene que al tenor del artículo 410 ibídem:

«La prenda y el usufructo de acciones nominativas se perfeccionarán mediante registro en el libro de acciones, la de acciones al portador mediante la entrega del título o títulos respectivos al acreedor o al usufructuario».

Por su parte establece el artículo 412, *«Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista excepto el de enajenarlas o gravarlas y el de su reembolso al tiempo de liquidación.*

Para el ejercicio de los derechos que se reserve el nudo propietario bastará el escrito o documento en que se hagan tales reservas, conforme al artículo anterior».

De las disposiciones transcritas podemos concluir:

Las acciones cuotas o partes de interés pueden pertenecer en nuda propiedad a una persona, y en usufructo a otra distinta. O sea, es completamente legal el usufructo en cuotas sociales, pero dicho pacto no configura desde ningún punto de vista el traspaso de la propiedad de dichas cuotas.

Ahora bien, en principio el pacto de usufructo confiere el usufructuario el derecho de percibir las utilidades que decrete la junta de socios, en proporción a las cuotas dadas en usufructo, pero los demás derechos inherentes a la condición de socio sólo se pueden trasmitir por vía de pacto expreso entre usufructuario y nudo propietario.

Así mismo, es necesario aclarar, que tanto por vía legal como doctrinal se ha entendido que el derecho de adquirir cuotas por vía de aumentos de capital o por virtud de cesiones inter-vivos o por trasmisión mortis causa corresponde exclusivamente al nudo propietario.

El fraccionamiento del voto, es la figura que se presenta en el caso del usufructo de una parte de las cuotas que pertenecen a un mismo socio, sobre las cuales se delega el derecho al voto en forma expresa.

La teoría contraria al fraccionamiento de voto, es la antigua postura, que nació con el derecho societario y es la doctrina de la «unidad del voto», de acuerdo con la misma se parte del supuesto de que un asociado cualquiera que fuere su participación dentro del capital social, estaría en la obligación de votar con todas sus acciones, cuotas o partes de interés, en un mismo sentido.

Se expresa que la figura del fraccionamiento es contraria a la teoría de «unidad de voto», por cuanto en virtud de la misma es viable que un asociado pueda a su libre albedrío votar con cada una de sus acciones, cuotas o partes de interés en el sentido que crea conveniente, rompiendo el esquema tradicional de votar en un mismo sentido con todas sus acciones cuotas o partes de interés.

Se hace necesario aclarar que el fraccionamiento del voto no tiene prohibición legal, por lo cual procede siempre y cuando la sociedad

en forma particular no lo prohíba expresamente dentro de sus estatutos sociales. A lo anterior, hay que agregar que tampoco tendría aplicación cuando se verifique con uno de los medios idóneos (artículo 6 del Código de Comercio, en concordancia con los artículos 189 y 190 del Código de Procedimiento Civil) la existencia de una costumbre mercantil contraria a su ejercicio.

Despejado lo anterior, entraremos a estudiar los sujetos de representación de los accionistas. Al respecto se tiene que tanto la Asamblea General de Accionistas como la Junta de Socios que operan en los diferentes tipos societarios que consagra nuestra legislación comercial, se erigen como los máximos órganos de las sociedades y a través de las cuales se manifiesta la voluntad colectiva, o voluntad social, con el propósito de trazar los derroteros necesarios para el buen logro del desarrollo del objeto social propuesto. Su existencia como tal implica una naturaleza corporativa, la cual se traduce siempre en el imperativo legal de que para su conformación es necesaria la asistencia de un número plural de asociados o de capital, o de unos y otros. Dicho requisito, tiene que ver con la clasificación doctrinal de los denominados sistemas o criterios capitalista, personalista o mixto, respectivamente, que varía en las diferentes legislaciones, pero que no nos sirve como derrotero, de la idea de reunión, de unión de intereses, de voluntades individuales, cuyo nacimiento debe buscarse en la filosofía misma que inspira la sociedad, como institución jurídica.

Un elemento esencial para la conformación del máximo órgano social es la presencia de un número representativo de capital, de personas o de ambos, que respete la proporción determinada en la ley o el contrato social. Proporción que lleva implícita las nociones de quórum deliberativo y quórum decisorio.

De acuerdo con las dos acepciones de la palabra quórum (según la Real Academia Española de la Lengua Castellana), «*1. Número de individuos necesarios para que un cuerpo deliberante tome ciertos acuerdos y 2. Proporción de votos favorables que requieren un acuerdo*», puede decirse que una reunión de asamblea o junta de

socios, comporta de suyo, la presencia de una número plural de personas, cuotas de capital o de ambos para conformarse como tal.

Con los anteriores planteamientos, queda demostrada la necesidad de la pluralidad, como uno de los requisitos esenciales en la conformación de los órganos sociales de toda compañía. Debe aquí mencionarse que dentro de la evolución del derecho societario, se ha previsto la posibilidad de que los asociados que no pueden o no quieren asistir en forma personal a las reuniones del máximo órgano social, puedan hacerse representar en ellas por medio de otra persona. (artículo 184 Código de Comercio).

Elevado al carácter de derecho esencial intangible e inviolable el derecho de participación en las deliberaciones y decisiones de la asamblea general de accionistas y junta de socios, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 379 ídem, el derecho de hacerse presente en dicho órgano a través de representante o apoderado, como derecho instrumental de aquel, adquiere la misma calificación.

Despejado el anterior concepto, en forma rápida hablaremos de la pluralidad jurídica, que para el efecto tiene relevancia cuando a una reunión del máximo órgano social, sólo concurre una persona a sesionar, persona que lleva la representación de otro u otros socios. En ese evento podemos decir, que no obstante presentarse una sola persona física a sesionar, es legalmente viable la conformación del órgano social, por cuanto en ella confluyen los diversos sujetos que estén representados, de ahí que se ha denominado pluralidad jurídica.

Con los anteriores parámetros expuestos en este estudio podemos concluir:

Primero: el usufructuario, puede ejercer el derecho de voto, salvo que se le haya suprimido de manera expresa al constituir el usufructo.

Segundo: el usufructuario desde ningún punto de vista se convierte en socio de la compañía por cuanto la titularidad de la cuota y por tanto la condición de socio corresponde, como es evidente, al

propietario de las mismas; por ende no es dable suponer que cuando concurran simultáneamente el titular de las cuotas y usufructuario de parte de las mismas se constituya entre ellos pluralidad de socios, bien sea que voten en igual o diferente sentido, pues el usufructuario para ese efecto no puede ser tenido como un tercero diferente al socio.

Tercero: Por la razón expresada, no se puede constituir la junta de socios con la asistencia únicamente del socio que ha entregado en usufructo parte de sus cuotas y el «usufructuario» de las restantes, toda vez que no se presenta la pluralidad de socios requerida para poder sesionar válidamente.

REUNIÓN POR DERECHO PROPIO

Oficio 220-047808 de 14 de julio de 2008

Reunión por derecho propio - Los requisitos de modo, tiempo y lugar establecidos por el artículo 422 del Código de Comercio para dichas reuniones, no pueden ser variados por voluntad de los asociados

Me refiero a su escrito por medio del cual formula algunos interrogantes relacionados con las reuniones por derecho propio de la asamblea general de accionistas a que alude el artículo 422 del Código de Comercio.

Sobre el particular, vale la pena traer a colación lo reglado por el mencionado artículo 422 del Estatuto Mercantil:

«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.»

De la lectura de la presente disposición se observa que la misma tiene por objeto garantizar o proteger el derecho de los asociados de reunirse en sesiones ordinarias, a efecto de que puedan examinar la situación de la sociedad, designar a los administradores, fijar las directrices económicas de la compañía, considerar las cuentas y balances del último ejercicio, decidir sobre el reparto de utilidades, y en general acordar las medidas tendientes a asegurar el desarrollo del objeto social.

El carácter protector de la norma se patentiza en el hecho de que establece como obligatorio que los socios se reúnan por lo menos una vez al año, bien en la fecha que señalen los estatutos o en su defecto dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio, pero dicho carácter alcanza mayor entidad cuando ante la ausencia de convocatoria a reunión ordinaria es el mismo artículo el que realiza la misma a reunión por derecho propio, fijando los parámetros necesarios e imprescindibles para llevar a cabo la referida sesión, procurando de esta manera que los asociados puedan ejercer los derechos de participar y votar en las reuniones ordinarias, como el de enterarse de la situación de la compañía, con el fin de tomar las determinaciones adecuadas conducentes al cabal desarrollo del objeto social.

De lo antes expuesto se desprende que cuando el legislador consagra el mecanismo de la reunión por derecho propio, delimitando los requisitos y condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se debe adelantar dicha sesión, lo hace de forma imperativa, de tal suerte que escapa a la voluntad privada de los accionistas la posibilidad de modificar o variar los mencionados requisitos y condiciones. En este sentido se pronunció esta Superintendencia en el Oficio 220-038005 del 21 de agosto de 2007, en los siguientes términos:

«Cabe señalar que por constituir una convocatoria que tiene origen legal, ninguno de sus términos puede ser objeto de modificación por los particulares.

Finalmente, se precisa, que, independientemente de las responsabilidades que puedan sobrevenir al representante legal por el hecho de haber omitido su obligación legal de convocar, una reunión por derecho propio es válida en la medida en que hubiesen concurrido todos los requisitos indispensables para su consolidación.»

El concepto transcrito además de indicar que por tratarse de una convocatoria legal no resulta viable la modificación de ninguno de los términos de la reunión por derecho propio, agrega que para que una reunión de tal naturaleza pueda considerarse válida, es necesario que concurran todos los requisitos configurativos de dicha clase de reunión.

Así las cosas es dable señalar que no resulta posible realizar la reunión por derecho propio en hora distinta a las 10:00 a.m., pues el inciso segundo del artículo 422 del Código de Comercio, establece que dicha reunión se tiene que llevar a cabo a las 10:00 a.m., regla esta de obligatoria observancia.

Precisando, las condiciones de modo, tiempo y lugar que prevé el inciso segundo del artículo 422 del Estatuto Mercantil para las reuniones por derecho propio, son de obligatorio cumplimiento y por consiguiente inmodificables por los asociados. Así por ejemplo, una reunión celebrada el primer día hábil del mes de abril no a las 10:00 a.m., sino en un horario posterior por voluntad de algunos asociados,

no puede considerarse válida, por faltar uno de los elementos de las reuniones por derecho propio, esto es, la hora establecida por el comentado artículo 422 del Estatuto Mercantil.

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS O ACCIONISTAS

Oficio 220-012950 del 27 de marzo de 1998

Abuso de la figura societaria - Levantamiento del velo corporativo

1. *«Sabiendo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia no es predicable, ¿con qué instrumentos jurídicos cuenta la justicia colombiana para combatir el abuso de la figura societaria?»*

En cuanto al abuso de la figura societaria, debemos señalar que el ordenamiento jurídico contempla diversos mecanismos a través de los cuales se hace frente al abuso que eventualmente pueda hacerse de la cobertura de la personalidad jurídica de la cual se ha dotado a la sociedad.

Con un ánimo meramente ilustrativo a continuación se mencionarán algunas de las conductas nocivas que pueden cometerse como resultado del abuso de la referida cobertura:

a) Sociedades en las cuales todo el poder de gestión y decisión se centra en un único socio y sin embargo adoptan la forma de compañías de responsabilidad limitada o anónima;

b) Desviación de la finalidad social;

c) Constitución de compañías mediante la figura de los prestanombres y

d) Creación de sociedades para causar perjuicios a terceros.

Expuesto lo anterior, es claro que cada día ha tomado mayor entidad la figura del allanamiento de la personalidad o levantamiento del velo

corporativo, con el propósito de enfrentar de manera eficaz a las maniobras que lejos de enfocarse a la satisfacción de la finalidad social, se encaminan a dar cumplimiento a intereses personales, desnaturalizando la figura societaria y utilizándola como instrumento para desconocer los derechos de terceros.

Es pertinente destacar que el allanamiento de la personalidad o la desestimación de la calidad de sujeto de derecho de la sociedad, con lo cual se logra penetrar hasta las personas que se encuentran encubiertas por el velo de la personalidad jurídica, puede ser el resultado de una acción de simulación absoluta de la sociedad o de nulidad por objeto ilícito, en cuyo caso es viable desde el punto de vista legal hablar de desestimación propiamente dicha o «absoluta», o bien puede llegarse al desconocimiento de la personalidad cuando el resultado de la acción intentada sea la inoponibilidad o la ineficacia respecto de un determinado acreedor, evento en el cual se estaría frente a una desestimación «limitada» o «parcial», pudiendo afirmarse que adquiere un valor convencional, o cuando como consecuencia del ejercicio de la acción, la apertura de un proceso concursal de una persona se extiende a otra.

Adicionalmente, la Ley 222 de 1995 contempla en su artículo 24 la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios *«que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros»*.

Igualmente la precitada Ley consagra en su artículo 43 la responsabilidad penal para aquellos que se encuentren dentro una cualquiera de las hipótesis allí previstas.

En cuanto al abuso del derecho, se impone detenerse en la sentencia de septiembre 6 de 1.935 proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuyos apartes más importantes se transcriben a continuación:

«Para ver sí la teoría del abuso del derecho es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella.

Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre la base de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque - como dicen los tratadistas de esta teoría - «no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin prejuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo.»

Sobre estos conceptos se ha planteado, teóricamente apenas, si el uso de un derecho, dentro de su normalidad objetiva, pero sin fin lícito con fin malicioso, podrá o deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios:

El primero, que la base sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercerse el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio de un derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño.

El segundo criterio la hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea apartamiento del fin económico y social en un ejercicio anormal del derecho.

Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante y cuyo efecto sólo puede ser el perjudicar a otro. Estas dos tendencias han sido conciliadas por otros autores reuniéndolas en una sola teoría, consideran que para que exista el abuso del derecho es preciso intención de dañar y falta de un fin útil»

En este análisis no debe perderse de vista que el artículo 830 del estatuto mercantil, consagró legislativamente la figura del abuso del derecho, la cual había sido admitida en derecho colombiano por una creación jurisprudencial.

Finalmente, de conformidad con las disposiciones que regulan las atribuciones de esta superintendencia, habrá lugar a la imposición de sanciones a quienes violen la ley o los estatutos, las cuales serían en este caso predicables de la sociedad como sujeto de derecho y de los administradores. Igualmente, resultaría procedente la aplicación de la acción social de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

2. *«¿Es aplicable el levantamiento de velo corporativo de sospecharse que una sociedad está siendo utilizada en el lavado de activos?».*

En primer término se hace necesario resaltar que en derecho colombiano no existe una definición legal de la expresión «levantar el velo corporativo».

Una vez hecha la referida precisión, conviene hacer énfasis en que la personalidad jurídica en las sociedades comerciales es un recurso técnico de limitación de la responsabilidad, razón por la cual en aquellos casos en los cuales se haga uso de la figura societaria para originar un fraude a la ley o a los acreedores o respecto de terceros, hay lugar a la aplicación de los correctivos necesarios (simulación o nulidad absoluta de la compañía), para lograr así penetrar hasta aquellas personas que se encuentran encubiertas por el velo de la personalidad jurídica.

En este orden de ideas se pone de presente que en materia de derecho societario colombiano, puede superarse la barrera de la personalidad jurídica de la compañía, en los casos previstos en los artículos 71, 148 y 207 de la Ley 222 de 1.995.

Por su parte el artículo 44 de la Ley 190 de 1995, establece:

«Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta».

Es pertinente reseñar que la aludida disposición tiene como finalidad impedir que a través de la creación de una compañía se evadan o

transgredan las prohibiciones e incompatibilidades para las personas naturales, se dificulte la investigación de delitos contra la administración pública, o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con los mencionados propósitos se pretende descubrir el beneficiario oculto, para lo cual se levantará el velo corporativo (lifting the corporate vel), con lo cual aparece de manera contundente que la sociedad ya no será un ente distinto de sus socios.

Así las cosas, es claro que el hecho de que la sociedad, una vez constituida legalmente, forme una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es una realidad que no se hace extensiva al campo del derecho penal, máxime si se tiene en cuenta que la compañía puede ser utilizada como medio para la comisión de hechos punibles.

Expuesto lo anterior, resulta pertinente mencionar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto del 20 de enero de 1993, Rad 7183 expresó:

«El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de sus socios, es una verdad que no trasciende al ámbito penal (...).

En el evento de las personas jurídicas, su patrimonio está constituido por el haber de los socios y sus actividades responden a la voluntad de sus dueños, quienes a través de ellas persiguen su propio beneficio. Si ello es así, la empresa misma puede servir de medio para cometer acciones delictuosas».

3. *«¿Cuál sería la forma en que se podría instrumentalizar el levantamiento del velo corporativo en la lucha contra el lavado de activos?»*

Antes de abordar de manera puntal el presente cuestionamiento, se considera pertinente detenerse en los tres casos, que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 222 de 1995, dan lugar a la desestimación o desconocimiento de la personalidad, a saber:

a) Artículo 71. Cuando las empresas unipersonales se utilicen *«en fraude a la ley o en perjuicio de terceros»*.

Esta disposición establece una responsabilidad del titular de la empresa y los administradores, cuando aquella se utilice en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.

b) Artículo 148 Parágrafo. La matriz o controlante responderá de manera subsidiaria por las obligaciones de la subordinada en concordato, cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria se haya producido porn causa o con ocasión de actuaciones de la matriz o controlante en virtud de la subordinación.

c) Artículo 207. Cuando se demuestre que los socios hicieron uso de la sociedad para defraudar a los acreedores, y los bienes de la liquidación obligatoria sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos, dichos socios responderán por el faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad.

Expuesto lo anterior, desde el punto de vista del derecho civil, estima este Organismo que los mecanismos mediante los cuales se concreta la figura del allanamiento de la personalidad son:

a) La acción de simulación

b) La nulidad absoluta de la sociedad (objeto o causa ilícitos).

4. *«¿Cuál sería la forma en que se podría instrumentalizar la liquidación obligatoria en la lucha contra el lavado de activos?»*

A este respecto es del caso acudir a la Ley 365 de 1997 «Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones», en cuyo artículo 2o se expresó:

«El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo 61A, del siguiente tenor: ARTÍCULO 61A : Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.

Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario oficial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público». (La subraya no es del texto legal).

De la disposición transcrita se concluye que respecto de las personas jurídicas a las que allí se alude no es viable, desde el punto de vista legal, ordenar la apertura de un proceso concursal en la modalidad de liquidación obligatoria, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad de la liquidación obligatoria es la realización de los bienes del deudor, para atender en forma ordenada las obligaciones a su cargo, proceso cuya apertura se ordenará siempre que se verifique alguno de los supuestos del artículo 150 de la Ley 222 de 1995[16] que corresponden a la imposibilidad de atender las obligaciones a su cargo y no guardan ninguna relación con lo establecido en el artículo 61A[17] del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto al haber el legislador instituido el mecanismo establecido en el aludido artículo 61A[18] consagró un herramienta más efectiva, razón por la cual no hay lugar a considerar viable la alternativa de la liquidación obligatoria[19], de modo que una vez cancelada la personería jurídica de la compañía sólo cabe proceder a la inmediata liquidación del patrimonio del ente societario.

5. «¿Con qué facultades cuenta actualmente la Superintendencia de Sociedades para prevenir, detectar o reprimir el lavado de activos a través de la figura societaria? ¿Qué facultades adicionales necesitaría?

16 El Título II de la Ley 222 de 1995 fue derogado por la Ley 1116 de 2005.
17 El Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991) fue derogado por la Ley 600 de 2000, artículo 535.
18. Ídem
19 Hoy liquidación judicial, Ley 1116 de 2006.

¿Qué papel jugaría la Superintendencia de Sociedades en la lucha contra el lavado de activos si se le dan facultades específicas en el tema?».

La Superintendencia de Sociedades cuenta en la actualidad fundamentalmente con las atribuciones a ella otorgadas por los artículos 83 a 87 de la Ley 222 de 1995, mediante las cuales puede, entre otras, solicitar a cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas de cualquiera de ellas.

Pese a lo anterior no debe perderse de vista que el objeto primordial de las actividades de inspección, vigilancia y control ejercidas por esta Entidad no es el control de las actividades que constituyen el lavado de activos, aunque en desarrollo de sus funciones de policía judicial contempladas en el numeral 16 del artículo 2o del Decreto 1080 de 1996 en concordancia con lo dispuesto en el Libro II Título I Capítulos I y II, artículo 342 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, debe servirle de apoyo a los organismos del Estado (artículo 86 Ley 222 de 1995) que tengan dentro de su actividad tal objetivo, particularmente a la Fiscalía General de la Nación, todo ello teniendo en cuenta tanto la naturaleza jurídica de la entidad, así como su propia competencia.

SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS

Oficio 220-041427 de 27 de juliio de 2006

Procedimiento para cerrar una sucursal de sociedad extranjera en Colombia y devolver dinero ingresado al exterior.

Me refiero a su comunicación mediante la cual manifiesta que el capital asignado de una sucursal ingresó al país y fue debidamente registrado; con dicho capital se realizó un primer pago para la compra de un terreno en la Zona Franca de Bogotá y para el pago de las demás cuotas ingresó dinero como inversión suplementaria, la sociedad

terminó de pagar el terreno, la Zona Franca no lo escrituró y hubo una diferencia de criterios en la cantidad de metros que se habían comprado y que iban a escriturarse, con el fin de no tener problemas la sociedad llegó a un acuerdo para que la Zona Franca le devolviera el dinero entregado. Al respecto consulta lo siguiente:

1. «*¿Cual es el procedimiento para poder sacar el dinero del país y devolverlo a la Matriz?*

2. *¿Cual sería el procedimiento para cerrar la sucursal en Colombia, ya que debido a estos problemas el proyecto que tenía la matriz no fue posible realizarlo y ya no están interesados en tener una empresa en Colombia?*».

Antes de proceder a responder los interrogantes planteados, es preciso tener en cuenta que las directrices que rigen las sociedades extranjeras en el país, están previstas en el artículo 497 del Código de Comercio, precepto que al respecto dispuso que se regirían por el título Vlll ibídem, sin perjuicio de los tratados o convenios internacionales y en lo no previsto se aplicarían las reglas de las sociedades Colombianas. En este sentido, el artículo 495 ibídem, señaló que para proceder a la liquidación de los negocios en el país de una sucursal, deberá aplicarse en lo pertinente, lo prescrito para la liquidación de sociedades por acciones.

Las disposiciones citadas permiten ilustrar que aunque la ley ha asimilado la sucursal de sociedad extranjera a un establecimiento de comercio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 263 del Código de Comercio, a la luz del artículo 471 ibídem, su incorporación no tiene como único propósito destinar una serie de bienes a la explotación de la actividad pertinente, sino dotar a una sociedad extranjera de un instrumento a través del cual haga presencia jurídica en el país y por su conducto asuma el cumplimiento de obligaciones y ejerza los derechos que su participación permanente en el territorio nacional conlleva.

1) Retiro del dinero ingresado al país por una sociedad extranjera como capital a su sucursal.

Desde el punto de vista del derecho mercantil, el reembolso del aporte constituye una reforma estatutaria, la que de acuerdo con el artículo

145 del Código de Comercio, en concordancia con el numeral 6° del artículo 86 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 2° numeral 20 del Decreto 1080 de 1996, deberá ser autorizada por esta Superintendencia, previa la solicitud correspondiente. En efecto, el referido trámite en la medida en que la **devolución del aporte fuere parcial,** implicaría la cancelación parcial del registro de la inversión, de acuerdo con el punto 2 del numeral 7.2.9 de la Circular DCIN-083 del 21 de noviembre de 2003, emanada de la Junta Directiva del Banco de la República.

2) Devolución total del dinero ingresado como aporte al país-Procedimiento para cerrar la sucursal.

Comoquiera que de acuerdo con el planteamiento efectuado, lo que se pretende es **el reembolso a la matriz de la totalidad del capital**, debe tenerse en cuenta que este es uno de los derechos que el registro de la inversión ante el Banco de la República confiere al inversionista y en efecto, una de las cuatro modalidades en las que la regulación cambiaria, permite hacer transferencias de divisas entre una sociedad extranjera y su sucursal en Colombia[20], es a través del reembolso de las utilidades y del capital asignado o suplementario.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la devolución del capital a la matriz, está directamente relacionada con el trámite de liquidación de la sucursal, para lo cual, deberán seguirse las reglas previstas para las sociedades por acciones colombianas, lo que implica acudir necesariamente al procedimiento previsto en el artículo 225 y siguientes del Código de Comercio, así como a los artículos 457 a 460 ibídem, sin que pueda válidamente obviarse su cumplimiento.

20 El Banco de la República mediante circular DCIN-83 del 21 de noviembre de 2003, dispone en el punto 7.2.13. lo siguiente:

«Transferencia de divisas entre una sociedad extranjera y su sucursal en Colombia.

Las transferencias de divisas entre una sociedad extranjera y su sucursal en Colombia sólo podrán efectuarse en los siguientes casos:

1. Transferencia de capital asignado o suplementario.
2. Reembolso de utilidades y capital asignado o suplementario.
3. Pago por concepto de operaciones reembolsables de comercio exterior de bienes, de conformidad con las normas aduaneras y tributarias.

A este respecto, la Superintendencia mediante oficio TR-18137 del 9 de noviembre de 1997, señaló:

«Es de anotar que la apertura de una sucursal no se reduce a una simple organización de un establecimiento de comercio, sino que requiere del cumplimiento de normas señaladas de manera especial en el título VIIII, del libro segundo, del Código de Comercio, entre las cuales podemos indicar: c) La asimilación, en la práctica, a las compañías anónimas, para efectos del control administrativo, ejercido en este caso por la Superintendencia de Sociedades; de la constitución de las reservas y provisiones (artículo 476) y de la liquidación de los negocios en el país (artículo 495)».

Agrega el referido oficio que la liquidación es todo un proceso de liberación de activos, mediante el pago de las obligaciones pendientes por razón de la existencia y los negocios de la sucursal, para que sólo entonces pueda ejercer la sociedad extranjera su derecho a que se le entregue a título de utilidades finales y de reembolso de capital asignado la parte que le corresponda en el remanente de los activos. Se trata de desatar ese complejo de relaciones jurídicas creadas con ocasión de la actividad de la sucursal, que se suspende o cesa al producirse su liquidación.

(....)

De lo expuesto se infiere que cumplido el trámite liquidatorio, la sucursal podrá reembolsar a la casa matriz, el dinero aportado como capital asignado y suplementario, previo el cumplimiento del procedimiento cambiario establecido en el Decreto 2080 de 2000, modificado por el Decreto 1844 del 2 de julio de 2003, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Junta Directiva del Banco de la República en la Circular DCIN 83 del 23 de noviembre de 2003, para el reembolso del aporte y cancelación del registro, para lo cual le sugiero dirigirse al Banco de la República, por ser la entidad competente para conocer el referido procedimiento.

Oficio 220-045979 de 18 de agosto de 2006

Adquisición de acciones por conducto de una sucursal de sociedad extranjera - Procedimiento para enjugar pérdidas por parte de una sucursal de sociedad extranjera.

Me refiero a su comunicación mediante la cual, con fundamento en lo expresado por esta Entidad en el oficio 220-65527 del 15 de diciembre de 2004, formula las siguientes inquietudes:

1. *«Si de acuerdo con las consideraciones que se someten a su consideración más delante, y teniendo en cuenta un concepto de la Superintendencia, a través de una sucursal extranjera su propietario puede adquirir acciones en una sociedad colombiana;*

2. *Si para restablecer patrimonialmente la sucursal, en atención al efecto de la provisión derivada de la adquisición de acciones, el propietario de la sucursal puede llevar a cabo una inversión suplementaria, sin necesidad de incrementar el capital asignado».*

Previamente a responder la inquietud formulada en el punto 1 [21], es preciso poner de presente algunos de los apartes del oficio del asunto, cuya transcripción es necesaria.

En la mencionada oportunidad, esta Superintendencia expresó: *«En cuanto al **punto 2**, debe tenerse en cuenta lo dicho por esta entidad en oficio 220-58253 del 9 de diciembre de 1996, que para el efecto se anexa y en el que previo análisis de la diferencia entre una sociedad colombiana y una sucursal de sociedad extranjera, este organismo*

21 «En síntesis, y teniendo en cuenta el concepto de la Superintendencia de Sociedades No. 220-65527 del 19 de diciembre de 2004, se ha entendido que a través de una sucursal de una sociedad extranjera es posible adquirir acciones emitidas por una sociedad nacional, siendo claro que en cada caso dicha posibilidad **depende de la concordancia entre dicha inversión en acciones y los negocios permanentes que constituyen la actividad de que la sociedad extranjera lleva a cabo en Colombia a través de la respectiva sucursal**. Y en esta hipótesis, desde el punto de vista cambiario la inversión no sería extranjera directa, sino que se llevaría a cabo a través de un residente nacional, a saber la sucursal» (la negrilla fuera del texto).

expresó lo siguiente: «Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades . Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 ídem 'La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio'.

Con fundamento en lo anterior, podemos insistir en que la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capitalismo». (La negrilla no es del texto)

Tal conclusión que reiteró en el oficio 220-014509 del 28 de marzo de 2005, cuando al conceptuar sobre un posible «*...deber de reporte frente al Banco de la República a la luz del régimen cambiario, en el evento en que la sucursal de sociedad extranjera con recursos generados en Colombia efectúe inversiones en activos sociales ubicados en el país, tales como acciones, cuotas en sociedades colombianas?*» manifestó: «*resulta claro que aunque las sucursales de sociedades extranjeras a la luz del régimen cambiario de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1735 de 1993, se consideren* ***residentes,*** *ello no les da la condición de* ***personas jurídicas*** *y por ende no pueden ser socios*

o accionistas de sociedades comerciales o civiles (artículo 2079 del Código Civil).»

Lo anterior, toda vez que aunque el principio de igualdad en el trato al que alude en su comunicación, previsto en el artículo 2 del Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000, por virtud del cual la inversión de capital del exterior en Colombia debe ser tratada para todos los efectos, de igual forma que la inversión de nacionales residentes, unifique el tratamiento de los efectos de la inversión nacional o extranjera en el país, tal principio no modifica las condiciones que regulan la celebración de los contratos[22]; toda vez que la capacidad de la sociedad extranjera como persona jurídica, **no se transfiere en forma autónoma a la sucursal incorporada al país,** pues ésta adquiere la posibilidad de desarrollar las actividades que con claridad y concreción le señale la casa matriz, en el acto que autoriza su incorporación.

Así lo confirman las condiciones de incorporación al país de una sucursal de sociedad extranjera en Colombia, las que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 497 del Código de Comercio, están señaladas en el título VIII del Código de Comercio, denominado «de las sociedades extranjeras», precepto que además dispone:

«*En lo no previsto se aplicarán las reglas de las sociedades colombianas. Asimismo estarán sujetas a él todas las sociedades extranjeras, salvo en cuanto estuvieren sometidas a normas especiales*» y del que se desprende que las condiciones de **claridad y concreción** de las actividades que conforman el objeto social de una sociedad en Colombia, a las que por disposición del artículo 472 del mismo Código, deben ajustar su objeto las sucursales, no comporta una connotación diferente de la señalada. Vale decir, que de tal asimilación, **no puede inferirse que la sucursal de una sociedad extranjera ostente la capacidad legal de una sociedad constituida de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 110 de la misma codificación.**

22 Capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos (artículo 1602 del Código Civil).

En este sentido, es claro que la Circular conjunta 011 del 18 de agosto de 2005, al definir el método de participación patrimonial, como el procedimiento contable por el cual una persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, registra su inversión en otra, necesariamente hace relación a la posibilidad que tiene la sociedad matriz para utilizar a la sucursal como instrumento de inversión, en cuanto que como persona jurídica ejerce un control sobre otra sociedad, circunstancia que le impone a la sucursal en Colombia, adecuar la información suministrada al público en general conforme a los objetivos básicos establecidos en los artículos 3° y 4° del Decreto 2649 de 1993.

En punto al tema que corresponde al **punto 2**, es preciso observar que en efecto el numeral 7.2.13 de la Circular Reglamentaria DCIN 83 de noviembre 21 de 2003, del Banco de la República, prevé la posibilidad de transferir divisas como inversión suplementaria al capital asignado, a fin de que contra esta cuenta puedan cancelarse las pérdidas.

Oficio 220-033532 de 7 de julio de 2007

Sucursal de sociedad extranjera. Avalúo de aportes en especie.

Me refiero a su comunicación mediante la cual consulta: «*¿Si una sociedad extranjera puede adquirir un establecimiento de comercio de una persona natural colombiana y designar dicho establecimiento de comercio en Colombia como el capital asignado a la sucursal que incorpore en nuestro país? ¿Cuál es el procedimiento a seguir? Si la sociedad extranjera desea adquirir dos establecimientos de comercio registrados en distintas cámaras de comercio del país, ¿es posible incorporar una sucursal de la sociedad extranjera con dos establecimientos de comercio como su capital asignado? ¿Cuál es el procedimiento?*»

Para resolver el tema objeto de análisis es preciso tener en cuenta en primer término que las sociedades extranjeras en Colombia se rigen

conforme a la regulación prevista en el artículo 497 del Código de Comercio, el que dispone:

«Las disposiciones de este título regirán sin perjuicio de lo pactado en tratados o convenios internacionales. En lo no previsto se aplicarán las reglas de las sociedades colombianas. Así mismo estarán sujetas a él todas las sociedades extranjeras, salvo en cuanto estuvieren sometidas a normas especiales».

Conforme al precepto anterior y teniendo en cuenta que el título VIII del Libro Segundo del citado Código en relación con las «sociedades extranjeras», no regula el tema de los aportes en especie, es preciso acudir a la normatividad propia de las sociedades Colombianas, para determinar las directrices relacionadas con los aportes en especie y en particular, de los establecimientos de comercio, por lo que es preciso realizar las siguientes precisiones.

Principio de igualdad en el trato: artículo 2° del Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000:

«La inversión de capital del exterior en Colombia será tratada para todos los efectos, de igual forma que la inversión de nacionales residentes.

En consecuencia, y sin perjuicio de lo estatuido en regímenes especiales, no se podrán establecer condiciones o tratamientos discriminatorios a los inversionistas de capital del exterior frente a los inversionistas residentes nacionales, ni tampoco conceder a los inversionistas de capital del exterior ningún tratamiento más favorable que el que se otorga a los inversionistas residentes nacionales»

Aportes en especie. Regulación del Código de Comercio:

Artículo 126: «Los aportes en especie podrán hacerse por el género y cantidad de las cosas que hayan de llevarse al fondo social, pero estimadas en un valor comercial determinado»

Artículo 132: «...los aportes en especie se avaluarán unánimemente por los interesados constituidos en junta preliminar, y el avalúo

debidamente fundamentado se someterá a aprobación de la Superintendencia de Sociedades.»

Artículo 136: «Los aportes de establecimientos de comercio, derechos sobre propiedad industrial, partes de interés, cuotas o acciones, se considerarán como aportes en especie»

Aprobación de avalúo por parte de la Superintendencia de Sociedades.

A partir de la expedición de la Ley 222 de 1995, a través de la cual se modificó el libro II del Código de Comercio, se le asignaron nuevas y diferentes funciones a esta Superintendencia, delimitando algunas de ellas en cada uno de sus niveles de inspección, vigilancia y control, como puede apreciarse en los artículos 82 al 86 de la citada Ley.

Es así como la función de aprobar los avalúos de aportes en especie que antes de la expedición de la ley le correspondía a esta Superintendencia para el caso de sucursales de sociedades extranjeras, con la nueva normatividad opera solamente para aquellas sociedades que se encuentran en el nivel de control por parte de este Despacho, de acuerdo con lo previsto en el artículo 85 de la Ley 222, más no para las sociedades vigiladas (artículo 84 ibídem).

Posición de este Despacho:

Conforme al principio de igualdad mencionado, de la misma manera que los socios de las sociedades Colombianas pueden efectuar aportes en especie, las sociedades extranjeras tienen el mismo derecho y en tal virtud, **a juicio de esta oficina es viable que una sociedad extranjera aporte un establecimiento de comercio como capital asignado a la sucursal que incorpore en el territorio nacional,** afirmación que justifica el enunciado principio de igualdad, así como el Estatuto de Inversiones Internacionales, en cuanto establece los mecanismos para llevar a cabo el registro de la inversión de capital extranjero, contenidas en el Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000, modificado por el Decreto 1844 del 2 de julio de 2003, así como en la Circular DCIN 083 del 21 de noviembre de 2003, por la

cual se establecen los procedimientos aplicables a las operaciones de cambio.

Ahora bien, **en cuanto al procedimiento para llevar a cabo el aporte,** debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto por el artículo 132 del Estatuto Mercantil, le corresponde a la casa matriz por conducto de su representante legal, o de un apoderado debidamente inscrito en el registro mercantil (artículo 28 numeral 1° ibídem), celebrar el contrato de compraventa del establecimiento de Comercio que se proyecta ingresar como capital asignado a la Sucursal que se pretende incorporar al país, negocio jurídico que desde luego supone la realización por parte de la casa matriz del avalúo del o de los establecimientos de comercio y el pago del precio acordado, de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 526 y siguientes ibídem.

Para efectuar el pago, deberán ingresarse al país las divisas correspondientes, en el formulario número 4, por conducto de un intermediario del mercado cambiario, el que deberá diligenciar a cabalidad y especificar que la operación corresponde a una inversión extranjera con destino a una sucursal de sociedad extranjera en trámite de incorporación, mediante un aporte en especie representado en la compra de uno o varios establecimientos de comercio.

El registro de la inversión, a juicio de esta Oficina y salvo mejor opinión del Banco de la República, debe efectuarse conforme a lo previsto en el literal c) del punto 7.2. de la Circular Reglamentaria DCIN 083 del 21 de noviembre de 2003, trámite denominado «*Registro con demostración del cumplimiento de los requisitos de inversión (formularios 11-13)*», establecido para las «*inversiones extranjeras en patrimonios autónomos e inmuebles cualquiera que sea la modalidad del aporte, para los aportes de actos o contratos.... Adicionalmente, este procedimiento se aplica cuando la inversión extranjera se efectúa bajo la modalidad de aportes en especie (tangibles o intangibles)....*», el que debe realizarse de acuerdo con el procedimiento establecido en el punto 7.2.3 de la referida circular.

En cuanto a la inquietud relacionada con la posibilidad de incorporar una sucursal con dos establecimientos de comercio, la respuesta es afirmativa y para el efecto, me remito en lo pertinente a lo expresado en el oficio 220-025319 del 17 de mayo de 2005, en el que este organismo expresó lo siguiente:

«En este orden de ideas y en forma consecuente con los planteamientos efectuados, se tiene que el hecho de atribuir a la sucursal una cierta autonomía operativa, para fines jurídicos, tributarios y contables, no desdibuja su naturaleza, como parte de una organización que por esta vía se descentraliza sin lograr una personificación nueva y distinta de la sociedad, de tal manera que así como ***una*** *es la sociedad extranjera que se incorpora al país,* ***una es la sucursal como instrumento a través del cual se materializa esta decisión;*** *este presupuesto determina la imposibilidad legal que existe para permitir una nueva incorporación al país, ni aún en el evento en que se trate de realizar nuevas actividades, pues en este caso, basta con que la sociedad registre en la cámara de comercio la copia de la escritura pública mediante la cual la casa matriz protocolizó la decisión de ampliar las actividades originalmente propuestas en la resolución de incorporación, conforme a lo dispuesto por el artículo 484 del Código de Comercio.*

El hecho de permitir ***una nueva incorporación de la misma sociedad extranjera con sucursal en el país,*** *podría contribuir a generar inseguridad entre los terceros acreedores de la nueva sucursal, comoquiera que aunque no puede perderse de vista que de acuerdo con el artículo 485 del Código de Comercio, la sucursal solo responde por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio, podría verse abocada a responder por obligaciones contraídas por la primera sucursal, con las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse.*

Por lo anterior, este Despacho reitera lo expresado en el oficio 220-51034 del 11 de agosto de 2003, en el siguiente sentido: 'Las normas

citadas permiten colegir que la obligación de las sociedades con domicilio principal en el exterior que realicen actividades permanentes en Colombia, es incorporar ***una sucursal en el país,*** *exigencia derivada del tenor literal del citado artículo 471 y que confirma el artículo 474 ibídem, cuando en forma ilustrativa señala algunos supuestos que determinan la realización de actividades permanentes en el país, entre los que prevé el de* ***abrir dentro del territorio de la República establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría,*** *premisa de la que se deriva que aún en los eventos en que las oficinas de negocios o los establecimientos de comercio abiertos por la sociedad extranjera sean varios y/o se encuentren en distintos lugares del país,* ***el deber es abrir una sucursal y fijarle como domicilio un lugar dentro del territorio nacional.'***» (la negrilla no es del texto).

Oficio 220-037204 de 28 de mayo de 2008

Sociedades extranjeras, posibilidad de establecer más de una sucursal en Colombia

Me refiero a su escrito mediante el cual solicita reconsiderar la posición de esta Superintendencia con relación a la imposibilidad de constituir más de una sucursal de sociedad extranjera en el país, contenida en el Oficio 220-51034 del 11 de agosto de 2003, y reiterada en el Oficio 220-025319 del 17 de mayo de 2007.

Sobre el particular, es preciso en primer término traer a colación los apartes pertinentes de los oficios de la Superintendencia que contienen la posición vigente de la Entidad, para luego pasar a los argumentos por los que usted considera se debe modificar dicha posición, para finalmente proceder al nuevo análisis del tema sometido a reconsideración.

I. POSICIÓN VIGENTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Señaló este Despacho en el Oficio 220-51034 del 11 de agosto de 2003:

«Al respecto, es preciso observar que conforme con lo dispuesto por el artículo 471 del Código de Comercio, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual deberá protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la Resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes.

A su vez, el artículo 486 ibídem dispone que la existencia de las sociedades domiciliadas en el exterior y de las cláusulas de los estatutos, así como la personería de sus representantes, se probarán mediante certificado de la Cámara de Comercio.

Las normas citadas permiten colegir que la primera obligación de las sociedades con domicilio principal en el exterior que realicen actividades permanentes en Colombia, es incorporar una sucursal en el país, exigencia que confirma el artículo 474 ibídem, cuando en forma ilustrativa señala algunos supuestos que determinan la realización de actividades permanentes en el país, entre los que prevé el de abrir dentro del territorio de la República establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría.

En este orden de ideas, se tiene que aún en los casos en que las oficinas de negocios o los establecimientos de comercio abiertos por la sociedad extranjera sean varios y/o se encuentren en distintos lugares del país, su deber es abrir solo una sucursal a la que se le fijará como domicilio un lugar dentro del territorio nacional»

Posteriormente en el Oficio 220-025319 de 17 de mayo de 2007 se expresó:

«Por lo tanto, si en gracia de discusión existiere alguna discriminación, debe atribuirse a la ley, por ser ésta quien gobierna la constitución de una sociedad o el establecimiento de una sucursal según sea el caso, Uno es el régimen previsto para las sociedades comerciales constituidas en el país, el que se reitera, está regulado por los artículos 110 y siguientes del Código de Comercio y otro, el previsto para las sucursales establecidas en el país, consagrado en el título VIII, dentro del cual el artículo 471 del Código de Comercio, previó que para desarrollar actividades permanentes en el país basta con incorporar una sucursal, expresión singular en modo alguno caprichosa y que a juicio de esta Oficina, conforme a los principios de interpretación de la ley, no puede desconocerse , pues en efecto, de acuerdo con el artículo 27 del Código Civil, «cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu....»,.(...)

En este orden de ideas y en forma consecuente con los planteamientos efectuados, se tiene que el hecho de atribuir a la sucursal una cierta autonomía operativa, para fines jurídicos, tributarios y contables, no desdibuja su naturaleza, como parte de una organización que por esta vía se descentraliza sin lograr una personificación nueva y distinta de la sociedad, de tal manera que así como una es la sociedad extranjera que se incorpora al país, una es la sucursal como instrumento a través del cual se materializa esta decisión; este presupuesto determina la imposibilidad legal que existe para incorporar otra sucursal en el país de la misma sociedad extranjera, establecida ésta para desarrollar las actividades propuestas dentro de la resolución de incorporación, como lo confirma el artículo 471 del Código de Comercio, cuando en forma expresa consagra que para emprender negocios permanentes en Colombia, la sociedad extranjera establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, en concordancia con el artículo 474 ibídem, cuando dispone que se tienen por actividades permanentes para efectos del artículo 471, ...»abrir dentro del territorio de la República establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría» (Numeral 1).»

II. ARGUMENTOS DEL PETICIONARIO A TENER EN CUENTA PARA REVALUAR Y MODIFICAR LA POSICIÓN VIGENTE DE LA SUPERINTENDENCIA

El primer fundamento se basa en el hecho de que el artículo 263 del Código de Comercio, permite que las sociedades nacionales abran el número de sucursales que consideren, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de sus negocios sociales. Dicho fundamento se adiciona en el sentido de indicar que las sucursales tienen el propósito de permitirle a una misma compañía desarrollar su objeto a través de diferentes establecimientos de comercio, y no el propósito de que cada una de las sucursales desarrollen un objeto social independiente y diferente del que adelantan las demás.

Un segundo argumento que se pone de presente, es el relativo a que tanto la Constitución Política como las normas legales, consagran el derecho a la igualdad de los extranjeros en Colombia, de tal suerte que estos gozan de las mismas garantías de los nacionales, salvo las limitaciones que señale la propia Constitución o la Ley. Este argumento se refuerza acudiendo a una sentencia de la Corte Constitucional (T-321/05) en la que se indica que «*es así que en ningún caso las autoridades administrativas pueden desconocer la vigencia y alcance de los derechos fundamentales ni los inherentes a la persona humana, garantizados en la Constitución Política y en los tratados internacionales en el caso de los (4) extranjeros, así se encuentren en condiciones de permanencia irregular*», para luego concluir que la Superintendencia de Sociedades no cuenta con competencia para llevar a cabo limitaciones a los derechos de los extranjeros, las cuales no se encuentran sustentadas en la ley.

Como sustento de la igualdad que debe mediar entre nacionales y extranjeros y del principio de trato nacional que debe recibir la inversión extranjera en Colombia, se citan los artículos 13 y 100 de la Constitución, 2° de la Decisión 291 de la Comunidad Andina, 15 de la Ley 9ª de 1991, 2° del Decreto 2080 de 2000. Posteriormente se indica que la ley de manera taxativa establece limitaciones a la

inversión extranjera en el país. A título de ejemplo trae a colación la diferenciación entre inversión extranjera y nacional, en lo relativo a la transferencia de recursos extranjeros (régimen de cambios internacionales), al igual que las limitaciones que consagra el Decreto 2080 de 2000 en cuanto a inversión extranjera en sectores relacionados con la defensa nacional y en el manejo disposición y desecho de basuras tóxicas radioactivas y peligrosas producidas en el país, así como el establecimiento de regímenes especiales de inversión en sectores como los de hidrocarburos y sistema financiero.

Lo anterior para resaltar que no existe ninguna disposición legal o constitucional que establezca una limitación a que una sociedad comercial incorpore más de una sucursal para llevar a cabo un mismo objeto social en Colombia, lo que lleva a la conclusión de que es permitido y que se ajusta a derecho que una sociedad extranjera tenga mas de una sucursal en el país.

Por último, se indica que la legislación colombiana no prohíbe que una sociedad extranjera constituya varias sucursales en Colombia, ni establece un régimen diferente al cual ellas deban sujetarse para ese efecto.

III. CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA PARA EL ANÁLISIS DEL TEMA OBJETO DE RECONSIDERACIÓN

En primer término se ha de poner de presente que el ordenamiento jurídico colombiano consagra un régimen especial para las sociedades extranjeras que pretendan adelantar negocios en el país. Es así como dedica todo el Título VIII del Libro Segundo del Código de Comercio exclusivamente a las compañías extranjeras, así como a las sucursales de estas como vehículo mediante el cual aquellas realizan actividades de carácter permanente en el territorio nacional.

Dichas sucursales se rigen sin perjuicio de los tratados o convenios internacionales por las disposiciones del citado Título, y ante el silencio de este por las normas sobre sociedades colombianas en lo que resulte pertinente (artículo 497 C.Co.).

El artículo 471 del mencionado Código, en punto de los requisitos necesarios para que una sociedad extranjera emprenda negocios en el país, dispone que: *«Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos: (…)»*.

A renglón seguido el artículo 472 del citado ordenamiento, en materia de las menciones que debe contener la resolución o acto de la compañía en el exterior por medio de los cuales se acordó establecer negocios permanentes en Colombia prevé:

«La resolución o acto en que la sociedad acuerde conforme a la ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia expresará:

1. Los negocios que se proponga desarrollar, ajustándose a las exigencias de la ley colombiana respecto a la claridad y concreción del objeto social;

2. El monto del capital asignado a la sucursal, y el originado en otras fuentes, si las hubiere;

3. El lugar escogido como domicilio;

4. El plazo de duración de sus negocios en el país y las causales para la terminación de los mismos;

5. La designación de un mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país. Dicho mandatario se entenderá facultado para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social, y tendrá la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales; y 6. La designación del revisor fiscal, quien será persona natural con residencia permanente en Colombia.»

De los anteriores preceptos se observa que quien en Colombia adelanta negocios permanentes es la sociedad extranjera como persona jurídica y no propiamente su sucursal, habida cuenta que esta última cumple

simplemente la función de servir como vehículo de aquella para el desarrollo de su objeto social, con la connotación de un establecimiento de comercio que reviste algunas particularidades además de las generales previstas en los artículos 263 y 515 del Estatuto Mercantil. A este respecto resulta conveniente traer a colación el Oficio 220-22718 del 30 de mayo de 1988, en el cual esta Superintendencia expresó:

«Para su apertura o incorporación es necesario que se le asignen recursos económicos para su funcionamiento, razón por la cual esta Superintendencia entiende que la sucursal es una prolongación de la compañía y es parte de una organización que de tal manera se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, lo que permite afirmar que la sociedad se obliga y se beneficia por los actos jurídicos que celebre el administrador de la sociedad.»

Lo anterior permite afirmar que es de la sociedad extranjera de la cual se predican en el país los atributos de la personalidad mas no de su sucursal, atributos entre los que se cuentan la capacidad, el patrimonio, el nombre, la nacionalidad y el domicilio.

Con relación al tema de la capacidad de sociedades extranjeras que adelantan negocios permanentes en Colombia, este Despacho mediante Oficio 220-58253 del 9 de diciembre de 1996, recogido en el Oficio 220-055120 del 10 de Octubre del 2006 expresó:

«Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades.

Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el

artículo 485 ídem 'La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio'».

El pronunciamiento antes trascrito ratifica que la sucursal, por ser tan solo un establecimiento de comercio, no goza de capacidad jurídica, ya que es la compañía del exterior la que detenta tal atributo, y por ende es la que en el país cuenta con la posibilidad de que en desarrollo de sus actividades permanentes pueda adquirir derechos y contraer obligaciones (artículos 1502 y ss C.C.), y de allí que sea la que responda por los negocios celebrados por su mandatario como representante en Colombia (artículos 472 Num. 5°, 485 y 833 C.Co y 1505 C.C.).

Respecto del atributo del patrimonio, el que al igual que la capacidad se predica es de la sociedad extranjera y no de su sucursal, es de anotar que el mismo constituye la prenda común de los acreedores (artículo 2488 C.C.), de tal suerte que todos los bienes que posea la compañía del exterior , bien sea los que tenga en su domicilio principal en el país de origen o los que por intermedio de la sucursal se encuentren en el territorio colombiano para el desarrollo de los negocios sociales, pueden ser perseguidos por los acreedores locales, en razón a que no se trata de dos patrimonios autónomos e independientes, el de la sucursal y el de su sociedad matriz, sino de un único patrimonio, perteneciente a esta última.

Sobre el patrimonio como prenda común de los acreedores, vale la pena poner de presente lo manifestado por el Consejo Técnico de Contaduría Pública, en el Oficio OFCTCP / 0119 del 11 de diciembre de 2007, a saber:

«Establecido que es imperativo mantener la primacía de la unidad en la contabilidad de los entes económicos, merece especial análisis otro aspecto resaltado por el Consejo en el Concepto CCTCP 094 que analizamos, el cual apunta a que no se puede dejar a un lado el principio general del derecho con base en el cual el patrimonio de una persona es la prenda general de los acreedores, conforme lo establece el artículo 2488 del Código Civil, disposición que no podría

cumplirse si se aceptara una dicotomía de patrimonios en cabeza de una sola persona sin la debida definición formal, por cuanto los acreedores, incluyendo al estado, no podrían establecer sobre cuáles bienes del deudor tienen el derecho de persecución consagrado en la norma citada.»

Lo antes expuesto permite confirmar que la sociedad extranjera y su sucursal en el país no cuentan con patrimonios separados, pues si tal aseveración se admitiera se estaría desconociendo lo dispuesto en el artículo 485 del Código de Comercio, el cual impone a la compañía foránea la carga de responder por los negocios que por conducto de su sucursal adelante en la geografía nacional, responsabilidad que solo se puede hacer efectiva con todos y cada uno de los activos que forman parte del patrimonio de la persona jurídica, en observancia de lo reglado en el artículo 2488 del Código Civil.

Adicionalmente, el hecho de que la sociedad del exterior cuente con un solo patrimonio para el cumplimiento de sus obligaciones, conformado como ya se vio tanto por los bienes que tenga en Colombia por intermedio de su sucursal como por aquellos que se localicen en el país de origen, significa que en el evento de liquidación de los negocios en el territorio nacional, dicho patrimonio está afecto al trámite liquidatorio, por lo que todos los activos que se encuentren en Colombia se deben realizar, para con el producto de las enajenaciones satisfacer las acreencias adquiridas en el país por la persona jurídica extranjera a través de su sucursal, y si no fueren suficientes tales bienes se entrará a responder por dichas acreencias con aquellos que tenga la compañía en el exterior.

De otra parte, en lo tocante al nombre de la sucursal de una compañía del exterior con negocios permanentes en Colombia, se ha de recordar lo señalado por este Organismo en el Oficio 220-60767 del 7 de diciembre de 1995, en el que se expresó:

«De las disposiciones citadas, se infiere sin lugar a dudas que en cualquier caso la sucursal, sea nacional o extranjera no es un ente autónomo diferente a la matriz, toda vez que no goza de personería

jurídica independiente; se trata de un establecimiento de comercio que hace parte de la sociedad y del cual ésta se vale para desarrollare los negocios que comprende su objeto social.

Ahora bien, en cuanto al nombre o razón social es entendido que éste constituye el signo distintivo de la persona jurídica y como tal, cumple la función general de identificar la misma en el mundo de los negocios como sujeto de derecho. Por tanto si matriz y sucursal ostentan una única personalidad jurídica, habida cuenta que la segunda es meramente una prolongación de la primera y que de su personalidad se derivan y se obliga por sus actuaciones, no se concibe que pueda hablarse en sentido estricto de «razón social» propia, en el caso de las sucursales, pues su naturaleza jurídica le impone necesariamente identificarse con la razón social que le pertenece a la sociedad de la cual hace parte.

(...)

Por las consideraciones brevemente expuestas estima este Despacho que la sucursal de una sociedad extranjera, como establecimiento de comercio que es de la sociedad, no puede tener una denominación social diferente a la de la casa matriz, dado que se desvirtuaría con ello su verdadera identidad».

Es claro entonces de acuerdo al concepto trascrito, que por constituir sociedad y sucursal una sola persona jurídica, la segunda simplemente adopta el nombre de la primera, para efectos de que la sociedad extranjera por conducto de su sucursal se pueda identificar en el territorio nacional.

Ahora bien, aparte de las razones antes expuestas, relativas a los atributos de la personalidad con que cuenta una sociedad extranjera con negocios en Colombia, es conveniente para objeto de reconsiderar el tema materia de estudio, detenerse brevemente en lo que a la obligación de llevar contabilidad por parte de las sociedades extranjeras se refiere.

Sobre este particular dispone el artículo 488 del Código de Comercio:

«Estas sociedades llevarán, en libros registrados en la misma cámara de comercio de su domicilio y en idioma español, la contabilidad de los negocios que celebren en el país, con sujeción a las leyes nacionales. Así mismo enviarán a la correspondiente superintendencia y a la misma cámara de comercio copia de un balance general, por lo menos al final de cada año.»

Esta previsión normativa no hace otra cosa que reiterar el deber de todo comerciante de llevar contabilidad (artículo 19 Num. 3° C.Co.), si se tiene en cuenta que la sociedad extranjera debe ser considerada como comerciante, toda vez que valiéndose de su sucursal en el país desarrolla profesionalmente actos de comercio (artículo 10 Ibídem).

La citada obligación la debe cumplir en libros debidamente registrados en la Cámara de Comercio, y observando las disposiciones legales, entre las que se encuentran los artículos 48 y siguientes del Código de Comercio y el Decreto 2649 de 1993. En punto de la obligación de llevar contabilidad, resulta ilustrativo lo señalado por el Concejo Técnico de Contaduría Pública, en el Oficio OFCTCP / 0119 del 11 de diciembre de 2007, a saber:

«Es importante puntualizar que las empresas cuya actividad consiste en el ejercicio permanente y continuado de actos de comercio, (...), ostentan la calidad de comerciantes y, como tales, están sujetas a obligaciones específicas que emanan principalmente de lo ordenado por el Artículo 19 del Código de Comercio que, en su numeral 3° ordena:

«ARTICULO 19. OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES. Es obligación de todo comerciante:

3) Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;

(...)»

Respecto de la disposición precedente cabe preguntarse: ¿qué debe entenderse por la expresión «sus negocios»?, interrogante frente al

cual la respuesta, con base en los asertos expuestos debe ser que tal expresión hace referencia a todos los negocios del comerciante. No puede ser de otra forma, dado que debe aplicarse a esta situación fáctica el conocido aforismo según el cual, cuando el legislador no distingue, el intérprete tampoco puede hacerlo.

Por lo tanto, en el caso objeto de consulta, la obligación de la empresa consiste en llevar su contabilidad integral, incluyendo todos sus activos, pasivos y demás elementos que conforman los estados financieros como una unidad que refleje la totalidad de los hechos económicos de cada período sin que ello implique el deber legal de presentar estados financieros para cada uno de sus frentes de negocio o establecimientos de comercio, pues, como se ha anotado, la obligación en comento surge en cabeza de la persona natural o jurídica que conforma el ente económico propiamente dicho.»

Aplicando al caso de las sucursales de sociedades extranjeras el concepto precedente, se ha de señalar que tales compañías están en la obligación de llevar una sola contabilidad integral, de tal forma que en la misma se registren todos los activos, pasivos y demás elementos de los estados financieros. Ello alcanza sustento en lo que reiteradamente se ha expresado en el presente concepto, valga decir, que la sucursal no forma una persona jurídica independiente, habida cuenta que dicha personería solo la ostenta la sociedad del exterior.

IV. APLICACIÓN DE LAS CONSIDERACIONES ANTERIORES A LA POSIBILIDAD DE QUE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA CONSTITUYA MÁS DE UNA SUCURSAL EN COLOMBIA

Teniendo en cuenta las razones esgrimidas en el acápite inmediatamente anterior, a continuación se pasa a explicar punto por punto el por qué en concepto de este Organismo no resulta viable que una sociedad extranjera constituya mas de una sucursal en el país.

1. **El criterio de la capacidad jurídica**: Como quiera que quien detenta la capacidad es la sociedad extranjera como persona jurídica que es y no su sucursal, se ha de señalar que el permitir que se

establezca mas de una sucursal en el territorio nacional sería como admitir que la persona jurídica cuenta con mas de una capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuando en realidad dicho atributo de la personalidad es único e intransferible. No se concebiría por ejemplo que una sociedad extranjera con una sucursal adelantara el trámite de liquidación de los negocios en Colombia, y que con otra diferente de manera paralela adelantara operaciones propias de su objeto social.

2. **El criterio del patrimonio social**: Tal como aquí se manifestó, al no constituir una sucursal de sociedad extranjera una persona jurídica distinta a la de su matriz con un patrimonio autónomo e independiente, tampoco sería posible la incorporación de mas de una sucursal, ya que sencillamente no se configuraría una separación de patrimonios entre las distintas sucursales coexistentes, pues en todo caso se trataría de un único patrimonio, cual es el de la sociedad extranjera, el que constituiría la prenda común de todos y cada uno de los acreedores localizados en Colombia. Incluso ante la hipótesis de dos sucursales, una en liquidación y otra en pleno desarrollo del objeto social de la compañía del exterior, el patrimonio de esta persona jurídica estaría afecto al pago de todas las obligaciones en el trámite liquidatorio.

3. **El criterio del nombre social**: En razón a que como se señaló, la sucursal por no detentar la calidad de persona jurídica simplemente adopta el nombre de la sociedad extranjera, no resulta factible establecer más de una sucursal en la geografía nacional, ya que simple y llanamente todas las sucursales tendrían el mismo nombre sin que se pudiere identificar a cada una de ellas en el tráfico mercantil, con la incertidumbre e inseguridad que frente a terceros este hecho generaría. Ello sin contar con la imposibilidad para la Cámara de Comercio de registrar una segunda o tercera sucursal con el mismo nombre de la primera, por virtud del control de homonimia que adelanta de conformidad con el artículo 35 del Código de Comercio.

4. **El criterio de la obligación de llevarse una sola e integral contabilidad**: Por razón de que la sociedad extranjera debe llevar su

contabilidad en libros debidamente inscritos ante la Cámara de Comercio, y de forma tal que todos sus negocios y operaciones se registren en una única contabilidad, se ha de concluir que no resulta posible crear más de una sucursal en Colombia, ya que si así se admitiere, en todo caso no se podrían abrir contabilidades independientes como número de sucursales existieren.

Lo anterior sin contar con la imposibilidad que existiría para que ante el supuesto de una sucursal activa y en funcionamiento y otra en liquidación, ambas pertenecientes a una misma sociedad extranjera, se pudiere llevar una sola contabilidad, ya que es muy diferente la contabilidad de una empresa en marcha a la de una empresa en liquidación, pues por ejemplo en este último evento los activos y pasivos se deben valuar a su valor neto realizable, los costos de los activos no se asignan mediante depreciación, los ingresos, gastos, cargos e impuestos no pueden ser diferidos (artículo 112 Dec. 2649 de 1993).

5. El criterio de la especialidad: Tal como se indicó en el punto III del presente oficio, el ordenamiento jurídico colombiano consagró en el Título VIII del Libro II del Código de Comercio un régimen especial para las sociedades extranjeras y por ende para las sucursales a través de las cuales aquellas emprenden negocios permanentes en el territorio nacional. De allí que si bien la sucursal recibe el tratamiento de un establecimiento de comercio, se ha de indicar que es un establecimiento de comercio que reviste ciertas particularidades que lo diferencian de la simple noción de establecimiento de comercio contenida en el artículo 515 del Estatuto Mercantil. Prueba de ésto es que el legislador hubiere consagrado como causal de terminación de los negocios en el país, el hecho de que el capital asignado a la sucursal disminuya en un cincuenta por ciento (50%) o mas (artículo 490 C.Co), así como la circunstancia de que las sucursales de compañías extranjeras puedan acudir al trámite de procesos concursales, hoy en día al régimen de insolvencia (artículos 492 C.Co y 2° Ley 1116 de 2006).

Ratifica lo antes señalado el hecho de que el artículo 497 del Código de Comercio, determina que a las sucursales de sociedades extranjeras

se les apliquen sin perjuicio de lo pactado en tratados o convenios internacionales, las disposiciones del Título VIII del Libro II del mencionado Código, y ante la falta de previsión en dicho Título las normas sobre sociedades comerciales, lo que denota el carácter subsidiario y supletivo de estas previsiones legales en lo que a sucursales de compañías extranjeras se refiere.

Las razones precedentes llevan de una parte a la conclusión de que fue la propia ley la que estableció las diferencias entre sucursales de sociedades extranjeras y sucursales como simples establecimientos de comercio, circunstancia esta que permite afirmar que no es la Superintendencia de Sociedades la que con el hecho de sostener que una sociedad extranjera sólo pueda incorporar una sola sucursal al país, la que esté propiciando el desconocimiento del derecho a la igualdad entre nacionales y extranjeros o el principio de trato nacional que debe recibir la inversión del exterior en Colombia.

De otra parte, la premisa consistente en que las disposiciones sobre sociedades colombianas solo se aplican de forma subsidiaria y supletiva a las sucursales de compañías extranjeras (artículo 497 C.Co.), significa que no resulta posible aplicar de manera directa las normas de sociedades nacionales a las sucursales de sociedades foráneas, como sería el caso del artículo 263 del Código de Comercio, razón por la cual, el argumento por cuya virtud, si las sociedades colombianas pueden establecer varias sucursales dentro o fuera de su domicilio también se les debe permitir tal posibilidad a las compañías extranjeras, deja de tener soporte legal, si se tiene en cuenta que fue el artículo 471 del Ordenamiento Mercantil, norma esta de carácter especial y por consiguiente de aplicación preferente, el que señaló que las sociedades extranjeras debían tener una sucursal. En otras palabras, la previsión del citado artículo 471 excluye la posibilidad de que a las sociedades extranjeras se les aplique el artículo 263 sobre sucursales de compañías nacionales en lo que al número de establecimientos de comercio de tal naturaleza se refiere.

V. CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas en el presente oficio, así como en los Oficios 220- 51034 del 11 de agosto de 2003 y 220-025319 del 17 de mayo de 2007, esta Entidad ratifica la posición contenida en los citados pronunciamientos, en el sentido de que de acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano, no es viable que una sociedad extranjera incorpore mas de una sucursal al país, sin perjuicio, claro está, de que pueda establecer otros establecimientos de comercio pero no a título de sucursal.

Oficio 220-104181 de 24 de octubre de 2008

Las sucursales de sociedades extranjeras no pueden ser objeto de fusión o escisión

Me refiero a su escrito por medio del cual formula algunos interrogantes relacionados con la posibilidad de que una sucursal de sociedad extranjera participe en procesos de fusión o escisión.

Sobre el particular, sea lo primero manifestarle que tal como lo ha indicado esta Superintendencia en reiteradas oportunidades, la sucursal de sociedad extranjera es un simple establecimiento de comercio de propiedad de la matriz, establecimiento que, como tal, carece de personificación jurídica. De allí que la sucursal no pueda participar como sujeto de derecho en aquellas operaciones reservadas por el legislador a los entes económicos con personalidad jurídica como las sociedades comerciales (artículo 98 C.Co.), operaciones entre las que se encuentran las de fusión y escisión.

En efecto, de las normas legales atinentes a las figuras de fusión y escisión, se desprende que éstas aplican es para el caso de sociedades.

Así, dispone el artículo 172 del Código de Comercio:

«Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.»

Por su parte señala el artículo 3° de la Ley 222 de 1995:

«Habrá escisión cuando:

1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.

2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades.

La sociedad o sociedades destinatarias de las transferencias resultantes de la escisión, se denominarán sociedades beneficiarias.

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

Nótese que los anteriores preceptos hacen alusión a sociedades, entendidas éstas como personas jurídicas, lo que excluye la posibilidad de que las sucursales de sociedades extranjeras intervengan en procesos de fusión y escisión.

Sobre este particular este Despacho en Oficio 220-31364 del 13 de mayo de 2003 expresó:

«Al respecto, sea lo primero puntualizar que los referidos conceptos parten de la base que las sucursales no son personas jurídicas y por tal razón, no pueden ser objeto de fusión; sin embargo, la fusión efectuada por las sociedades matrices en el exterior, afecta a sus sucursales en el país, respecto de las cuales procede la correspondiente integración patrimonial, en los términos señalados en el referido oficio,

en cuyo aparte final la Superintendencia manifestó lo siguiente: 'que es improcedente aplicar a las sucursales de sociedades extranjeras las normas sobre fusión y escisión consagradas para las sociedades mercantiles, debiéndose por ende realizar entonces simplemente una integración patrimonial, después de haberse dado estricto cumplimiento a las previsiones legales aquí desarrolladas, pronunciamiento éste que en nada se opone a la opinión consignada aquí, toda vez que en el cuerpo del presente oficio se hace énfasis en que las operaciones de fusión y escisión exclusivamente se predican de sociedades, destacándose igualmente el estricto cumplimiento de la publicidad como principio rector de la fusión, por parte de todas las sociedades nacionales y extranjeras, cuando la fusión produzca efectos dentro del territorio nacional.'»

Y recientemente, esta misma Oficina con relación al caso de la escisión de sucursales de sociedades extranjeras, en Oficio 220-093726 del 26 de septiembre de 2008 indicó:

«De las disposiciones transcritas se observa, de una parte, que las sociedades una vez constituidas legalmente forman una persona jurídica distinta de sus socios, y de otra, que la figura de la escisión la reservó el legislador únicamente para sociedades como personas jurídicas.

De allí que la comentada figura no resulte aplicable para las sucursales de sociedades extranjeras, pues tal como lo ha manifestado esta Superintendencia en reiteradas oportunidades, las sucursales son simplemente un establecimiento de comercio de la matriz, que como tal no ostenta personalidad jurídica.»

Los pronunciamientos antes referidos ratifican que al no ser las sucursales de sociedades extranjeras personas jurídicas, dichas sucursales no pueden participar en proceso de fusión y escisión, en ninguno de los extremos de la operación, valga decir, en el caso de la fusión ni como absorbentes ni como absorbidas, y en el caso de la escisión ni como escindentes ni como beneficiarias.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, se procede a dar respuesta a sus interrogantes como sigue:

- *«¿Puede una sucursal de sociedad extranjera del sector de hidrocarburo o minería efectuar una operación de fusión por absorción, en virtud de la cual dicha sucursal se fusione con una sociedad de responsabilidad limitada o anónima y al realizarse la fusión, la sucursal absorba la sociedad de responsabilidad limitada o anónima?»*

Independientemente de la actividad que adelanten las sucursales de sociedades extranjeras, se ha de manifestar que por las razones expuestas en el presente oficio, no es jurídicamente viable que tales sucursales participen ni como absorbentes ni como absorbidas en un proceso de fusión.

- *«Si la respuesta al anterior interrogante fuere afirmativa, ¿se entendería que toda la experiencia de la sociedad de responsabilidad limitada o anónima por efecto de la fusión quedaría transferida y en cabeza de la sucursal?*

En este sentido, aplicaría la doctrina de la Superintendencia de Sociedades expuesta en el Oficio 220-021203 del 21 de abril de 2.006, el cual reiteró la doctrina previa de dicha entidad la cual establece que:

«... toda vez que a través de la fusión se integran el patrimonio y las empresas de las sociedades participantes, le es dable a la sociedad absorbente invocar como suya la experiencia de la sociedad absorbida, ya que ésta también entra a formar parte del patrimonio de la sociedad absorbente.»

Sobre este punto se ha de anotar que como quiera que no resulta posible una fusión entre una sucursal de sociedad extranjera y una sociedad nacional, el concepto a que alude en su pregunta no es aplicable en lo absoluto, pues si no puede hablarse de fusión entre sucursal y sociedad, mucho menos se puede hacer de la transferencia de experiencia de la una a la otra en una operación de fusión jurídicamente inviable.

- *«¿Puede una sociedad de responsabilidad limitada o anónima efectuar una operación de escisión parcial, mediante la cual la compañía sin disolverse transfiera en bloque una parte de su patrimonio, -conformada exclusivamente por los derechos y obligaciones derivados de un contrato estatal, - a una sucursal de sociedad extranjera del sector de hidrocarburo o minería, quien sería la única beneficiaria de la escisión parcial?»*

Toda vez que tal como se manifestó en este pronunciamiento, las sucursales de sociedades extranjeras no pueden intervenir en procesos de escisión, ni como escindentes ni como beneficiarias, no es legalmente posible que una sociedad realice una escisión parcial en la que transfiera en bloque parte de su patrimonio a una sucursal de compañía foránea.

UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN MERCANTIL

Oficio 220-066579 de 3 de diciembre de 1997

Sociedades civiles. Alcance de la unificación del régimen mercantil a las sociedades civiles.

1. LAS SOCIEDADES CIVILES SIGUEN EXISTIENDO

A juicio de este Despacho, con la modificación introducida por la disposición transcrita, puede afirmarse que las sociedades civiles no desaparecieron y que por lo tanto continúan existiendo como especie de compañías, afirmación que tiene sustento en los siguientes argumentos:

1.1 Los criterios de mercantilidad no fueron modificados por la Ley 222.

Los criterios que determinan la mercantilidad previstos en los artículos 20 y siguientes del estatuto mercantil se encuentran vigentes, toda vez que la Ley 222 no introdujo modificaciones al respecto.

La Ley 222 se ocupó de regular lo atinente al régimen de sociedades y de procesos concursales, razón por la cual no puede sostenerse que modificó disposiciones de la parte general del estatuto mercantil, las cuales se reitera e insiste, tienen plena aplicación pues no han sido derogadas.

1.2 El objeto social determina la naturaleza de la sociedad

Es claro que si una sociedad contempla dentro de su objeto actividades que tienen la condición de mercantiles, tendrá en consecuencia la condición de mercantil y por ende de comerciante; circunstancia a partir de la cual se deriva el cumplimiento de los deberes que dicha condición le impone.

Ahora bien, cuando las operaciones contempladas en el objeto social no tengan el calificativo de mercantiles, la sociedad tendrá la condición de sociedad civil.

Puede suceder que en el objeto social se contemplen actividades que tienen la condición de mercantiles y de civiles, evento en el cual la sociedad tendrá la condición de mercantil.

1.3 Análisis Histórico de la Ley 222 de 1995

El proyecto de ley 119 de 1.993 establecía en su artículo 4o.:

«SOCIEDAD COMERCIAL Y AMBITO DE APLICACIÓN DE ESTA LEY (MODIFICADO). (100). Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, la sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial.

Todas las sociedades, cualquiera que sea su objeto se regirán por las disposiciones previstas en esta ley,»

A diferencia del texto final, es claro que la propuesta inicial hacía expresa mención a la existencia de sociedades mercantiles únicamente.

En la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se lee:

«Artículo 1o. SOCIEDAD COMERCIAL Y AMBITO DE APLICACIÓN DE ESTA LEY. El inciso segundo del artículo 100 del Código de Comercio, quedará así:

Sin embargo, las sociedades, cualquiera que sea su objeto, estarán sujetas para todos los efectos a la legislación mercantil.»

En relación al cambio adoptado frente a la propuesta inicial, el Congreso expresó:

«Con base en la consideración de que el derecho mercantil, dada su extensión y los asuntos en él comprendidos, ha originado la dificultad para establecer cuando una actividad es de naturaleza civil exclusivamente, se propuso en el proyecto la unificación de tales legislaciones, planteando simplemente que toda sociedad sería de naturaleza comercial. ***Compartimos la apreciación según la cual es necesario eliminar esa dualidad de regímenes, pero para ello no se hace menester unificar la naturaleza de estas sociedades, sino que igual propósito se logra previendo que para todos los efectos, todas las sociedades estén sujetas a la legislación comercial, lo que a nuestro modo de ver significará que todas ellas, que continuarán siendo civiles o mercantiles según la actividad principal que se prevea en su objeto social, serán objeto de la legislación mercantil y por lo tanto, estarán sujetas a las obligaciones que la misma impone a todas ellas,»*** (Gaceta del Congreso No. 61, abril 25 de 1.995, pág. 4, Negrillas fuera de texto)

Este pensamiento se mantuvo incólume tanto en la ponencia para primer debate en el Senado de la República, como en la ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado, en esta de manera clara se expresó:

«a) Unificación de la Sociedad Civil y Comercial.

Se establece que las sociedades civiles se sujeten para todos los efectos, a la legislación mercantil con lo cual se pretende una aproximación a la unificación de la legislación civil y comercial que en materia de sociedades se había iniciado en el Código de Comercio de 1971, cuando se previó para las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada, un régimen uniforme;» (Gaceta del Congreso No. 143, 12 de junio de 1.995, pág..2)

1.4 Interpretación Literal

Además de los planteamientos expuestos atrás, el inciso final del artículo 1o. de la Ley 222 es de una claridad meridiana cuando admite de manera expresa la existencia de las sociedades civiles. En efecto, el mencionado aparte reza:

«Las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles.»

En este aspecto debe recurrirse al mandato contenido en el artículo 27 del Código Civil, según el cual, cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

1.5 Interpretación Jurisprudencial

Dado el carácter de fuente formal que tienen los fallos de la Corte Constitucional, tal como el máximo Tribunal de manera incisiva y reiterativa lo ha expresado, necesariamente el Despacho debe tomar en cuenta lo manifestado al resolver acerca de la constitucionalidad del artículo 1o. de la Ley 222 de 1995, cuando señaló:

«(...)

En efecto, esto fue lo que hizo. En esencia, se unificó la regulación del contrato de sociedad, que soporta tanto a las sociedades comerciales como a las civiles. ***De ninguna manera se suprimieron estas últimas. Como lo expresa el artículo 1o. de la citada ley, «las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles».*** (Sentencia C-435 de 1.996 Magistrados

Ponentes Dres. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ y JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Negrillas fuera de texto).

2. ALCANCE DE LA UNIFICACION DEL RÉGIMEN

Para esta Superintendencia es claro que las sociedades civiles no son mercantiles, no obstante lo cual, deberán cumplir los deberes de los comerciantes, afirmación que tiene sustento en los siguientes planteamientos:

2.1 Análisis Histórico de la aplicación de disposiciones mercantiles a las sociedades civiles.

En este estudio resulta especialmente valioso el recuento del pensamiento del legislador en relación con la aplicación de las disposiciones de la ley mercantil a la sociedad civil.

El artículo 2085 del Código Civil establecía que la sociedad podía ser civil o mercantil, según se formara para la realización de actos de carácter comercial.

Por su parte, el artículo 2086 del mencionado estatuto permitía de manera expresa que la sociedad civil que se constituía se sujetara «*a las reglas de la sociedad comercial*», permitiendo en consecuencia a los asociados sustraerse de la legislación civil y acogiéndose a la legislación mercantil.

De otra parte, el artículo 2090 ibídem establecía que «*las sociedades civiles anónimas se sujetarán a las mismas reglas de las sociedades comerciales anónimas*», regla que no desconocía el carácter civil de aquellas.

Dentro de la misma línea de pensamiento, el artículo 100 del Código de Comercio en la versión de 1971, preceptuaba que las sociedades por acciones (acepción ésta que comprendía a las sociedades anónimas como a las sociedades en comandita por acciones) y las sociedades de responsabilidad limitada se regirían por las normas de las compañías comerciales.

En resumen, del recuento legislativo anterior se llega a la conclusión que el artículo 1o. tantas veces mencionado, simplemente recoge una tendencia legislativa que venía desde hace más de un siglo.

2.2 Remisión de carácter integral.

A diferencia de las disposiciones del Código de Comercio en la versión de 1971, según la cual las remisiones para las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones únicamente tenía por objeto «las normas de las compañías comerciales», el artículo 1o. es mucho más amplio, pues la remisión se refiere a la «legislación mercantil», razón por la cual no pueden establecerse restricciones que la ley no consagró.

2.3 Interpretación Literal

Según las voces del mandato contenido en el artículo 27 del Código Civil, cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, criterio que aplicado al caso materia de estudio, nos permite afirmar categóricamente que en razón de la unificación de la legislación, las sociedades civiles estarán sujetas para todos los efectos legales a las disposiciones mercantiles que regulan las sociedades comerciales.

En consecuencia, si el legislador no estableció salvedades, excepciones o restricciones a la regla anterior, no le es permitido al intérprete efectuar distinciones que la ley no ha hecho, según la máxima de hermenéutica según la cual «Donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete hacerlo».

2.4 Unificación de la Legislación

Tal como atrás se expresó una de las finalidades de la Ley 222 de 1995, era iniciar el proceso de unificación del derecho privado colombiano. Prueba de este aserto, es la unificación en materia de procesos concursales y en materia de sociedades.

En relación a este aspecto la Corte Constitucional en la Sentencia atrás mencionada expresó:

«En realidad, al proponerse el legislador de 1995 la modificación del Libro II del Código de Comercio, no buscó de manera exclusiva dictar nuevas normas sobre las sociedades mercantiles, ni establecer únicamente reglas de Derecho Comercial, sino que quiso penetrar en el contenido del conjunto normativo seleccionado con el objeto de plasmar allí la nueva política del Estado en materia de sociedades, por lo cual era inevitable que tocara tanto el régimen de las mercantiles como el de las civiles.

Para la Corte es claro que, al disponer el régimen de las sociedades comerciales para todas las compañías, mercantiles o civiles, independientemente de su objeto, el Congreso no rompió la unidad de materia dentro de la ley- como podría parecer a primera vista- sino que, por el contrario, al integrar las reglas aplicables a órganos, estructura, funcionamiento, reformas, disolución y liquidación de sociedades en uno solo, cumplió a cabalidad el mandato constitucional que le ordenaba que todas las disposiciones de la ley dictada debían referirse a una misma materia (artículo 158 C.P.)» (Ibídem, pág 12)

Como prueba del pensamiento del legislador, resulta valioso traer a colación lo expresado en los trámites de la ley:

«Compartimos la apreciación según la cual es necesario eliminar esa dualidad de regímenes, pero para ello no se hace menester unificar la naturaleza de estas sociedades, sino que igual propósito se logra previendo que para todos los efectos, todas las sociedades que estén sujetas a la legislación comercial, lo que a nuestro modo de ver significará que todas ellas, que continuarán siendo civiles o mercantiles según la actividad principal que se prevea en su objeto social, serán objeto de la legislación mercantil y por lo tanto, estarán sujetas a las obligaciones que la misma impone a todas ellas.» (Gaceta del Congreso No. 61, abril 25 de 1.995, pág. 4, Negrillas fuera de texto).

Finalmente en este tópico, debe el Despacho expresar que no tendría sentido establecer salvedades a la unificación, cuando

es claro que tal proceder sería abiertamente contrario a la finalidad de unificación que inspiró la creación de la Ley 222, presentándose una ruptura en el ejercicio hermenéutico, pues de ser así las sociedades de carácter civil se sujetarían a unas reglas y a otras no, situación que confiada al intérprete constituye una puerta de inseguridad, pues para algunos estaría sujeta al cumplimiento de ciertos deberes y para otros no, restándole la certeza que le es inherente a las reglas de derecho.

2.5 Interpretación Jurisprudencial

En relación con la aplicación a las disposiciones de la ley mercantil a las sociedades civiles en virtud de la unificación que se estudia, la Corte Constitucional en la Sentencia atrás mencionada expresó:

«En modo alguno puede sostenerse que el legislador, al hacer extensivo el régimen de las sociedades mercantiles, cobijando dentro de él a las civiles, haya roto el principio constitucional de la igualdad, pues de ello no se infiere discriminación entre las personas, justamente en cuanto todas aquéllas que constituyan sociedades, de una u otra naturaleza, sabrán a qué reglas atenerse en lo relativo al orden jurídico que las rige.

(...)

Así pues, que el legislador aumente las cargas o los deberes de un cierto tipo de sociedades que antes no los tenían, no desconoce el principio de igualdad mientras los imponga sin preferencias ni cláusulas peyorativas.

Por el contrario, el equiparar los regímenes de todas las compañías, la ley propugna precisamente la igualdad.

Y es que el hecho de que unas sociedades tengan por objeto la ejecución de actos civiles y otras la actividad comercial, no es criterio que justifique eximir a las primeras de obligaciones consagradas para las segundas (como la de llevar libros

de contabilidad), ya que, si son sociedades y no asociaciones (como parece entenderlo la accionantes cuando se refiere a los hospitales), tienen un elemento común -el ánimo de lucro-, en el cual puede fijarse el legislador, dentro de sus nuevos criterios, para señalar regulaciones más exigentes que faciliten la inspección, la vigilancia y la intervención estatales en la actividad particular.» (págs 13 y siguientes. Negrillas por fuera de texto).

Teniendo en cuenta que a pesar de la unificación del régimen, las sociedades civiles no tienen la condición de comerciantes, no pueden éstas ser sujetos de inspección, vigilancia y control del Estado a través de la Superintendencia de Sociedades.

En efecto, el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política, es claro al establecer que la inspección, vigilancia y control que ejerce el Presidente de la República recae únicamente sobre las sociedades mercantiles; luego admitir que aquellas pudiesen estar vigiladas implicaría la violación del precepto constitucional. (artículo 90 de la Ley 222 de 1995) Oficio 220-66579 diciembre 3 de 1997).

UTILIDADES

Oficio 220-040257 de 17 de agosto de 2007

Solicitud de embargo de dividendos de un accionista cuando la asamblea ha decidido no repartir utilidades

Se consulta sobre la posibilidad de solicitar el embargo de los dividendos correspondientes a un accionista en una sociedad anónima en la que el máximo órgano social decidió no repartir utilidades.

Sobre el particular, y previo a dar respuesta a su consulta, es preciso realizar las siguientes consideraciones de orden legal:

I. ATRIBUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS PARA DISPONER DE LOS DIVIDENDOS

El ordenamiento jurídico colombiano consagra dentro de las funciones de la asamblea general de accionistas la de disponer de las utilidades sociales conforme al contrato social y a las leyes, así como la de determinar el monto del dividendo, la forma y plazo en que éste se debe pagar (artículos 187 Num. 3° y 420 Num. 2° C.Co.).

Para la distribución de utilidades se debe observar lo dispuesto en el artículo 155 del Código de Comercio (artículo 240 de la Ley 222 de 1995), a cuyo tenor:

«Salvo que en los estatutos se fijare una mayoría decisoria superior, la distribución de utilidades la aprobará la asamblea o junta de socios con el voto favorable de un número plural de socios que representen, cuando menos, el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión.

Cuando no se obtenga la mayoría prevista en el inciso anterior, deberá distribuirse por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores».

De la norma transcrita se desprende que para que el máximo órgano social pueda tomar la decisión de distribuir utilidades, es necesario que tal determinación se adopte por lo menos con el voto afirmativo del 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la respectiva reunión, salvo que los estatutos de la sociedad consagren una mayoría superior.

Por ser el reparto de utilidades la forma mediante la cual se concreta la finalidad de los asociados de percibir beneficios económicos en un contrato de sociedad (artículos 98 y 150 C. Co.), la disposición en comento establece que si no se obtiene la citada mayoría, la sociedad se encuentra obligada a distribuir por lo menos el 50% de las utilidades líquidas o del saldo de las mismas, monto que se incrementa al 70% cuando la suma de las reservas legal, estatutaria y ocasionales excede del 100% del capital suscrito, en los términos del artículo 454 del Código de Comercio.

No obstante lo anterior, alcanzada la mayoría del 78%, no solo se abre la posibilidad para que la asamblea decida repartir dividendos, sino también para que determine en interés de la propia sociedad distribuir un porcentaje inferior a los señalados en los artículos 155 y 454 del Estatuto Mercantil, o incluso para que decida no distribuir. A este respecto es preciso traer a colación lo manifestado por esta Superintendencia en oficio 320-064417 del 23 de diciembre de 2002, a saber:

«Esta entidad ha sostenido en oficio 220-42826 del 8 de agosto de 1997 ya citado, que deberá distribuirse no menos del 50% de las utilidades líquidas salvo que se obtenga el voto afirmativo de por lo menos el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés que se encuentren representadas en la reunión. Lo anterior significa que sin que se quebrante el derecho de los asociados de participar en las utilidades sociales, el máximo órgano social, con una mayoría decisoria calificada, que es distinta de la general u ordinaria con el objeto, precisamente, con el ánimo de proteger a los asociados minoritarios, puede aprobar la distribución de utilidades por debajo del monto del 50% mencionado, o incluso acordar la no distribución de éstas. Decisiones éstas últimas que según lo dispuesto en el artículo 190 del C. Co., serían nulas absolutamente de ser aprobadas con una mayoría inferior al 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas.

La citada interpretación es acorde con el carácter contractual de la sociedad, pues reconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada que da origen a su constitución y que debe regir el funcionamiento de la misma. Por consiguiente, las decisiones que requieren de votaciones con mayorías calificadas, exigidas en algunos casos como el previsto en el artículo 155 del C. Co., afirman el animus lucrandi como elemento esencial del contrato, sin desconocer la importancia del fortalecimiento patrimonial de la empresa que constituye el objeto social de la compañía y que se requiere con ocasión de la ejecución sucesiva del contrato social. Por tanto, el interés social reflejado en las decisiones sociales válidamente adoptadas no consiste en la obtención del lucro en desmedro de la sociedad, sino en el resultado productivo de los actos o empresas mercantiles para los cuales fue constituida y que es del interés común de todos los socios. Es así como el adecuado funcionamiento de la empresa social, la intención del fortalecimiento patrimonial, e incluso la garantía de un lucro futuro abre la posibilidad para que el máximo órgano social concluya acerca de la necesidad de no distribuir utilidades en un determinado ejercicio social (...)».

En este orden de ideas, la voluntad social representada en el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés presentes en la respectiva reunión, está facultada para disponer de las utilidades, bien distribuyendo la totalidad de las mismas, un porcentaje inferior a los señalados en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, o bien no repartiendo utilidades, en todo caso siempre atendiendo al interés común de los asociados.

II. MOMENTO A PARTIR DEL CUAL EL DERECHO A RECIBIR DIVIDENDOS INGRESA AL PATRIMONIO INDIVIDUAL DE LOS ASOCIADOS

Como elemento esencial del contrato de sociedad se encuentra el de percibir utilidades, las cuales deben verificarse al cierre de cada ejercicio social en la correspondiente reunión ordinaria del máximo órgano social. Para tal fin, la ley exige que por medio de los administradores se preparen y se sometan a consideración de la asamblea o junta de socios una serie de documentos que den cuenta de la situación de la compañía, como son los estados financieros, el estado de resultados y el proyecto de distribución de utilidades.

Los referidos documentos posibilitan que el máximo órgano social pueda llevar a cabo sus funciones, entre ellas la de disponer de los dividendos que se hayan producido durante el ejercicio social objeto de consideración. En efecto, es a la asamblea o junta de socios a quien corresponde determinar cuál será el destino de las utilidades, el que en principio es el de que las mismas sean distribuidas entre los asociados, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por estos al participar en un contrato de sociedad (artículo 98 C. Co.).

Sin embargo, y como arriba ya se manifestó, el máximo órgano social es autónomo para decidir repartir utilidades por debajo de los límites impuestos en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, o incluso, para determinar que no se van a distribuir dividendos por motivos de interés social, cuando quiera que la decisión se adopte con el 78% de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la respectiva reunión.

Ahora bien, sólo en el evento en el que la asamblea o junta de socios mediante la mayoría establecida en los estatutos sociales o en su defecto en el artículo 155 del Código de Comercio decide distribuir dividendos, surge un pasivo para la sociedad con los correlativos derechos de crédito en cabeza de cada uno de los socios o accionistas. Dicho en otras palabras, una vez el máximo órgano social adopta la decisión de repartir utilidades, nace para la sociedad la obligación de pagar dichas utilidades a los socios o accionistas, y para éstos un derecho personal o de crédito que ingresa a su patrimonio particular desde el mismo momento en que se toma la decisión.

Lo anterior alcanza sustento en el artículo 156 del Estatuto Mercantil, a cuyo tenor:

«Las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades formarán parte del pasivo externo de la sociedad y podrán exigirse judicialmente. Prestarán mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios.

Las utilidades que se repartan se pagarán en dinero efectivo dentro del año siguiente a la fecha en que se decreten, y se compensarán con las sumas exigibles que los socios deban a la sociedad».

Al decir la norma que prestarán mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la asamblea o junta de socios, está significando que la obligación para la sociedad de distribuir utilidades a los asociados surge sólo a partir de la toma de la decisión. Así mismo, al utilizar la

expresión *«Las utilidades que se repartan»*, está demostrando que sólo este tipo de utilidades son las que entran a formar el pasivo de la compañía y por consiguiente a constituir un crédito a favor de todos y cada uno de los asociados, derecho personal que como tal ingresa al patrimonio de éstos.

Conforme con lo anterior, hasta tanto la asamblea o junta de socios decida, con el cumplimiento de los requisitos legales o estatutarios, distribuir dividendos, puede hablarse de que éstos corresponden a las acciones, cuotas o partes de interés de los socios o accionistas.

III. DERECHOS ECONÓMICOS QUE COMPRENDE EL EMBARGO DE LAS ACCIONES

Señala el artículo 414 del Estatuto Mercantil:

«Todas las acciones podrán ser objeto de embargo y enajenación forzosa. Pero cuando se presuma o se haya pactado el derecho de preferencia, la sociedad o los accionistas podrán adquirirlas en la forma y términos previstos en este código.

El embargo de las acciones comprenderá el dividendo correspondiente y podrá limitarse a sólo éste. En este último caso, el embargo se consumará mediante orden del juez para que la sociedad retenga y ponga a su disposición las cantidades respectivas».

La correspondencia a que alude la disposición entre acciones y dividendos, tiene lugar cuando se haya adoptado la decisión por parte de la asamblea general de accionistas de repartir utilidades, toda vez que hasta tanto se produzca tal determinación, los accionistas no cuentan con un derecho de crédito en su favor, ya que simplemente se trata de una mera expectativa de recibir utilidades, la cual se sujeta a la determinación que sobre el particular adopte el máximo órgano social.

Reafirma lo anterior el hecho consistente en que los administradores de la sociedad deben presentar a la asamblea al cierre del ejercicio contable, una serie de documentos entre los que se encuentra *«un*

proyecto de distribución de utilidades repartibles», en los términos del numeral 2º del artículo 446 del Estatuto Mercantil. Al indicar este precepto que se trata de utilidades repartibles, está significando que las mismas se han producido pero que hasta tanto no se disponga en asamblea su distribución los accionistas no tienen derecho a las mismas.

En este orden de ideas, cuando el artículo 414 del Código de Comercio faculta al juez para solicitar a la sociedad que se retengan y pongan a su disposición los dividendos correspondientes a las acciones embargadas, se ha de entender que se trata de aquellos dividendos que ya han sido decretados por la asamblea y que por consiguiente, crean un derecho de crédito a favor de cada uno de los accionistas. Exigir a la compañía que ponga a disposición del juzgado unos dividendos que no han sido decretados, o que por determinación de la asamblea se ha decidido no repartir, sería colocar a la misma en una imposibilidad jurídica de cumplir.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, este Despacho procede a dar respuesta a su consulta de la siguiente manera:

La orden de un juez para que una sociedad retenga y ponga a disposición del juzgado unos dividendos, sólo procede en la medida en que dichos dividendos ya hayan sido decretados en asamblea general de accionistas y correspondan a las acciones embargadas.

Oficio 220-015670 de 22 de marzo de 2007

Adelanto de utilidades y préstamos a accionistas

Se consulta lo siguiente:

1. «¿Pueden existir ADELANTOS DE UTILIDADES durante el año del ejercicio a los Accionistas de la Sociedad Anónima?

2. ¿Pueden otorgarse PRÉSTAMOS a los accionistas de la Sociedad Anónima, durante el año del ejercicio?

3. ¿Si existe ésta posibilidad de PRÉSTAMOS, quién la AUTORIZA dentro de los estamentos Directivos de la Sociedad?

4. ¿Cómo se puede adquirir la normatividad para éstos manejos de fondos de la SOCIEDAD ANÓNIMA?»

Al respecto se da respuesta a sus interrogantes en el orden en que fueron planteados:

1. El artículo 151 del Código de Comercio expresamente prohíbe el reparto anticipado de utilidades en los siguientes términos:

«Art. 151.- No podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si éstas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a este artículo no podrán repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma.»

2. En cuanto a realizar préstamos a los socios, independientemente de que los destinatarios sean los socios o los terceros, para que una sociedad pueda efectuar una actividad ésta debe estar comprendida en su objeto social, toda vez que su capacidad jurídica se circunscribe al desarrollo del mismo, tal como lo establece el artículo 99 que establece:

«Art. 99. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. ...»

En cuanto al tema del objeto social esta Superintendencia se pronunció en oficio 220-030115 del 15 de junio de 2005 en los siguientes términos:

«...resulta importante indicar que el objeto social de una compañía, además de determinar su capacidad para celebrar actos o contratos, circunscribiendo las actividades a lo que el mismo prevé, es entendido como el conjunto de operaciones que aquella propone realizar en ejercicio de una actividad económica.

En este sentido, el Código de Comercio admite, dentro de los límites de la capacidad en las sociedades mercantiles, la realización de tres clases de actos:

a. Los determinados en las actividades principales previstas en el objeto social

b. Aquellos relacionados en forma directa con esas operaciones

c. Y los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionales derivadas de la existencia y actividad de la sociedad.

En tal entendido, tenemos que mientras los actos enunciados en los dos primeros literales refieren a la finalidad o actividad de la sociedad, razón por la que están íntimamente relacionados; los descritos en el tercero, si bien ajenos al objeto social, son importantes para la empresa, pues a través de ellos ejerce sus derechos o cumple las obligaciones derivadas de la existencia y actividad de la sociedad, verbi gratia*: contratos de trabajo, asesoría, convenciones laborales, etc.*

En síntesis, la noción de objeto social se circunscribe al contenido de la actividad económica organizada que desarrolla la sociedad, por lo que los actos que llegue a ejecutar deben observarse en relación con aquel, y cualquier extralimitación no sólo viola los estatutos, sino del mismo modo compromete la responsabilidad de los administradores que ejecutan actos en ultra vires *del citado objeto.*

En este orden de ideas a la consulta formulada, tenemos:

A. Una sociedad del Sector Real no puede ejecutar actos de captación y colocación de dineros entre sus socios y terceros, cuando aquello pretenda adelantarse como actividad principal, pero puede prestar dinero a los asociados cuando ello tenga relación de medio a fin con el objeto social.

B. Con relación al mutuo como actividad accesoria, esta Superintendencia ha dicho: 'Es claro, entonces, que las sociedades

comerciales no pueden pactar el mutuo como actividad principal y convertirse en intermediarios financieros sin autorización de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera). Es también evidente que las sociedades mercantiles pueden pactar el mutuo como acto accesorio o secundario ***en desarrollo del objeto social,*** *pero esta estipulación accesoria no significa que los órganos sociales de administración o dirección puedan autorizar préstamos a favor de los asociados, que no estén determinados en las actividades principales, o que no tengan relación directa con el objeto social principal, o que no se deriven de la existencia o actividad de la sociedad.'»*

Adicionalmente en oficio 220-62034 del 30 de septiembre de 2000 se dijo:

Es por tanto, la relación de medio a fin (teleológica), uno de los primeros presupuestos que una actividad no prevista en el objeto principal debe cumplir para aceptarse como propia de la actividad de la empresa.

Sin embargo se repite, tal principio no es el único determinante para el análisis sobre el respeto al principio de la especialidad de las sociedades comerciales, pues es indispensable además verificar el mantenimiento del patrimonio y el privilegio del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en desarrollo del objeto principal.

Y, es que no puede aceptarse amén del desarrollo del objeto secundario, que el administrador tome parte del efectivo y lo coloque de manera imprudente produciendo un deterioro patrimonial, ya que la primera de sus obligaciones antes de efectuar cualquier operación es evaluar en forma detenida el riesgo que recae sobre la misma con miras, esencialmente, a preservar los activos de la sociedad, que en últimas son la prenda general de los acreedores.

Así mismo la entrega a título de mutuo de la liquidez de la empresa, no puede desplazar el cumplimiento de sus obligaciones ordinarias y exigibles pues privilegiar actividades meramente accesorias relacionadas con la empresa sobre el cumplimiento de las acreencias adquiridas en desarrollo del objeto social, iría en contravía de las

facultades asignadas a los administradores que están, en primer término, circunscritas, a los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad (inciso 2 del artículo 196 C.Co.).»

3º y 4º.- De lo expresado se concluye que la regla general es que está prohibido hacer préstamos a los socios, solamente en casos excepcionales podría concederse, siempre que esté pactado como una actividad en desarrollo del objeto social y demostrada la relación de medio a fin con el objeto principal; porque de lo contrario, se estaría incurriendo en una extralimitación de funciones que haría responsable en forma personal al administrador que lo autorice; por lo tanto no puede hablarse de fondos para realizar estos préstamos ni establecerse una reglamentación que determine a quien le corresponde autorizarlos.

SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

Oficio 220-047625 de 9 de marzo de 2009

Sociedades por acciones simplificadas - Normativa

Me refiero a su escrito mediante el cual solicita información relacionada con la Ley 1258 de 2008, concretamente sobre su vigencia, posible reglamentación por parte del Gobierno Nacional y su régimen tributario.

Sobre el particular, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada, entró en vigencia el 5 de diciembre de 2008.

En relación con la posible reglamentación por parte del Gobierno Nacional, del estudio adelantado a la referida Ley 1258 de 2008 hasta la fecha, no se ha encontrado que el legislador haya dejado facultad al ejecutivo para desarrollarla vía reglamentación.

Respecto del Régimen Tributario, el artículo 3 ídem, prevé que «*Para efectos Tributarios, la sociedad por acciones simplificadas se regirá por las reglas aplicables a la sociedad anónima*».

A manera de información adicional, consideramos que las innovaciones mas relevantes que incorpora la Ley 1258 de 2008 pueden ser, entre otras las siguientes:

1. Posibilidad de creación por acto unipersonal, es decir que la sociedad puede ser de un solo socio.

2. La constitución por documento privado, esto es, no es necesario para su constitución otorgar escritura pública a menos que así lo desee el único socio o los socios constituyentes, o en los eventos en los cuales se aportan bienes que para su tradición requieran escritura pública.

3. Carácter constitutivo de la inscripción en el registro mercantil, lo cual significa que una vez registrado en Cámara de Comercio el documento de constitución la sociedad surge a la vida jurídica.

4. Limitación de responsabilidad por obligaciones sociales, incluidas las derivadas de impuestos y obligaciones laborales-, pues los socios solo responden hasta el monto de su capital.

5. La posibilidad de objeto indeterminado.

6. Término de duración indefinido.

7. Libertad para determinar la organización de la sociedad, abolición de la revisoría fiscal obligatoria, excepto en los casos previstos en la Ley.

8. Libertad de proporción entre capital autorizado y suscrito, plazo de dos años para el pago del capital sin sujeción a proporción definida de cuota inicial.

9. Pueden existir diferentes clases de acciones además de las ordinarias, tales como las de dividendo fijo, de pago, dividendo preferencial y sin derecho a voto o las privilegiadas, entre otras.

10. La posibilidad de desestimación de su personalidad jurídica en hipótesis de fraude o utilización abusiva, es así, que si la sociedad es utilizada para cometer actos abusivos o ilícitos, la responsabilidad trascenderá a los socios.

11. La supresión de la exigencia de la pluralidad para quórum y mayorías decisorias, incluidas las reuniones de segunda convocatoria.

12. La posibilidad de renunciar al derecho a ser convocado a reuniones de la asamblea.

13. La posibilidad de realizar acuerdos de accionistas, incluida la alternativa de hacer valer la ejecución específica de las prestaciones pactadas.

14. Regulación específica de la teoría del abuso del derecho en determinaciones de asamblea, incluidos los abusos de mayoría, minoría y paridad, votación de simple mayoría.

15. Posibilidad de la utilización de arbitramento para resolver todos los asuntos, incluidas las acciones de impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva.

Oficio 220-072559 de 13 de mayo de 2009

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008) – Documento privado de constitución, actos de nombramiento y reformas estatutarias-Autenticación de firmas.

Me refiero a su escrito por medio del cual consulta, de una parte, si el documento de constitución de una sociedad por acciones simplificada debe ser autenticado por todos los accionistas ante notario o si con el reconocimiento de un solo asociado o del representante legal es suficiente, y de otra, si al momento de presentar a la Cámara de Comercio respectiva el nombramiento y/o la reforma de estatutos en una de tales compañías es necesaria la autenticación del documento por parte de los accionistas.

Sobre el particular, y en lo que al documento privado de constitución de la sociedad por acciones simplificada se refiere, es preciso tener en cuenta lo previsto en el artículo 5° de la Ley 1258 de 2008, a cuyo texto:

«La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado, inscrito en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, en el cual se expresará cuando menos lo siguiente:

(...)

Parágrafo 1°. El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el Registro Mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado.»

Con relación a los alcances de este parágrafo, viene al caso traer a colación lo que manifestó esta Superintendencia mediante Oficio 220-065681 del 16 de abril de 2009, a saber:

«Realizando una interpretación armónica del parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008 y del artículo 73 del Decreto 960 de 1970, se ha de señalar que cuando la primera de las disposiciones citadas determina que el documento de constitución será objeto de autenticación, la misma en sí está significando es que las firmas impuestas en el documento privado por quienes lo suscriben son las que deben ser autenticadas, en los términos previstos en la segunda de las normas mencionadas.

Sentado lo anterior, es de anotar que la autenticación de las firmas ha de cumplirse entonces utilizando alguna de las modalidades previstas en el ya citado artículo 73 del Decreto 960 de 1970, esto es, mediante el testimonio escrito de un notario de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que previamente la haya registrado ante él, o de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo en este caso la identidad de las partes.»

Ahora bien, para dar respuesta al primero de sus interrogantes, se ha de señalar que de la norma arriba citada se desprende que la sociedad por acciones simplificada nace de un acto unilateral o de un contrato, instrumentos jurídicos que por supuesto requieren de la manifestación de la voluntad de quien o quienes participan en los mismos, la cual se concreta mediante la imposición de sus firmas en el documento respectivo (artículo 826 C.Co). De allí que se deba concluir que el documento de constitución de una sociedad por acciones simplificada requiera de las firmas autenticadas ante notario de todos y cada uno de los accionistas (artículos 5° Par. 1° Ley 1258 de 2008 y 73 Dec. 960 de 1970), y no de un único asociado o del representante legal, si consideramos, además, que no se puede hablar de representante legal de una sociedad que hasta tanto no sea inscrita en el registro mercantil no nace a la vida jurídica (artículo 2° Ley 1258 de 2008).

En cuanto a su segunda inquietud, dirigida a dilucidar si el documento contentivo de los actos de nombramiento y de reforma de los estatutos en las sociedades por acciones simplificadas debe ser autenticado por todos los accionistas, se ha de manifestar que para ninguno de los eventos mencionados la Ley 1258 de 2008 contempla como requisito el de la autenticación, razón por la cual, en atención a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 1° de la Ley 962 de 2005, no hay lugar a exigir por parte de la Cámara de Comercio la autenticación de las firmas de los accionistas en tales actos.

En efecto, en lo que toca con los nombramientos, la mencionada ley no consagra disposición alguna en la que exija que los actos contentivos de los mismos deban ir con firmas autenticadas de los accionistas, razón por la cual, en observancia de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, es preciso acudir a las normas generales contenidas en el Código de Comercio para las sociedades comerciales, para concluir que las designaciones de funcionarios en las sociedades por acciones simplificadas simplemente han de constar en actas debidamente elaboradas y aprobadas con todos los requisitos legales (artículos 163 y 189 C.Co).

En lo atinente a las reformas de los estatutos en las comentadas sociedades, es de advertir que el artículo 29 de la Ley 1258 de 2008, en lo

que hace con las formalidades, únicamente se limita a indicar que la determinación respectiva ha de constar en documento privado inscrito en el registro mercantil, sin que para tal fin exija como requisito que los accionistas suscriban dicho documento, ni mucho menos que autentiquen sus firmas. Y es que no habría lugar a la referida suscripción, ya que la manifestación de la voluntad de la asamblea en el sentido de adoptar una reforma estatutaria, queda plasmada en un acta debidamente aprobada por dicho órgano o por las personas designadas para tal fin, y firmada por quienes actuaron en la correspondiente reunión como presidente y secretario (artículo 189 C.Co).

En este orden de ideas, a quien compete suscribir el documento privado que da cuenta de la modificación de los estatutos, el que dicho sea de paso debe estar acompañado del acta a que se hizo alusión, es al representante legal de la sociedad por acciones simplificada, por ser dicho administrador el que como su nombre lo indica representa a la sociedad frente a terceros (artículos 45 Ley 1258 de 2008, 166 Par. y 196 C.Co), pero sin que tampoco resulte necesaria la autenticación de la firma del representante legal por no tratarse de un requisito legal.

Oficio 220-073736 de 19 de mayo de 2009

Sociedad por acciones simplificada - Registro del aumento del capital suscrito y pagado.

Me refiero a su escrito mediante el cual consulta cómo se registra el aumento del capital suscrito y pagado en una sociedad por acciones simplificada, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 376 del Código de Comercio, aplicable a las sociedades anónimas, en concordancia con el Decreto 1154 de 1984.

Para responder el caso formulado es necesario efectuar algunas consideraciones previas:

Aplicación de la Ley 1258 de 2008.

La Ley 1258 de 2008, en su artículo 45, dispone en relación con las remisiones normativas lo siguiente:

«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. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes».

Decreto 1154 de 1984.

El Decreto 1154 de 1984 a través del cual se reglamenta el artículo 376 del Estatuto Mercantil, establece que «para efectos de lo dispuesto en el mencionado artículo 376, *«las sociedades por acciones deberán inscribir en el registro mercantil los aumentos del capital suscrito dentro del mes siguiente al vencimiento de la oferta para suscribir y el del capital pagado, dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo para el pago de las acciones suscritas o al término de la oferta de suscripción, según se trate.*

Para tal fin se inscribirá en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar del domicilio principal de la sociedad, una certificación suscrita por el revisor fiscal» [23].

(...)

Conclusión

Efectuadas las precisiones normativas y conceptuales que anteceden, es de concluir, que si bien a las sociedades por acciones simplificadas por remisión del artículo 45 de la Ley 1258 de 2008,

23 Ver: Obligatoriedad del Revisor Fiscal en las Sociedades por Acciones Simplificadas - Oficio 220-23 068083 de 24 de abril de 2009.

les resulta aplicable lo ordenado en el artículo 376 del Código de Comercio, en concordancia con lo previsto en el Decreto 1154 de 1984, es claro que si la sociedad por acciones simplificada no cuenta con revisor fiscal por no cumplir los presupuestos previstos en el Parágrafo 2 del artículo 13 de la ley 43 de 1990, o por voluntad de los asociados no tiene contemplado en sus estatutos el cargo de la revisoría Fiscal, a juicio de esta Oficina, **la respectiva certificación para registrar los incrementos del capital suscrito y pagado, debe ser expedida directamente por el contador de la sociedad, en el entendido que la ley lo faculta para dar fe pública de los actos que por razón a su oficio, tiene conocimiento.**

Oficio 220-065681 de 16 de abril de 2009

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008) – Constitución por suscripción sucesiva y autenticación por apoderado del documento de constitución

Me refiero a su escrito por medio del cual plantea dos inquietudes relacionadas con la sociedad por acciones simplificada.

Sobre el particular, a continuación se pasa a dar respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que fueron formulados.

Primera Pregunta

- *«¿Puede una Sociedad Anónima Simplificada (SAS), de conformidad con la Ley 1258 de 2008, constituirse mediante el mecanismo de suscripción sucesiva, previsto en los artículos 49 y siguientes de la Ley 222 de 1995?»*

Para dar respuesta a este interrogante, resulta pertinente hacer algunas consideraciones de orden legal.

I. CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS SOBRE CONSTITUCIÓN POR SUSCRIPCIÓN SUCESIVA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS (LEY 222 DE 1995)

Los artículos 50 y siguientes de la Ley 222 de 1995, regulan el mecanismo de constitución por suscripción sucesiva de sociedades anónimas, normatividad que se caracteriza por ser de naturaleza imperativa y por ende de obligatoria observancia, lo cual brinda una escasa posibilidad de estipulación a la autonomía de la voluntad de quienes con posterioridad han de convertirse en accionistas de la sociedad.

Tal carácter imperativo se refleja entre otros aspectos en los siguientes:

En la necesidad de contar con un monto mínimo de capital suscrito para iniciar la sociedad (artículo 51 numeral 4° Ley 222 de 1995).

En la obligación de quienes están interesados en suscribir acciones de pagar y entregar una determinada cantidad de dinero para poder suscribir las mismas.(artículo 51 numeral 4° Ley 222 de 1995).

En el caso de pago del capital por instalamentos, en la obligación de los suscriptores de pagar por lo menos una tercera parte del valor de cada acción suscrita al tiempo de la suscripción (artículo 53 Ley 222 de 1995).

En el mismo supuesto del punto anterior, en la obligación de los suscriptores de pagar el saldo pendiente dentro del año siguiente a la fecha de la suscripción (artículo 53 Ley 222 de 1995).

En la exigencia de constituir la sociedad por escritura pública (artículo 55 Ley 222 de 1995).

En el hecho de que en la asamblea constituyente cada suscriptor solo tiene un voto por cada acción suscrita (artículo 57 Ley 222 de 1995).

En la obligatoriedad de que la sociedad cuente con junta directiva y con revisor fiscal (artículo 58 numeral 4° Ley 222 de 1995).

II. LA FLEXIBILIDAD Y LA PREVALENCIA DE LA AMPLIA LIBERTAD DE ESTIPULACIÓN EN LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (LEY 1258 DE 2008)

Una de las características predominantes además de la flexibilidad normativa en la regulación de las sociedades por acciones simplificadas (Ley 1258 de 2008), es la amplia libertad de estipulación con que cuentan quienes son o van a ser accionistas de tales compañías, los que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada (artículos 4° C.Co y 1602 C.C.) son los llamados a fijar las reglas que van a regir la organización y el funcionamiento de dichas sociedades.

La flexibilidad normativa y la libertad de estipulación se concreta entre otros asuntos en los siguientes:

En la posibilidad de determinar qué parte del capital autorizado se suscribe y qué parte del capital suscrito se paga tanto al tiempo de la constitución, como durante el funcionamiento de la sociedad (artículos 5° numeral 6° y 9° Ley 1258 de 2008).

En la viabilidad de establecer en qué condiciones y plazos se pagan las acciones, siempre y cuando el término para el pago no exceda de dos años (artículo 9° Ley 1258 de 2008).

En la posibilidad de crear diversas clases y series de acciones (artículo 10 Ley 1258 de 2008).

En la factibilidad de conferir voto múltiple a cierta categoría de acciones, de tal suerte que por cada acción se pueda tener derecho a más de un voto (artículo 11 Ley 1258 de 2008).

En la opción de establecer libremente la estructura orgánica de la sociedad (artículo 17 Ley 1258 de 2008).

En la alternativa más, no en la obligación, de contemplar en los estatutos sociales junta directiva (artículo 25 Ley 1258 de 2008).

En la no obligatoriedad de contar con revisor fiscal a menos que se obtengan los montos de activos o ingresos señalados en el parágrafo

2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 (Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-039060 del 11 de febrero de 2009).

En la posibilidad de crear la sociedad por acciones simplificada por documento privado (artículo 5° Ley 1258 de 2008).

Realizadas las consideraciones legales que anteceden, se ha de señalar que de una simple comparación de las mismas, se observa que el constituir una sociedad por acciones simplificada mediante la utilización del mecanismo de suscripción sucesiva, es algo que no resulta compatible con la filosofía propia de dicha clase de sociedad, pues tal como se advirtió, en la sociedad por acciones simplificada prevalece la flexibilidad normativa y la amplia libertad de estipulación de los accionistas.

En efecto, no sería lógico exigir un monto mínimo de capital a la sociedad por acciones simplificada, así como tampoco demandar el cumplimiento de reglas imperativas en cuanto a condiciones, proporciones y plazos para la suscripción y pago del capital, ni requerir de forma obligatoria dentro de su estructura interna órganos sociales tales como la junta directiva y el revisor fiscal, ni restringir en cuanto al ejercicio de derechos políticos a un único voto por acción, cuando precisamente es la Ley 1258 de 2008, la que confiere libertad a los asociados para que en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada regulen estas materias.

En este orden de ideas, se ha de concluir en punto de su primera inquietud, que en opinión de este Despacho no resulta jurídicamente viable la constitución de una sociedad por acciones simplificada a través del mecanismo de suscripción sucesiva previsto en la Ley 222 de 1995 para las sociedades anónimas.

Segunda Pregunta

- *«¿En qué consiste la autenticación por apoderado, prevista en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008?»*

Antes de absolver el presente cuestionamiento, es preciso traer a colación la normatividad que se relaciona con el tema objeto de consulta.

Dispone el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008 *«El documento de constitución será objeto de autenticación de manera previa a la inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio, por quienes participen en su suscripción. Dicha autenticación podrá hacerse directamente o a través de apoderado.»*

A su turno señala el artículo 28 del Código Civil: *«Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.»*

Por su parte consagra el artículo 73 del Decreto 960 de 1970 (Estatuto Notarial): *«El notario podrá dar testimonio escrito de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que la haya registrado ante él, previa confrontación de las dos. También podrá dar testimonio de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo la identidad de los firmantes.»*

Por su lado prevé el artículo 2142 del Código Civil: *«El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.*

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.»

Realizando una interpretación armónica del parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008 y del artículo 73 del Decreto 960 de 1970, se ha de señalar que cuando la primera de las disposiciones citadas determina que el documento de constitución será objeto de autenticación, la misma en sí está significando es que las firmas impuestas en el documento privado por quienes lo suscriben son las que deben ser autenticadas, en los términos previstos en la segunda de las normas mencionadas.

Sentado lo anterior, es de anotar que la autenticación de las firmas ha de cumplirse entonces utilizando alguna de las modalidades previstas en el ya citado artículo 73 del Decreto 960 de 1970, esto es, mediante el testimonio escrito de un notario de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que previamente la haya registrado ante él, o de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo en este caso la identidad de las partes.

En esta parte vale la pena recordar que de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008, la autenticación puede hacerse de manera directa o mediante apoderado. En el primero de tales eventos no se presenta inconveniente alguno desde el punto de vista de la aplicación del ya comentado artículo 73 del Estatuto Notarial, mientras que en el segundo de los mismos surge la pregunta de si resulta posible acudir a las dos modalidades de autenticación cuando se obra por conducto de apoderado.

Previo a dar respuesta al interrogante planteado, viene al caso poner de presente que la figura del apoderado surge por virtud de la celebración de un contrato de mandato, mediante el cual a una persona llamada apoderado o mandatario se le encomienda por parte de otra denominada mandante, la gestión de uno o varios negocios, sin que aquella, se advierte, necesariamente deba ostentar la calidad de abogado.

Establecido lo anterior, se ha de manifestar que la modalidad de autenticación según la cual el notario previa identificación de las partes dá testimonio de que las firmas de un documento, en este caso el documento privado de constitución de la sociedad por acciones simplificada, fueron impuestas en su presencia, no resulta posible cuando los constituyentes de la compañía pretenden actuar mediante apoderado, por la sencilla y obvia razón de que son aquellos quienes deben acudir personalmente a la notaría a plasmar sus firmas en el referido documento, pues no de otra manera se cumpliría con el requisito de firmar en presencia del notario.

De esta suerte, se ha de concluir que la posibilidad de autenticar las firmas por intermedio de apoderado, consagrada en el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1258 de 2008, solo es factible cuando los suscriptores del documento privado de constitución de la sociedad por acciones simplificada ya tengan registradas sus firmas previamente ante el notario, pues bajo este supuesto sí es viable que aquellos confieran poder a una persona para que en su nombre acuda con dicho documento a la notaría y de esta forma el notario pueda confrontar las firmas del documento con las registradas para poder dar testimonio de su correspondencia.

Oficio 220-038130 de 6 de febrero de 2009

Transformación de una sociedad anónima en causal de disolución por pérdidas a una sociedad por acciones simplificada (artículos 31 y 35 Ley 1258 de 2008)

Me refiero a su escrito por medio del cual formula algunos interrogantes relacionados con la posibilidad de que una sociedad anónima en causal de disolución por pérdidas pueda transformarse en sociedad por acciones simplificada de acuerdo a la Ley 1258 de 2008, y en particular al término para enervar dicha causal de disolución una vez registrada la transformación.

Sobre el particular, es preciso traer a colación la normatividad que se relaciona con el tema materia de consulta, para luego hacer algunas consideraciones y posteriormente absolver los interrogantes en el orden en que fueron planteados.

I. NORMATIVIDAD RELACIONADA CON EL TEMA OBJETO DE CONSULTA

Dispone el artículo 167 del Código de Comercio: «*Una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este código, mediante una reforma del contrato social.*

La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio.»

Por su parte señala el artículo 170 del citado Código: «*En la escritura pública de transformación deberá insertarse un balance general, que servirá de base para determinar el capital de la sociedad transformada, aprobado por la asamblea o por la junta de socios y autorizado por un contador público.*»

Igualmente consagra el artículo 171 ibídem: «*Para que sea válida la transformación será necesario que la sociedad reúna los requisitos exigidos en este código para la nueva forma de sociedad.*»

Así mismo establece el artículo 457 del Estatuto Mercantil: «*La sociedad anónima se disolverá:*

(...)

2. Cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, y (...)».

Por su lado prevé el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008: «*Transformación. Cualquier sociedad podrán transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. La decisión correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.*

De igual forma, la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas.

Parágrafo.- El requisito de unanimidad de las acciones suscritas también se requerirá en aquellos casos en los que, por virtud de un proceso de fusión o de escisión o mediante cualquier otro negocio jurídico, se

proponga el tránsito de una sociedad por acciones simplificada a otro tipo societario o viceversa.»

A su vez prescribe el artículo 34 de la mencionada ley: «*Disolución y Liquidación. -la sociedad por acciones simplificada se disolverá:*

(...)

7º Por pérdidas que reduzcan el patrimonio neto de la sociedad por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito.»

Por otra parte, determina el artículo 35 de la ley: «*Enervamiento de causales de disolución.-Podrá evitarse la disolución de la sociedad mediante la adopción de las medidas a que hubiere lugar, según la causal ocurrida, siempre que el enervamiento de la causal ocurra durante los seis (6) meses siguientes a la fecha en que la asamblea reconozca su acaecimiento. Sin embargo, este plazo será de dieciocho (18) meses en el caso de la causal prevista en el ordinal 7 del artículo anterior. (...)*»

Por su lado indica el artículo 12 de la Ley 222 de 1995: «*Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad.*

(...)»

A su vez señala el artículo 13 de la Ley 222: «*El proyecto de escisión, fusión o las bases de la transformación deberán mantenerse a disposición de los socios en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal, por lo menos con 15 días hábiles de antelación a la reunión en la que vaya a ser considerada la propuesta respectiva. En la convocatoria a dicha reunión, deberá incluirse dentro del orden del día el punto referente a la escisión, fusión, transformación o cancelación de la inscripción e indicar expresamente la posibilidad que tienen los socios de ejercer el derecho de retiro.*

La omisión de cualquiera de los requisitos previstos en el presente artículo, hará ineficaces las decisiones relacionadas con los referidos temas.»

II. CONSIDERACIONES DE ORDEN LEGAL

De la interpretación armónica de la anterior normatividad, aplicada al caso de una transformación de una sociedad anónima en causal de disolución por pérdidas a una sociedad por acciones simplificada, se puede colegir lo siguiente:

1. No existe impedimento legal para que una sociedad anónima en causal de disolución por pérdidas, mas no disuelta, se transforme en sociedad por acciones simplificada, pues el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 no prohíbe la transformación por el hecho de que la sociedad que pretende transformarse se encuentre en la mencionada circunstancia.

2. Aplicado el artículo 171 del Código de Comercio a la transformación de una sociedad anónima en sociedad por acciones simplificada, dicho artículo debe ser entendido en el sentido de que para que la referida operación sea válida, es necesario que la sociedad reúna los requisitos exigidos en la Ley 1258 de 2008 para la nueva forma de sociedad. Ello significa que una vez inscrito en el registro mercantil el documento de transformación, la sociedad se sujeta a un nuevo régimen jurídico, para los fines de la consulta, a la Ley 1258 citada.

3. De conformidad con el inciso segundo del artículo 167 del Estatuto Mercantil, la transformación no produce solución de continuidad en el patrimonio de la sociedad, de tal suerte que esta una vez transformada conserva su situación patrimonial, para el caso en estudio, un patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, lo cual trae como consecuencia que la persona jurídica inicie como sociedad por acciones simplificada encontrándose en causal de disolución, por virtud de lo reglado en el numeral 7° del artículo 34 de la Ley 1258 de 2008.

4. Como quiera que tal como quedó expuesto en el numeral 2. de las presentes consideraciones, perfeccionada la transformación mediante su inscripción en el registro mercantil, la compañía se somete al régimen jurídico previsto en la Ley 1258 de 2008, la sociedad por acciones simplificada cuenta con un término de dieciocho (18) meses para enervar la causal de disolución por pérdidas, término que en opinión de este Despacho solo podrá contarse a partir de la fecha de inscripción en la Cámara de Comercio de la comentada reforma, pues se reitera, es a partir de este momento que empieza a regir la normatividad consagrada en la citada ley.

5. En punto de las formalidades y requisitos necesarios para la transformación de una sociedad anónima en sociedad por acciones simplificada, es de anotar que con excepción de las particularidades indicadas para tal fin en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, relativas al documento de transformación y al quórum decisorio, se aplicarán las disposiciones del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995.

Así, para la transformación se habrán de observar los requisitos de publicidad y convocatoria previstos en el artículo 13 de la Ley 222 de 1995, de tal suerte que se debe convocar a reunión del máximo órgano social con quince días hábiles de antelación, indicando en el escrito de convocatoria que el tema a tratar es el de la transformación, sin necesidad de hacer referencia al derecho de retiro por el motivo contemplado mas adelante. Durante dicho plazo se mantendrán a disposición de los asociados las bases de la transformación en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal.

Para efectos de la comentada reforma, además del documento privado de transformación a que alude el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, y que dicho sea de paso debe contemplar los estatutos del nuevo tipo de sociedad, se debe preparar un balance extraordinario, cuya periodicidad no puede ser inferior a un mes a la fecha de la aprobación por parte del máximo órgano social de la transformación del ente económico, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 170 del Código

de Comercio y 29 del Decreto 2649 de 1993 (Oficio 115-021649 del 19 de febrero de 2008).

Ahora bien, la decisión de transformación conforme lo señala el artículo 31 de la tantas veces citada Ley 1258, debe adoptarse por unanimidad de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. Esta circunstancia imposibilita la aplicación de las normas sobre derecho de retiro consagradas en la Ley 222 de 1995, si consideramos que uno de los presupuestos para ejercer el comentado derecho es que el mismo lo adelanten los socios ausentes o disidentes, según lo reglado en el artículo 12 de la citada ley.

En efecto, si el requisito en cuanto al quórum decisorio para adoptar la transformación de sociedad anónima en sociedad por acciones simplificada, es que dicha reforma sea aprobada por unanimidad de los accionistas que conforman el cien por ciento del capital suscrito, no hay lugar de manera alguna a que existan socios ausentes o disidentes, lo cual excluye la operancia del llamado derecho de retiro, y de allí que tal como arriba se manifestó, en la convocatoria a la asamblea de accionistas no se tenga que incluir el punto relativo al referido derecho.

Finalmente, aprobada la transformación en las condiciones enunciadas, el documento privado contentivo de la determinación del máximo órgano social ha de inscribirse en el registro mercantil del domicilio principal de la sociedad y en aquellos domicilios donde esta cuente con establecimientos de comercio.

III. RESPUESTA A LOS INTERROGANTES FORMULADOS

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, se pasa a dar respuesta a cada una de las preguntas formuladas.

- *«¿Conforme lo establece la legislación societaria vigente es posible que una sociedad anónima que se encuentra en causal de disolución por pérdidas de que trata el numeral 2 del artículo 457 del Código de Comercio pueda transformarse a una sociedad por acciones simplificada regulada por la Ley 1258 de 2008?»*

Como quiera que la sociedad anónima se encuentra en causal de disolución por pérdidas pero no disuelta, no existe prohibición alguna para que la misma se transforme en sociedad por acciones simplificada, de acuerdo al artículo 31 de la Ley 1258 de 2008.

- *«Siguiendo con la pregunta anterior, ¿Cuál sería el procedimiento para transformar una sociedad anónima en una sociedad por acciones simplificada?»*

A este respecto se habrá de tener en cuenta lo indicado en el punto 5 de las consideraciones de orden legal del presente oficio.

- *«Siguiendo con las anteriores preguntas, para una mejor comprensión de la duda, me permito presentar el siguiente ejemplo: el gerente de una sociedad anónima le informa a la asamblea general de accionistas el 1 de abril de 2008, que la sociedad se encuentra en la causal de disolución por pérdidas, razón por la cual a partir del 1 de abril de 2008 tiene la sociedad 6 meses para enervar dicha causal y de esta forma evitar la disolución. El 1 de septiembre de 2008, habiendo ya transcurrido 5 meses y quedando tan solo un mes para enervar la causal de disolución, la sociedad decide transformarse en sociedad por acciones simplificada. El artículo 35 de la Ley 1258 de 2008 establece que para las sociedades por acciones simplificadas el término para enervar la causal de disolución será de 18 meses.*

Preguntas: 3.1. La S.A. al transformarse en S.A.S, tendría entonces 18 meses para enervar la causal de disolución, 3.2. A los 18 meses que tiene la S.A.S. para enervar la causal, se le computan los 5 meses que ya habían transcurrido cuando era una S.A., 3.3. Desde cuando se empiezan a contar los 18 meses para enervar la causal.»

A continuación se absuelven cada uno de los numerales de este punto:

Con relación al numeral 3.1., se ha de señalar que en razón a que una vez inscrito en el registro mercantil el documento privado de transformación, la sociedad se sujeta al régimen jurídico previsto para las sociedades por acciones simplificadas en la Ley 1258 de 2008, en aplicación del artículo 35 de dicha ley, la sociedad cuenta con un

plazo de dieciocho meses para enervar la causal de disolución por pérdidas.

Respecto del numeral 3.2., se ha de indicar que al someterse la sociedad a la Ley 1258 de 2008, una vez registrada en la Cámara de Comercio la transformación, el término que se debe tener en cuenta para enervar la causal de disolución por pérdidas es el de dieciocho meses contemplado en el artículo 35 de la referida ley, sin que al mismo se le deba sumar los cinco meses que ya habían transcurrido para subsanar la causal de disolución cuando la compañía era del tipo de las anónimas.

Tratándose del numeral 3.3., se ha de anotar que los dieciocho meses se cuentan a partir de la inscripción en el registro mercantil de la transformación, ya que solo desde este momento puede aplicársele a la sociedad las disposiciones de las sociedades por acciones simplificadas contenidas en la Ley 1258 de 2008.

Oficio 220-057303 de 25 de marzo de 2009

Sociedad por Acciones Simplificada – Fusión abreviada (Artículo 33 de la ley 1258 de 2008) - Una sociedad de Servicios Públicos Domiciliarios puede transformarse en S.A.S. con más de un accionista.

Me refiero a su escrito mediante el cual presenta la siguiente consulta:

«Para llevar a cabo el procedimiento relacionado en el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, titulado FUSION ABREVIADA, ¿se necesita para su perfeccionamiento surtir todo el trámite ante la Superintendencia de Sociedades o basta con cumplir los requisitos que plantea la norma sin tener que acudir a la Supersociedades?»

Es posible que una empresa de servicios públicos domiciliarios pueda trasformarse en una Sociedad por Acciones Simplificada con un solo socio, a pesar de que la Ley 142 de 1994, en su artículo 19.12, indica

como causal de disolución de la ESP, el evento en que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un solo accionista?

El Despacho dará respuesta a la consulta en el mismo orden que fue planteada:

Consideraciones Previas

Dentro de los significativos costos de transacción, en tiempo y por ende en dinero que las sociedades del sector real de la economía deben asumir, con el fin de cristalizar operaciones de reestructuración empresarial, están las autorizaciones previas que otorgan los Organismos de Supervisión.

Una de las muchas justificaciones para la expedición de la Ley 1258 de 2008, es la reducción de los costos de transacción, en las operaciones económicas con el fin de contribuir al crecimiento en la competitividad de las empresas.

La anterior filosofía legislativa se encuentra en un aparte de la exposición de motivos y justificación del proyecto de ley que dio origen a la promulgación de la citada ley y dice:

«La propuesta apunta a una transformación radical de muchas de las estructuras legales vigentes con el fin de ponerlas a tono con las concepciones contemporáneas y, sobre todo, con las necesidades de los empresarios. Se trata, en esencia, de facilitar la creación y el funcionamiento de nuevas sociedades, de favorecer la innovación empresarial ***y de mejorar la competitividad del sistema económico****. En nuestros sistemas jurídicos es necesario avanzar con prontitud hacia nuevos horizontes normativos.»*

De otra parte, la finalidad o filosofía de la consagración legislativa, de las autorizaciones previas de ciertas operaciones económicas o reformas estatutarias, tales como fusión, escisión, emisión de acciones privilegiadas, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, es entre otras, la protección del orden público económico, el cual involucra la

salvaguardia de la prenda general de los acreedores y los derechos de los accionistas o socios minoritarios.

Bajo el amparo de ese espíritu normativo se estudiara la consulta planteada.

Fusión Abreviada–Artículo 33 de la Ley 1258 de 2008

Dispone el artículo 33 ídem:

«FUSIÓN ABREVIADA. En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.

El acuerdo de fusión podrá realizarse por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, salvo que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.

El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes.»

Del primer inciso de la norma transcrita, podemos deducir que la figura jurídica de fusión abreviada solo puede ser utilizada en aquellos casos en los que existe control por efectos del porcentaje de participación (numeral 1 artículo 27 de la Ley 222 de 1995), es decir entre matrices y subordinadas, siempre y cuando la matriz posea el 90% o más de las acciones de una sociedad por acciones simplificadas, facilitando de esta manera los procesos de reorganización empresarial.

El inciso segundo consagra entre otros aspectos el derecho de retiro de los socios o accionistas, ausentes o disidentes y el derecho de oposición judicial de los terceros interesados, que en esencia son los dos derechos que se orienta a proteger el Estado al imponer la autorización previa para algunas reformas estatutarias. Por lo cual deben ser analizados si quedaron efectivamente protegidos en la norma en estudio.

Derecho de Retiro de los Asociados Ausentes o Disidentes

Dispone el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, *«La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995».*

A su turno el artículo 14 de la Ley 222 ibídem, establece: *«Los socios ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la respectiva decisión. La manifestación de retiro del socio se comunicará por escrito al representante legal».*

El referido artículo 33, otorga la facultad a la Junta Directiva o al Representante Legal de adoptar la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad, siempre que la absorbida sea una Sociedad por Acciones Simplificada, y la compañía absorbente tenga una participación del 90% o más en las acciones de aquella

De la normatividad anterior, surge la pregunta, ¿si la facultad de tomar la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad fue asignada por el legislador a los órganos de administración, esto es, la junta directiva o representante legal de las sociedades participantes, como puede obtenerse la calidad de socio ausente o disidente, si los asociados no participan o no adoptan la determinación y por ende cómo debe hacer el accionista para enterarse de tal decisión y de ser su intención allegar el escrito manifestando su voluntad de ejercer el derecho de retiro de la sociedad dentro de los ocho (8) días que determina la Ley?

Al respecto es de afirmar, que la calidad de ausente la tienen todos los accionistas de las sociedades participantes en la fusión abreviada, en razón a que la decisión es adoptada por los órganos de administración, y por ende no se celebra reunión del máximo órgano social respecto del cual pueda predicarse la ausencia de algunos asociados.

Y la disidencia, solo puede predicarse de asuntos de los cuales se tiene conocimiento y los asociados como no participan en la toma de la decisión, oficialmente no tienen la información pertinente que les permita adoptar la posición de aprobación o disidencia.

No obstante lo anterior, bajo el principio de interpretación de la Ley consagrado en el artículo 32 del Código Civil, el cual ordena que: «*En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios* **del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural**.», este Despacho considera que para lograr a través de un proceso ágil y expedito, una fusión abreviada como instrumento de integración empresarial, sin menoscabo de los derechos que la ley le ha otorgado a los accionistas, en orden a que estos puedan ejercer el derecho de retiro, como lo consagra el artículo 33 de la citada ley, los administradores, junta directiva o representante legal, según el caso, cual sea el órgano que adopte la decisión, deberán el mismo día en el cual se celebre la reunión en la que se tomó la decisión de fusionar la sociedad abreviadamente, comunicar o todos los socios o accionistas tal decisión a través de telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares.

Así mismo, durante los ocho (8) días siguientes a la fecha en la cual se celebró la reunión en la cual el órgano de administración correspondiente adoptó la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad, la administración deberá mantener a disposición de los asociados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal, toda la información contable, es decir Estados Financieros, así como el acuerdo de fusión abreviada que sirvió de base para tal decisión.

Derecho de Oposición de los Terceros Interesados

Al respecto el artículo 33 de la Ley 1258 consagra:

«(...) La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.

El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes.»

El artículo 5o. de la Ley 222 de 1995, estipula «*Los representantes legales de las sociedades que intervienen en el proceso de escisión publicarán en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes, un aviso que contendrá los requerimientos previstos en el artículo del Código de Comercio*»

El artículo 6o. subsiguiente, en relación con el ejercicio del derecho de oposición aplicable a la fusión abreviada, por remisión prevista en el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008 prevé:

«Los acreedores de las sociedades que participen en la escisión, que sean titulares de deudas adquiridas con anterioridad a la publicación a que se refiere el artículo anterior, podrán, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del último aviso, exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, siempre que no dispongan de dichas garantías. La solicitud se tramitará en la misma forma y producirá los mismos efectos previstos para la fusión...».

De la normatividad trascrita puede concluirse que en las operaciones económicas de fusión abreviada, deberá publicarse el texto del acuerdo de fusión en un diario de circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades

participantes y es a partir del día siguiente a la fecha de publicación del texto del acuerdo de fusión, cuando empieza a correr el término de 30 días para que los terceros interesados inicien la acción de oposición con el fin de exigir garantías necesaria y/o suficientes.

Expuesto lo anterior y con base en ello daremos respuesta a la consulta:

Primera Pregunta

- *«Para llevar a cabo el procedimiento relacionado en el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, titulado FUSION ABREVIADA, ¿se necesita para su perfeccionamiento surtir todo el trámite ante la Superintendencia de Sociedades o basta con cumplir los requisitos que plantea la norma sin tener que acudir a la Supersociedades?»*

Siendo que los derechos involucrados en una operación de fusión abreviada según lo expuesto y concluido en el estudio anteriormente realizado a la normatividad, Ley 1258 de 2008 y Ley 222 de 1995, se encuentran ampliamente protegidos tanto por las obligaciones de publicidad e información que debe cumplir la sociedad respecto de los socios y terceros interesados, así como la consagración de la posibilidad del ejercicio del derecho de retiro por parte del asociado y de oposición respecto de acreedores, y que dicha operación solamente puede ser adelantada cuando sobre una Sociedad por Acciones Simplificada cualquier compañía posea el 90% o más de su capital, en opinión de este Despacho, para adelantar una reforma estatutaria de **fusión abreviada** no es menester obtener autorización de esta Superintendencia.

Segunda Pregunta

- *«¿Es posible que una empresa de servicios públicos domiciliarios pueda trasformarse en una Sociedad por Acciones Simplificada con un solo socio, a pesar de que la Ley 142 de 1994, en su artículo 19.12, indica como causal de disolución de la ESP, el evento en que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un solo accionista?»*

Sobre el tema la entidad de Supervisión de las compañías que prestan Servicios Públicos Domiciliarios, esto es, la Superintendencia de Servicios Públicos, en Concepto SSPD 43 de 2009, manifestó:

«(...)»

«De conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, pueden prestar servicios públicos las empresas de servicios públicos.

Sobre la naturaleza de esa clase de empresas, el artículo 17 de la ley de servicios públicos indica que son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata la citada ley.

Ahora bien, de acuerdo con nuestro ordenamiento comercial en la actualidad existen tres (3) clases de sociedades por acciones: Sociedad Anónima, Sociedad en Comandita por Acciones y Sociedad por Acciones Simplificada, esta última creada por la Ley 1258 de 2008.

De manera que la ley, al definir la naturaleza de las empresas de servicios públicos estableciendo que son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata la Ley 142 de 1994, permite a quienes estén interesados en crear esta clase de empresas la posibilidad de escoger entre cualquiera de los citados tipos societarios.

En ese contexto, en lo que tiene que ver con la forma en que debe constituirse una sociedad por acciones cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos domiciliarios, habrá que acudir a la norma comercial en donde se regule dicha materia. Para el caso de las sociedades anónimas y en comandita por acciones, la normatividad a aplicar será la contenida en el Código de Comercio, y especialmente la que se deriva de la lectura del artículo 110 de dicho estatuto, según el cual las sociedades comerciales deben constituirse por escritura pública.

Así las cosas, la forma de constitución de una empresa prestadora de servicios públicos en la forma de una Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la expedición de la Ley 1258 de 2008, es mediante documento privado, salvo el caso en que los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, dado que en dicho evento la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes (parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008)...»

De lo anterior se concluye que en principio una empresa de servicios públicos domiciliarios puede funcionar bajo el ropaje de Sociedad por Acciones Simplificada.

Ahora bien, la pregunta está orientada a dilucidar, si a pesar de la causal de disolución, establecida en el artículo 19.12 de la Ley 142 de 1994, esto es *«en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.»*, pueden las sociedades de servicios públicos domiciliarios constituirse como SAS.

Al respecto sea de tener en cuenta, que a través de la Ley 1258 de 2008, se creó un nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificada, estructura jurídica que puede ser utilizada para adelantar diferentes actividades económicas, no obstante existir legislación especial para ciertas actividades empresariales, como es la de servicios públicos, Ley 142 de 1994 y sus Decretos reglamentarios, la que prevalece sobre la normatividad general como es la Ley 1258 de 2008.

Por lo anterior, si bien las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar la forma o estructura de Sociedades por Acciones Simplificadas, no deben ser constituidas por acto unilateral, pues el capital no puede pertenecer a un solo socio, lo cual generaría que la sociedad surja a la vida jurídica en causal de disolución.

No obstante, es dable que una E.S.P. se constituya o transforme en SAS, siempre y cuando en ella participe más de un accionista, lo cual

es jurídicamente viable por cuanto el artículo 1o. de la mencionada Ley 1258, otorga la posibilidad de constituir sociedades unipersonales o pluripersonales.

Oficio 220-068085 de 24 de abril de 2009

Razones que sustentan la obligatoriedad de tener revisor fiscal solo cuando la sociedad reúna los montos de activos o ingresos fijados en el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.

Me refiero a su escrito por medio del cual formula algunos interrogantes relacionados con la obligatoriedad de tener revisor fiscal en las sociedades por acciones simplificadas.

Sobre el particular, sea lo primero manifestar que este Despacho, con relación al tema materia de consulta, mediante Oficio 220-039060 del 11 de febrero de 2009 expresó:

«Sentado lo anterior, procede ahora a examinar si la expresión 'En caso de que por exigencia de la ley' contenida en el artículo 28 de la Ley 1258, está remitiendo al numeral 1º del artículo 203 del Estatuto Mercantil o al parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.

Una primera tesis consistiría en que al ser la sociedad por acciones simplificada una sociedad por acciones, la misma estaría obligada a tener revisor fiscal por aplicación del numeral 1º del artículo 203 del Código de Comercio, tesis que en opinión de esta Superintendencia iría en contra de la naturaleza simplificada que caracteriza a la nueva clase de sociedad, pues no tendría sentido que por un lado se permitiera determinar libremente la estructura orgánica de la sociedad (artículo 17 citado de la Ley 1258), y que por el otro se estuviere imponiendo la obligatoriedad del revisor fiscal al hacer aplicable el referido artículo 203 del Ordenamiento Mercantil.

Además, si el legislador hubiese querido que la figura de la revisoría fiscal fuere obligatoria en las sociedades por acciones simplificadas, simplemente lo hubiera dicho de forma expresa, sin necesidad de utilizar la fórmula que finalmente consagró en el artículo 28 bajo análisis.

Una segunda tesis, radica en que la remisión que el artículo 28 en comento hace a la ley, debe ser entendida en el sentido de que la sociedad por acciones simplificada debe tener revisor fiscal cuando reúna los montos de activos o ingresos señalados en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990. Ello, como quiera que la sociedad por acciones simplificada encuadra dentro de los presupuestos normativos consagrados en el citado parágrafo, cuyo texto vale la pena recordar:

«Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos.»

La regla prevista en este precepto resulta aplicable a la sociedad por acciones simplificada, pues la misma es una compañía de carácter comercial y constituye un nuevo tipo societario en el ordenamiento jurídico colombiano (artículo 3° Ley 1258 de 2008), reuniendo de esta suerte los presupuestos contemplados en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 antes mencionado.

En este orden de ideas, y para dar respuesta a su consulta, se ha de concluir que cuando el citado artículo 28 de la Ley 1258 señala que 'En caso de que por exigencia de la ley se tenga que proveer el cargo de revisor fiscal', el mismo está remitiendo a lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, de forma que las sociedades por acciones simplificadas solo estarán obligadas a tener revisor fiscal cuando las mismas reúnan los montos de activos o ingresos a que alude el comentado parágrafo.»

Las razones expuestas en el concepto transcrito, llevan a la conclusión de que la remisión que el inciso primero del artículo 28 antes citado hace a la ley para efectos de determinar si la sociedad por acciones simplificada debe tener revisor fiscal, debe ser entendida al parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, y no al numeral 1° del artículo 203 del Código de Comercio.

La conclusión a la que se acaba de hacer referencia, alcanza mayor fundamento si se tiene en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del citado artículo 28 que a la letra dice:

«En todo caso las utilidades se justificarán en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados por un contador público independiente.»

Del texto de este inciso surge la siguiente pregunta: ¿Por qué se exige que los estados financieros deban estar dictaminados por un contador público independiente?

Para dar respuesta al presente cuestionamiento, es preciso considerar lo previsto en el artículo 38 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor:

«Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas.

Estos estados deben ser suscritos por dicho profesional, anteponiendo la expresión «ver la opinión adjunta» u otra similar. El sentido y alcance de su firma será el que se indique en el dictamen correspondiente, (que contendrá como mínimo las manifestaciones exigidas por el reglamento)[24]. (...)».

24 Texto entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucviona mediante Sentencia C-290-97.

De esta disposición se desprende, entre otros aspectos, que el dictamen de los estados financieros certificados corresponde hacerlo a un contador público independiente **única y exclusivamente ante la falta del revisor fiscal.**

Bajo esta premisa, el interrogante arriba planteado, ha de ser resuelto en el sentido de indicar que el inciso segundo del artículo 28 de la Ley 1258 de 2008, contempla como exigencia que los estados financieros sean dictaminados por contador público independiente, en razón a que la presencia del revisor fiscal en las sociedades por acciones simplificadas **no resulta obligatoria sino en los casos en los que se obtengan los montos de activos o ingresos señalados en el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.** Si se admitiere la tesis según la cual, al ser la sociedad por acciones simplificada un tipo societario por acciones, la misma se encuentra obligada a tener revisor fiscal (artículo 203 Num. 1º C.Co.), carecería de todo sentido que el inciso segundo del comentado artículo 28 impusiera la obligación de dictaminar los estados financieros por parte de un contador público independiente, cuando sencillamente esta labor, en observancia del artículo 38 de la Ley 222 de 1995, correspondería al revisor fiscal.

En otras palabras, el inciso segundo aludido, en lo que a la persona encargada de realizar el dictamen se refiere, tiene lugar cuando la sociedad por acciones simplificada no cuente con revisor fiscal, pues de lo contrario es a este funcionario y no al contador público independiente a quien compete efectuar el dictamen.

Así pues, para este Despacho, no existe duda alguna de que la remisión que a la ley hace el inciso primero del artículo 28 de la tantas veces nombrada Ley 1258 de 2008, **es al parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, y no al numeral 1º del artículo 203 del Código de Comercio, ya que en este último evento, se reitera, la presencia obligatoria y desde el propio nacimiento de la sociedad por acciones simplificada del revisor fiscal haría inoperante el inciso segundo del mencionado artículo 28 en lo que toca con el contador público independiente.**

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, se pasa a dar respuesta a las inquietudes de su escrito que son de competencia de este Organismo.

- *«¿La figura del Revisor Fiscal es procedente en las Sociedades por Acciones Simplificada desde el momento de su constitución sin importar lo establecido por el parágrafo 2 del artículo 13 de la Ley 43 de 1990?»*

En este punto se ha de señalar que la presencia del revisor fiscal en las sociedades por acciones simplificadas **solo resulta obligatoria cuando se obtengan los montos de activos o ingresos indicados en el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.** Sin embargo, tal circunstancia no impide en lo absoluto, que desde el propio inicio de la sociedad como persona jurídica, los asociados decidan consagrar en los estatutos el cargo de la revisoría fiscal, en virtud de la posibilidad de determinar libremente la estructura interna de la compañía, a que hace alusión el artículo 17 de la Ley 1258 de 2008.

- *«En caso de ser negativa la respuesta solicito respetuosamente señalar los casos en los cuales operaría al interior de este tipo societario (S.A.S.) la figura del Revisor Fiscal.»*

Este interrogante debe entenderse absuelto con la respuesta precedente.

- *«¿El hecho que la Sociedad por Acciones Simplificada sea una sociedad por acciones obliga a este tipo societario a tener Revisor Fiscal en los términos del numeral primero del artículo 203 del Código de Comercio?»*

Por las razones expuestas a lo largo del presente oficio, se ha de concluir que el hecho de que la sociedad por acciones simplificada sea un tipo societario por acciones, no implica que la misma se encuentre obligada a tener revisor fiscal.

Oficio 220-059633 de 3 de abril de 2009

Transformación de empresa unipersonal en sociedad por acciones simplificada y viceversa

Me refiero a su escrito por medio del cual consulta:

- *«¿Es viable la transformación de una empresa unipersonal en una sociedad por acciones simplificada? En caso de ser viable, ¿Cuáles serían el procedimiento y los trámites a seguir?»*

- *«¿Es viable la transformación de una sociedad por acciones simplificada en una empresa unipersonal? En caso de ser viable, ¿cuáles serían el procedimiento y los trámites a seguir?»*

Con relación a su primera inquietud, es de señalar que esta Superintendencia mediante Oficio 220-049533 del 11 de marzo de 2009 expresó:

«A este respecto, es preciso en primer lugar tener en cuenta que a las empresas unipersonales les son aplicables en lo pertinente las disposiciones atinentes a las sociedades comerciales (artículo 80 Ley 222 de 1995). De esta suerte, el inciso 1° del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, el cual permite la transformación de sociedades regidas por el Código de Comercio a sociedades por acciones simplificadas, resulta aplicable a las denominadas empresas unipersonales, de forma tal que estas cuentan con la posibilidad de transformarse en Sociedades por Acciones Simplificadas.

En lo que toca con los requisitos a tener en cuenta para la transformación de una empresa unipersonal en una Sociedad por Acciones Simplificada, se ha de señalar que en atención a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 31 de la citada ley, es necesario que la empresa unipersonal no se encuentre disuelta, que el titular de su capital en ejercicio de la autonomía de la voluntad decida llevar a cabo la comentada reforma, la cual habrá de constar en documento privado SUSCRITO POR EL REFERIDO TITULAR, documento que a su vez deberá contener los estatutos del nuevo tipo societario, con

las menciones mínimas a que alude el artículo 5° de la Ley 1258 que nos ocupa.

Amén de lo anterior, y bajo la premisa a la que ya se hizo referencia, por virtud de la cual a las empresas unipersonales les son aplicables en lo que sea compatible las disposiciones propias de las sociedades comerciales, se ha de anotar que para efectos de la transformación en comento, se requiere preparar un balance extraordinario, cuya periodicidad no puede ser inferior a un mes a la fecha de la aprobación por parte del empresario unipersonal de la mencionada reforma, en observancia de lo previsto en los artículos 170 del Código de Comercio y 29 del Decreto 2649 de 1993.

Ahora bien, para el perfeccionamiento de la transformación, el documento privado contentivo de tal reforma ha de inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio principal de la empresa unipersonal, así como en aquellos domicilios en donde la empresa tenga establecimientos de comercio.»

En cuanto a su consulta, se ha de manifestar que si bien el inciso segundo del artículo 31 citado de la Ley 1258, determina que la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, tal circunstancia no significa en manera alguna que una sociedad por acciones simplificada no pueda transformarse en empresa unipersonal.

En efecto, el citado inciso simplemente se limita a reconocer expresamente la posibilidad de que una sociedad por acciones simplificada se transforme en cualquiera de las clases de sociedad consagradas en el Estatuto Mercantil, sin que prohíba en lo absoluto que una compañía de tal naturaleza adopte con posterioridad a su constitución la forma jurídica de empresa unipersonal, además, porque de ser así, se estaría yendo en contra de la libertad económica y de la iniciativa privada, libertades estas protegidas por la propia Constitución Política (artículo 333 C.P.).

Ahora bien, es natural que el paso de una sociedad por acciones simplificada a una empresa unipersonal, implica que aquella al momento de realizar la reforma se encuentre conformada por un único accionista o si es pluripersonal se hayan tomado las medidas necesarias para que su capital quede en cabeza de un solo asociado, quien abra de tomar la decisión de transformar la sociedad en empresa unipersonal, determinación que en todo caso habrá de constar en un acta debidamente asentada en el libro correspondiente de la sociedad (artículos 22 Par. Ley 1258 de 2008 y 187 Num. 1° C.Co.). Para tal fin, previa adopción de la decisión en las condiciones antes mencionadas, es preciso elaborar los estatutos que van a regir a la empresa unipersonal (artículo 72 Ley 222 de 1995), al igual que preparar un balance extraordinario, cuya periodicidad no puede ser anterior a un mes a la fecha de la aprobación por parte del accionista único de la mencionada reforma, en observancia de lo previsto en los artículos 170 del Código de Comercio y 29 del Decreto 2649 de 1993.

Lo anterior no obsta para que en una sociedad por acciones simplificada plurilateral, la totalidad de los accionistas decida transformar la sociedad en empresa unipersonal, lo cual requerirá de que luego de esta decisión, se realicen los negocios jurídicos necesarios para que el capital quede en cabeza de un único titular y de esta manera se pueda llevar a cabo la comentada reforma.

En este orden de ideas, para el trámite de la citada reforma se habrá de elaborar un documento privado en el que conste que se aprobó la transformación de sociedad por acciones simplificada en empresa unipersonal, documento que deberá ir acompañado por el acta respectiva, los estatutos de la forma jurídica adoptada y por el balance considerado y aprobado para tal efecto, documento privado que deberá ser suscrito por el representante legal de la sociedad y presentado por este para su inscripción en el registro mercantil junto con los referidos documentos.

Oficio 220-049533 de 11 de marzo de 2009

Transformación de empresa unipersonal y de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad por acciones simplificada

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad por medio del cual solicita se le informe cuáles son los requisitos legales para transformar una empresa unipersonal y una sociedad de responsabilidad limitada en Sociedad por Acciones Simplificada.

Sobre el particular, se procede a continuación a dar respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que fueron planteados.

- *«Se sirva informarme los requisitos legales que debo adelantar a fin de transformar una Empresa Unipersonal (E.U.) en una Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.)»*

A este respecto, es preciso en primer lugar tener en cuenta que a las empresas unipersonales les son aplicables en lo pertinente las disposiciones atinentes a las sociedades comerciales (artículo 80 Ley 222 de 1995). De esta suerte, el inciso 1° del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, el cual permite la transformación de sociedades regidas por el Código de Comercio a sociedades por acciones simplificadas, resulta aplicable a las denominadas empresas unipersonales, de forma tal que estas cuentan con la posibilidad de transformarse en Sociedades por Acciones Simplificadas.

En lo que toca con los requisitos a tener en cuenta para la transformación de una empresa unipersonal en una Sociedad por Acciones Simplificada, se ha de señalar que en atención a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 31 de la citada ley, es necesario que la empresa unipersonal no se encuentre disuelta, que el titular de su capital en ejercicio de la autonomía de la voluntad decida llevar a cabo la comentada reforma, la cual habrá de constar en documento privado SUSCRITO POR EL REFERIDO TITULAR, documento que a su vez deberá contener los estatutos del nuevo tipo societario, con las menciones mínimas a que alude el artículo 5° de la Ley 1258 que nos ocupa.

Amén de lo anterior, y bajo la premisa a la que ya se hizo referencia, por virtud de la cual a las empresas unipersonales les son aplicables en lo que sea compatible las disposiciones propias de las sociedades comerciales, se ha de anotar que para efectos de la transformación en comento, se requiere preparar un balance extraordinario, cuya periodicidad no puede ser inferior a un mes a la fecha de la aprobación por parte del empresario unipersonal de la mencionada reforma, en observancia de lo previsto en los artículos 170 del Código de Comercio y 29 del Decreto 2649 de 1993.

Ahora bien, para el perfeccionamiento de la transformación, el documento privado contentivo de tal reforma ha de inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio principal de la empresa unipersonal, así como en aquellos domicilios en donde la empresa tenga establecimientos de comercio.

- *«Se sirva informarme los requisitos legales que debo adelantar a fin de transformar una Sociedad de Responsabilidad Limitada (Ltda.) en una Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.).»*

Para absolver el presente cuestionamiento, viene al caso traer a colación lo manifestado por esta Superintendencia en el Oficio 220-038130 del 6 de febrero de 2009, a saber:

«5. En punto de las formalidades y requisitos necesarios para la transformación de una sociedad anónima en sociedad por acciones simplificada, es de anotar que con excepción de las particularidades indicadas para tal fin en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, relativas al documento de transformación y al quórum decisorio, se aplicarán las disposiciones del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995.

Así, para la transformación se habrán de observar los requisitos de publicidad y convocatoria previstos en el artículo 13 de la Ley 222 de 1995, de tal suerte que se debe convocar a reunión del máximo órgano social con quince días hábiles de antelación, indicando en el escrito de convocatoria que el tema a tratar es el de la transformación, sin necesidad de hacer referencia al derecho de retiro por el motivo con-

templado mas adelante. Durante dicho plazo se mantendrán a disposición de los asociados las bases de la transformación en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal.

Para efectos de la comentada reforma, además del documento privado de transformación a que alude el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, y que dicho sea de paso debe contemplar los estatutos del nuevo tipo de sociedad, se debe preparar un balance extraordinario, cuya periodicidad no puede ser inferior a un mes a la fecha de la aprobación por parte del máximo órgano social de la transformación del ente económico, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 170 del Código de Comercio y 29 del Decreto 2649 de 1993 (Oficio 115-021649 del 19 de febrero de 2008).

Ahora bien, la decisión de transformación conforme lo señala el artículo 31 de la tantas veces citada Ley 1258, debe adoptarse por unanimidad de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. Esta circunstancia imposibilita la aplicación de las normas sobre derecho de retiro consagradas en la Ley 222 de 1995, si consideramos que uno de los presupuestos para ejercer el comentado derecho es que el mismo lo adelanten los socios ausentes o disidentes, según lo reglado en el artículo 12 de la citada ley.

En efecto, si el requisito en cuanto al quórum decisorio para adoptar la transformación de sociedad anónima en sociedad por acciones simplificada, es que dicha reforma sea aprobada por unanimidad de los accionistas que conforman el cien por ciento del capital suscrito, no hay lugar de manera alguna a que existan socios ausentes o disidentes, lo cual excluye la operancia del llamado derecho de retiro, y de allí que tal como arriba se manifestó, en la convocatoria a la asamblea de accionistas no se tenga que incluir el punto relativo al referido derecho.

Finalmente, aprobada la transformación en las condiciones enunciadas, el documento privado contentivo de la determinación del máximo órgano social ha de inscribirse en el registro mercantil del domicilio

principal de la sociedad y en aquellos domicilios donde esta cuente con establecimientos de comercio.»

El procedimiento señalado en el concepto parcialmente transcrito, si bien se ocupa del caso de una transformación de sociedad anónima en sociedad por acciones simplificada, el mismo resulta aplicable a la hipótesis de una transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad por acciones simplificada, como quiera que la normatividad allí citada opera también en materia de compañías del tipo de las limitadas.

Oficio 220-059279 de 2 de abril de 2009

Transformación de sociedad del Código de Comercio en Sociedad por Acciones Simplificada (Ley 1258 de 2008) – Requisitos y formalidades

Me refiero a su escrito por medio del cual formula algunos interrogantes relacionados con los requisitos y formalidades que se necesitan para que una sociedad comercial de las reguladas en el Código de Comercio, se transforme en Sociedad por Acciones Simplificada.

Sobre el particular, resulta pertinente en primer término traer a colación lo que respecto de la transformación de una sociedad anónima en sociedad por acciones simplificada, expresó esta Superintendencia mediante Oficio 220-038130 del 6 de febrero de 2009. (Contenido en la presente libro)

(...)

Teniendo en cuenta el anterior pronunciamiento, el cual resulta aplicable para la transformación de cualquier clase de sociedad comercial en Sociedad por Acciones Simplificada, se procede a dar respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que fueron planteados.

- *«¿Se requiere la aprobación de un balance general para la transformación de una sociedad cualquiera en sociedad por acciones simplificada?»*

Tal como se indicó en el concepto mencionado, para la transformación de una sociedad comercial en Sociedad por Acciones Simplificada, se debe preparar un balance extraordinario, cuya periodicidad no puede ser anterior a un mes a la fecha de la consideración por parte del máximo órgano social de la transformación del ente económico, balance que debe ser aprobado por dicho órgano, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 170 del Código de Comercio y 29 del Decreto 2649 de 1993 (Oficio 115-021649 del 19 de febrero de 2008).

«Una vez aprobada la transformación de una sociedad en sociedad por acciones simplificada en los términos del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 ¿qué documento privado debe inscribirse en el registro mercantil?

¿Copia autorizada del acta del máximo órgano social en que se aprobó la reunión con la firma autenticada de quien la autoriza?

¿Un documento suscrito por el representante legal de la sociedad que se transforma con su firma autenticada?

¿Un documento suscrito por todos los accionistas de la sociedad que se transforma con sus firmas autenticadas?»

Para absolver estos cuestionamientos, es preciso poner de presente que la transformación de una sociedad comercial en Sociedad por Acciones Simplificada comporta una reforma de estatutos, la cual debe ser adoptada por la asamblea o junta de socios, plasmada en un acta de máximo órgano social, y cuyo documento privado debe ser inscrito en el registro mercantil por parte del representante legal (artículos 162, 187 Num.1°, 189, 166 Par. y 196 Inc. 2° C.Co.).

Sentado lo anterior, se ha de señalar que para la transformación a la que se ha venido haciendo referencia, se requiere de un documento privado que de cuenta de la adopción de dicha reforma, la cual debe

estar acompañado de copia autorizada del acta en donde conste la decisión unánime de todos los socios o accionistas de transformar la sociedad respectiva en Sociedad por Acciones Simplificada, de los estatutos de esta nueva clase de sociedad, así como del balance extraordinario base de la operación. Aquí vale la pena anotar que en lo que a la copia autorizada del acta se refiere, la firma de quienes la autorizan, esto es, el secretario o algún representante de la sociedad, no debe ser autenticada, pues ni el artículo 189 del Estatuto Mercantil ni el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 contemplan tal requisito.

Ahora bien, dicho documento privado no necesita ser firmado por todos los asociados, ya que de una parte la manifestación de voluntad de estos, queda consignada en un acta elaborada y aprobada con todos los requisitos legales (artículo 189 C.Co), y que de otra a quien compete la formalidad del registro del mencionado documento es al representante legal, por tratarse de una reforma estatutaria y por ser dicho administrador el que como su nombre lo indica representa a la sociedad frente a terceros (artículos 166 Par. y 196 Inc. 2° Ibídem). De allí que el documento solo deba ser suscrito por el representante legal, sin que tampoco se requiera que su firma deba ser autenticada, pues tal exigencia no fue contemplada por el artículo 31 de la Ley 1258 citada.

- *«En caso de requerirse la aprobación del balance general ¿debe inscribirse copia del mismo en el registro mercantil junto con el documento privado de transformación?»*

En este punto se ha de manifestar que efectuando una interpretación armónica de los artículos 170 del Código de Comercio y 31 mencionado, en la transformación de una sociedad comercial tradicional en Sociedad por Acciones Simplificada, el balance que sirve de base de la comentada operación debe acompañarse al documento privado e inscribirse en el registro mercantil. Dicho en otras palabras, si el citado artículo 170 dispone que a la escritura pública se debe insertar el

referido estado financiero, tal previsión ha de ser entendida en el sentido de que al documento privado de transformación le debe ser anexado el balance, si se tiene en cuenta que el artículo 31 de la mencionada ley determina que la transformación de cualquier tipo de compañía en sociedad por acciones simplificada se realiza a través de documento privado.

Oficio 220-057533 de 26 de marzo de 2009

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008) - Usufructo de acciones y creación de nuevas acciones

Me refiero a su escrito por medio del cual formula dos interrogantes relacionados con la figura del usufructo de acciones en la Sociedad por Acciones Simplificada y con la posibilidad de que las acciones pertenecientes a hijos accionistas en tales compañías no ingresen al haber de su sociedad conyugal.

Sobre el particular, me permito manifestarle que las inquietudes formuladas, serán absueltas en el mismo orden en que fueron planteadas, de la siguiente manera:

1. *«¿Las acciones de las SAS son susceptibles de usufructo?»*

Para dar respuesta a este cuestionamiento, es preciso en primer lugar tener en cuenta la jerarquía normativa establecida por el legislador respecto a las disposiciones aplicables a las sociedades por acciones simplificadas. Así, el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, determina que *«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.»*

Teniendo en cuenta las reglas consagradas en el citado artículo 45, se ha de señalar que en razón a que la Ley 1258 ibídem no reguló en manera alguna lo relativo al usufructo de acciones en sociedades por acciones simplificadas, habrá de estarse a lo que sobre el particular determinen los estatutos de cada compañía, en aras de establecer si los mismos, por tratarse de sociedades cerradas, contemplan alguna restricción o condición en cuanto al usufructo de todas o de algunas de las clases de acciones en el mencionado tipo societario.

Ahora bien, ante el silencio de los estatutos en lo que a la materia objeto de análisis se refiere, es menester acudir a las reglas legales atinentes a las sociedades anónimas, particularmente a los artículos 410 y 412 del Código de Comercio, los cuales prevén:

Artículo 410. «La prenda y el usufructo de acciones nominativas se perfeccionarán mediante registro en el libro de acciones; la de acciones al portador mediante la entrega del título o títulos respectivos al acreedor o al usufructuario.»

Artículo 412. «Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, excepto el de enajenarlas o gravarlas y el de su reembolso al tiempo de la liquidación.

Para el ejercicio de los derechos que se reserve el nudo propietario bastará el escrito o documento en que se hagan tales reservas, conforme a lo previsto en el artículo anterior.»

En este orden de ideas, y bajo la premisa de que los estatutos sociales no regulen nada en cuanto al usufructo de acciones en una sociedad por acciones simplificada, se ha de concluir que por virtud de la remisión que a las disposiciones legales que rigen a las sociedades anónimas hace el citado artículo 45, resulta posible de conformidad con los artículos 410 y 412 del Estatuto Mercantil, constituir usufructo sobre las acciones de las sociedades por acciones simplificadas.

2. *«¿Mediante esta figura (USUFRUCTO) cómo se podría proteger el patrimonio familiar, evitando que entren al haber social en la sociedad conyugal de los hijos socios en una SAS?»*

Bajo el entendido de que la pregunta planteada apunta a dilucidar cómo se puede evitar que las acciones que tiene un accionista hijo en una sociedad familiar del tipo de las sociedades por acciones simplificadas, ingresen a la sociedad conyugal que dicha persona tenga con su cónyuge, y que éste con posterioridad, en virtud de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal llegue a convertirse en accionista de la compañía, se ha de indicar que en razón a que el usufructo no transfiere al usufructuario el derecho de propiedad sino simplemente el derecho a gozar del bien objeto de la medida (artículo 823 Código Civil), tal mecanismo no es el procedente para excluir de la sociedad conyugal las acciones que el accionista hijo posee en la sociedad por acciones simplificada, ya que lo que se requiere para tales fines es que los cónyuges bien en las capitulaciones matrimoniales o bien en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio, eximan tales acciones de la comunión del haber social conyugal (artículos 1771 y 1781 Num. 4° Ibídem).

No obstante lo anterior, vale la pena poner de presente que con el fin de impedir que los cónyuges hacia futuro adquieran la calidad de accionista, existe la posibilidad de crear en los estatutos de la respectiva Sociedad por Acciones Simplificada una categoría especial de acciones (la cual podría ser llamada «acciones hijos de familia»), en la que por ejemplo se establezca que las mismas no podrán pertenecer a los cónyuges de los hijos accionistas por virtud de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, de suerte que si en este trámite a los cónyuges les son adjudicadas las acciones en comento, la compañía deba liquidar y pagar a los adjudicatarios tales participaciones, por el valor que acuerden entre estos y aquella, o por el que determinen peritos designados por las partes o en su defecto por la Superintendencia de Sociedades (artículos 134 y 136 Ley 446 de 1998). Al dorso de los títulos que den cuenta de dichas acciones, habrá de hacerse mención de los derechos que por estipulación

estatutaria le sean conferidos a ellas, así como a la restricción a que alude este párrafo.

La posibilidad a la que se acaba de hacer referencia, alcanza respaldo en lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1258 ibídem, el cual permite crear diversas clases y series de acciones en las sociedades por acciones simplificadas, al igual que fijarles los derechos inherentes a las mismas.

Oficio 220-057310 de 25 de marzo de 2009

Una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios puede constituirse como S.A.S. con más de un accionista – Acciones de Pago-Voto Múltiple – Fusión Abreviada (Artículo 33 de la Ley 1258 de 2008).

Me refiero a su escrito mediante el cual plantea las siguientes inquietudes:

- *«¿Puede una E.S.P. Constituirse como una Sociedad Simplificada por Acciones?*

- *¿Si el acto de constitución de las S.A.S se hace a través de Documento Privado, quiere esto decir que cualquier Sociedad Extranjera podrá acercarse al Consulado Colombiano de su país para poder autenticar dicho documento, y luego registrarlo, debidamente, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio que conste dentro del documento constitutivo?*

- *¿Que son acciones de pago?*

- *¿Que es Voto múltiple?*

- *Respecto a las Fusiones abreviadas, ¿la sociedad absorbente se convierte en S.A.S o, por el contrario, es la S.A.S absorbida que asume la naturaleza de la absorbente?»*

El Despacho responderá las preguntas formuladas en el orden en el que fueron planteadas

Primera Pregunta

- *«¿Puede una E.S.P. Constituirse como una Sociedad Simplificada por Acciones?»*

Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que a través de la Ley 1258 de 2008, se creo un nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificada –S.A.S.–, estructura jurídica que puede ser utilizada para adelantar diferentes actividades económicas, entre ellas la de prestar servicios públicos domiciliarios.

Por lo anterior, la constitución de una empresa prestadora de servicios públicos utilizando la forma de una Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la expedición de la citada ley 1258, puede realizarse mediante documento privado, salvo el caso en que los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, dado que en dicho evento la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes (parágrafo 2 del artículo 5).

Es decir que en principio una empresa de servicios públicos domiciliarios puede funcionar bajo el ropaje de Sociedad por Acciones Simplificada.

No obstante lo anterior, debe enmarcarse dentro de las limitaciones propias que establece la regulación especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios, esto es, la Ley 142 de 1994, la cual prevalece sobre la normatividad general, entre la cual se incluye la Ley 1258 de 2008.

Por lo anterior, en los eventos que se pretenda constituir una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, adoptando la estructura jurídica de la Sociedad por Acciones Simplificada, es necesario que se obser-

ve la siguiente jerarquía de normas para incluir las disposiciones de contenido imperativo en el contrato social, a saber:

En primera instancia están las normas previstas en la Ley 142 de 1994, en especial las contenidas en el Artículo 19 - Régimen Jurídico de las Empresas de Servicios Públicos. En lo no previsto en dicha normatividad, deberá aplicarse lo estipulado en la Ley 1258 de 2008, siempre que no sea contrario a la naturaleza de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios

Y, finalmente de conformidad con lo ordenado en el numeral 19.15 de la Ley 142 mencionada, en concordancia con lo estipulado en el artículo 45 de la Ley 1258, en lo no regulado por las disposiciones prenombradas, deberá estarse a lo reglado en el Código de Comercio para las sociedades anónimas y en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen las sociedades previstas en el Código de Comercio.

Con fundamento en los párrafos precedentes, en opinión de este Despacho, en razón de la normatividad especial que regula las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, esto es, la Ley 142 de 1994 y sus Decretos reglamentarios, es necesario que en el evento que se decida adoptar la forma de Sociedad por Acciones Simplificada, esta deba ser constituida por mas de un socio, en razón que de conformidad con lo previsto en el artículo 19.12 ídem *«en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista»*, la compañía estaría incursa en causal de disolución. En consecuencia las E. S. P. no pueden ser unipersonales, esto es, pertenecer a un solo asociado.

En conclusión, si bien las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar la forma o estructura de Sociedad por Acciones Simplificada, no deben ser constituidas por acto unilateral, pues el capital no puede pertenecer a un solo socio, toda vez que esto generaría que la sociedad surja a la vida jurídica en causal de disolución.

No obstante, es dable que una ESP se constituya o transforme en SAS, siempre y cuando en ella participe más de un accionista, y se observen en el contrato social todas las disposiciones especiales establecidas para este tipo de compañías (*Ley 142 de 1994*) lo cual es jurídicamente viable por cuanto el artículo 1 de la Ley 1258 de 2008, otorga la posibilidad de constituir no sólo sociedades unipersonales sino también **pluripersonales.**

Segunda Pregunta

- *«¿Si el acto de constitución de las S.A.S. se hace a través de Documento Privado, quiere esto decir que cualquier Sociedad Extranjera podrá acercarse al Consulado Colombiano de su país para poder autenticar dicho documento, y luego registrarlo, debidamente, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio que conste dentro del documento constitutivo?»*

El documento de constitución de una Sociedad por Acciones Simplificada puede otorgarse o suscribirse en el exterior, acto en el cual puede participar o no una sociedad extranjera, no obstante es necesario observar las disposiciones relacionadas con las autenticaciones de los documentos otorgados fuera del país, los cuales deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 480 del Código de Comercio, el cual dispone:

«Los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes.

Al autenticar los documentos a que se refiere este artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país.».

Tercera Pregunta

- *«¿Que son acciones de pago?»*

En relación con las acciones de pago, la exposición de motivos de la comentada Ley 1258 expresa:

«Se incluye la posibilidad de establecer la figura, de las acciones de pago, lo cual le permitirá a la sociedad remunerar la actividad de los administradores o de cualquier otra persona que le preste servicios, mediante la emisión de acciones de la compañía. En caso de ser utilizadas frente a obligaciones laborales, se deberán cumplir los estrictos y precisos límites previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para el pago en especie.»[25] (Subrayado fuera de Texto)

De lo anterior podemos decir, que las acciones de pago son aquellas que son emitidas con el fin de honrar obligaciones entre ellas las laborales, por los servicios prestados a la compañía por los administradores o de otra persona en particular.

Cuarta Pregunta

- *«¿Que es voto múltiple?»*

De conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1258 ibídem, *«En los estatutos se expresarán los derechos de votación que le correspondan a cada clase de acciones con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o múltiple, si ello hubiere lugar».*

En el régimen societario colombiano, es conocido el principio de que cada acción otorga el derecho a un voto, pues este principio, no es tan general en la citada ley, en razón a que el artículo 11, prevé que en los estatutos sociales es procedente estipular que algunas acciones pueden emitir o tener derecho a más de un voto por acción, lo cual

25 Gaceta del Congreso 390 del 27 de junio de 2008, Página 27.

significa que desde un principio los accionistas son conocedores de quien ostenta el control o el poder de decisión de la sociedad.

Así las cosas, el voto múltiple, es aquel que es otorgado a una acción con el fin de que al momento de tomar decisiones su titular pueda emitir más de un voto de acuerdo a lo estipulado en los estatutos de la compañía.

Quinta Pregunta

- *«Respecto a las Fusiones abreviadas, ¿la sociedad absorbente se convierte en S.A.S. o, por el contrario, es la S.A.S. absorbida que asume la naturaleza de la absorbente?»*

Fusión Abreviada – Artículo 33 de la Ley 1258 de 2008

Dispone el artículo 33 ídem:

«FUSIÓN ABREVIADA. En aquellos casos en que una sociedad detente más del noventa (90%) de las acciones de una sociedad por acciones simplificada, aquella podrá absorber a esta, mediante determinación adoptada por los representantes legales o por las juntas directivas de las sociedades participantes en el proceso de fusión.

El acuerdo de fusión podrá realizarse por documento privado inscrito en el Registro Mercantil, salvo que dentro de los activos transferidos se encuentren bienes cuya enajenación requiera escritura pública. La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la *Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.*

El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes»

Sea lo primero indicar que la fusión abreviada solo puede ser utilizada en aquellos casos en los que existe control por efectos del porcentaje de participación (*numeral 1 artículo 27 de la Ley 222 de 1995*), es decir entre matrices y subordinadas, siempre y cuando la matriz posea el 90% o más de las acciones de una Sociedad por Acciones Simplificada, facilitando de esta manera los procesos de reorganización empresarial.

En el proceso o reforma estatutaria de fusión abreviada, la compañía que subsiste a dicha operación es la absorbente, por lo cual esta debe continuar ejerciendo su objeto social a través del tipo societario que está utilizando en el momento de la fusión abreviada, esto es, si es limitada o si es sociedad por acciones simplificada o anónima conservará tal estructura jurídica

Por lo anterior no es procedente predicar que alguna de las sociedades interviniente se convierta en SAS, toda vez que la absorbente conservará el tipo societario a través del cual adelanta la empresa social.

Adicionalmente, en relación con la fusión abreviada es necesario tener presente lo siguiente:

El inciso segundo del referido artículo 33 ibídem, consagra entre otros aspectos el derecho de retiro de los socios o accionistas, ausentes o disidentes y el derecho de oposición judicial de los terceros interesados, que en esencia son los dos derechos que se orienta a proteger el Estado al imponer la autorización previa para algunas reformas estatutarias. Por lo cual deben ser analizados si quedaron efectivamente protegidos en la norma en estudio.

Derecho de Retiro de los Asociados Ausentes o Disidentes

Dispone el inciso segundo del artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, «*La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995*».

A su turno el artículo 14 de la Ley 222 de 1995, establece: «*Los socios ausentes o disidentes podrán ejercer el derecho de retiro dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que se adoptó la respectiva decisión. La manifestación de retiro del socio se comunicará por escrito al representante legal*».

El referido artículo 33 de la Ley 1258 de 2008, otorga la facultad a la Junta Directiva o al Representante Legal de adoptar la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad, siempre que la abosorbida sea una Sociedad por Acciones Simplificada, y la compañía absorbente tenga una participación del 90% o más en las acciones de aquella.

De la normatividad anterior, surge la pregunta, ¿si la facultad de tomar la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad fue asignada por el legislador a los órganos de administración, esto es, la junta directiva o representante legal de las sociedades participantes, cómo puede obtenerse la calidad de socio ausente o disidente, si los asociados no participan o no adoptan la determinación y por ende cómo debe hacer el asociado para enterarse de tal decisión y de ser su intención allegar el escrito manifestando su voluntad de ejercer el derecho de retiro de la sociedad dentro de los ocho (8) días que determina la ley?

Al respecto es de afirmar, que la calidad de ausente la tienen todos los asociados de las sociedades participantes en la fusión abreviada, en razón a que la decisión es adoptada por los órganos de administración, y por ende no se celebra reunión del máximo órgano social respecto del cual pueda predicarse la ausencia de algunos asociados.

Y la disidencia, solo puede predicarse de asuntos de los cuales se tiene conocimiento y los asociados como no participan en la toma de la decisión, oficialmente no tienen la información pertinente que les permita adoptar la posición de aprobación o disidencia.

No obstante lo anterior, bajo el principio de interpretación de la Ley consagrado en el artículo 32 del Código Civil, el cual ordena que:

«*En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios* ***del***

modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.»

Este Despacho considera que para lograr a través de un proceso ágil y expedito, una fusión abreviada como instrumento de integración empresarial, sin menoscabo de los derechos que la ley le ha otorgado a los accionistas, en orden a que estos puedan ejercer el derecho de retiro, como lo consagra el artículo 33 de la citada ley, los administradores, junta directiva o representante legal, según el caso, cual sea el órgano que adopte la decisión, deberán el mismo día en el cual se celebre la reunión en la que se tomó la decisión de fusionar la sociedad abreviadamente, comunicar o todos los socios o accionistas tal decisión a través de telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares.

Así mismo, durante los ocho (8) días siguientes a la fecha en la cual se celebró la reunión en la cual el órgano de administración correspondiente adoptó la decisión de fusionar abreviadamente la sociedad, la administración deberá mantener a disposición de los asociados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad en el domicilio principal, toda la información contable, es decir Estados Financieros, así como el acuerdo de fusión abreviada que sirvió de base para tal decisión.

Derecho de Oposición de los Terceros Interesados

Al respecto el artículo 33 de la Ley 1258 consagra:

«*(...)*

La fusión podrá dar lugar al derecho de retiro a favor de los accionistas ausentes y disidentes en los términos de la Ley 222 de 1995, así como a la acción de oposición judicial prevista en el artículo 175 del Código de Comercio.

El texto del acuerdo de fusión abreviada tendrá que ser publicado en un diario de amplia circulación según lo establece la Ley 222 de 1995, dentro de ese mismo término habrá lugar a la oposición por parte de

terceros interesados quienes podrán exigir garantías necesarias y/o suficientes»

El artículo 5o. de la Ley 222 de 1995, estipula:

«Los representantes legales de las sociedades que intervienen en el proceso de escisión publicarán en un diario de amplia circulación nacional y en un diario ,de amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes, un aviso que contendrá los requerimientos previstos en el artículo 174 del Código de Comercio

El artículo 6 de la Ley 222 de 1995, en relación con el ejercicio del derecho de oposición aplicable a la fusión abreviada, por remisión prevista en el artículo 33 de la Ley 1258 de 2008 prevé:

«Los acreedores de las sociedades que participen en la escisión, que sean titulares de deudas adquiridas con anterioridad a la publicación a que se refiere el artículo anterior, podrán, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del último aviso, exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, siempre que no dispongan de dichas garantías. La solicitud se tramitará en la misma forma y producirá los mismos efectos previstos para la fusión».

De la normatividad trascrita puede concluirse que en las operaciones económicas de fusión abreviada, deberá publicarse el texto del acuerdo de fusión en un diario de circulación nacional y en un diario de amplia circulación en el domicilio social de cada una de las sociedades participantes y es a partir del día siguiente a la fecha de publicación del texto del acuerdo de fusión, cuando empieza a correr el término de 30 días para que los terceros interesados inicien la acción de oposición con el fin de exigir garantías necesaria y/o suficientes.

Así las cosas, y siendo que los derechos involucrados en una operación de fusión abreviada según lo expuesto y concluido en el estudio anteriormente realizado a la normatividad, Ley 1258 de 2008 y Ley 222 de 1995, se encuentran ampliamente protegidos tanto por las obligaciones de publicidad e información que debe cumplir la sociedad respecto de los socios y acreedores, así como la consagración de

la posibilidad del ejercicio del derecho de retiro por parte del accionista y de oposición respecto de acreedores o terceros interesados, y que dicha operación solamente puede ser adelantada por sociedades en las cuales existe una situación de control, en opinión de este Despacho, no es menester obtener autorización previa de esta Superintendencia para adelantar una reforma estatutaria de **fusión abreviada.**

Oficio 220-039060 de 11 de febrero de 2009

La sociedad por acciones simplificada solo está obligada a tener revisor fiscal, cuando supere los montos de activos o ingresos consagrados en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990

Me refiero a su escrito por medio del cual consulta si de acuerdo al artículo 28 de la Ley 1258 de 2008, las sociedades por acciones simplificadas están obligadas a tener revisor fiscal, y para tal fin trae a colación los artículos 203 numeral 1° del Código de Comercio y el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.

Sobre el particular, resulta pertinente transcribir las citadas disposiciones:

Artículo 28 Ley 1258 de 2008: «*En caso de que por exigencia de la ley se tenga que proveer el cargo de revisor fiscal, la persona que ocupe dicho cargo deberá ser contador público titulado con tarjeta profesional vigente. (...)*»

Artículo 203 Código de Comercio: «*Deberán tener revisor fiscal:*

Las sociedades por acciones. (...)»

Artículo 13 Ley 43 de 1990: «*(...)*

Parágrafo 2°. Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31

de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos.»

Vistas las anteriores disposiciones, surge la pregunta atinente a si cuando el artículo 28 de la Ley 1258 de 2008, utiliza la expresión «*En caso de que por exigencia de la ley se tenga que proveer el cargo de revisor fiscal*», la norma está remitiendo al artículo 203 numeral 1° del Código de Comercio, o si por el contrario lo está haciendo al artículo13, parágrafo 2° de la Ley 43 de 1990.

Para resolver este cuestionamiento, es preciso detenerse en primer término en las razones que dieron lugar a la expedición de la ley de sociedades por acciones simplificadas, para lo cual viene al caso traer a colación algunos apartes de la exposición de motivos de dicha ley, a saber:

«*Aparte de la incidencia del programa de armonización de las leyes societarias, Francia ha aportado también sus propios desarrollos al Derecho Societario. Uno de los avances más sugestivos de los últimos tiempos ha sido el de la denominada Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS). Esta subespecie asociativa, creada mediante ley del 3 de enero de 1994 y modificada más adelante en 1999 y 2001, se ha convertido en una opción asociativa de reveladoras ventajas para los empresarios de ese país. Las características simplificadas del tipo implican que su regulación queda, en general, sujeta a las pautas contractuales que sus asociados escojan. Así, las reglas legales de la sociedad anónima serán aplicables sólo en la medida en que no se hubiere pactado cosa distinta en los estatutos sociales. Es decir, que tienen, por lo común, carácter meramente dispositivo. No en vano ha sido denominada por COZIAN y otros autores como sociedad-contrato. Es precisamente esta característica la que permite conjugar los elementos beneficiosos de las sociedades de capital, con un acentuado intuitus personae, que hace muy propicia su utilización para negocios familiares o para otros emprendimientos de pequeñas y medianas dimensiones.*

(...)

Las anteriores razones, sumadas a la tradicional estrechez de los modelos societarios previstos en la legislación colombiana, recomiendan la introducción de una modalidad asociativa nueva, que siga -por regla general- las pautas y directrices normativas establecidas para la sociedad anónima pero con un claro tinte dispositivo que facilite el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Las disposiciones que se trascriben procuran continuar el ejercicio de actualización normativa que se cumplió hace más de una década mediante la Ley 222 de 1995. Si bien el gran avance de esta ley consistió en la admisión de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, debido a la flexibilidad de la normativa mediante la cual ella se introdujo, debe reconocerse que hoy se justifica un paso adicional que reconozca las nuevas realidades empresariales. Es por ello por lo que la regulación que se propone recoge las tendencias más avanzadas en materia de Derecho Societario, que al introducirlas en el ámbito jurídico colombiano mediante un proceso de adaptación, facilita la actualización para nuevas realidades sociales de las reglas contenidas en el Código de Comercio, como aquellas otras previstas en la Ley 222 de 1995.» (Gaceta del Congreso No. 346 del 26 de julio de 2007, pags 50 y 51)

De lo expuesto es claro que la sociedad por acciones simplificada como su nombre lo indica reviste características de un tipo societario simplificado, en donde su regulación se sujeta a las estipulaciones de los accionistas, siendo aplicables las reglas legales de las sociedades anónimas solo ante la ausencia de consagración en los estatutos sociales, lo que denota el carácter dispositivo mas no imperativo de las mencionadas reglas.

Sentado lo anterior, procede ahora examinar si la expresión «*En caso de que por exigencia de la ley*» contenida en el comentado artículo 28 de la Ley 1258 de 2008, está remitiendo al numeral 1° del artículo 203 del Estatuto Mercantil o al parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.

Una primera tesis consistiría en que al ser la sociedad por acciones simplificada una sociedad por acciones, la misma estaría obligada a tener revisor fiscal por aplicación del numeral 1° del artículo 203 del Código de Comercio, tesis que en opinión de esta Superintendencia iría en contra de la naturaleza simplificada que caracteriza a la nueva clase de sociedad, pues no tendría sentido que por un lado se permitiera determinar libremente la estructura orgánica de la sociedad (artículo 17 Ley 1258 de 2008), y que por el otro se estuviere imponiendo la obligatoriedad del revisor fiscal al hacer aplicable el referido artículo 203 del Ordenamiento Mercantil.

Además, si el legislador hubiese querido que la figura de la revisoría fiscal fuere obligatoria en las sociedades por acciones simplificadas, simplemente lo hubiera dicho de forma expresa, sin necesidad de utilizar la fórmula que finalmente consagró en el artículo 28 bajo análisis.

Una segunda tesis, radica en que la remisión que el artículo 28 de la Ley 1258 de 2008 hace a la ley, debe ser entendida en el sentido de que la sociedad por acciones simplificada debe tener revisor fiscal cuando reúna los montos de activos o ingresos señalados en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990. Ello, como quiera que la sociedad por acciones simplificada encuadra dentro de los presupuestos normativos consagrados en el citado parágrafo, cuyo texto vale la pena recordar:

«Será obligatorio tener revisor fiscal en todas las sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos».

La regla prevista en este precepto resulta aplicable a la sociedad por acciones simplificada, pues la misma es una compañía de carácter comercial y constituye un nuevo tipo societario en el ordenamiento jurídico colombiano (artículo 3° Ley 1258 de 2008), reuniendo de

esta suerte los presupuestos contemplados en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990.

En este orden de ideas, y para dar respuesta a su consulta, se ha de concluir que cuando el artículo 28 de la Ley 1258 de 2008 señala que «*En caso de que por exigencia de la ley se tenga que proveer el cargo de revisor fiscal*», el mismo está remitiendo a lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990, de forma que las sociedades por acciones simplificadas solo estarán obligadas a tener revisor fiscal cuando las mismas reúnan los montos de activos o ingresos a que alude el comentado parágrafo.

Oficio 220-048079 de 10 de marzo de 2009

Transformación sociedades por acciones simplificada

Me refiero a su escrito mediante el cual, previas las consideraciones allí expuestas, plantea una consulta relacionada con la posibilidad de que las transformaciones a Sociedades por Acciones Simplificada (S.A.S.) puedan hacerse por medio de un documento privado inscrito en el registro mercantil, tal como lo indica el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008.

Al respecto, me permito manifestarle que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 ibídem,

«*Cualquier sociedad podrá transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas.* ***La decisión correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil***». (El llamado es nuestro).

Del estudio de la norma antes transcrita, se desprende que los requisitos que debe reunir cualquier sociedad comercial para transformarse en una Sociedad por Acciones Simplificada son los siguientes:

a. **Que la decisión sea adoptada por la asamblea o junta de socios, mediante decisión unánime de los asociados**, esto es, por titulares del cien por ciento de las acciones suscritas o de las cuotas sociales, según el caso, y por ende, respecto de la reunión correspondiente no puede predicarse la existencia de socios ausentes o disidentes, pues, se repite, para adoptar dicha decisión es necesario la participación de la totalidad de los asociados.

b. **Que tal decisión se haga constar en documento privado**, es decir, en el acta respectiva, a diferencia de lo previsto en el artículo 158 del Código de Comercio, en el sentido de que toda reforma del contrato social deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución, en la Cámara de Comercio correspondiente, sin éstos requisitos la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros.

c. **Que el documento privado sea inscrito en el registro mercantil**, es decir, en la Cámara de Comercio del domicilio principal de la sociedad y en aquellos lugares donde tenga sucursales o establecimientos de comercio, y a partir de ese momento la sociedad debe sujetarse al régimen jurídico previsto para las Sociedades por Acciones Simplificada en la Ley 1258 de 2008, y en lo no previsto en ésta se aplicarán las disposiciones del Código de Comercio sobre sociedades anónimas y sociedades en general, al igual que la Ley 222 de 1995, en lo pertinente.

Luego, si bien el artículo 158 del Código de Comercio, exige que toda reforma del contrato social debe reducirse a escritura pública, entre ellas la transformación, no es menos cierto que cuando se trate de la transformación de cualquier compañía en Sociedad por Acciones Simplificada, para que dicho acto produzca efectos respecto de terceros, **basta con la inscripción en el Registro Mercantil del documento privado contentivo de la citada reforma, sin necesidad de ninguna otra formalidad**, ya que dicho documento se equipara a escritura pública para todos los efectos legales.

Oficio 220-081096 de 4 de junio de 2009

Aplicación del artículo 46 de la Ley 1258 de 2008 - Transformación de Sociedades Unipersonales.

Me refiero a su escrito por medio del cual, poniendo de presente lo previsto en el artículo 46 de la Ley 1258 de 2008, consulta *«si en general las sociedades creadas basadas en los requisitos que contempla la Ley 1014 de 2006 art 22 con más de 2 socios también deben transformarse en SAS al igual que las empresas unipersonales»*.

Sobre el particular, resulta pertinente en primer término aclarar que la figura de la denominada **empresa unipersonal** es diferente a la **sociedad unipersonal**. En efecto, la empresa unipersonal es una persona jurídica de un único titular, creada y regida con base en los artículos 71 y siguientes de la Ley 222 de 1995, en tanto que la sociedad unipersonal, es una persona jurídica que si bien al igual que la empresa unipersonal pertenece a una sola persona, la misma se crea con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, y adopta la forma de sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o anónima, resultándole aplicables las disposiciones pertinentes del Libro II del Código de Comercio.

Aclarado lo anterior, procede ahora traer a colación lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 1258 de 2008, que dice:

«La presente ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico, una vez entre en vigencia la presente ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas.»

Del inciso segundo de la norma que antecede, y bajo el amparo del principio de interpretación de la ley, contenido en el artículo 27 del Código Civil, por virtud del cual *«Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»*, se colige que **las únicas personas jurídicas societarias obligadas a transformarse dentro del término de seis meses en sociedad por acciones simplificada son las denominadas sociedades unipersonales, esto es, aquellas compañías de un solo socio constituidas con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006**.

En este orden de ideas, ni las sociedades de dos o mas socios creadas de acuerdo al artículo 22 de la Ley 1014 de 2006, ni las empresas unipersonales regidas por la Ley 222 de 1995, están compelidas a transformarse en sociedad por acciones simplificada, pues, se reitera, el deber contemplado en el inciso segundo del artículo 46 de la Ley 1258 de 2008, solo cobija a las llamadas sociedades unipersonales constituidas conforme el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006.

Oficio 220-081222 de 5 de junio de 2009

Sociedad por acciones simplificada, S.A.S. - Imposibilidad del anonimato de los accionistas - Régimen tributario.

Me refiero a su escrito mediante el cual, aludiendo al tipo de sociedades por acciones simplificadas, S.A.S., consulta *«...con cuántos socios mínimos se puede constituir un tipo de sociedad de la referencia y si los mismos pueden estar anónimos como en otros países. Igualmente el impuesto sobre la renta cuál es»*.

Sobre el particular, le informo que de conformidad con los artículos 1° y 5° de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, la cual en el primero de dichos artículos consagra que: *«La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos*

respectivos aportes», y en el segundo de los mismos señala que: «*La sociedad por acciones simplificada se creará mediante contrato o acto unilateral que conste en documento privado,…*» de lo cual claramente se infiere que dicho tipo societario podrá constituirse por una sola persona natural o jurídica, a través de un acto unilateral, o por varias de estas mismas, a través de un contrato.

Ahora, en cuanto a su inquietud relacionada con la posibilidad de que los accionistas de una sociedad por acciones simplificada «puedan estar anónimos», ésta no resulta clara acerca de si el anonimato a que alude se predica respecto a la sociedad como tal, o del Registro Mercantil; no obstante, esta oficina se referirá a ambas situaciones.

1. ANONIMATO FRENTE A LA SOCIEDAD.

Esta situación alude a la posibilidad de que las acciones puedan ser adquiridas por sujetos indeterminados, lo que propiciaría la libertad absoluta en la negociabilidad de las acciones, de tal suerte que la propiedad de las mismas resulte endilgable a su mero portador.

En cuanto a este primer evento, se tiene que del texto de la citada ley no se encuentra la posibilidad explícita de que los accionistas que conforman el capital de una Sociedad por Acciones Simplificada puedan optar por el anonimato frente a la sociedad. Tampoco puede interpretarse que la mencionada ley entrevea tal posibilidad.

Contrario sensu, el texto de la Ley 1258 de 2008, a pesar de que en su artículo 3° determina que la Sociedad por Acciones Simplificada es una sociedad de capitales, recoge la orientación del régimen francés, que sirvió de inspiración a la misma, en el reconocimiento del elemento intuitu personae que podría asumir esta nueva forma asociativa al consagrar facultades expresas para que estatutariamente se restrinja la libre negociación de las acciones con estipulaciones que van más allá del simple derecho de preferencia, como podrían reconocerse a las relativas a la autorización previa de las enajenaciones de acciones, la exclusión de accionistas por disposición estatutaria o por cambio de control respecto de una sociedad accionista, así como la

imposibilidad de transferir acciones durante un término máximo de diez años.

Refuerza lo expuesto, lo expresado por doctrinantes de la talla de Guyón para quien «*esta forma asociativa no debe ser utilizada sino por sujetos que se conozcan, se tengan confianza y compartan objetivos precisos (...). Ella facilita también la organización de grupos...*» (citado de YVES GUYON, op.cit., pág. 117) y de Cozian, para quien «*la intención del legislador es, en efecto, de asegurar el carácter cerrado de la sociedad, de conformidad con el elemento intuitus personae que se supone caracteriza las relaciones de los asociados entre sí.*» (op.cit., pág. 366).

Adicionalmente a lo manifestado, con el ánimo de establecer la posibilidad del anonimato de los accionistas de una sociedad por acciones simplificada a través del análisis de la restante normatividad que le resulta compatible, corresponde remitirse a la misma.

Así, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 45 de la referida ley de creación de las Sociedades por Acciones Simplificadas, a este nuevo tipo societario le resulta aplicable luego de dicha ley, una vez agotadas las disposiciones estatutarias, así como las normas propias de las sociedades anónimas, y siempre que no resulte contradictoria con su esencia, la normatividad que resulta general y de obligatorio cumplimiento para las sociedades previstas en el Código de Comercio; es decir, entiende esta oficina que, si bien estatutariamente las sociedades por acciones simplificadas gozan de gran libertad, ésta encuentra como limitante la normatividad que, sin contrariar su espíritu, resulta común y de obligatoria observancia para la generalidad de las sociedades previstas en el Código de Comercio.

Es así como, una vez consultada la normatividad pertinente, se considera que no resulta posible para ningún tipo societario de los dispuestos actualmente en la legislación nacional, que sus asociados se mantengan en el anonimato frente a la misma sociedad, restricción que se extiende, incluso, respecto del tipo de las sociedades anónimas, en las cuales, si bien sus accionistas gozan de anonimato frente a

terceros ajenos a la compañía, resultan plenamente identificables frente a los administradores y el revisor fiscal de la compañía, así como frente a los demás accionistas quienes en virtud del derecho de inspección pueden acceder, en su oportunidad, a la información contenida en el Libro de Registro de Accionistas.

Tal imposibilidad deriva de la ley, la cual, de una parte, exige que para la constitución de una sociedad se identifique plenamente a quienes se asocian (Num. 1°, artículo 110 del Código de Comercio), de otra, hace obligatorio a todas las sociedades llevar un libro en el que se determine permanentemente la propiedad del ente, el movimiento de sus aportes y las restricciones que pesen sobre éstos (Num. 3°, Art. 125, Decreto 2649 de 1993), obligación explícita para las sociedades anónimas conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 195 del Código de Comercio.

Así como sobre la restricción que surgió a partir de la vigencia del Decreto 1900 de 1973 (Art. 45), el cual puso en vigencia el artículo 45 de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, para la existencia de acciones al portador, cuyas fundadas razones pueden ser consultadas en el texto de los antecedentes del referido acuerdo.

En conclusión, en criterio de esta oficina, no resulta viable el anonimato frente a la sociedad de los accionistas de la sociedad por acciones simplificada.

2. ANONIMATO FRENTE A TERCEROS AJENOS A LA SOCIEDAD. REGISTRO MERCANTIL

El numeral 3° del artículo 86 del Código de Comercio, establece como función de las Cámaras de Comercio certificar sobre los actos y documentos que por ley deban ser inscritos en el registro mercantil. En la medida en que determinados actos o documentos relativos a una sociedad se encuentren inscritos en el Registro Mercantil, cualquier persona podrá solicitar a la cámara de comercio respectiva que certifique sobre ellos de la manera prevista en el Código de Comercio.

Ahora, la propiedad accionaria dentro de una sociedad por acciones no está sujeta por la ley a asentamiento en el Registro Mercantil, por ende, así como sucede con las sociedades del tipo de las anónimas, la composición accionaria de las sociedades por acciones simplificadas tampoco será objeto de certificación por parte de las cámaras de comercio, consiguiéndose así un anonimato frente a los terceros ajenos a las compañías.

Por último, en lo relacionado con el régimen tributario al cual se sujetan las sociedades por acciones simplificadas, se tiene que según lo dispone el artículo 3° de la mencionada Ley 1258, éste será el mismo aplicable a las sociedades anónimas, ésto quiere decir, que de conformidad con el Estatuto Tributario (Art. 14), la sociedad por acciones simplificada se encuentra gravada bajo el principio de renta mundial, rentas y ganancias ocasionales tanto de fuente nacional como de fuente extranjera, sin perjuicio de que los accionistas paguen el impuesto correspondiente a sus acciones y dividendos.

Oficio 220-081657 de 9 de junio de 2009

La formación y funcionamiento de empresas de servicios públicos domiciliarios como sociedades por acciones simplificadas - Prevalencia de la Ley 142 de 1994 sobre la Ley 1258 de 2008

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad, por medio del cual hace mención de algunas disposiciones de la Ley 142 de 1994 sobre empresas de servicios públicos domiciliarios, particularmente los artículos 17, 19, 19.9., 19.12., 19.16. y 20.1., y formula varios interrogantes relacionados con la posibilidad de que dichas empresas adopten la forma de sociedad por acciones simplificada.

Previo a dar respuesta a sus interrogantes, viene al caso poner de presente lo que acerca del tema materia de consulta, manifestó esta

Superintendencia mediante Oficio 220-057310 del 25 de marzo de 2009, a saber:

«Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que a través de la Ley 1258 de 2008, se creo un nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificada -S.A.S., estructura jurídica que puede ser utilizada para adelantar diferentes actividades económicas, entre ellas la de prestar servicios públicos domiciliarios.

Por lo anterior, la constitución de una empresa prestadora de servicios públicos utilizando la forma de una Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la expedición de la citada Ley 1258, puede realizarse mediante documento privado, salvo el caso en que los activos aportados a la sociedad comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, dado que en dicho evento la constitución de la sociedad deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes (parágrafo 2 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008).

Es decir que en principio una empresa de servicios públicos domiciliarios puede funcionar bajo el ropaje de Sociedad por Acciones Simplificada.

No obstante lo anterior, debe enmarcarse dentro de las limitaciones propias que establece la regulación especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios, esto es, la Ley 142 de 1994, la cual prevalece sobre la normatividad general, entre la cual se incluye la Ley 1258 de 2008.

Por lo anterior, en los eventos que se pretenda constituir una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, adoptando la estructura jurídica de la Sociedad por Acciones Simplificada, es necesario que se observe las siguiente jerarquía de normas para incluir las disposiciones de contenido imperativo en el contrato social, a saber:

En primera instancia están las normas previstas en la Ley 142 de 1994, en especial las contenidas en el Artículo 19 - Régimen Jurídico

de Las Empresas de Servicios Públicos. En lo no previsto en dicha normatividad, deberá aplicarse lo estipulado en la Ley 1258 de 2008, siempre que no sea contrario a la naturaleza de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios

Y, finalmente de conformidad con lo ordenado en el numeral 19.15 de la Ley 142 mencionada, en concordancia con lo estipulado en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, en lo no regulado por las disposiciones prenombradas, deberá estarse a lo reglado en el Código de Comercio para las sociedades anónimas y en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen las sociedades previstas en el Código de Comercio.

Con fundamento en los párrafos precedentes, en opinión de este Despacho, en razón de la normatividad especial que regula las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, esto es, la Ley 142 de 1994 y sus Decretos reglamentarios, es necesario que en el evento que se decida adoptar la forma de Sociedad por Acciones Simplificada, esta deba ser constituida por mas de un socio, en razón a que de conformidad con lo previsto en el artículo 19.12 ídem «en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista», la compañía estaría incursa en causal de disolución. En consecuencia las E. S. P. no pueden ser unipersonales, esto es, pertenecer a un solo asociado.

En conclusión, si bien las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar la forma o estructura de Sociedad por Acciones Simplificada, no deben ser constituidas por acto unilateral, pues el capital no puede pertenecer a un solo socio, toda vez que esto generaría que la sociedad surja a la vida jurídica en causal de disolución.»

Del concepto transcrito se desprende, por regla general, que tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios que adopten la forma de sociedades por acciones simplificadas, prevalecen las disposiciones especiales de la Ley 142 de 1994 sobre la Ley 1258 de 2008. Bajo esta premisa se pasa ahora a dar respuesta a las preguntas formuladas.

1. «Las empresas de servicios públicos pueden revestir la forma de Sociedades por Acciones Simplificadas ya que el artículo 3º de la Ley 1258 de 2008 establece que la naturaleza de estas sociedades es la de sociedades de capitales, con lo cual se estaría dando cumplimiento a lo señalado en el artículo 17 de la ley 142 de 1994.»

En razón a que las empresas de servicios públicos deben adoptar la forma jurídica de sociedad por acciones, y teniendo en cuenta que la sociedad por acciones simplificada como su nombre lo indica es un tipo social por acciones, es jurídicamente viable que una empresa de servicios públicos revista la naturaleza de sociedad por acciones simplificada.

2. «De ser posible la constitución de empresas de servicios públicos a través de las S.A.S., ¿como deben interpretarse las siguientes normas?:

El numeral 19.9 del artículo 19 antes transcrito establece que los accionistas deben emitir tantos votos como correspondan a sus acciones (voto singular) y que debe existir la pluralidad en la toma de decisiones; mientras que la Ley 1258, señala la posibilidad del voto múltiple (artículo 11) y la toma de decisiones por el voto de un número singular de accionistas (artículo 22). En virtud de lo anterior se pregunta ¿podría la asamblea de accionistas de una empresa de servicios públicos adoptar decisiones por un número singular de accionistas? Y ¿un accionista de una ESP podría tener más votos de los que corresponden a sus acciones?

Establece el artículo 1º. de la Ley 1258 que las SAS pueden constituirse con uno o varios accionistas, por su parte el numeral 19.12 del artículo 19 señala que una de las causales de disolución es que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista. Por lo anterior se pregunta ¿Seguiría vigente la causal establecida en la ley 142 para una empresa de servicios públicos constituida como SAS?

El artículo 25 parágrafo de la Ley 1258 señala que la junta directiva podrá elegirse por sistema de cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos, mientras que el

numeral 19.16 del artículo 19 de la ley 142 indica que las juntas directivas de las ESP debe ser directamente proporcional a la propiedad accionaria. Por lo que se pregunta ¿Podía una ESP que se constituya como SAS tener una junta directiva que no sea directamente proporcional a la propiedad accionaria?

El numeral 20.2 del artículo 20 de la Ley 142 que una ESP debe tener como mínimo 2 accionistas, por su parte el artículo 1º. Señala que las SAS pueden constituirse con uno o más accionistas, en tal virtud se pregunta ¿Puede una ESP constituida como SAS tener solo un accionista?»

Las respuestas a estas inquietudes se efectúan bajo la premisa arriba señalada, valga reiterar, la prevalencia de la Ley 142 de 1994 sobre la Ley 1258 de 2008 en lo que a empresas de servicios públicos como sociedades por acciones simplificadas se refiere. Así tenemos:

No resulta jurídicamente posible que la asamblea de accionistas de una empresa de servicios públicos domiciliarios que revista la naturaleza de sociedad por acciones simplificada, adopte decisiones con un número singular de accionistas, en razón a que para tal efecto el artículo 19.9. de la Ley 142 de 1994, el cual prevalece sobre el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008, exige el requisito de la pluralidad de asociados. Así mismo, tampoco es posible desde el punto de vista normativo, que el accionista de una empresa de servicios públicos que comporte la forma de sociedad por acciones simplificada, emita mas de un voto por cada acción que posea, pues el citado artículo 19.9. solo confiere voto singular a los accionistas de tales empresas, lo que excluye la posibilidad de consagrar voto múltiple en los términos del artículo 11 de la Ley 1258 de 2008.

El hecho de que el artículo 1º de la Ley 1258 de 2008, contemple la viabilidad de crear sociedades por acciones simplificadas de un único accionista, y de que las empresas de servicios públicos puedan adoptar el ropaje jurídico de aquellas, no significa en manera alguna que hubiese perdido vigencia la causal de disolución contenida en el artículo 19.12. de la Ley 142 de 1994 para las empresas de servicios

públicos, de tal suerte que estas se disolverán, entre otras causales, cuando la totalidad de sus acciones queden en cabeza de una sola persona.

Dada la preferencia de la citada Ley 142 respecto de la Ley 1258 de 2008 en lo que hace con empresas de servicios públicos estructuradas como sociedades por acciones simplificadas, se ha de indicar que en cuanto a la composición de la junta directiva, debe observarse lo reglado en el artículo 19.16. de la ley 142, de forma que la junta directiva debe ser directamente proporcional a la propiedad accionaria.

Por virtud de lo dispuesto en los artículos 19.12. y 20.1. de la Ley 142 de 1994, es claro que una empresa de servicios públicos que revista la forma de sociedad por acciones simplificada, no se puede constituir ni funcionar con un único accionista, o dicho de otras palabras, no pueden existir empresas de servicios públicos como sociedades por acciones simplificadas unipersonales.

Oficio 220-081824 de 9 de junio de 2009

Para enervar causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida o por reducción del número mínimo de asociados a través del mecanismo de la transformación en sociedad por acciones simplificada, las sociedades del Código de Comercio cuentan con seis meses

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad por medio del cual haciendo alusión al parágrafo del artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, plantea dos inquietudes relacionadas con la posibilidad de que las sociedades regidas por el Código de Comercio enerven la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida o por reducción de las pluralidades mínimas de asociados exigidas por la ley, mediante la transformación en sociedad por acciones simplificada.

Sobre el particular, es preciso en primer término traer a colación la normatividad que se relaciona con el tema materia de consulta.

Dispone el artículo 218 del Código de Comercio:

«La sociedad comercial se disolverá:

(...)

3. Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley.»

Por su parte consagra el artículo 220 del citado Código:

«Cuando la disolución provenga de causales distintas de las indicadas en el artículo anterior, los asociados deberán declarar disuelta la sociedad por ocurrencia de la causal respectiva y darán cumplimiento a las formalidades exigidas para las reformas del contrato social.

No obstante, los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal ocurrida y observando las reglas prescritas para las reformas del contrato, siempre que el acuerdo se formalice dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal.»

A su turno señala el parágrafo del artículo 35 de la Ley 1258 de 2008:

«Las causales de disolución por unipersonalidad sobrevenida o reducción de las pluralidades mínimas en los demás tipos de sociedad previstos en el Código de Comercio también podrán enervarse mediante la transformación en sociedad por acciones simplificada, siempre que así lo decidan los asociados restantes de manera unánime o el asociado supérstite.»

De las disposiciones que anteceden se desprende en primer lugar, que el precepto contenido en el parágrafo del artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, se aplica a las sociedades reguladas por el Código de Comercio, valga decir, colectivas, en comanditas, limitadas y anónimas. Dicho precepto se circunscribe a contemplar una nueva alternativa para que las referidas compañías puedan enervar la causal de disolución, consistente en la unipersonalidad sobrevenida o en la

reducción de las pluralidades mínimas de asociados (artículo 218 Num. 3° C.Co), sin que en manera alguna modifique lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 220 del Código de Comercio, en lo que al término legal para enervar causales de disolución se refiere.

En efecto, el parágrafo en estudio simplemente contempla un nuevo mecanismo para enervar la causal de disolución consagrada en el artículo 218 numeral 3° del estatuto Mercantil, cual es el de optar por transformar la sociedad tradicional en sociedad por acciones simplificada, considerando que este último tipo societario se puede crear y puede funcionar por uno o mas accionistas (artículo 1° Ley 1258 de 2008).

Conforme con lo antes expuesto, se pasa a dar respuesta a sus interrogantes como sigue:

- *«¿Debe interpretarse esa disposición considerando algún término de caducidad -implícito o explícito- para realizar la transformación en SAS? o ¿puede la sociedad en causal de disolución por unipersonalidad sobreviniente, intentar tal suerte de reforma en cualquier tiempo?»*

Para enervar la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida o por reducción del número mínimo de asociados a través del mecanismo de la transformación en sociedad por acciones simplificada (artículo 35 Parágrafo Ley 1258 de 2008), las sociedades comerciales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 220 del Código de Comercio, cuentan con un término de seis meses contado a partir de la ocurrencia de la causal.

- *«¿Ese remedio legal se puede aplicar solamente a las Sociedades que han quedado incursas en la causa de disolución por reducción de pluralidades mínimas o unipersonalidad sobreviniente a partir de entrada en vigor de la Ley SAS? o ¿Si esa causal de disolución se consolidó antes de la promulgación de la dicha Ley, podrá hoy invocarse el remedio de la transformación en SAS?»*

Como quiera que el parágrafo del artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, no hace distinción alguna en cuanto a si la causal a que alude dicho

parágrafo se configura antes o después de la entrada en vigencia de la referida ley, se ha de concluir que el remedio legal contenido en la norma en comento puede ser adoptado tanto por sociedades que presentaron la causal de disolución antes de la entrada en rigor de la Ley 1258 de 2008, como por aquellas en donde la causal se hubiere producido después de la vigencia de la ley en mención, siempre que se esté dentro de los seis meses que otorga el artículo 220 del Código de Comercio para enervar la causal de disolución.

Oficio 220-085176 de 22 de junio de 2009

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008) - Creación estatutaria de acciones de titular específico

Me refiero a su escrito, por medio del cual consulta si *«Tratándose de las sociedades por acciones simplificada, ¿Es posible pactar estatutariamente una determinada clase de acciones cuyas atribuciones estén dadas exclusivamente a un titular específico de ellas, es decir, pactar que en caso de venta o fallecimiento del titular de dichas acciones, las acciones pierdan su naturaleza y se conviertan en acciones ordinarias de manera automática?»*

Previo a dar respuesta a la pregunta formulada, es preciso transcribir el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, el cual dispone:

«Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.

Al dorso de los títulos de acciones, constarán los derechos inherentes a ellas. (...)»

De la norma que antecede se observa que el legislador confirió libertad para contemplar en las sociedades por acciones simplificadas diversas

clases y series de acciones, incluso distintas a las ya existentes y reguladas en el ordenamiento jurídico mercantil con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008, libertad que se concreta en la posibilidad de fijar los derechos y restricciones que los accionistas en ejercicio de la autonomía de la voluntad y sin perjuicio de las normas de orden público y las buenas costumbres (artículo 16 C. C.), consideren deben operar en la respectiva nueva clase de acciones de que se trate.

De allí que resulte viable pactar en los estatutos de una sociedad por acciones simplificada, tal como se plantea en la consulta, una clase de acciones cuyo titular sea una determinada persona, en donde la naturaleza y los derechos conferidos a dicha clase de participaciones se conserven en la medida en que las mismas sigan perteneciendo al propietario específico, de suerte que si éste deja de hacer parte de la sociedad, bien por la venta total de sus acciones o por causa de su fallecimiento, las acciones se conviertan automáticamente en acciones de naturaleza ordinaria. Para ello se habrá de regular la forma en que efectivamente opera la conversión, particularmente en lo que tiene que ver con la modificación del libro de registro de acciones (artículo 195 Inc. 2° C.Co), el cambio de los títulos de acciones (artículo 399 Ibídem), y la modificación de la cláusula del capital si a ello hubiere lugar, si consideramos que esta debe reflejar la clase, número y valor nominal de las acciones en que se divide el capital (artículo 5° Num. 6° Ley 1258 de 2008).

Es de anotar que en lo que respecta a los títulos de acciones, éstos deben hacer alusión a los derechos que confieren las acciones de titular específico, así como al cambio de su naturaleza en ordinarias cuando ocurra la condición anteriormente referida, esto es, venta de la totalidad de las participaciones de capital o muerte del propietario de las mismas.

Ahora bien, es importante consagrar en los estatutos que el accionista titular de las comentadas acciones, al tiempo de procurar su negociación deba hacer la advertencia de que enajena es acciones

ordinarias y no acciones especiales, a efecto de que quien adquiera las participaciones de capital tenga certeza de los derechos que le van a corresponder como accionista en la compañía, valga reiterar, derechos de carácter ordinario.

Igualmente, resulta pertinente indicar estatutariamente que ante la eventualidad de la adjudicación en proceso sucesoral de las acciones de titular específico, los adjudicatarios solo están llamados a recibir acciones ordinarias, sin perjuicio, claro está, de los beneficios económicos que ya se hubiesen causado por razón de las acciones especiales, los que en todo caso y por virtud de las disposiciones de orden público relativas a la sucesión por causa de muerte (Código Civil Libro Tercero), le han de corresponder a los sucesores del accionista fallecido.

En síntesis, en opinión de este Despacho, resulta posible establecer en los estatutos de una sociedad por acciones simplificada, una categoría de acciones cuyo titular sea una persona o personas específicas, categoría cuya naturaleza se convierta en ordinaria una vez el propietario específico deje de pertenecer a la compañía por razón de la venta de la totalidad de sus participaciones o por causa de su fallecimiento.

Oficio 220-085649 de 26 de junio de 2009

Sociedad por acciones simplificada - Es viable enervar la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida, mediante la transformación en S.A.S (Artículo 35, parágrafo de la Ley 1258 de 2008) - Expedición y contenido de los títulos de acciones

Me refiero a sus escritos, por medio de los cuales formula algunas preguntas relacionadas con la transformación de una sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital quedó en cabeza de una sola persona, a sociedad por acciones simplificada.

Sobre el particular, y dado que de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 35 de la Ley 1258 de 2008, resulta viable en una sociedad de responsabilidad limitada, enervar la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida, mediante la transformación en sociedad por acciones simplificada, es preciso manifestarle, en primer término, que la transformación implica que se reúnan los requisitos exigidos en la citada ley para el nuevo tipo de sociedad, entre los que se encuentran el relativo a la conformación del capital por acciones (artículo 5° Num. 6° Ley 1258 de 2008). De esta suerte es claro que al elaborar los estatutos de la nueva forma de sociedad que se adopta, esto es, sociedad por acciones simplificada, se debe establecer el capital autorizado, suscrito y pagado, en donde estos últimos deben equivaler al capital social que se tenía en la sociedad limitada, y en donde el primero habrá de ser el que determine el único socio, pudiendo ser igual o superior al capital suscrito.

Sentado lo anterior, y bajo la premisa consistente en que en lo no previsto en la Ley 1258 de 2008 para las sociedades por acciones simplificadas, se ha de acudir a las disposiciones legales que regulan las sociedades anónimas (artículo 45 Ley 1258 de 2008), se pasa a dar respuesta a sus interrogantes como sigue:

- *«¿Cuál debe ser el procedimiento para crear los títulos de las acciones?»*

En este punto, se ha de señalar que la creación de los títulos de acciones en una sociedad por acciones simplificada, se encuentra a cargo de la propia compañía, teniendo en cuenta para tal efecto lo que resulte pertinente del contenido a que alude el artículo 401 del Código de Comercio. Así, los títulos deben hacer mención del nombre de la sociedad, de su domicilio, del documento privado o público de constitución según el caso, del número de acciones representado en cada título, de la clase y valor nominal de las acciones, de la limitación a la negociabilidad de las mismas si fuere el caso, del nombre del titular y de los derechos que las acciones le confieran a este, de acuerdo a la categoría de acciones contemplada en los estatutos de la respectiva sociedad (artículo 10 Ley 1258 de 2008).

- *«¿Se necesita autorización de la Superintendencia de Sociedades para emitir los títulos de las acciones?»*

Bajo el entendido de que la pregunta hace alusión a la expedición de los títulos de acciones, se ha de manifestar que no se requiere autorización de la Superintendencia de Sociedades para expedir los mismos en las sociedades por acciones simplificadas, pues no existe disposición legal que así lo exija.

- *«Si el valor de las acciones han sido pagadas, ¿pueden emitirse sólo al portador o deben ser nominales?»*

A este respecto es de anotar que en Colombia sólo son permitidas las acciones nominales (Decisión 24. D. 1900/73 artículo 45), de tal suerte que en una sociedad por acciones simplificada no pueden existir acciones al portador.

- *«¿Al ser un solo socio capitalista se emite un solo título que tenga las 100 acciones o simplemente se emiten 100 títulos individuales por acción?»*

En atención a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 401 del Código de Comercio, aplicable en lo pertinente a las sociedades por acciones simplificadas por mandato del artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, se ha de indicar que en el caso planteado puede existir un solo título representativo de todas las acciones, o un título por cada acción.

Oficio 220-087094 de 2 de julio de 2009

Emisión y colocación de acciones y demás valores en sociedades por acciones simplificadas

Me refiero a sus escritos, en el primero de ellos en el que formula diez interrogantes y en el segundo de los mismos en donde plantea siete inquietudes, en ambos casos relacionadas con la emisión y colocación de acciones en las sociedades por acciones simplificadas.

Sobre el particular, sea lo primero poner de presente que esta Oficina se ocupará de las preguntas que resultan de competencia de la Superintendencia de Sociedades, de forma tal que respecto de aquellos interrogantes relativos al mercado de valores, habrá de estarse a lo manifestado por la Superintendencia Financiera de Colombia en los pronunciamientos que dicho Organismo emitiera en respuesta a las mismas consultas presentadas por usted ante esa Superintendencia, pronunciamientos allegados a este Despacho mediante la radicación 2009-01-189211 del 19 de junio de 2009.

PRIMERA CONSULTA (Radicación 2009-01-142866)

1. *«Una S.A.S., ajustada a los lineamientos de la ley 1258 de 2008, cuyo objeto sea emitir acciones sin derecho a voto, para luego invertir dichos recursos en forma conjunta en el mercado de valores (público o privado) y repartir las utilidades entre esta clase de inversionistas, ¿puede desarrollar libremente esta actividad o debe cumplir algún requisito ante esa Superioridad o ante la Superintendencia Financiera?»*

Con relación a este cuestionamiento, es preciso en primer término aclarar que no resulta jurídicamente viable que una sociedad, independientemente del tipo societario de que se trate, contemple como objeto social el emitir acciones de la misma compañía, en razón a que la emisión y colocación de acciones constituye es un mecanismo de capitalización de la sociedad, encaminado a la consecución de recursos para la realización de la actividad económica.

Confirma lo anterior lo reglado en el artículo 83 del Decreto 2649 de 1993, a cuyo texto:

«El capital representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el animo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores. (...)».

De la norma transcrita es claro que los aportes que efectúan los asociados de una compañía, por ejemplo mediante la suscripción de acciones en los procedimientos de emisión y colocación, tienen por finalidad la obtención de recursos por parte del ente económico para la realización de la actividad empresarial. De allí que no sea lógico ni jurídico que una sociedad consagre como su objeto social la emisión y colocación de sus propias acciones, pues sería tanto como decir que los socios realizan sus aportes para que con los recursos provenientes de los mismos la empresa adelante otros procedimientos de colocación.

Efectuada la aclaración que antecede, y bajo el presupuesto de que en el caso planteado en la consulta, el objeto social que pretende adelantar la sociedad por acciones simplificada, es la inversión de los recursos de la compañía en el mercado de valores, se ha de señalar que en cuanto a la pregunta de sí la sociedad puede desarrollar libremente la referida actividad y si debe cumplir algún requisito ante esta Superintendencia, es de anotar que este Despacho considera que la absolución al comentado interrogante debe corresponder a la Superintendencia Financiera de Colombia, como quiera que el mismo alude a la inversión en el mercado de valores, materia esta de competencia de la referida Entidad.

Adicionalmente, por no ser de competencia de la Superintendencia de Sociedades los asuntos atinentes al mercado de valores, la misma no cuenta con la posibilidad de establecer si la denominada operación de inversión de recursos en el referido mercado, implica el desarrollo de alguna de las actividades previstas en el artículo 3° de la Ley 964 de 2005. No obstante, si se llegara a tal conclusión, se tendría que

afirmar, con base en lo manifestado por la Superintendencia Financiera de Colombia en el Oficio del 17 de junio de 2009, radicación número 2009030292-004, que la sociedad por acciones simplificada no estaría facultada para adelantar como objeto social la inversión de recursos en el mercado de títulos regulado por la citada Ley 964, en la medida en que, en palabras de la autoridad financiera de supervisión, las SAS legalmente no pueden ejercer actividades del mercado de valores.

Ahora bien, tratándose de la emisión de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto que realice una sociedad por acciones simplificada, no como objeto social sino como mecanismo de capitalización, es de advertir que tal operación requiere de autorización previa de la Superintendencia de Sociedades, únicamente en el evento de que se trate de sociedades por acciones simplificadas vigiladas por este Organismo, por causales de vigilancia distintas a las consagradas en el artículo 1° del Decreto 4350 de 2006 (artículos 84 Num. 9° Ley 222 de 1995 y 6 Lit. e) Decreto 4350 de 2006).

2. *«¿Cuál es la regulación aplicable a la oferta privada de valores, mencionada en el literal b del parágrafo del Art.1 del D 1981/88? ¿Cómo debe entenderse o distinguirse por las S.A.S.?»*

Sobre este particular habrá de estarse a lo manifestado por el Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la Actividad Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia, en Memorando del 1 de junio de 2009, Radicación interna número 2009030292-003-000.

3. *«¿Las S.A.S. para colocar las acciones u otros valores que emitan pueden hacerlo a través de una oferta PÚBLICA? o ¿a través de una oferta PRIVADA? ¿Cuál sería la regulación aplicable?»*

En este punto es preciso traer a colación lo que acerca del presente cuestionamiento manifestó la Superintendencia Financiera, Delegatura para Emisores, portafolios de Inversión y otros Agentes, en Oficio del 17 de junio de 2009, radicación número 2009030292-004, a saber:

«Sobre el particular, el artículo 4° de la Ley 1258 de 2008 establece que, 'Las acciones y los demás valores que emita la sociedad por

acciones simplificada no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa', lo que implica que las SAS no podrán realizar oferta pública en el mercado de valores de sus títulos emitidos ni transarlos en un sistema de negociación, dado que el artículo 1.1.2.1. de la Resolución 400 de 1995, estipula que para ello las entidades deberán inscribirlos en el Registro Nacional de Valores y Emisores.

De esta forma, si una emisión de valores de las SAS llegara a configurar una oferta pública de valores en los términos de la Resolución 400, la sociedad deberá desistir de efectuarla en razón a que no tiene ni la capacidad legal ni la autorización para hacerlo. Es del caso precisar que cualquier oferta pública de valores requiere de la previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia en los términos del artículo 104 del Decreto 2150 de 1995, y que en caso contrario estas serán ineficaces de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se puedan imponer por tal hecho, según lo establece el artículo 49 y siguientes de la Ley 964 de 2005.

Así las cosas, cabe precisar que los valores que emitan las SAS solo podrán ser objeto de oferta privada, es decir, aquella que se dirija a noventa y nueve (99) personas determinadas o a los mismos accionistas de la empresa pero cuando estos sean menos de quinientos (500), (...)».

Del pronunciamiento que antecede, es claro que en razón a que la sociedad por acciones simplificada no puede inscribir sus acciones y demás valores en el Registro Nacional de Valores y Emisores (artículo 4° Ley 1258 de 2008), la misma no puede realizar oferta pública de acciones ni de otros valores, pues para tal efecto se requiere precisamente haber inscrito los títulos respectivos en el mencionado Registro. De esta suerte, los valores que emita una sociedad por acciones simplificada solo podrán colocarse mediante oferta privada.

En lo que respecta a la regulación aplicable a la emisión y colocación de acciones de una sociedad por acciones simplificada, se ha de tener en cuenta lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, el cual dispone:

«Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.

Al dorso de los títulos de acciones, constarán los derechos inherentes a ellas.»

Del inciso primero de este precepto, se infiere que para la emisión y colocación de acciones de sociedades por acciones simplificadas, se han de tener en cuenta los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas, de tal forma que tratándose de acciones reguladas por el ordenamiento jurídico mercantil con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008, valga decir, acciones ordinarias, de goce o industria, privilegiadas, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, es preciso observar lo dispuesto en los artículos 380 y siguientes del Código de Comercio para las tres primeras categorías de acciones mencionadas, en tanto que para la última de las mismas se habrán de tener en consideración los artículos 61 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

En este punto es necesario advertir que si bien para la emisión y colocación de acciones de sociedades por acciones simplificadas, se aplican, por regla general, las referidas disposiciones del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995, tal hecho no impide que para la suscripción y pago del capital se puedan establecer condiciones, proporciones y plazos distintos a los previstos en las citadas normas de sociedades anónimas, de conformidad con lo previsto por el inciso primero del artículo 9° de la Ley 1258 de 2008.

Ahora bien, en lo que toca con las acciones de pago y con las acciones con dividendo fijo anual, así como con las nuevas clases de acciones que en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada reconocido en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, se creen en las sociedades por acciones simplificadas, se ha de indicar que como quiera que no existen disposiciones legales que regulen tales acciones,

la emisión y colocación de las mismas habrá de sujetarse a lo que se reglamente sobre dicho particular en los estatutos de la respectiva sociedad por acciones simplificada, reglamentación en la que en todo caso no se podrán desconocer normas de naturaleza legal en las que estén involucrados el orden público y las buenas costumbres (artículo 16 C.C.).

4. *«Los procesos de emisión y colocación de acciones y demás valores no inscritos en el R.N.V. y E. que efectúen las S.A.S. están regulados exclusivamente por la Ley 1258/08, que conduce a la libertad contractual de las partes? Las S.A.S. están o no sujetas, total o parcialmente, a las disposiciones contenidas en la Ley 964 de 2005 y/o en la Resolución 400 de 1995, aplicables al mercado de títulos inscritos en el R.N.V. y E. (mercado público).»*

Con relación al primer interrogante, estése a lo manifestado en la respuesta inmediatamente anterior. Y en lo que se refiere al segundo de los mismos, se ha de tener en cuenta lo dicho por la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Emisores, portafolios de Inversión y otros Agentes, en el Oficio del 17 de junio de 2009, radicación número 2009030292-004, en donde con relación a la emisión de acciones y demás valores de las sociedades por acciones simplificadas, manifestó que las mismas *«no estarán sujetas ni total ni parcialmente a las disposiciones contenidas en la Ley 964 de 2005 ni a la Resolución 400 de 1995 en la medida en que legalmente no pueden ejercer actividades del mercado de valores».*

5. *«Para la negociación de valores inscritos en el R.N.V. y E. la normatividad vigente regula la 'oferta pública de valores'. ¿Estos valores inscritos pueden negociarse en el mercado a través de 'oferta privada' o ¿existe una 'oferta NO pública'? ¿Cuál es su regulación?»*

Toda vez que esta inquietud hace alusión a valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, tema de la órbita de competencia de la Superintendencia Financiera de Colombia, esta Oficina se abstiene de pronunciarse sobre el particular.

6. *«Las S.A.S. podrían colocar sus títulos en el mercado de valores de forma 'individual' o de 'forma masiva'; Cuáles son las normas que regulan a cada una?»*

Como quiera que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 1258 de 2008, las sociedades por acciones simplificadas no pueden inscribir sus acciones ni demás valores en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarlos en bolsa, en opinión de este Despacho no resulta jurídicamente posible que las mencionadas compañías coloquen sus títulos en el mercado de valores bajo ninguna modalidad.

Ahora bien, en cuanto a la normatividad que regula la colocación de títulos de forma individual y de forma masiva en el mercado de valores, esta oficina se abstiene de pronunciarse al respecto por no ser una materia propia de su competencia.

7. *«¿Cuáles son las diferencias entre colocación de valores a través de una 'oferta privada' o a través de una 'oferta pública'? ¿Se predica alguna de ellas para la negociación o colocación de títulos NO INSCRITOS en el R.N.V. y E? ¿Para la colocación de este tipo de valores pueden ser utilizadas indiscriminadamente las dos o una sola, cuál?»*

Tratándose del primer cuestionamiento, esto es, las diferencias existentes entre la colocación de valores a través de oferta pública o a través de una oferta privada, se ha de tener en cuenta lo expresado por la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Emisores, portafolios de Inversión y otros Agentes, en el Oficio del 17 de junio de 2009, radicación número 2009030292-004, en donde manifestó:

«Esta Superintendencia reitera que el tema de diferenciación de oferta pública y privada de valores ya ha sido resuelto, y que esta radica en fijar el número de destinatarios de los títulos, esto es, que serán los destinatarios de una emisión los que determinen si el ofrecimiento es público o no, y que en el caso de configurarse oferta pública, deberá estar precedida de la autorización de la Superintendencia Financiera

de Colombia, que consistirá en otorgarle simultáneamente la inscripción de los valores en el RNVE y la respectiva autorización para realizar la oferta pública.

En resumen, la oferta pública y privada está diferenciada por sus destinatarios, y que siempre que se de oferta pública los valores obligatoriamente deben estar inscritos en el RNVE, y eventualmente los títulos de una oferta privada podrán estar inscritos en el RNVE cuando estos se quieren negociar en un sistema de negociación, aún si su colocación se hizo por oferta privada.»

De lo antes expuesto se observa que el criterio a tener en cuenta para diferenciar una oferta pública de una oferta privada, es el relativo a los destinatarios de la oferta. Así, será oferta pública aquella que se dirija a personas no determinadas o a cien o más personas determinadas, y será oferta privada la dirigida a menos de cien personas o a los mismos accionistas de la sociedad emisora, siempre que sean menos de quinientos (500) asociados (artículo 1.2.1.1. Resolución 400 de 1995).

En punto de la segunda inquietud, valga decir, si se predica oferta pública o privada para la negociación y colocación de títulos no inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, se ha de señalar que bajo el entendido de que la pregunta alude a las acciones y demás valores que emitan las sociedades por acciones simplificadas (artículo 4° Ley 1258 de 2008), no resulta posible, tal como se indicó en la respuesta al numeral 3° de la consulta, que las referidas compañías realicen oferta pública de valores.

Lo que si es predicable para la colocación de acciones y valores de las sociedades por acciones simplificadas, es la denominada oferta privada, pero no aquella oferta privada cuyos títulos se inscriben en el comentado registro con el fin de que sean transados en un sistema de negociación (artículos 1.1.2.3. y ss. Resolución 400 de 1995), ya que, se insiste, los títulos que emitan las indicadas sociedades no pueden ser inscritos en el RNVE.

Finalmente, con relación a la tercera inquietud incluida en el numeral 7° que aquí se responde, se ha de anotar que la misma se entiende resuelta con lo manifestado en los párrafos anteriores.

8. *«¿Cuales serían las diferencias entre una oferta privada y una oferta pública de títulos INSCRITOS y cual la de títulos NO INSCRITOS en el R.N.V. y E.?»*

Tal como se expresó en el punto inmediatamente anterior, el criterio diferenciador entre oferta pública y oferta privada, lo constituye el número de destinatarios al cual vaya dirigida la oferta. En consecuencia, en concepto de esta Oficina no hay lugar a establecer una clasificación entre oferta pública y privada de títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, y una oferta pública y privada de títulos no inscritos en dicho registro.

9. *«A la luz del artículo 4 de la Ley 1258/08, las S.A.S. también pueden emitir BONOS y BOCEAS, ¿qué normatividad para la colocación de estos valores deben atender las S.A.S.? ¿Las S.A.S. pueden negociar estos valores a través de oferta pública o de una oferta privada? ¿Al emitir este tipo de valores estarían incursas en captación masiva y habitual? ¿Cómo se evitaría que estuvieran incursas en la figura?»*

En lo que toca con la primera pregunta, se ha de manifestar que para la emisión de bonos que efectúen las sociedades por acciones simplificadas, se debe tener en cuenta la normatividad consagrada en el Decreto 1026 de 1990. Y tratándose del segundo cuestionamiento, es preciso destacar que en razón a que las mencionadas compañías no están facultadas para llevar a cabo oferta pública de valores, las mismas solo podrán emitir y colocar bonos a través de oferta privada.

Por último, con relación a la pregunta atinente a si la emisión de bonos comporta una captación masiva y habitual, habrá de estarse a lo manifestado por el Grupo de Prevención y Control del Ejercicio Ilegal de la Actividad Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia, en Memorando del 1 de junio de 2009, Radicación interna número 2009030292-003-000, el cual es de su conocimiento.

10. *«¿Cuáles son las normas que deben atender las S.A.S. en la emisión de ACCIONES? Y cuáles en la emisión de BONOS? Y cuáles en la emisión de otros valores?»*

En punto de estos interrogantes, los mismos se encuentran resueltos en las respuestas a los numerales 3° y 9° de su consulta.

SEGUNDA CONSULTA (Radicación 2009-01-144589)

1. *«¿A la luz del art.1 de la Ley 35/93, el Estado solo interviene el mercado público de valores? ¿Existe a la luz de esta ley otro 'mercado no público de valores'? ¿Cuál sería su regulación? ¿Cómo se denomina el mercado de valores de títulos no inscritos en el R.N.V. y E? ¿Existe regulación por la colocación de acciones, bonos y otros valores en el mercado de títulos NO INSCRITOS en el R.N.V. y E.?»*

Respecto de estas preguntas, es de anotar que esta Superintendencia no cuenta con facultades para pronunciarse acerca de materias relativas a la intervención del Estado en el Mercado de valores, pues tales asuntos son del resorte de la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual mediante Oficio del 17 de junio de 2009, radicación número 2009031292-006 se manifestó sobre el particular.

No obstante lo anterior, se ha de poner de presente que la Superintendencia de Sociedades no tiene conocimiento de la existencia de un mercado de valores para títulos no inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, ni mucho menos de su supuesta denominación.

Y en lo que hace con la regulación de títulos no inscritos en el mencionado registro, para los fines de esta consulta las acciones y demás valores que emitan las sociedades por acciones simplificadas, remítase a lo manifestado en este oficio en respuesta a los numerales 3° y 9° de la primera consulta.

2. *«¿Las S.A.S. deben esperar alguna reglamentación del Gobierno Nacional para la colocación de sus valores? Lo anterior, no obstante, ¿la claridad y precisión de la Ley 1258, que no fija límites, ni permisos o*

autorizaciones previas, ni requisitos para la emisión y colocación de valores NO INSCRITOS en el R.N.V. y E.? Adicionalmente, ¿ningún aspecto de la Ley se deja para que sea reglamentado por el Gobierno Nacional?»

A este respecto se ha de tener en cuenta que de conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República: *«Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.»*

3. *«¿Se encuentra regulada la intervención del Gobierno Nacional en mercados de valores diferente al mercado público? ¿Requiere una ley especial para intervenir y regular mercados diferentes al público? ¿Cuál o como se de la intervención del Gobierno Nacional para el mercado de títulos NO INSCRITOS en el R.N.V. y E.? ¿Qué normas deben cumplir las S.A.S. para colocar sus valores en el mercado?»*

Sobre este particular se ha de indicar que esta Superintendencia no es la autoridad competente para pronunciarse acerca de la intervención del Gobierno Nacional en mercados de valores, razón por la cual se abstiene de emitir opinión alguna al respecto.

Ahora bien, en cuanto a las normas que se deben considerar para que las sociedades por acciones simplificadas coloquen sus valores en el mercado, una vez mas, habrá de estarse a lo expuesto por esta Oficina en las respuestas 3° y 9° de la primera consulta.

4. *«¿Cómo se denomina el mercado de valores dónde las S.A.S. pueden ofrecer sus títulos, no inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores, cuya emisión se encuentra autorizada sin restricción alguna por la Ley 1258?»*

Con relación a esta inquietud, estése a lo señalado en el segundo párrafo de la respuesta al primer interrogante de la segunda consulta.

5. *«¿A qué sanciones del Estado está expuesta una S.A.S. cuando emita o coloque sus títulos de manera irregular? ¿Qué normas de*

emisión y colocación de valores deben atender las S.A.S. para evitar incurrir en captación masiva y habitual?»

En cuanto al primer cuestionamiento, el que en opinión de este Despacho alude a la emisión de acciones de forma irregular en el mercado público de valores, es del caso remitirse al Oficio del 17 de junio de 2009, radicación número 2009030292-004, en el cual la Superintendencia Financiera de Colombia, Delegatura para Emisores, Portafolios de Inversión y otros Agentes, expresó:

«De esta forma, si una emisión de valores de las SAS llegara a configurar una oferta pública de valores en los términos de la Resolución 400, la sociedad deberá desistir de efectuarla en razón a que no tiene ni la capacidad legal ni la autorización para hacerlo. Es del caso precisar que cualquier oferta pública de valores requiere de la previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia en los términos del artículo 104 del Decreto 2150 de 1995, y que en caso contrario estas serán ineficaces de pleno derecho, sin perjuicio de las sanciones administrativas que se puedan imponer por tal hecho, según lo establece el artículo 49 y siguientes de la Ley 964 de 2005.»

Tratándose de las normas sobre captación masiva y habitual que deben ser tenidas en cuenta por las sociedades por acciones simplificadas, se han de considerar el Decreto 1981 de 1988 y el Decreto 4334 de 2008.

6. *«¿Cómo deben las S.A.S. emitir y colocar sus valores NO INSCRITOS en el R.N.V. y E. para evitar incurrir en captación masiva y habitual?»*

A este respecto remítase a lo que se dijo en la respuesta precedente.

7. *«¿Las S.A.S. cómo pueden ofrecer sus acciones y otros valores que emitan en el mercado? ¿A través de una oferta pública? ¿A través de una oferta privada? ¿Cuál es la regulación de la oferta privada o pública para la colocación de valores de las S.A.S.?»*

En este punto nuevamente habrá de estarse a lo expuesto por esta Oficina en respuesta a los numerales 3° y 9° de la primera consulta.

Oficio 220-097548 de 6 de julio de 2009

Transformación de una sociedad anónima que se encuentra en la Ley 550 de 1999 a una sociedad por acciones simplificada de la Ley 1258 de 2008

Me refiero a su escrito radicado en esta Entidad con el número 2009-01-167626, por medio del cual consulta si «*¿Una sociedad anónima, con junta directiva y revisor fiscal que se encuentra en la Ley 550 puede transformarse a sociedad anónima simplificada, eliminando su junta directiva y revisor fiscal?*»

Sobre el particular, y partiendo de la base de que la sociedad a que alude en su consulta se encuentra en ejecución de un acuerdo de reestructuración, es preciso manifestarle que si bien la ejecución del acuerdo no produce cambios ni en los estatutos de la sociedad ni en su administración y funcionamiento, conforme el artículo 34 numeral 10 de la Ley 550 de 1999, la misma no consagra disposición alguna que impida que una compañía en dicha etapa, pueda transformarse en otro tipo societario, por lo que se ha de concluir que resulta viable que una sociedad anónima en acuerdo de reestructuración se transforme en sociedad por acciones simplificada, salvo, claro está, que dentro de los términos y condiciones del propio acuerdo se hubiese incluido una cláusula que prohíba la transformación de la compañía en otra clase de sociedad.

Ahora bien, en lo que respecta a la posibilidad de eliminar de la estructura societaria a la junta directiva y al revisor fiscal, se ha de tener en cuenta que en punto del primero de los órganos mencionados, su existencia no resulta obligatoria en las sociedades por acciones simplificadas (artículo 25, Ley 1258 de 2008), y en cuanto al segundo de los mismos, su presencia en las referidas compañías solo es imperativa cuando se obtengan los montos de activos o ingresos previstos en el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 (artículo 1°, Decreto 2020 del 2 de junio de 2009).

Igualmente, será obligatoria la presencia del revisor fiscal en el nuevo tipo de sociedad adoptado (SAS), cuando así lo exija el comité de vigilancia en los términos del numeral 10 del artículo 34 de la Ley 550 de 1999.

Oficio 220-097635 de 6 de julio de 2009

Solución de conflictos societarios en la sociedad por acciones simplificada (artículo 40 Ley 1258 de 2008)

Me refiero a su escrito, por medio del cual formula dos interrogantes relacionados con la solución de conflictos societarios en las sociedades por acciones simplificadas.

Para dar respuesta a su consulta, resulta pertinente traer a colación el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, el cual dispone:

«*Resolución de Conflictos Societarios. Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral, incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos.*

Si no se pacta arbitramento o amigable composición, se entenderá que todos los conflictos antes mencionados serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario.»

Teniendo en cuenta esta disposición, y con base en el principio de interpretación según el cual, cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (artículo 27 C.C.), a continuación se pasa a dar respuesta a sus preguntas.

- *«La Ley 1258 de 2008 cuando reglamenta quienes son los competentes para dirimir conflictos que se presente o les otorga facultades como supersociedades para hacerlo, no habla de jueces de la república, entonces, ¿el juez puede también dirimir dichos conflictos?»*

De la lectura del artículo 40 arriba citado, se desprende que salvo que en los estatutos se hubiese pactado arbitramento o amigable composición, la solución de los conflictos en las sociedades por acciones simplificadas solo serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, de suerte que los jueces de la República no cuentan con facultades para tal fin.

- *«¿Cual es el procedimiento a seguir para acudir a Ustedes ante un conflicto con las SAS?»*

De conformidad con lo señalado expresamente en el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008, el procedimiento para dirimir ante la Superintendencia de Sociedades los conflictos surgidos en las sociedades por acciones simplificadas es el verbal sumario, regulado por el Código de Procedimiento Civil.

Oficio 220-099852 de 20 de julio de 2009

Emisión - Las acciones de pago en las sociedades por acciones simplificadas - S.A.S.

Me refiero a su escrito, por medio del cual poniendo de presente lo previsto en los artículos 9° y 10 de la Ley 1258 de 2008, plantea varios interrogantes relacionados con la emisión de acciones y con las acciones de pago en las sociedades por acciones simplificadas.

Sobre el particular, a continuación se pasa a dar respuesta a sus inquietudes en el orden en que fueron formuladas.

1. *«En el artículo 9 de la Ley 1258 de Diciembre de 2008, se dice 'La suscripción y pago del capital podrá hacerse en condiciones,*

proporciones y plazos distintos de los previstos en las normas contempladas en el Código de Comercio para las sociedades anónimas'. Dicho esto,

a) *¿Cuál es el procedimiento para la emisión de acciones en el caso de una Sociedad por Acciones Simplificada?*

b) *¿Debe la SAS presentar algún tipo de identificación suscrita por un revisor fiscal para la emisión de acciones, como en el caso de la sociedad anónima? ¿Basta con que dicho certificado lo suscriba el contador público? ¿Es este certificado necesario para la emisión de acciones?*

c) *¿Qué debe aparecer en el acta de emisión de acciones? ¿Y en la de suscripción?»*

Respuesta al literal a):

Con relación a la emisión y colocación de acciones en las sociedades por acciones simplificadas, es preciso tener en cuenta lo manifestado por esta Oficina en el Oficio 220-087094 del 2 de julio de 2009, a saber:

«(...), se ha de tener en cuenta lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, el cual dispone:

'Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.

Al dorso de los títulos de acciones, constarán los derechos inherentes a ellas.'

Del inciso primero de este precepto, se infiere que para la emisión y colocación de acciones de sociedades por acciones simplificadas, se han de tener en cuenta los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas, de tal forma que tratándose de acciones reguladas por el ordenamiento jurídico mercantil con anterioridad a

la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008, valga decir, acciones ordinarias, de goce o industria, privilegiadas, con dividendo preferencial y sin derecho a voto, es preciso observar lo dispuesto en los artículos 380 y siguientes del Código de Comercio para las tres primeras categorías de acciones mencionadas, en tanto que para la última de las mismas se habrán de tener en consideración los artículos 61 y siguientes de la Ley 222 de 1995.

En este punto es necesario advertir que si bien para la emisión y colocación de acciones de sociedades por acciones simplificadas, se aplican, por regla general, las referidas disposiciones del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995, tal hecho no impide que para la suscripción y pago del capital se puedan establecer condiciones, proporciones y plazos distintos a los previstos en las citadas normas de sociedades anónimas, de conformidad con lo previsto por el inciso primero del artículo 9º de la Ley 1258 de 2008.

Ahora bien, en lo que toca con las acciones de pago y con las acciones con dividendo fijo anual, así como con las nuevas clases de acciones que en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada reconocido en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, se creen en las sociedades por acciones simplificadas, se ha de indicar que como quiera que no existen disposiciones legales que regulen tales acciones, la emisión y colocación de las mismas habrá de sujetarse a lo que se reglamente sobre dicho particular en los estatutos de la respectiva sociedad por acciones simplificada, reglamentación en la que en todo caso no se podrán desconocer normas de naturaleza legal en las que estén involucrados el orden público y las buenas costumbres (artículo 16 C.C.).»

De lo antes expuesto se puede concluir que en punto del procedimiento para la emisión de acciones en las sociedades por acciones simplificadas, el mismo dependerá de la clase de acciones que se vayan a emitir, de acuerdo a lo manifestado en el oficio que se acaba de transcribir.

Respuesta al literal b):

Sobre el tema a que alude este literal, es preciso señalar que ninguna disposición legal exige para la emisión de acciones, ni en las sociedades por acciones simplificadas ni en las sociedades anónimas, una certificación suscrita por revisor fiscal.

Lo que sí es requerido a las sociedades por acciones, entre las que naturalmente se incluyen las sociedades por acciones simplificadas, es la inscripción en el registro mercantil del aumento del capital suscrito y del monto del capital pagado, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1154 de 1984, el cual dispone:

«Para los efectos del artículo 376 del Código de Comercio, las sociedades por acciones deberán inscribir en el registro mercantil los aumentos del capital suscrito, dentro del mes siguiente al vencimiento de la oferta para suscribir. Así mismo, deberá registrarse el monto del capital pagado, dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo para el pago de las acciones suscritas o al término de la oferta de suscripción, según se trate.

Para tal fin se inscribirá en la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar del domicilio principal de la sociedad, una certificación suscrita por el revisor fiscal.»

Ahora bien, aplicado este precepto a las sociedades por acciones simplificadas, se ha de advertir que como quiera que estas solo se encuentran obligadas a tener revisor fiscal cuando cumplan con los montos de activos o ingresos previstos en el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 (artículo 1º Decreto 2020 de 2009), la certificación para inscribir en el registro mercantil los aumentos de capital suscrito o del monto del capital pagado, en aquellos eventos en los que la sociedad no cuente con revisor fiscal, habrá de ser suscrita por contador público independiente (artículo 3º Ibídem).

Respuesta al literal c):

En lo que hace con el contenido del acta de emisión de acciones, el mismo dependerá de lo que se establezca por el órgano competente en cada sociedad.

Y en lo que tiene que ver con la que usted denomina acta de suscripción, se ha de indicar que en los procedimientos de emisión y colocación de acciones en las sociedades comerciales, no hay lugar a hablar de dicha acta, pues la suscripción de acciones es un contrato por el cual, de una parte, una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos, y de otra, la compañía se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente (artículos 384 C.Co y 45 Ley 1258 de 2008). En otras palabras, la suscripción de acciones se plasma es en un contrato y no en un acta de los órganos sociales.

2. «*En el articulo 10 de la Ley 1258 de Diciembre de 2008, se dice 'Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas: (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago'. Dicho esto,*

a) Cuando se emiten acciones de pago, ¿Tienen los demás accionistas derecho de preferencia para dicha suscripción?

b) ¿Pueden las acciones de pago ser convertibles en acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto?

c) ¿Pueden las acciones de pago incluir cláusulas que permitan a la sociedad re-comprar la acción? En este caso, ¿puede la acción incluir una cláusula donde se determine de antemano el precio y fecha de re-adquisición de la acción?

d) ¿Pueden las acciones de pago incluir una cláusula de extinción en un tiempo determinado, por ejemplo al año de ser adquiridas todos los derechos de dichas acciones caducan?

e) ¿Pueden las acciones no tener derecho a voz? ¿Pueden las acciones no tener derecho a voto?

f) ¿Pueden las acciones de pago sólo dar derecho a recibir utilidades? De ser así, ¿pueden las acciones de pago sólo a dar derecho a recibir utilidades durante un tiempo determinado, por ejemplo de un año concreto?

g) ¿Pueden emitirse acciones de pago con prima de emisión?»

Respuesta:

Antes de entrar a resolver cada uno de estos cuestionamientos, resulta pertinente detenerse en qué son las acciones de pago y cuál es la finalidad perseguida por las mismas. A este respecto, esta Superintendencia en el Oficio 220-057310 del 25 de marzo de 2009, expresó:

«*En relación con las acciones de pago, la exposición de motivos expresa: 'Se incluye la posibilidad de establecer la figura, de las acciones de pago, lo cual le permitirá a la sociedad remunerar la actividad de los administradores o de cualquier otra persona que le preste servicios, mediante la emisión de acciones de la compañía. En caso de ser utilizadas frente a obligaciones laborales, se deberán cumplir los estrictos y precisos límites previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para el pago en especie.'*[26] (Subrayado fuera de Texto)

De lo anterior podemos decir, que las acciones de pago son aquellas que son emitidas con el fin de honrar obligaciones entre ellas las laborales, por los servicios prestados a la compañía por los administradores o de otra persona en particular.»

Entendida la razón de ser de las denominadas acciones de pago, se pasa ahora a absolver cada una de sus preguntas.

26 Gaceta del Congreso 390 del 27 de junio de 2008, Página 27.

Respuesta al literal a):

Teniendo en consideración que de una parte, las acciones de pago están destinadas a remunerar la actividad de los administradores o empleados de la sociedad o de otras personas que le presten servicios a ella, y de otra que la suscripción de acciones implica el efectuar aportes a la sociedad para poder obtener la calidad de accionista (artículos 384 C.Co y 45 Ley 1258 de 2008), se ha de señalar que en punto de las acciones de pago no se puede hablar de suscripción de dicha categoría de acciones.

En efecto, si las acciones de pago son como su nombre lo indica para cancelar obligaciones (artículo 1626 C.C.), carese de todo sentido decir que quienes vayan a recibir tales acciones como medio de pago lo hacen a través del mecanismo de la suscripción, ya que ello implicaría, que los administradores, empleados o en general las personas que le hayan prestado servicios a la compañía, tuvieran que realizar aportes para adquirir la condición de accionista.

Dicho en otras palabras, los beneficiarios de las mencionadas acciones lo son por virtud de la voluntad de la sociedad de remunerarles su actividad o servicio con acciones que les otorguen derechos en la propia compañía, y no por razón de un proceso de colocación y suscripción de acciones enmarcado dentro de los actos jurídicos de oferta y aceptación.

En este orden de ideas, en el caso de las acciones de pago a que alude el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, no operan los procedimientos de colocación y suscripción, y de allí que no haya lugar a hablar de derecho de preferencia a favor de los demás accionistas.

Respuesta al literal b):

En opinión de este Despacho, no existe impedimento legal para que las acciones de pago se conviertan en acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. No obstante, si la conversión implica

desmejora de los derechos de los titulares de las acciones de pago, estos habrán de participar en la toma de la decisión de conversión en la asamblea de accionistas, en aras de garantizar la protección de sus derechos.

Respuesta al literal c):

En punto de la readquisición de acciones en las sociedades por acciones simplificadas, se ha de indicar que como quiera que la Ley 1258 de 2008 no regula nada al respecto, se ha de acudir, en observancia de lo dispuesto en el artículo 45 de la citada ley, a lo reglado en el artículo 396 del Código de Comercio, el cual dispone:

«La sociedad anónima no podrá adquirir sus propias acciones, sino por decisión de la asamblea con voto favorable de no menos del setenta por ciento de las acciones suscritas.

Para realizar esa operación empleará fondos tomados de las utilidades líquidas, requiriéndose, además, que dichas acciones se hallen totalmente liberadas. Mientras estas acciones pertenezcan a la sociedad, quedarán en suspenso los derechos inherentes a las mismas.

La enajenación de las acciones readquiridas se hará en la forma indicada para la colocación de acciones en reserva.»

Este precepto, como ya se advirtió, resulta aplicable a las sociedades por acciones simplificadas, con excepción de la mayoría requerida para la toma de la decisión de readquirir las acciones, pues en tales compañías las determinaciones sociales se adoptan mediante el voto favorable de un número singular o plural de accionistas que represente cuando menos la mitad mas una de las acciones presentes, salvo que en los estatutos se prevea una mayoría decisoria superior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 1258 de 2008.

Sentado lo anterior, y para absolver el primero de los interrogantes formulados, se ha de anotar que en las sociedades por acciones simplificadas sí procede la readquisición de acciones de la compañía, incluso de las acciones de pago, siempre que se cumpla con los

requisitos indicados en el artículo 396 arriba transcrito, valga decir, que la readquisición sea aprobada por la asamblea de accionistas, que se haga con fondos tomados de las utilidades líquidas, y que las acciones se encuentren totalmente liberadas.

Ahora bien, en punto de si se puede pactar una cláusula que determine de forma anticipada el precio y la fecha de readquisición de las acciones de pago, se ha de manifestar que a juicio de esta Oficina, nada se opone para consagrar en los estatutos de una sociedad por acciones simplificada una disposición en tal sentido, aunque en la práctica la ejecución de la misma dependerá de que al tiempo de la readquisición la asamblea de accionistas apruebe tal operación, y de que existan utilidades líquidas para tal fin, ya que en manera alguna se puede desconocer el mandato contenido en el artículo 396 del Código de Comercio.

Respuesta al literal d):

En razón a la libertad de estipulación que en materia de participaciones de capital en las sociedades por acciones simplificadas confiere el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, resulta viable que en los estatutos de una sociedad de tal naturaleza así como en los títulos de las acciones de pago, se establezca una cláusula de extinción de dicha categoría de acciones, como sería el trascurso de un determinado tiempo. En tal evento será conveniente determinar en los estatutos el procedimiento a seguir para tal efecto.

Respuesta al literal e):

Bajo el entendido de que la pregunta hace alusión a las acciones de pago, se ha de señalar que por virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada reconocido en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, es factible contemplar en los estatutos sociales que la citada clase de acciones no tenga derecho a voz, o que no tenga derecho a voto.

Respuesta al literal f):

Por las mismas consideraciones mencionadas en las dos respuestas anteriores, es de anotar que resulta posible que a las acciones de

pago solo les sea conferido el derecho a percibir utilidades, incluso solo por un determinado período de tiempo.

Respuesta al literal g):

Para absolver este cuestionamiento, es preciso tener en cuenta el artículo 84 del Decreto 2649 de 1993, el cual señala:

«La prima en la colocación de aportes representa el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes, el cual se debe contabilizar por separado dentro del patrimonio.»

De este artículo se desprende que la prima en colocación de aportes, es el mayor valor cancelado sobre el valor nominal de la acción, que se produce en un procedimiento de colocación y suscripción de acciones.

La referida figura no resulta aplicable respecto de las acciones de pago, toda vez que tal como se expuso en la respuesta al literal a) de la segunda pregunta, las acciones de pago se obtienen por sus beneficiarios como contraprestación de la actividad o servicio desempeñados o prestados a la compañía, y no en virtud de la suscripción de acciones en donde sí hay lugar a la prima en colocación.

Por lo anterior no es preciso hablar de emisión de acciones de pago con prima en colocación.

Oficio 220-099861 de 20 de junio de 2009

Las empresas de vigilancia y seguridad privada no pueden constituirse ni transformarse en sociedades por acciones simplificadas - Prevalencia del Decreto 356 de 1994 frente a la Ley 1258 de 2008

Me refiero a su escrito, por medio del cual poniendo de presente la regulación contenida en el Decreto 356 del 11 de febrero de 1994, relativo a las empresas que prestan servicios de vigilancia y seguridad

privada, indaga acerca de la viabilidad de transformar cualquier sociedad en una sociedad por acciones simplificada, al mismo tiempo que consulta si las limitaciones previstas en el citado Decreto en lo que concierne al campo de la seguridad privada, son compatibles con la filosofía de las S.A.S.

Sobre el particular, y partiendo de la base que su consulta apunta a dilucidar si las empresas de vigilancia y seguridad privada, pueden adoptar la forma jurídica de sociedades por acciones simplificadas, bien por constitución inicial o por transformación de compañías ya existentes en el referido tipo societario, me permito manifestarle lo siguiente, sin perjuicio de la opinión que al respecto tenga la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada como ente encargado de supervisar las compañías dedicadas a la mencionada actividad:

Dispone el artículo 8° del Decreto 356 de 1994: «*Se entiende por empresa de vigilancia y seguridad privada, la sociedad de responsabilidad limitada legalmente constituida, cuyo objeto social consista en la prestación remunerada de servicios de vigilancia y seguridad privada, en la modalidad de vigilancia fija, móvil y/o escoltas, mediante la utilización de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 6 de este decreto.*

PARAGRAFO 1o. Las sociedades que se constituyan para la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada en los términos de este artículo, tendrán como único objeto social la prestación de estos servicios salvo el desarrollo de servicios conexos, como los de asesoría, consultoría o investigación en seguridad.

PARAGRAFO 2o. Las empresas constituidas con anterioridad a la publicación del presente decreto podrán conservar su naturaleza jurídica sin perjuicio de lo establecido en este artículo.»

Del inciso primero de la norma transcrita, se desprende que las empresas dedicadas a la prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada, por regla general, deben adoptar la forma jurídica de sociedad de responsabilidad limitada. La excepción a esta regla la

constituyen aquellas compañías creadas con anterioridad a la publicación del Decreto 356 de 1994, las cuales fueron autorizadas por el parágrafo 2° del artículo que se comenta, para conservar la naturaleza jurídica que traían antes de la entrada en vigencia del citado Decreto.

El hecho de que las empresas de vigilancia y seguridad privada estén obligadas a constituirse y funcionar solo como sociedades de responsabilidad limitada, impide que las mismas se puedan crear bajo el tipo societario denominado sociedad por acciones simplificada, habida cuenta que prevalecen las normas especiales del Decreto 356 de 1994 frente a la Ley 1258 de 2008.

Por la misma razón indicada en el párrafo precedente, en concepto de esta Superintendencia no resulta jurídicamente viable que las empresas de vigilancia y seguridad privada que revisten la forma de sociedades de responsabilidad limitada, se transformen en sociedades por acciones simplificadas.

Y en el caso de compañías que por expresa disposición del parágrafo 2° del artículo 8° del Decreto 356 de 1994, han venido funcionando bajo estructuras societarias distintas a la de la sociedad de responsabilidad limitada, las mismas tampoco podrán transformarse en sociedades por acciones simplificadas.

En efecto, la circunstancia de que existan empresas que presten servicios de vigilancia y seguridad privada, bajo un ropaje jurídico distinto del de la sociedad de responsabilidad limitada, no puede servir de argumento para afirmar que aquellas puedan transformarse en sociedades de naturaleza simplificada, pues no hay que perder de vista que la posibilidad que aquí se analiza fue contemplada como excepción a la regla general de que la actividad regulada por el Decreto 356 de 1994, tratándose de personas jurídicas, debía adelantarse a través de sociedades limitadas.

Oficio 220-113532 de 8 de septiembre de 2009

Modalidades de acciones que contempla la Ley 1258 de 2008 para las SAS

Aviso recibo de su comunicación, mediante la cual transcribe el precepto contenido en el artículo 57 de la Constitución Política de acuerdo con el cual *«La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas»* y después de exponer las apreciaciones que el mismo le merece, formula la siguiente consulta:

- *«¿En una sociedad por Acciones Simplificada, en qué tipo de acciones dentro de las acciones de pago está contemplada la modalidad de 'La Cogestión' regulada en el artículo 57 de la C.P. y, si la acción de pago se puede entender o constituir en un mecanismo de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa?»*

Al respecto se debe señalar que una de las características más relevantes en el marco normativo de las SAS como es sabido, es la posibilidad de ejercer la más amplia autonomía contractual, que entre otros se ve reflejada en las reglas sobre capital y acciones contenidas en el Capítulo III de la Ley 1258 de 2008, particularmente en el artículo 10 [27], que en desarrollo de ese principio permite de manera expresa la creación de tantas clases y series de acciones como los asociados estimen conveniente, según las necesidades y los fines que en cada caso oriente la creación de la sociedad.

27 "Podrán crearse diversas clases y series de acciones, incluidas las siguientes, según los términos y condiciones previstos en las normas legales respectivas; (i) acciones privilegiadas; (ii) acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; (iii) acciones con dividendo fijo anual y (iv) acciones de pago.

Al dorso de los títulos de acciones, constarán los derechos inherentes a ellas.

Parágrafo. En el caso en que las acciones de pago sean utilizadas frente a obligaciones laborales, se deberán cumplir los estrictos y precisos límites previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para el pago en especie."

Si bien la citada disposición enuncia algunas de las modalidades que pueden ser creadas, entre ellas las que denomina acciones de pago, no existe en el ordenamiento regulación alguna que específicamente las consagre como tal, como sí ocurre, por ejemplo, con las acciones privilegiadas o las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, de forma que pueda hablarse propiamente de un «tipo» de acciones de pago.

No obstante, el parágrafo de la norma claramente advierte que estas últimas pueden ser utilizadas para proveer el pago de obligaciones de carácter laboral, en cuyo caso se deberán observar los límites de la legislación laboral, como sería el de las reglas atinentes al monto máximo que está permitido pagar en especie el salario o remuneración del trabajador, con lo cual se está significando claramente que esta modalidad podría servir de instrumento para posibilitar entre otros la participación de los ejecutivos y empleados de la sociedad.

En este orden de ideas, se debe tener presente que las acciones, por regla general, tienen la vocación para representar la participación en el capital de la sociedad y no propiamente la administración de la misma. Pero, aún teniendo en cuenta que las acciones de pago no implican per sé «cogestión» de los beneficiarios en la empresa, entendida ésta como la participación en la administración de la misma, nada obstaría en concepto de este Despacho para que los contratantes en ejercicio de la autonomía de la voluntad que les asiste, le asignen a éstas u otra modalidad de acciones que para ese fin se creen, unos derechos que le otorguen a sus titulares algún grado de intervención, amén de que las partes pueden estipular las condiciones que estimen pertinentes dada la ausencia de regulación legal en la materia, e igualmente variar la estructura de gestión de la compañía, prevista de manera supletoria en la mencionada Ley 1258, para lo cual se habrán de diseñar en el contrato las estipulaciones precisas que no creen confusión entre la calidad de accionista y la de administrador.

Oficio 220-114196 de 11 de septiembre de 2009

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008) - No es viable constituir una S.A.S en el exterior para que funcione en Colombia - Las acciones al portador no existen en el país.

Me refiero su comunicación, por medio de la cual hace mención del artículo 99 del Código de Comercio, del capitulo ll de la misma obra, sobre el contenido y la prueba de la constitución de la sociedad comercial, del artículo 469 ibídem, relacionado con las sociedades extranjeras y se refiere al derecho comparado sobre la constitución de sociedades en varios países y la facilidad para lograrlo y con base en ello, plantea las siguientes inquietudes con respecto a la sociedad por acciones simplificada - Ley 1258 de 2008.

1. «*¿Se puede constituir una S.A.S en el exterior para que ésta misma pueda funcionar en Colombia? Y de ser positiva la respuesta ¿Cuál es el procedimiento más expedito para hacerlo? Ó de lo contrario una justificación a la imposibilidad de su creación.*

2. *¿Es posible que las S.A.S. que tienen inversionistas extranjeros, se les expida a éstos últimos acciones al portador cuyo fin sea el fomentar la inversión extranjera? De ser positiva la respuesta ¿cuál es el procedimiento para su aplicación? Y ¿cómo se podría integral (SIC) el fomento de la inversión extranjera?*»

Sobre el particular y en aras de dar contestación concisa a sus inquietudes, es preciso anotar con relación a la constitución de sociedades en Colombia y su comparación con otros países, que nuestra legislación mercantil es lo suficientemente clara y concreta al respecto y que si bien como lo afirma, existen legislaciones extranjeras donde se dan circunstancias flexibles para la constitución de compañías, debemos estarnos a lo que se encuentra debidamente consagrado en nuestro ordenamiento societario.

No obstante, vemos como la constitución de sociedades en nuestro país, viene flexibilizándose en busca de lograr una mayor rapidez en

la constitución de dichas personas jurídicas. Un claro ejemplo de ello es la expedición de la Ley 1258 de 208, relacionada con la sociedad por acciones simplificada, la cual constituye el motivo que dio origen a su interesante consulta.

Anotado lo anterior, procedemos a dar contestación a sus inquietudes en el mismo orden en que fueron planteadas:

1. La creación de la sociedad por acciones simplificada, se lleva a cabo mediante un contrato o acto unilateral, el cual debe constar en un documento privado, salvo que los activos aportados a la compañía comprendan bienes cuya transferencia debe ser realizada por medio de escritura pública, pues en ese evento dicha constitución será también por dicho instrumento (Artículo 5 de la Ley 1258 de 2008).

Igualmente en el contrato o acto unilateral debe constar el domicilio principal de la sociedad y el de las distintas sucursales que se establezcan en el mismo acto de constitución y la prueba de la existencia de dicha compañía y de sus cláusulas estatutarias se deben probar mediante una certificación que para el efecto emita la Cámara de Comercio del domicilio social (Artículo 8 ibídem).

Así mismo, el documento por medio del cual se constituyó la sociedad debe ser autenticado de manera previa a la inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente al lugar donde se hubiera establecido el domicilio social de la compañía.

Ubicados en el escenario que da origen a la sociedad que nos ocupa, vemos como en Colombia opera el principio de la territorialidad de la ley y por lo tanto la constitución de una sociedad por acciones simplificada, **debe regirse necesariamente por lo consagrado en la Ley que le dio origen, es decir por la 1258 de 2008, la cual solo tiene alcance dentro del territorio nacional**. Constituir una sociedad por acciones simplificada fuera del país, debe conllevar a que la misma se rija por la legislación que sobre dichas sociedades exista en el país de origen.

Ahora bien, tenemos como nuestra legislación mercantil, considera que las sociedades comerciales poseen nacionalidad lo que significa que es necesario reconocer la existencia del vinculo que una a las compañías con un determinado Estado.

Sobre lo anterior, esta superintendencia mediante oficio 220-64519 del 30 de octubre de 2000, expresó entre otros asuntos lo siguiente:

«(...)

La ***nacionalidad*** *como atributo de la personalidad aplicable a las sociedades constituye un instrumento de regulación jurídica, que permite obtener un orden jurídico cierto estable y justo, perspectiva dentro de la cual la legislación Comercial, acoge el principio de la nacionalidad de las sociedades cuando el artículo 469 del Estatuto Mercantil, dispuso que serían extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior, de tal manera que la nacionalidad se establece en función de estos dos criterios: 1)* ***la ley de su constitución*** *y 2)* ***el domicilio****.*

Al respecto afirma el profesor Gabino Pinzón en su obra 'Sociedades Comerciales' volumen II, lo siguiente: 'El mismo criterio del domicilio para determinar la nacionalidad de una sociedad es el que inspira el artículo 469 del Código de Comercio...y es ese criterio, esto es, el del lugar del domicilio el que debe utilizarse en la interpretación del mencionado artículo 469 del código, dada su correspondencia o armonía con el criterio utilizado para el mismo fin en los tratados de Montevideo. En otras palabras, no es tanto el hecho de que una sociedad se haya constituido conforme a la ley de otro país lo que determina ese criterio sino el hecho de que su domicilio esté ubicado en el exterior, entendiendo como domicilio el lugar donde se encuentre la sede de la administración, ***donde opere la personificación de la sociedad y su vinculación a un estado*** *determinado, que es un campo u orden esencialmente jurídico, esto es, jurídico en sus fundamentos y jurídico en sus consecuencias'* (la negrilla no es del texto).

Tratadistas extranjeros como Arminj on, coinciden con el planteamiento doctrinal expresado y así lo manifiesta la cita que el doctor Gabino Pinzón en la referida obra transcribe, así: 'Es la sede administrativa la que, hablando con verdadera propiedad, constituye el centro de la actividad jurídica y de los negocios de la sociedad, esto es, su domicilio. Es allí donde se concentran los elementos receptores y transmisores donde entra en relación con los terceros. Al manifestar su condición de persona jurídica en ese lugar, la sociedad depende naturalmente, lógicamente de la ley y de las autoridades que rigen en él'.

De lo expresado se desprende que la nacionalidad es un concepto jurídico con implicaciones de orden económico, por lo que este atributo de la personalidad en materia de sociedades difiere un tanto del aplicable a las personas naturales, en la medida en que está acompañado de la noción del domicilio del lugar bajo el cual la sociedad obtuvo la personificación jurídica, en razón a la inminente necesidad de preservar la seguridad y el orden jurídico.

Aceptar la posibilidad del traslado del domicilio de una sociedad extranjera a través de una reforma estatutaria para adoptar la nacionalidad colombiana, bajo el entendido de que la identidad y supervivencia de la sociedad se mantienen esto es sin que haya solución de continuidad en su existencia como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio, es tanto como admitir que por esta vía se traslade el cumplimiento de las obligaciones surgidas al amparo de una legislación, a las normas de otro, las que no coinciden, en detrimento de la seguridad del estado y de los terceros en general que con ésta contrataron, y de la misma manera, aceptar que las sociedades colombianas pueden igualmente cambiar a través de este mecanismo de nacionalidad con las mismas consecuencias anteriormente anotadas.

El supuesto anterior, estaría en abierta contradicción con el precepto contenido en el artículo 469 del Código de Comercio que prevé los presupuestos para considerar una sociedad como extranjera, precepto del que se infiere a contrario sensu que ***la sociedad colombiana*** *es la constituida conforme a la ley de este país y con domicilio en el*

territorio nacional. A su vez, el artículo 471 ibídem señala que para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en el país debe establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, cumpliendo los requisitos descritos en la misma disposición.

De lo expresado se desprende que el tema de la nacionalidad de las sociedades se halla regulado en la legislación mercantil, por lo que no procede acudir a otras fuentes de derecho distintas para ampliar las posibilidades legales de adquirir este atributo de la personalidad. Al respecto el artículo 1 del código de comercio, dispone que la ley tanto por aplicación directa como por analogía, así como los tratados internacionales, deben aplicarse preferencialmente y solo en su ausencia, rigen los contratos válidamente celebrados de acuerdo con el artículo 4 del Código de Comercio, los que preferirán a las leyes supletivas y a las costumbres mercantiles.

Lo anterior, toda vez que aunque el derecho escrito carece de la adaptabilidad del derecho consuetudinario, tiene frente a éste la ventaja de su uniformidad, su certeza, su publicidad, su generalidad y su estabilidad. En esta medida, la previsión contenida en el artículo 4 del Tratado de Montevideo cuando expresamente dispone que la ley del domicilio comercial rige las relaciones entre la sociedad y cualquier otro tercero, es plenamente aplicable; para el caso de las sociedades extranjeras con negocios permanentes en el país, el domicilio comercial será el que se fije dentro del territorio nacional, puesto que las sucursales de acuerdo con el artículo 263 del Código de Comercio, son 'establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad'.

En cuanto a la fuerza vinculante de los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la lectura del artículo 7 del Código de Comercio, corrobora lo expuesto, en el sentido que su aplicación solo puede invocarse en la medida en que no exista ley escrita aplicable. Por esta razón, el código de Bustamante,

no aprobado por el Congreso de la República, no puede aplicarse como fuente de derecho, para los fines pertinentes.

Sin perjuicio de lo anterior, cabría preguntarse si la figura propuesta implicaría también la legalización y consiguiente nacionalización de un capital que no ha ingresado al país de acuerdo con lo dispuesto por la Resolución 21 de la Junta Directiva del Banco de la República, el Decreto 1295 de 1996 emanado del Departamento Nacional de Planeación, lo que supondría establecer una excepción al Estatuto de Inversiones Internacionales aplicable en Colombia por virtud de la Ley 9 de 1991».

Así mismo, la Superintendencia de Sociedades en el Oficio 220-1989 de 17 de enero de 2003, expresó:

«Sobre el particular, mediante Oficio 220- 64519 de 5 de octubre de 2000, cuya fotocopia anexo, la Superintendencia al analizar la eventualidad de cambio de nacionalidad de una sociedad extranjera por cambio de domicilio social al territorio Colombiano, también fijó su posición respecto al escenario opuesto, es decir, frente al cambio de nacionalidad de una sociedad colombiana por traslado de su domicilio al exterior, expresando la no viabilidad en los siguientes términos:

'(...) Aceptar la posibilidad del traslado del domicilio de una sociedad extranjera a través de una reforma estatutaria para adoptar la nacionalidad colombiana, bajo el entendido de que la identidad y supervivencia de la sociedad se mantienen, esto es, sin que haya solución de continuidad en su existencia como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio, es tanto como admitir que por esta vía se traslade el cumplimiento de las obligaciones surgidas al amparo de una legislación, a las normas de otro, las que no coinciden, en detrimento de la seguridad del estado y de los terceros en general que con ésta contrataron, y de la misma manera, aceptar que las sociedades colombianas pueden igualmente cambiar a través de este mecanismo de nacionalidad con las mismas consecuencias anteriormente anotadas (...)'».

Téngase en cuenta que uno de los argumentos esgrimidos por el Despacho fue precisamente el concepto de nacionalidad de la sociedad, desarrollado a partir del contenido del artículo 469 del Código de Comercio, principio que lleva implícito dos elementos, el primero, la ley del país bajo la cual se constituyó la sociedad y, un segundo, el domicilio o lugar donde funciona administración de la misma, postulados que no pueden disgregarse y que impiden el traslado del domicilio social al exterior y pretender continuar con las operaciones dentro del territorio nacional, circunstancia que haría nugatoria la aplicación de las normas y reglas que regulan el funcionamiento de la sociedad y el control que sobre la misma ejercen las distintas entidades del estado, en pro de los intereses de la sociedad, asociados y terceros en general.

En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo expuesto, se considera que de constituirse una sociedad, en este caso por acciones simplificada, en el exterior, la misma será una sociedad extranjera la cual debe regirse por la normatividad imperante en el país de origen, pues se reitera que la ley colombiana solo tiene operancia dentro del territorio nacional.

Ahora bien, de lograrse lo anterior y pretender que la sociedad constituida en el exterior funcione en Colombia, sería preciso la apertura de una sucursal de la compañía en el país, para lo cual debe estarse a lo que sobre el particular exija nuestra legislación.

2.- Sobre la expedición de acciones al portador, es preciso anotarle que en Colombia solo están permitidas las denominadas acciones nominales (Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena) y por ende, en una sociedad por acciones simplificada no pueden existir las acciones al portador. No sobra precisar que las normas andinas tienen carácter supranacional, son de aplicación inmediata y no puede ser derogada por una norma ordinaria o convención.

Ahora bien, con relación a los constituyentes de la S.A.S o los que posteriormente ingresen para formar parte de la composición del capital social de la compañía, es claro que bien puede efectuarse

inversión extranjera en la misma, donde a los inversionistas debe expedírseles la clase de acciones correspondientes, teniendo en cuenta la categoría de ellas, contempladas en los estatutos sociales (Artículo 10 de la Ley 1258 de 2008).

Y es que con base en lo consagrado en el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, en la sociedad por acciones simplificada pueden crearse diversas clases de acciones, teniendo en cuenta los términos y condiciones previstos en las normas legales correspondientes. Entre las acciones podemos encontrar las acciones privilegiadas, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, acciones con dividendo fijo anual y acciones de pago. Creadas las acciones, deben fijarse los derechos inherentes a cada una.

Realizada la inversión extranjera en el capital social de una SAS, lo esencial es cumplir a cabalidad las exigencias legales respectivas, en cuanto hace al registro de la inversión (Circular Reglamentaria Externa emanada del Banco de la República -DCIN del 21 de noviembre de 2003 y sus reglamentarias).

De otra parte, el fomento de la inversión extranjera en el capital de una sociedad, independientemente del tipo societario que sea, depende de diversas circunstancias que conlleven a crear incentivos, bien sean por parte del gobierno nacional, facilitando, por ejemplo, el registro de la inversión, ventajas tributarias, o porque en los estatutos sociales se creen ventajas para los asociados que posibiliten el ingreso de capital foráneo. Tenemos como una de las muchas ventajas que trajo la creación de las SAS fue la reducción importante de costos para su constitución lo cual consideramos conlleva a incentivar la inversión tanto nacional como extranjera que redunda en el crecimiento de las empresas.

Vemos como en algunos a partes de la exposición de motivos que dieron vida a la Ley 1258, se expresa lo siguiente:

«La propuesta apunta a una transformación radical de muchas de las estructuras legales vigentes con el fin de ponerlas a tono con las

concepciones contemporáneas y, sobre todo, con las necesidades de los empresarios. Se trata, en esencia, de facilitar la creación y el funcionamiento de nuevas sociedades, de favorecer la innovación empresarial ***y de mejorar la competitividad del sistema económico****. En nuestros sistemas jurídicos es necesario avanzar con prontitud hacia nuevos horizontes normativos».*

Lo anterior, trae consigo indudablemente un enlazamiento que puede ser sumamente productivo entre la inversión extranjera y la inversión nacional, unidas en busca de un mismo objetivo, cual es generar riqueza.

Con el fin de informarse sobre las políticas de fomento a la inversión extranjera, le sugerimos acudir al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Oficio 220-1199963 de 30 de septiembre de 2009

Sociedad por acciones simplificada - Fraccionamiento del voto (Artículo 23 de la Ley 1258 de 2008).

Me refiero a su comunicación, por medio de la cual hace mención de la forma como funciona el fraccionamiento del voto y con respecto al mismo, indaga como opera dicho fraccionamiento en la sociedad por acciones simplificada -S.A.S.

Sobre el particular, en aras de un mejor entendimiento y precisión jurídica, y antes de entrar a dilucidar el asunto en la sociedad por acciones simplificada, es conveniente tener en cuenta que en los tipos societarios consagrados en el Código de Comercio, el escenario que abarca lo relacionado con las votaciones que se llevan a cabo en el seno de una sociedad, bien sea dentro del máximo órgano social o del cuerpo colegiado, por regla general, los asociados votan en un solo sentido.

En efecto, la Superintendencia de Sociedades mediante Oficio 220-018843 del 12 de abril de 2002, citado en el oficio 034669 del 18 de julio del mismo año expreso lo siguiente:

«De acuerdo con lo expuesto, se concluye que por regla general el titular de varias acciones, directamente o a través de apoderado, vota en un solo sentido, y vota con todas sus acciones; por excepción y cuando media la desmembración del derecho de dominio y existen prendas, usufructos o anticresis, o en ciertos eventos de transferencias de acciones a titulo de fiducia mercantil, el titular vota con algunas de las acciones, en todo caso en un mismo sentido, y uno o varios terceros pueden ejercer el derecho de voto correspondiente a alguna o algunas de las acciones y, en caso tal, pueden ejercerlo en un sentido distinto al del voto del titular»

«En consecuencia, en todas las decisiones adoptadas en el seno del máximo órgano social, incluida la elección de junta directiva, los socios titulares de varias acciones al manifestar su voluntad en la decisión, involucran la totalidad de las acciones y por tal razón no podrán fraccionar el sentido de su voto».

Ahora bien, tenemos que con relación a la sociedad por acciones simplificada, el fraccionamiento del voto, es viable única y exclusivamente cuando se trate de la elección de juntas directivas o de otros cuerpos colegiados, como de manera expresa lo consagra el artículo 23 de la Ley 1258 de 2008. Ello nos conduce a afirmar de una manera lógica, que de darse el fraccionamiento del voto en una S.A.S., es simple y llanamente porque la existencia de la junta directiva en dicha especie societaria, es obligatoria, por voluntad de los asociados pactada en los estatutos correspondientes (Artículo 25 de la Ley 1258 de 2008) y porque el sistema escogido para su elección determina su uso.

En efecto, es posible que un accionista vote con fracciones de su participación o porcentajes con derecho a voto, simultáneamente por distintas listas o candidatos postulados, tal como ocurre en el sistema de elección denominado de voto acumulativo, mecanismo de elección

que además encuentran un terreno abonado cuando al accionista se le permite voto múltiple como es el caso de las sociedades por acciones simplificadas.

El escenario señalado, de fraccionamiento de voto para elección de cuerpos colegiados, será aplicable siempre que los estatutos lo consagren y desarrollen, porque en ausencia de pacto estatutario para la elección de junta directiva o cuerpos colegiados habrá de acudirse al sistema del cuociente electoral, y a la imposibilidad de fraccionar el voto, tal como se expuso en el concepto 220-18843 del 19 de abril de 2002:

«…Aceptar como regla general la interpretación contraria, según la cual cada una de las acciones posibilita la votación divergente en cabeza de un único titular, permitiría que un accionista, por ejemplo, apruebe y desapruebe al mismo tiempo la elección de miembros de junta directiva, pues a eso equivale votar al mismo tiempo por dos o más planchas distintas. Este fraccionamiento del voto tendría en la práctica el efecto de una 'operación avispa', pues permitiría que un mismo accionista votara por más de una plancha; y ello es contrario a la finalidad de representación proporcional de las minorías en los cuerpos sociales colegiados, imperativamente exigida en el artículo 197 del C.Co. al consagrar el sistema de elección por cuociente electoral. La tesis también comprometería el sentido lógico del derecho de impugnación regulado en los artículos 188 y 191 del Código de Comercio, toda vez que no habría claridad en cuanto a la condición de disidente que debe detentar el asociado que ha participado en la reunión para interponer legítimamente la acción (C.Co. art. 1991)»

Consideración que encuentra fundamento en el artículo 45 de la ley tantas veces citada, cuando expresa que:

«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 defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio. ...».

Así mismo, siendo consecuentes con lo anotado, frente a la inquietud planteada en la consulta que ocupa nuestra atención, **debemos concluir que de no estar consagrado en los estatutos el fraccionamiento del voto, en el marco de un sistema de voto múltiple y por ende, no existir reglamentación alguna al respecto, es de claridad meridiana, que el mismo no puede aplicarse en la sociedad por acciones simplificada, y deberá entonces estarse a lo que consagra el parágrafo del artículo 25 de la Ley** tantas veces mencionada, cuando expresa lo siguiente:

«PAR.-En caso de pactarse en los estatutos la creación de una junta directiva, esta podrá integrarse con uno o varios miembros respecto de los cuales podrán establecerse suplencias. Los directores podrán ser designados mediante cuociente electoral, votación mayoritaria o por cualquier otro método previsto en los estatutos. Las normas sobre su funcionamiento se determinarán libremente en los estatutos. A falta de previsión estatutaria, este órgano se regirá por lo previsto en las normas legales pertinentes».

Oficio 220-120050 de 30 de septiembre de 2009

Aspectos varios relacionados con las sociedades por acciones simplificadas.

Aviso recibo de su comunicación, mediante la cual solicita información respecto de una serie de aspectos atinente a la las SAS que en seguida serán transcritos para luego referirse a ellos en su orden.

1. «¿Si una sociedad por acciones simplificada tienen como objeto social toda actividad civil y comercial licita (Numeral 5, artículo 5 de la Ley 1258 de 2008), como se clasifica la actividad económica de acuerdo a la Resolución No. 432 del 19 de noviembre de 2008 emitida por la DIAN?

2. ¿Cuándo se entiende que es abusivo el voto de un accionista? (Inciso primero, artículo 43 de la Ley 1258 de 2008)

3. ¿Toda conducta abusiva de un accionistas es ilegal? (Inciso primero, artículo 43 de la Ley 1258 de 2008)

4. ¿Qué es el voto múltiple? (Artículo 11 de la Ley 1258 de 2008)

5. ¿Qué se entiende por depósito del acuerdo de accionistas? Inciso primero, artículo 24 de la Ley 1258 de 2008)

6. ¿Desde qué fecha inicia a correr el término de los 10 años del acuerdo de accionistas, cuando se realiza el depósito en la oficina donde funciona la administración de la sociedad o a la suscripción del mismo? (Inciso primero, artículo 24 de la Ley 1258 de 2008)

7. ¿Qué temas no se pueden pactar en un acuerdo de accionistas? (Artículo 24 de la Ley 1258 de 2008)

8. ¿Un patrimonio autónomo puede constituirse o transformarse en SAS?

9. ¿Que es una enajenación global de activos?

10. ¿Cuales sociedad no pueden transformarse en SAS?

11. ¿Para hacer la transformación de cualquier sociedad, el acta de transformación debe ser suscrita por todos los socios o accionistas o bastara con la firma del presidente y secretario de la reunión?

12. Cuáles son las características y su fundamento legal de las acciones:

1) Ordinarias, 2) Privilegiadas, 2) Con dividendo preferencial y sin derecho a voto, 4) con dividendo fijo anual, 5)de pago, 6)de goce o industria, 7) de voto multiple».

Siguiendo el mismo orden de las inquietudes formuladas, se responde:

1. De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1258, en el documento de constitución de la sociedad por acciones simplificada debe hacerse una enunciación clara y completa de las actividades principales de las que se vaya a ocupar la sociedad, permitiendo que en lugar de dicha

enunciación, se exprese simplemente que la sociedad podrá realizar cualquier actividad comercial o civil lícita, lo que de todas formas se presume si en los estatutos se guarda silencio al respecto.

La enunciación que ha de efectuarse según la disposición invocada o, la mención general que ella permite, tienen la propiedad de definir la capacidad jurídica de la sociedad, pues de conformidad con el artículo 99 del Código de Comercio como es sabido, la aptitud de obrar de la sociedad en el sistema colombiano está definida por las actividades que se contemplen en su objeto social, que en el caso de la sociedades tradicionales debe estar delimitado por una enunciación precisa de las mismas según los términos del numeral 4°, artículo 110 ibídem, mientras que para este nuevo tipo societario, se prevé la posibilidad de un señalamiento amplio que deja al margen la necesidad de la indicada delimitación.

Pero lo que es preciso destacar frente a su inquietud, es que bien sea una delimitación de actividades o una mención amplia, ello determinará el ámbito de la capacidad jurídica de la sociedad, independientemente de las actividades de las que efectivamente vaya a ocuparse. Esta circunstancia implica que uno es el universo en que una sociedad puede jurídicamente moverse y otro es, el que realmente emplea. En unos eventos puede coincidir, como cuando en el objeto social se hace una enunciación explicita y limitada de la actividad que va a desarrollar, o no coincidir como cuando en aquel se incluyen diversidad de actividades principales con miras a poder en un futuro acometer otras diferentes a la que realmente va a desarrollar o como en el caso de la SAS, se prevea la mención general indicada.

En este contexto se debe entender entonces la clasificación de actividades económicas que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales efectúa mediante Resolución 432 de 2.008 para efectos del control y determinación de los impuestos y demás obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, clasificación que obliga a los contribuyentes para que en su proceso de identificación determinen de acuerdo con la misma, la actividad o actividades de las que se va

a ocupar y por ende de las que van a derivar los ingresos que serán fuente de sus obligaciones fiscales, indistintamente de la capacidad jurídica del respectivo contribuyente, particularmente tratándose éste de una persona jurídica organizada como sociedad.

2 y 3. Por referirse las inquietudes contenidas en estos puntos al tema del abuso del derecho consagrado en el artículo 43 de la ley, se procede a darle respuesta en un mismo item, así:

La ley mercantil colombiana en cuanto al abuso del derecho tiene previsto en el artículo 830 del código de la materia la previsión según la cual quien «*abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause*» y en virtud de la cual, cualquier conducta que se considere abusiva en el ejercicio de un derecho puede dar lugar para que el afectado, a través de la acción judicial correspondiente, obtenga el resarcimiento por los perjuicios que sufra, norma que por su alcance general, aplica a cualquier relación o situación jurídica de carácter mercantil.

De este precepto se destaca de una parte, que no se define o delimitan las conductas que pueden configurar un abuso del derecho, por lo cual, es en los términos como se pida, pruebe y decida el juez como se demarcará el alcance del abuso que se alegue y de la otra, que el abuso origina la obligación de indemnizar mas no necesariamente conlleva a una nulidad o ineficacia del acto jurídico en el que se haya dado el abuso del derecho, de tal manera que tal consecuencia habría que buscarla a partir de otros instrumentos o construcciones legales.

Por el contrario, la Ley 1258 al consagrar el abuso del derecho en el ejercicio del derecho de voto en las asambleas generales de accionistas de las sociedades por acciones simplificada, define no solo las conductas que puede dar lugar al mismo, sino que también prevé la posibilidad de que con fundamento en la misma disposición legal, se pueda obtener tanto la indemnización por los perjuicios que ocasione el ejercicio abusivo del derecho de voto, como la nulidad absoluta del acto jurídico a través del cual se haya dado dicho ejercicio, que en el

caso objeto de la regulación lo sería la decisión de la Asamblea adoptada en tal circunstancia. Adicionalmente, la norma atribuye competencia para conocer de la correspondiente acción judicial a una autoridad determinada, como es la Superintendencia de Sociedades y para ese efecto establece el trámite del proceso verbal sumario, en aras a procurar decisiones más ágiles y oportunas.

Por lo tanto, la propia ley establece las conductas que pueden configurar abuso del derecho en los casos del ejercicio del derecho de voto por parte de un accionista, para lo cual parte de la consagración de un principio esencial que los accionistas habrán de observar al ejercer su derecho autónomo de voto, cual es el interés general de la compañía; por ende, cuando se vote una decisión particular que desconozca tal principio, podrá generarse el abuso del derecho que la norma regula. De todos modos, la norma enuncia unos presupuestos bajo los cuales se configuraría el ejercicio abusivo del derecho de voto como son: (i) El ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas. (ii) El ejercido con el fin de obtener para sí o para un tercero, ventajas injustificadas y (iii) El voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

En cuanto al carácter ilegal de la conducta abusiva del accionista al ejercer su derecho de voto, sería dable concluir afirmativamente, pues como antes se indicó, dicha conducta no origina simplemente la obligación de indemnizar, sino que también está prevista expresamente como causa o motivo de nulidad absoluta de la correspondiente decisión.

4. El voto múltiple que en efecto puede atribuirse a una o más de las acciones en que se divida el capital de la sociedad por acciones simplificada según los términos del artículo 11 de la mencionada ley, es aquel que permite que una acción en particular confiera a su titular el derecho a emitir más de un voto en las decisiones de la asamblea General de accionistas, concepto que se contrapone al que ordinario supone que cada acción otorga un solo voto y que es la regla acogida en la ley colombiana para el caso de las acciones en la sociedad anónima y en la sociedad en comandita por acciones.

Como en la doctrina extranjera se da por sentado, las acciones con voto plural son las que en general confieren al accionista un voto mas fuerte que el que se reconoce al accionista ordinario o común, sin invertir mayores capitales y sin desembolso proporcional. La Ley 1258, a diferencia de otras legislaciones foráneas, no limita el número de votos que se puede otorgar por cada acción, lo que implica que en cada caso les corresponderá a los interesados definir estatutariamente las condiciones y características del voto múltiple, cuando quiera que pretenda acogerse esta posibilidad que brinda la ley.

A titulo ilustrativo es del caso indicar que el voto múltiple se justifica cuando se pretenden asegurar con una mínima, menor o paritaria inversión, el control en la toma de las decisiones o para evitar modificaciones en las mayorías decisorias en los sucesivos incrementos de capital.

5. Al regular lo referente a los acuerdos de accionistas el artículo 24 de la Ley 1258, establece la obligación para la sociedad de acatar lo que en ellos conste, cuando quiera que los mismos «*hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad*», con lo cual es claro que al igual de lo que en su oportunidad fue previsto para los acuerdos entre accionistas de las sociedades anónimas en el marco del artículo 70 de la Ley 222 de 1.995, la vinculación de la sociedad frente a los compromisos entre socios, con aptitud de generar efectos frente a ella, surge a partir del depósito del documento que los contenga.

Ahora bien, dado que la ley no define el alcance o contenido del depósito de este tipo de documentos, se impone según los principios de hermenéutica jurídica acudir al significado común de la expresión correspondiente para advertir como el depósito, es definido por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, como la acción de depositar, entendida a su vez como «*Poner bienes o cosas de va lor bajo la custodia o guarda de persona física o jurídica que quede en la obligación de responder de ellos cuando se lo pidan*» o en una acepción más amplia, «*Colocar algo en sitio determinado y por tiempo indefinido*».

De conformidad con lo anterior se ha de entender entonces que 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.

6. En concepto de este Despacho, el término de los diez años que consagra el artículo 24 de la Ley 1258 como plazo máximo de vigencia que puede tener un acuerdo de accionistas, el que puede prorrogarse por voluntad unánime de sus suscriptores hasta por periodos máximos de diez años, empieza a contarse desde la fecha de la celebración del acuerdo, y no desde la de su depósito en las oficinas de administración de la sociedad.

Lo anterior considerando que el acuerdo de accionistas adquiere relevancia jurídica desde el momento de su celebración, al paso que el depósito solo tiene la virtud de hacerlo oponible ante la sociedad y por tanto, de vincularla jurídicamente con el fin de que ésta asuma la obligación de cumplir o acatar lo que él disponga, sin que por tanto el depósito sea requisito para su nacimiento o formación.

7. Basta remitirse al contenido del artículo 24 de la Ley 1258 para establecer cuales son los asuntos susceptibles de estipularse en un acuerdo de accionistas y cuales eventualmente no lo serían. Consecuente con el criterio de autonomía de la voluntad privada que prima en este nuevo tipo societario al dejar a la libre determinación de los asociados la adopción de la mayor parte de las reglas que habrán de regir la sociedad y las relaciones de los accionistas con ella, el acuerdo entre accionistas puede versar sobre diversidad de asuntos, con la limitación única de tratarse de asuntos lícitos.

Por ello, acuerdos para definir conductas de los accionistas en las reuniones de la asambleas, o para establecer cualquier tipo de reglas en materia de administración, o para el ejercicio de derechos relacionados con la sociedad o en fin para cualquier otro asunto, como

los que de manera enunciativa relaciona la propia ley, son temas de los pueden entre otros ocuparse los referidos acuerdo a la luz de la ley.

8. La transformación de un patrimonio autónomo en una sociedad por acciones simplificada no es una operación que resulte jurídicamente viable, pues como la misma ley indica, la transformación es el acto en virtud del cual una sociedad adopta un tipo societario distinto al que originalmente ostentaba; por lo tanto supone la existencia previa de una persona jurídica organizada como sociedad, connotación que en manera alguna tiene el patrimonio autónomo.

9. La misma Ley 1258 que introdujo la figura, se ocupa de definir lo que representa la Enajenación Global de Activos. Es así como de conformidad con el artículo 32, se considera que existe enajenación global de activos en aquellos casos en que la sociedad por acciones simplificada se proponga enajenar activos y pasivos que representen el cincuenta (50%) por ciento o más del patrimonio liquido de la compañía en la fecha de enajenación, caso en el cual habrán de cumplirse los requisitos para ese fin establecidos, como son entre otros la aprobación de la asamblea con el voto de uno varios accionistas que representen la mayoría de las acciones para ese fin señaladas.

De ahí claramente se desprende que el carácter de la operación, abstracción hecha de otras circunstancias como el propósito que con ella se persiga, o las consecuencias que represente, al igual que la sujeción a los requisitos correspondientes, se determina en consideración al monto de los activos y pasivos establecidos en la norma citada.

10. Cualquiera de los tipos societarios consagrados en el Código de comercio como son la sociedad colectiva, la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad en comandita en sus dos modalidades: simple y por acciones, puede adoptar la forma de sociedad por acciones simplificada, a condición de que así lo decida la totalidad de los asociados en reunión de asamblea general de accionistas o de junta de socios, según sea el caso y que la decisión

respectiva se haga constar en documento privado debidamente inscrito en el registro mercantil.

Por lo tanto, ninguno de los tipos de sociedad regulados en código citado está excluido de la posibilidad de transformarse en este nuevo tipo societario, pues así lo establece claramente el artículo 31 de la ley, al señalar que «Cualquier sociedad podrá transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución».

Cosa distinta sería el caso de una sociedad disuelta y en estado de liquidación, pues la circunstancia de que la ley señale que la transformación puede tener lugar «antes de la disolución» implica que las sociedades que encuentran en ese estado, cualquiera sea la forma como estén organizadas, no pueden ya transformarse en SAS, como tampoco lo pueden hacer a otro tipo societario, dada la previsión general consagrada en el artículo 167 del Código de Comercio.

Lo anterior sin perjuicio de la regla que previó el parágrafo del artículo 35 de la Ley 1258 de 2008 y que les permite a las sociedades reguladas por el Código de Comercio enervar la causal de disolución por unipersonalidad sobrevenida o por reducción de las pluralidades mínimas de asociados exigidas por la ley, mediante la transformación en sociedad por acciones simplificada, siempre que así lo decidan los asociados restantes de manera unánime o el asociado supérstite según el caso, lo que constituye en estricto nuevo mecanismo para enervar la causal de disolución consagrada en el artículo 218 numeral 3° del estatuto Mercantil, cual es el de optar por transformar la sociedad tradicional en sociedad por acciones simplificada, considerando que este último tipo societario se puede crear y puede funcionar por uno o mas accionistas (artículo 1° Ley 1258 de 2008).

11. El requisito señalado en la ley para efectos de la transformación al tipo de las sociedades por acciones simplificada está circunscrito al documento privado en el que conste la decisión unánime de los socios o accionistas relativa a la mencionada transformación, sin que la ley establezca formalidad específica en relación con dicho documento, por lo cual, es dable concluir que el mismo puede consistir, conforme a los

lineamientos que señala la propia ley para la constitución de la sociedad, en el escrito firmado por todos los socios o accionistas de la sociedad que se transforma y en el cual se incluyan las menciones mínimas exigidas en el artículo 5 de la ley o bien podría consistir en el acta de la Asamblea o junta de socios en la que se tome la decisión correspondiente en la que, además de constar la indicada decisión y la circunstancia de su aprobación unánime por parte de todos los socios, se consignen las indicadas menciones mínimas.

Ahora bien, en el caso en que se opte por el mecanismo del acta, respecto de la misma será aplicable las previsiones consagradas en el artículo 189 del Código de Comercio y en tal sentido cabe entender que será suficiente con que el acta sea suscrita por quienes hubieren actuado como presidente y secretario de la reunión, amén de su aprobación por parte de la propia Asamblea o Junta de Socios o por las personas en que estas la deleguen, pues sin uno u otro requisito, el acta no será prueba suficiente de los hechos que en ella consten.

12. Antes que una descripción de las características y el fundamento legal de las acciones enunciadas, debe señalarse que uno de los aspectos donde particularmente se aprecia la posibilidad de ejercer una verdadera autonomía contractual, está en las reglas sobre capital y acciones contenidas en el Capítulo III de la Ley 1258 de 2008, particularmente en el artículo 10, que en desarrollo de ese principio permite de manera expresa la creación de tantas clases y series de acciones como los asociados estimen conveniente, según las necesidades y los fines que en cada caso oriente la creación de la sociedad, teniendo en cuenta que cualquiera de dichas clases de acciones se deberá sujetar a lo dispuesto en las normas legales respectivas.

En esa medida para los fines de su inquietud respecto de las acciones Ordinarias, Privilegiadas, Acciones de goce o industria; Con dividendo preferencial y sin derecho a voto, habrá de remitirse a lo que sobre el particular establecen las normas contenidas en el Código de Comercio, como en la Ley 222 de 1995 respecto de las últimas.

Frente a las denominadas «acciones de pago» por su parte, el parágrafo del artículo 10 de la Ley 1258 claramente advierte que estas pueden ser utilizadas para proveer el pago de obligaciones de carácter laboral, en cuyo caso se deberán observar los límites de la legislación laboral, como sería el de las reglas atinentes al monto máximo que está permitido pagar en especie el salario o remuneración del trabajador, con lo cual se está significando claramente que esta modalidad podría servir de instrumento para posibilitar entre otros la participación de los ejecutivos y empleados de la sociedad. A su turno, las de «voto multiple» derivan su nombre de la prerrogativa que el artículo 11 de la mencionada ley consagra en los términos a que se hizo referencia en el numeral 4 anterior.

Oficio 220-121561 de 2 de octubre de 2009

Sociedad por acciones simplificada - Las acciones y los demás valores que emita la sociedad no pueden inscribirse en el Registro Nacional de Valores ni negociarse en Bolsa - Es viable que una S.A.S. funcione como filial, mas no como sucursal de sociedad extranjera.

Me refiero a su comunicación, por medio de la cual con relación a la denominada sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008), se refiere al mercado público de valores y a las sociedades extranjeras y sucursales de las mismas y con base en ello consulta lo siguiente:

1. *«¿Que trámite o procedimiento es necesario para que una Sociedad por Acciones Simplificada pueda inscribirse en el Registro Nacional de Valores y que costo tienen los derechos de inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios?*

2. *¿Qué requisitos o condiciones requiere una Sociedad por Acciones Simplificada para funcionar como Filial o Sucursal de una Sociedad Extranjera?»*

Sobre el particular, me permito dar contestación a sus inquietudes de manera clara y concreta, en el mismo orden en que fueron planteadas:

1.- La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, pero las acciones y los demás valores que emita dicho ente jurídico, conforme lo consagrado de manera expresa por el legislador, en el artículo 4 de la Ley 1258 de 2008, ***«no podrán inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisores ni negociarse en bolsa»*** (El resaltado es nuestro).

2.- Antes de ahondar en la inquietud planteada, es preciso tener en cuenta que los lineamientos jurídicos que cubren la subordinación bajo el lente de la denominada filial, es indudablemente distinta a lo que concierne con las sucursales de sociedades extranjeras.

Ubicados en este entorno, partimos de la base de que la sociedad extranjera desea constituir en el país una filial, sin necesidad de abrir una sucursal. La denominada filial la encontramos en el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, cuando dicha normatividad dispone que: *«una sociedad será subordinada o controlada, cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria».*

Sentado lo anterior, debemos tener en cuenta que el artículo 27 de la citada ley, nos indica los parámetros que deben tenerse en cuenta para determinar de entrada la situación de control en que en un momento determinado se encuentre una compañía. Dejemos que hable el mencionado artículo 27, modificatorio del artículo 261 del estatuto mercantil:

*«**ARTÍCULO 27.** PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:*

***Artículo 261.** Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:*

Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

PARAGRAFO 1. igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los presupuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría minima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PARAGRAFO 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior».

A su vez, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, nos dice:

*«**Artículo 28.** GRUPO EMPRESARIAL.*

Habrá grupo empresarial cuandc además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria (Hoy Superintendencia Financiera de Colombia), determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan».

Así mismo, el artículo 30 ibídem, indica que el documento donde se declare la situación de control, debe necesariamente inscribirse en el registro mercantil que le pertenezca a cada uno de los vinculados, dentro de los treinta (30) días siguientes al momento en que se presente dicha situación de control.

Ahora bien, frente a la denominada sociedad por acciones simplificada -S.A.S., tipo societario de reciente creación en nuestro país, tenemos que puede crearse mediante contrato o acto unilateral a través de documento privado, el cual debe inscribirse en el registro mercantil de la Cámara de Comercio, correspondiente al lugar donde la compañía fijó su domicilio principal e igualmente, deberá realizar la misma operación en los diversos lugares donde la sociedad abra sucursales.

Centrados entonces en la denominada S.A.S., en el acto constitutivo, valga decir, en el documento privado que le dio origen a la persona jurídica, el inversionista extranjero proveniente de la sociedad residente en el exterior, puede intervenir de manera directa o representado por su apoderado, debidamente constituido, donde quede constancia de que la sociedad extranjera existe legalmente allende las fronteras, que ejerce debidamente el objeto social y frente a la inversión extranjera que es preciso realizar al capital social de la compañía, en donde la mayoría será aportado del exterior, debe procederse, conforme a la normatividad imperante, a efectuar el registro de la misma ante el Banco de República, siguiendo el procedimiento legal pertinente.

El camino anotado, nos conduce a determinar la forma como opera en nuestro país la modalidad de filial, que es consecuencia de una subordinación a la luz de lo consagrado en el citado artículo 27, por lo cual una sociedad por acciones simplificada puede ser filial o subsidiaria de una extranjera en los eventos mencionados de situación de control.

Despejado lo concerniente con la filial, tenemos que afirmar que frente a ésta, la sucursal de sociedad extranjera, esta ubicada en un estadio diferente. En efecto, dentro de la legislación mercantil que nos rige, dicha sucursal tiene unos lineamientos que debe seguir, en aras de lograr actuar dentro del país acorde con las normas legales vigentes. Tenemos como, entre otros, el artículo 471, conmina a que para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia (Artículo 474), es preciso la apertura de una sucursal de sociedad extranjera, cumpliendo los requisitos señalados en dicha norma. Igualmente, que en la resolución de incorporación se indique lo que señala el artículo 472 ídem.,etc.

La sucursal de sociedad extranjera es un establecimiento de comercio por medio del cual actúa la compañía, quien es la que tiene la personería jurídica y por ende, la sucursal no es persona jurídica, es una simple prolongación de la matriz Ahora bien, las sociedades extranjeras se vinculan al país cuando requieren realizar actividades de carácter permanente, lo cual efectúan como ya lo afirmamos, por intermedio de una sucursal debidamente incorporada.

A su vez, una sociedad por acciones simplificada es una persona jurídica distinta de los accionistas que conforman su capital social, es un ente autónomo e independiente. Así las cosas, no puede entenderse como una S.A.S., bajo las normas legales vigentes, puede funcionar como una sucursal de sociedad extranjera.

Ahora bien, puede ocurrir que una sociedad extranjera haya sido creada bajo la forma de una sociedad por acciones simplificadas con la estructura de las previstas en la Ley 1258 e incorpore su sucursal en el país, sin embargo la asunción de esta forma societaria regida por

legislaciones foráneas no avalan que se tenga como sociedad por acciones simplificadas para aplicarle la regulación especial, porque la actividad de las sociedades extranjeras en Colombia, está regulada por normas especiales indistintamente del tipo societario que adopten en el país de origen.

En efecto, para la legislación interna, las sucursales de sociedad extranjera son establecimientos de comercio a las cuales se les aplica un régimen especial, previsto en el Título VII del Libro Segundo, así como el régimen de las sociedades comerciales, en este caso el propio del Libro Segundo del Código de Comercio; sin que pueda serle aplicado el de la Ley 1258 de 2008, por que éste tiene una aplicación restringida para las sociedades comerciales domiciliadas de Colombia constituidas bajo dicha regulación.

En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo anotado en el presente escrito, podemos concluir lo siguiente:

a) Las acciones y los demás valores que emita una sociedad por acciones simplificada no pueden inscribirse ni negociarse en bolsa, por mandato expreso del artículo 4 de la Ley 1258 de 2008.

b) Bajo los parámetros de la Ley 1258 de 2008, no existen requisitos o condiciones para que una sociedad por acciones simplificada, reciba inversión extranjera, en donde la sociedad del exterior, participe dentro del capital social de la S.A.S., siendo ésta la filial.

c) Una sociedad por acciones simplificada, no puede funcionar como una sucursal de sociedad extranjera, simple y llanamente porque la misma es una prolongación de la matriz, en donde esta última es una persona jurídica que se rige por una legislación foránea, a la cual se autoriza a desarrollar actividades en Colombia bajo los lineamientos establecidos en el ordenamiento nacional, particularmente las normas que fueron señaladas.

Oficio 220-121751 de 5 de octubre de 2009

Sociedad por acciones simplificada (Ley 1258 de 2008). Es viable establecer un porcentaje mínimo de acciones del capital que tengan derecho a voto.

Me refiero a su comunicación, por medio de la cual en relación con la denominada sociedad por acciones simplificada, plantea la siguiente consulta:

- *«¿Es jurídicamente posible constituir una S.A.S. en la cual solamente el 2% de las acciones tengan derecho a voto, y el resto sean ordinarias pero sin derecho a voto?*

Si la respuesta es afirmativa ¿como se podría cumplir con las mayorías calificadas por la ley?».

Sobre el particular y en aras a dar contestación a su consulta, es preciso anotar que la sociedad por acciones simplificada, consagrada en la Ley 1258 de 2008, como de manera clara lo señala su mismo nombre, es un tipo societario que indudablemente reviste características que hacen que la constitución de dicha sociedad sea fácil, que su estructura y funcionamiento plasmada en los estatutos sociales, refleje en su gran mayoría el querer de la voluntad de los accionistas; y en el caso de faltar alguna reglamentación de un asunto en los estatutos de la compañía, solo en ese evento, le son aplicable las normas que al respecto consagra nuestra legislación comercial para las sociedades anónimas.

En efecto, el gran espacio del que gozan los accionistas de la compañía, facilita que los mismos puedan incluir en los estatutos, asuntos que están restringidos o prohibidos en los otros tipos societario que se encuentran consagrados actualmente en nuestra legislación, como lo es esencialmente el Código de Comercio.

Sobre lo anterior, el doctor Francisco Reyes Villamizar, creador e impulsor de la citada ley, expresa que:

«uno de los principios en que se ha inspirado la Ley SAS es el de permitir la más amplia autonomía contractual en la redacción de los estatutos sociales. El concepto de sociedad-contrato representa la idea cardinal bajo la cual se establece toda la regulación de la sociedad por acciones simplificada. Se trata de permitirles a las partes definir del modo más amplio las pautas bajo las cuales han de gobernarse las relaciones jurídicas que surgen de la sociedad. Así, las disposiciones contenidas en la Ley 1258 tienen un carácter eminentemente dispositivo de manera que pueden ser reemplazadas por otras previsiones pactadas por los accionistas» (Obra: «La Sociedad por Acciones Simplificada», pagina 61, Primera Edición).

Anotado lo anterior, y sobre la hipótesis planteada en su comunicación, podemos afirmar de manera clara y concreta, teniendo en cuenta que no existe norma legal que lo prohíba ni disposición alguna que lo establezca, y soportado todo en la voluntad de los constituyentes, que es legalmente viable pactar en los estatutos sociales de una S.A.S., una cláusula en la cual solo un determinado porcentaje de acciones, mayor o menor, e independientemente de la denominación que se les haya dado, tengan derecho a voto y el resto de las mismas, que conforman el capital social de la compañía, no tengan dicho derecho.

En efecto, el capital social de una sociedad por acciones simplificada, debe estar conformado por el capital autorizado, suscrito y pagado, e indicarse en el mismo la clase, nombre y valor nominal que tienen las acciones (numeral 6 del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008). Así mismo, bien puede determinarse que no todas las acciones tengan derecho a voto, sino que solo es predicable de un porcentaje de las mismas, y serían ellas las que constituirían el cien por ciento (100%) para conformar el quórum deliberativo y las mayorías decisorias en la asamblea general de accionistas.

Ahora bien, sobre las restantes acciones que no tienen derecho a voto, bien pueden atribuírseles determinados privilegios, como por ejemplo, el recibo de un porcentaje de utilidades.

Finalmente, sería recomendable que las acciones carentes de derecho a voto, se les diera otra denominación a la de «ordinarias», en aras de evitar que su denominación llame a engaño con los derechos que confiere, ya que la expresión podría llevar a creer que se trata de títulos que confieren todos los derechos atribuibles regularmente a las participaciones tales como los previstos en los artículos 379, numeral 1 y 381, inciso primero del Estatuto Mercantil.

Doctrinas Contables

CAPITAL

Oficio 100-06083 de 22 de febrero de 2002

Mecanismos para enjugar pérdidas en una sociedad que no está incursa en causal de disolución

Me refiero a su comunicación radicada bajo No. 2002-01-003899, mediante la cual controvierte la tesis sostenida por este Despacho en torno al tema de la referencia, según la cual las pérdidas del ente social solamente pueden enjugarse con beneficios sociales de ejercicios futuros, después de utilizadas las reservas, sin que sea viable para ese fin optar por la disminución del capital social, toda vez que esta medida únicamente procede cuando se trata de restablecer el patrimonio neto por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito, esto es para enervar la causal de disolución por pérdidas.

En su sentir la tesis expuesta se funda en una interpretación equivocada del artículo 456 del Código de Comercio, apreciación que sustenta en una serie de consideraciones que consultan entre otros, el principio constitucional que le reconoce a los particulares plena facultad para realizar todo aquello que no se encuentre prohibido expresamente por la ley, consecuente con el cual el Código de Comercio, particularmente en los artículos 122, 145, 146 y 147, establece la posibilidad en cabeza de los socios para reducir el capital inicialmente aportado, sin fijar limitaciones en cuanto a los mecanismos que se deben utilizar para ello, de donde Usted concluye que la medida en virtud de la cual puede disminuirse el capital social no aplica exclusivamente en sociedades que están incursas en causal de disolución por pérdidas.

Si bien este Despacho en el Oficio 100-17590 del 30 de abril de 2001 expuso la tesis aludida y en él se invocan las disposiciones tanto de la legislación mercantil, como del Decreto 2649 de 1993, del PUC y del Estatuto Tributario, que constituyen el fundamento legal de la misma, resulta oportuno en atención a la solicitud presentada analizar nuevamente el tema siendo pertinente para ello efectuar algunas precisiones de carácter general.

I. MARCO PRELIMINAR

Elemento esencial del contrato de sociedad es la obligación de los socios de hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, el cual debe quedar claramente establecido en dicho contrato, siendo claro que su monto normalmente se determina discrecionalmente según las posibilidades económicas de los socios y la dimensión de la actividad empresarial que comporte el objeto social a realizar. Esta obligación significa por lo tanto que los socios de toda compañía deben suministrar o entregar a la misma, en el lugar, forma y época estipulados, o en los que correspondan, según el tipo societario de que se trate, las aportaciones acordadas, las cuales, en su conjunto, van a constituir el capital social del ente jurídico, que conforme al Articulo 122 del Código de Comercio, debe estar fijado de manera precisa en los estatutos sociales y que pese a ser una cuenta del patrimonio, se diferencia de este, por contener la cifra que representa el total de las aportaciones efectuadas o prometidas por los asociados, en tanto que el patrimonio incluye la totalidad del conjunto de valores de que es titular la sociedad, entre los cuales están, la prima en colocación de acciones cuotas o partes de interés, valorizaciones y las reservas.[28] En el mismo supuesto al artículo citado, expresa que el capital podrá aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria, aprobada y formalizada conforme a la ley, sin hacer ningún tipo de distinción relativa a la forma o el propósito que el incremento o la reducción comporte.

El capital social es pues, elemento fundamental que imperativamente debe surgir de la constitución de la sociedad y la existencia del mismo no solamente la impone la necesidad de que el nuevo ente disponga de las bases económicas suficientes para el inicio de su actividad empresarial, sino para brindarle a los terceros que hayan de relacionarse con el mismo, la prenda suficiente para garantizarles el

28 Narváez García José Ignacio. «El Capital social es la cifra representativa del total de las aportaciones efectuadas o prometidas por los asociados; y el patrimonio social es el conjunto de valores de que es titular la sociedad». Teoría General de las Sociedades. Octava Edición. Ed. Legis S.A. 1997. Pág. 53.

cumplimiento de las obligaciones que adquiera para con ellos. De allí, principios como el de la permanencia del capital[29], y el de la integridad, en el sentido de que no solo debe existir entre éste y el patrimonio de la compañía el debido equilibrio, sino que debe mantenérsele ajeno a circunstancias que conlleven a su disminución o reducción.

Desarrollo legal de este principio lo son precisamente los artículos 143[30] y 144 del Código de Comercio, que al establecer, particularmente el último de ellos, que los asociados no «*podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés, antes de que, disuelta la sociedad, se haya cancelado su pasivo externo*», se está consagrando la regla general según la cual en las sociedades comerciales o civiles, los socios no pueden pedir durante la existencia o funcionamiento de la misma, la restitución o reembolso de sus aportes, pues ello solo procede a la disolución y después de pagadas las deudas con terceros.

Sin embargo, el legislador permite que en determinados eventos pueda darse un reembolso anticipado de los aportes efectuados, que por ser excepcionales frente a la regla general invocada, operan solo si se dan las circunstancias que constituyen cada uno de ellos. Uno de esos eventos, es el contemplado en el articulo 145 del Código de Comercio, que permite la disminución del capital y con ella, el posible reembolso mencionado, siempre que se trate de sociedades que carezcan de pasivo externo; o que teniéndolo, sus activos sociales, hecha la reducción, queden representando no menos del doble de dicho pasivo, o que sus acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales y, en todo caso, cuando en relación con los pasivos provenientes de prestaciones sociales que figuren a su cargo, tengan la aprobación del funcionario del trabajo competente.

29 En Colombia, estos principios han sido claramente explicados por el tratadista José Ignacio Narváez García, en su obra Teoría General de las Sociedades.

30 Este artículo se refiere a la restitución, que al igual que el reembolso, es una devolución de aportes, pero circunscrito a un determinado bien, y ya no propiamente al valor del aporte.

Para los fines que interesa, se observa que la disminución del capital, cualquiera sea su finalidad, tiene siempre el carácter de reforma estatutaria, como de forma consecuente con el artículo 122 citado lo reitera el artículo 147 del mismo código, según el cual la «*reducción del capital se tendrá como una reforma del contrato social y deberá adoptarse y formalizarse como se ordena en este Código*», siendo claro, entonces, que aún en las sociedades por acciones, donde el monto del capital suscrito no constituye necesariamente una estipulación de los estatutos, cualquier disminución que del mismo se haga origina una reforma estatutaria.

Como ya se anotó, siendo el capital elemento fundamental para la formación y mantenimiento del fondo social, y dado que el mismo constituye la prenda común de los acreedores y por lo tanto, la garantía efectiva para ellos de que sus créditos podrán ser atendidos, resulta apenas natural que la ley haya consagrado distintos mecanismos en orden a proteger su integridad.

Desarrollo de ello es la disposición del artículo 145 antes citado, que con la exigencia de determinados requisitos pretende evitar que los socios dispongan libremente del capital mediante mecanismos como el de la disminución, lo que explica porqué ésta se supedita en todo caso a la autorización previa de la Superintendencia de Sociedades, en los términos del numeral 7°, artículo 86 de la Ley 222 de 1995, con el fin naturalmente de garantizar que la entidad verifique la procedencia de la operación.

Es así que los requisitos que contempla el indicado artículo 145 del Código de Comercio apuntan todos a la protección de tal interés, así por ejemplo la inexistencia del pasivo externo indudablemente posibilita la disminución, por la ausencia de terceros sobre los cuales se pueda concretar el referido interés, o la tenencia de un activo que duplique el pasivo externo al cabo de la disminución, también la facilita, pues el hecho de estar suficientemente amparado el pasivo a cargo, asegura la protección del interés susodicho, o en el caso de la autorización de los acreedores, la viabilidad de la disminución se

fundamenta en la renuncia de los titulares del interés, a la protección que para ellos supone la regla general sobre no-disminución del capital.

Ahora bien, es indiscutible que no siempre la disminución del capital lleva consigo una distribución de activos entre los asociados, como es el caso de la que se efectúa con el objeto de restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio que ya se ha reducido a consecuencia de la pérdidas, en cuyo evento habrá una disminución simplemente nominal, en el entendido que no hay una merma real de los recursos económicos de la sociedad y que por tanto no se afecta su estructura financiera, pues se trata de un registro contable consistente en el cruce de cuentas patrimoniales.

En este sentido, la Superintendencia de tiempo atrás expresó: «*si bien es cierto que el legislador en el artículo 145 ejusdem, al tratar la reducción del capital no distinguió si implica o no el reembolso de los aportes, es de observar que todas las medidas impuestas para lograr ese propósito están orientadas a proteger la prenda general de los acreedores, razón por la cual solo se ubica dentro de esta hipótesis la medida que se adopte con reducción de activos*». *En el supuesto contrario, vale decir, cuando la disminución no signifique devolución de activos, se sujeta a las formalidades propias de una reforma estatutaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 del Código Mercantil, afirmación que se sustenta en su apreciación según la cual, si la disminución se lleva a cabo «sin el respectivo reembolso, la garantía de los acreedores representada en los activos patrimoniales no sufre desmejora alguna», agregando que cuando la disminución se hace para enjugar pérdidas sociales, ello no «ubica la persona jurídica dentro del supuesto previsto en el artículo 145 ya citado».*[31]

Es ese el mismo criterio que aún sostiene y ha sostenido la Superintendencia de Sociedades en los últimos pronunciamientos publicados - Of. 220-100867, noviembre 9 de 1999 - Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000.

31 Oficio OC-21896 del 17 de diciembre de 1987, publicado en la recopilación «Doctrinas Contables», editado por la Superintendencia de Sociedades en 1993.

II. LA DISMINUCIÓN DEL CAPITAL COMO MEDIDA PARA ENJUGAR PÉRDIDAS

Teniendo en cuenta, según lo expuesto, que como excepción a la regla general que procura su permanencia e integridad, es legalmente permitida la disminución del capital como mecanismo para enjugar pérdidas de sociedades en causal de disolución a través de una reforma estatutaria para la cual no se exige ningún requisito especial ni autorización gubernamental, salvo que se trate de sociedades sujetas al control de esta Superintendencia, según el artículo 85 de la Ley 222 de 1995, o que se encuentren negociando un acuerdo de reestructuración en los términos de la Ley 550 de 1999 (art. 17), es necesario para los fines que motivan el presente análisis detenerse en este punto, en aras de precisar, al amparo de la legislación vigente, en qué eventos y bajo qué condiciones es viable esa operación en circunstancias diferentes a la señalada.

En ese orden de ideas, desentrañando la intención del legislador plasmada en el Código de Comercio vigente, se advierte en primer lugar en el artículo 151, ubicado en el Título I, Cap. IV, del Libro Segundo, contentivo del régimen general aplicable en materia de utilidades sociales, que dentro de las reglas adicionales previstas en el artículo 150, se establece entre otras que en ningún caso podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores y, a ese efecto precisa que, «*para todos los efectos se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de éstas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital*», con lo cual queda ya sentado expresamente el límite material de afectación del capital que según la ley determina la obligación de abstenerse de disponer de ellas, con el fin obviamente de evitar que su deterioro exceda ese límite en detrimento del patrimonio social, que es el interés jurídico prioritariamente tutelado.

Esa medida resulta consecuente con el principio de permanencia del capital que se exige tanto para la constitución, como durante toda la vida activa de la sociedad, en procura de garantizar que se mantenga

la debida correspondencia entre el capital y el patrimonio, principio del que igualmente deriva la razón por la cual la ley consagró como causal de disolución de la sociedad, la ocurrencia de pérdidas que afecten en determinado porcentaje el capital social, según parámetros determinados en consideración al tipo adoptado (art. 351, 370 y 457, ord. 2°. C. Co).

Por su parte la sección II del Capítulo IV, Título VI del Libro Segundo, del referido Código, contempla una serie de normas sobre reparto de utilidades en las sociedades anónimas, aplicables en lo pertinente a todas las formas societarias; entre éstas, el artículo 456, en concordancia con el precepto antes citado, categóricamente prescribe que las pérdidas se enjugarán con las reservas que hayan sido destinadas especialmente para ese propósito y, en su defecto con la reserva legal; las reservas cuya finalidad fuere la de absorber determinadas pérdidas no se podrán emplear para cubrir otras distintas, salvo que la asamblea así lo decida. Adicionalmente advierte que si la reserva legal fuere insuficiente para enjugar el déficit de capital, se deberán aplicar a este fin los beneficios sociales de los ejercicios siguientes:

Conforme a los preceptos invocados, resulta claro que en aras de proteger el patrimonio, por una parte, la ley expresamente prohíbe que se distribuyan utilidades mientras no se hayan absorbido las pérdidas que afecten el capital, e igualmente establece, en su orden, las reglas precisas que proceden para enjugar las mismas, de modo tal que si en un ejercicio resultan pérdidas y no se constituyeron reservas para enjugarlas, se deben apropiar las utilidades necesarias para absorberlas; de ser insuficiente todos los beneficios, se destinarán para enjugarlas hasta donde se alcance y, para cubrir el faltante se afecta la reserva legal. Si por último, dicha reserva no es suficiente para enjugar el déficit cualquiera sea, se deberán aplicar para ese fin las utilidades de los ejercicios anteriores, de manera que solo después de cubrir la totalidad de las pérdidas habrá lugar a repartir utilidades, todo con el propósito de reintegrar el capital inicial a través de las utilidades futuras.

Situación distinta es la que se regula en los artículos 457 a 460, contenidos en el Capítulo V, que trata concretamente del régimen aplicable a la disolución y liquidación de la sociedad anónima, el primero de los cuales determina que ésta se disolverá, además de las causales generales contempladas en el artículo 218 ibídem, cuando en los términos del ordinal 2° ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, en cuyo caso los administradores deberán proceder de conformidad con el artículo 458, que entre otros ordena a los administradores abstenerse de iniciar nuevas operaciones y convocar inmediatamente a la asamblea general para que adopte las determinaciones del caso.

No obstante que ya antes el artículo 220 del Código de Comercio en la parte general advierte que, tratándose de causales distintas a las consagradas en el artículo 219, los asociados pueden evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso según la causal ocurrida, siempre que el acuerdo se formalice dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la misma, el artículo 459 establece que: «*la asamblea podrá tomar u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito, como la venta de bienes sociales valorizados, la reducción del capital suscrito conforme a lo previsto en este Código, la emisión de nuevas acciones, etc. Si las medidas no se adoptan, la asamblea deberá declarar disuelta la sociedad para que se proceda a su liquidación. Estas medidas deberán tomarse dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que queden consumadas las pérdidas indicadas*».

En este punto, resulta pertinente advertir que si bien este despacho comparte su posición cuando al respecto afirma que «*Resulta evidente que las alternativas referidas por la norma NO SON EXCLUSIVAS para aplicarse a sociedades en causal de disolución por pérdidas, ya que mal podrían pensarse que, por ejemplo, el incluir la «venta de activos sociales», significa que sólo sociedades en causal de disolución que pretendan enervarla, pueden llevar a cabo tal actividad*», no sucede lo mismo con el artículo 456, pues como antes se indicó, en el se

consagran taxativamente los mecanismos que procede utilizar para enjugar pérdidas, señalando adicionalmente el orden en que han de aplicarse.

Así, la única excepción que contempla el Código de Comercio frente a la regla citada, se encuentra en el artículo 459, pero, como forma de restablecer el patrimonio por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito, esto es para enjugar las pérdidas que ubican a la sociedad en la causal de disolución prevista en el artículo 457, numeral 2. Es por eso que la disposición prevista en el aludido artículo 449 no forma parte del capítulo IV del Título VI del Libro Segundo, denominado «Balances y Dividendos», sino del capítulo V, denominado «Disolución y liquidación de la sociedad anónima».

Es entonces, dentro de este contexto y según el criterio de interpretación sistemática (artículo 30 del Código Civil), que se concibe explícitamente la reducción del capital social, como una de las medidas que puede adoptarse con el fin de enervar la causal de disolución en que la sociedad incurre, cuando a consecuencia de las pérdidas registradas para ese momento, el patrimonio neto se haya reducido por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito. Solamente así existe la debida correspondencia y armonía entre las disposiciones referidas y se atiende la posibilidad de que ante una situación extrema los asociados puedan evitar la disolución inminente de la sociedad por la ocurrencia de la causal expresa que la impone, permitiendo por consiguiente el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio con la adopción de la reforma estatutaria, en virtud de la cual se realizan los ajustes contables que suponen el registro en las partidas patrimoniales correspondientes al capital suscrito y pagado contra las pérdidas, lo que constituye un excepción a la regla tantas veces mencionada, que exige la permanencia e integridad del capital social, disposición que se justifica en tanto permite la subsistencia de la sociedad y como tal está supeditada a la verificación efectiva de supuesto fáctico que determina su procedencia.

De ahí que no pueda ser vista la reducción del capital como una alternativa discrecional de los socios para absorber pérdidas en

condiciones distintas, pues de los preceptos analizados se infiere que se trata de una medida limitada a la posibilidad de subsanar una situación de hecho específica que, imperativamente aboca la sociedad a la disolución y consiguiente liquidación. Aceptar una conclusión contraria, so pretexto de que aparentemente no se afecta la prenda general de los acreedores sociales, dado que en principio la operación únicamente implica un movimiento contable entre dos partidas del patrimonio, que no modifica el saldo de éste, implicaría desconocer la imperatividad de las disposiciones legales que expresamente obligan a enjugar las pérdidas con utilidades posteriores, restringiendo la distribución de utilidades hasta tanto se enjuguen totalmente las pérdidas y se haya corregido el deterioro patrimonial ocasionado por las mismas.

De permitirse que la sociedad enjugue pérdidas contra capital, sin estar en causal de disolución, se estaría abriendo la posibilidad para que las utilidades futuras, en lugar de destinarse prioritariamente para la restauración de reservas y enjugar pérdidas, se distribuyan como dividendos, práctica que será a todas luces inconveniente y que sin duda ocasionaría un perjuicio para los acreedores sociales, particularmente los de aquellas sociedades en las que la responsabilidad de los socios está limitada por el monto de sus aportes. Es precisamente la prevención de tal situación, la que explica las reglas sobre absorción de pérdidas y distribución de utilidades y determinan el contexto dentro del cual procede esta reducción.

En conclusión este Despacho después de revisar nuevamente el tema, al amparo de las consideraciones adicionales en esta oportunidad expuestas, ratifica el concepto emitido mediante Oficio 100-17590 del pasado 30 de abril de 2001, en el sentido de afirmar que «*La absorción de las pérdidas a través de la reducción del capital social, sólo procede a la luz de las normas legales, cuando se adopta como medida para restablecer el patrimonio neto por encima del cincuenta por ciento del capital suscrito*», es decir para enervar la causal de disolución por pérdidas.

Oficio 340-035202 del 22 de julio de 2002

Tratamiento contable de los aportes de industria o trabajo

- *«¿Cuál debe ser el registro adecuado para contabilizar los aportes de industria o trabajo personal en sociedades anónimas, de los cuales se ha estimado su valor?»*

Al respecto y para lograr una mejor comprensión sobre el tema, se transcribe a continuación lo contemplado por esta Superintendencia en el oficio AN-379 de febrero 19 de 1991:

«Para determinar la naturaleza jurídica de las acciones de industria a que se refiere el artículo 380 del Estatuto Mercantil, es pertinente tener en cuenta que dicha obra ha distinguido entre dos formas diferentes de efectuar aportes de industria. Por una parte se ha establecido la posibilidad de estimar en un valor determinado la industria o el trabajo personal que se pretende aportar y por otro lado, se ha presentado la alternativa de no realizar tal estimación económica sobre el aporte industrial.

El tratamiento que el legislador da a las dos opciones referidas, está plenamente diferenciado por la ley. En el último de los casos aludidos, «el aportante no podrá redimir o liberar cuotas de capital social con su aporte, aunque tendrá derecho a participar en las utilidades sociales y en cualquier superávit en la forma en que se estipule» (artículo 138 ibídem). A «contrario sensu» puede afirmarse que en la primera hipótesis mencionada, el aporte si redime verdaderas acciones de capital, cuya amortización se produce a lo largo del período contable, con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias, en forma tal que al asociado se le entregan acciones de capital íntegramente liberadas.»

En concordancia con lo anterior el artículo 83 del Decreto 2649 de 1993, señala que el capital representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores.

A su vez, en el Decreto 2650 de 1993, contentivo del Plan único de Cuentas para Comerciantes, se establece en la dinámica de la cuenta 3105 Capital suscrito y pagado, que en el registro de la suscripción se debe acreditar la subcuenta 310510, capital por suscribir, por el valor de las acciones de goce o industria con estimación pecuniaria con cargo a la respectiva cuenta de resultados.

Así las cosas, cuando se estipulen aportes de industria, y por consiguiente el aportante adquiera como contraprestación el derecho a redimir acciones de capital, sin duda supone que ese valor en que se estima el aporte del socio corresponde a un costo o gasto en que incurre la sociedad, toda vez que este tipo de aporte, trabajo del socio, conocimientos tecnológicos, o los secretos industriales o comerciales que aporte, o en fin, lo que quiera que constituya el objeto de su obligación de hacer, significa para la sociedad la obtención de un servicio personal o técnico que ha sido previamente valorado, lo que impone que la misma deba reconocer el valor correspondiente en la medida en que este se vaya causando.

Ahora bien, ya que la obligación del aportante se considera cumplida sucesivamente por la suma periódica que representa para la sociedad el servicio que constituye el objeto del aporte, la compañía deberá establecer los mecanismos que le permitan determinar de manera adecuada el número de acciones de capital que deben ser liberadas, según sea la obligación de hacer que haya cumplido el aportante durante el respectivo periodo.

Respecto del registro contable, por el valor de las acciones liberadas se acredita la subcuenta 310510, capital por suscribir y, atendiendo a la norma básica de asociación, se tendrá como contrapartida la cuenta correspondiente de costo o gasto que se establezca como la más adecuada en razón al tipo de servicio, personal o técnico, que el socio industrial se haya comprometido a aportar.

Oficio 300-33793 de 13 de agosto de 2004

Disminución de capital con efectivo reembolso de aporte y ejercicio del derecho de retiro a valor intrínseco

Solicita aclaración sobre los siguientes puntos:

1. *«¿Existe alguna norma que impida que al hacerse el pago en efectivo conforme lo autorizó el Máximo Órgano Social, esto es, por el valor intrínseco, el cual supera el valor nominal, se afecten todas las cuentas del patrimonio, excepción hecha de la cuenta de Superávit por Valorizaciones, en el caso de que existiere?*

2. *¿Habría alguna restricción para que la diferencia entre el valor intrínseco y el valor nominal de las acciones en que se reduce el capital se tome exclusivamente de la cuenta revalorización de patrimonio?»*

3. *¿Que ventaja reporta hacer la reducción proporcional de todas y cada una de las cuentas que conforman el patrimonio, excepción de la cuenta Superávit por Valorizaciones si existiere, esto es, hacer una disminución línea a línea y en cuanto no sea posible, acudir a la cuenta de Revalorización del Patrimonio?*

4. *¿En el evento de que la reserva legal fuere igual superior al 50% del capital suscrito y pagado, la Superintendencia de Sociedades tendría algún reparo si al hacer la reducción del patrimonio línea a línea resulta que la reserva legal queda por debajo del 50% del capital suscrito y pagado? o participa del criterio conservador, según el cual, esta cuenta apenas se podría afectar hasta el punto de que hecha la reducción, su valor equivalga al 50% del capital suscrito pagado después de la reducción?»*

Sobre el particular y antes de responder su consulta, es conveniente hacer las siguientes precisiones:

1. El capital es un elemento esencial del contrato de sociedad, en virtud del cual, los asociados se comprometen a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, circunstancia

que debe quedar expresamente consignada en los estatutos de la sociedad.

2. De acuerdo con lo previsto en el artículo 122 del Código de Comercio el capital será fijado de manera precisa, pero podrá aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria, aprobada y formalizada conforme a la ley.

3. El artículo 83 del Decreto 2649 de 1993, dispone que el capital «***...representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores***». (El resaltado fuera de texto).

4. En la descripción del Plan único de Cuentas para Comerciantes PUC señala que el capital social, (código 31) comprende el valor total de los aportes Iniciales y los posteriores aumentos o disminuciones que los socios, accionistas, compañías o aportantes, ponen a disposición del ente económico mediante cuotas, acciones, monto asignado o valor aportado, respectivamente, de acuerdo con escrituras públicas de constitución o reformas, suscripción de acciones según el tipo de sociedad, asociación o negocio, con el lleno de los requisitos legales.

De igual manera, en el capital se incluyen todos los valores resultantes de las capitalizaciones aprobadas por el máximo órgano social, producto de las utilidades, reservas, revalorización del patrimonio y prima en colocación de acciones, entre otras.

Por su parte, la dinámica débito de la cuenta Aportes Sociales (código 3115) indica que su valor se disminuye por la reducción del capital, previo el cumplimiento de las disposiciones legales pertinentes o cuando un asociado hace uso del derecho de retiro.

5. La ley procura preservar la integridad del capital social durante la vida del ente económico. Cuando de acuerdo con el tipo de sociedad que se constituye se determina para todos los asociados que su

responsabilidad se circunscribirá al monto de sus aportes, ejemplo sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, con miras a que el fondo social sea una garantía para los acreedores y que los valores representativos del capital sean reales, se prohíbe a los asociados retirarlos hasta tanto se disuelva y liquide la sociedad, según se desprende del texto del artículo 144 del Código de Comercio que dice textualmente: «***Los asociados tampoco podrán pedir el reembolso total o parcial de sus acciones, cuotas o partes de interés antes de que, disuelta la sociedad, se haya cancelado su pasivo externo. El reembolso se hará entonces en proporción al valor nominal de interés de cada asociado, si en el contrato no se ha estipulado cosa distinta***». (Resaltado fuera del texto)

Sin embargo, como excepción a este principio general la legislación mercantil contempla algunos casos en los cuales es factible la reducción del capital social, como se establece en las siguientes disposiciones contenidas en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995:

5.1 Artículo 145. Disminución del capital con efectivo reembolso de aportes. «*La Superintendencia de Sociedades autoriza la disminución del capital social en cualquier compañía cuando se prueba que la sociedad carece de pasivo externo; o que hecha la reducción los activos sociales representan no menos del doble del pasivo externo, o que los acreedores sociales acepten expresamente y por escrito la reducción, cualquiera que fuere el monto del activo o de los activos sociales*».

En cuanto a la autorización de que trata el artículo citado, con la expedición de la Ley 222 de 1995, en el numeral 7° del artículo 86 se dispuso que a la Superintendencia le correspondería tan sólo «***Autorizar la disminución del capital en cualquier sociedad, cuando la operación implique un efectivo reembolso de aportes***». (El resaltado no es del texto)

5.2 Artículo 146. Disminución del capital por reembolso de aportes a los socios. Según el texto de esta norma, en una sociedad por cuotas

o partes de interés social, el capital se puede disminuir con reembolso total del interés de alguno o algunos de los socios que se retiran.

5.3 Artículos 12 al 17 de la Ley 222. Derecho de retiro. Se da la posibilidad de disminuir el capital social cuando un asociado en cualquier sociedad, haciendo uso del derecho de retiro exige el reembolso de sus aportes, en los casos en que los socios o la misma sociedad no adquieran la totalidad de las acciones, cuotas o partes de interés. En este caso el legislador señaló expresamente la forma como se determinaría el valor a reembolsar.

5.4 Adicionalmente y si bien la reducción de capital no significa un efectivo reembolso de aportes, el legislador previó en el artículo 459 del Código de Comercio, la disminución del mismo para absorber pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito, si se adopta como medida para restablecer el patrimonio social.

6. Las situaciones descritas en los artículos 144 y 145 corresponden a dos eventos jurídicos absolutamente diferentes, por cuanto la primera normatividad es aplicable una vez disuelta la sociedad por consiguiente en estado de liquidación, la cual junto con otras normas desarrollan la función consagrada en el numeral 7 del artículo 238 del Código de Comercio, en la que expresamente se otorga al liquidador la función de liquidar y cancelar las cuentas de los terceros y de los socios, siendo factible, en este caso, como lo dispone el precepto legal que los asociados reciban la parte proporcional del patrimonio, en la forma prevista en el articulo 144, según el cual el reembolso se hará en proporción al valor nominal del interés que cada uno posea; en tanto que la disminución de capital de que trata el artículo 145 procede en una empresa en marcha y hace parte de las normas que de manera general regulan la constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales y se aplica, entre otros casos, cuando uno o algunos de los asociados de una compañía se retiran.

En este último caso, es decir, si la disminución del capital proviene del retiro de un asociado, es necesario que se den los presupuestos

establecidos en el articulo 145, ya citado y además por corresponder a una reforma estatuaria la debe aprobar él máximo órgano social con el lleno de los requisitos legales y estatutarios previstos para el efecto y posteriormente proceder a su formalización (artículo 147 del Código dé Comercio). Adicionalmente y por cuanto se trata de una disminución del capital con efectivo reembolso de aportes la ley prevé que la Superintendencia evalúe su viabilidad, confiriéndole la atribución de autorizarla en cualquier sociedad, si a ello hubiere lugar, buscando con esto proteger la prenda general de los acreedores.

7. El tratadista José Ignacio Narváez, en su Libro TEORIA GENERAL DE LAS SOCIEDADES, en el capitulo IX denominado CAPITAL SOCIAL, también se refirió a la disminución del capital[32], y de su contenido se concluye que la disminución del capital, de que trata el artículo 145, procede únicamente sobre el capital social, es decir, sobre el valor nominal de las acciones.

Con fundamento en lo expuesto y refiriéndonos a la primera pregunta de su escrito, ha de manifestarse que el valor nominal de una acción casi nunca coincide con el valor real de la misma; en razón de que a una acción se le pueden asignar varios valores, entre ellos, el intrínseco, el de mercado o el que aprueben en una negociación, de acuerdo con estudios serios que se ajusten a la situación real de la compaña. Así por ejemplo, para fijar el valor intrínseco se tienen en cuenta todas y cada una de las cuentas que integran el patrimonio y el total así obtenido se divide por el número de acciones en circulación.

Así las cosas, se puede afirmar que nada se opone a que en una sociedad se apruebe el retiro voluntario de uno o más de sus asociados,

32 José Ignacio Narváez García. Teoría General de las Sociedades *«En cuanto a las finalidades de la disminución del capital, unas veces se procura devolver a los asociados disponibilidades innecesarias para la sociedad; en ocasiones se pretende equilibrar el patrimonio y el capital, reduciendo la cifra de éste pasivo teórico del balance cuando ha habido pérdidas; en otras se intenta reajustar el valor nominal de las partes de interés, o de las cuotas, o de las acciones a su valor real, cuando este llega a ser inferior a aquel; a veces, la reducción de actividades o la clausura de factorías o establecimientos exige la vinculación de un capital menor.»*

con efectivo reembolso de aportes a un valor superior al nominal, siempre y cuando se den las condiciones económicas para tal efecto, esto es, que la prenda general que tienen los acreedores representada en activos patrimoniales, no sufra menoscabo frente a la operación que se proyecta, por eso le corresponde a la Superintendencia pronunciarse previamente sobre esta disminución y además que el valor a cancelar, como ya se dijo, provenga de un estudio serio y cuidadoso de la situación real de la sociedad.

En este caso y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 145, relacionado con la disminución del capital social, es claro que el legislador no se refirió a la forma de valorar los aportes de los asociados en el caso de un retiro voluntario, donde obviamente ha de colegirse que los interesados pueden fijar los términos de la negociación, en cuyo caso, el máximo órgano social aprobará la disminución del capital social con efectivo reembolso de aportes al asociado que se retira y el valor a pagar, el cual podrá ser igual, superior o inferior al valor nominal de la acción. Formalizada la disminución del capital surge para la sociedad una obligación que debe abonarse a la cuenta del activo que se convino en pago, hasta la concurrencia del valor a cancelar, con cargo a la cuenta de capital por el valor que se disminuye y la diferencia se llevará bien como un ingreso o un gasto a los resultados del ejercicio.

Como complemento de lo expuesto y para atender su segunda inquietud, es claro que la cuenta de Revalorización del Patrimonio, como las demás cuentas de esta clase, tienen una destinación específica a la luz de las normas legales, y por ello no se ajusta a derecho que su saldo se disminuya con el exceso entre el valor nominal y el que se cancela al asociado en el momento de efectuar el reembolso. Adicionalmente, su disminución es un hecho contrario a lo sostenido por esta Superintendencia en reiterados conceptos, en los cuales ha sido muy clara la Entidad en el fundamento legal que soporta su posición.

Atendiendo su tercer interrogante y como ya se dijo, no es viable afectar las demás cuentas del patrimonio diferentes a capital así sea proporcionalmente.

Finalmente, es de recordar que todas y cada una de las cuentas del patrimonio tienen un origen o naturaleza, así como su manejo y distribución claramente establecido en la Ley y por ende de obligatorio cumplimiento y su inobservancia conlleva la transgresión de normas legales que deben ser atendidas estrictamente por las sociedades o entes económicos obligados a llevar contabilidad de sus negocios. Es así como la reserva legal no puede disminuirse sino en la forma prevista en el Código de Comercio.

Oficio 340-041799 del 10 de agosto de 2005

Procedimiento contable en la readquisición y cancelación de acciones propias readquiridas

Si luego de efectuar una readquisición de acciones por parte de una compañía, esta decide cancelarlas a la luz del numeral 4 del artículo 417 del Código de Comercio, cual sería el registro contable correspondiente y que cuentas del Plan Único de Cuentas se afectarían si la readquisición se realizó por un mayor o menor valor nominal.

Al respecto, esta Superintendencia ya se pronunció sobe el tema de su consulta a través del oficio 340-046069 del 16 de septiembre de 2004, del cual transcribo a continuación la parte pertinente:

«Antes de atender su consulta, es preciso aclarar que la misma se resuelve en el entendido que la sociedad ha llenado los requisitos legales que deben surtirse en la readquisición de las acciones, pues la operación planteada ocasiona una disminución del capital que debe inscribirse en la respectiva Cámara de Comercio, y en estos casos, la Cámara solicita concepto de la Superintendencia, en cuanto a si requiere o no autorización de esta Entidad, en cuyo caso para atender esta solicitud deben

hacerse todas las revisiones pertinentes para constatar que efectivamente no requiere la autorización respectiva.

La interpretación del numeral 4° del artículo 417 del Código de Comercio, que consagra una de las posibles medidas a adoptar por parte de la sociedad con las acciones propias readquiridas, son entre otras las siguientes:

- *Si se cancelan tales acciones readquiridas, es necesario continuar presentando en el balance las posiciones «reserva para readquisición de acciones propias readquiridas», hasta tanto se reúna el Máximo Órgano Social y apruebe una nueva destinación de dicha reserva.*
- *En consecuencia al cancelar y disminuir el capital hasta concurrencia de su valor nominal, esta operación conlleva una disminución del capital suscrito.*

Las cuentas que se manejan en el registro de este tipo de transacciones, son las siguientes:

3705 Utilidades o Excedentes Acumulados

330515 Reserva para Readquisición de Acciones

330516 Acciones Propias Readquiridas (DB)

Bajo el siguiente supuesto, ilustramos el manejo contable del tema objeto de consulta:

Capital Autorizado	*$ 1.000*
Capital por Suscribir	*-$ 500*
Capital Suscrito y Pagado	*$ 500*
Utilidades del ejercicio	*$ 1.000*

La sociedad con aprobación del máximo órgano social, decide efectuar una readquisición de acciones por $100, equivalente a su valor nominal.

1) Asiento para efectuar la reserva para readquisición de acciones.

3705	*Utilidades o excedentes acumulados*	*$ l00*	
330515	*Reserva para Readquisición de Acciones*		*$ 100*

2) Cuando se efectúa la readquisición de acciones, tenemos:

330516	*Acciones Propias Readquiridas*	*$ 100*	
1110	*Bancos*		*$ 100*

3) Al momento de cancelar las acciones readquiridas, tenemos:

310510	*Capital por Suscribir*	*$100*	
330516	*Acciones Propias Readquiridas*		*$ 100*

4) La Reserva para Readquisición de Acciones, al cumplir su finalidad y cancelarse dichas acciones readquiridas, vuelve a las utilidades acumuladas.

330515	*Reserva para Readquisición de Acciones*	*$ 100*	
3705	*Utilidades o excedentes acumulados*		*$ 100*

De lo anterior se desprende que, la cuenta Capital por Suscribir, inicialmente presenta un saldo de $500 y al afectarse con $100 por la cancelación de las Acciones Propias Readquiridas, dicho Capital por Suscribir aumenta en la suma de $600».

Ahora bien, si la readquisición se efectuó por un mayor o menor valor al nominal, para poder determinar la manera en que se deben realizar los registros, reflejando en debida forma el hecho económico en la contabilidad al momento de su cancelación, es necesario precisar:

- Acorde con lo preceptuado en el Estatuto Mercantil, la cancelación de las acciones readquiridas y consiguiente disminución de capital solo se puede efectuar hasta la ocurrencia de su valor nominal.

- En los artículos 47 y 53 del Decreto 2649 de 1993, se indica que para que un hecho económico realizado pueda ser reconocido en la contabilidad se requiere que corresponda a un elemento de los estados financieros, pudiendo ser medido y representado de manera adecuada, lo que permite una correcta clasificación según su naturaleza y el registro en las cuentas apropiadas.

- El artículo 96 ibídem, establece que en cumplimiento de las normas de realización, asociación y asignación, los ingresos y los gastos se deben reconocer de tal manera que se logre el adecuado registro de las operaciones en la cuenta apropiada, por el monto correcto y en el periodo correspondiente, para obtener el justo cómputo del resultado neto del período.

Por lo expuesto, en atención a que los fondos destinados para la operación fueron tomados de las utilidades líquidas, registrando la readquisición por su costo, su cancelación, en todos los casos, supone un incremento en el capital por suscribir en la parte equivalente a su valor nominal, mientras que la diferencia si la readquisición se efectuó por un mayor valor al nominal debe disminuir la reserva para readquisición de acciones, si ésta se realizó por un menor valor al nominal tal diferencia debe ser contabilizada como un ingreso.

Para una mejor ilustración, siguiendo el ejemplo consignado en el oficio antes trascrito, a continuación se detallan los registros contables correspondientes:

1) La sociedad tiene un capital autorizado de $1000 dividido en 10 acciones cuyo valor nominal es de $100 cada una. Con aprobación del máximo órgano social decidió efectuar la readquisición de dos acciones por valor de $200 cada una, previa constitución de la reserva, por valor de $400.

Al momento de efectuar la cancelación de las acciones readquiridas tenemos:

310510	Capital por Suscribir	$ 200	
330515	Reserva para Readquisición de Acciones	$ 200	
330516	Acciones Propias Readquiridas		$ 400

2) La sociedad tiene un capital autorizado de $1000 dividido en 10 acciones cuyo valor nominal es de $100 cada una. Con aprobación del máximo órgano social decidió efectuar la readquisición de dos acciones por valor de $50 cada una, previa constitución de la reserva, por valor de $100.

Al momento de efectuar la cancelación de las acciones readquiridas tenemos:

310510	Capital por Suscribir		$ 200
330516	Acciones Propias Readquiridas	$ 100	
429595	Ingresos Diversos - otros-	$ 100	

Para este único caso, es necesario advertir que para tener una efectiva correlación entre los registros cuando cancelamos las acciones que se readquirieron por encima y por debajo del valor nominal, y revisada la estructura del Plan único de Cuentas, contenido en el Decreto 2650 de 1993, deben crear la subcuenta 429595, Ingresos Diversos -otros, hecho que debe ser objeto de una amplia revelación en las notas a los estados financieros.

Oficio 115-038798 de 9 de junio de 2008

Reconocimiento de hechos económicos luego de una cesión de cuotas y transformación de un ente económico, cuya ocurrencia y protocolización tienen lugar en ejercicios diferentes

Solicita el concepto de este Despacho sobre los hechos que se describen a continuación, así como de la información adicional suministrada en la reunión llevada a cabo en esta dependencia el día 5 de junio pasado, así:

1. El 7 de noviembre de 2007 una sociedad de responsabilidad limitada, en acta de Junta de Socios trata y decide la cesión y venta de cuotas sociales, conforme al art. 362 del C. Co. y a los estatutos, por valor de $70 millones de pesos.

2. Esa reforma al contrato social por cesión y venta de cuotas a personas extrañas a la sociedad se protocoliza en una escritura pública de fecha 8 de marzo de 2008.

3. Paralelamente, el 8 de noviembre de 2007, los nuevos socios aprueban una reforma estatutaria, en donde resuelven transformar dicha sociedad de responsabilidad limitada a una sociedad anónima, donde deciden que el capital autorizado de la sociedad es de $4.000 millones de pesos incrementan su capital, dividido en cuatro millones de acciones nominativas a valor de un mil pesos cada una.

4. Lo anterior se eleva a escritura pública el 17 de marzo de 2008.

5. Sobre la base de que el artículo 366 del Código de Comercio establece que la cesión de cuotas deberá hacerse por escritura pública «so pena de ineficacia», pero no producirá efecto frente a terceros ni de la sociedad sino a partir de la fecha en que sea inscrita en el registro mercantil (concuerda artículo 158 ibídem), se advierten tres momentos:

Uno, el de la reforma estatutaria; **dos**, el de la protocolización a escritura pública; **tres**, el de registro en la Cámara de Comercio.

Entendemos que el primer momento corresponde a un acto de la autonomía de la voluntad de los socios, que existe y es válido, al tenor del artículo 1502 del Código Civil (concuerda inciso 2 artículo 158 del Código de Comercio).

El segundo momento, genera eficacia jurídica, según el artículo 366.

El tercer momento genera oponibilidad frente a terceros.

6. Si la cesión o venta de cuotas y la transformación con incremento de capital son hechos económicos, se plantean dos tesis: **la primera**, que se deben reconocer (certificar o dictaminar, según el caso) desde el momento que se causan u ocurren realmente; y **la segunda**, desde el momento en que éstos hechos económicos se elevan a escritura pública.

7. La consulta pretende indagar si son válidos y pueden ser certificados los Estados Financieros (que comprenden hechos económicos) ocurridos en el año 2007, pero elevados a escritura pública en marzo del 2008, de acuerdo a las normas generalmente aceptadas de contabilidad.

Antes de proceder a la atención sobre su comunicación y consulta es necesario precisar lo siguiente, no sin antes aclarar que la decisión de aceptar o no la información financiera presentada por el proponente al proceso licitatorio, corresponde a la entidad que está adelantando la misma; toda vez que la función de esta Superintendencia en lo que corresponde a la atención de consultas se circunscribe a la interpretación de las normas de manera general, razón por la cual en el presente escrito trataremos el tema por usted planteado ciñéndonos al citado precepto.

Señalado lo anterior, para el caso en comento debemos tener presente la siguiente normatividad, así:

1) Decreto 2649 de 1993 Contentivo de las normas o principios de Contabilidad generalmente aceptados en Colombia.

a. En su artículo 12, expresa que solo pueden reconocerse hechos económicos realizados. Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y otro caso razonablemente cuantificables.

b. En los artículos 47 y 53 se indica que para que un hecho económico realizado pueda ser reconocido en la contabilidad se requiere que corresponda a un elemento de los estados financieros, pudiendo ser medido y representado de manera adecuada, lo que permite una correcta clasificación según su naturaleza, de manera que se registre en las cuentas apropiadas.

c. EL artículo 57, señala que antes de emitir estados financieros, la administración del ente económico debe cerciorarse que se cumplen satisfactoriamente las afirmaciones, explícitas e implícitas, en cada uno de sus elementos.

Las afirmaciones que se derivan de las normas básicas y de las normas técnicas, son las siguientes:

Existencia - los activos y pasivos del ente económico existen en la fecha de corte y las transacciones registradas se han realizado durante el período.

Integridad - todos los hechos económicos realizados han sido reconocidos.

Derechos y obligaciones - los activos representan probables beneficios económicos futuros (derechos) y los pasivos representan probables sacrificios económicos futuros (obligaciones), obtenidos o a cargo del ente económico en la fecha de corte.

Valuación - todos los elementos han sido reconocidos por los importes apropiados.

Presentación y revelación - los hechos económicos han sido correctamente clasificados, descritos y revelados.

d. Por su parte el artículo 83, al referirse al capital indica que representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores.

El capital debe registrarse en la fecha en la cual se otorgue el documento de constitución o de reforma, o se perfeccione el compromiso de efectuar el aporte, en las cuentas apropiadas, por el monto proyectado, comprometido y pagado, según el caso.

Los aportes en especie se deben contabilizar por el valor convenido, o el debidamente fijado por los órganos competentes del ente económico y aprobado por las autoridades, si fuere el caso.

Se debe registrar por separado cada clase de aportes, según los derechos que confieran.

2) Código de Comercio.

a. El artículo 158 señala que toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma.

Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros. Las reformas tendrán efectos entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos. (Resaltado fuera de Texto).

De la norma trascrita, se infiere que las reformas estatutarias no son oponibles a terceros hasta tanto sean inscritas en el registro mercantil, es así que si los socios deciden transformar la compañía adoptando otro tipo societario, mientras esta reforma no se inscriba en el registro mercantil, frente a terceros, la compañía conserva su tipo societario anterior a la decisión de transformación

b. El artículo 171 contempla que para ser valida la transformación de una sociedad será necesario que reúna los requisitos exigidos en dicho código.

c. *El artículo 362 manifiesta que:* «los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas. Cualquier estipulación que impida este derecho, se tendrá por no escrita

La cesión de cuotas implicará una reforma estatutaria. La correspondiente escritura pública será otorgada por el representante legal de la compañía, el cedente y el cesionario». (Subrayado fuera de Texto)

3) Ley 222 de 1995

a. El artículo 37 relacionado con estados financieros certificados, señala que: «el Representante Legal y el Contador bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposiciones de los asociados o de terceros. La certificación consiste en declarar que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento y que los mismos se han tomado fielmente de los libros».

b. El artículo 38, indica que: «son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoria generalmente aceptadas.

Estos estados deben ser suscritos por dicho profesional, anteponiendo la expresión «ver la opinión adjunta» u otra similar. El sentido y alcance de su firma será el que se indique en el dictamen correspondiente, que contendrá como mínimo las manifestaciones exigidas por el reglamento».

4) El Artículo 10 de la Ley 43 de 1990 al referirse a la fe pública expresa que: *«la **atestación o firma** de un Contador Público en los actos propios de su profesión hará presumir, salvo prueba en contrario,*

que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en casos de personas jurídicas. Tratándose de balances, se presumirá además que los saldos se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera en la fecha del balance». (El resaltado es nuestro).

Con fundamento en lo expuesto y atendiendo el caso que nos ocupa, este Despacho considera que sólo hasta el momento en que se eleve a escritura pública y se registre en cámara de comercio la reforma estatutaria, consistente en primer lugar, en la cesión de las cuotas sociales y en segundo orden la transformación del ente societario de responsabilidad limitada a sociedad anónima, es procedente el registro contable como parte del capital suscrito y pagado, del dinero recibido en el mes de diciembre.

Por lo anterior dado que a 31 de diciembre del 2007, no se produjo el trámite respectivo, los dineros recibidos debieron ser reconocidos en la contabilidad del ente económico y reflejados en los estados financieros a dicha fecha, como un pasivo a favor de las personas que entregaron el efectivo; de igual manera, al preparar y presentar dichos estados financieros independientemente del destinatario de los mismos, éstos deberían referirse al ente económico como sociedad limitada, atendiendo lo señalado en el certificado de existencia y representación legal.

En cuanto al punto sobre en qué consiste y cuáles son las consecuencias jurídicas del concepto de «INEFICACIA» a la que se refiere el artículo 366 del Código de Comercio, a punto de la interpretación de esta disposición la Superintendencia de Sociedades ha expresado:

«Como es evidente no es menester acudir a fuentes distintas a la ley para llegar a la conclusión de que el precepto invocado (C. Co. art.366) constituye en verdad una excepción al principio general que en materia de reformas estatutarias contiene el artículo 158 del código mercantil en el sentido de las mismas tendrán efectos ante los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos.

Debe entonces quedar perfectamente claro que mientras no se cumpla con los requisitos de solemnización de la cesión por escritura pública e inscripción de esta en el registro mercantil, los cesionarios no ostentan la calidad de asociados frente a la compañía ni a los socios que no intervinieron en el negocio jurídico como quiera que son terceros, según se desprende del citado artículo 366.» (Oficio 220-002007 de Enero 20 de 2005)

En relación con la ineficacia de los actos jurídicos, el artículo 897 del estatuto mercantil se ocupa del tema y dispuso:

«Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.»

Así las cosas es de concluir que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 366 del Código de Comercio, en concordancia con lo establecido por el artículo 362 ibídem, la cesión de cuotas deberá hacerse por escritura pública so pena de ineficacia, puesto que es una determinación que constituye reforma estatutaria, pero no producirá efectos respecto de terceros ni de la propia sociedad sino a partir de la fecha en que sea inscrita en el registro mercantil.

Lo anterior significa que frente a terceros y a la misma sociedad, el cesionario de las cuotas puede ser considerado socio del ente jurídico en cuestión, SOLO a partir del momento en que la escritura pública que contenga la cesión sea inscrita en la Cámara de Comercio del domicilio social, y como consecuencia, a partir de ese momento el cedente deja de ser propietario de las cuotas.

Es decir, la ineficacia que trata el artículo 366 del Código de Comercio, debe entenderse, como la sanción legal que sin declaración judicial priva de efectos jurídicos, la operación económica denominada, cesión de cuotas que no se efectúe a través de escritura pública y sea inscrita en el registro mercantil.

En consecuencia es de concluir, que la cesión de cuotas es un acto jurídico complejo, el cual para que produzca efectos jurídicos (trasmitir

la calidad de socio) debe realizarse a través de escritura e inscribirse en el registro mercantil.

Ahora bien, dentro de las funciones asignadas por la ley a esta Superintendencia no se encuentra establecida la de pronunciarse sobre la validez o no de los estados financieros de las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control en los términos señalados en la Ley 222 de 1995 (artículos 82, 83, 84, 85 y 86), así las cosas, la falsedad de la información consignada en unos estados financieros le corresponde señalarla a la justicia civil o penal, según sea el caso.

Por último, en cuanto a la certificación de los estados financieros, **siempre deben ser suscritos por el representante legal y el contador que los hubiera preparado**, en señal de que la información consignada en ellos ha sido verificada previamente y se ajusta a los libros y, en los casos en que por la ley o los estatutos el ente económico este obligado a contar con revisor fiscal, dichos estados financieros deben ser dictaminados; advirtiendo que la firma de este último debe ir acompañada de la expresión «ver opinión adjunta» u otra similar.

DEPRECIACIÓN

Oficio 340-25458 de 14 de junio de 2001

Efecto del uso en la aplicación de la depreciación acelerada por turnos cuando exceden de los normales

1. Los tratadistas, César A. Bolaño A., y Jorge Álvarez Niño, en su libro Contabilidad Comercial, señalan que el sistema de depreciación acelerada se basa en el principio de que las cosas se deprecian más durante los primeros años de vida, en los cuales generalmente no hay muchos gastos de reparación o mantenimiento, y menos en los últimos años de vida para compensar los altos gastos de reparación y mantenimiento.

Como métodos de depreciación acelerada, mencionan:

1.1 Suma de los años de vida o suma de los dígitos de los años.- La tasa para depreciar por este método es una fracción, cuyo numerador representa los años de vida que le faltan al activo por depreciar y su denominador la sumatoria de los años de vida que se le hayan calculado. Para el primer año el numerador será los años de vida calculados, el cual irá disminuyendo una unidad cada año, hasta llegar al último año donde su numerador será uno.

1.2 Reducción de saldos. – También es un método de depreciación acelerada; para utilizar este sistema se duplica el porcentaje que corresponde al de línea recta. Dicho porcentaje se aplica al saldo depreciable de cada año; el valor residual del último año representa la cuota de salvamento y los porcentajes se aplican así:

Vehículos y equipo de sistemas	40% (línea recta 20%)
Muebles y equipo de oficina	20% (línea recta 10%)
Edificios	10% (línea recta 5%)

2. El Decreto 2649 de 1993, por medio del cual se reglamenta la contabilidad mercantil, fijando los principios y normas contables generalmente aceptadas en Colombia, en su artículo 64 sobre las propiedades, planta y equipo, en la parte pertinente señala, que el valor histórico se debe incrementar con el de las adiciones, mejoras y reparaciones, que aumenten significativamente la cantidad o calidad de la producción o la vida útil del activo.

Se entiende por vida útil el lapso durante el cual se espera que la propiedad, planta y equipo, contribuirá a la generación de ingresos. Para su determinación es necesario considerar, entre otros factores, las especificaciones de fábrica, el deterioro por el uso, la acción de factores naturales, la obsolescencia por avances tecnológicos y los cambios en la demanda de los bienes o servicios a cuya producción o suministro contribuyen.

La contribución de estos activos a la generación del ingreso debe reconocerse en los resultados del ejercicio mediante la depreciación de su valor histórico ajustado. Cuando sea significativo, de este monto se debe restar el valor residual técnicamente determinado.

La depreciación se debe determinar sistemáticamente mediante métodos de reconocido valor técnico, tales como línea recta, suma de los dígitos de los años, unidades de producción u horas de trabajo. Debe utilizarse aquel método que mejor cumpla la norma básica de asociación (se subraya).

3. El inciso 3° del artículo 78 ibídem prescribe que «*Se debe contabilizar como impuesto diferido por pagar el efecto de las diferencias temporales que impliquen el pago de un menor impuesto en el año corriente, calculado a tasas actuales, siempre que exista una expectativa razonable de que tales diferencias se revertirán*».

4. El Estatuto Tributario en su artículo 140 define la depreciación acelerada y al respecto señala «*Si los turnos establecidos exceden de los normales, el contribuyente puede aumentar la alícuota de depreciación en un veinticinco por ciento (25%) por cada turno adicional que se demuestre y proporcionalmente por fracciones menores*».

De acuerdo con el artículo 71 del Decreto 187 de 1975, «*para efectos de lo previsto en el numeral 7° del artículo 59 del Decreto 2053 de 1974, se considera como turno normal el de ocho (8) horas diarias. Cuando el equipo se utilice diariamente en turnos mayores, se considerará como turno adicional el mismo lapso y proporcionalmente por fracción*».

Nota: el numeral 7° del artículo 59 del Decreto 2053 de 1974 fue compilado por el artículo 140 del Estatuto Tributario.

5. Esta Superintendencia, con oficio 19871 de octubre 9 de 1980, se pronunció sobre el tema, del cual para ilustración traemos a colación algunos apartes:

«En Colombia la depreciación acelerada se basa en el desgaste o deterioro de la propiedad de un término inferior al que fija la ley.

La depreciación debe ser fiel reflejo del hecho económico y los estados financieros revelar en cada una de sus cuentas la situación a una fecha dada y el resultado de la gestión gerencial, esto es que en el balance la depreciación debe indicar el deterioro físico del bien depreciable sometido a turnos de labor superiores a los normales o como ya se dijo, que por razones técnicas, ambientales o de obsolescencia deben trasladarse en menor tiempo del normal a los costos y/o gastos.

El legislador fue claro en relación con estos aspectos en materia impositiva y la Superintendencia de Sociedades los comparte cuando están soportados en estudios que así lo demuestren, porque los estados financieros deben revelar la realidad económica, en otras palabras, la depreciación «acelerada» debidamen-te demostrada y justificada representa el verdadero gasto».

6. El artículo 130 del Estatuto Tributario, establece que, los contribuyentes que en uso de las disposiciones pertinentes soliciten en su declaración de renta cuotas de depreciación que excedan el valor de las cuotas registradas en el estado de pérdidas y ganancias, deberán para que proceda la deducción sobre el mayor valor solicitado fiscalmente, destinar de las utilidades del respectivo año gravable como reserva no distribuible, una suma equivalente al setenta por ciento (70%) del mayor valor solicitado.

Cuando la depreciación solicitada fiscalmente sea inferior a la contabilizada en el estado de pérdidas y ganancias, se podrá liberar de la reserva a que se refiere el inciso anterior, una suma equivalente al setenta por ciento (70%) de la diferencia entre el valor solicitado y el valor contabilizado.

Con fundamento en lo anterior se concluye que, teniendo en cuenta la utilización de las propiedades, planta y equipo en turnos que excedan a los normales, una vez determinado sistemáticamente el método a aplicar, desde el punto de vista contable y efectuado los cálculos respectivos, en el evento de presentarse diferencias con respecto al

valor solicitado como deducción desde el punto de vista tributario ello dará lugar al registro del impuesto de renta diferido.

Adicionalmente y como ya se dijo para que fiscalmente se acepte la deducción del mayor valor, se debe constituir la reserva señalada en el artículo 130 del Estatuto Tributario y reconocerse en las Cuentas de Orden Fiscales.

Oficio 340-06229 de 2 de noviembre de 2005

El ente económico debe evaluar para cada clase de activo las tasas de depreciación a aplicar

1. El artículo 54 del Decreto 2649 de 1993, referente a la norma técnica general de asignación, indica que los costos de los activos, los ingresos y gastos diferidos, reexpresados como consecuencia de la inflación cuando sea el caso[33], deben ser asignados o distribuidos en las cuentas de resultados, de manera sistemática, en cumplimiento de norma básica de asociación.

La asignación de los costos de las Propiedades, planta y equipo se denomina depreciación. La de los recursos naturales, agotamiento y la de los diferidos e intangibles, amortización.

Las bases utilizadas para calcular la alícuota respectiva deben estar técnicamente soportadas. Los cambios en las estimaciones iniciales se deben reconocer mediante la modificación de la alícuota correspondiente en forma prospectiva, de acuerdo con las nuevas estimaciones.

2. El artículo 64 al referirse a las normas técnicas específicas de las propiedades, planta y equipo, expresa que éstas representan los activos intangibles adquiridos, construidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción

33 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año.

La vida útil corresponde al lapso durante el cual se espera que la propiedad, planta o equipo, contribuirá a la generación de ingresos. Para su determinación es necesario considerar, entre otros factores, las especificaciones de fábrica, el deterioro por el uso, la acción de factores naturales, la obsolescencia por avances tecnológicos y los cambios en la demanda de los bienes o servicios a cuya producción o suministro contribuyen.

La depreciación se debe determinar sistemáticamente mediante métodos de reconocido valor técnico, tales como línea recta, suma de los dígitos de los años, unidades de producción u horas de trabajo. Debe utilizarse aquel método que mejor cumpla la norma básica de asociación.

3. Cuando se adquiera un bien que haya estado en uso y por lo tanto haya sido total o parcialmente depreciado, el ente económico deberá depreciarlo, teniendo en cuenta la vida útil restante.

El valor de las Propiedades, planta y equipo tienen una vida útil limitada, que debe distribuirse como una forma de medir la expiración de éste, mediante el registro sistemático de su depreciación, durante su vida útil o el período estimado en que dichos activos generan ingresos.

4. La legislación tributaria ha establecido a través del artículo 2° del Decreto Reglamentario 3019 de 1989, la vida útil de las Propiedades, planta y equipo depreciables adquiridos a partir de 1989, fijando para los inmuebles una vida útil de 20 años (5%); barcos, trenes, aviones, maquinaria, equipos y bienes muebles 10 años (10%); vehículos automotores y computadores 5 años (20%); procedimiento que en algunos casos ha sido utilizado en la práctica contable, toda vez que el artículo 141 del Estatuto Tributario señala con respecto al registro contable de

la depreciación que a las cuotas anuales de depreciación de que tratan las normas tributarias, deberán registrarse en los libros de contabilidad del contribuyente en la forma que indique el reglamento.

No obstante lo anterior, para efectos fiscales, en el artículo 138 del Estatuto Tributario estableció, previa autorización del director general de impuestos nacionales, la posibilidad de fijar una vida útil distinta, con base en conceptos o tablas de depreciación de reconocido valor técnico.

Como puede observarse, las normas en materia contable no han señalado vidas útiles para ninguna clase de activos, por cuanto ésta depende de las condiciones y especificaciones de cada activo en particular y del uso que de los mismos haga el ente económico. En tal sentido, para efectos de proceder a determinar la vida útil de sus activos, el ente económico debe evaluar, para cada clase de activos, las condiciones de los mismos y el lapso durante el cual cada uno contribuirá a la generación de los beneficios y con base en ello, establece las tasas de depreciación que debe utilizar para cada tipo de activo, cumpliendo en todo caso con la norma básica de asignación referida en este escrito.

DIFERENCIA EN CAMBIO

Oficio 100-77616 de 12 de agosto de 1999

Se debe registrar como diferido la diferencia en cambio en la ejecución de un proyecto de infraestructura a largo plazo

1. Expresa usted que con sujeción al contrato celebrado bajo la modalidad BOMT (Construcción, Operación y Mantenimiento) la sociedad se obligó a la financiación, construcción, bajo su exclusivo costo del gasoducto, debiendo operar y mantener el gasoducto y transferirlo a Ecopetrol en la fecha en que éste ejerza la opción de compra; y que la sociedad, en su condición de contratista, se obligó a obtener la financiación requerida para la realización de los costos inhe-

rentes de construcción del gasoducto, obteniendo crédito externo en un porcentaje equivalente al 75% de los costos presupuestados.

Dada la modalidad del contrato celebrado, la tarifa mensual básica de transporte durante el término de 20 años de vigencia se integra por tarifas en dólares y tarifa en pesos; y

Todos los costos y gastos incurridos durante la etapa de la construcción, incluido el ajuste por la diferencia en cambio de la deuda en dólares, generada hasta la fecha de la terminación de la construcción, forma parte del costo total del activo fijo, constituido por el gasoducto.

Los ingresos operacionales corresponden al total de las sumas facturadas en pesos y en dólares durante cada año de vigencia del contrato por concepto de la tarifa de transporte. La tarifa de transporte compensa, durante el término de vigencia del contrato, la totalidad de los costos de construcción del gasoducto, los costos financieros de la deuda adquirida para financiar los costos de la obra, el pago del principal, así como la operación y el mantenimiento del gasoducto garantizando su disponibilidad permanente para el transporte de gas durante el término de vigencia de 20 años del contrato.

Señala en otro de sus apartes que el costo del gasoducto, incluida la diferencia en cambio por el ajuste de la deuda en dólares, se registra como mayor valor del activo hasta el momento en que estuvo en condiciones de ser utilizado, base sobre la cual se toma la depreciación utilizando el método técnico de estimación de unidades de gas máximas a transportar y el cual permite asociar el costo por depreciación durante los 20 años de duración del contrato, que es igualmente reconocido en la tarifa de transporte, con el ingreso obtenido por su utilización durante el mismo tiempo. Este Método, por tanto, permite asociar el costo inherente a la depreciación con el componente del mismo, compensado en la tarifa del transporte, reflejando mediante este sistema el principio de asociación entre el ingreso y el respectivo costo. Es decir que el método de capitalizar la diferencia en cambio de un activo en construcción para ser depreciado, dicho costo, en el término de vida útil del contrato permite solicitar el costo

financiero por diferencia en cambio durante el número de años en que el activo financiado genera beneficios económicos.

Por su parte, la diferencia en cambio que, por regla general, debe registrarse en pérdidas y ganancias como un gasto por haber iniciado la explotación del activo, en el caso planteado no refleja la verdadera realidad económica pues no considera que la parte de la diferencia en cambio que es compensada durante todo el término de vigencia del contrato, por encontrarse incluida dentro de la tarifa de transporte y constitutiva de ingreso, es decir cuando éste se reconoce en la tarifa de transporte. Significa que si el correspondiente ajuste en cambio debe registrarse como gasto en el estado de pérdidas y ganancias, se produce la anticipación de un gasto y como consecuencia el desconocimiento del principio contable de la asociación dado que el ingreso devengado en años futuros, por este concepto, no será afectado con el gasto correlativo.

Señala además, que todo lo anterior tiene su desarrollo lógico en algunas disposiciones contenidas en el Decreto 2649 de 1993, entre los cuales se citan los artículos 13, 39, 40, 54, 55 y 96.

Con base en los anteriores principios y dadas las características de la actividad desarrollada, pregunta usted si es razonable registrar como diferido el ajuste por diferencia en cambio de la parte que técnicamente se soporta como diferido y ser amortizado de acuerdo al beneficio económico o su compensación, por cuanto éste se produce en los años futuros y durante la vigencia del contrato de transporte, es decir, en el año en que se percibe el correspondiente ingreso?

Para resolver su consulta es necesario hacer las siguientes precisiones:

2. Todas las personas que de acuerdo con la Ley estén obligadas a llevar contabilidad, para el registro de sus operaciones deberán observar los principios o normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia plasmados en el Decreto 2649 de 1993, los cuales se definen como el conjunto de conceptos básicos y de reglas

que deben ser observadas al registrar e informar contablemente, sobre los asuntos y actividades de personas naturales o jurídicas.

En el artículo 13 del decreto citado se establece que se deben asociar con los ingresos devengados en cada período los costos y gastos incurridos para producir tales ingresos, registrando unos y otros simultáneamente en las cuentas de resultados. Para su aplicación se debe tener en cuenta que en los términos del artículo 18 la contabilidad debe diseñarse teniendo en cuenta las limitaciones razonablemente impuestas por las características y prácticas de cada actividad, tales como la naturaleza de sus operaciones.

Así mismo, en cuanto a los costos y gastos los mencionados principios indican que los primeros representan erogaciones y cargos asociados clara y directamente con la adquisición o la producción de los bienes o la prestación de los servicios, de los cuales un ente económico obtuvo sus ingresos; y los segundos representan flujos de salida de recursos, en forma de disminuciones del activo o incrementos del pasivo o una combinación de ambos, que generan disminuciones del patrimonio, incurridos en las actividades de administración, comercialización, investigación y financiación, realizadas durante un periodo, que no provienen de los retiros de capital o de utilidades o excedentes.

Ahora bien, de acuerdo con las normas técnicas específicas, el artículo 54 expresa que los costos de los activos y los ingresos y gastos diferidos, deben ser asignados o distribuidos en las cuentas de resultados, de manera sistemática, en cumplimiento de la norma básica de asociación. De igual forma, deben contabilizarse como diferidos, los ingresos hasta que la obligación correlativa esté total o parcialmente satisfecha y los gastos hasta que el correspondiente beneficio económico esté total o parcialmente consumido o perdido; y en cuanto a los cargos diferidos, en el numeral 2° del artículo 67 se indica que representan bienes o servicios recibidos de los cuales se espera obtener beneficios económicos en otros períodos.

3. Concordante con todo lo anterior, en la descripción de los cargos diferidos, cuenta 1710, establecida en el plan Único de Cuentas para

Comerciantes, Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios, se indica que se incluyen como tales, *«los demás costos y gastos en que por su naturaleza y características se tipifica la figura»*. Y su amortización se hará durante el periodo estimado de recuperación de la erogación o de obtención de los beneficios esperados.

Ahora bien, en cumplimiento de las normas de realización, asociación y asignación, los ingresos y los gastos se deben reconocer de tal manera que se logre el adecuado registro de las operaciones en la cuenta apropiada, por el monto correcto y en el periodo correspondiente, para obtener el justo cómputo del resultado neto del periodo.

Con fundamente en lo expuesto y refiriéndolo al tema de su consulta, si el reconocimiento del ajuste de las obligaciones en moneda extranjera a través de su reexpresión, incide directamente en los ingresos hasta la terminación del contrato (o hasta la fecha de cancelación de la obligación), este despacho comparte lo esbozado en sus argumentos y en consecuencia considera que tal hecho económico debe registrarse como un cargo diferido y afectar los resultados proporcionalmente en cada período, teniendo en cuenta los beneficios que origine según los periodos establecidos.

Periodos estos que deben ser motivo de evaluación por parte del revisor fiscal, de acuerdo con los principios de contabilidad observados en esta comunicación. De igual forma y dada la importancia del registro en cuestión, debe tenerse en cuenta las normas técnicas sobre las revelaciones, de que tratan los artículos 113 y siguientes del Decreto 2649 de 1993.

Oficio 115-118588 de 25 de noviembre de 2008

El ajuste por diferencia en cambio de las partidas representadas en moneda extranjera debe contabilizarse mínimo en forma mensual

Señala que con la expedición del Decreto 1536 de 2007 *«pareciese haber quedado en el aire la aplicación por PERIODO MENSUAL del ajuste contable de activos y pasivos poseídos en moneda extranjera de trata el artículo 82 del Decreto 2649 de 1993»* por lo que consulta:

«¿Si existe LA OBLIGACIÓN LEGAL de tipo contable de efectuar ajuste a los activos y pasivos poseídos en moneda extranjera por período mensual?»

Sea lo primero aclararle que las consultas que se presentan a esta Entidad se resuelven de manera general, abstracta e impersonal, de acuerdo con las facultades conferidas en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales expresamente señaladas en la Ley 222 de 1995 y se circunscribe a hacer claridad en cuanto al texto de las normas de manera general, para lo cual armoniza las disposiciones en su conjunto de acuerdo al asunto que se trate y emite su concepto, ciñéndonos en un todo a las normas vigentes sobre la materia.

En este sentido es necesario precisar que con la expedición del Decreto 1536 de 2007 no se efectuó ningún tipo de modificación respecto del reconocimiento contable del ajuste por diferencia en cambio de los activos y pasivos expresados en moneda extranjera, ni de la periodicidad de su aplicación, toda vez que el Decreto 2649 de 1993, antes de la expedición de la norma citada, en la parte pertinente, establecía:

«Los activos y pasivos representados en otras monedas, deben ser reexpresados en la moneda funcional, utilizando la tasa de cambio vigente en la fecha de cierre. Normas especiales pueden autorizar o exigir que previamente tales elementos sean expresados en una moneda

patrón, como, por ejemplo, el dólar de los Estados Unidos de América. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, se entiende por tasa de cambio vigente la tasa representativa del mercado certificada por la Superintendencia Bancaria» (Subrayado fuera de texto).

Por su parte el Decreto 1536 de 2007, señaló:

«Los activos y pasivos representados en otras monedas, deben ser reexpresados en la moneda funcional, utilizando la tasa de cambio vigente en la fecha de cierre, con cargo o abono a gastos o ingresos financieros según sea el caso, salvo cuando deba capitalizarse. Normas especiales pueden autorizar o exigir que previamente tales elementos sean expresados en una moneda patrón, como, por ejemplo, el dólar de los Estados Unidos de América. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, se entiende por tasa de cambio vigente la tasa representativa del mercado certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia» (Subrayado fuera de texto).

La trascripción anterior permite observar que las modificaciones, que se encuentran en el texto subrayado, solamente pretenden hacer claridad sobre la forma en que debe efectuarse el registro y la Entidad certificadora de la TRM, ratificando lo antedicho en el sentido de que a través del Decreto 1536 de 2007 no se efectuó modificación alguna respecto del reconocimiento contable de la diferencia en cambio ni de la periodicidad con la que debe efectuarse.

Ahora bien, contrario a su apreciación, de la lectura al artículo 82, norma técnica específica, se infiere con claridad que el valor de los pasivos poseídos el último día del mes se debe ajustar con base en la tasa de cambio vigente al cierre del mes para la moneda en la cual fueron pactados.

Señalado lo anterior y con el fin de atender el tema consultado, es necesario tener en cuenta algunos apartes de la jurisprudencia, así como algunos artículos del Estatuto Mercantil y del Decreto 2649 de 1993, estas últimas, disposiciones que establecen la forma o más bien de qué manera debe ser llevada la contabilidad, la cual se convierte

en un sistema de información que como tal debe ser objetiva, relevante y válida, como parte esencial en el proceso de toma de decisiones por todos los usuarios de la misma, las cuales se toman en cualquier momento y deben estar acordes con la realidad económica de la compañía, así:

La Jurisprudencia indica, respecto de la libertad de información que *«Para el usuario o receptor de la información, la plena realización de su derecho constitucional fundamental se garantiza en la medida en que la información reúna tres requerimientos: que ella sea cierta, objetiva y oportuna.*

La información es cierta cuando ella dice la verdad, esto es, cuando ella tiene sustento en la realidad.

- La información es objetiva cuando su forma de transmisión o presentación no sea sesgada, tendenciosa o arbitraria. Como lo ha establecido la Corte Constitucional, es necesario que la información «se halle despojada de toda manipulación o tratamiento arbitrario; libre de inclinación tendenciosa y deliberada; ajena a la pretensión de obtener de las informaciones efectos normalmente no derivados de los hechos u opiniones que las configuran, considerados en sí mismos, sino del enfoque usado por el medio para distorsionarlas».

- Y la información es oportuna cuando entre los hechos y su publicación existe inmediación, esto es, que no medie un lapso superior al necesario para producir técnicamente la información, o bien que entre el hecho y su publicación no transcurra un período tal de tiempo que la noticia carezca de incidencia e interés, pasando de ser «noticia» a ser historia.

De conformidad con las tres características anteriores, «el de la información es un derecho de doble vía —sostiene la Corte Constitucional— en cuanto no está contemplado, ni en nuestra Constitución ni en ordenamiento ni declaración alguna, como la sola posibilidad de emitir informaciones, sino que se extiende necesariamente al receptor de las informaciones y, más aún, las normas

constitucionales tienden a calificar cuáles son las condiciones en que el sujeto pasivo tiene derecho a recibir las informaciones que le son enviadas» (C. Const., Sent. C-033, jun. 17/92).

El artículo 48 del Código de Comercio preceptúa que la contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general se conformarán a las disposiciones de este Código y demás normas sobre la materia, señalando, igualmente, que será permitida la utilización de procedimientos de reconocido valor técnico - contable con el fin de asentar las operaciones, siempre que faciliten el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado de los negocios, siendo, además, este último propósito, refrendado por el artículo 50 ibídem.

El Decreto 2649 de 1993, contentivo de los Principios o Normas de Contabilidad Generalmente Aceptados en Colombia, dentro del marco conceptual de la contabilidad, establece que los principios o normas de contabilidad son el conjunto de conceptos básicos y de reglas que deben ser observados al registrar e informar contablemente sobre los asuntos y actividades de personas naturales o jurídicas, planteando una distinción entre normas técnicas generales y especificas. Las primeras, orientadoras del ciclo contable, o sea del proceso lógico que debe seguirse con el fin de que se reconozcan y se transmita correctamente en la información los hechos económicos al usuario de la misma.

Dentro de los objetivos básicos que consigna la norma en comento en el artículo 3, se señala, entre otros, que la información contable debe servir fundamentalmente para: i) Conocer y demostrar los recursos controlados por un ente económico, las obligaciones que tenga de transferir recursos a otros entes, los cambios que hubieren experimentado tales recursos y el resultado obtenido en el período. ii). Tomar decisiones en materia de inversiones y crédito. y iii) ejercer control sobre las operaciones del ente económico.

El artículo 4° sobre las cualidades de la información contable señala que para poder satisfacer adecuadamente sus objetivos ésta debe ser comprensible, útil y comparable; que es útil cuando es pertinente y

confiable; que es pertinente cuando posee valor de realimentación, valor de predicción y es oportuna; que es confiable cuando es neutral, verificable y en la medida en la cual represente fielmente los hechos económicos y comparable cuando ha sido preparada sobre bases uniformes.

El artículo 12 indica que solo pueden reconocerse hechos económicos realizados. Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrifico económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y otro caso razonablemente cuantificables.

En concordancia con lo referido en el numeral precedente el artículo 47, sobre el reconocimiento de los hechos económicos, establece que el reconocimiento es el proceso de identificar y registrar o incorporar formalmente en la contabilidad los hechos económicos realizados; para que un hecho económico realizado pueda ser reconocido se requiere que corresponda con la definición de un elemento de los estados financieros, que además pueda ser medido, pertinente y que pueda representarse de manera confiable.

Consecuente con lo anterior, los hechos económicos deben ser reconocidos acorde con lo preceptuado en el Estatuto Mercantil y en el contexto de los Principios de Contabilidad de General Aceptación, de tal manera que el ajuste por diferencia en cambio debe contabilizarse mínimo en forma mensual, máxime si se tiene en cuenta la incidencia significativa que en algunos casos puede tener en la situación financiera y en los resultados del ente económico.

Oficio 115-120791 de 26 de noviembre de 2008

Reconocimiento contable de la diferencia en cambio en anticipos sobre futuras exportaciones

... con el fin de atender el tema consultado, es necesario tener en cuenta algunos de los artículos del Decreto 2649 de 1993 que establecen la forma o más bien de qué manera debe ser llevada la contabilidad, para que presente razonablemente la situación financiera de la sociedad y permita a los administradores tomar decisiones en cualquier momento acordes con la realidad de la compañía, así:

El artículo 12 menciona que solo pueden reconocerse hechos económicos realizados. Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y otro caso razonablemente cuantificables.

En relación con los pasivos el artículo 36 lo define como la representación financiera de una obligación presente del ente económico, derivada de eventos pasados, en virtud de la cual se reconoce que en el futuro se deberá transferir recursos o proveer servicios a otros entes.

El artículo 82 en relación con el ajuste del valor de los pasivos determina que: el valor de los pasivos poseídos el último día del período o del mes, se deben ajustar con base en la tasa de cambio vigente al cierre del período o del mes para la moneda en la cual fueron pactados, en la cotización de la UPAC a la misma fecha o en el porcentaje de reajuste que se haya convenido dentro del contrato, registrando como contrapartida un gasto o un ingreso financiero, según corresponda, salvo cuando tales conceptos deban activarse.

De otra parte, el Diccionario de Términos Contables de la Editorial Universidad de Antioquia, define la factura como el documento que

el vendedor entrega al comprador, detallando las mercancías vendidas o los servicios prestados, e indicando la naturaleza de cada una de ellas, calidad, cantidad, precio, condiciones, etc.

Con fundamento en lo expuesto, el registro de los ingresos únicamente procede en el momento en que se realice la venta de bienes o servicios, el cual debe soportarse con la factura respectiva, de tal manera que su contabilización afecte el período correspondiente. Una vez registrado el ingreso por la venta de bienes o servicios al exterior, se cancelarán los anticipos recibidos del cliente que previamente debieron haber sido ajustados por diferencia en cambio, como mínimo al cierre de cada mes.

Finalmente, es del caso precisar que de conformidad con el artículo 136 del Decreto 2649 de 1993, en el reconocimiento y revelación de los hechos económicos priman los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, es decir, para el caso materia de estudio, las normas cambiarias únicamente tiene efectos para estos fines.

ESCISIÓN Y FUSIÓN

Oficio 106-21318 de 7 de mayo de 1998

Tratamiento contable en el proceso de escisión

A propósito de la utilización de la cuenta de revalorización del patrimonio como contrapartida de los activos a escindir, proceden las siguientes consideraciones:

1. La legislación comercial ha previsto la escisión de sociedades en el Capítulo II, Título I, de la Ley 222 de 1995, y en su artículo 3°. dispuso que: «*habrá escisión de una sociedad cuando:*

a) Sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.

b) Se disuelve sin liquidarse dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades».

Para efectos de determinar el sentido y alcance de lo anotado, es necesario acudir al principio según el cual las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas; y si el legislador las definió expresamente para ciertas materias, se les dará su significado legal.

Cuando la ley previó la transferencia en bloque de una o varias partes de su patrimonio, o la división del mismo en dos o más partes, no le asignó un alcance particular (contable, tributario, etc.), razón por la cual, el sentido de la norma lo determina el significado de sus palabras, para el efecto se traen algunas definiciones así:

El diccionario jurídico de Cabanellas define patrimonio como «*El conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas y obligaciones de índole económica II Bienes propios, adquiridos personalmente por cualquier título II Conjunto de los derechos y de las cargas, apreciables en dinero, de que una misma persona puede ser titular u obligada y que constituye una universalidad jurídica*»[34]

El Diccionario de la Lengua Española por su parte define patrimonio como: «*Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes II Bienes propios adquiridos a cualquier título». También define patrimonialidad como «...el conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un bien, susceptibles de estimación económica*».[35]

2. En cuanto al tratamiento contable que se debe seguir en el proceso de escisión, es oportuno indicar que el primer inciso del artículo 9° de la Ley 222 de 1995, consagra que una vez inscrita en el registro

34 CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta Tomo VI, 20ª Edición.

35 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición. 1992.

mercantil la escritura pública, operará, entre las sociedades intervinientes y frente a terceros, la transferencia en bloque de sus activos y pasivos de la sociedad escindente a las beneficiarias, sin perjuicio de lo previsto en materia contable.

Para el efecto, cabe indicar que en el Plan Único de Cuentas contenido en el Decreto 2650 de 1993, la clase 3 describe el patrimonio como «*...el conjunto de las cuentas que representan el valor residual de comparar el activo total menos el pasivo externo, producto de los recursos netos del ente económico que han sido suministrados por el propietario de los negocios. Comprende los aportes de los accionistas, socios o propietarios, el Superávit de Capital, Reservas, la Revalorización de Patrimonio, los Dividendos o Participaciones Decretados en Acciones, Cuotas o Partes de Interés Social, los Resultados del Ejercicio, Resultados de Ejercicios Anteriores y el Superávit por Valorizaciones*».

Sobre esto último, el artículo 4° de la Ley 222 de 1995, contempla que el proyecto de escisión debe contener por lo menos: «4,. *La discriminación y valoración de los activos y pasivos que se integran al patrimonio* de la sociedad o sociedades beneficiarias» (el subrayado es nuestro).

El artículo 37 del Decreto 2649 de 1993 por su parte, define el patrimonio desde el punto de vista contable, como un elemento de los estados financieros constituido por el valor residual de los activos del ente económico, después de deducir todos sus pasivos.

Igualmente debe destacarse que uno es el significado jurídico, lato o genérico del término patrimonio, refiriéndose a los activos y pasivos de la sociedad, en tanto que el mismo desde el punto de vista contable hace alusión básicamente a las diferentes cuentas que lo integran. Como puede observarse, involucra los bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a la compañía escindente, cuando hace alusión a la transferencia en bloque de activos y pasivos.

De otra parte, cabe indicar que las cuentas que integran el patrimonio en un balance general, no se identifican en su mayoría con

determinados rubros del activo. En cuanto a los items que lo componen, puede afirmarse que representan derechos de los propietarios del ente económico, que tienen un origen conocido y por ende, el objetivo y destinación que le fija la ley o los estatutos y el máximo órgano social, en los casos de su competencia.

En consecuencia, es dable afirmar que no es lo mismo por su origen el superávit por valorización de propiedades, planta y equipo o de inversiones, frente a la revalorización del patrimonio; tampoco estos rubros son equiparables con las reservas del origen legal, estatutaria u ocasional, el capital social, las utilidades acumuladas o el superávit de capital por la aplicación de método de participación.

Más aún, pueden existir resultados de ejercicios anteriores negativos (pérdidas acumuladas) e inclusive la revalorización del patrimonio con saldo débito, que podrían afectar, como de hecho ocurre, la conformación del patrimonio en el proceso de escisión.

3. La reforma estatutaria consistente en la escisión, tiene por objeto la reorganización o reestructuración del ente económico para llevarlo a su justa medida, mediante la transferencia de una o varias partes de su patrimonio, de acuerdo con su entorno, el objeto social que desarrolla, la voluntad de los propietarios, la especialidad de las operaciones, así como para concentrar los esfuerzos operativos y administrativos con propósitos específicos.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta el fin perseguido, debe conformarse la estructura financiera y contable de las sociedades beneficiarias, incluyendo los activos y pasivos transferidos en el proceso en comento. Además, debe observarse que de conformidad a lo previsto en el inciso final del artículo 3° de la Ley 222 de 1995, los socios deben participar en las sociedades beneficiarias en la misma proporción que poseen en la escindente, salvo la excepción allí prevista.

Ahora bien, la sociedad beneficiaria al recibir los bienes, derechos y obligaciones transferidos por la escindente, necesariamente debe afectar las cuentas del balance general que le correspondan, de acuerdo

con su naturaleza misma. Es decir, se debe conservar en la beneficiaria la denominación de los respectivos rubros tanto del activo como del pasivo y patrimonio, valga afirmar con respecto a este último, el capital social, las reservas legal, ocasional o estatutaria, las utilidades, la revalorización de patrimonio, el superávit, etc., que se trasladen de la compañía escindente, salvo que en el mismo acto de escisión, se apruebe una destinación diferente conforme a las normas vigentes, como es el caso de las capitalizaciones.

4. Las normas vigentes no establecen limitaciones en cuanto a los activos y pasivos que han de ser transferidos a las beneficiarias, por lo cual ha de entenderse que se permite que la escindente traslade los bienes, derechos y obligaciones que sean acordes con los motivos y las condiciones en que se llevará a cabo la escisión, según el proyecto aprobado por el máximo órgano social de cada una de las sociedades que participen en dicho proceso, de tal manera que en la contabilidad, se refleje la realidad económica de la operación que se realizó.

Al respecto el doctor Francisco Reyes Villamizar expresa: «*En la escisión absorción, la transferencia global de parcelas patrimoniales no se destina a constituir el capital de nuevas sociedades, sino a incrementar el patrimonio de sociedades ya existentes. Dicho incremento se produce coetáneamente con la determinación mediante la que se adopta la escisión, en cuantía idéntica a la representada por la parte patrimonial segregada. El aumento patrimonial se destinará a la capitalización de la sociedad o sociedades beneficiarias*».[36]

En el evento de que la beneficiaria sea una compañía existente, es entendido que ya posee el capital social y tiene conformada la participación de los socios o accionistas, razón por la cual, no resulta imperativo trasladar capital de la escindente, hecho que si fuese menester en la creación de una nueva sociedad.

36 REYES Villamizar Francisco, Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Ed. Cámara de Comercio de Bogotá, Pág. 108

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta al llevar a cabo la escisión, es el mantenimiento o sustitución de las garantías de los acreedores. Tampoco se deben vulnerar los derechos de trabajadores, pues la figura no puede convertirse en un instrumento para fortalecer determinados negocios, en perjuicio de terceros de buena fe o empleados de la empresa. Por lo tanto, a esta entidad le corresponde analizar y decidir sobre cada reforma en particular, con especial énfasis en las especificaciones que debe contener el proyecto de escisión respectivo, en los términos del artículo 4°. de la Ley 222 de 1995.

En conclusión, si bien la transferencia en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad que se escinde o la división del mismo en dos o más partes hace referencia a los bienes derechos y obligaciones en que, al tenor de lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 3°. de la Ley 222 de 1995, las normas vigentes no imponen limitaciones sobre las partidas patrimoniales que se han de transferir a las beneficiarias, razón por la cual, pueden los involucrados en la operación pactar la clase de activos y pasivos a transferir, en el entendido que se ajusta estrictamente a los motivos y condiciones en que se realizará la escisión y que no contraviene disposiciones de carácter legal o técnico contable.

Sin embargo, cuando en la asignación de activos resulten partidas vinculadas con determinados rubros patrimoniales, éstos se deben trasladar en su totalidad a la compañía beneficiaria, como es el caso del superávit por valorizaciones de propiedades planta y equipo, de inversiones y de otros activos. Igualmente el superávit de capital por la aplicación del método de participación en inversiones en subordinadas, así como por el reconocimiento del Know How.

Oficio 340-31294 de 24 de julio de 2001

Capital de la nueva compañia cuando se fusionan dos o más sociedades

a. El artículo 172 de Código de Comercio señala que *«Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.*

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión».

b. El artículo 173, ídem expresa que *«Las juntas de socios o las asambleas aprobarán, con el quórum previsto en sus estatutos para la fusión o, en su defecto, para la disolución anticipada, el compromiso respectivo, que deberá contener:*

1. Los motivos de la proyectada fusión y las condiciones en que se realizará.

2. Los datos y cifras, tomados de los libros de contabilidad de las sociedades interesadas, que hubieren servido de base para establecer las condiciones en que se realizará la fusión. ...

4. Un anexo explicativo de los métodos de evaluación utilizados y del intercambio de partes de interés, cuotas o acciones que implicará la operación. ...»

c. La Superintendencia es competente para absolver las consultas que formulen los particulares, sobre la interpretación de las normas que rigen el sistema societario en el país y, en materia de las normas o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.

Con fundamento en lo expuesto pasamos a atender el tema consultado, así:

El capital del ente económico absorbente ya sea una sociedad anónima o Ltda., según los casos planteados en su escrito, debe corresponder a las condiciones pactadas por sus asociados, y como quiera que resulta del acuerdo de voluntades entre las partes involucradas, debe

ser respetado por esta entidad en el momento de la aprobación de tal reforma, siempre y cuando se ajuste a los requisitos legales exigidos en las disposiciones vigentes.

Ahora bien, de acuerdo con las normas o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, contenidos en el Decreto 2649 de 1993 y sus modificatorios, en su artículo 84 referente a las normas técnicas sobre el patrimonio, señala que la prima en colocación de aportes representa el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes, el cual se debe contabilizar por separado dentro del patrimonio.

En el caso de una fusión, el balance general consolidado refleja la integración de los patrimonios de todas y cada una de las sociedades que participan en el proceso de fusión y se debe llevar a cabo en forma horizontal (línea a línea), con el fin de conservar el origen de cada uno de los rubros que integran los patrimonios a fusionar, con excepción de aquellas cuentas susceptibles de capitalizar, tales como las utilidades acumuladas, las reservas ocasionales y la revalorización del patrimonio.

Por lo anteriormente expuesto, en los ejemplos plasmados en su escrito no es procedente reclasificar en la cuenta Prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés social, partidas que hacen parte del capital, pues su origen o naturaleza es diferente, cabe anotar que al momento de integrar el patrimonio para el intercambio accionario o de cuotas partes de interés social, se debe tomar como base el valor total del patrimonio y no únicamente el valor del capital de cada una de las sociedades que intervienen en dicho proceso, pues este sirve para asignar el nuevo porcentaje de participación de los asociados en el capital de la absorbente.[37]

37 La Superintendencia de Sociedades en el año 2009 autorizó algunas reformas estatutarias en las que se permite incorporar dentro del patrimonio de la absorbente, una vez se lleva a cabo la fusión, el concepto de prima por fusión, cuyo origen es la diferencia entre la suma aritmética de los capitales de los entes económicos que intervienen en la fusión y el capital resultante de dicho proceso, si y solo si, esta diferencia corresponde a la voluntad de los socios de mantener el valor nominal de la acción o cuota parte de interés de la sociedad absorbente, respetando en todos los casos el número de acciones que le corresponderá a cada asociado de acuerdo con la relación de intercambio.

Oficio 340-061680 de 2 de noviembre de 2006

Al formalizarse una fusión de una controlante con su subordinada, el saldo del crédito mercantil adquirido permanece, siempre y cuando continuen las unidades de negocio que soportan el mismo

Para atender su solicitud, es conveniente en primer lugar hacer algunas precisiones, que tienen que ver con los argumentos expuestos por el peticionario frente a la operación:

1. NORMATIVIDAD APLICABLE A LAS ENTIDADES DEL SECTOR FINANCIERO.

Al respecto es necesario precisar que existen diferencias muy marcadas entre las funciones asignadas a la Superintendencia Financiera y las asignadas a esta Entidad, en materia de inspección, vigilancia y control. Como ejemplo de una de ellas, está la referente al crédito mercantil adquirido, en cuyo registro este organismo pese a ejercer inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales, desconoce las condiciones de las negociaciones que originaron el registro del intangible, situación muy diferente a la existente en la Superintendencia Financiera que sí se pronuncia sobre esta operación, como etapa previa a la fusión de los establecimientos bancarios.

2. NEGOCIACIÓN DE ACCIONES.

La adquisición de acciones que da lugar al registro del crédito mercantil y con la cual se hacen al control, en establecimientos bancarios vigilados por la Superintendencia Financiera, tiene un objetivo final, cual es el de fusionarse con la sociedad donde se tiene la inversión, situación que no se predica de las sociedades del sector real de la economía, por no existir una prohibición para que una sociedad tenga determinado porcentaje accionario en otra que se convertirá en subordinada.

3. REQUISITOS PARA UNA FUSIÓN.

La Superintendencia Financiera para no objetar una fusión exige a sus vigilados el cumplimiento de requisitos mínimos, los cuales no son exigidos a las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades. Entre los requisitos que deben acreditar se encuentran los siguientes:

3.1) Monto mínimo de capital,

3.2) Relación de solvencia,

3.3) Carácter, responsabilidad e idoneidad de administradores y accionistas que posean más del 5 % del capital,

3.4) Libre competencia,

3.5) Perjuicio, interés público y estabilidad.

Esta precisión resulta pertinente para puntualizar a los peticionarios, que el hecho que la Superinten-dencia Financiera permita mantener el crédito mercantil luego de la fusión no es una razón de fuerza para que la Superintendencia de Sociedades asuma el mismo comportamiento, ya que como quedó explicado el escenario de autorización de las dos entidades es distinto y tienen como fuente de verificación requisitos que no son comparables.

4. DISPOSICIONES FISCALES.

En este sentido es necesario precisar que las consultas que se presentan a esta Entidad se resuelven de manera general de acuerdo con las facultades conferidas en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales expresamente señaladas en la Ley 222 de 1995, por lo que en lo referente a las disposiciones de carácter tributario, que tienen que ver con el tema al que ustedes han hecho alusión- señalando la neutralidad fiscal en las operaciones de la escisión o fusión, se abstiene de emitir concepto alguno por escaparse a la órbita de nuestra competencia.

5. NORMAS INTERNACIONALES DE CONTABILIDAD.

En cuanto a las normas internacionales de contabilidad, debemos tener en cuenta que las propias investigaciones de IASB han demostrado que, dado que las NIC y las NIIF han sido creadas en gran parte para empresas de interés público basadas en países desarrollados, su aplicación se hace difícil en otro tipo de entes económicos en los mismos países desarrollados y, todavía más, en entornos económicos considerablemente diferentes, donde la infraestructura profesional es limitada y el nivel general de educación comercial no incluye la contabilidad.

Ahora bien, en el entendido que pudiéramos salvar el hecho de la dificultad manifiesta en su aplicación por el mismo organismo que las emite a nivel internacional y que las mismas normas internacionales de contabilidad atienden procedimientos o prácticas que no han sido adoptados en Colombia, si quisiéramos aplicar la NIIF número 3, entre muchos otros aspectos, tendríamos que contemplar los siguientes:

- El objetivo de la NIIF señala que «*En función del mismo, la entidad adquirente reconocerá los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables de la entidad adquirida a sus valores razonables, en la fecha de adquisición y también reconocerá la plusvalía comprada, que se someterá a pruebas para detectar cualquier deterioro de su valor, en vez de amortizarse.*»

- La plusvalía comprada debe valorarse inicialmente a su costo, siendo éste el exceso del costo de la combinación de negocios sobre la participación de la adquirente **en el valor razonable neto de los activos, pasivos y pasivos contingentes identificables en el momento de la operación.**

- Requiere que la adquirente mida el costo de una combinación de negocios por la suma de: los valores razonables, en la fecha de intercambio, de los activos entregados, los pasivos incurridos o asumidos y los instrumentos de patrimonio emitidos por la adquirente, a cambio de obtener el control de la adquirida, sumando además los costos directos atribuibles a la combinación.

Como puede observarse, las diferencias son muy apreciables entre la combinación de negocios y la forma en que se adelanta la fusión, toda vez que ésta no integra el concepto del valor razonable, y mucho menos mide al momento de fusionarse los costos indirectos atribuibles a la operación, todo ello con el propósito de determinar la plusvalía comprada, por el contrario, el crédito mercantil adquirido, en el caso que nos ocupa, no surge en la fusión sino en la adquisición de acciones efectuada previamente esta y su determinación se limita a la comparación entre el precio de adquisición de las participaciones y el valor intrínseco de las mismas,

En consecuencia, considera este Despacho que no es posible sustentar la permanencia del crédito mercantil adquirido en lo que podría ser la aplicación parcial de una norma internacional.

No obstante lo expuesto, esta Entidad en desarrollo de sus funciones y en procura ante todo de la preservación de la empresa como unidad económica y fuente generadora de empleo, ha considerado conveniente revisar la posición que hasta la fecha tenía entorno a la permanencia del crédito mercantil adquirido, cuando se fusiona la matriz con su subordinada, para lo cual estima conveniente que se tengan en cuenta los siguientes aspectos con los cuales la entidad podría admitir la permanencia del crédito mercantil en la sociedad resultante:

a) La fusión propuesta debe ser un paso para fortalecer la actividad económica del ente resultante, en el caso que nos ocupa debe estar acreditado que *la* absorbente saldrá fortalecida con la integración patrimonial con la *absorbida*.

b) La fusión implica generar sinergias que permitan hacer más competitivas a las sociedades resultantes, por lo cual del beneficio obtenido de la fusión debe quedar evidencia que soporte la permanencia del crédito mercantil adquirido.

c) El crédito mercantil adquirido está asociado a unas líneas o unidades de negocio de la sociedad subordinada, las cuales valora la sociedad

debidamente al momento de registrarlo como soporte del mismo. Como estas unidades de negocio van a continuar luego de la fusión, para mantener el crédito mercantil y establecer la asociación con ellas, los activos asociados a las líneas de negocios que generan el flujo de efectivo deben ser debidamente identificables, de tal forma que su permanencia esté sujeta a verificación con posterioridad a la fusión.

Con fundamento en lo expuesto y para que sea viable la permanencia del registro del Crédito Mercantil Adquirido en la sociedad absorbente, deberán dar cumplimiento a las siguientes exigencias:

1. Disponer de un estudio técnico efectuado por una persona independiente, idónea en la materia, que permita verificar las unidades o líneas de negocios que soportaron el registro del crédito mercantil en el momento de la adquisición (Circular Conjunta 06 y 011 del 2005), y que son fácilmente identificables para efectos de amortizar dicho crédito mercantil.

2. Disponer de un estudio técnico que permita verificar que las unidades de negocios que soportan el crédito mercantil continúan y seguirán operando después de la fusión y que serán fuente generadora de flujos futuros.

3. Anualmente actualizar la valoración de las líneas de negocios, que le facilite a la sociedad comprobar el deterioro o mantenimiento del crédito mercantil y por ende aplicar adecuadamente la amortización del mismo, que en ningún caso puede ser superior a veinte (20) años. (Circular Conjunta 06 y 011 de 2005)

Por último, es de advertir que no puede registrarse crédito mercantil, cuando el monto adicional pagado se haya originado en la negociación de acciones o cuotas partes de interés social, entre entidades controlantes y controladas, o entre aquellas entidades vinculadas en situación de control o de grupo empresarial, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y 28 de la Ley 222 de 1995.

Oficio 115-038875 de 8 de agosto de 2007

La diferencia presentada en la eliminación del costo de la inversión de la matriz contra el patrimonio de la subordinada, en un proceso de fusión, debe afectar el estado de resultados

Sobre el particular le manifiesto, que antes de hacer las eliminaciones correspondientes, cuando se efectúa la consolidación de los estados financieros de las compañías que participan en el proceso de fusión, es necesario revertir los registros correspondientes a la aplicación del método de participación patrimonial, con lo cual, en la mayoría de los casos, desaparece cualquier diferencia que pudiera presentarse entre el costo de la inversión y el patrimonio de la controlada. Sin embargo, de persistir alguna diferencia, ésta debe afectar el resultado del ejercicio teniendo en cuenta que su origen proviene, entre otros factores, de haber adquirido la inversión por un mayor o menor valor del intrínseco, costo por el cual fue reconocida inicialmente la inversión[38].

1. Ahora bien, con respecto a si después de realizado el proceso de fusión, la sociedad absorbente debe continuar efectuando eliminación de operaciones recíprocas, a efectos de reflejar la real situación financiera tanto para conocimiento interno como para los entes de control, es del caso precisar que únicamente en el caso de que dicha compañía continúe ostentando la calidad de matriz o controlante, en la preparación de los estados financieros consolidados, debe hacer la eliminación de operaciones recíprocas, así como de las inversiones con la proporción que le corresponda en el patrimonio de las subordinadas, más no en el estado financiero individual, pues en este evento, solamente procede la depuración de la utilidad, a efectos de aplicar correctamente el método de participación patrimonial.

38 La Superintendencia de Sociedades ha autorizado reformas en donde tal diferencia se registra como superávit por valorización bajo la denominación de - diferencia por fusión- cuando del costo de la inversión que posee la absorbente hagan parte valorizaciones de activos, que a su vez integran la estructura patrimonial de la sociedad absorbida, por concepto de propiedades, planta y equipo, inversiones u otro activo que han sido objeto de valorización, siempre y cuando estos activos queden haciendo parte del ente resultante mediante la integración patrimonial.

2. Finalmente, si la figura de grupo empresarial aplica solo para sociedades nacionales, o también para el caso en que la sociedad matriz nacional tenga filiales en el exterior, se le manifiesta que teniendo en cuenta que el régimen de matrices y subordinadas consagrado en el capítulo V de la Ley 222 de 1995, no hizo ninguna diferenciación entre matrices nacionales o extranjeras, las obligaciones derivadas del control, tales como la inscripción en el registro mercantil de la situación de subordinación o de grupo empresarial, aplican en uno u otro caso.

Oficio 115-111035 de 28 de agosto de 2009

Determinación y reconocimiento contable de la prima por fusión

Consulta *«si en un proceso de fusión por absorción, al consolidar los estados financieros…¿Si la compañía absorbente solo emite y entrega unas acciones a valor nominal a los socios o accionistas de la sociedad absorbida, la diferencia entre este valor nominal del total de las acciones emitidas y el patrimonio que recibe se considera SUPERAVIT DE CAPITAL – Prima en colocación de acciones?»*

Sea lo primero aclararle que las consultas que se presentan a esta Entidad se resuelven de manera general, abstracta e impersonal, de acuerdo con las facultades conferidas en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales expresamente señaladas en la Ley 222 de 1995 y se circunscribe a hacer claridad en cuanto al texto de las normas de manera general, para lo cual armoniza las disposiciones en su conjunto de acuerdo al asunto que se trate y emite su concepto, ciñéndonos en un todo a las normas vigentes sobre la materia.

Para atender su solicitud, es conveniente hacer las siguientes precisiones:

1. En el caso de una fusión, el balance general consolidado refleja la integración de los patrimonios de todas y cada una de las sociedades que participan en el proceso de fusión y se debe llevar a cabo en forma horizontal (línea a línea), con el fin de conservar el origen de cada uno de los rubros que integran los patrimonios a fusionar, dentro de los que se incluye el rubro de capital, con excepción de aquellas cuentas susceptibles de capitalizar, tales como las utilidades acumuladas, las reservas ocasionales y la revalorización del patrimonio.

Respecto del significado del concepto «prima en colocación», basta recordar que el mismo está ligado al incremento del capital suscrito, el que por regla general se aumenta a través de una oferta de acciones en los términos de la ley, de los estatutos y en particular del reglamento de suscripción, en el que se deberá indicar el precio al que será ofrecida la acción, que en ningún caso puede ser por un precio inferior al valor nominal (artículo 385 del Código de Comercio).

La diferencia entre el valor nominal y el valor pagado por la acción, es lo que se entiende por prima en colocación, que en últimas son recursos de que dispone la sociedad pero que siguen a disposición de los asociados para darle un destino final. En este contexto el artículo 84 del Decreto 2649 de 1993 define la prima en colocación como el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes, y es por ello que ordena su registro contable, plenamente individualizado y por separado dentro del patrimonio.

Por lo expuesto, no es procedente registrar como prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés social, partidas que hacen parte del capital, ya que esta se encuentra regulada en la normatividad contable vigente teniendo en cuenta un origen, naturaleza y destinación específicos, que en ningún caso puede asimilarse al origen, naturaleza y destinación de la diferencia que se genera por voluntad de los socios, en un proceso de fusión, al momento de efectuar la integración del capital.

2. En las reformas estatutarias de fusión el capital del ente económico absorbente debe corresponder a las condiciones pactadas por los

asociados, resultando del acuerdo de voluntades entre las partes involucradas, atendiendo la proporción que corresponda a cada socio según el método de intercambio aprobado, acuerdo que debe ajustarse a los requisitos legales exigidos en las disposiciones vigentes.

Ahora bien, en la fusión la diferencia resultante de comparar la sumatoria de los capitales de las sociedades participantes en el proceso, previa las eliminaciones a que haya lugar, y el capital que registra la sociedad absorbente una vez definida la fusión, de acuerdo con la relación de intercambio acordada, cuando dicha diferencia se origina por la decisión de los socios de que permanezca el valor nominal de la sociedad absorbente, es lo que esta Entidad ha aceptado como prima por fusión, situación ésta que difiere de la prima en colocación de acciones.

Evaluada esta situación técnicamente se llega a la conclusión que es factible el reconocimiento contable de la prima por fusión en los siguientes términos:

I) Cuando se origine en la voluntad de los socios de mantener el valor nominal de la absorbente, hecho que debe quedar consignado así en el compromiso de fusión.

II) Respetando en todos los casos el número de acciones cuotas o partes de interés que le corresponderá a cada asociado de acuerdo con la relación de intercambio.

III) En ningún caso este valor puede asimilarse a la prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés social referida en el artículo 84 del Decreto 2649 de 1993, principalmente en lo que tiene que ver con su origen, naturaleza y destinación. y IV) Al tener la prima por fusión su origen en el capital aportado por la sociedad que se absorbe, no puede ser objeto de distribución entre los asociados sino con estricta sujeción a lo prescrito en el artículo 145 del Código de Comercio.

En consecuencia, el reconocimiento contable del valor que se constituye como prima por fusión que surge por la voluntad de los socios de mantener el valor nominal de la absorbente, se debe llevar con naturaleza crédito en la cuenta 3205, como un superávit de capital, distinguiendo este rubro como prima por fusión en acciones o cuotas, según corresponda, considerándose como una partida independiente de la prima en colocación de acciones o cuotas, llevando su control a nivel de auxiliar, hecho económico que debe ser objeto de amplia revelación en las notas a los estados financieros.

ESTADOS FINANCIEROS

Oficio 340-45830 de 4 de agosto de 1998

Para que los estados financieros se tengan como certificados, es indispensable que se manifieste explícitamente por parte de las personas que los suscribieron

1. El artículo 290 del Código de Comercio, establecía de manera sencilla que *«El Balance Certificado es el suscrito con las firmas autógrafas del representante legal, del contador de la sociedad y del revisor fiscal, si lo hubiere»*.

2. Posteriormente el Decreto 2649 de 1993 en su artículo 33, con relación a los Estados Financieros certificados y dictaminados consagró que *«Son estados financieros certificados aquellos firmados por el representante legal, por el contador público que los hubiere preparado y por el revisor fiscal, si lo hubiere, dando así testimonio de que ha sido fielmente tomado de los libros»*.

«Son estados financieros dictaminados aquellos acompañados por la opinión profesional del contador público que los hubiere examinado con sujeción a las normas de auditoría generalmente aceptadas».

3. La Ley 222 de 1995 en su artículo 37, establece con relación a los estados financieros certificados que *«El representante legal y el contador*

público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros deberán certificar aquellos que se pongan a disposición de los asociados o de terceros. La certificación consiste en ***declarar*** *que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros*». (Se resalta).

Así mismo, el artículo 38 de la mencionada ley, define lo que se entiende por estados financieros dictaminados al estipular que son «*...aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoria generalmente aceptadas...*»

En este asunto, es claro que solo se pueden dictaminar los estados financieros que han sido debidamente certificados y por lo tanto, el representante legal y el contador público que los preparó, deben necesariamente firmar dichos documentos y declarar «*que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos, conforme al reglamento, y que los mismos se han tomado fielmente de los libros*».

4. Ahora bien, con el fin de ubicarnos dentro del entorno que conlleva las definiciones contenidas en los artículos 37 y 38 de la Ley 222 de 1995, en cuanto a los estados financieros certificados y dictaminados, debemos tener en cuenta el significado de las palabras CERTIFICAR, DECLARAR Y DICTAMINAR contenidas en el Diccionario de la Lengua Española:

CERTIFICACIÓN: «*Instrumento en que se asegura la verdad de un hecho*».

CERTIFICAR: «*...dar por cierta alguna cosa*».

DECLARAR: «*Manifestar o explicar lo que esta oculto o no se entiende bien*».

DICTAMINAR: «*Dar dictamen*». (Vigésima Edición 1984, Tomo I, Páginas 310, 444 y 494).

5. En la Circular Externa número 17 del 30 de octubre de 1997, que se refiere a los estados financieros certificados y dictaminados, en el punto tres, se manifiesta que con base en lo contemplado en el artículo 37 en cuestión, le corresponde al representante legal y al contador público, bajo cuya responsabilidad se preparó la información financiera, certificar los estados financieros.

Así mismo, con relación al artículo 37 agrega que «*...determina el alcance del concepto de CERTIFICACIÓN de estados financieros, al indicarnos que consiste en DECLARAR que se han verificado previamente las afirmaciones contenidas en ellos...*».

«*En consecuencia, el representante legal y el contador público que preparó los estados financieros,* ***deberán dejar consignada una manifestación expresa o certificar lo antedicho, declarando junto a su firma o en documento adjunto, que «han verificado previamente las afirmaciones contenidas en los estados financieros, conforme el reglamento, y que las mismas se han tomado fielmente de los libros****...*» (Se resalta).

6. Sobre los estados financieros, es oportuno traer a colación la opinión del doctor Hernando Bermúdez, acerca de la gran importancia que reviste la denominada certificación, cuando expresa que «*En la vida diaria muchos representantes legales y miembros de juntas directivas no se sienten responsables por los estados financieros que ponen a disposición de los socios y terceros. En donde hay revisores fiscales a éstos se asigna tal responsabilidad, conociéndose casos en los cuales olímpicamente dan traslado a este funcionario de las glosas que se les hacen a la información. Aquellos han olvidado que mediante tales estados rinden cuentas de su gestión y quienes lo eligen deberían saber que, en consecuencia, los administradores deberían estar capacitados para entenderlos y hacerse responsables de ellos ...*

«*La ley ha recogido (artículo 37) el deber de certificación, que deberá ser cumplido en todos los casos en los cuales se ponga a disposición de asociados o terceros estados financieros, la cual consiste en garantizar su adecuada preparación y de otra parte, su registro en libros ...*

«Esta norma debe entenderse como un instrumento que amplifica el régimen de responsabilidad de los administradores y conectarse con las sanciones penales que la misma ley establece». (La Reforma al Código de Comercio - Ley 222 de 1995 - Cámara de Comercio y Colegio de Abogados Comercialistas-1996).

Valga anotar que indiscutiblemente, los estados financieros certificados, tal como fueron consagrados en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, conlleva a que los representantes legales de las sociedades, actúen con verdadera responsabilidad, no sólo al suscribir junto con el contador de la sociedad los mencionados documentos, sino que dejen su constancia de manera explícita en el mismo o en nota anexa.

7. En este orden de ideas, podemos afirmar que para que los estados financieros se tengan como debidamente certificados, no basta con la sola firma del representante legal y del contador de la sociedad, sino que es indispensable que se manifieste explícitamente por parte de las personas que lo suscribieron, que el mismo ha sido comprobado de manera fehaciente y que los datos son fiel reflejo de lo contenido en los libros de comercio respectivos.

En nuestro concepto, los estados financieros certificados son unos solos, independientemente del fin para el cual se soliciten, y por lo tanto no se puede, so pena de no tenerse como tales, prescindir de los requisitos que les fija la ley.

Oficio 125-10464 de 26 de marzo de 2001

Reconocimiento contable en la creación de una sucursal en el exterior

En atención a su escrito radicado con el número de la referencia, mediante el cual consulta si su representada tiene que realizar el proceso de consolidación y la aplicación del método de participación patrimonial con una sucursal que a finales del año 2000 incorporó en Venezuela este Despacho le manifiesta lo siguiente:

En el artículo 263 del Código de Comercio se establece que las sucursales son establecimientos de comercio abiertos por una, sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad. Por tanto, la sucursal no posee personería jurídica propia, ni asume una responsabilidad separada de la sociedad a la cual pertenece.

En este orden de ideas es preciso sostener que en la relación casa principal- sucursal no se está en presencia de los supuestos señalados en el artículo 261 del Estatuto Mercantil, el cual implica que en los extremos de la relación de subordinación se ubiquen personas distintas. En el caso de una sucursal no es necesario un proceso declarativo que establezca su dependencia de la casa principal, por tratarse de una misma persona jurídica. La que se compromete por las obligaciones de la sucursal es directamente la casa principal, quien es la que verdaderamente tiene la capacidad para ser titular de derechos y de obligaciones.

Por tal razón, y quedando claro que las sucursales son establecimientos de comercio, así han de ser consideradas para el análisis relacionado con los estados financieros, incluso si tal sucursal ha sido radicada en un país diferente al nuestro, sin perjuicio del tratamiento que legislaciones foráneas den a sucursales de sociedades extranjeras.

Refiriéndonos a la incorporación de una sociedad colombiana en el exterior, a través de una sucursal, si bien el valor invertido en moneda legal colombiana para su creación debe quedar registrado en el Departamento de Cambios Internacionales del Banco de la República como una inversión, según el Estatuto de Inversiones Internacionales contenido en la Resolución 51 de 1991 del Conpes, modificada por el Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000, no se trata de una inversión que cumpla con las características establecidas en el artículo 61 del Decreto 2649 de 1993, toda vez que no están representadas en títulos valores y demás documentos a cargo de otros entes económicos, conservados con el fin de obtener rentas fijas o variables, de controlar otros entes o de asegurar el mantenimiento de relaciones con éstos.

De lo que se trata es de la modalidad prevista en el parágrafo 2° del artículo 43 del Decreto 2080 ya citado, que en su tenor literal señala:

«(...)

Artículo 43. Modalidades.

Las inversiones de capital colombiano en el exterior en empresas constituidas o establecidas o que se proyecte constituir en el exterior, podrán revestir entre otras, las siguientes modalidades:

...

PARÁGRAFO SEGUNDO: Las inversiones de capital colombiano en el exterior cubren el aporte en empresas constituidas o que se constituyan en el extranjero, la adquisición con ánimo de permanencia en acciones, cuotas o derechos de propiedad de personas residentes en el exterior y el establecimiento de sucursales o agencias en el exterior».

Por lo anterior, el capital asignado a la incorporación de la sociedad colombiana en el exterior a través de una sucursal, en su dinámica y registro, corresponde a la cuenta Deudores - Cuentas Corrientes Comerciales, código 1310, del Plan Único de Cuentas, Decreto 2650 de 1993.

En consecuencia, al final del ejercicio los estados financieros de la sociedad colombiana y de la sucursal en el extranjero deberán quedar integrados en uno solo, que es el estado financiero individual de la sociedad colombiana.

Para tal efecto, la compañía preparará un estado financiero combinado, que consiste en integrar el total de las partidas de las cuentas análogas que aparezcan en los estados financieros de la sociedad y su sucursal, eliminando todos los saldos de las cuentas recíprocas tanto del balance, como del estado de resultados.

Ahora bien, si la sociedad colombiana controla una o más sociedades en el exterior debe cumplir con las siguientes obligaciones:

- Inscribir la situación de control en el registro mercantil, tal como lo establece el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

- Contabilizar en los libros de la matriz o controlante las inversiones en subordinadas por el método de participación-patrimonial, (último párrafo, artículo 35 ibídem).

- Preparar y presentar los estados financieros de propósito general consolidados (artículo 35 de la citada ley).

Oficio 125-048317 de 23 de septiembre de 2002

Integración de las operaciones del ente económico con sucursales en el exterior

Me refiero a su comunicación, mediante la cual consulta sobre el manejo contable de una sucursal incorporada por una sociedad colombiana en el exterior, específicamente lo relacionado en el punto 3 de su escrito en el que manifiesta:

«3. Explicado el objeto de la Sucursal y bajo la referencia del CONCEPTO 125- 10464 del 26 de marzo de 2001 expedido por la Superintendencia de sociedades, consultamos lo siguiente:

3.1 Si a la luz de este concepto, cómo es la forma de consolidación de las operaciones entre la sociedad colombiana y su sucursal en Panamá:

a. Si para dicha consolidación se exige un registro en los libros de la sociedad colombiana, para lo cual se crearían centros de costos separados, para integrar el 100% de las operaciones en detalle.

b. Bajo esta óptica de consolidación soportado con registro de libros, obligaría a una doble tributación en muchos frentes. (Es nuestro entender)

c. Por el contrario, si lo expresado en dicho concepto se puede interpretar como consolidación la suma de estados financieros.

(Sumando activos, pasivos y P/G, con su eliminaciones) o sea los saldos mensuales integrados por los balances de Colombia y Panamá. (Recalcamos: Esta forma de consolidación NO exigiría registro de las operaciones de Panamá en los libros de Colombia)

Esta conclusión se apoya en la interpretación del concepto mencionado, donde expresa '... Para tal efecto, la compañía preparará un estado financiero combinado, que consiste en integrar el total de las partidas de las cuentas análogas que aparezcan en los estados financieros de la sociedad y su sucursal...'

¿Cuál de las dos interpretaciones es la correcta (entre a. y c.)?»

Sobre el particular es del caso precisar que los literales a. y c. de su escrito deben ajustarse al contenido del concepto emitido por esta entidad en el oficio 125-10464 del 26 de marzo de 2001, el cual señala las características generales de una sucursal, e indican que en el caso de su incorporación en el extranjero, es necesario hacer los trámites del capital en el Departamento de Cambios Internacionales del Banco de la República.

En cuanto a la contabilización de dicha aportación, el oficio en mención señaló que «*el capital asignado a la incorporación de la sociedad colombiana en el exterior a través de una sucursal, en su dinámica y registro, corresponde a la cuenta Deudores - Cuentas Corrientes Comerciales, código 1310, del Plan Único de Cuentas, Decreto 2650 de 1993*»

Es así, que el registro que señala el oficio corresponde al giro efectuado por la sociedad colombiana en la sucursal, cuyo saldo se debita por lo que se envía a la misma y se acredita por lo que se recibe, lo que no exige que tengan que abrir centros de costos separados como lo señala en su escrito.

Por su parte, en el caso de la sucursal en el extranjero, la cual debe someterse a las leyes que la regulen en el país de su incorporación, debe registrar, si la legislación de su domicilio lo exige, los libros necesarios ante la autoridad o entidad competente del lugar donde

funcione el establecimiento, o aquellos que la casa principal ordene que sean llevados para su control y manejo.

Respecto al literal c. de integrar los saldos mensuales de la sucursal de Panamá en Colombia, es del caso citar el numeral 2) del artículo 125 del Decreto 2649 de 1993 que sobre los registros en libros dice «*Establecer mensualmente el resumen de todas las operaciones por cada cuenta, sus movimientos débito y crédito,* ***combinando el movimiento de los diferentes establecimientos.***»

Igualmente, el literal b) del numeral 4 de mismo artículo relacionado con los libros de la sociedad, nos indica: «*4) Permitir el completo entendimiento de los anteriores. Para tal fin se deben llevar, entre otros, los auxiliares necesarios para:*

b) Establecer los activos y las obligaciones derivadas de las actividades propias de cada establecimiento, cuando se hubiere decidido llevar por separado la contabilidad de sus operaciones.»

Por lo anterior, es necesario que la sociedad colombiana integre mensualmente en su totalidad todos los movimientos de la sucursal en Panamá, tal como se indicó en el oficio en mención, así: «*la compañía preparará un estado financiero combinado, que consiste en integrar el total de las partidas de las cuentas análogas que aparezcan en los estados financieros de la sociedad y su sucursal, eliminando todos los saldos de las cuentas recíprocas tanto del balance, como del estado de resultados.*

En cuanto a su afirmación de que esta forma de consolidación NO exigiría registro de las operaciones de Panamá en los libros de Colombia» sólo se daría en el caso de que en Panamá existiera una sociedad subordinada por la sociedad colombiana, en cuyo caso la sociedad matriz colombiana contabilizaría la inversión bajo el método de participación patrimonial y al final del ejercicio estaría obligada a preparar, presentar y difundir los estados financieros consolidados, que de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2649 de 1993 son: 'aquellos que presentan la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio y en la situación financiera,

así como los flujos de efectivo, de un ente matriz y sus subordinados, o un ente dominante y los dominados, como si fuesen los de una sola empresa'».

Oficio 340-061889 de 9 de diciembre de 2002

Los estados financieros de períodos intermedios sirven de base para absorver pérdidas acumuladas, mas no las del ejercicio en curso

ABSORCIÓN DE PÉRDIDAS:

1. El artículo 220 del Código de Comercio en su inciso segundo, por remisión del artículo 372 ídem, señala que *«los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso, según la causal ocurrida y observando las reglas prescritas para la reforma del contrato, siempre que el acuerdo se formalice dentro de los seis (6) meses siguientes a la ocurrencia de la causal»*. (se subraya)

2. El artículo 458 del Estatuto Mercantil expresa que cuando se verifique que las pérdidas reducen el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito, *«los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones y convocarán inmediatamente a la Asamblea General para informarla completa y documentalmente de dicha situación. La infracción de este precepto hará solidariamente responsables a los administradores de los perjuicios que causen a los accionistas y a terceros por las operaciones celebradas con posterioridad a la fecha en que se verifiquen o constaten las pérdidas indicadas»*.

3. Así mismo, el artículo 459 ídem, indica que la asamblea podrá tomar u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio por encima del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito y señala algunos mecanismos viables (se subraya) como la

venta de bienes sociales valorizados; la reducción del capital suscrito; conforme a lo previsto en el código, la emisión de nuevas acciones, etc. Si tales medidas no se adoptan, la asamblea deberá declarar disuelta la sociedad y proceder a su liquidación.

4. Con fundamento en lo expuesto, mediante oficio 220-18229 del 10 de marzo de 1999, esta Superintendencia, ha expresado que: *«...Los seis (6) meses para evitar la causal de disolución tantas veces mencionada, se empezarán a contar a partir de la fecha en la cual el máximo órgano social se reunió con el fin de estudiar la situación financiera de la sociedad y adoptar las medidas tendientes a garantizar el funcionamiento de la empresa»*, es decir, es necesario que la asamblea general de accionistas conozca la novedad para que tenga la posibilidad de determinar la suerte del ente jurídico.

5. El artículo 29 del Decreto 2649 de 1993, prevé que los estados financieros extraordinarios son los que se preparan durante el transcurso de un período como base para realizar ciertas actividades, entre los que se encuentran, los que deben elaborarse con ocasión de la decisión de transformación, fusión o escisión, o con ocasión de la oferta pública de valores, la solicitud de concordato con los acreedores y la venta de un establecimiento de comercio. La fecha de los mismos no puede ser anterior a un mes de actividad o situación para la cual deban prepararse. Salvo que las normas legales dispongan otra cosa, los estados financieros extraordinarios no implican el cierre definitivo del ejercicio y no son admisibles para disponer de las utilidades o excedentes.

6. Si bien es cierto que los asociados tienen la facultad de disponer de los resultados sociales, ello procede efectivamente pero sobre su monto determinado al cierre del período y no con base en estados financieros de periodos intermedios, los cuales por no ser definitivos continúan acumulando las cifras de ingresos y gastos en general, cuyos montos, por esta circunstancia no se sabe al final del ejercicio cual será su resultado neto, el cual puede aumentar o disminuir no pudiéndose por lo tanto disponer de unos resultados cuya cifra definitiva no se conoce, y por consiguiente el registro a efectuar

debitando de la cuenta de capital con crédito a una cuenta de resultados del ejercicio, por un monto que aún no se refleja en el patrimonio, carecería de razonabilidad y por ende no se ajustaría a la técnica contable, ocasionando una distorsión a la información financiera.

7. Ahora bien, el artículo 459 citado es muy claro en señalar que la asamblea podrá tomar u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio; es decir, las medidas adecuadas, convenientes y en este caso al no haber resultados definitivos, por no haberse cerrado las cuentas de resultados y transferir su saldo neto al patrimonio, si bien es factible establecer que la sociedad está en causal de disolución por pérdidas, la medida adoptada no puede ser reducción del capital con pérdidas de un ejercicio que aún no se reflejan en el patrimonio, como ya se dijo.

8. Así las cosas, se debe tener presente el corte de cuentas establecido en los estatutos sociales, y si en el caso que nos ocupa, dicho periodo está comprendido entre el 1 de enero y el 31 de Diciembre, los estados financieros de períodos intermedios, de una parte, sirven para la determinación de la causal de disolución por pérdidas y, por la otra, con base en ella el máximo órgano social puede tomar la decisión de enervar la citada causal de disolución, como medida conducente al restablecimiento del patrimonio por encima del cincuenta por ciento (50%) del capital, siempre que como consecuencia de aquella disminución no se involucre parte del capital, para la absorción de las pérdidas del ejercicio, ya que no es legalmente admisible, puesto que como se manifestó, el artículo 29 es claro al señalar que los estados financieros extraordinarios no implican el cierre definitivo del ejercicio y no son admisibles para disponer de las utilidades o excedentes. (Se subraya).

9. Sea del caso mencionar que si la decisión del máximo órgano social es la reducir el capital, absorbiendo las pérdidas, esta medida puede ser adoptada pero absorbiendo únicamente las pérdidas que hayan sido determinadas en los estados financieros de fin de ejercicio que en su momento fueron considerados por el máximo órgano rec-

tor del ente económico, valga señalar en este caso, las del ejercicio anterior.

CAPITALIZACIÓN DE LA SOCIEDAD.

1. El artículo 158 del Código de Comercio establece que las reformas tendrán efecto entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos. De igual forma el mismo artículo consagra que toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma. También manifiesta que «*sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros*» (se subraya).

2. Por lo cual se debe tener presente que el proceso de perfeccionamiento de una escritura pública consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización, (artículo 13 del Decreto 960 de 1970), en donde la recepción consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el notario los interesados; la extensión es la versión escrita de lo declarado; el otorgamiento es el asentamiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido; y la autorización es la fe que imprime el notario a éste, en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados.

3. El artículo 83 del Decreto 2649 de 1993, referente a la norma técnica sobre el capital, en la parte pertinente señala que, «*éste debe registrarse en la fecha en la cual se otorgue el documento de constitución o de reforma, o se perfeccione el compromiso de efectuar el aporte, en las cuentas adecuadas por el monto proyectado ...*».

Expuesto lo anterior procedemos a atender sus interrogantes en el mismo orden en que fueron planteados:

- Es procedente que el máximo órgano social apruebe en junta de socios la disminución del capital para absorber las pérdidas del ente

económico con base en los estados financieros de períodos intermedios, siempre y cuando se haga únicamente sobre las pérdidas acumuladas al corte del ejercicio inmediatamente anterior, pues como ya se anotó, NO es viable la aplicación del capital para absorber las pérdidas del ejercicio en curso, de acuerdo con las normas o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia y demás normas que lo complementan, toda vez que para disponer de los resultados sean positivos o negativos, los mismos deben involucrar el ejercicio social, una vez concluido, al menos a 31 de diciembre de cada año, o si existiere otro cierre contable diferente al anual, según lo señalado en los estatutos sociales, **pero en todo caso como mínimo**, en la reunión del órgano rector en que se presenten a su consideración los estados financieros de fin de ejercicio.

• Para el caso de la fecha de corte de los estados financieros, se trae a colación el inciso tercero de artículo 56 de Decreto 2649 de 1993, en el que se señala que las operaciones deben registrarse cronológicamente y asentarse en los libros a más tardar en el mes siguiente a aquél en el cual las operaciones se hubieren registrado; por consiguiente los estados financieros que debe presentar la administración al máximo órgano social para que evalúe la situación por la que atraviesa el ente económico y adopte las medidas pertinentes, debe tener la antigüedad del mes a la fecha de la citación. Dicho en otras palabras y a manera de ejemplo, si el máximo órgano social fue convocado para los primeros días de octubre, la fecha de los estados financieros no puede ser anterior al 31 de agosto.

• En cuanto a los requisitos que deben tener los estados financieros que se sometan a consideración del máximo órgano social, el artículo 26 del Decreto 2649 de 1993, es claro en señalar que deben ser confiables y oportunos y que en su preparación se deben observar los mismos principios que se utilizan para la elaboración de los estados financieros de fin de ejercicio.

Por último, sea del caso resaltar como se anotó anteriormente, que para el reconocimiento del hecho económico, no basta que el máximo

órgano social apruebe la disminución respectiva, sino que además es necesario que la misma sea elevada a escritura pública, por cuanto comporta una reforma estatutaria y una vez sea inscrita en el registro mercantil de domicilio social, efectuar la imputación correspondiente en los libros oficiales y auxiliares de contabilidad del ente económico.

Oficio 115-035282 de 13 de mayo de 2008

Corrección de estados financieros

Siendo abril de 2008, una empresa puede entrar a corregir un error que se presentó durante el año 2007 en la cuenta de socios, «*¿como se reportaría de manera legal a la Superintendencia de Sociedades?*»

Sobre el motivo de la consulta, considera este Despacho lo siguiente:

El artículo 57 del Decreto 2649 de 1993 establece que «*antes de emitir estados financieros, la administración del ente económico debe cerciorarse que se cumplen satisfactoriamente las afirmaciones, explícitas e implícitas, en cada uno de sus elementos*».

A su turno el artículo 58 del mismo decreto señala que «*antes de emitir estados financieros deben efectuarse los ajustes necesarios para cumplir la norma técnica de asignación, registrar los hechos económicos realizados que no hayan sido reconocidos y corregir los asientos que fueron hechos incorrectamente ...*».

De otra parte, el artículo 106 ibídem contempla, que «*las partidas que correspondan a la corrección de errores contables de períodos anteriores, provenientes de equivocaciones en cómputos matemáticos, de desviaciones en la aplicación de normas contables o de haber pasado inadvertidos hechos cuantificables que existían a la fecha en que se difundió la información financiera, se deben incluir en los resultados del período en que se advierten*».

Concordante con lo anterior, si después de haber preparado y presentado los estados financieros al Máximo Órgano Social, se establece

que se incurrió en errores u omisiones como el expuesto en la consulta, la administración del ente económico deberá evaluar la materialidad e importancia relativa de las inconsis-tencias y dependiendo de las mismas, se presentan dos opciones:

a. Reabrir los libros del año inmediatamente anterior, hacer las correcciones y convocar al máximo órgano social para la aprobación de los nuevos estados financieros, o,

b. Efectuar las correcciones en el período en que se advierten, haciendo las revelaciones en las notas a los estados financieros.

Para este segundo caso, si las correcciones afectan el estado de resultados, el Plan Único de Cuentas para Comerciantes contenido en el Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios, dispone que la cuenta a utilizar, relacionada con este tema, cuando la corrección afecta los ingresos, es la denominada e identificada con el código PUC 4265-Ingresos de Ejercicios Anteriores y en caso contrario, es decir, si afecta los gastos, la cuenta es la 5375 Gastos Extraordinarios, subcuenta 531515 costos y gastos de ejercicios anteriore s .

Finalmente, en el evento de que la sociedad hubiera reportado información financiera a esta Entidad, si la administración de la sociedad escoge la opción de modificar los estados financieros, deberá solicitar autorización para la retransmisión indicando claramente las circunstancias que obligan a dicha rectificación y sus efectos, así como los rubros y valores que se modifican.

ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS

Oficio 220-15430 de 13 de abril de 1998

Subordinación de sociedades y consolidación de estados financieros

1. *«¿Existen circunstancias distintas de las señaladas en el artículo 281 del Código de Comercio, bajo las cuales una entidad sea subordinada de otra?»*

A este respecto el Despacho considera que el artículo 260 del Código de Comercio modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, ha determinado la circunstancia que permite establecer la existencia de la situación de control. La referida norma expresa:

«Art. 260.- Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria».

De esta manera la ley ha señalado que el hecho de tener el poder de decisión de una sociedad sometido a la voluntad de otra u otras personas es el que determina la existencia de la situación de control o subordinación. Siempre que una sociedad se encuentre enmarcada en esta situación se predicará de ella el carácter de subordinada o controlada, y aquella persona que determine su poder de decisión será considerada como la matriz o controlante.

Sin embargo tal presunción legal podrá ser desvirtuada al acreditar que no se verifica en realidad la circunstancia señalada en el artículo 260 del Código de Comercio y que la sociedad en la realidad, a pesar de configurar los supuestos del artículo 261 del Código, no resulta subordinada o controlada.

De igual forma puede existir diversidad de circunstancias de hecho que establecen la subordinación de cualquier sociedad por estar so-

metido su poder de decisión a la voluntad de otra u otras personas, y que dichas circunstancias determinantes del control no se configuren en los supuestos legales descritos en el artículo 261 del Código de Comercio. En tales eventos también existirá la subordinación de una sociedad a su matriz o controlante, y por lo tanto en los términos señalados por la ley mercantil, existirá una situación de control o subordinación con todos sus efectos, privilegios y obligaciones.

Considera la Superintendencia que la intención del legislador al relacionar en el artículo 261 del Código de Comercio algunas circunstancias determinantes de la subordinación, no estaba más que mencionando los eventos en los cuales se presume la existencia del control descrito en el artículo 260, pero ello no excluye los casos de otras circunstancias donde se encuentre que el poder de decisión de una sociedad está sometido a la voluntad de su matriz o controlante y corresponderá a las partes verificar la existencia de tal control y declararlo, sin que en tales eventos se presuma la subordinación. Pero en todo caso podrá acreditarse ante la autoridad administrativa competente, de oficio o a solicitud de cualquier interesado la existencia de la situación de control de tal forma que se determine si procede declarar la situación de control y ordenar su inscripción en el registro mercantil.

En todo caso la conformación y existencia de los vínculos de subordinación entre la empresas, y su regulación no es sino la expresión mas notable del moderno desarrollo de la actividad empresarial, bajo un modelo que busca aprovechar y desencadenar las energías vitales que subyacen en la comunidad empresarial con la utilización eficaz de los recursos bajo mecanismos de coordinación y solidaridad.

Esta resulta ser por otra parte, una de las manifestaciones de la auténtica competencia económica, donde la idoneidad, y la ética, unidas con el trabajo y la acción coordinada de la comunidad empresarial, busca aprovechar las poderosas fuerzas suscitadas en sus operaciones económicas; esta coordinación congrega a las empresas hacia la construcción de un ambiente económico con progreso creciente con seguridad, transparencia y estabilidad.

1.2 *«¿Puede una entidad ser matriz o controlante de otra aunque aquella no participe en el capital de esta?»*

Nuestra legislación mercantil incorpora en el concepto del control la posibilidad de que una sociedad tenga su poder de decisión sometido a la voluntad de otra u otras personas que se consideran como la matriz o controlante. Igualmente se admiten diversas circunstancias en las cuales se presume la existencia de tal situación de control así, de manera general considera la posibilidad de que bien sea por la participación mayoritaria en el capital con capacidad de voto o por su ejercicio correspondiente se determine e imponga la dirección del poder decisorio de la subordinada.

Pero también se considera la posibilidad de configurar el control por el ejercicio de los derechos de voto en los órganos de la sociedad, sin que para tal efecto se requiera tener participación en el capital de la subordinada. Tal es el caso del acreedor prendario a quien se le han conferido los derechos de voto inherentes a la calidad de accionista mediante estipulación o pacto expreso, (Cfr. Art. 411 C. de Co), respecto de las acciones pignoradas, quien sin tener participación en el capital de la sociedad esté facultado para ejercer los derechos de voto correspondientes y de esta manera puede llegar a imponer y someter a su control la sociedad subordinada. Esta circunstancia, que determina el ejercicio del control interno societario sin participación está contemplada en el supuesto descrito en el numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio.

También es posible que se verifique el denominado control externo societario sin participación, como ocurre en el caso del ejercicio de influencia dominante en las decisiones o en los órganos de administración de la sociedad, por virtud de un acto o negocio con la sociedad controlada con sus socios. Estos eventos están contemplados en el supuesto contenido en el numeral 3 del artículo 261 del Código de Comercio. En este caso el control no exige la participación en el capital de la subordinada, puesto que el control o subordinación resulta más bien por el ejercicio de la influencia dominante en los órganos de la sociedad.

De esta manera siempre que una entidad matriz o controlante someta a su voluntad el poder de decisión de una sociedad, habrá subordinación, de conformidad con lo dispuesto por el Código de Comercio, sin que la participación en el capital sea el único determinante del control y por el contrario se admite por la ley que cualquier forma de determinación que someta a una sociedad al control de otra u otras personas en los términos señalados en las disposiciones mercantiles impone en cabeza de la persona que tiene y ejerce tal poder, el carácter de matriz o controlante.

2. El artículo 35 de la Ley 222 de 1995 ordena a las entidades matrices o controlantes preparar y difundir al cierre de cada ejercicio estados financieros consolidados. En igual sentido, el artículo 45 de la ley 190 de 1995 señala que "*[...] habrá obligación de consolidar los estados financieros por parte de los entes bajo control.[...]*"

2.1 *«¿Debe una entidad matriz consolidar sus estados financieros con los de su subordinada AUNQUE la matriz NO participe en el capital de la subordinada?»*

De acuerdo con lo arriba expresado el control o subordinación puede ser ejercido por otra u otras personas aún cuando no se tenga participación en el capital tal como lo señala nuestra ley mercantil.

Las normas que obligan a preparar y difundir estados financieros consolidados y que se mencionan en su pregunta, establecen como sujetos obligados a consolidar a las matrices o controlantes, sea que el control provenga por la participación en el capital o por cualesquiera de las circunstancias que determinan la existencia de la situación de control o grupo empresarial.

De donde se concluye que todas las entidades matrices o controlantes que se configuren en una situación de control o grupo empresarial, incluso sin tener participación en el capital, y cuyos vinculados estén obligadas a llevar contabilidad en Colombia, deben consolidar sus estados financieros para presentarlos a consideración de sus órganos competentes para su aprobación.

Actualmente el comité interinstitucional conformado por el Viceministerio técnico de Hacienda y las Superintendencias Bancaria, Valores y de Sociedades, estudia la reglamentación del artículo 35 de la Ley 222 de 1995, y el artículo 45 de la Ley 190 de 1995, en donde se busca efectuar algunas precisiones con relación a la forma como procederá la consolidación en este caso.

3. El artículo 35 de la Ley 222 de 1995 ordena que las inversiones en subordinadas se contabilicen en los libros de la matriz o controlante por el método de participación patrimonial. Según la circular conjunta 009 (Superintendencia de Sociedades) 013 (Superintendencia de Valores) de 1996 al aplicar el método de participación patrimonial, *«[...] De los resultados del ejercicio se debe excluir las utilidades o pérdidas originadas por operaciones entre subordinadas y matriz o controlante, que aún no hayan sido realizadas por esta a través de ventas a terceros. [...]»*. Al aplicar el método de participación patrimonial.

3.1 *«¿Se excluyen únicamente las utilidades obtenidas por las subordinadas?»*

Tal como lo dispone el numeral 6° de la Circular Conjunta por usted mencionada, en la aplicación del método de participación patrimonial se excluyen de los resultados obtenidos en el respectivo ejercicio por la subordinada, las utilidades o pérdidas obtenidas en las operaciones realizadas entre subordinada y matriz, que aún no hayan sido realizadas por esta a través de ventas a terceros.

Como queda expuesto, la circular externa contempla esta situación de manera general, obligando a las subordinadas a realizar la depuración de sus resultados para efectos de la aplicación del método.

3.2 *«¿Se excluyen únicamente las utilidades obtenidas por la matriz?»*

3.3 *«¿Se excluyen tanto las utilidades obtenidas por las subordinadas como las obtenidas por la matriz?»*

Estos dos eventos no están contemplados en la Circular Conjunta, lo cual no impide que las Superintendencias que la han emitido puedan entrar a efectuar los ajustes que se consideren necesarios. Para ello se adelantan actualmente los estudios que permitan aclarar a los usuarios estas situaciones y todas aquellas, que presentan alguna dificultad o inquietud en la aplicación de la misma.

Sin embargo la propia circular en el numeral 14 señala la manera como deben solucionarse los aspectos que expresamente no están contemplados en ella, permitiendo al interprete acudir a las normas internacionales de contabilidad.

Oficio 125-22015 de 18 de marzo de 1999

Registro de la situación de control y presentación de estados financieros consolidados, cuando la matriz es un ente económico del exterior

1. En el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 se establece la obligación a cargo de la matriz de efectuar la inscripción en el registro mercantil de la situación de control o grupo empresarial, sin distinguir entre sujetos controlantes nacionales y extranjeros; y ello en atención a que toda persona, nacional o extranjera, que en Colombia realice actos o negocios jurídicos en forma permanente o no, está sometida al imperio de la ley local en cuanto a los efectos de los mismos; en ese sentido en el artículo 869 del Código de Comercio se expresa que *«la ejecución de los contratos celebrados en el exterior, que deben cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana»*. Es indiscutible que quien controla una sociedad colombiana que desarrolla su objeto en el país, lleva a cabo una actividad sujeta a las leyes locales aplicables a la celebración y ejecución de contratos de sociedad; y aunque en el caso de las sociedades anónimas, la administración de las mismas no corresponde a sus accionistas, en el funcionamiento de ellas repercute directamente su pertenencia a un grupo empresarial o su situación de subordinación, por lo cual las normas que al respecto se establecen

en la ley, forman parte del conjunto normativo que debe ser cumplido por todas las personas que son parte del contrato social, máxime si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887: *«En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración...»*.

Si el inversionista extranjero se acoge a la ley colombiana para gozar de los derechos que se derivan de sus actividades mercantiles en Colombia, es apenas lógico que las mismas normas lo cobijen para el cumplimiento de sus obligaciones, tales como efectuar el pago del capital suscrito, registrar la inversión extranjera, cumplir con los compromisos tributarios e inscribir el documento privado que declara la situación de control o grupo empresarial.

Lo anterior resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado de Derecho Internacional de Montevideo (Ley 33 de 1992), según el cual *«Las sociedades y asociaciones que tengan carácter de persona jurídica se regirán por las leyes del país de su domicilio, serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados y como hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales. Mas, para el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intenten realizarlos.»*

El registro del documento privado que declara la situación de control o grupo empresarial ante la Cámara de Comercio, así como la consolidación de estados financieros, son requisitos legales que no distinguen en cuanto al tipo de inversión, nacional o extranjera, o a la ubicación o nacionalidad de la controlante o matriz, en el exterior o en el país, no obstante lo cual en cada caso es necesario precisar el sentido y alcance de la sujeción de las personas extranjeras al ordenamiento local, como consecuencia de que ellas tengan el carácter de controlantes de sociedades de grupos de sociedades en los términos del mismo.

Así las cosas, hay que distinguir la obligación de inscripción de la situación de control y de grupo, que debe ser cumplida por la

controlante extranjera; la obligación de presentar un informe especial a la asamblea o junta de socios de la sociedad controlante de un grupo empresarial, a la cual no está sujeta ninguna sociedad extranjera, pues la misma impone reglas sobre el funcionamiento de la sociedad o, en otras palabras, sobre la ejecución del contrato en aspectos regulados por la ley extranjera; y, por último la obligación de consolidación de estados financieros.

Respecto de esta última obligación es preciso indicar que si bien la matriz extranjera no está obligada a observar las reglas contables colombianas, en particular el Decreto 2649 de 1993, la consolidación de subordinadas se genera de acuerdo a lo señalado en el artículo 35 de la Ley 222 de 1995, en forma análoga a la prevista en el primer inciso del artículo 45 de la Ley 190 de 1995 en relación con entidades sin ánimo de lucro, según el cual «*Habrá obligación de consolidar los estados financieros por parte de los entes bajo control*». Así mismo, en relación con la consolidación de estados financieros, el artículo 95 de la Ley 488 de 1998 establece: «*Obligación de informar los estados financieros consolidados por parte de los grupos empresariales. Para efecto del control tributario, a más tardar el treinta (30) de junio de cada año, los grupos económicos y/o empresariales, registrados en el Registro Mercantil de las Cámaras de Comercio, deberán remitir en medios magnéticos, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sus estados financieros consolidados, junto con sus respectivos anexos, en la forma prevista en los artículos 26 a 44 de Ley 222 de 1995, y demás normas pertinentes. El incumplimiento de la obligación prevista en el presente artículo dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 651 del Estatuto Tributario*». Es así como las subordinadas colombianas al estar sujetas íntegramente a la legislación local, deben dar cumplimiento a la obligación de consolidar estados financieros.

2. Ahora bien, respecto de los interrogantes relacionados con la consolidación de estados financieros, se manifiesta lo siguiente:

a. «*¿Qué compañía debería consolidar?*»

Considera este Despacho que cuando la matriz o controlante no esté domiciliada en el país, sólo procede la consolidación de los estados financieros de las subordinadas en Colombia, lo cual puede realizarse a través de cualquiera de las sociedades controladas, aunque se sugiere que por efectos prácticos se realice por medio de la que tenga el mayor patrimonio neto.

La consolidación se realizará teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 122 del Decreto 2649 de 1993 y 35 de la Ley 222 de 1995, así como los procedimientos generales sobre consolidación, tales como:

b. «*¿Cómo sería el proceso de consolidación de estados financieros?*»

- Los estados financieros individuales de las sociedades que se consoliden deben corresponder a una misma fecha de corte.
- Las bases contables deben ser homogéneas.
- Previamente se conciliarán las cuentas entre compañías, si las hubiere, para facilitar las eliminaciones.

El patrimonio consolidado se denominará «Patrimonio controlado por matriz extranjera», el cual debe corresponder al porcentaje de participación que ésta posea en las sociedades colombianas, y registrar separadamente el interés minoritario de los entes económicos subordinados en Colombia, en una cuenta que se clasificará antes de la sección de patrimonio.

Adicionalmente, los estados financieros consolidados que prepare la sociedad subordinada colombiana con mayor patrimonio, deben presentarse a las entidades que los requieran, certificados y dictaminados por el representante legal, el contador y el revisor fiscal de ésta.

c. «*¿A quién correspondería la aprobación de los estados financieros consolidados?*»

La obligación contenida en el artículo 35 de la Ley 222 de 1995, de someter los estados financieros consolidados a

consideración de quien sea competente para su aprobación o improbación, debe entenderse de acuerdo con las condiciones particulares de cada matriz o controlante; ante la ausencia de un órgano competente que pueda otorgar la referida aprobación, bastaría con remitirlos a esta Superintendencia en la forma indicada en los literales anteriores.

d. *«¿A quien le correspondería la preparación y aprobación del informe de gestión, si éste fuera requerido?»*

En virtud de lo establecido en el artículo 29 de la Ley 222 de 1995, en los casos de grupo empresarial, los administradores de las sociedades controladas, así como los de la controlante, deberán presentar a la asamblea o junta de socios un informe especial y no de gestión, como se señala en la pregunta. Por lo tanto, los administradores de cada una de las subordinadas domiciliadas en el país, deberán presentar el informe especial a la asamblea o junta de socios, en los términos señalados en el artículo mencionado.[39]

Certificación de situaciones de control y grupos empresariales

El artículo 30 de la Ley 222 de 1995 establece la obligación de inscribir en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados... el documento privado preparado por la matriz o controlante.

Igualmente el parágrafo 1° del mismo artículo 30 expresa:

«Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad, así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente Ley».

39 Sobre el tema véase el Concepto 069050 de junio 29 de 1999 de la DIAN

«Atendiendo las disposiciones referidas, es necesario concluir que las Cámaras de Comercio, deben expresar en los certificados de existencia y representación legal que emitan, para las sociedades matrices y subordinadas de su circunscripción, la situación de control o grupo empresarial, de acuerdo con los criterios señalados en la ley, y según la información suministrada en el documento privado presentado por la matriz o controlante que se inscribe en el registro mercantil» (Oficio 125-47337 septiembre 8 de 1997).

Oficio 125-60363 de 14 de septiembre de 2000

Sociedades en liquidación no se incluyen en el proceso de consolidación

En el caso de control ejercido por personas naturales o de personas jurídicas de naturaleza no societaria se consolidan todos los entes bajo control, siguiendo lo establecido en el artículo 45 de la Ley 190 de 1995, para lo cual esta entidad ha recomendado que la consolidación se haga a través de la subordinada que tenga mayor patrimonio, esperando que sea esta la que tenga una infraestructura administrativa que le permita contar con los medios necesarios para preparar la información financiera requerida.

Ahora bien, para la preparación de los estados financieros consolidados se determinará la compañía a través de la cual se asumirá la consolidación e igualmente el conjunto de sociedades subordinadas. Se deben tomar los estados financieros individuales de cada una de ellas, cortados a 31 de diciembre de cada ejercicio, y proceder en periodos anuales, a preparar los estado financieros consolidados, tal como lo ordena el artículo 35 de la Ley 222 de 1995.

No obstante que el control corresponda a personas naturales, en la consolidación se deben eliminar las cuentas comunes entre las compañías involucradas en la consolidación, tales como inversiones - capital; cuentas por cobrar - cuentas por pagar; determinar el patri-

monio controlado y el interés minoritario, según lo señalado en la Circular Externa 005 de 2000.

En cuanto a si a las sociedades que se encuentren en disolución se les debe excluir del proceso de consolidación dándole el mismo tratamiento de una sociedad en liquidación, se le recuerda que de conformidad con el artículo 222 del Código de Comercio, *«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»*.

Es de señalar que la situación de control o de grupo empresarial se origina en cualquiera de las presunciones de subordinación que establecen los artículos 27 y 28 de la Ley 222 de 1995, y que la mismo ley en el artículo 30 estableció la obligación de inscribir dicha situación en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los controlados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.

Así mismo, estableció el artículo 30 que *«Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria[40], de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.»*

40 Hoy Superintendencia Financiera de Colombia

Oficio 125-016689 de 26 de enero de 2006

Personas naturales controlantes y comerciantes obligadas a llevar contabilidad, deben preparar estados financieros consolidados

Previas algunas consideraciones relacionadas con el contenido, alcance y conceptos emitidos por esta superintendencia, de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, la peticionaria consulta:

«De acuerdo con la anterior interpretación de las normas citadas, la Superintendencia de Sociedades entiende que el control puede ser ejercido por una persona natural cuya participación accionaria sea superior al cincuenta por ciento (50%) dentro de una sociedad. Esta interpretación hace surgir varias inquietudes, las cuales solicito considerar y solucionar para efecto de responder las siguientes preguntas:

- *¿En qué casos opera la situación de control o subordinación en cabeza de personas naturales respecto de una sociedad en la cual tengan participación mayoritaria?*

- *¿Cuáles son las consecuencias y obligaciones derivadas de dicho control para las personas naturales controlantes?*

- *¿Cuáles son las implicaciones de que una persona natural con participación accionaria superior al cincuenta por ciento (50%) en una sociedad se considere como controlante?*

- *¿Con quien consolidaría estados financieros la persona natural que se registre como controlante, si esta persona solamente es accionista de una única sociedad?*

- *¿Si la persona natural solamente es accionista mayoritario en una sociedad pero en las demás sociedades donde tiene participación no es accionista mayoritario, se convertiría por ese hecho en controlante de las demás sociedades, aún desconociendo la participación de los demás accionistas en las demás sociedades?*

• *¿Siempre que entre dos o más personas naturales reúnan el mayor porcentaje de participación al interior de una sociedad deberán consolidar estados financieros con los de las sociedades de las cuales hagan parte, aunque en las demás sociedades no sean mayoritarios?»*

Cuando una persona natural se encuentre respecto de una o más sociedades en cualquiera de los presupuestos de control de que trata el artículo 261 el Código de Comercio, se presumirá que tiene la calidad de controlante para todos los efectos legales, de acuerdo con lo señalado en el parágrafo 1° del artículo 261 del Código de Comercio:

«PARÁGRAFO 1° Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales estas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad».

Toda persona natural que controle una o más sociedades está obligada a solicitar a las correspondientes cámaras de comercio la inscripción de la situación de control o de grupo empresarial en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995. En cuanto a la consolidación de estados financieros es preciso distinguir si la persona natural tiene o no la calidad de comerciante. En el primer caso al estar obligada a llevar contabilidad consolidará ésta con los estados financieros de las subordinadas. En el segundo caso la obligación del artículo 35 de la citada ley se concreta en disponer la consolidación de los estados financieros de las subordinadas.

Ahora bien, si la persona natural no comerciante es controlante de una sola sociedad, no obstante ser socio de otras con las que no tiene ninguno de los vínculos de subordinación de que trata el artículo 261 del Código de Comercio, no está en obligación de preparar estados financieros consolidados. En el caso contrario, esto es, persona natural controlante y a su vez comerciante obligado a llevar contabilidad,

está en la obligación de preparar estados financieros consolidados, los cuales debe presentar a la Dian y a la entidad de inspección, vigilancia o control que se los requiera.

En relación con la última pregunta, es preciso señalar que tanto en los casos de control individual como en los de control conjunto (dos o más personas controlantes) los estados financieros que deben involucrarse en la consolidación son los de las matrices o controlantes obligadas a llevar contabilidad de acuerdo con la ley colombiana y los de las sociedades subordinadas, es decir, aquellas respecto de las cuales se ejerza control.

Oficio 115-049339 de 10 de octubre de 2007

Fecha de cierre de los estados financieros de la matriz y de las subordinadas para la preparación de los estados financieros consolidados

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 122 del Decreto 2649 de 1993, la consolidación de estados financieros debe efectuarse con base en estados financieros cortados a una misma fecha. Si ello no es posible, se podrán utilizar estados financieros con una antigüedad no mayor de tres meses.

2. La NIC 27 relacionada con estados financieros consolidados y separados, establece:

«...26 Los estados financieros de la controladora y de sus subsidiarias, utilizados para la elaboración de los estados financieros consolidados, deberán estar referidos a la misma fecha de presentación. Cuando las fechas de presentación de la controladora y de una de las subsidiarias sean diferentes, ***ésta última elaborará, a los únicos efectos de la consolidación, estados financieros adicionales con la misma fecha que los de la controladora, a menos que sea impracticable hacerlo****.* (se resalta)

27 Cuando, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 26, los estados financieros de una subsidiaria que se utilicen en la elaboración de los estados financieros consolidados, ***se refieran a una fecha de presentación diferente a la utilizada por la controladora, se practicarán los ajustes pertinentes para reflejar los efectos de las transacciones y eventos significativos ocurridos entre las dos fechas citadas****. En ningún caso, la diferencia entre la fecha de presentación de la subsidiaria y de la controladora será mayor de tres meses. Tanto la duración de los periodos sobre los que se informa, como las eventuales diferencias en las fechas de presentación, serán las mismas de un periodo a otro. (se resalta)*

28 Los estados financieros consolidados se elaborarán utilizando políticas contables uniformes para transacciones y otros eventos que, siendo similares, se hayan producido en circunstancias parecidas.

29 Si un miembro del grupo utiliza políticas contables diferentes de las adoptadas en los estados financieros consolidados, para transacciones y otros eventos similares que se hayan producido en circunstancias parecidas, se realizarán los ajustes oportunos adecuados en sus estados financieros al elaborar los consolidados.»

3. Mediante Circulares Externas 002 de 1998, de la antigua Superintendencia de Valores y 005 de 2000 de la Superintendencia de Sociedades, las dos entidades coinciden en señalar que para efectos de la consolidación de estados financieros, la matriz y sus subordinadas deben preparar estados financieros a una misma fecha, por el mismo período, que en todo caso la consolidación de estados financieros se elaborará, como mínimo, al cierre del ejercicio contable al 31 de diciembre del respectivo año y que solamente en casos excepcionales y plenamente justificados, se podrán consolidar estados financieros con diferente fecha, siempre y cuando unos y otros no difieran de tres meses.

4. Por su parte la Superintendencia Financiera de Colombia, en la Circular Externa 100 de 1995, capítulo X, estados financieros consolidados o combinados, señala: «*... Cuando cualquiera de las*

entidades (matriz o subordinadas) presenten fechas de corte de cuentas con una periodicidad inferior a seis (6) meses, para efectos de consolidación, con el fin de que la cuenta de resultados del ejercicio refleje el saldo acumulado durante el semestre correspondiente, deberán ... Si tales cortes ocasionaron, por orden de la Asamblea General de Accionistas o Junta de Socios, modificaciones en las cuentas de los estados financieros con ocasión de la distribución y reparto de utilidades, tales registros deberán revertirse sin reducir las cuentas patrimoniales afectadas, esto es, cargando a la cuenta del consolidado denominada «Utilidades Distribuidas», en la proporción que corresponda al grupo de entidades consolidadas. Si de tales cortes se produjeron repartos de utilidades en efectivo, los valores así repartidos deberán reversarse abonando a la cuenta de los estados financieros consolidados denominada «Utilidades Distribuidas». Todos y cada uno de los rubros de los estados de resultados deberán acumular lo registrado durante el período contable objeto de consolidación.»

De acuerdo con las anteriores consideraciones, se puede concluir que la fecha base para la elaboración de los estados financieros consolidados, debe corresponder, a la fecha de cierre de los estados financieros de la matriz o controlante, pues ésta, en virtud del control que ejerce sobre las subordinadas, debe disponer lo necesario para que estas últimas cierren sus cuentas a la misma fecha de sus estados financieros, así como para que adopten los mecanismos necesarios a efectos de que realicen los ajustes correspondientes, como consecuencia de la homogeneización de las políticas contables, toda vez que para proceder a la consolidación es requisito indispensable disponer de estados financieros individuales tanto de la matriz como de la subordinada completamente homologados.

De otra parte, independientemente de que tanto las normas internacionales como las nacionales, conciban en casos particulares, una diferencia máxima de tres meses entre los estados financieros base de la consolidación, este no es el caso que nos ocupa, pues estamos en presencia de fecha de cierre de estados financieros completamente diferentes, lo cual por obvias razones no permite que los estados fi-

nancieros consolidados presenten la real situación económica y financiera de las sociedades que conforman la situación de control que se analiza, tal como lo manifiestan en el escrito que se estudia.

Ante el panorama anterior, la solución no sería la creación en la aplicación DATASIFI[41] de esta Superintendencia, de una cuenta en el balance consolidado, pues de no ser posible la uniformidad de las fechas de cierre de los estados financieros de matriz y subordinada, la única alternativa posible es la de efectuar las reversiones a que haya lugar, para obtener estados financieros individuales que contengan por el mismo período contable todas las operaciones realizadas por cada una de las sociedades involucradas en la consolidación, procedimiento éste que no contrariaría ningún principio ni política contable, debido a que de acuerdo con el sistema contable que rige en la actualidad en Colombia, la consolidación de estados financieros es un proceso extracontable, cuyos registros, ajustes y eliminaciones quedan plasmadas en la hoja y demás papeles de trabajo que se elaboren para dejar justificada y evidenciada la labor realizada.

Finalmente, en lo que respecta a que la aplicación DATASIFI de los estados financieros consolidados, no incluye un rubro que permita relacionar la partida correspondiente, cuando el estado de resultados genere una pérdida, es del caso precisar que el renglón 36 Resultados del Ejercicio, está diseñado de tal forma que permite registrar bien la utilidad o la pérdida que arroje el ejercicio.

41 Hoy aplicativo STORM

IMPUESTOS, GRAVÁMENES Y TASAS

Oficio 340-24582 de 21 de mayo de 1998

Las pérdidas fiscales determinadas con base en las declaraciones tributarias, que se permiten compensar con las rentas obtenidas en períodos gravables futuros, cumplen sólo propósitos fiscales y no contables

Este organismo ya se ha pronunciado sobre el tema en varias oportunidades entre otras, mediante oficios 340-44864 del 26 de agosto de 1997 y 340-6085 del 25 de febrero de 1998, cuyos apartes que se relacionan directamente con su consulta se transcriben a continuación, aclarando que la pérdida deducible para efectos tributarios es la fiscal y no la contable como la mencionan en su escrito:

1. El Decreto 2649 del 23 de diciembre de 1993 por el cual se reglamentó la contabilidad y expidieron los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en el País, en el numeral 2do. del artículo 67, referente a los cargos diferidos, inciso 6°. dispone: «*Se debe contabilizar como impuesto diferido débito el efecto de las diferencias temporales que impliquen el pago de un mayor impuesto en el año corriente, calculado a tasas actuales, siempre que exista una expectativa razonable de que se generará suficiente renta gravable en los períodos en los cuales tales diferencias se revertirán*».

2. El inciso 3°. del artículo 78 del mismo decreto prevé: «*Se debe contabilizar como impuesto diferido por pagar el efecto de las diferencias temporales que impliquen el pago de un menor impuesto en el año corriente, calculado a tasas actuales, siempre que exista una expectativa razonable de que tales diferencias se revertirán*».

3. La descripción de la cuenta 1710 -Cargos Diferidos- contenida en el Plan Único de Cuentas para Comerciantes, indica que el impuesto de renta diferido de naturaleza débito es aquel ocasionado por las denominadas «diferencias temporales» que se presentan entre la utilidad comercial y la renta líquida fiscal, en virtud de la no deducibilidad de algunos gastos contables, tales como provisiones por

cartera en exceso de límites fiscales, protección de inversiones, bienes recibidos en pago, causación del impuesto de industria y comercio y gastos estimados para atender contingencias.

4. Las diferencias temporales se presentan cuando la legislación tributaria determina o fija algunos topes, montos o conceptos distintos a los reconocidos en la contabilidad, originando con ello diferencias entre la utilidad comercial y la renta líquida o gravable. En el caso concreto de las pérdidas, la diferencia se presenta cuando el contribuyente hace uso del beneficio tributario, y compensa las pérdidas fiscales con las rentas que obtenga en los ejercicios siguientes, con el consiguiente efecto de disminuir el impuesto a cargo del contribuyente.

Es así como, el impuesto diferido de naturaleza «débito» surge por las diferencias temporales que implican el pago de un mayor impuesto en el año corriente, el cual se debe amortizar en los períodos en los cuales se reviertan las diferencias que originaron ese mayor valor. Con esto se logra que la legislación en materia impositiva no afecte el estado de resultados, de tal suerte que éste refleje la utilidad o pérdida obtenida en el respectivo ejercicio.

De esta forma es claro que las diferencias temporales son causadas por transacciones que afectan en periodos distintos a la contabilidad para efectos de determinar la utilidad y las normas de carácter tributario para establecer la renta líquida o gravable.

5. La norma básica de la realización contenida en el artículo 12 del Decreto 2649 de 1993, exige reconocer únicamente hechos realizados. A su vez la norma básica de la prudencia contempla que cuando existan dificultades para medir de manera confiable y verificable un hecho económico realizado, se debe optar por registrar la alternativa que tenga menos probabilidades de sobrestimar los activos y los ingresos.

6. El artículo 44 del Decreto 2649 de 1993, refiriéndose a las Cuentas de Orden Fiscales dispone que deben reflejar las diferencias de valor

existente entre las cifras incluidas en el balance y en el estado de resultados y las utilizadas para la elaboración de las declaraciones tributarias, en forma tal que una y otra puedan conciliarse.

En cumplimiento de esta norma, el Plan Único de Cuentas para Comerciantes, (Decreto 2650 de 1993) en el grupo Deudores Fiscales Código 82 en su descripción dice textualmente «*Comprende conceptos tales como diferencias entre costo contable y fiscal, entre corrección monetaria y fiscal, pérdidas fiscales por amortizar y exceso entre la renta presuntiva y renta líquida por amortizar*». De igual manera en la dinámica de este grupo en el literal b) dice que se debita por el valor de las pérdidas fiscales por amortizar y se acredita por el valor amortizado, o por terminación de la prerrogativa fiscal respectiva.

7. Ahora bien, el Código de Comercio en su artículo 451 contempla que las utilidades se deben justificar en balances fidedignos y después de hechas las reserva legal, estatutaria y ocasionales, así como la apropiación para impuestos. En este caso el rubro destinado para la provisión, debe indicar la apropiación para el pago de impuesto de renta y complementarios del ejercicio fiscal al que corresponde el estado de resultados, la cual se debe determinar con base en la depuración de la renta o en su defecto en la renta presuntiva.

8. Es oportuno considerar que el estado de resultados debe mostrar las utilidades o pérdidas del ejercicio y el valor estimado para cancelar los impuestos que le corresponden, con base en las normas o principios de contabilidad generalmente aceptados en el País. Lo anterior de conformidad con lo previsto en el artículo 136 del Decreto 2649 de 1993, en donde se establece que salvo lo dispuesto en normas superiores, en el reconocimiento y revelación de los hechos económicos, los principios de contabilidad priman y deben aplicarse por encima de cualquier otra norma. Para fines fiscales, prevalecerán las normas de carácter tributario.

9. Por último se describe a continuación doctrina de la División de Impuestos y Aduanas Nacionales, sobre el tratamiento contable de las pérdidas diferidas: «*El contribuyente tiene derecho de recuperar*

lo perdido con el producto de años posteriores pero ello no es una obligación activa exigible de un presunto deudor, sino una mera expectativa de solicitar que el saldo no balanceado pueda pasar a vigencias subsiguientes para deducirlo de posibles utilidades futuras. Las empresas deben llevar una cuenta de simple control y no pretender activar para luego castigar la cuenta con posibles utilidades como si se tratara de inversiones».

Como consecuencia de lo expuesto, este despacho considera que las pérdidas fiscales determinadas con base en las declaraciones tributarias, que se permiten compensar con las rentas obtenidas en períodos gravables futuros cumplen sólo propósitos fiscales y no contables. Lo expuesto sin perjuicio de que en los periodos gravables siguientes y como consecuencia de esta compensación, se disminuya el valor del impuesto a cargo del contribuyente como ocurriría al llevar como gasto o deducción el valor de las mismas.

La revelación del beneficio tributario puede realizarse entonces en cuentas de orden y se verá reconocido en el estado de resultados cuando la sociedad estime el valor del impuesto de renta del ejercicio en que hará uso o será favorecido con el beneficio tributario.

Oficio 340-108513 de 29 de noviembre de 1999

Procedimiento contable para el ajuste de la provisión del impuesto de renta y complementarios

a. De acuerdo con el artículo 450 del Código de Comercio, al final de cada ejercicio se debe producir el estado de Pérdidas y Ganancias, (hoy Estado de Resultados); para determinar los resultados definitivos de las operaciones realizadas en el respectivo ejercicio siendo necesario que se hayan apropiado previamente, de acuerdo con las leyes y las normas de contabilidad, las partidas necesarias para atender el deprecio, desvalorización y garantía del patrimonio social.

Concordante con lo anterior, los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia establecidos en el Decreto 2649 de 1993 y sus modificatorios, que en su artículo 78 señala que *«los impuestos por pagar representan obligaciones de transferir al Estado o a alguna de las entidades que lo conforman, cantidades de efectivo que no dan lugar a contraprestación alguna. Y que teniendo en cuenta lo establecido en otras disposiciones, se debe registrar por separado cada uno de ellos, determinados de conformidad con las normas legales que lo rigen».*

Agrega el citado artículo que *«el impuesto de renta por pagar es un pasivo constituido por los montos razonables estimados para el período actual, años anteriores sujetos a revisión oficial y cualquier otro saldo insoluto, menos los anticipos y retenciones pagados por los correspondientes períodos. Para su determinación se debe considerar la ganancia antes de impuestos, la renta gravable y las bases alternativas para»* su fijación.

b. En segundo orden debemos tener presente el Plan Único de Cuentas para comerciantes, Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios.

Anotado lo anterior y teniendo en cuenta que sus interrogantes consideran los aspectos relacionados con la provisión y las sanciones, los atenderemos en el mismo orden, así:

En cuanto a la provisión para el impuesto de renta, se debe tener presente que los hechos que se van a analizar se generan en el ejercicio siguiente a la fecha de los estados financieros, para lo cual se presentan dos situaciones, cuando como consecuencia del cálculo se genera un mayor valor del impuesto o en caso contrario, es decir, se determina un menor valor a pagar. Para la primera de ellas siempre y cuando se presente utilidades a distribuir, tenemos:

- En el evento de que el máximo órgano social no haya aprobado el reparto de las utilidades por el ejercicio objeto del impuesto, y dado que las mismas debieron ser trasladadas a la cuenta Resultados de Ejercicios Anteriores, el asiento contable para registrar tal hecho

económico, como lo es, el mayor valor determinado del Impuesto de Renta y Complementarios, según la liquidación privada, debe cargarse al grupo 37 -Resultados de Ejercicios Anteriores, cuenta Utilidades Acumuladas, con abono al grupo 24 -Impuestos, Gravámenes y Tasas, cuenta de Renta y Complementarios -Vigencia fiscal corriente.

• Ahora bien, si el máximo órgano social se reunió para aprobar los estados financieros, y distribuyó las utilidades del ejercicio objeto del impuesto, el asiento contable para registrar tal hecho económico, según la liquidación privada, debe cargarse al grupo 54 -Impuestos de Renta y Complementarios, cuya cuenta tiene la misma denominación, con abono al grupo 24 -Impuestos, Gravámenes y Tasas, cuenta de Renta y Complementarios - Vigencia fiscal corriente.

• Para el caso de que la sociedad no genere utilidades en el ejercicio y en consecuencia deba liquidar el impuesto de renta y complementarios con base en la renta presuntiva, el registro contable será similar que el descrito en el párrafo anterior, es decir, debe cargarse al grupo 54 -Impuesto de Renta y Complementarios, cuya cuenta tiene la misma denominación, con abono al grupo 24 -Impuestos, Gravámenes y Tasas, cuenta de Renta y Complementarios -Vigencia fiscal corriente.

Para la segunda situación, es decir, cuando se genera un menor valor del impuesto se presenta lo siguiente:

• En el evento de que el máximo órgano social no haya aprobado el reparto de las utilidades del ejercicio objeto del impuesto y dado que las mismas debieron ser trasladadas a la cuenta Resultados de Ejercicios Anteriores, el asiento contable para registrar tal hecho económico, como lo es, el menor valor determinado del impuesto de Renta y Complementarios, según la liquidación privada, puede cargarse al grupo 26 -Pasivos Estimados y Provisiones cuenta Para Obligaciones Fiscales -De Renta y Complementarios, con abono al grupo 37 -Resultados de Ejercicios Anteriores, cuenta Utilidades acumuladas.

• Ahora bien, si el máximo órgano social se reunió para aprobar los estados financieros, y distribuyó las utilidades del ejercicio objeto del impuesto, el asiento contable para registrar tal hecho económico, según la liquidación privada, puede cargarse al grupo 26 -Pasivos Estimados y provisiones cuenta Para Obligaciones Fiscales -De renta y Complementarios, con abono al grupo 37 -Resultados de Ejercicios Anteriores, cuenta Utilidades Acumuladas.

• Para el caso de que la sociedad no genere utilidades en el ejercicio y en consecuencia deba liquidar el impuesto de renta y complementarios con base en la renta presuntiva, para el registro contable puede cargarse al grupo 26 -Pasivos Estimados y provisiones cuenta Para Obligaciones Fiscales- De Renta y Complementarios, con abono al grupo 37 -Resultados de Ejercicios Anteriores, cuenta Utilidades Acumuladas o Pérdidas Acumuladas, según sea el caso.

Es importante anotar que en todo caso la administración de la sociedad debe revelar tal hecho en las notas a los estados financieros del ejercicio en curso.

En relación con el otro punto de su consulta, es decir, las cuentas a utilizar para el registro de las sanciones e intereses de mora, el plan único de cuentas, estableció las siguientes cuentas en la clase 5 Gastos, grupo 53 No Operacionales, subcuentas 530520 -Intereses y 539520 -Multas, Sanciones y Litigios, para cada uno de los hechos económicos considerados en su escrito. Cabe resaltar que los cargos a estas cuentas deben hacerse en el período que se determine la sanción y/o los intereses. Hecho que como en el anterior punto debe ser objeto de revelación en las notas a los estados financieros.

Oficio 115-059861 de 19 de diciembre de 2007

Reconocimiento contable de los intereses presuntivos y de las pérdidas de años anteriores

Previo a atender su solicitud, es necesario aclararle que las consultas que se presentan a esta Entidad se resuelven de manera general, abstracta e impersonal, de acuerdo con las facultades conferidas en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales expresamente señaladas en la Ley 222 de 1995 y se circunscribe a hacer claridad en cuanto al texto de las normas de manera general, para lo cual armoniza las disposiciones en su conjunto de acuerdo al asunto que se trate y emite su concepto, ciñéndonos en un todo a las normas vigentes sobre la materia.

La anterior precisión se realiza en atención a que sus inquietudes surgen de temas de carácter eminentemente tributario, y cuál es su aplicación e incidencia en materia contable para el ente económico.

De igual manera, es importante recordarle la posición que fijó esta Entidad en relación con préstamos efectuados por la sociedad a sus asociados, la cual ha sido señalada en innumerables conceptos y doctrinas que a través del tiempo ha emitido, que en síntesis se resume en lo siguiente:

Oficio 220-15670 del 22 de Marzo de 2007

«**2o** *En cuanto a realizar préstamos a los socios, independientemente de que los destinatarios sean los socios o los terceros, para que una sociedad pueda efectuar una actividad ésta debe estar comprendida en su objeto social, toda vez que su capacidad jurídica se circunscribe al desarrollo del mismo, tal como lo establece el artículo 99 que establece:*

«Art. 99. La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto...»

En cuanto al tema del objeto social esta Superintendencia se pronunció en oficio 220-030115 del 15 de junio de 2005 en los siguientes términos:

«...resulta importante indicar que el objeto social de una compañía, además de determinar su capacidad para celebrar actos o contratos, circunscribiendo las actividades a lo que el mismo prevé, es entendido como el conjunto de operaciones que aquella propone realizar en ejercicio de una actividad económica.

En este sentido, el Código de Comercio admite, dentro de los límites de la capacidad en las sociedades mercantiles, la realización de tres clases de actos:

a. Los determinados en las actividades principales previstas en el objeto social

b. Aquellos relacionados en forma directa con esas operaciones

c. Y los que tienen como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legales y convencionales derivadas de la existencia y actividad de la sociedad.

En tal entendido, tenemos que mientras los actos enunciados en los dos primeros literales refieren a la finalidad o actividad de la sociedad, razón por la que están íntimamente relacionados; los descritos en el tercero, si bien ajenos al objeto social, son importantes para la empresa, pues a través de ellos ejerce sus derechos o cumple las obligaciones derivadas de la existencia y actividad de la sociedad, verbi gratia: contratos de trabajo, asesoría, convenciones laborales, etc.

En síntesis, la noción de objeto social se circunscribe al contenido de la actividad económica organizada que desarrolla la sociedad, por lo que los actos que llegue a ejecutar deben observarse en relación con aquel, y cualquier extralimitación no sólo viola los estatutos, sino del mismo modo compromete la responsabilidad de los administradores que ejecutan actos en ultra vires del citado objeto.

En este orden de ideas a la consulta formulada, tenemos:

A. Una sociedad del Sector Real no puede ejecutar actos de captación y colocación de dineros entre sus socios y terceros, cuando aquello pretenda adelantarse como actividad principal, pero puede prestar dinero a los asociados cuando ello tenga relación de medio a fin con el objeto social.

B. Con relación al mutuo como actividad accesoria, esta Superintendencia ha dicho: «Es claro, entonces, que las sociedades comerciales no pueden pactar el mutuo como actividad principal y convertirse en intermediarios financieros sin autorización de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera). Es también evidente que las sociedades mercantiles pueden pactar el mutuo como acto accesorio o secundario ***en desarrollo del objeto social,*** *pero esta estipulación accesoria no significa que los órganos sociales de administración o dirección puedan autorizar préstamos a favor de los asociados, que no estén determinados en las actividades principales, o que no tengan relación directa con el objeto social principal, o que no se deriven de la existencia o actividad de la sociedad.»*

Adicionalmente en oficio 220-62034 del 30 de septiembre de 2000 se dijo:

«Es por tanto, la relación de medio a fin (teleológica), uno de los primeros presupuestos que una actividad no prevista en el objeto principal debe cumplir para aceptarse como propia de la actividad de la empresa.

Sin embargo se repite, tal principio no es el único determinante para el análisis sobre el respeto al principio de la especialidad de las sociedades comerciales, pues es indispensable además verificar el mantenimiento del patrimonio y el privilegio del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en desarrollo del objeto principal.

Y, es que no puede aceptarse amén del desarrollo del objeto secundario, que el administrador tome parte del efectivo y lo coloque de manera imprudente produciendo un deterioro patrimonial, ya que la primera

de sus obligaciones antes de efectuar cualquier operación es evaluar en forma detenida el riesgo que recae sobre la misma con miras, esencialmente, a preservar los activos de la sociedad, que en últimas son la prenda general de los acreedores.

Así mismo la entrega a título de mutuo de la liquidez de la empresa, no puede desplazar el cumplimiento de sus obligaciones ordinarias y exigibles pues privilegiar actividades meramente accesorias relacionadas con la empresa sobre el cumplimiento de las acreencias adquiridas en desarrollo del objeto social, iría en contravía de las facultades asignadas a los administradores que están, en primer término, circunscritas, a los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad (inciso 2 del artículo 196 C.Co).»

*«**3º y 4º** De lo expresado se concluye que la regla general es que está prohibido hacer préstamos a los socios, solamente en casos excepcionales podría concederse, siempre que esté pactado como una actividad en desarrollo del objeto social y demostrada la relación de medio a fin con el objeto principal; porque de lo contrario se estaría incurriendo en una extralimitación de funciones que haría responsable en forma personal al administrador que lo autorice; por lo tanto no puede hablarse de fondos para realizar estos préstamos ni establecerse una reglamentación que determine a quien le corresponde autorizarlos.»*

Ahora bien, el artículo 35 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 94 de la Ley 788 del 2002, expresa que, las deudas por préstamos en dinero entre las sociedades y los socios generan intereses presuntivos. Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume de derecho que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, que otorguen las sociedades a sus socios o accionistas o éstos a la sociedad, generan un rendimiento mínimo anual y proporcional al tiempo de posesión, equivalente a la tasa DTF vigente a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable.

La presunción a que se refiere este artículo, no limita la facultad de que dispone la administración tributaria para determinar los rendimientos reales cuando éstos fueren superiores.

Como se observa de su simple lectura, únicamente en el evento de existir préstamos en dinero, concedidos ya sea por la sociedad a sus asociados o de ellos al ente económico, son los que generan para efectos impositivos el rendimiento presuntivo para el acreedor. Lo anterior siempre y cuando en dicha operación no se hubiere pactado entre las partes el pago de beneficio alguno o, en el evento de pactarse, el mismo no supere el mínimo exigido por la norma tributaria en comento.

Así mismo, es importante traer a colación el siguiente articulado del Decreto 2649 de 1993, contentivo de las normas o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, así:

a.- «*Artículo 12. Realización. Solo pueden reconocerse hechos económicos realizados. Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y otro caso razonablemente cuantificables*».

b.- «*Artículo 46. Propósito. En desarrollo de las normas básicas, las normas técnicas generales regular el ciclo contable.*

El ciclo contable es el proceso que debe seguirse para garantizar que todos los hechos económicos se reconocen y transmiten correctamente a los usuarios de la información».

c-. «*Artículo 47. Reconocimiento de los hechos económicos. El reconocimiento es el proceso de identificar y registrar o incorporar formalmente en la contabilidad los hechos económicos realizados.*

Para que un hecho económico realizado pueda ser reconocido se requiere que corresponda con la definición de un elemento de los estados

financieros, que pueda ser medido, que sea pertinente y que pueda representarse de manera confiable.

La administración debe reconocer las transacciones en la misma forma cada período, salvo que sea indispensable hacer cambios para mejorar la información.

En adición a lo previsto en este decreto, normas especiales pueden permitir que para la preparación y presentación de estados financieros de períodos intermedios, el reconocimiento se efectúe con fundamento en bases estadísticas».

d-. «*Artículo 48. Contabilidad de causación o por acumulación. Los hechos económicos deben ser reconocidos en el período en el cual se realicen y no solamente cuando sea recibido o pagado el efectivo o su equivalente*».

En este orden de ideas, este Despacho considera que no es viable reconocer los intereses presuntivos, como un ingreso que afecte los resultados del ente económico y por ende su utilidad comercial, o a disposición del máximo órgano social, por el simple hecho de presentarse un saldo por una obligación a favor de la sociedad como consecuencia de un desembolso realizado a título de préstamo, cuando en el no se hubiere pactado tal reconocimiento, operación que, como se anotó para efectos comerciales, a la luz de la normatividad del Código de Comercio puede aceptarse, siempre y cuando exista relación de medio a fin.

No obstante lo anterior, en atención a lo señalado en el artículo 44 del Decreto 2649 citado, el ente económico podrá utilizar para efectos de control entre la utilidad fiscal y la comercial el registro de tales intereses presuntivos en las cuentas de orden fiscales, cuyo objetivo entre otros es el de que las cifras incluidas en unas y otras puedan conciliarse.

En cuanto a su segundo interrogante, relacionado con las pérdidas de ejercicios anteriores, es preciso señalarle que desde el punto de vista del derecho comercial y la normatividad contable, NO es adecuada la

utilización del término «*amortización de las pérdidas*», sino el de **«absorción» o «enjugar»,** y para ello debemos referirnos al artículo 151 del Código de Comercio el cual en su inciso final, señala que no se podrán distribuir utilidades mientras no se hayan **enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores** que afecten el capital.

Así mismo, el artículo 456 del Estatuto Mercantil, expresa que «*las **pérdidas se enjugarán** con las reservas que hayan sido destinadas especialmente para ese propósito y, en su defecto, con la reserva legal. Las reservas cuya finalidad fuere la de **absorber** determinadas pérdidas no se podrán emplear para cubrir otras distintas, salvo que así lo decida la asamblea*».

Ahora bien, si a lo que se refiere en su escrito es al tema de la compensación de las pérdidas fiscales con las utilidades de igual naturaleza de los ejercicios siguientes, de igual manera este Despacho se ha pronunciado en repetidas oportunidades, razón por la cual transcribo la parte pertinente del oficio 340-24582 del 21 de mayo de 1998, así:

«*(...)*

1. El Decreto 2649 del 23 de diciembre de 1993 por el cual se reglamentó la contabilidad y expidieron los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en el País, en el numeral 2do. del artículo 67, referente a los cargos diferidos, inciso 6º. dispone: «Se debe contabilizar como impuesto diferido débito el efecto de las diferencias temporales que impliquen el pago de un mayor impuesto en el año corriente, calculado a tasas actuales, siempre que exista una expectativa razonable de que se generará suficiente renta gravable en los períodos en los cuales tales diferencias se revertirán». (Subrayado).

2. El inciso 3º. del artículo 78 del mismo decreto prevé: «Se debe contabilizar como impuesto diferido por pagar el efecto de las diferencias temporales que impliquen el pago de un menor impuesto en el año corriente, calculado a tasas actuales, siempre que exista una expectativa razonable de que tales diferencias se revertirán». (Subrayado).

3. La descripción de la cuenta 1710 -Cargos Diferidos- contenida en el Plan Único de Cuentas para Comerciantes, indica que el impuesto de renta diferido de naturaleza débito es aquel ocasionado por las denominadas «diferencias temporales» que se presentan entre la utilidad comercial y la renta líquida fiscal, en virtud de la no deducibilidad de algunos gastos contables, tales como provisiones por cartera en exceso de límites fiscales, protección de inversiones, bienes recibidos en pago, causación del impuesto de industria y comercio y gastos estimados para atender contingencias. (El subrayado no es del texto)

4. Las diferencias temporales se presentan cuando la legislación tributaria determina o fija algunos topes, montos o conceptos distintos a los reconocidos en la contabilidad, originando con ello diferencias entre la utilidad comercial y la renta líquida o gravable. En el caso concreto de las pérdidas, la diferencia se presenta cuando el contribuyente hace uso del beneficio tributario, y compensa las pérdidas fiscales con las rentas que obtenga en los ejercicios siguientes, con el consiguiente efecto de disminuir el impuesto a cargo del contribuyente.

Es así como, el impuesto diferido de naturaleza «débito» surge por las diferencias temporales que implican el pago de un mayor impuesto en el año corriente, el cual se debe amortizar en los períodos en los cuales se reviertan las diferencias que originaron ese mayor valor. Con esto se logra que la legislación en materia impositiva no afecte el estado de resultados, de tal suerte que éste refleje la utilidad o pérdida obtenida en el respectivo ejercicio.

De esta forma es claro que las diferencias temporales son causadas por transacciones que afectan en periodos distintos a la contabilidad para efectos de determinar la utilidad y las normas de carácter tributario para establecer la renta líquida o gravable.

5. La norma básica de la realización contenida en el artículo 12 del Decreto 2649 de 1993, exige reconocer únicamente hechos realizados. A su vez la norma básica de la prudencia contempla que cuando existan dificultades para medir de manera confiable y verificable un hecho

económico realizado, se debe optar por registrar la alternativa que tenga menos probabilidades de sobrestimar los activos y los ingresos.

6. El artículo 44 del Decreto 2649 de 1993, refiriéndose a las Cuentas de Orden Fiscales dispone que deben reflejar las diferencias de valor existente entre las cifras incluidas en el balance y en el estado de resultados y las utilizadas para la elaboración de las declaraciones tributarias, en forma tal que una y otra puedan conciliarse.

En cumplimiento de esta norma, el Plan Único de Cuentas para Comerciantes, (Decreto 2650 de 1993) en el grupo Deudores Fiscales Código 82 en su descripción dice textualmente «Comprende conceptos tales como diferencias entre costo contable y fiscal, entre corrección monetaria y fiscal, pérdidas fiscales por amortizar y exceso entre la renta presuntiva y renta líquida por amortizar. De igual manera en la dinámica de este grupo en el literal b) dice que se debita por el valor de las pérdidas fiscales por amortizar y se acredita por el valor amortizado, o por terminación de la prerrogativa fiscal respectiva. (se subraya).

7. Ahora bien, el Código de Comercio en su artículo 451 contempla que las utilidades se deben justificar en balances fidedignos y después de hechas las reserva legal, estatutaria y ocasionales, así como la apropiación para impuestos (se subraya). En este caso el rubro destinado para la provisión, debe indicar la apropiación para el pago de impuesto de renta y complementarios del ejercicio fiscal al que corresponde el estado de resultados, la cual se debe determinar con base en la depuración de la renta o en su defecto en la renta presuntiva.

8. Es oportuno considerar que el estado de resultados debe mostrar las utilidades o pérdidas del ejercicio y el valor estimado para cancelar los impuestos que le corresponden, con base en las normas o principios de contabilidad generalmente aceptados en el País. Lo anterior de conformidad con lo previsto en el artículo 136 del Decreto 2649 de 1993, en donde se establece que salvo lo dispuesto en normas superiores, en el reconocimiento y revelación de los hechos económicos, los principios de contabilidad priman y deben aplicarse

por encima de cualquier otra norma. Para fines fiscales, prevalecerán las normas de carácter tributario.

9. Por último se describe a continuación doctrina de la División de Impuestos y Aduanas Nacionales, sobre el tratamiento contable de las pérdidas diferidas: «El contribuyente tiene derecho de recuperar lo perdido con el producto de años posteriores pero ello no es una obligación activa exigible de un presunto deudor, sino una mera expectativa de solicitar que el saldo no balanceado pueda pasar a vigencias subsiguientes para deducirlo de posibles utilidades futuras. Las empresas deben llevar una cuenta de simple control y no pretender activar para luego castigar la cuenta con posibles utilidades como si se tratara de inversiones.

Como consecuencia de lo expuesto, este despacho considera que las pérdidas fiscales determinadas con base en las declaraciones tributarias, que se permiten compensar con las rentas obtenidas en períodos gravables futuros cumplen sólo propósitos fiscales y no contables. Lo expuesto sin perjuicio de que en los periodos gravables siguientes y como consecuencia de esta compensación, se disminuya el valor del impuesto a cargo del contribuyente como ocurriría al llevar como gasto o deducción el valor de las mismas.

La revelación del beneficio tributario puede realizarse entonces en cuentas de orden y se verá reconocido en el estado de resultados cuando la sociedad estime el valor del impuesto de renta del ejercicio en que hará uso o será favorecido con el beneficio tributario.»

Por lo anteriormente expuesto, es claro que el tratamiento señalado por usted en su escrito de «amortizar las pérdidas de años anteriores», afectando los rubros de los grupos 53 y 37, independiente de que sean éstas, pérdidas contables y/o pérdidas fiscales, NO es viable por cuanto no se ajustan a las normas legales sobre la materia, en las que se señala de manera precisa cual es el procedimiento para su absorción o compensación.

En consecuencia, si lo que se persigue por decisión del máximo órgano social es absorber o enjugar las pérdidas de ejercicios anteriores, a vía de ejemplo, del año 2005 con las utilidades del ejercicio de 2006, el registro contable a efectuar en el ejercicio del 2007, será débito al rubro 3705- Utilidades acumuladas, con abono a la 3710- Pérdidas acumuladas, si la absorción se llevará a cabo con las utilidades; o en el evento de existir reservas, sean estas la legal y las específicas para absorción de pérdidas, el registro será con cargo a las reservas respectivas del grupo 33 del Plan Único de Cuentas para comerciantes.

En tanto que si el caso corresponde al segundo supuesto, es decir, a la compensación de las pérdidas fiscales con las utilidades de igual naturaleza de los ejercicios siguientes, en el período en que se utilice tal «beneficio» tributario, el efecto del mismo se verá reflejado al momento de calcular el impuesto de renta respectivo y disminuir su valor con el monto de la pérdida fiscal a compensar, cuyo efecto en el estado de resultados es un menor valor del rubro 5405 Impuesto de Renta y Complementario, así mismo deberá efectuarse el registro correspondiente en las Cuentas de Orden Fiscales de los Grupos 82 y 85 Deudoras Fiscales por Contra.

INTANGIBLES

Oficio 340-12459 de 7 de marzo de 1997

Tratamiento contable de los bienes entregados en fiducia en garantía

Sobre el particular es conveniente precisar algunos aspectos relacionados con el tema:

1. La fiducia en garantía es un negocio en virtud del cual una persona natural o jurídica llamada Fideicomitente, Fiduciante o Constituyente entrega a, una entidad fiduciaria uno o más bienes, con el fin de garantizar con ellos o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones, en beneficio de uno o varios acreedores.

2. La entrega de los bienes puede hacerse con transferencia de la propiedad, constituyendo para el efecto un patrimonio autónomo mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil o dicha entrega se puede hacer sin transferir la propiedad, caso en el cual se suscribe un contrato de encargo fiduciario irrevocable.

3. Expuesto lo anterior y considerando los contratos con transferencia de la propiedad, a continuación se detalla la forma como deben hacerse los respectivos registros:

3.1 El Plan Único de Cuentas para los Comerciantes, dentro del grupo 16 -Intangibles-, cuenta 1605 -Derechos-, ha destinado la subcuenta 162520- En fideicomiso en garantía-, para el registro de las operaciones correspondientes a bienes entregados de fiducia en garantía.

En la descripción de la cuenta 1605 el mismo PUC establece que el registro debe efectuarse por el costo ajustado por inflación[42], teniendo en cuenta que la entrega del bien en si misma no genera la realización de utilidades para el constituyente o fideicomitente, por lo cual a esta cuenta se trasladará o reclasificará el valor que figure ajustado en el rubro en Propiedades, Planta y Equipo del bien que se transfiere. Asimismo, se debe trasladar a la subcuenta 169830 -Derechos- la depreciación acumulada respectiva si la hubiere, a nivel de auxiliar, cambiando su concepto por el de amortización, de tal manera que se refleje el costo ajustado.

También consagra la norma que tales fiducias se deben reconocer en cuentas de orden, en el código 8110 -Bienes y Valores Entregados en Garantía-, por el valor del fideicomiso.

En el evento de que en la contabilidad se haya reconocido valorización de dichos activos, ésta se debe reversar, toda vez que sobre los bienes entregados en fiducia en garantía no está previsto el concepto de valorización.

42 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

3.2 En cuanto a la depreciación de los activos en comento, es del caso indicar que ellos no son sujetos de depreciación, por cuanto la propiedad de los mismos es transferida en cabeza de la compañía fiduciaria al constituirse el patrimonio autónomo; sin embargo, su contribución a la generación de ingresos se debe reconocer en el estado de resultados a través de la amortización del derecho, por el método que se considere más técnico, de acuerdo con el uso o destinación del bien.

3.3 Adicionalmente como lo dispone el PUC en la subcuenta respectiva estos derechos se deben ajustar por inflación de conformidad con las normas legales vigentes.

Por último a continuación se ilustra la forma de efectuar los registros.

Código	Denominación	Débito	Crédito
162520	Derechos		
	En Fideicomisos de Garantía	xxx	
151605	Construcciones y Edificaciones		
	Edificios		xxx
	Para dar de baja el edificio		
159205	Depreciación Acumulada		
	Constr. Y Edif.	xxx	
169830	Deprec. Y/o Amortiz Acumul.		
	Derechos		xxx
	Para dar de baja la depreciación acumulada del edificio		
381008	Superávit por valorización		
	Constr. y Edif.	xxx	
191008	Valorizaciones		
	Construc. y Edificaciones		xxx
	Para cerrar la cuenta de valorización del edificio.		
811015	Bienes Entregados en Garantía		
	Inmuebles	xxx	
84xxxx	Deudoras de Control por Contra (cr)		
	Para reconocer en cuentas de orden el contrato de fiduciaen garantía		

Oficio 340-078 de 5 de enero de 1998

El crédito mercantil formado, no está sujeto a reconocimiento contable

1. El Decreto 2649 de 1993 por medio del cual se reglamentó la contabilidad y se expidieron los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, los cuales constituyen el conjunto de conceptos básicos y reglas que deben ser observados al registrar e informar contablemente sobre los asuntos y actividades de personas naturales o jurídicas, son de obligatorio cumplimiento por todas las personas obligadas a llevar contabilidad. Esta normatividad contiene una serie de definiciones algunas de las cuales se citan a continuación por cuanto sirven de fundamento para dilucidar la consulta formulada en su escrito, así:

1.1 El artículo 35 refiriéndose a los activos preceptúa que son «*la representación financiera de un recurso obtenido por el ente económico como resultado de eventos pasados, de cuya utilización se espera que fluyan a la empresa beneficios económicos futuros*», valga señalar que es inherente el reconocimiento de un activo que su valor en libros se recuperará en períodos futuros.

1.2 El artículo 47 sobre reconocimiento de los hechos económicos, dispone que «*para que un hecho económico pueda ser reconocido se requiere que corresponda a la definición de un elemento de los estados financieros, que pueda ser medido, que sea pertinente y que pueda representarse de manera confiable*». Así las cosas y en relación con los activos de una sociedad, es dable afirmar que para que puedan ser reconocidos en los estados financieros, su costo o valor debe ser medido confiablemente, es decir, sobre bases razonables.

1.3 El artículo 66 relacionado con los activos intangibles, expresa que «*el valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurre o se deba incurrir para adquirirlos, formarlos o usarlos, el cual*

cuando sea el caso, se debe reexpresar como consecuencia de la inflación»[43].

2. En cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 18 y 34 del Decreto 1798 de 1990, se expidió el 30 de diciembre de 1992 el decreto 2195 contentivo del Plan Único de Cuentas para comerciantes, con el objetivo específico de lograr uniformidad en el registro de las operaciones económicas realizadas por los comerciantes, a efectos de permitir la transparencia en la información contable, su claridad, confiabilidad y comparabilidad. El Decreto a través del cual se expidió el Plan Único de Cuentas se diseñó y elaboró atendiendo los principios contables generalmente aceptados.

3. El Decreto 2650 de 1993 a través del cual se modificó el Plan Único de Cuentas, expedido en 1992 define los intangibles (Grupo 16) como *«...el conjunto de bienes inmateriales, representados en derechos, privilegios o ventajas de competencia que son valiosos porque contribuyen a un aumento en ingresos o utilidades por medio de su empleo en el ente económico; estos derechos se compran o se desarrollan en el curso normal de los negocios.*

Por regla general, son objeto de amortización gradual durante la vida útil estimada.»

Igualmente, el decreto en mención describe en la cuenta 1605 el crédito mercantil como un intangible y lo clasifica así:

3.1 Crédito mercantil adquirido o comprado. *«Registra el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable».*

43 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

3.2 Crédito mercantil formado. Es el *«formado por el ente económico, mediante estimación de las futuras ganancias en exceso de lo normal, así como de la valorización anticipada de la potencialidad del negocio.»* Según lo dispuesto en la dinámica de esta cuenta, su contrapartida se registra en la cuenta 3215 -Patrimonio Superávit de Capital- Crédito Mercantil.

4. El artículo 279 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 111 de la Ley 223 de 1995, prescribe que *«el valor de los bienes incorporales concernientes a la propiedad industrial y a la literaria, científica y artística, tales como patentes de invención, marcas, good will, derechos de autor u otros intangibles adquiridos a cualquier título, se estima por su costo de adquisición demostrado, menos las amortizaciones concedidas y la solicitada por el año o período gravable»* (subrayado).

5. El profesor Bernard J. Hargadón Jr. Define el Good Will en su libro «Principios de Contabilidad», como *«...un activo intangible cuyas propiedades tienden a crear una ganancia neta superior a aquella que, de otra manera, se consideraría normal en un negocio particular».*

Con fundamento en lo expuesto y como puede apreciarse en las definiciones sobre intangibles, contenidas en el Decreto 2649 de 1993, sobre principios o normas contables y en las disposiciones de carácter tributario que se refieren en esencia a un activo que ha sido el producto de una adquisición real, es decir, un bien que se forma o constituye con erogaciones efectivas en que haya incurrido el ente económico para adquirirlo o formarlo, no es factible incluir en los activos de una compañía con abono a una cuenta de patrimonio, como CREDITO MERCANTIL, el valor que resulta de los estudios de mercado y financieros realizados a la empresa, según los cuales la compañía tiene una potencialidad para generar utilidades y flujos de efectivo en los próximos años, así hayan sido elaborados sobre bases técnicas y por profesionales idóneos de reconocida reputación. Por ende su valor no se incluye en la determinación del valor intrínseco de las acciones o cuotas de interés social.

Ahora bien, si en el Plan Único de Cuentas se señala como contrapartida del crédito mercantil formado un abono a la cuenta del patrimonio, a la luz de los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, los cuales priman y deben aplicarse por encima de cualquier otra norma, ello no es viable. En consecuencia, la causal de disolución por pérdidas no puede enervarse con el valor resultante de un estudio realizado sobre la potencialidad que tiene una empresa de producir futuros beneficios o utilidades.

Oficio 340-1249 de 15 de enero de 1999

La diferencia entre el valor en libros y el valor por el cual se celebra un contrato de fiducia en garantía, se debe registrar como una valorización

Al respecto y teniendo en cuenta que a través del contrato fiduciario mercantil una persona natural o jurídica llamada Fideicomitente, Fiduciante o Constituyente entrega a una entidad fiduciaria uno o más bienes, con el fin de garantizar con ellos o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones, en beneficio de uno o varios acreedores, los registros que deben realizarse se detallan a continuación:

• El Plan Único de Cuentas para los comerciantes, dentro del grupo 16 -Intangibles- cuenta 1625 -Derechos-, ha destinado la subcuenta 162520- En fideicomiso en Garantía- para el registro de las operaciones correspondientes a bienes entregados en fiducia en garantía.

En la descripción de la cuenta citada, se establece que el registro debe efectuarse por el costo ajustado por inflación[44] teniendo en cuenta que la entrega del bien en si misma no genera la realización de utilidades para el constituyente o fideicomitente, por lo cual a esta cuenta se trasladará o reclasificará el valor que figure en el rubro inventarios.

44 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

También consagra la norma que tales fiducias se deben reconocer en cuentas de orden, en el código 8110 -Bienes y Valores Entregados en Garantía-, por el valor del fideicomiso.

• Adicionalmente como lo dispone el PUC en la subcuenta respectiva, estos derechos se deben ajustar por inflación[45] de conformidad con las normas legales vigentes.

Ahora bien, en cuanto al tratamiento contable que debe darse a la diferencia entre el valor en libros y el valor por el cual se celebra un contrato de fiducia en garantía este Despacho considera que se deben tratar como una valorización utilizando las subcuentas 190515 y 380515 de Valorizaciones y Superávit por Valorización -Derechos Fiduciarios-, hasta tanto se actualice el Plan Único de Cuentas y se incluyan las subcuentas para el registro de las valorizaciones de los bienes entregados en fiducia mercantil.

Oficio 340-049612 de 28 de noviembre de 2001

Reconocimiento contable en contratos de concesión

La inversión realizada por el sistema de concesión, se considera un activo intangible, pues tal como lo señala el artículo 66 del Decreto 2649 del 29 de diciembre de 1993, son los recursos obtenidos por un ente económico, que careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación, pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables.

El valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurra para adquirirlos, formarlos o usarlos, los cuales se deben reexpresar como consecuencia de la inflación[46].

45 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.
46 Ídem

Para reconocer la contribución de los activos intangibles a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil.

Respecto a las inversiones de capital que se encuentran en período improductivo, es decir, las que corresponden a proyectos de inversión que se desarrollan dentro del giro ordinario del negocio y que por su naturaleza van a comenzar a producir ingresos en un corto o mediano plazo, se ajustarán utilizando las cuentas de crédito y cargo por corrección monetaria diferida, para registrar el ajuste del activo y del patrimonio neto correspondiente.

En relación con los ingresos que sean recibidos por concepto de la facturación del servicio de parqueadero durante los primeros diez (10) años, es decir, en la etapa de operación, se hace necesario precisar:

Los artículos 13 y 54 del decreto anteriormente citado, expresan que se debe asociar con los ingresos devengados en cada período los costos y gastos incurridos para producir tales ingresos, registrando unos y otros simultáneamente en las cuentas de resultados.

Cuando una partida no se puede asociar con un ingreso, costo o gasto correlativo y se concluya que no generará beneficios o sacrificios económicos en otros períodos, debe registrarse en las cuentas de resultados en el período corriente.

Asimismo, señalan que los costos de los activos y los ingresos y gastos diferidos, reexpresados como consecuencia de la inflación cuando sea el caso[47], deben ser asignados o distribuidos en las cuentas de resultados, de manera sistemática, en cumplimiento de la norma básica de asociación.

De otra parte, el artículo 55 del mismo decreto, expresa que deben contabilizarse como diferidos, los ingresos hasta que la obligación correlativa esté total o parcialmente satisfecha y los gastos hasta que el correspondiente beneficio económico esté total o parcialmente consumido o perdido.

47 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

Concordante con lo anterior, el Plan Único de Cuentas para comerciantes contenido en el Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios, estableció dentro del grupo de intangibles, para registro de los costos en que se incurra, así como para la amortización de los mismos, las siguientes cuentas:

16	Intangibles
1620	Concesiones y Franquicias
162005	Concesiones para su amortización
1698	Amortización Acumulada
169820	Concesiones y Franquicias

Ahora bien, dado que en su consulta no se indica el objeto social principal del ente económico, debemos tener presente lo siguiente:

El citado plan estableció la clase 4 para el registro de los ingresos de los entes económicos, cuyo Grupo 41 corresponde a los Ingresos Operacionales, y el tercer nivel, es decir, de cuenta, el mismo se estructuró teniendo presente la actividad económica, partiendo de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme CIIU.

Por lo anterior, si el objeto social del ente económico se enmarca dentro de las actividades inmobiliarias y de alquiler, cuyo CIIU se identifica con el código K7499, el rubro a aplicar será el siguiente:

4155	Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler.
415595	Actividades conexas

Ahora bien, si los ingresos provenientes del contrato formado corresponden a una actividad secundaria, los ingresos deben ser registrados en el rubro:

42	Ingresos no operacionales
4260	Participaciones en concesiones

Oficio 340-035206 de 22 de julio de 2002

Las utilidades obtenidas de la enajenación de un contrato lease back no se pueden diferir hasta la retribución del mismo

1. Desde el punto de vista de la aplicación de los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, contemplados en el Decreto 2649 de 1993, y sus modificatorios debe tenerse en cuenta el siguiente articulado:

• *«Artículo 12°. Realización. Solo pueden reconocerse hechos económicos realizados.*

Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno y otro caso razonablemente cuantificables».

• *«Artículo 13°. Asociación. Se deben asociar con los ingresos devengados en cada período los costos y gastos incurridos para producir tales ingresos, registrando unos y otros simultáneamente en las cuentas de resultados.*

Cuando una partida no se pueda asociar con un ingreso, costo o gasto, correlativo y se concluya que no generará beneficios o sacrificios económicos en otros periodos, debe registrarse en las cuentas de resultados en el periodo corriente».

• La sección IV, referente a las normas técnicas sobre las cuentas de resultados, señala en su artículo 96, que *«en cumplimiento de las normas de realización, asociación y asignación los ingresos y gastos se deben reconocer de tal manera que se logre el adecuado registro de las operaciones en la cuenta apropiada, por el monto correcto y en el período correspondiente, para obtener el justo cómputo del resultado neto del período».*

• El artículo 97, sobre la realización del ingreso indica que *«un ingreso se entiende realizado y, por lo tanto debe ser reconocido en las cuentas de resultados, cuando se ha devengado y convertido o sea razonablemente convertible en efectivo.*

Devengar implica que se ha hecho lo necesario para hacerse acreedor al ingreso».

• De igual forma, el artículo 98, señala que *«para que pueda reconocerse en las cuentas de resultado un ingreso por la venta de bienes se requiere»* entre otras, lo siguiente:

- *«La venta constituya una operación de intercambio definitivo».*

- *«El vendedor haya transferido al comprador los riesgos y beneficios esencialmente identificados con la propiedad y posesión del bien, y no retenga facultades de administración o restricción del uso o aprovechamiento del mismo».*

- *«No exista incertidumbre sobre el valor de la contraprestación originada en la venta y que se conozca y registre el costo que ha de implicar la venta para el vendedor».*

2. El artículo 88 de la Ley 223 de 1995 por el cual se adiciona el Estatuto Tributario, en lo atinente a los contratos de «lease back» o retroarriendo, cualquiera que sea la propiedad, planta y equipo objeto de arrendamiento y el plazo de los mismos, se rigen para efectos contables y tributarios por las siguientes reglas:

a. *«Al inicio del contrato, el arrendatario deberá registrar un activo y un pasivo por el valor total del bien objeto de arrendamiento. Esto es, por una suma igual al valor presente de los cánones y opciones de compra pactados, calculado a la fecha de iniciación del contrato, y a la tasa pactada en el mismo ...».*

b. *«El valor registrado en el activo por el arrendatario, salvo la parte que corresponda al impuesto a las ventas que vaya a ser descontado,*

tendrá la naturaleza de activo no monetario, sometido a ajustes por inflación ...».[48]

c. *«Los cánones de arrendamiento causados a cargo del arrendatario, deberán descomponerse en la parte que corresponda a abono de capital y la parte que corresponda a intereses o costo financiero. La parte correspondiente a abono de capital, se cargará directamente contra el pasivo registrado por el arrendatario, como un menor valor de éste. La parte de cada canon correspondiente a intereses o costo financiero, será un gasto deducible para el arrendatario ...».*

d. *«Al momento de ejercer la opción de compra, el valor pactado para tal fin se cargará contra el pasivo del arrendatario, debiendo quedar en ceros. Cualquier diferencia se ajustará contra los resultados del ejercicio ...».*

Expuesto lo anterior pasamos a atender su consulta en los siguientes términos:

Dado que el «lease-back» es una modalidad de financiamiento sea a mediano o largo plazo, en virtud de la cual y mediante un contrato mercantil, la corporación financiera adquiere, al ente económico el bien de capital objeto del contrato, con todas las implicaciones de tipo legal, como son, entre otras, que nacen obligaciones recíprocas para las partes contratantes; que el vendedor se obliga a entregar la cosa, y el comprador a pagar por esa cosa una suma de dinero. Y que como la característica del contrato en comento, se estipula adicionalmente que la entidad financiera se convierte en el proveedor del bien de capital, concediendo la tenencia del mismo al ente económico para que lo utilice en el desarrollo de su actividad social, a cambio de la remuneración periódica que será amortizada durante el término de dicho contrato, con la opción de compra que se estipule al final del contrato.

De igual forma, y como quiera que al momento de suscribir el contrato en comento, se cumplen las condiciones señaladas en el artículo 98 del Decreto 2649, citado, y que vale repetir, como son, que la venta

48 Sistema derogado por el Decreto 1536 de Mayo de 2007

constituyó una operación de intercambio definitivo; el vendedor transfirió al comprador los riesgos y beneficios esencialmente identificados con la propiedad y posesión del bien, sin retener facultades de administración o restricción del uso o aprovechamiento del mismo; no existe incertidumbre sobre el valor de la contraprestación originada en la venta y se conocen y por lo tanto, nace la obligación de registrar el costo que implica la venta para el vendedor, así como la respectiva utilidad en su enajenación. **Por lo tanto, no es procedente el diferir hasta la terminación del contrato, la utilidad generada y realizada en ella. Por cuanto lo que se debe asociar con el precio de venta del bien es su costo y no los cánones de arrendamiento, pues éstos últimos están ligados es al término o duración del contrato. Además son dos hechos económicos que si bien, están atados en el contrato, son totalmente independientes desde el punto de vista de la normatividad contable.**

Ahora bien, y como quiera que lo que se persigue por parte de un ente económico en la celebración de este tipo de, contratos, es la obtención de recursos para el fortalecimiento del capital de trabajo, la administración del citado ente cuenta con las herramientas necesarias para que en la presentación de sus informes al máximo órgano social, describa en forma detallada la operación que en su momento generó la utilidad no operacional y, le permita al órgano rector tomar las decisiones que de forma acertada no impliquen la salida de los recursos obtenidos en el hecho económico, a través de la distribución de utilidades, sino que mas bien se congelen mediante la constitución de una reserva ocasional.

Oficio 340-060625 de 17 de noviembre de 2004

Para que la marca sea reconocida contablemente, deben existir una serie de erogaciones claramente identificables

De conformidad con lo establecido en el Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamentó la contabilidad y se expidieron los principios o

normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, los cuales constituyen el conjunto de conceptos básicos y reglas que deben ser observadas al registrar e informar contablemente sobre los asuntos y actividades, son de obligatorio cumplimiento por todos los entes económicos obligados a llevar contabilidad.

«Artículo 66 ídem. Activos intangibles. Son activos intangibles los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas (subrayo), derechos de autor, crédito mercantil, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil.

El valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para adquirirlos, formarlos o usarlos.

Para reconocer la contribución de los activos intangibles a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil. Ésta se debe determinar tomando el lapso que fuere menor entre el tiempo estimado de su explotación y la duración de su amparo legal o contractual. Son métodos admisibles para amortizarlos los de línea recta, unidades de producción, y otros de reconocido valor técnico, que sean adecuados según la naturaleza del activo correspondiente. También en este caso se debe escoger aquel que de mejor manera cumpla la norma básica de asociación.

Al cierre del ejercicio se deben reconocer las contingencias de pérdida, ajustando y acelerando su amortización».

Concordante con lo anterior, el Decreto 2650 de 1993, que contempla el Plan Único de Cuentas para Comerciantes, define los intangibles, como el conjunto de bienes inmateriales, representados en derechos, privilegios o ventajas de competencia que son valiosos porque

contribuyen a un aumento en ingresos o utilidades por medio de su empleo en el ente económico; estos derechos se compran o se desarrollan en el curso normal de los negocios.

Éste incorporó la cuenta 1610-**Marcas. «*Para registrar el costo de adquisición o de producción y registro de signos, que, de acuerdo con las normas legales, sirven para distinguir los productos o servicios de un ente económico de los de otro. Así mismo registra el costo de las marcas catalogadas como colectivas*.** *Se entiende por marca colectiva todo signo calificado de tal, que sirva para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o de servicios de empresas o colectividades diferentes que utilicen la marca bajo el control del titular».* (El resaltado no es del texto)

De lo expuesto, se colige que para que este tipo de hechos económicos pueda ser reconocido contablemente, deben existir una serie de operaciones asociadas directamente con su creación que conlleven a consolidarse como su costo de adquisición, producto del pago o causación de obligaciones a favor de terceros por este concepto.

Oficio 340-000777 de 9 de enero de 2007

El mayor valor pagado por la adquisición de un establecimiento de comercio, debe registrarse contablemente como un activo intangible

En relación con la adquisición de un establecimiento de comercio, es necesario referirnos a la normatividad señalada en el Código de Comercio; así:

a) El artículo 516 se refiere a los elementos integrantes de un establecimiento de comercio indicando entre otros *«Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;*

El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y

Los derechos y obligaciones y obligaciones mercantiles derivadas del establecimiento siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.»

b) El artículo 525 estipula que *«la enajenación de un establecimiento de comercio a cualquier titulo, se presume hecha en bloque o como unidad económica, sin necesidad de especificar detalladamente los elementos que lo integran»*.

c) El artículo 526 ídem estipula que *«la enajenación se hará constar en escritura pública o en documento privado reconocido por los otorgantes ante funcionario competente, para que produzca efectos entre las partes»*.

En ese orden de ideas, para el registro del hecho económico, es decir la diferencia entre el total de los activos y pasivos adquiridos y el valor de la operación, se suscribe a un activo intangible, para lo cual ha de tenerse en cuenta lo estipulado en el artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, contentivo de los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia.

Así mismo y concordante con lo señalado, el Plan Único de Cuentas para Comerciantes, Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios, en el Grupo 16 de Intangibles, cuenta 1625 Derechos, estableció la subcuenta 162535- Otros, rubro que en concepto de este Despacho deberá imputarse la citada diferencia.

Ahora bien, en cuanto al período de amortización atendiendo lo señalado en el artículo 66 referido, para reconocer la contribución de tal activo a la generación de los ingresos, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil. Esta se debe determinar tomando el lapso que fuere menor entre el tiempo estimado de su explotación y la duración de su amparo legal o contractual. Son métodos admisibles para amortizarlos los de línea recta, unidades de producción y otros de reconocido valor técnico, que sean adecuados según la naturaleza del

activo correspondiente. También en este caso se debe escoger aquel que de mejor manera cumpla la norma básica de asociación.

Oficio 340-029125 de 5 de junio de 2007

Tratamiento contable de las franquicias

Las Franquicias: *«Se trata, a grandes rasgos, de la venta que hace un productor original, de un formato o negocio, concepto que incluye derechos, estrategias de servicio e incluso el «Good Will»*

El comprador se hace a unos derechos, para establecer su propio negocio, explotando los productos y marcas ya posicionados en el mercado y que, por ende tienen un prestigio ganado.»[49]

Ahora bien, todas las personas que de acuerdo con la Ley estén obligadas a llevar contabilidad, para el registro de sus operaciones deberán observar los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia plasmados en los Decretos 2649 de 1993 y sus modificatorios, los cuales se definen como el conjunto de conceptos básicos y de reglas que deben ser observadas al registrar e informar contablemente, sobre los asuntos y actividades de personas naturales o jurídicas.

El artículo 66, dispone para los Activos intangibles, que son *«los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos, de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, crédito mercantil, **franquicias**, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil.* (El resaltado no es del texto).

---

49 Diccionario Económico Financiero, Heriberto Escobar Gallo Vicente Cuartas Mejías. Puntos Suspensivos... Editores-Consultores, Segunda Edición

El valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para adquirirlos, formarlos o usarlos ...

Para reconocer la contribución de los activos intangibles a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil. ...

Al cierre del ejercicio se deben reconocer las contingencias de pérdida, ajustando y acelerando su amortización».

Los artículos 13 y 54 del citado decreto, expresan que *«se deben asociar con los ingresos devengados en cada período los costos y gastos incurridos para producir tales ingresos, registrando unos y otros simultáneamente en las cuentas de resultados.*

Cuando, una partida no se pueda asociar con un ingreso, costo o gasto correlativo y se concluya que no generará beneficios o sacrificios económicos en otros períodos, debe registrarse en las cuentas de resultados en el período corriente».

Concordante con lo anterior, el Plan Único e Cuentas para comerciantes, contenido en el Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios, estableció dentro del grupo de intangibles, para el registro de los costos en que se incurra, así como para la amortización de los mismos las siguientes cuentas:

16	Intangibles
1620	Concesiones y Franquicias
162010	Franquicias
1698	Amortización Acumulada
169820	Concesiones y Franquicias.

Ahora bien y para el registro de los Ingresos, dado que, en su consulta no se indica el objeto social principal del ente económico, es pertinente señalar que el citado plan estableció la clase 4 para el registro de los ingresos de los entes económicos, cuyo Grupo 41 corresponde a los

Ingresos Operacionales, y el tercer nivel, es decir, de cuenta, el mismo se estructuró teniendo presenté la actividad económica, partiendo de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme CIIU.

Es de anotar, que si los ingresos provenientes corresponden a una actividad secundaria, los ingresos deben ser registrados en el grupo 42 - Ingresos no operacionales.

Lo anteriormente señalado corresponde básicamente al registro del costo de adquisición de la franquicia por parte del receptor de la misma, así como la respectiva amortización y los ingresos sean operacionales o no, los cuales deben ser soportados con los documentos de orden externo e interno que permitan su registro contable, entre ellos, evidentemente se encuentra la factura expedida por el franquiciado o receptor de ésta como responsable de su elaboración; en tanto que para los demás hechos económicos que en desarrollo de la actividad realizada: sean generados, y para ello debe aplicar, para efectos contables, la normatividad referida, en el presente escrito, como son los Decretos 2649 y 2650.

Oficio 340-033439 de 29 de junio de 2007

Tratamiento contable de los contratos de arrendamiento financiero (Leasing)

El artículo 88 de la Ley 223 de 1995 adicionó el Estatuto Tributario con el artículo 127-1 Contratos de leasing, en el cual se establecen reglas para efectos contables y fiscales para registrar los contratos de arrendamiento financiero con opción de compra celebrados a partir del 1° de enero de 1996, en donde se consideran dos alternativas para su contabilización, en los términos que a continuación se exponen:

1. *«Los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, cuyo plazo sea igual o superior a 60 meses; maquinaria, equipo, muebles y enseres igual o superior a 36 meses; de vehículos de uso productivo y de equipo de computación, cuyo plazo sea igual o superior a 24 meses;*

serán considerados como arrendamiento operativo. Lo anterior significa, que el arrendatario registrará como un gasto deducible la totalidad del canon de arrendamiento causado, sin que deba registrar en su activo o pasivo, suma alguna por concepto del bien objeto de arriendo ...»; esto es:

5120 ó 5220	Gasto (DB)
1110	Bancos (CR)

2. *«Los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, en la parte que correspondan a terreno, cualquiera que sea su plazo; los contratos de «lease back» o retroarriendo, cualquiera que sea el activo fijo objeto de arrendamiento y el plazo de los mismo; y los contratos de arrendamiento financiero que versen sobre los bienes mencionados en el numeral anterior, pero cuyos plazos sean inferiores a los allí establecidos; tendrán para efectos contables y tributarios, el siguiente tratamiento:*

a. Al inicio del contrato, el arrendatario deberá registrar un activo y un pasivo por el valor total del bien objeto del arrendamiento. Esto es, por una suma igual al valor presente de los cánones y opciones de compra pactados, calculado a la fecha de iniciación del contrato, y a la tasa pactada en el mismo. La suma registrada como pasivo por el arrendatario, debe coincidir con la registrada por el arrendador como activo monetario, en la cuenta de bienes dados en leasing ...», es decir:

162535	Intangible (DB)
212020	Compañías de Financiamiento Comercial (CR)

b. *«El valor registrado en el activo por el arrendatario, salvo la parte que corresponda al impuesto a las ventas que vaya a ser descontado, tendrá la naturaleza de activo no monetario sometido a ajustes por inflación*[50]*. En el caso de que el bien objeto de arrendamiento financiero*

50 Mediante el Decreto 1536 del mes de mayo de 2007, se suspendió la aplicación del sistema de ajustes integrales por inflación.

sea un activo depreciable o amortizable, el activo no monetario registrado por el arrendatario se depreciará o amortizará, utilizando las mismas reglas y normas que se aplicarían si el bien arrendado fuera de su propiedad, es decir teniendo en cuenta la vida útil del bien arrendado. En el caso de que el bien arrendado sea un activo no depreciable o no amortizable, el arrendatario no podrá depreciar el activo no monetario registrado en su contabilidad»; así:

516510	Amortización de Intangibles (DB)
169830	Depreciación y/o Amortización Acumulada (CR)

c. *«Los cánones de arrendamientos causados a cargo del arrendatario, deberán descomponerse en la parte que corresponda a abono a capital y la parte que corresponda a intereses o costo financiero. La parte correspondiente a abono de capital, se cargará directamente contra el pasivo registrado por el arrendatario, como un menor valor de éste. La parte de cada canon correspondiente a intereses o costo financiero será gasto deducible para el arrendatario.*

Para los efectos de este literal, el contrato debe estipular, tanto el valor del bien en el momento de su celebración, incluyendo el impuesto sobre las ventas, como la parte del valor de los cánones periódicos pactados que corresponde a cada uno de los conceptos de financiación y amortización de capital»;

212020	Pasivo (DB)
530520	Gastos financieros (DB)
1110	Bancos (CR)

d. *«Al momento de ejercer la opción de compra, el valor pactado para tal fin se cargará contra el pasivo del arrendatario, debiendo quedar éste en ceros. Cualquier diferencia se ajustará contra los resultados del ejercicio. En el evento de que el arrendatario no ejerza la opción de compra, se efectuarán los ajustes en su renta y patrimonio, deduciendo en la declaración de renta del año en que haya finalizado el contrato, la totalidad del saldo por depreciar del activo no moneta-*

rio registrado por el arrendatario», tal como se ilustra en el siguiente ejemplo.

Se celebra un contrato de arrendamiento financiero, en el cual se pacta como valor total del bien (maquinaria) objeto de arrendamiento un monto de $200, al momento de ejercer la opción de compra la amortización acumulada es de $150 y el saldo de la obligación asciende a $20.

Reconocimiento del activo, pasivo y amortización correspondiente:

1.	162535	Intangible	$200	
	212020	Compañías de Financiamiento Comercial		$200
2.	516510	Amortización de Intangibles	$150	
	169830	Depreciación y/o Amortización Acumulada		$150

Se ejerce la poción de compra y se hace la reclasi-ficación del activo:

3.	212020	Pasivo	$20	
	1110	Bancos		$20
4.	152001	Maquinaria y Equipo	$200	
	162535	Intangible		$200
5.	169830	Depreciación y/o Amortización Acumulada	$150	
	159210	Depreciación Acumulada Maquinaria y Equipo		$150

No se ejerce la opción de compra:

6.	169830	Depreciación y/o Amortización Acumulada	$150	
	162535	Intangible		$150
7.	212020	Pasivo	$20	
	162535	Intangible		$20
8.	516510	Amortización de Intangibles	$30	
	162535	Intangible		$30

e. «Los valores determinados de acuerdo con los literales anteriores, serán utilizados por el arrendatario para: declarar el valor patrimonial del activo; realizar el cálculo de la depreciación, cuando ella sea procedente; determinar el saldo del pasivo y su amortización; y, calcular el monto de los costos financieros deducibles.

3. Para el arrendador, en cualquiera de los casos aquí contemplados, los activos dados en leasing tendrán la naturaleza de activos monetarios. El arrendador deberá incluir en sus declaraciones de renta la totalidad de los ingresos generados por los contratos de arrendamiento. Para tal efecto, se entiende por ingresos generados por el contrato de arrendamiento, la parte de los cánones que corresponda a intereses o ingresos financieros, así como los demás ingresos que se deriven del contrato».

...

5. Los registros contables y fiscales, en nada afectan la propiedad jurídica y económica de los bienes arrendados, la cual hasta tanto no se ejerza la opción de compra pactada, seguirá siendo del arrendador».

Los parágrafos del señalado artículo indican que se entiende por contrato de «lease back» o retroarriendo, aquel contrato de arrendamiento financiero que cumpla las siguientes dos características:

a. *«Que el proveedor del bien objeto de arrendamiento y el arrendatario del bien, sean la misma persona o entidad, y»*

b. *«Que el activo objeto de arrendamiento financiero tenga la naturaleza de activo fijo para el proveedor».* (...)

«Únicamente tendrán derecho al tratamiento previsto en el numeral 1° del presente artículo, los arrendatarios que presenten a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable, activos totales hasta por el límite definido para la mediana empresa en el artículo 2 de la Ley 905 de 2004. Quienes no cumplan con estos requisitos deberán someter los contratos de leasing al tratamiento previsto en numeral 2° del presente artículo».[51]

«Todos los contratos de arrendamiento financiero o leasing con opción de compra, que se celebren a partir del 1° de enero del año 2012, deberán someterse al tratamiento previsto en el numeral 2 del presente artículo, independientemente a la naturaleza del arrendatario».[52]

Expuesto lo anterior pasamos a atender su consulta en el mismo orden en los siguientes términos:

A. Las disposiciones legales vigentes que deben aplicarse al momento de efectuar el registro de los contratos de arrendamiento financiero con opción de compra, son las contenidas en el artículo 127-1 del Estatuto Tributario, el cual señala de manera expresa que lo consignado allí debe seguirse para efectos contables y fiscales, para lo cual deben atender la técnica contable tal como se señaló en párrafos precedentes.

B. El tratamiento contable dado a los contratos de arrendamiento financiero no deriva de la aplicación de los Principios de Contabilidad de General Aceptación, prueba de ello es que el artículo 66 solamente incluye de manera general la definición del intangible, determinando el tipo de erogaciones que hacen parte de su costo histórico así como

51 Adicionado por la Ley 1004 de 2005, art. 10
52 Modificado por la Ley 1111 de 2006, art. 65

la forma en que debe amortizarse. Al entrar en vigencia las disposiciones de tipo fiscal, mediante el Decreto 2116 de 1996, se modificó el catálogo de cuentas del Decreto 2650 de 1993, contentivo del Plan Único de Cuentas para Comerciantes, con el propósito de incluir la descripción de la dinámica, entre otras, que permitiera el reconocimiento contable de los bienes recibidos en arrendamiento financiero (leasing).

Por lo tanto, en este caso no podemos señalar que existe incompatibilidad o conflicto entre los Principios de Contabilidad y las normas de tipo fiscal, el cual se pudiera dirimir por lo señalado en el artículo 136 del Decreto 2649 antes mencionado.

C. El hecho que en el Estatuto Tributario, como en la descripción y dinámica del Plan Único de Cuentas para Comerciantes, se indique que el costo sobre los derechos de los bienes objeto del arrendamiento financiero lo compone el valor presente de los cánones y de la opción de compra pactados a la fecha del contrato, origina la inquietud respecto de cuál sería la forma en que deben reconocerse contablemente aquellas erogaciones en las que incurre el arrendatario para poder dar un uso normal al activo, así como a los cánones extraordinarios y a las consideradas como mejoras y adiciones.

Cierto es que en las disposiciones referidas, al ocuparse únicamente de los efectos fiscales, puede existir un vacío respecto de los valores que deben hacer parte del costo de los bienes dados en arrendamiento financiero, por lo que debemos acudir en este caso a lo contemplado en el inciso segundo del artículo 66 del Decreto 2649 de 1993, el cual, de manera general, señala que el costo histórico de los intangibles debe corresponder al monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurra, para adquirirlos, formarlos o usarlos.

Ahora bien, el alcance de los conceptos emitidos por esta Entidad está claramente delimitado a lo preceptuado en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, por lo que a través del mismo de ninguna manera se pretende modificar norma alguna vigente que

señale la forma en que debe efectuarse el reconocimiento de los bienes adquiridos utilizando la figura del leasing.

Sin embargo, de lo antes expuesto se colige que si el arrendatario incurre en erogaciones, claramente identificables, para adquirir o poder usar los bienes objeto del arrendamiento financiero, como lo son los costos iniciales atribuibles directamente al arrendamiento, cánones extraordinarios y las mejoras y adiciones, éstas deben hacer parte del costo del intangible en la subcuenta 162535, procediendo a efectuar la amortización correspondiente, en el tiempo de vida útil del activo.

En el arrendamiento operativo, deben llevarse estas erogaciones como un cargo diferido en la subcuenta «otros», efectuando la amortización en el tiempo de vida útil del activo y, una vez se ejerza la opción de compra, el saldo pendiente por amortizar hará parte del costo del activo, efectuando la amortización y/o depreciación restante teniendo como referencia este valor, en el caso de que no sea ejercida la opción de compra todo el valor deberá llevarse a resultados en la fecha en que se termine el contrato.

Es de anotar que estos hechos económicos deben ser objeto de una amplia revelación en notas a los estados financieros, atendiendo lo consignado en el numeral cuarto del artículo 116 del Decreto 2649 de 1993.

D. El reconocimiento y revelación de los hechos económicos referidos en el presente escrito, no solo se ajusta a lo dispuesto en el artículo 127-1 del Estatuto Tributario sino a la esencia del negocio, a través del cual se pretende adquirir un activo utilizando la figura del arrendamiento financiero, cumpliendo así con lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 2649 de 1993, que a la letra indica:

«Artículo 11. Esencia sobre forma. Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.

Cuando en virtud de una norma superior, los hechos económicos no puedan ser reconocidos de acuerdo con su esencia, en notas a los

estados financieros se debe indicar el efecto ocasionado por el cumplimiento de aquella disposición sobre la situación financiera y los resultados del ejercicio».

Oficio 115-019234 de 1o. de febrero de 2008

Registro de ingresos, costos y gastos, cuando se constituye un patrimonio autónomo (fideicomiso de administración) y el ente económico beneficiario de dicho patrimonio, se encarga de realizar la construcción

El Código de Comercio en su artículo 1226 define la fiducia mercantil como *«un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario».*

Entre las clases de fiducia tenemos la de administración y de garantía. La primera consiste en la transferencia de unos bienes para que una entidad fiduciaria los administre en beneficio del constituyente o del fideicomisario. La fiducia en garantía es aquella en donde el deudor transfiere determinados bienes a una entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una o más obligaciones principales.

De la celebración del contrato de fiducia surgen a la vida jurídica los derechos fiduciarios, los cuales, al menos en principio, le corresponderán al fideicomitente. Tales derechos no son otra cosa que aquellos que le corresponden al fideicomitente con relación al patrimonio autónomo, derechos que tienen la característica de ser bienes inmateriales.

El Decreto 2649 de 1993, en los artículos 47 y 53 dispone que para que un hecho económico realizado pueda ser reconocido en la contabilidad se requiere que corresponda a un elemento de los estados financieros, pudiendo ser medido y representado de manera adecuada,

lo que permite una correcta clasificación según su naturaleza, de manera que se registre en las cuentas apropiadas.

El artículo 96 ibídem, establece que *«en cumplimiento de las normas de realización, asociación y asignación, los ingresos y los gastos se deben reconocer de tal manera que se logre el adecuado registro de las operaciones en la cuenta apropiada, por el monto correcto y en el período correspondiente, para obtener el justo cómputo del resultado neto del período»*.

El Plan Único de Cuentas para los Comerciantes, reglamentado por el Decreto 2650 de 1993, dentro del grupo 28- Otros pasivos, ha destinado la subcuenta 2805-Anticipos y avances recibidos, para el registro de las sumas de dinero recibidas por el ente económico de clientes como anticipos o avances originados en ventas, fondos para proyectos específicos, cumplimiento de contratos, convenios y acuerdos debidamente legalizados, que han de ser aplicados con la facturación o la cuenta de cobro respectiva.

Así mismo en la dinámica de esta cuenta indica que se acredita:

- Por los valores de los depósitos de los clientes, y
- Por los valores recibidos anticipadamente para ventas.

Y se debita por:

- Por el valor de los depósitos aplicados al objeto para el cual fueron recibidos;
- Por el valor de la aplicación de los anticipos en la facturación, y
- Por el valor de las devoluciones parciales o totales de los anticipos o avances recibidos.

Por lo anterior, las cuentas que se deben manejar en el registro de las entradas y salidas de dinero para la ejecución del proyecto a realizar por la constructora son las siguientes:

28	Otros Pasivos
2805	Anticipos y avances recibidos
280510	Sobre contratos

Bajo el siguiente supuesto, ilustramos el manejo contable del tema objeto de consulta:

Encargos fiduciarios girados a la constructora	$ 3.000	(miles de pesos)

Compras realizadas por la constructora:

Compras al Depósito ABC Ltda.

Subtotal	$ 1.250
Iva por Pagar	$ 200
Retención en la fuente 3.5%	$ 44
Bancos	$1.406

Pagos por Consultoría Ingenieros Asociados Ltda.

Valor contrato	$ 1.500
Retención en la fuente 11%	$ 165
Cuenta por pagar	$ 1.335
Pago de servicios públicos	$ 100

1) Asiento para efectuar el registro de los ingresos recibidos de la fiduciaria por los encargos fiduciarios:

1110	Bancos	$ 3.000	
280510	Anticipos y Avances Recibidos-Sobre contratos		$ 3.000

2) Cuando se realiza compras al Depósito ABC Ltda., tenemos:

280510	Anticipos y Avances Recibidos - Sobre contratos	$ 1.250	
2408	Impuestos sobre las ventas por pagar	$ 200	
2365	Retención en la fuente por pagar		$ 44
1105	Bancos		$ 1.406

3) Cuando se recibe la cuenta de cobro por Ingenieros Asociados Ltda., tenemos:

280510	Anticipos y Avances Recibidos - Sobre contratos	$1.500	
2365	Retención en la fuente por pagar		$ 165
233525	Honorarios		$ 1.335

4) Cuando se realizan pagos por servicios públicos, tenemos:

280510	Anticipos y Avances Recibidos-Sobre contratos (Servicios públicos)	$ 100	
1105	Bancos		$ 100

5) La constructora como beneficiaria del patrimonio autónomo registra su beneficio, que es el recibir a la liquidación del fideicomiso los resultados de la ejecución del proyecto así:

280510	Anticipos y Avances Recibidos - Sobre contratos (Utilidad Contrato)	$ 150	
4130	Construcción		$ 150

A su vez la fiduciaria por cada patrimonio autónomo que constituya debe registrar los ingresos (para el caso las ventas de cada unidad de vivienda de interés social) y como costos los que le reporta la constructora periódicamente según lo pactado, así como llevar el control de los encargos fiduciarios. Al final de la liquidación del contrato, la constructora conciliara con la fiduciaria y realizará los ajustes correspondientes.

Los registros descritos proceden para los dos interrogantes planteados en su consulta inicial, independientemente que en el primero se trasfiera la propiedad a los compradores de cada vivienda y en el segundo sean únicamente beneficiarios de área.

Por otra parte, en lo que respecta a los derechos fiduciarios que la constructora adquirió a XX S. A., hasta tanto no sean cancelados en su totalidad y se formalice su compra, no se podrán registrar como derechos fiduciarios. A la liquidación del patrimonio autónomo, la fiduciaria certificara que el valor de los derechos fiduciarios es cero, y la constructora acreditara la cuenta 1625 Derechos y debitara la cuenta 280510- Anticipos y avances recibidos- Sobre Contratos en el caso de haberlos adquirido.

Finalmente, si al momento de preparar los estados financieros existieren montos por cobrar a la fiduciaria, se deben presentar dentro del rubro de cuentas por cobrar.

INVERSIONES

Oficio 340-70999 de 26 de julio de 1999

Las inversiones permanentes de no controlantes se deben contabilizar de acuerdo con la Circular No. 5 de noviembre de 1998, independientemente que origine causal de disolución

Sobre el particular es del caso manifestarle que según lo preceptuado en el parágrafo del artículo 151 del Código de Comercio, *«para todos*

los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduzca el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital».

A su vez el artículo 457 ibídem, establece que la sociedad anónima se disolverá «*cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito ...*».

En atención a lo dispuesto en la norma transcrita, se puede colegir que el sentido de la misma está dirigido a la ocurrencia de una causal de disolución que se relaciona directamente con el deterioro del patrimonio neto de la sociedad.

De otra parte, de acuerdo con las normas y la técnica contable de que tratan los artículos 53 y 85 del Decreto 2649 de 1993, por el cual se expidieron las normas y/o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, «*las valorizaciones representan el mayor valor de los activos en relación con su costo neto ajustado ...*», por lo que hacen parte de las cuentas que conforman el activo y el patrimonio de la compañía, y deben tenerse presente para todos los efectos económicos y contables.

Así las cosas, si a consecuencia del registro de las desvalorizaciones, conforme a lo dispuesto en la circular antes referida, el patrimonio de la sociedad llegare a disminuirse por debajo del cincuenta por ciento de su capital la empresa se encontrará incursa en causal de disolución, para lo cual tendrá que adoptar las medidas necesarias tendientes a restablecer su patrimonio, conforme lo señala el artículo 459 del Código de Comercio.

De otra parte, el artículo segundo del Decreto 2337 de 1995, que adicionó el artículo décimo del Decreto 2649 de 1993, estableció que «*para la determinación del valor de realización o de mercado*» de un activo, «*se utilizarán los sistemas especiales de valoración que prescriban las autoridades competentes en materia contable distintas del Presidente de la República*».

Por lo expuesto, la Superintendencia de Sociedades en uso de sus atribuciones legales, y en especial las contenidas en el numeral 1° del artículo 86 de la Ley 222 de 1995 y en el Decreto 2337 antes citado, expide la circular 05 del 24 de noviembre de 1998, la cual contempla la definición, la clasificación para efectos de la valuación y el tratamiento contable de las inversiones, a la que debe darse estricto cumplimiento por parte de las sociedades sometidas a la inspección, vigilancia y control de esta Entidad.

Circular que se expide con el ánimo de lograr unificación en materia contable y armonizarlas con las pautas fijadas sobre el tema de la valuación de las inversiones por la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores[53].

Oficio 340-061384 de 28 de octubre de 2005

Cuando se tiene o adquiere el control pagando un precio inferior al valor intrínseco, la inversión debe ser registrada por el costo de adquisición

1. El método de participación patrimonial tal y como es definido en la Circular Externa 100-000006 de 2005, es el procedimiento contable por el cual una persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera registra su inversión ordinaria en otra, constituida en su subordinada o controlada, inicialmente al costo ajustado por inflación[54], para posteriormente aumentar o disminuir su valor de acuerdo con los cambios en el patrimonio de la subordinada subsecuentes a su adquisición, en lo que corresponda según su porcentaje de participación.

Las contrapartidas de este ajuste en los estados financieros de la matriz o controlante deben registrarse en el estado de resultados y/o en la cuenta 3225 Superávit Método de Participación.

53 Hoy Superintendencia Financiera de Colombia
54 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

El método de participación patrimonial deberá utilizarse para la contabilización de cada una de las inversiones, de forma individual.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 61 del Decreto 2649 de 1993, las inversiones cuyo registro haya sido efectuado por el método de participación patrimonial, serán objeto de ajuste al valor intrínseco.

Si el valor de la inversión, una vez aplicado el método de participación patrimonial, fuere inferior al valor intrínseco, la diferencia debe registrarse en la cuenta de Valorización de Inversiones, con su correspondiente contrapartida en el Superávit por Valorizaciones. En caso contrario tal diferencia deberá registrarse como una provisión.

3. El Crédito Mercantil Adquirido corresponde al monto adicional pagado sobre el valor en libros en la adquisición de acciones o cuotas partes de interés social de un **ente económico activo** (se resalta), si el inversionista tiene o adquiere el control sobre el mismo, de acuerdo con los presupuestos establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

El crédito mercantil adquirido, debe registrarse en la cuenta de intangibles correspondiente, de acuerdo con el Plan Único de Cuentas que sea aplicable a cada ente económico.

No está sujeto a reconocimiento contable, como crédito mercantil negativo, cuando el inversionista tiene o adquiere el control pagando un precio inferior al valor intrínseco, en este caso el valor de la negociación se registrará como costo, y el ajuste de la inversión al valor intrínseco, en períodos subsiguientes, reflejará este efecto, el cual debe registrarse en cuentas cruzadas de valuación (Grupos 19 Valorización y 38 Superávit por Valorizaciones).

4. El artículo 23 del Decreto 2649 de 1993, en concordancia con el artículo 35 de la Ley 222 de 1995, establece que «*son estados financieros consolidados aquellos que presentan la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio y en la*

situación financiera, así como los flujos de efectivo, de un ente matriz y sus subordinados, o un ente dominante y los dominados, como si fuesen los de una sola empresa».

Así mismo la Circular Externa 005 de abril 6 de 2000 expedida por esta Superintendencia estableció los principales fundamentos jurídicos y los aspectos generales en cuanto a la Consolidación de Estados Financieros, en su numeral 2 inciso 4 habla sobre conciliación de saldos, en el inciso 5 sobre sub-consolidación y en el 6 sobre eliminaciones. Se deben eliminar total o parcialmente, según el método de consolidación utilizado, los saldos de las cuentas recíprocas entre las compañías sometidas al proceso de consolidación, tales como las cuentas de inversiones y patrimonio, cuentas por cobrar y por pagar y las de resultados.

Las eliminaciones quedan plasmadas en los papeles de trabajo, y **son registros extra libros**, que para el caso planteado en su escrito, al momento de llevar a cabo las eliminaciones de las cuentas de inversiones y patrimonio la diferencia deberá reflejarse en un rubro denominado «Exceso o Defecto en el costo de la inversión», que corresponde como su nombre lo indica, al mayor o menor valor pagado en la adquisición de la inversión en una sociedad, con relación al valor proporcional del patrimonio de la compañía adquirida, en el momento en que se lleva a cabo dicha inversión.

El inciso 13 de la misma circular, establece que «*los papeles de trabajo conformados por todos y cada uno de los documentos que justifiquen los resultados obtenidos en la consolidación de los estados financieros, deben ser elaborados en tal forma que permitan ilustrar y aclarar los procedimientos y ajustes realizados*».

En conclusión, reiteramos que cuando el inversionista tiene o adquiere el control pagando un precio inferior al valor intrínseco, el valor de la negociación deberá ser registrado en la contabilidad como costo, y por lo tanto no es procedente el reconocimiento de la diferencia entre uno y otro valor, como crédito mercantil negativo.

Oficio 340-026406 de 24 de mayo de 2007

Las inversiones poseídas en sociedades en liquidación y con valor intrínseco negativo deben protegerse hasta el 100% de su costo

Para atender el tema consultado, es necesario referirnos a la siguiente normatividad contemplada en el Decreto 2649 de 1993, contentivo de las normas o principios de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia, así:

a) «*Art. 52. Provisiones y contingencias. Se deben contabilizar provisiones para cubrir pasivos estimados, contingencias de pérdidas probables así como para disminuir el valor reexpresado si fuere el caso*[55]*, de los activos, cuando sea necesario de acuerdo con las normas técnicas. Las provisiones deben ser justificadas, cuantificables y confiables.*

Una contingencia es una condición, situación o conjunto de circunstancias existentes, que implican duda respecto a una posible ganancia o pérdida por parte de un ente económico, duda que se resolverá en último término cuando uno o mas eventos futuros ocurran o dejen de ocurrir. ...

La calificación y cuantificación de las contingencias se debe ajustar al menos al cierre de cada período, cuando sea el caso con fundamento en el concepto de expertos».

b) «*Art. 61. Inversiones. ... El valor histórico de las inversiones, el cual incluye los costos ocasionados por su adquisición tales como comisiones, honorarios e impuestos, una vez reexpresado como consecuencia de la inflación cuando sea el caso*[56]*, debe ser ajustado al final del período al valor de realización, mediante provisiones o valorizaciones. ...*

55 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.
56 Ídem.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la partida y la actividad del ente económico, normas especiales pueden autorizar o exigir que estos activos se reconozcan o valúen a su valor presente».

c.) El Numeral 7 del artículo 70 señala que «*sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, cuando los avalúos técnicos efectuados a los activos o el valor intrínseco o el valor en bolsa, superen el costo neto del bien ajustado*[57]*, la diferencia se debe llevar como superávit por valorizaciones. Tal diferencia no se toma como un ingreso ni hace parte del costo para determinar la utilidad en la enajenación del bien, ni forma parte de su valor para calcular la depreciación*».

Numeral 8. «*El valor de los activos no monetarios una vez ajustado*[58]*, cuando exceda el valor recuperable de su uso futuro o su valor de realización, según el caso, debe reducirse mediante una provisión técnicamente constituida*».

De lo antes expuesto, se concluye que si el valor intrínseco de una inversión es negativo, se debe efectuar el registro contable mediante el cual se reconoce la provisión que cubra el 100% de su costo ajustado[59], hecho que debe ser revelado en las notas a los estados financieros y, en ningún momento es viable que una provisión cubra más del costo ajustado de un activo y por ende se refleje en un estado financiero en forma negativa.

Por último, en cuanto a la Circular Externa No. 5 del 24 de noviembre de 1998, me permito manifestarle que continúa vigente, razón por la cual para efectos de la valuación de sus inversiones, el ente económico debe tener en cuenta la clasificación respectiva y con base en ella efectuar los registros contables, afectando la valorización, provisión y/o desvalorización, según sea el caso.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa como quiera que la inversión se tiene en una sociedad que se encuentra en proceso liquidatorio, y

57 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007
58 Ídem
59 Ídem

si su valor intrínseco es negativo, no es viable que el inversionista reconozca como desvalorización la diferencia entre el costo ajustado[60] y el valor intrínseco, sino como provisión hasta el 100% del respectivo costo.

LIBROS DE CONTABILIDAD

Oficio 210-13156 de 30 de junio de 1994

Bajo la denominación de libros de comercio se encuentran los de contabilidad, los de actas de asambleas, de juntas de socios y de juntas directivas, los de registros de accionistas o socios

El Código de Comercio en su artículo 10 señala: «*Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en algunas de las actividades que la ley considera mercantiles*».

Por otro lado, el artículo 20 de la citada obra relaciona 19 actividades que se califican como mercantiles para todos los efectos legales; si la persona ya sea natural o jurídica se encuentra dentro de estos postulados, tiene que cumplir con los deberes establecidos para los comerciantes de acuerdo con lo previsto por el artículo 19 del citado Código.

En relación con los libros de comercio, es cierto que el artículo 49 de la Obra Mercantil no es lo suficientemente claro respecto a cuáles son los libros de comercio, ya que sólo advierte que los libros de comercio son lo que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para entender aquellos.

Igualmente el inciso 3° del artículo 125 del Decreto 2649 del 29 de diciembre de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, al referirse a los libros, indica que, «*se deben*

60 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007

llevar los libros necesarios» para el registro de todas sus operaciones.

Ahora bien, el citado artículo hace algunas precisiones que pueden contribuir a determinar el asunto; así señala que «*Los estados financieros deben ser elaborados con fundamento en los libros en los cuales se hubieren asentado los comprobantes*. (Se subraya)

Los libros deben conformarse y diligenciarse en forma tal que se garantice su autenticidad e integridad. Cada libro, de acuerdo con el uso a que se destina, debe llevar una numeración sucesiva y continua. Las hojas y tarjetas deben ser codificadas por clase de libros. (Se subraya)

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

1. Asentar en orden cronológico todas las operaciones, bien en forma individual o por resúmenes globales no superiores a un mes.

2. Establecer mensualmente el resumen de todas las operaciones por cada cuenta, sus movimientos débito y crédito, combinando el movimiento de los diferentes establecimientos.

3. Determinar la propiedad del ente, el movimiento de los aportes de capital y las restricciones que pesen sobre ellos.

4. Permitir el completo entendimiento de los anteriores. Para tal fin se deben llevar, entre otros, los auxiliares necesarios para: (se subraya)

a. *Conocer las transacciones individuales, cuando éstas se registren en los libros de resumen en forma global.*

b. *Establecer los activos y las obligaciones derivadas de las actividades propias de cada establecimiento, cuando se hubiere decidido llevar por separado la contabilidad de sus operaciones.*

c. *Conocer los códigos o series cifradas que identifiquen las cuentas, así como los códigos o símbolos utilizados para describir las transac-*

ciones, con indicación de las adiciones, modificaciones, sustituciones o cancelaciones que se hagan de unas y otras.

d. Controlar el movimiento de las mercancías, sea por unidades o por grupos homogéneos.

e. Conciliar los estados financieros básicos con aquellos preparados sobre otras bases comprensivas de contabilidad.

5. Dejar constancia de las decisiones adoptadas por los órganos colegiados de dirección, administración, y control del ente económico.

6. Cumplir las exigencias de otras normas legales».

Ahora bien, para poder precisar cuáles son los libros y papeles del comerciante legalmente obligatorios debemos remitirnos al artículo 19 numeral 2. del Código de Comercio, que se refiere a los libros sujetos a inscripción en el Registro Mercantil como son los de actas, de registro de accionistas, de registro de socios y los libros de contabilidad a que hace relación el artículo 28 numeral 7°. ibídem.

Así mismo el artículo 51 de la citada obra mercantil, señala que harán parte integrante de la contabilidad *«la correspondencia directamente relacionada con los negocios».*

Hechas estas apreciaciones, puede entenderse en sentido general que bajo la denominación de libros de comercio se encuentran los de contabilidad, los de actas de las asambleas, de juntas de socios y de juntas directivas, los de registro de acciones o de socios para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, los cuales deben ser todos registrados, con excepción de los auxiliares.

Oficio 310-23668 de 6 de junio de 1996

Validez del libro «Cuenta y Razón»

El artículo 49 del Código de Comercio considera como libros de comercio, aquellos que la ley determina como obligatorios y los auxiliares necesarios para su completo entendimiento. Igualmente el artículo 50 ibídem, prevé la forma como se debe llevar la contabilidad, y señala que la misma debe sujetarse a las reglamentaciones que expida el gobierno.

Por su parte, el artículo 125 del Decreto 2649 del 29 de diciembre de 1993 consagra que *«se deben llevar los libros necesarios para:*

1. Asentar en orden cronológico todas las operaciones, bien en forma individual o por resúmenes globales no superiores a un mes.

2. Establecer mensualmente el resumen de todas las operaciones por cada cuenta, sus movimientos débitos y créditos, combinando el movimiento de los diferentes establecimientos.

3. Determinar la propiedad del ente, el movimiento de los aportes de capital y las restricciones que posean sobre ellos, y

4. Permitir el completo entendimiento de los anteriores. ...»

En este orden de ideas, se observa que las normas citadas no definen cuáles y cuántos son los libros principales que debe llevar el comerciante, razón por la cual para que la información contable reúna las cualidades a que alude el artículo 4°. del Decreto 2649 de 1993 vale decir, que sea *«comprensible y útil»* y además que se presente *«en orden cronológico todas las operaciones, bien en forma individual o por resúmenes globales no superiores a un mes»*, conforme lo señala el numeral 1° del artículo 125 del decreto antes citado, se requiere la utilización de los libros Diario y Mayor y Balances o bien aquel que muchas empresas denominan Cuenta y Razón.

De lo antes expuesto, se concluye que el libro de Cuenta y Razón reemplaza a los anteriores, toda vez que éste incluye tanto las

operaciones en orden cronológico, como los resúmenes mensuales por cada cuenta, lo que equivale a los registros que normalmente se efectúan en los libros Diario y Mayor y Balances, respectivamente.

Oficio 220-069768 de 6 de diciembre de 2005

Conservación de libros y papeles del comerciante

A efecto de resolver las inquietudes planteadas en la consulta formulada a este Despacho, resulta oportuno efectuar unas breves consideraciones de carácter general en torno al tratamiento normativo actualmente vigente, en materia de libros y papeles del comerciante.

Es claro que uno de los deberes fundamentales que la ley desde antaño ha impuesto a determinadas personas como es el caso de los comerciantes, es el de llevar contabilidad de sus asuntos y negocios, al igual que la información y documentos relacionados con los mismos, previendo la obligación complementaría de que la contabilidad; así como los libros, registros contables en general, inventarios y estados financieros deban ajustarse a las disposiciones del Código de Comercio y demás normas sobre la materia, como imperativamente lo señala el artículo 48 del mismo código.

Ahora bien, para esos efectos el Código de Comercio ni sus normas reglamentarias, como es en este aspecto el Decreto 2649 de 1993, establecen específicamente qué libros debe llevar el comerciante limitándose a indicar la necesidad sólo de llevar aquellos libros que la ley determine como obligatorios, cual es el caso de los libros de registro de accionistas o de socios y los de actas de asambleas o juntas directivas, al igual que los auxiliares necesarios para el adecuado entendimiento de los mismos, constituyendo éstos en su conjunto, lo que en el artículo 49 ibidem denomina «*libros de comercio*».

De lo que el Código de Comercio originalmente se ocupó, según los términos del artículo 48, en concordancia con el articulo 19 numeral

3°, fue de exigir que la contabilidad así como la documentación e información del comerciante se lleve de conformidad con las disposiciones del mismo código y demás normas sobre la materia, e indicó que dichas normas podrían autorizar «*el uso de sistemas que como la microfilmación, faciliten la guarda de su archivo y correspondencia*» a la vez que permitió 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*».

De esta manera es válido considerar que si bien los libros llevados de manera manual o impresa para documentar los registros, datos o informaciones contables, no son la única forma que el citado código en principio concibió para el manejo o documentación de la contabilidad, sí es la que legalmente autoriza hasta ahora, por la mayor confianza y seguridad que tradicionalmente este sistema genera, de una parte y por el alcance de algunos textos legales.

Por ello, no puede afirmarse que los preceptos que en esta materia incorporaron, primero la Ley 527 de 1999 y recientemente la Ley 962, constituyen una innovación en cuanto a la manera documental de llevar la contabilidad, pues los preceptos que éstas en su orden consagran en relación con la materia, se circunscriben a la conservación de los mensajes de datos y documentos (artículo 12) y, la racionalización de la conservación de libro y papeles del comerciante (artículo 28), sin que una ni otra tengan la virtud de modificar las normas mercantiles que determinan los asuntos relativos al registro e impresión de libros de contabilidad.

De hecho, las disposiciones reglamentarias, como fue primero el Decreto 1798 de 1990 y posteriormente el 2649 citado, expresamente contemplaron la posibilidad de utilizar todo procedimiento, además de los manuales, que sirva «*para registrar las operaciones en forma mecanizada o electrónica, para los cuales se utilicen máquinas tabuladoras, registradoras, contabilizadoras, computadores o*

similares», según lo establece el artículo 128 de este último decreto. A éste en particular se refiere el oficio 340-065413 del pasado 18 de noviembre, a través del cual esta Entidad después de analizar sus alcances a la luz de la Ley 527 de 1999, conceptuó que en todo caso es necesaria la impresión de los libros de contabilidad registrados en la Cámara de Comercio, considerando entre otros los términos de la Sentencia C- 662 de 2000, a cuyo tenor ***«Las normas del Código de Comercio obligan adelantar la contabilidad en libros debidamente registrados, con el correspondiente valor probatorio, operando para el efecto, la diligencia en papel realizada en la oficina que corresponda, de acuerdo a la naturaleza del ente económico, de manera que hasta tanto se realice la correspondiente reforma a las normas mercantiles o exista jurisprudencia sobre el tema, deberá continuarse con la aplicación de los preceptos sobre registro e impresión de libros de contabilidad»***. (Resaltado fuera del texto)

Consecuente con lo expuesto y frente a la manera de documentar la información contable, es pertinente formular unas breves conclusiones acerca de la evolución normativa sobre la materia.

- Desde el año 1972, cuando entró en vigencia el actual Código de Comercio, está prevista la obligación de llevar la información contable en forma manual o impresa, considerando la posibilidad de autorizar otros sistemas para dar cabida a medios más modernos.

- No obstante lo anterior, el código vigente a lo largo de su articulado ha mantenido su orientación normativa hacia el sistema manual o de impresos, al punto que el artículo 60 idem, establece el deber de conservar la información así registrada por el término de diez años y contempló el uso de esos otros sistemas como medio sustituto de aquel para conservar la información allí contenida y posibilitar la destrucción de los respectivos libros, siempre que fuera garantizada su reproducción en los términos y bajo las condiciones al efecto establecidas, condiciones que suponen la intervención de la Cámara de Comercio para

garantizar la exactitud de la reproducción y diligenciar la correspondiente acta de destrucción.

- En el año 1999, se explicó la citada Ley 527, cuyo artículo 12 estableció, que «*cuando la ley requiera que ciertos documentos registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:*

1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta.

2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y

3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento.

No estará sujeta a la obligación de conservación, la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos.

Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta.» (Resaltado fuera del texto)

En ese sentido la norma citada determina las condiciones que deben cumplir los documentos, registros, o informaciones que de acuerdo con la ley deban ser conservados, los cuales han de ser, igualmente, cumplidos para efectos de conservar los libros y papeles del comerciante que se lleven en cualquier medio electrónico. Por ende es claro que los libros y papeles del comerciante pueden ser conservados a través de medios electrónicos, siempre y cuando se observen a cabalidad las condiciones establecidas en el artículo 12 de la Ley 527 de 1999.

- Con la Ley 962 del año en curso y por virtud de lo dispuesto en su artículo 28, fue derogado el artículo 60 del código citado y con éste el artículo 134 del Decreto 2649 de 1993, en la medida en que se modificó el término durante el cual el comerciante debe conservar su información comercial y contable, reduciendo éste de veinte a diez años, con la posibilidad de utilizar para el efecto a elección del comerciante su conservación en papel o en cualquier medio técnico o electrónico que garantice su reproducción.

Efectuadas las consideraciones anteriores, procede dar respuesta a las inquietudes por Usted planteadas, así:

1. Se pregunta en los puntos 1 y 2 *«si con base la Ley 962 de 2005 ¿debe entenderse que a partir de la vigencia de dicha ley ya no se requiere legalmente tener registrados los libros de contabilidad ante la Cámara de Comercio y si a partir de la nueva disposición es licito que el comerciante destruya directamente toda la información en papel incluidos los libros oficiales?»*

Sobre el particular hay que tener en cuenta lo expresado en relación con los medios previstos en la ley para documentar la información contable, de donde claramente se desprende como lo precisó este Despacho en el oficio antes citado, que la legislación mercantil exige adelantar la contabilidad en libros físicos donde la misma se consigna de manera manual o impresa y es en relación con este medio que desde sus orígenes se ha consagrado la necesidad del registro, por la seguridad que proporciona; de ahí que el Código de Comercio expresamente dispone en su artículo 28 Numeral 7 que los libros de contabilidad deben inscribirse en el registro mercantil, al igual que los demás libros de comercio a los que explícitamente se refiere la ley.

Esta disposición como tal no fue materia de modificación o reforma en la citada Ley 962, ni expresa ni implícitamente, y mucho menos fue objeto de derogación, pues en concepto de este Despacho, ninguna de sus disposiciones se refieren a ella de manera directa, ni ninguna de ellas resultan contrarias a lo allí regulado. Si bien como ya se vio, el artículo 28 de la mencionada ley alude a requisitos o

condiciones aplicables a los libros y papeles del comerciante, ellos están referidos exclusivamente a cuando los mismos se conserven en medios técnicos, magnéticos o electrónicos, requisitos o condiciones que hacen relación a la necesidad de que tales medios garanticen su reproducción exacta, amén de que del contexto de la señalada norma, resulta claro que su objeto regulatorio lo constituye esencialmente el término en que deben conservarse tales libros, lo cual era materia de una disposición distinta del Código de Comercio, como lo es el ya citado artículo 60.

En conclusión, es dable responder que la Ley 962 en manera alguna comportó la supresión del requisito relacionado con el registro de los libros de contabilidad ante la Cámara de Comercio. De la misma se derivaran otras consecuencias como bien explica el Concepto 05054043 del 12 de octubre de 2005 proferido por la Superintendencia de Industria y Comercio, cuya apreciación comparte este Despacho.

«... a partir de la entrada en vigencia de la Ley 962 de 2005 y en concordancia con lo señalado en el artículo 12 de la Ley 527 de 1999, los libros y papeles del comerciante únicamente deben ser conservados por un período de diez (10) años contados a partir de la fecha del último asiento, documento, o comprobante, pudiéndose utilizar para el efecto, a elección del comerciante, su conservación en papel o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta.

Al respecto, se debe aclarar que en caso de que se utilice un medio electrónico para la conservación de tales documentos, el mismo deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 12 de la Ley 527 de 1999 y en dicho caso, no será necesaria la conservación física (en papel) de los libros y papeles del comerciante. En este evento, una vez se garantice la reproducción exacta de los libros y papeles, a través del citado medio electrónico, el comerciante está en posibilidad de destruir directamente dichos documentos encontrándose obligado, únicamente, a conservarlos por un período de diez (10) años en el medio electrónico en el que se hubieren reproducido». (subraya fuera del texto)

2. La inquietud contenida en el numeral 3, apunta a determinar si es posible que con fundamento en la Ley 962 pueda despojarse desde ya de toda información superior a diez años, indistintamente del medio o forma en que se encuentre.

En este aspecto debe reiterarse que con ocasión de la expedición y entrada en vigencia de la ya varias veces nombrada Ley 962, cesó la obligación legal contenida en el artículo 60 del Código de Comercio que imponía la necesidad de conservar permanentemente los libros y papeles del comerciante, aun cuando con la posibilidad de que después de los diez años, se acudiera a un medio técnico adecuado que garantizara su reproducción exacta en relación con el cual se cumplieran los demás requisitos que contemplaba la norma. En tal virtud, la obligación legal de conservar los libros y papeles se redujo a los diez años, de tal manera que a partir de la entrada en vigencia de la referida ley ya no es preciso mantener la información contable, por más de diez años contados a partir de la fecha del último asiento, documento o comprobante, de tal forma que sería lícito la destrucción de aquellos libros, que contengan información más allá de los indicados diez años.

3. Se pregunta en el numeral 4 sí es obligatorio o no, señalar que la información contenida en certificaciones o estados financieros es *«tomada de los libros oficiales de la contabilidad registrados en Cámara de Comercio»*.

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 43 de 1990, la firma por si misma del contador impuesta en actos propios de su profesión, implica la presunción de que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales y también a los estatutarios, tratándose de personas jurídicas, presunción que en el caso particular de los estados financieros, se extiende al hecho de que los datos contenidos en éstos, se han tomado fielmente de los libros, que éstos se ajustan a las normas legales y que las cifras registradas en ellos reflejan en forma fidedigna la correspondiente situación financiera del respectivo ente. De manera similar el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, al señalar el alcance de la

certificación sobre los estados financieros que deben ser presentados a los asociados o a terceros por el representante legal y el contador, bajo cuya responsabilidad se hubieren preparado, la hace consistir en una atestación sobre la verificación previa de las afirmaciones contenidas en ellos y que éstas se han tomado fielmente de los libros.

Por lo tanto, tratándose de informaciones contenidas en certificaciones o estados financieros y que correspondan a datos, cifras o registros que formen parte de los libros, la atestación o firma del contador, supone no sólo la coincidencia de aquellas con éstos, sino el cumplimiento de los requisitos legales en relación con los respectivo libros, entre los cuales está el relacionado con el registro en la cámara de comercio correspondiente al domicilio principal del ente.

En este orden de ideas, no es indispensable en concepto de este Despacho señalar de manera expresa en la respectiva certificación o estados financieros que los libros base de la información contenida en una y otros, están registrados en cámara de comercio, pues ello se tiene implícita o tácitamente afirmado por el solo hecho de la firma o atestación del respectivo profesional contable.

Sin embargo es de anotar que la presunción que conlleva dicha firma o atestación es de orden legal y que por ende, admite prueba en contrario, según lo dispuesto en el artículo 10 citado, de forma que pese a la existencia de una u otra, por cualquier medio podría establecerse el efectivo cumplimiento o no de los requisitos anotados, sin perjuicio de las consecuencias que pudiera tener para el profesional, la atestación o firma en circunstancias en que los libros no cumplan los requisitos legales enunciados.

4. La inquietud planteada en el punto 5 se refiere al efecto que tiene *«el estado financiero emitido y dictaminado por un Revisor Fiscal, con base en un registro magnético que contiene la información fiel y fidedigna del comerciante»*.

Aunque no es claro para el Despacho la razón o alcance de su interrogante, es del caso observar que el dictamen que el revisor fiscal

emite en relación con unos estados financieros, hace alusión al contenido de una opinión de ese funcionario que debe acompañar dichos estados financieros y en los que debe determinarse el sentido y alcance de la firma que él imponga en ellos, según los términos del artículo 38 de la Ley 222 nombrada.

Como se sabe el dictamen debe contener una información mínima, entre ella la que relacionan los artículos 208 y 209 del Código de Comercio y que implica entre otras, la exposición de una opinión sobre la conformidad del estado financiero con los libros del ente y con su situación real.

5. Por último, en el punto 6 pregunta si la utilización *«de medios magnéticos para conservar los libros y papeles del comerciante está avalada desde la Ley 527 de 1999, o debe entenderse que esta regulación aplica desde la vigencia de la Ley 962 de 2005»*.

Sobre este tema y como ya fue explicado en las consideraciones formuladas antes, la posibilidad de utilizar medios técnicos adecuados para la conservación de los libros y papeles del comerciante, en estricto sentido existe desde la entrada en vigencia del Código de Comercio actual y no desde las leyes citadas.

Lo que a juicio de este Despacho se ha dado con la expedición de la Ley 962 citada, además de la reducción del término de conservación de los libros y papeles del comerciante, se repite, es la supresión de lo procedimientos establecidos para la reproducción y destrucción de libros y papeles del comerciante, que debían adelantarse con la intervención de un funcionario de la cámara de comercio respectiva, apreciación que es también coincidente con la expresada por la Superintendencia de Industria en el concepto aludido, en el que ese Organismo señaló:

«Así las cosas, por virtud de lo señalado en el artículo 28 de la Ley 962 de 2005, los libros y papeles del comerciante únicamente deben ser conservados por un período de diez (10) años, contados a partir de la fecha del último asiento, documento, o comprobante, pudiendo

utilizar para el efecto, a elección del comerciante, su conservación en papel o en cualquier medio técnico, magnético o electrónico que garantice su reproducción exacta.

En consecuencia, los comerciantes no tendrán que contar con un funcionario de la cámara de comercio de su domicilio para realizar la reproducción en medio técnico, magnético o electrónico de sus libros y papeles y los jefes de registro mercantil no están obligados a certificar la exactitud de las reproducciones que se realicen.»

Oficio 340-005149 de 8 de febrero de 2006

Conservación de libros y papeles de sociedades liquidadas

Antes de entrar a resolver los interrogantes por usted planteados, es necesario precisar algunas definiciones y conceptos relativos al tema en materia de su consulta, así:

1. El Decreto 2649 de 1993 por el cual se expidieron las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, establece en el artículo 134 referente a la conservación y destrucción de los libros que, *«los entes económicos deben conservar debidamente ordenados los libros de contabilidad, de actas, de registro de aportes, los comprobantes de las cuentas, los soportes de contabilidad y la correspondencia relacionada con sus operaciones.*

Salvo lo dispuesto en las normas especiales, los documentos que deben conservarse pueden destruirse después de veinte (20) años contados desde el cierre de aquellos o la fecha del último asiento, documento o comprobante. No obstante, cuando se garantice su reproducción por cualquier medio técnico, pueden destruirse transcurridos diez (10) años. El liquidador de las sociedades comerciales debe conservar los libros y papeles por el término de cinco (5) años, contados a partir de la aprobación de la cuenta final de liquidación.

Tratándose de comerciantes, para diligenciar el acta de destrucción de los libros y papeles de que trata el artículo 60 del Código de Comercio, debe acreditarse ante la Cámara de Comercio, por cualquier medio de prueba, la exactitud de la reproducción de las copias de los libros y papeles destruidos».

2. El Código de Comercio, en relación con el tema de los documentos y papeles del comerciante establece entre otros aspectos, los siguientes:

a) *«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. 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.*

b) *Artículo 55 – El comerciante conservará archivados y ordenados los comprobantes de los asientos de sus libros de contabilidad de manera que en cualquier momento se facilite verificar su exactitud*

c) *Artículo 60 – Los libros y papeles deberán ser conservados cuando menos por diez años, contados desde el cierre de aquellos o la fecha del último asiento, documento o comprobante. Transcurrido este lapso podrán ser destruidos por el comerciante, siempre que por cualquier medio técnico adecuado garantice su reproducción exacta. Además, ante la cámara de comercio donde fueron registrados los libros se verificará la exactitud de la producción de la copia, y el secretario de la misma firmará acta en la que anotarán los libros y papeles que se destruyeron y el procedimiento utilizado para su reproducción.*

Cuando se expida copia de un documento conservado como se prevé en este artículo, se hará constar el cumplimiento de las formalidades anteriores.

d) *Artículo 68 – Los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente.*

En materia civil, aun entre comerciantes, dichos libros y papeles sólo tendrán valor contra su propietario, en lo que en ellos conste de manera clara y completa siempre que su contraparte no los rechace en lo que le sea desfavorable».

3. La Ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, en su artículo 12 referente a la conservación de los mensajes de datos y documentos, señala que, *«cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:*

1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta.

2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y

3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento.

No estará sujeta a la obligación de conservación, la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos.

Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta». (El resaltado no es del texto).

4. Con la Expedición de la Ley 962 de 2005, y por virtud de lo dispuesto en su artículo 28, fue derogado el artículo 60 del Código de Comercio y con éste el artículo 134 del Decreto 2649 de 1993, en la medida en que se modificó el término durante el cual el comerciante debe conservar su información comercial y contable, reduciendo éste de veinte (20) a diez (10) años, con la posibilidad de utilizar para el efecto a elección del comerciante su conservación en papel o cualquier medio técnico o electrónico que garantice su reproducción.

Hechas las anteriores precisiones, pasamos a atender su consulta en los siguientes términos:

Como quiera, en el caso que nos ocupa el ente económico fue liquidado en el año 2000, ya no tiene la obligación legal de conservar la información comercial y contable, dado que ya transcurrió el tiempo en que deben mantenerse archivados los mismos, es decir por (5) años.

Por último, si la sociedad era vigilada o controlada por la Superintendencia de Sociedades debió haber informado y remitido a esta Entidad copia de la escritura pública en la que se protocolizó la cuenta final de liquidación, acompañada del certificado de cámara de comercio en el que conste la inscripción de la escritura pública en mención.

Oficio 220-022017 de 21 de febrero de 2008

La utilización de medios electrónicos para llevar la contabilidad, no exime al comerciante de la obligación de diligenciar los movimientos contables en los libros físicos, debidamente registrados

1. OBLIGACIÓN DE LLEVAR CONTABILIDAD Y OBLIGACIÓN DE DILIGENCIAR LIBROS DE CONTABILIDAD

Dispone el artículo 19 del Código de Comercio: «*Es obligación de todo comerciante:*

(...)

3. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales; ...»

A su turno señala el artículo 48 del citado Código: «*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.*»

Por su parte, el artículo 128 del Decreto 2649 de 1993, consagra que «*Se aceptan como procedimientos de reconocido valor técnico contable, además de los medios manuales, aquellos que sirven para registrar las operaciones en forma mecanizada o electrónica, para los cuales se utilicen máquinas tabuladoras, registradoras, contabilizadoras, computadores o similares (...)*»

De las normas anteriores se colige que todo comerciante tiene de una parte la obligación de llevar contabilidad regular de sus negocios, y

de otra, la de diligenciar libros de contabilidad, en los términos que señalen las normas del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. A este respecto, resulta pertinente traer a colación lo manifestado por el Consejo de Estado, a saber:

«No sobra llamar la atención sobre el hecho de que la ley a veces confunde la obligación de llevar contabilidad con aquella relativa al diligenciamiento de los libros. No obstante, una cosa es la obligación de llevar contabilidad y otra distinta que dicha obligación se cumpla a través de la confección de los libros (artículo 19 del Código del Comercio)» (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Expediente 8790 del 30 de abril de 1998. Consejero Ponente. Daniel Manrique Guzmán.)

Así las cosas, la obligación de llevar contabilidad abarca mucho más que el simple diligenciamiento de los libros de contabilidad. En efecto, mientras que el diligenciamiento de los libros implica el asentar cronológicamente las operaciones mercantiles y todas aquellas que puedan influir en el patrimonio del comerciante (artículo 53 C.Co.), el llevar contabilidad comporta además de dicho diligenciamiento, el elaborar y archivar los comprobantes de contabilidad, el documentar los hechos económicos en soportes de origen interno o externo, el conservar la correspondencia enviada y dirigida relacionada con los negocios (artículos 54 y 55 C.Co y 123 y ss Dec 2649 de 1993).

Ahora bien, en punto del deber de llevar la contabilidad al día, el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo expresó:

«Con el recurso gubernativo la sociedad allegó una certificación del revisor fiscal en el que se afirmó:

'Que la sociedad ha llevado su contabilidad conforme a las normas legales y a la técnica contable; que los Estados Financieros al 31 de diciembre de 1999 fueron tomados de las operaciones registradas en los libros y que corresponden a la realidad económica de Lagobo Distribuciones Ltda., a esa fecha.

Que la fecha de la inspección contable el libro Inventarios y Balances se encontraba al día al igual que los demás libros de la sociedad en el sistema computacional tal como lo prevé el artículo 128 Decreto Reglamentario 2649 de 1993 «Forma de llevar los libros. Se aceptan como procedimiento de reconocido valor técnico contable, además de los medios manuales, aquellos que sirven para registrar las operaciones en forma mecanizada o electrónica, para los cuales se utilicen máquinas tabuladoras, registradoras, contabilizadoras, computadores o similares [...]' (Folio 87 c.a.)

La anterior certificación unida a la afirmación de la autoridad tributaria en el pliego de cargos desvirtúan que la ausencia de los registros de 1999 en el libro de Inventarios y Balances se haya debido al atraso en su diligenciamiento, y demuestran que se trataba de falta de impresión de los mismos, lo cual no constituye un hecho irregular sancionable.» (Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 14684 del 30 de agosto de 2007, Consejero Ponente HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ)

Posteriormente el mismo Consejo de Estado manifestó:

«En consecuencia, en este caso no hubo atraso en el libro diario superior a cuatro meses, pues, se insiste, el mismo se encontraba al día en el software de la actora. Y, es que la noción de libro de comercio en general, y de contabilidad en particular, tiene un carácter amplio que comprende tanto el concepto tradicional de hojas, como las cintas magnetofónicas, microfichas, disquetes y demás documentos que la tecnología ha puesto al servicio de los procesos económicos. Así, es el concepto amplio de libro debe tenerse en cuenta cuando quiera que deba calificarse el cumplimiento de la obligación legal de llevar la contabilidad.» (Consejo de Estado. Sección Cuarta. Expediente 14078 del 26 de septiembre de 2007. Consejero Ponente. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ)

De las jurisprudencias antes referidas se infiere que para efectos de determinar si la contabilidad se encuentra al día o atrasada basta con verificar si la misma se lleva a la fecha en el software del comerciante, sin que ello implique que éste se exonere de la

obligación autónoma e independiente de imprimir en los libros registrados la contabilidad, por ser éste el mecanismo señalado por las normas contables que facilita el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y del estado general de los negocios (artículos 48 y 50 C.Co).

2. OBLIGACIÓN DE LLEVAR LA CONTABILIDAD EN LIBROS REGISTRADOS

Prescribe el artículo 50 del Estatuto Mercantil: «*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.*»

Esta norma, la cual es de carácter imperativo, exige que la contabilidad se lleve solamente en libros registrados. El registro de los libros se adelanta de conformidad con lo previsto en el artículo 39 del Código de Comercio, que expresa:

«*El registro de los libros de comercio se hará en la siguiente forma:*

1. En el libro se firmará por el secretario de la cámara de comercio una constancia de haber sido registrado, con indicación de fecha y folio del correspondiente registro, de la persona a quien pertenezca, del uso a que se destina y del número de sus hojas útiles, las que serán rubricadas por dicho funcionario.

2. En un libro destinado a tal fin se hará constar bajo la firma del secretario, el hecho del registro y de los datos mencionados en el ordinal anterior.»

Nótese que la norma consagra el registro respecto de libros de comercio soportados en papel, pues no de otra forma podrían satisfacerse los requisitos allí consignados, esto es, la firma del secretario de la Cámara de Comercio dando constancia de que el libro ha sido registrado, así como la rúbrica de cada una de las hojas que forman el libro correspondiente. Ello excluye la posibilidad de que se registren libros

de contabilidad diligenciados a través de mecanismos distintos al papel, así el artículo 128 del Decreto 2649 de 1993 acepte como procedimientos de reconocido valor técnico contable para el registro de las operaciones medios mecánicos o electrónicos.

Sobre este particular la Superintendencia de Industria y Comercio expresó:

«*Ahora bien, teniendo en cuenta que los comerciantes deben inscribir en el registro mercantil todos los libros respecto de los cuales la ley exija esa formalidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 del Código de Comercio, la forma de hacer tal registro está por ahora referida a documentos físicos, en papel, de tal suerte que, aunque es posible conservar los libros en medio técnico, magnético o electrónico – en tanto que se garantice su reproducción exacta - su registro presupone la existencia del soporte físico y hasta tanto el registro previo de los libros en un medio diferente al papel no sea posible, deben seguirse llevando en papel aquellos libros cuyo registro sea obligatorio.*» (Concepto 06076353 del 29 de agosto de 2006)

Del concepto trascrito, el que alcanza sustento en el artículo 39 en comento, se desprende que si bien en el ordenamiento jurídico colombiano existen normas que permiten la utilización de medios electrónicos para cumplir con la obligación de los comerciantes de llevar libros de contabilidad, como es el caso del artículo 128 del Decreto 2649 de 1993, tal circunstancia no significa que se pueda prescindir de la impresión de la contabilidad en los libros registrados, ya que de admitirse tal posibilidad se estaría desconociendo el mandato contenido en el artículo 50 del Código de Comercio, por cuya virtud la contabilidad solamente podrá llevarse en libros registrados. De allí que la Superintendencia de Industria y Comercio afirme de manera categórica que hasta tanto el registro previo de los libros en un medio diferente no sea posible, deban seguirse llevando en papel aquellos libros cuyo registro sea obligatorio, como es el caso precisamente de los libros de contabilidad (artículo 28 Num. 7° C.Co.).

3. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LLEVAR LA CONTABILIDAD EN LIBROS NO REGISTRADOS

De acuerdo con el artículo 68 del Estatuto Mercantil, la importancia de los libros y papeles del comerciante radica en el hecho de que los mismos constituyen plena prueba de las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, tanto judicial como extrajudicialmente. Sin embargo, para que los libros gocen de fuerza probatoria, es necesario que los mismos sean registrados de forma previa a su diligenciamiento, en los términos del artículo 126 del Decreto 2649 de 1993.

De esta suerte, la contabilidad que se adelante en libros que no hayan sido registrados conforme al artículo 39 del Ordenamiento Mercantil, no está llamada a servir de prueba de las operaciones que realice el comerciante en desarrollo de su empresa social.

Además de la sanción de naturaleza probatoria antes referida, el llevar la contabilidad en libros no registrados trae como resultado la violación del artículo 50 del Código de Comercio, lo que en el caso de las sociedades comerciales las hace susceptibles de sanciones de contenido pecuniario por parte de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 numeral 3° de la Ley 222 de 1995.

En este orden de ideas, y para dar respuesta a su consulta, se ha de concluir que si bien existen disposiciones que como el artículo 128 del Decreto 2649 de 1993 permiten llevar la contabilidad en medios electrónicos, tal hecho no implica el poder prescindir del diligenciamiento de los libros de contabilidad en papel, por las razones que se sintetizan a continuación:

Porque el artículo 50 del Código de Comercio, norma de carácter imperativo, exige que la contabilidad se lleve en libros registrados, valga decir, en libros impresos, lo cual impide que la contabilidad se adelante únicamente a través de medios electrónicos, por no existir mecanismo alguno para el registro ante la Cámara de Comercio de

estos últimos, tal como lo manifestó la Superintendencia de Industria y Comercio en el concepto citado en el presente oficio.

Porque admitir que la contabilidad se lleve solamente en medios electrónicos, traería como resultado el desconocimiento del artículo 50 del Estatuto Mercantil, con las consecuencias que de ello se derivan, que en el caso de las sociedades comerciales sería la imposición de multas por parte de la Superintendencia de Sociedades, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 numeral 3° de la Ley 222 de 1995.

Porque el reconocer que la contabilidad se lleve exclusivamente en soportes electrónicos, sería de antemano desconocer el valor probatorio de la misma, como quiera que el artículo 126 del Decreto 2649 de 1993 exige como requisito para tal efecto que la contabilidad se diligencie en libros registrados, condición esta que no puede satisfacerse a través de mecanismos electrónicos.

Porque si bien la Ley 527 de 1999, reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales, la misma no opera tratándose de la obligación de los comerciantes de llevar contabilidad, en razón a que de conformidad con el artículo 48 del Ordenamiento Mercantil, la forma de conformar la contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, se hará de acuerdo a las disposiciones de dicho ordenamiento y a las demás normas sobre la materia, lo que excluye la aplicación de dicha ley por ser de carácter general y por no regular de forma alguna asuntos de naturaleza contable.

Porque el hecho de que el Consejo de Estado para efectos de poder establecer si la contabilidad se encuentra al día, acepte que la misma se lleve actualizada en el software del comerciante, no significa que este último se exonere de la obligación autónoma e independiente de imprimir la contabilidad en los libros registrados, lo cual descarta la posibilidad de que se asienten las operaciones del ente económico únicamente en soportes electrónicos.

Oficio 115-052834 de 11 de noviembre de 2008

Fecha a partir de la cual se deben contar los diez años para conservar los libros y papeles del comerciante

En su escrito solicita precisar si es posible llevar los libros de contabilidad por un medio electrónico o magnético, sin que medie registro ante la cámara de comercio, garantizando su reproducción tal como lo determina la ley, así mismo aclarar la expresión *«deberán ser conservados por un período de 10 años contados a partir de la fecha del último asiento, documento o comprobante»* señalada en el artículo 28 de la Ley 962 de 2005, ya que... *«pareciese que la ley en su aplicación se hace infinita en la medida que no aclara cuál es el momento de ese documento, asiento o comprobante, ¿es el momento acaso de cierre de la empresa o liquidación?»*

Sobre el particular es del caso precisar, que:

La obligatoriedad de inscribir en la cámara de comercio los libros de contabilidad, está consagrada en el artículo 28, numeral 7 del Código de Comercio, así como en el artículo 126 del Decreto 2649 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 962 de 2005, se refiere al tema de la conservación de los libros y papeles del comerciante, derogando por tanto, el artículo 60 del Código de Comercio y modificando el artículo 134 del Decreto 2649 de 1993, relativos a dicho tema, más no el de la inscripción, es decir, que los libros de contabilidad necesariamente deben estar inscritos en la respectiva cámara de comercio, previo a su diligenciamiento.

Ahora bien, en cuanto a la expresión *«a partir de la fecha del último asiento, documento o comprobante»*, debe entenderse como **fecha del último asiento**, aquella correspondiente a la fecha del asiento o movimiento contable registrado en el último folio del libro respectivo y como **fecha del documento o comprobante**, la indicada en los documentos o comprobantes que se pretendan conservar en la forma señalada en la ley.

Lo anterior permite concluir que la fecha de cierre o liquidación de la empresa, que se menciona en la consulta, nada tiene que ver con la fecha señalada en el artículo 28 de la citada Ley 962, toda vez que ésta en ninguna parte se refirió a empresas en marcha o en liquidación, sino que delimitó el período de tiempo, a partir del cual deben contarse en forma retrospectiva los 10 años en los cuales deben conservarse los libros y papeles del comerciante.

MÉTODO DE PARTICIPACIÓN PATRIMONIAL

Oficio 100-51566 de 31 de agosto de 1998

En la aplicación del método de participación patrimonial únicamente de deben considerar las utilidades o pérdidas provenientes de operaciones celebradas de la subordinada con la matriz

1. *«Dentro de los supuestos para la aplicación del método de participación patrimonial, está el de poder disponer de los resultados de la subordinada por parte de la controlante. ¿Ésta disposición se entiende como poder para hacer o exigir la declaratoria de dividendos o participación o la distribución de los resultados como a bien considere la controlante dentro de los parámetros legales?»*

Fundamentalmente para la aplicación del método de participación patrimonial se debe partir de la premisa de que la compañía inversora ejerce poder dominante en la toma de decisiones de la subordinada, de tal forma que pueda decidir sobre la distribución de utilidades.

Es así que, la matriz o controlante obligada a aplicar el método de participación patrimonial por encontrarse dentro los parámetros señalados para ello, debe afectar contablemente sus resultados dentro del mismo ejercicio, con el valor correspondiente al porcentaje que le corresponda en las utilidades o pérdidas registradas por la subordinada y actualizar con dicho valor el costo de la inversión.

Lo anterior independientemente de que la distribución de utilidades, si las hubiere, se haga por pago de dividendos en efectivo o en acciones a través de la capitalización de las utilidades, siempre que para el

efecto se cumplan las normas señaladas en el Código de Comercio sobre reparto de utilidades.

2. *«¿En la siguiente situación las sociedades B C D deben contabilizar su inversión en E por el método de participación patrimonial y hacer Estados Financieros Consolidados?*

Sociedad % participación en E

A	*46.00*
B	*30.00*
C	*23.00*
D	*0.90*
Otros	*0.10*
	100.00

Las sociedades BCD y E son subordinadas de A»

De acuerdo con la situación antes descrita las sociedades BCD deben contabilizar por el método de participación patrimonial la inversión que tenga cada una de ellas en la sociedad E, subordinada a su vez de la sociedad A, tal como se indica en la Circular Conjunta 09 y 013 de las Superintendencias de Sociedades y de Valores, expedida el 19 de diciembre de 1996[61], que en el numeral 4 señala:

«Al cierre del ejercicio de la matriz o controlante, o al corte del mes que se esté tomando como base para la preparación de estados financieros extraordinarios de la matriz o controlante, cada una de las subordinadas deberá contabilizar bajo el método de participación las inversiones que posea en aquellas sociedades que se consideren subordinadas o controladas de su matriz. Lo anterior sin perjuicio de aplicar el método de participación patrimonial en períodos intermedios, siempre y cuando se ajuste a las reglas prescritas en esta Circular.

61 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)

De esta manera los cambios en las subordinadas se reflejarán en la matriz o controlante a través de las filiales, para lo cual la matriz o controlante debe impartir las instrucciones pertinentes para que todas sus subordinadas apliquen el método de participación patrimonial y se ajusten a un cronograma que le permita finalmente a la matriz o controlante entregar sus estados financieros».

Respecto de la consolidación de estados financieros, le corresponde a la matriz o controlante A consolidar sus estados financieros con sus subordinadas BCD y E, ya que las subordinadas BCD, de acuerdo con el esquema planteado de situación de control, no se constituyen en submatrices de ninguna otra sociedad.

3. *«Para efectos del registro del método de participación patrimonial se deben excluir las utilidades o pérdidas generadas entre las sociedades que no hayan sido realizadas por éstas a través de terceros.*

«¿Esta exclusión es de la matriz respecto de la subordinada o viceversa o en ambos sentidos?

¿Esta exclusión es únicamente de utilidades o pérdidas no realizadas a través de terceros o incluye operaciones en ambos sentidos que afectan resultados tanto de la controlante como de la subordinada sin que hayan pasado o estén pasando a través de terceros?»

El objetivo del método de participación patrimonial es el de ajustar en la matriz o controlante el valor de la inversión sobre la base de las diferencias patrimoniales de la subordinada, calculadas entre el período corriente y el inmediatamente anterior, base que debe ser clasificada en resultados del ejercicio y otras partidas patrimoniales.

Al tomar los resultados del ejercicio de la subordinada, la circular conjunta antes mencionada, señala que de éstos se debe excluir la proporción de las utilidades o pérdidas originadas por operaciones entre subordina y matriz o controlante que aún no hayan sido realizadas por ésta a través de ventas a terceros.

Los resultados así depurados son la base para calcular el porcentaje de utilidades que le corresponde a la matriz, como ingresos por método de participación, toda vez que de no efectuarse dicha exclusión los resultados del ejercicio en la matriz quedarían incrementadas con dicha cantidad, a pesar de que los ingresos no han sido realizados.

En consecuencia, en la aplicación del método de participación patrimonial, únicamente se deben considerar las utilidades o pérdidas provenientes de operaciones celebras de la subordinada con la matriz y no las operaciones recíprocas realizadas entre ellas, las cuales sí deben ser eliminadas en su integridad en la consolidación de sus estados financieros, ya que la finalidad de éstos es presentar la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio y en la situación financiera, así como los flujos de efectivo, de un ente matriz y sus subordinados como si fuesen los de una sola empresa.

Oficio 340-020931 de 2 de mayo de 2002

El método de participación no es un sistema de valuación de inversiones, es un procedimiento de registro contable

1. El Decreto 2649 de 1993, en su artículo 61 preceptúa que «*las inversiones están representadas en títulos valores y demás documentos a cargo de otros entes económicos, conservados con el fin de obtener rentas fijas o variables, de controlar otros entes o de asegurar el mantenimiento de relaciones con éstos*».

A su vez el inciso quinto del artículo citado, señala que «*las inversiones en subordinadas, respecto de las cuales el ente económico tenga el poder de disponer que en el período siguiente le transfieran sus utilidades o excedentes, deben contabilizarse bajo el método de participación, excepto cuando se adquieran y mantengan exclusivamente con la intención de enajenarlas en un futuro inmediato, en cuyo caso deben contabilizarse bajo el método de costo*».

2. El inciso tercero del artículo 35 de la Ley 222 de 1995 dispone que «*las inversiones en subordinadas, deben contabilizarse en los libros de la matriz o controlante por el método de participación patrimonial*».

3. Con sujeción a lo dispuesto en las normas referidas, a través de la Circular Conjunta 09 y 13 de 1996 las Superintendencias de Sociedades y Valores respectivamente[62], señalaron las reglas generales para que sus vigilados ajustaran la contabilización de sus inversiones al método de participación patrimonial a partir de los estados financieros correspondientes a 1996.

En el numeral primero de la circular citada se define el método de participación patrimonial como el «*procedimiento contable por el cual una persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera registra su inversión ordinaria en otra, que se constituirá en su subordinada o controlada, inicialmente al costo ajustado por inflación*[63] *para posteriormente aumentar o disminuir su valor de acuerdo con los cambios en el patrimonio de la subordinada subsecuentes a su adquisición, en lo que le corresponda según su porcentaje de participación*».

Por su parte, a través de la técnica contable que se establece en el numeral 9 de la circular conjunta para registrar los cambios patrimoniales en la subordinada, se reconocen los efectos, posteriores a la adquisición, de la operación que realiza la matriz al constituir sus inversiones, ajustándose a lo preceptuado en el artículo 47 del Decreto 2649 antes mencionado, en materia de la identificación, registro e incorporación del hecho económico en la contabilidad.

Ahora bien, para fijar un criterio que prime en la valuación del activo se debe tener en cuenta su precio, el cual refleja el potencial de ganancia del mismo, si baja el precio debe haber entonces evidencia para justi-

62 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)

63 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

ficar una reducción en la capacidad esperada de percepción de ganancias, representada en una pérdida económica.

En este sentido, el artículo 10 ibídem dispone que *«tanto los recursos como los hechos económicos que los afecten deben ser apropiadamente cuantificados en términos de la unidad de medida»*, estableciendo con sujeción a las normas técnicas, como *«criterios de medición aceptados, el valor histórico, el valor actual, el valor de realización y el valor presente»*, lo que nos lleva a que en el numeral décimo de la misma circular se indique que *«las inversiones cuyo registro se haya efectuado por el método de participación patrimonial, serán objeto de ajuste al valor intrínseco»*, registrando su efecto en cuentas cruzadas de valuación o como provisión, según corresponda.

En consecuencia, la circular conjunta establece reglas generales que se transforman en un procedimiento contable para registrar las inversiones en subordinadas por parte de la matriz o controlante, de tal manera que en ningún caso su objetivo es el de imponer un sistema de valoración especial para este tipo de inversiones.

Oficio 340-060244 de 29 de noviembre de 2002

El valor que refleje la subordinada como prima en colocación de acciones no forma parte de las variaciones que registrará la matriz

1. *«¿Qué conceptos del patrimonio de la subordinada debe tener en consideración la matriz para efectos de aplicar el método de participación patrimonial?»*

Del texto de las Circulares Conjuntas 09 y 13 de 1996 y 01 y 03 de 2000, expedidas por las Superintendencias de Sociedades y Valores[64], respectivamente, se desprende que se tomarían a excepción del rubro

64 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)

de revalorización, todas las diferencias que presenten las cuentas que pertenecen al patrimonio.

Es del caso precisar que las circulares antes citadas contemplan un procedimiento sobre el cual se dan instrucciones de manera general, sin entrar a precisar cada uno de los ítems o situaciones particulares que se pueden presentar en este tipo de transacciones, sin pretender por este hecho inducir a error o generar confusión en los entes económicos que se encuentran en la obligación de dar estricto cumplimiento a las mismas.

A continuación se indica en que se fundamenta lo anotado en el párrafo precedente, para lo que tendremos en cuenta algunos aspectos relacionados con el ejemplo que usted tiene a bien tomar como base de sus consideraciones.

En el inciso primero del numeral 9.2 de la Circular Conjunta 09 y 13 de 1996, se señala que *«los incrementos o decrementos en el patrimonio de la subordinada originados en partidas patrimoniales distintas de sus resultados, aumentan o reducen el último costo ajustado[65] registrado de la inversión por la matriz o controlante, con abono o cargo al Superávit Método de Participación, según sea el caso»*.

De plano en el texto de la circular citada se desecha la posibilidad de que se lleve como variación patrimonial aquella que se llegare a presentar en el rubro de resultados del ejercicio, lo que es contrario a la aseveración efectuada en su escrito, toda vez que en la circular se indica expresamente que este tipo de variaciones se dan en partidas patrimoniales diferentes a los resultados.

Ahora bien, en el numeral primero de la circular citada se define el método de participación patrimonial como el procedimiento contable *«por el cual una persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera registra su inversión ordinaria en otra, que se constituirá en su subordinada o controlada, inicialmente al costo ajustado por inflación[66]*,

65 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.
66 Ídem

para posteriormente aumentar o disminuir su valor de acuerdo con los cambios en el patrimonio de la subordinada subsecuentes a su adquisición, en lo que le corresponda según su porcentaje de participación».

Así las cosas, al aplicar el método se tendrá en cuenta cada variación, que se registra en el patrimonio de la subordinada, que no ha afectado el costo de la inversión, de tal manera que al analizar rubro a rubro tendríamos:

• Una variación en el capital obviamente no la afectará, ya que al producirse la capitalización o la disminución de capital la técnica contable demanda que se incremente o se reduzca la inversión por el monto del valor aportado o disminuido y, si se da el caso en que la matriz no participa en la capitalización, esta variación afectará únicamente a los inversionistas que suscribieron acciones.

• La variación en el superávit de capital, cuando ésta se presenta como un incremento del patrimonio por efecto del aporte de la prima en colocación de acciones, ya hace parte del costo de la inversión al intervenir la matriz en la capitalización, por lo cual es claro y no admite discusión que este monto no puede llevarse como mayor valor del costo de la misma por efecto de la aplicación del método.

• Si tomamos el caso de las reservas, se analiza su procedencia, que no puede ser distinta a las utilidades generadas por la compañía, ya que si previamente estas utilidades han afectado el costo de la inversión no podremos pretender que el incremento en este grupo nuevamente se registre como un mayor valor de la misma.

• En cuanto a la revalorización del patrimonio, no era tan evidente como en los casos anteriores determinar si la variación que se presentaba por la aplicación del ajuste por inflación[67] en la subordinada, debería o no incrementar o disminuir el costo de la inversión,

67 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

por lo que, en aras de dar claridad a los vigilados, se expidió la Circular Conjunta 01 y 03 de 2000[68].

En consecuencia, como se manifestó anteriormente, corresponde al analista, basado en la técnica contable, determinar cuáles serán las variaciones patrimoniales que efectivamente deben afectar el costo de la inversión por la aplicación del método de participación patrimonial, teniendo el debido cuidado para no subestimar o sobrestimar dicho monto, ya que si la aplicación del procedimiento descrito en la circular no se hace de esta manera, se podrían presentar casos adicionales a los ya contemplados, en los cuales se afecte el costo de la inversión, por ejemplo como producto de la reclasificación que origina una capitalización de utilidades o prima en colocación, que ya fueron reconocidas en ejercicios anteriores.

2. *«¿Aplica el denominado ajuste al valor intrínseco?»*

Si se aplica la circular el registro contable llevaría a un error, puesto que instruye a que una desvalorización sea llevada a cuentas que pertenecen exclusivamente a valorizaciones.

Además de lo anterior, la circular hace mención a que está conforme con el artículo 61 del Decreto 2649 de 1993, lo cual no se ajusta a la esencia y excepciones del artículo en mención.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 del Decreto 2649 de 1993, en su concepto, al aplicar el método de participación se excluye la posibilidad de acudir al ajuste al valor intrínseco.

Al respecto, consideramos con todo respeto que su afirmación en este sentido no es correcta y se basa en una interpretación errada de lo consignado en la circular, toda vez que:

El Decreto 2649 de 1993, en su artículo 61 preceptúa que *«las inversiones están representadas en títulos valores y demás documentos*

68 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)

a cargo de otros entes económicos, conservados con el fin de obtener rentas fijas o variables, de controlar otros entes o de asegurar el mantenimiento de relaciones con éstos».

A su vez el inciso quinto del artículo citado, señala que *«las inversiones en subordinadas, respecto de las cuales el ente económico tenga el poder de disponer que en el período siguiente le transfieran sus utilidades ó excedentes, deben contabilizarse bajo el método de participación, excepto cuando se adquieran y mantengan exclusivamente con la intención de enajenarlas en un futuro inmediato, en cuyo caso deben contabilizarse bajo el método de costo».*

El inciso tercero del artículo 35 de la Ley 222 de 1995 dispone que *«las inversiones en subordinadas, deben contabilizarse en los libros de la matriz o controlante por el método de participación patrimonial».*

En el numeral octavo del artículo 4 del Decreto 1080 de 1996, se señala que son funciones del Despacho del Superintendente de Sociedades, *«fijar los criterios que deben seguir las sociedades comerciales en el registro de la información contable y financiera».*

Con sujeción a lo dispuesto en las normas referidas, a través de la Circular Conjunta 09 y 13 de 1996 las Superintendencias de Sociedades y Valores[69] respectivamente, impartieron instrucciones señalando las reglas generales para que sus vigilados ajustaran la contabilización de sus inversiones al método de participación patrimonial a partir de los estados financieros correspondientes a 1996.

Por su parte, se establece en el numeral 9 de la circular conjunta que para registrar los cambios patrimoniales en la subordinada, se deben reconocer los efectos, posteriores a la adquisición, de la operación que realiza la matriz al constituir sus inversiones, ajustándose a lo preceptuado en el artículo 47 del Decreto 2649, antes

69 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)

mencionado, en materia de la identificación, registro e incorporación del hecho económico en la contabilidad.

Ahora bien, en cuanto a las bases de medición o valuación tanto de los recursos como de los hechos económicos, el artículo 10 ídem, dispone que *«deben ser apropiadamente cuantificados en términos de la unidad de medida»*, estableciendo *«con sujeción a las normas técnicas, como criterios de medición aceptados, el valor histórico, el valor actual, el valor de realización y el valor presente»*, por lo cual es claro en nuestro sentir que una vez contabilizada la inversión por el método de participación, su valor se debe ajustar al valor intrínseco, registrando su efecto en cuentas cruzadas de valuación o como provisión, según corresponda, pues de lo contrario se estaría desconociendo esta norma básica e incrementando o disminuyendo el valor de la inversión al omitir el registro de la valorización o provisión a que hubiere lugar.

De otra parte, la interpretación del numeral décimo de la circular conjunta debe entenderse en el sentido de que si el costo de la inversión, una vez se aplique el método de participación, es superior al valor intrínseco, la diferencia afectará en primer lugar las cuentas correspondientes de los grupos 19 y 38, hasta su monto si existiere, y como una pérdida su exceso, esto quiere decir que en dicho evento, si previamente hubo lugar al registro de valorizaciones, se debe proceder a su reversión y posteriormente al registro de la provisión con cargo a los resultados del ejercicio.

3. La definición de crédito mercantil que consigna la circular conjunta 04 y 07 de 1997, expedida por las Superintendencias de Sociedades y Valores[70] respectivamente, se circunscribe a los fines que pretende dicha circular como son la determinación, contabilización y amortización del crédito mercantil adquirido en la compra de inversiones en subordinadas.

70 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)

Por lo antes anotado, para definir el crédito mercantil de una manera conceptual, entre otros, es preciso remitirse al contenido de la sentencia de julio 27 de 2001 de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Dr. Antonio Castillo Rugeles, en la que se indicó:

«En términos generales el anglicismo «good will» alude al buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor especifico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona.»

Entre los diversos elementos que se conjugan para determinarlo, cabe destacar, además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de los bienes incorporales, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos; la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero. En fin, el artículo 33 del Decreto 554 de 1942, enumeró algunos otros factores a considerar como *«constitutivos del good-will comercial o industrial»* al paso que, posteriormente, el Decreto 2650 de 1993, aludió a su registro contable bajo el nombre de *«crédito mercantil»*, indicando que allí se *«registra el valor adicional pagado en la compra de un ente económico activo, sobre el valor en libros o sobre el valor calculado o convenido de todos los activos netos comprados, por reconocimiento de atributos especiales tales como el buen nombre, personal idóneo, reputación de crédito privilegiado, prestigio por vender mejores productos y servicios y localización favorable. ...»*

De lo anterior se colige que no es suficiente que el inversionista pague un monto adicional sobre el valor en libros y que con esta adquisición adquiera el control de otra compañía para registrar el crédito mercantil, sino que deberían existir los bienes incorporales (intangibles) que se van a adquirir, además que el ente económico al que se le adquieren debe estar activo.

Respecto de la prima en colocación, es necesario precisar:

De acuerdo con el artículo 384 del Código de Comercio, *«la suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. ...»*

Al aprobar el reglamento correspondiente, puede el órgano social respectivo determinar libremente el precio al que serán ofrecidas las acciones, con la única limitante, según se establece en el artículo 386 ibídem, de que dicho precio no sea inferior al nominal.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2649 de 1993 establece en el artículo 84 que *«la prima en colocación de aportes representa el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes, el cual se debe contabilizar por separado dentro del patrimonio»*.

De igual forma en el inciso tercero del artículo 61 de la norma en comento, se señala que el valor histórico de las inversiones incluye los costos ocasionados por su adquisición.

En este caso el análisis de las disposiciones del Estatuto Mercantil habrá de aplicarse de manera armónica con la normatividad contable, de donde se infiere que dentro de la oferta presentada al posible suscriptor, entre otros elementos, debe encontrarse definido en forma integral el precio de venta de cada acción, el cual hace parte, conjuntamente con las demás erogaciones asociadas a su adquisición, del costo de la inversión.

En cuanto al registro contable tenemos:

- En el momento de contabilizar la inversión por parte de la matriz se deben llevar como costo todas las erogaciones asociadas con su adquisición, incluyendo el valor que se paga en exceso del valor no-

minal, pues en toda suscripción de acciones, el mayor valor que cancelan los accionistas a la sociedad emisora, así sea una subordinada, ésta lo registra como prima en colocación de acciones.

• Al aplicar el método de participación patrimonial, el valor que registró la subordinada como prima en colocación de acciones no debe formar parte de las variaciones patrimoniales que registrará la matriz, ya que este valor, como ya se dijo, se contabilizó como costo de la inversión al momento de su adquisición, si se hiciera así se sobreestimaría la inversión, por cuanto si la matriz registra la prima como crédito mercantil y posteriormente incrementa el costo de la inversión, en el porcentaje de participación que le corresponde, por efecto de la variación patrimonial sobre este mismo valor, el exceso del capital aportado se estaría contabilizando doblemente, tanto en la inversión como en el grupo de intangibles, sobrestimando de esta manera los activos de la sociedad.

Oficio 340-001772 de 18 de enero de 2005

Cuando se enajena la inversión y el porcentaje de participación de la sociedad disminuya y se pierda el control, debe abandonarse la aplicación del método de participación patrimonial

1) El artículo 61 del Decreto 2649 de 1993, contentivo de las normas o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, señala que *«las inversiones están representadas en títulos valores con el fin de obtener rentas fijas o variables, de controlar otros entes o asegurarse el mantenimiento de relaciones con éstos. ...*

El valor histórico incluye los costos ocasionados por su adquisición tales como comisiones, honorarios e impuestos, que una vez reexpresados como consecuencia de la inflación, cuando sea el caso[71], *debe ser ajustado al final del período al valor de realización, mediante provisiones o valorizaciones. ...»*

71 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

Así mismo, consagra que *«las inversiones en subordinadas, respecto de las cuales el ente económico tenga el poder de disponer que en el período siguiente le transfieran sus utilidades o excedentes, deben contabilizarse por el método de participación, excepto cuando se adquieran y mantengan exclusivamente con la intención de enajenarlas en un futuro inmediato, en cuyo caso deben contabilizarse bajo el método del costo»*.

Lo anterior concordante con lo establecido en el inciso final del artículo 35 de la Ley 222 de 1995, en donde se establece que *«las inversiones en subordinadas debe contabilizarse en los libros de la matriz o controlante por el método de participación patrimonial»*.

2) La Circular Conjunta 09 y 013 de diciembre de 1996, expedidas por las Superintendencias de Sociedades y de Valores, y su modificatoria No. 01 y 03 de 2000[72], consigna que el método de participación patrimonial es el *«procedimiento contable por el cual una persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera registra su inversión ordinaria en otra, que se constituirá en su subordinada o controlada, inicialmente al costo ajustado por inflación*[73]*, para posteriormente aumentar o disminuir su valor de acuerdo con los cambios en el patrimonio de la subordinada subsecuentes a su adquisición, en lo que corresponde según su porcentaje de participación»*.

Adicionalmente se establece que *«el efecto de la aplicación del método de participación queda reconocido totalmente en el valor de las inversiones en cuestión, al cierre de cada período. Este valor será la base para que, siguiendo las reglas generales, durante el transcurso del período siguiente se continúen realizando los ajustes integrales por inflación con periodicidad mensual»*[74].

72 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)
73 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.
74 Ídem

3) El valor nominal de cada uno de los aportes sociales le dan derecho y de igual manera le generan obligaciones a sus propietarios.

En cuanto a los derechos, entre otros tenemos el que les corresponde de manera proporcional en el patrimonio del ente económico, según el valor aportado como capital.

Hechas las anteriores precisiones y atendiendo el tema consultado por usted, tenemos lo siguiente:

a) En el momento de enajenar parte de la inversión se presentan dos situaciones, como son, que producto de la venta, el porcentaje de participación en el patrimonio de la sociedad se disminuya de tal manera que se pierda el control en los términos de los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995 y, por ende deba abandonarse a partir de ese momento, la aplicación del Método de Participación Patrimonial o, que el porcentaje enajenado no afecte la situación de subordinación y por lo tanto debe continuar aplicando el citado método.

En ese orden de ideas, en el entendido de que la transacción se hizo por un valor superior a su costo; para la primera situación, el valor a retirar como costo, resulta de dividir el saldo de la inversión entre el número de acciones poseídas y multiplicado por el número de acciones enajenadas. Así mismo el registro de utilidad en su enajenación, debe corresponder a la diferencia entre el precio de venta y el costo, y la parte proporcional que tenga reconocido como Superávit Método de Participación Patrimonial, diferencia que debe ser cancelada de dicho rubro. Ahora bien, atendiendo lo señalado en el artículo 61 citado, al final del ejercicio deberá efectuarse el nuevo cálculo al valor de realización, de cuerdo con su valor intrínseco o en bolsa y registrar la valorización o provisión respectiva y adicionalmente, verificar si las partidas que en su momento originaron el registro del Superávit Método de Participación Patrimonial sufren una disminución, tal hecho debe ser registrado disminuyendo su saldo, hasta que el mismo sea cancelado, afectando el costo de la respectiva inversión.

En tanto que para la segunda situación, al efectuar el cálculo del método, en los términos de la Circular Conjunta aludida al final del

ejercicio, el Superávit Método de Participación Patrimonial quedará ajustado de acuerdo con el patrimonio de la subordinada.

b) En cuanto, al segundo interrogante, si la venta se llevó a cabo en ejercicios anteriores deben hacerse los registros respectivos dependiendo de la situación descrita en el literal anterior, con fundamento en lo previsto en el artículo 106 del Decreto 2649 de 1993, el cual contempla que «*las partidas que correspondan a la corrección de errores contables de períodos anteriores, provenientes de equivocaciones en cómputos matemáticos, de desviaciones en la aplicación de normas contables o de haber pasado inadvertidos hechos cuantificables que existían a la fecha en que se difundió la información financiera, se deben incluir en los resultados del período en que se advirtieren*». En este caso la utilidad en la enajenación de la inversión debe registrarse en la cuenta 4265- Ingresos de Ejercicios Anteriores. De igual manera registrarán los ajustes respectivos en las cuentas que tienen que ver con tal hecho económico, como son Inversiones, Valorizaciones y Superávit Método de Participación Patrimonial, hecho que adicionalmente debe ser ampliamente revelado en las notas a los estados financieros.

Oficio 340-011823 de 8 de marzo de 2005

Reinicio de la aplicación del método de participación patrimonial

La sociedad T posee el 94% en la compañía J, hasta el año 2001 la registró bajo el Método de Participación Patrimonial, por los años 2002 y 2003 la registró bajo el método del costo, toda vez que la inversión llegó a cero y las pérdidas se reconocieron en cuentas de orden. En el año 2004 la Sociedad T capitalizó la suma de $60, antes de la capitalización el patrimonio de J era negativo, la utilidad neta de J a septiembre de 2004 es de $6, el valor de la inversión en J a dicha fecha es de $58.

Teniendo en cuenta que el patrimonio de J es positivo, los resultados interinos vienen generando utilidad y se proyecta terminar con utilidad el 2004 y su saldo es positivo, de lo anterior consulta:

1. *«¿Se debe volver al Método de Participación Patrimonial, no obstante las utilidades actuales de J no alcancen a la fecha (2004) a cubrir las pérdidas acumuladas anteriores?»*

2. *«De ser positiva la respuesta, para determinar la variación patrimonial, ¿la misma se calcula sobre el patrimonio inmediatamente anterior, es decir diciembre de 2003, o sobre el patrimonio del último año en que se aplicó el método de participación patrimonial, es decir 2001?*

Si la variación patrimonial se calcula con base al patrimonio acumulado a diciembre 31 de 2003, ¿cómo se reconocen las pérdidas que la matriz tiene reconocida en cuentas de orden?»

3. *«Si al momento de efectuar la capitalización, la inversión venía siendo registrada por el método del costo, ¿la matriz puede registrar como crédito mercantil el monto adicional pagado sobre el valor en libros de las acciones de J al momento de dicha capitalización, o debe considerar la totalidad de dicha capitalización como mayor valor de la inversión?»*

Al respecto, sea lo primero manifestarle que las consultas que se soliciten a esta Entidad se resuelven de manera general, de acuerdo con las facultades conferidas en ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control expresamente señaladas en la Ley 222 de 1995. Señalado lo anterior, en relación con el tema materia de consulta, hay que tener presente las siguientes consideraciones:

1. La Circular Conjunta 09 y 013 expedida por las Superintendencias de Sociedades y Valores en 1996[75], sobre el tema en el numeral 11,

75 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)

referente al ABANDONO DEL MÉTODO DE PARTICIPACIÓN - expresa que *«cuando del registro de pérdidas recurrentes o de disminuciones patrimoniales no originadas en resultados, el valor de la inversión de la subordinada llegare a cero, se entiende abandonado el método de participación patrimonial .... **Si posteriormente la subordinada obtiene utilidades, la matriz o controlante reiniciará la utilización del método de participación en esas utilidades, sólo después de que su participación en ellas sea igual a su participación en las pérdidas netas no reconocidas en ejercicios anteriores.** Entre tanto, se procederá a reconocer el valor de las pérdidas dentro de las Cuentas de Orden (Diversas), originadas en el exceso de las mismas con respecto al valor de la inversión contabilizada por el método de participación. Tal circunstancia, deberá ser objeto de revelación a través de notas a los estados financieros»*.

En el caso que nos ocupa, debe reiniciarse la aplicación del citado método, no obstante que al aplicar el porcentaje de participación que posee la matriz en el capital de la subordinada a las utilidades obtenidas en el período de 2004, no alcance a cubrir el valor que le corresponde en las pérdidas netas no reconocidas de ejercicios anteriores, toda vez que la causa inicial del abandono fue generada porque el valor de la inversión llegó a CERO, hecho que fue solucionado producto de la capitalización efectuada.

Para determinar la variación patrimonial, los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 2003 son los que deben tomar para efectuar los cálculos respectivos. Cabe anotar que corresponde a la controlante determinar cuales son las variaciones patrimoniales que deben incrementar o disminuir el costo de la inversión, teniendo el debido cuidado para no sobrestimar o subestimar el monto de las mismas. A manera de ejemplo citamos, que no es viable registrar como variación del patrimonio el valor capitalizado, puesto que tal partida ya hace parte del costo de la inversión en los activos de la matriz.

En cuanto al interrogante del literal b, no es viable reconocer como partidas que afecten los resultados del ejercicio, producto de la

aplicación del método de participación patrimonial, las pérdidas de ejercicios anteriores, que la matriz registra en Cuentas de Orden, puesto que el valor de la inversión llegó a cero siendo esta la razón de abandono del Método de Participación.

2. Ahora bien, en cuanto al segundo punto de su consulta, la Circular Conjunta 007 y 004 de 1997 expedida por las Superintendencias de Valores y Sociedades[76] en su numeral 1.1. señala que se conoce como «*Crédito Mercantil Adquirido*», «*el monto adicional pagado sobre el valor en libros en la compra de acciones o cuotas partes de interés social de un ente económico activo, si el inversionista tiene o adquiere el control sobre el mismo, de acuerdo con los presupuestos establecidos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan*».

El numeral 1.2. indica que «*para efectos de reconocer el crédito mercantil adquirido, éste se debe registrar en el momento de la adquisición de inversiones permanentes en subordinadas ...*»

El numeral 1.4. establece que «*al momento de efectuar la inversión, se debe proceder a clasificar el monto del desembolso o negociación en lo que corresponda al valor de la inversión y al crédito mercantil adquirido.*

Para efectos de determinar la suma que se contabilizará como crédito mercantil, al valor pagado por cada acción o cuota parte de interés social se le restará el valor intrínseco de las mismas, tomado al corte del mes inmediatamente anterior a aquel en el que se efectúa la transacción».

El Código de Comercio respecto del contrato de sociedad; aportes de los asociados y suscripción de acciones, preceptúa:

76 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)

«*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. ...*»

«*Artículo 130. En las sociedades por acciones cada aportante responderá del valor total de la suscripción que haya hecho. ...*»

«*Artículo. 373: La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; ...*»

«*Artículo 384: La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a sus estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocer la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente. ...*»

«*Artículo 399: A todo suscriptor de acciones deberá expedírsele por la sociedad el título o títulos que justifiquen su calidad de tal. ...*»

• «*Aportar significa contraer la obligación de dar o de hacer a favor de la sociedad; aporte en términos generales, es toda prestación de algo que tenga valor de uso y valor de cambio, dado o hecho por los asociados a favor de la compañía; y pagar el aporte es entregarlo o cumplirlo en el lugar, forma y tiempo estipulados. El pago suele ser un acto ulterior al nacimiento de la obligación que contrae el asociado*».[77]

Al igual que en la constitución de la sociedad, en una posterior capitalización de la misma es el asociado el que se obliga a pagar su aporte a la compañía que emite sus acciones, como parte del desprendimiento patrimonial del socio a favor del ente económico de un bien apreciable en dinero y, en ningún momento, en ésta se

77 Narváez García José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Ed. Legis, Bogotá 1977 segunda edición página 88

incorpora una obligación diferente a la de entregar el título que lo acredita como accionista.

Así mismo, el artículo 83 del Decreto 2649 de 1993, dispone que *«el capital representa los aportes efectuados al ente económico en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores.*

El capital debe registrarse en la fecha en la cual se otorgue el documento de constitución o de reforma, o se perfeccione el compromiso de efectuar el aporte, en las cuentas apropiadas, por el monto proyectado, comprometido y pagado, según el caso.

Los aportes en especie se deben contabilizar por el valor convenido, o el debidamente fijado por los órganos competentes del ente económico y aprobado por las autoridades, si fuere el caso.

Se deben registrar por separado cada clase de aportes según los derechos que confieran».

Al aprobar el reglamento correspondiente, puede el órgano social respectivo determinar libremente el precio al que serán ofrecidas las acciones, con la única limitante, según se establece en el artículo 386 ibídem, de que dicho precio no sea inferior al nominal.

En consecuencia con lo anterior, el Decreto 2649 de 1993 anteriormente citado, establece en el artículo 84 que *«la prima en colocación de aportes representa el mayor valor cancelado sobre el valor nominal o sobre el costo de los aportes, el cual se debe contabilizar por separado dentro del patrimonio».*

De igual forma en el inciso tercero del artículo 61 de la norma en comento, se señala que *«el valor histórico de las inversiones incluye los costos ocasionados por su adquisición ...»*

En este caso el análisis de las disposiciones del Estatuto Mercantil habrá de aplicarse de manera armónica con la normatividad contable, de donde se infiere que dentro de la oferta presentada al posible

suscriptor, entre otros elementos, debe encontrarse definido en forma integral el precio de venta de cada acción, el cual hace parte, conjuntamente con las demás erogaciones asociadas a su adquisición, del costo de la inversión.

En consecuencia, acorde con las disposiciones antes referidas, es claro que sólo hay lugar a registrar crédito mercantil adquirido por la adquisición de inversiones en subordinadas, en los términos de la Circular 04 y 07 de 1997[78], y no en la emisión que efectúe la controlada al momento de su constitución o posterior capitalización.

En cuanto al registro contable tenemos:

- En el momento de contabilizar la inversión por parte de la matriz se deben llevar como costo todas las erogaciones asociadas con su adquisición, incluyendo el valor que se paga en exceso del valor nominal, pues en toda suscripción de acciones, el mayor valor que cancelan los accionistas a la sociedad emisora, así sea una subordinada, ésta lo registra como prima en colocación de acciones.

- Al aplicar el método de participación patrimonial, el valor que registró la subordinada como prima en colocación de acciones no debe formar parte de las variaciones patrimoniales que registrará la matriz, ya que este valor, como ya se dijo, se contabilizó como costo de la inversión al momento de su adquisición, si se hiciera así se sobrestimaría la inversión, por cuanto si la matriz registra la prima como crédito mercantil y posteriormente incrementa el costo de la inversión en el porcentaje de participación que le corresponde, por efecto de la variación patrimonial sobre este mismo valor, el exceso al capital aportado se estaría contabilizando doblemente, tanto en la inversión como en el grupo de intangibles, sobrestimando de esta manera los activos de la sociedad.

78 Modificada por la Circular Conjunta 006 y 011 del 18 de agosto de 2005 expedida por las Superintendencias de Sociedades y de Valores (hoy Financiera)

Oficio 115-024083 de 4 de marzo de 2008

Reconocimiento contable de la diferencia en cambio de las inversiones en subordinadas del exterior

Respecto a la consulta relacionada con el Decreto 4918 del 26 de diciembre de 2007, sobre la aplicación del Método de Participación Patrimonial, en los casos que a continuación se citan, me permito manifestarle lo siguiente:

«Cuando el saldo neto de la cuenta Superávit Método de Participación Patrimonial quede con saldo negativo propio de su naturaleza o positivo contrario a su naturaleza, si se da el segundo caso, ¿cuál debe ser el tratamiento de ese saldo positivo?

Si al hacer el registro contable del Superávit Método de Participación Patrimonial por las variaciones patrimoniales de la subordinada y este registro fuese positivo, ¿es viable seguirlo registrando en la cuenta patrimonial a pesar de estar con saldo contrario a su naturaleza o ésta variación patrimonial debe registrarse a Resultados?

¿Como la diferencia en cambio hace parte del costo contable de la inversión, cuál debe ser su tratamiento, para determinar el Superávit Método de Participación Patrimonial?»

Previo a atender sus interrogantes en el mismo orden en que fueron presentados, debemos referirnos a alguna regulación en particular:

a) La Circular Conjunta No.100-006 y 11 del 2005, emitida por la Superintendencia de Sociedades y Superintendencia de Valores (hoy Superintendencia Financiera) respectivamente, definen el *«método de participación patrimonial»* como *«el procedimiento contable por el cual una persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera registra su inversión ordinaria en otra, constituida en su subordinada o controlada,*

inicialmente al costo ajustado por inflación[79]*, para posteriormente aumentar o disminuir su valor de acuerdo con los cambios en el patrimonio de la subordinada subsecuentes a su adquisición, en lo que le corresponda según su porcentaje de participación.*

Las contrapartidas de este ajuste en los estados financieros de la matriz o controlante ***deben registrarse en el estado de resultados y/o en la Cuenta 3225 Superávit Método de Participación***. (El resaltado no es del texto)

El Método de Participación Patrimonial deberá utilizarse para la contabilización de cada una de las inversiones, de forma individual».

De igual manera, el punto 9.2 de la señalada circular, referente al procedimiento de registro de los cambios patrimoniales en las subordinadas, originados en otras partidas patrimoniales, manifiesta que, *«las variaciones originadas en partidas patrimoniales distintas de sus resultados, en el porcentaje de participación que posea la matriz, sean estas positivas o negativas,* ***a las cuales debe restarse el valor de los ajustes por inflación que aplicó la controlante a la inversión durante el período***[80]*, deben registrarse como un aumento o reducción del último costo* ***ajustado***[81] *de la inversión, con abono o cargo al Superávit Método de Participación, según sea el caso».*

En este punto es importante recordar que el sistema de ajustes por inflación a partir del primero de enero del 2007, NO debe ser reconocido contablemente por parte de los entes económicos, tal y como lo establece el Decreto 1536 del 7 de mayo del citado año.

Señalado lo anterior, atendiendo los dos primeros interrogantes de su escrito por encontrarse íntimamente relacionados, al efectuar el ajuste por diferencia en cambio de la inversión, éste debe ser reconocido como un mayor valor de la inversión (si tal diferencia es positiva), o

79 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.
80 Ídem
81 Ídem

menor valor (cuando la señalada diferencia sea negativa), y como contrapartida el rubro 3225 Superávit Método de Participación Patrimonial, cuenta esta cuyo saldo puede que, producto de tal situación, sea contrario al de su naturaleza, no obstante el mismo debe reflejarse de igual manera, hasta tanto no se presenten hechos que conlleven a la reversión o recuperación de tal saldo "negativo" o cuando se enajene la inversión, llevando su control a nivel de auxiliar.

En este punto, consideramos importante anotar que si como consecuencia del reconocimiento de la diferencia en cambio, el saldo del rubro Superávit Método de Participación, resulta de naturaleza contraria y producto de ello el patrimonio de la sociedad se reduce por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, queda incursa en la causal de disolución de que trata el artículo 457 del Código de Comercio, y para el caso de las sociedades limitadas el artículo 370 ídem. Normas de las que se colige que el sentido de las mismas está dirigido a la ocurrencia de una causal de disolución que se relaciona directamente con el deterioro del patrimonio neto de la sociedad.

En cuanto a su tercer interrogante, se le manifiesta que el Decreto 4918 de 2007 no modifica en aspecto alguno el procedimiento establecido en la Circular Conjunta, antes referida, para aplicar el método de participación patrimonial.

por último, este Despacho considera necesario precisar que para aplicar de manera apropiada y reconocer contablemente las modificaciones realizadas a los artículos 69 y 102 del Decreto 2649 de 1993, es indispensable y obligatorio por parte de los administradores del ente económico, matriz o controlante, como responsables de la información financiera, observar las fechas de corte de cuentas y determinación de los resultados del período; a manera de ejemplos, en el evento que el período sea del 1°. de enero al 31 de diciembre del 2007, debe ser aplicable a los estados financieros del año 2007, para cumplir con la uniformidad de éstos dentro del mismo periodo. Ahora bien, si según los estatutos el ente económico tiene cortes semestrales (en junio 30 y diciembre 31 de cada año), únicamente podrá y deberá atender lo manifestado en el decreto para el periodo com-

prendido entre el 1°. de julio y diciembre 31 de 2007, puesto que, reiteramos, las normas, principios y políticas contables, deben aplicarse en forma uniforme en el periodo.

Oficio 115-133653 de 31 de diciembre de 2008

El reconocimiento de la diferencia en cambio de las inversiones en subordinadas en el exterior no da lugar a impuesto diferido

Me refiero a su escrito, mediante el cual solicita la reconsideración del concepto emitido por este Despacho con el número 115-0083188 del 14 de agosto de 2008 y expone las razones por las que no comparte la conclusión del mismo.

Al respecto me permito manifestarle que este Despacho se ocupó nuevamente del tema y mediante oficio 115- 105839 del 16 de octubre manifestando en la parte pertinente lo siguiente:

«Al respecto, la Circular Conjunta Externa No.100-006 y 11 del 2005 define el «Método de participación patrimonial» como el procedimiento contable por el cual una persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera registra su inversión ordinaria en otra, constituida en su subordinada o controlada, ... para posteriormente aumentar o disminuir su valor de acuerdo con los cambios en el patrimonio de la subordinada subsecuentes a su adquisición, en lo que le corresponda según su porcentaje de participación.

Las contrapartidas de este ajuste en los estados financieros de la matriz o controlante ***deben registrarse en el estado de resultados y/o en la Cuenta 3225 Superávit Método de Participación****. (El resaltado no es del texto)*

El Método de Participación Patrimonial deberá utilizarse para la contabilización de cada una de las inversiones, de forma individual.

De igual manera, el punto 9. 2 de la señalada circular, al referirse al registro de ***los cambios patrimoniales en las subordinadas, ori-***

ginados en otras partidas patrimoniales, *manifiesta que* ***las variaciones originadas en partidas patrimoniales distintas de sus resultados, en el porcentaje de participación que posea la matriz, sean estas positivas o negativas****, a las cuales debe restarse el valor de los ajustes por inflación que aplicó la controlante a la inversión durante el período*[82]*,* ***deben registrarse como un aumento o reducción del último costo ajustado***[83] ***de la inversión, con abono o cargo al Superávit Método de Participación, según sea el caso.***

Así mismo, debemos tener presente que uno de los objetivos que se persigue con la aplicación del citado método es que, la matriz o controlante reconozca los resultados de la subordinada en el mismo periodo en que ésta los obtiene.

Señalado lo anterior, para el caso que nos ocupa, recordemos que la sociedad matriz o controlante al momento de aplicar el método de participación patrimonial de una subordinada en el exterior, lo primero que debe hacer, al obtener la información financiera de ésta, es la conversión aplicando la tasa de cambio respectiva y a dicho producto se le debe aplicar el porcentaje de participación que posee la matriz en el capital de la subordinada, cuyo resultado será el valor que reconocerá la matriz como un mayor o menor valor de la inversión a la fecha en que se está realizando el cálculo y su contrapartida será un ingreso o gasto en el estado de resultados. Es importante anotar que los incrementos o disminuciones en el patrimonio de la subordinada originados en los resultados del período, deberán ser depurados, para lo cual se excluirán de las utilidades o pérdidas originadas por operaciones entre las subordinadas y la matriz o controlante, o entre las subordinadas, que aún no hayan sido realizadas por ésta a través de operaciones con terceros, esto es personas distintas a la matriz y sus subordinadas.

82 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.
83 Ídem

Como podemos observar tal registro no genera diferencia alguna que implique por lo tanto el reconocimiento de un impuesto de renta diferido, puesto que tal operación como vemos no supone una diferencia temporal.

Ahora bien, en cuanto a las variaciones originadas en partidas patrimoniales distintas de sus resultados, al registrarse como un aumento o reducción del último costo de la inversión, con abono o cargo al Superávit Método de Participación, según sea el caso, al no pasar por el estado de resultados de igual manera no genera diferencia temporal alguna que conlleve al registro de un impuesto de renta diferido.

Cosa bien distinta es que una vez se enajene la inversión parcial o totalmente, la parte proporcional en el primero de los eventos o el saldo del rubro «Superávit Método de Participación Patrimonial», en la segunda situación, afecten los resultados de la matriz o controlante conteniendo, el citado rubro, los ajustes por diferencia en cambio que en su momento fueron registrados.»

Es importante anotar que la diferencia en cambio reconocida como variación patrimonial, atendiendo lo señalado en el decreto que nos ocupa, se presenta únicamente para las inversiones de renta variable, poseídas en el exterior en entes económicos que se consideran controlados y por ello se clasifican como permanentes, esto es, que el ente económico que la controla no tiene la intención de enajenarla en un futuro inmediato y por tanto aplica el método de participación patrimonial, es por ello que solamente se revertirá esta situación, afectando los resultados, cuando el ente controlante enajene tal inversión parcial o totalmente, de tal manera que en el momento de efectuar los registros contables la compañía no tiene una expectativa razonable de que, por la enajenación parcial o total de la inversión, se generará suficiente renta gravable en los períodos en los cuales tales diferencias se revertirán, si en dicho momento fuere así, existiendo una decisión seria e inequívoca de enajenar la inversión, ésta debe contabilizarse bajo el método del costo.

De otra parte, para este Despacho es clara la existencia del impuesto de renta diferido por diferencias temporales, prueba de ello son los diferentes oficios emitidos por la Entidad en los que sustenta su doctrina, como son entre otros, el No. 340-24582 del 21 de mayo de 1998, 340-053242 del 18 de diciembre de 2001 y recientemente en el oficio 115-130135 del 12 de diciembre del año en curso, los cuales pueden ser consultados en la pagina de la entidad.

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho confirma la conclusión establecida en el oficio 115-083188 del 14 de agosto pasado, ratificada con el 115-105839 del 16 de octubre último, en el sentido que la diferencia en cambio de las variaciones patrimoniales reconocidas en el rubro «Superávit Método de Participación Patrimonial», no genera una diferencia temporal y por ende el registro de un impuesto de renta diferido.

REVALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO

Oficio 220-6340 de 24 de febrero de 1995

La capitalización de la revalorización de patrimonio, utilizando un valor superior al nominal de las acciones, no es viable

Mediante escrito radicado en esta Entidad se consulta lo siguiente:

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 345 del Estatuto Tributario, según el cual, la cuenta de *«revalorización del patrimonio»*, *«... no podrá distribuirse como utilidad a los socios o accionistas, hasta tanto se liquide la empresa o se capitalice su valor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36-3 del Estatuto Tributario, en cuyo caso se distribuirá como un ingreso no gravado con el impuesto sobre la renta y complementarios...»*, se pregunta:

1. *«¿La capitalización de la cuenta 'revalorización del patrimonio', puede hacerse mediante la emisión de acciones a un valor diferente al valor nominal de las acciones y por consiguiente el valor en exceso*

del nominal se puede contabilizar como «prima en colocación de acciones»?

2. *¿La capitalización de la cuenta 'revalorización del patrimonio', se puede hacer mediante una variación en el valor nominal de las acciones?*

3. *¿La capitalización de la cuenta 'revalorización del patrimonio', se puede hacer mediante la emisión de acciones a valor nominal?.*

4. *Si no es posible efectuar la capitalización mediante la emisión de acciones a un valor diferente del nominal, una sociedad que en su asamblea haya ordenado dicha capitalización, ¿puede en su próxima asamblea, mediante una proposición debidamente aprobada, ordenar el traslado a la cuenta de capital del exceso contabilizado como «prima en colocación de acciones», haciendo uso de cualquiera de las siguientes alternativas?:*

- Variar el valor nominal de las acciones por el total de la cuenta 'prima en colocación de acciones'.

- Emitir acciones al valor nominal por el total de la cuenta «prima en colocación de acciones».

Sobre el particular se señala:

1. La revalorización del patrimonio, en los términos del artículo 90 del Decreto 2649 de 1993, a que se alude en el punto primero de la consulta, refleja el efecto o impacto que sobre el mismo origina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Dicha revalorización arroja un saldo, el cual cuando es positivo, sólo puede distribuirse como utilidad cuando el ente empresarial se liquida o cuando se capitalice su valor, conforme a las normas legales[84].

2. *«Del patrimonio sometido a ajuste se deberá excluir, el valor patrimonial neto de los activos correspondientes al 'Good Will', «Know*

84 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue modificado por el Decreto 1536 de 2007.

- How' y los demás intangibles que sean estimados por el contribuyente o que no hayan sido producto de una adquisición efectiva», (artículo 346 del Estatuto Tributario[85]) y si el patrimonio ha sufrido durante el año disminuciones o aumentos, deberán efectuarse los ajustes a que alude el artículo 347, ídem.

3. El valor de la cuenta denominada «revalorización del patrimonio», que como se ha dicho no podrá distribuirse como utilidad a los accionistas hasta tanto se liquide la empresa, es para la legislación tributaría un ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional y puede capitalizarse de conformidad con las normas legales, pero por el valor nominal de las acciones, pues para poder capitalizarse por un valor diferente al nominal, debería mediar necesariamente una reforma estatutaria modificatoria del valor nominal de las acciones.

Puede, en consecuencia, hacerse la capitalización de la cuenta «revalorización del patrimonio», mediante la emisión de acciones pertinente, pero atendiendo al valor nominal de las acciones de la compañía, ya que al tenor de la ley de comercio, el precio de las acciones no puede ser inferior al nominal (artículo 386 del Co. de Co).

4. La hipótesis referida a la capitalización de la cuenta utilizando un valor superior al nominal de las acciones, llevando la diferencia a prima en colocación de acciones, no es viable, habida cuenta que permitir tal posibilidad conduciría al desconocimiento de la prohibición legal en el sentido de que la cuenta de revalorización sólo puede capitalizarse o bien distribuirse entre los asociados una vez efectuado el proceso liquidatorio.

En este punto, es pertinente reiterar lo expresado por la Entidad en relación con la prima en colocación de acciones, como «*... susceptible de capitalizarse y por lo tanto de distribuirse entre los asociados en acciones, cuotas o partes de interés social, como claramente lo han señalado las disposiciones tributarías pertinentes, como el artículo 36-*

85 Derogado por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006

3 del Estatuto Tributario, adicionado por la Ley 49 de 1990 y el artículo 52 del Decreto 836 de 1991». (Superintendencia de Sociedades, Doctrinas Contables pág.138)

Y es que «la prima en colocación de acciones» es esencialmente un superávit de capital y como tal forma parte del patrimonio social.

Obviamente, se desprende de lo expuesto, que la capitalización de la cuenta «revalorización del patrimonio», puede hacerse variando el valor nominal de las acciones, pero para ello se requiere, como ya quedó indicado, una reforma estatutaria previa que lo modifique, pues en ningún caso puede variarse dicho valor, sin que medie la reforma estatutaria pertinente, ya que el valor nominal de las acciones afecta la estructura y composición del capital social.

5. En cuanto al tercer interrogante, estima pertinente el Despacho traer a colación lo expresado por esta Entidad en oficio 220-14803 del 8 de agosto de 1994, publicado en el boletín jurídico N2.01 de 1994.

«Ahora bien, lo anterior no obsta para que la distribución del valor correspondiente se haga en acciones, pues ésta es la forma a través de la cual se realiza una capitalización, que es la posibilidad que contempla la ley para entender por cumplida la obligación de mantener ese saldo como una utilidad no distribuible, que en últimas es la finalidad que se persigue.

Así las cosas y teniendo en cuenta que la capitalización en ese caso debe efectuarse con sujeción a las normas legales pertinentes, este Despacho es de la opinión que para ello basta con que una vez justificado ese mayor valor que adquiere el patrimonio en razón del efecto inflacionario, el máximo órgano social apruebe su capitalización mediante la distribución en acciones. Para lo cual se requerirá el voto de la mayoría ordinaria en los estatutos, no siendo necesario por lo tanto la elaboración de un reglamento de colocación de acciones y por ende la celebración de un contrato de suscripción de acciones».

6. Teniendo en cuenta que es necesario efectuar la capitalización mencionada mediante la emisión de acciones y de acuerdo con el valor nominal de las mismas, la sociedad que ha ordenado dicha capitalización con el voto favorable de las mayorías decisorias pertinentes, debe en todo caso adoptar en su próxima asamblea, mediante una proposición debidamente aprobada, que se haga el traslado a la cuenta de capital del exceso contabilizado como «prima en colocación de acciones», haciendo uso de cualquiera de la alternativas a que alude la consulta:

a. Variar el valor nominal de las acciones mediante la reforma estatutaria pertinente, con el propósito de capitalizar el total de la cuenta «prima en colocación de acciones» mencionada, o

b. Emitir acciones a su valor nominal actual, pero por el valor total de la suma llevada a la cuenta «prima en colocación de acciones».

Oficio 340-029123 de 5 de junio de 2007

Registro contable del impuesto al patrimonio

Sobre el particular, es importante resaltar que el artículo 25 de la Ley 1111 modificó el artículo 292 del Estatuto Tributario señalando que: *«Por los años gravables 2007, 2008, 2009 y 2010, créase el impuesto al patrimonio a cargo de las personas jurídicas, naturales y sociedades de hecho, contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta. Para efectos de este gravamen, el concepto de riqueza es equivalente al total del patrimonio líquido del obligado.*

Parágrafo. Los contribuyentes ***podrán*** *imputar el impuesto al patrimonio contra la cuenta de revalorización del patrimonio, sin afectar los resultados del ejercicio.»* (el resaltado no es del texto)

Ahora bien, el artículo 82 de la Ley 222 de 1995, señala que la Superintendencia de Sociedades, ejerce la inspección; vigilancia y

control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.

Concordante con lo anterior, el artículo 86 ídem señala que entre otras funciones la Superintendencia de Sociedades tiene la de unificar las reglas de contabilidad a que deben sujetarse las sociedades comerciales sometidas a su inspección, vigilancia y control.

Por lo expuesto, esta Entidad considera que el impuesto del patrimonio para efectos contables, puede afectar el Grupo 34-Revalorización del patrimonio, cuenta 3405- Ajustes por inflación, esto es, sin afectar los resultados del período, hecho que debe ser revelado en las notas a los estados financieros[86].

REVISORÍA FISCAL

Oficio 241-001221 de 21 de enero de 1993

Revisor fiscal de sucursal extranjera persona natural

En cuanto a la consulta formulada, es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

1. REVISORÍA FISCAL OBLIGATORIA

De acuerdo con lo preceptuado por el Artículo 203 del Código de Comercio será obligatoria la revisoría fiscal en las siguientes sociedades:

a) «Sociedades por acciones.

b) Sucursales de compañías Extranjeras.

86 Mediante el oficio 115-043207 del 6 de septiembre de 2007 esta Superintendencia se pronunció sobre el mismo tema, y respecto de la autorización del máximo órgano social, para utilizar la revalorización del patrimonio, señaló: *«Es de aclarar que en efecto la revalorización del patrimonio podrá ser afectada, además de los casos ya previstos en las normas contables, por la imputación del impuesto al patrimonio, decisión que requiere autorización del máximo órgano social, quien debe aprobar si el impuesto al patrimonio se aplica a la revalorización del patrimonio o directamente a resultados».*

c) Sociedades en las que por ley o por estatutos, la administración no corresponda a todos los socios, cuando así lo disponga cualquier número de socios excluidos de la administración que representen no menos del 20% del capital social».

A su vez el artículo 13 de la Ley 43 de 1990 señala en su parágrafo segundo que *«será obligatorio tener revisor fiscal en todas la sociedades comerciales, de cualquier naturaleza, cuyos activos brutos al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior sean o excedan el equivalente de 5.000 salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos, durante el año inmediatamente anterior sean o excedan al equivalente a 3.000 salarios mínimos».*

Como puede observarse se trata de dos disposiciones que versan sobre el mismo tema razón por la cual conviene determinar si una excluye a la otra o por el contrario se complementan.

Ahora bien, una disposición pierde vigencia cuando es derogada expresamente por el legislador, o cuando es incompatible con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería (artículo 3°. Ley 153 de 1887).

Analizada la Ley 43 de 1990 se observa que no se presenta ninguno de los supuestos enunciados anteriormente. En efecto, no señala la citada ley que deroga el artículo 203 del Código de Comercio, tampoco regula íntegramente la materia puesto que su objeto es la reglamentación de la profesión de contador.

En cuanto a la posible incompatibilidad del artículo 203 del Código de Comercio con el contenido del artículo 13 parágrafo 2do. de la misma Ley, es claro que esta última no se refiere al único caso en que la revisoría fiscal es obligatoria, se limita a señalar un nuevo supuesto que adiciona lo dispuesto al respecto por el estatuto mercantil.

De acuerdo con lo expuesto se concluye que la Ley 43 de 1990 no deroga el artículo 203 del Código de Comercio, lo adiciona.

2. NOMBRAMIENTO DE REVISOR FISCAL EN UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA.

El artículo 472 del Código de Comercio establece que *«La resolución o acto en que la sociedad acuerde conforme a la ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia expresará:...6) La designación del revisor fiscal, quien será persona natural con residencia permanente en Colombia».*

Esta disposición debe armonizarse con el artículo 489 del mismo estatuto, el cual determina que: *«Los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el exterior se sujetarán, en lo pertinente, a las disposiciones de este Código sobre los revisores fiscales de las sociedades domiciliadas en el país».*

Es claro entonces, que en cuanto hace a la designación de revisor fiscal en una sucursal de sociedad extranjera debe tenerse en cuenta lo dispuesto sobre la materia en la parte general de sociedades, es decir, que son de plena aplicación los artículos 163 y 215 del Código de Comercio.

Por tanto, la designación o revocación de revisores fiscales no constituye una reforma del acto o resolución de apertura, puesto que se trata del simple desarrollo de lo allí expuesto y en consecuencia, tales actos solo están sujetos al simple registro en la Cámara de Comercio respectiva.

En cuanto hace a la naturaleza del revisor fiscal, una vez analizado lo dispuesto en los artículos 472, 489 y 215 del Código de Comercio, se concluye que la designación puede recaer en una persona natural o jurídica.

En efecto tratándose de personas jurídicas no se encuentra objeción alguna por cuanto el artículo 489 del Código de Comercio contempla la aplicación del artículo 215, el cual señala a su vez que podrán designarse como revisores fiscales las asociaciones o firmas de contadores.

En tales casos no se contraviene lo previsto en el numeral 6° del artículo 472 del Estatuto Mercantil, en la medida en que el cargo siempre será ejercido por una persona natural puesto que los entes morales solo pueden actuar a través de ellas. En todo caso no sobra recordar que la persona natural que ejerce el cargo de revisor fiscal debe tener residencia permanente en Colombia.

Oficio 125-70386 de 31 de diciembre de 1997

Ejercicio de la revisoría fiscal en sociedades de un mismo grupo

Se consulta al Despacho sobre la posibilidad de que una misma persona natural, miembro de una firma de contadores, ejerza las funciones de revisor fiscal en varias compañías de un grupo empresarial, ya sea en la compañía matriz o controlante y en algunas subordinadas o solamente actuando como revisor fiscal en las subordinadas, sin exceder el límite establecido por el Código de Comercio, para las compañías por acciones, teniendo en cuenta las siguientes situaciones:

1. La totalidad de las compañías son colombianas.

2. Estas compañías se constituyeron en grupo empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995.

3. La compañía matriz o controlante es propietaria, directa e indirectamente, del 100% de sus subordinadas, por lo tanto, no existe interés minoritario.

4. Existe administración común entre la compañía matriz o controlante y sus subordinadas.

Sobre el particular me permito manifestarle que independientemente de que en el caso planteado, puedan confluir las situaciones allí mencionadas, las cuales por sí solas demuestren que la matriz ejerce control sobre las subordinadas, es necesario analizar las inhabilidades

contempladas en el artículo 205 del Código de Comercio, para actuar como revisor fiscal, para lo cual se considera pertinente transcribir algunos apartes de los pronunciamientos de la Junta Central de Contadores y del Consejo Técnico de la Contaduría Pública sobre el tema objeto de consulta, así:

1. PRONUNCIAMIENTO EXPUESTO POR LA JUNTA CENTRAL DE CONTADORES

«En múltiples ocasiones el Tribunal ha dicho que cuando quiera que se aborda el tema de la Revisoría Fiscal ha de examinarse bajo los preceptos de la independencia mental y de criterio que exige el desempeño del cargo, elementos que son considerados pilares básicos en su ejercicio, pues de lo que se trata es de valorar la objetividad que pueda o no conservar un profesional frente al ente destinatario de sus servicios.

El órgano de la Revisoría Fiscal y su titular son autónomos frente a la Administración y es justamente por virtud de esa autonomía que el Estado ha delegado en su cabeza la responsabilidad de ser guardianes tanto de los bienes sociales como de los suyos propios.

Tenemos entonces que la Revisoría Fiscal es el órgano de vigilancia absoluta del ente, cualesquiera que sea su naturaleza jurídica, con estas especiales connotaciones: 1) Que lo nombra y remueve la asamblea o Junta de Socios; 2) Que debe rendir sus informes ante estos órganos; 3) Que puede vincularse mediante contrato de trabajo o bajo la modalidad de prestación de servicios; 4) Que es erróneo pensar que el Revisor Fiscal pierde su independencia cuando está vinculado mediante contrato de trabajo, pues el contrato es una modalidad meramente administrativa cuyo manejo corresponde a la administración, pero como ya vimos el Revisor Fiscal es independiente de la Administración; y 5) Que debe rendir informes, no significa en ningún momento y bajo ninguna circunstancia que acata órdenes ni está subordinado, quiere decir que el resultado de su gestión lo debe presentar ante un superior jerárquico a quien se rinde informes pero

de quien no acata ordenes, por lo tanto es incorrecto decir que esta subordinado a él, puesto que sería tanto como admitir que de todas maneras el Revisor Fiscal pierde de vista en un momento dado una de las características principales que rigen su Institución.

Con los anteriores presupuestos miremos entonces el artículo 205 del Código de Comercio donde se hace alusión a los términos cualquier otro y/o ningún otro. Las expresiones gramaticales 'Cualquier' y «Ningún» son definidas por la lengua española como pronombres indeterminados que se refieren vagamente a personas o cosas. Estos dos se encuentran dentro de la norma comercial seguidos de la voz otro, es decir, persona o cosa distinta de la que se habla en ese momento. En este orden de ideas cualquier otro o ningún otro excluye de por sí al Revisor Fiscal y los demás cargos relacionados en la norma.

La hermenéutica jurídica evidencia la sabiduría del legislador por cuanto al excluir la eventualidad de que en un mismo sujeto recaigan cargos diferentes no está haciendo otra cosa que guardando efectivamente la independencia mental y de criterio que ampara el ejercicio y cabal desempeño del máximo órgano social al prohibirle acceder a un determinado y diferente encargo que implique subordinación, el cual efectivamente le reste objetividad en la medida en que se vea comprometida su independencia. Es por esto que el legislador previó, que mientras el Revisor Fiscal conserve su Status no se inhabilita para actuar.

Refiriéndonos ahora al artículo 51 de la Ley 43 de 1990, según el cual, el Contador Público que haya actuado como empleado no podrá aceptar cargos de auditor o Revisor Fiscal en la misma empresa o en sus subsidiarias o filiales, podemos apreciar que la norma misma excluye al Revisor Fiscal de la inhabilidad aquí consagrada, puesto que sería ilógico pensar que mencione la prohibición de ejercer un cargo en el cual se está en ese instante en la misma empresa.

Los actos de los particulares al igual que los de la administración están basados y protegidos por el principio constitucional de la Buena Fe. Este exige de los particulares y de las autoridades encaminar sus actuaciones por la senda de la honestidad, la lealtad y siempre bajo los parámetros de comportamiento que se esperan de una persona correcta. Este principio encarna la confianza, la seriedad y credibilidad. Dichos elementos son, por sí, constitutivos del ejercicio de la Revisoría Fiscal y por ende de la Contaduría Pública.

Así las cosas y recordando que entratándose de inhabilidades e incompatibilidades, para que éstas se apliquen deben estar contenidas expresamente en la norma y de ninguna manera es posible interpretarlas por analogía. La Sala no encuentra entonces que exista prohibición para que quién se desempeñe como Revisor Fiscal de la sociedad principal lo sea de la subsidiaria o filial.» (Oficio CJ- 544 28 de abril de 1997).

2. PRONUNCIAMIENTOS EXPUESTOS POR EL CONSEJO TÉCNICO DE LA CONTADURÍA PÚBLICA.

El Consejo Técnico de la Contaduría Pública, además de compartir el criterio de la Junta Central de Contadores Públicos antes transcrito, también señaló:

«... el legislador cuando habla de que no podrán ser revisores fiscales «...3. Quienes desempeñen en la misma compañía o en sus subordinadas cualquier otro cargo y que «Quien haya sido elegido como Revisor Fiscal no podrá desempeñar en la misma sociedad ni en sus subordinadas ningún otro cargo durante el período respectivo» (subraya), lo que quiere decir es que la misma persona si puede ser revisor fiscal en la matriz y en la subordinada; la incompatibilidad está dada para el desempeño de cargos diferentes al de revisor fiscal. Las expresiones cualquier otro cargo y ningún otro cargo han de entenderse que se refieren a cargos diferentes al del revisor fiscal y no al mismo cargo; si esto no fuese así, el legislador hubiese sido tajante y la redacción sería diferente y diría simplemente cualquier cargo o ningún cargo que sí son prohibiciones absolutas; mientras que como se lee del texto de la norma se concluye que la prohibición es relativa, pues admite una excepción cual es la del mismo cargo que no se encuentra involucrada dentro del concepto de otro cargo y por ende si lo

puede desempeñar la misma persona.» (Oficio CCTCPO 143 del 24 noviembre de 1997).

3. POSICIÓN DE ESTA SUPERINTENDENCIA

Esta Superintendencia, luego de un análisis minucioso de cada uno de los anteriores pronunciamientos, así como a las diferentes consultas efectuadas sobre el tema, coincide con las apreciaciones de las dos corporaciones mencionadas y por ende comparte las conclusiones a que han llegado, en el sentido de que no existe prohibición para que quien se desempeñe como revisor fiscal de la sociedad matriz lo sea de la filial o subsidiaria. Lo expuesto, no obstante a que en ocasiones anteriores había sostenido una tesis contraría, como consecuencia de la interpretación que había hecho en relación con el número 3° del artículo 205 del Código de Comercio, al incluir en esta prohibición al revisor fiscal.

Por último considera esta Superintendencia que con el fin de que el revisor fiscal pueda actuar con juicio profesional y evitar conflicto de intereses, es necesario que tenga siempre presente la responsabilidad y compromiso que adquiere al asumir este cargo en cada una de las compañías, ello sin perjuicio de la vinculación económica que exista entre las sociedades a las cuales fiscaliza. Por lo tanto debe tener en cuenta que el trabajo que realice en la matriz debe gozar de total independencia del que se desarrolle en la subordinada, debiendo en consecuencia en cada una de ellas actuar con sujeción a las normas de auditoría de general aceptación en Colombia, cumplir a cabalidad con las normas de ética profesional y acatar las normas legales. En conclusión, no puede condicionar el trabajo que realice en la matriz, en ejercicio de sus funciones con el que lleve a cabo en la subordinada o viceversa, en razón a que cada uno de estos entes económicos constituyen personas jurídicas totalmente independientes.

Oficio 340-72295 de 30 de julio de 1999

El revisor fiscal no puede suministrar a ningún accionista de manera individual o particular, informes, datos ni explicaciones relacionadas con sus funciones

• El Código de Comercio establece que el revisor fiscal debe rendir dos informes como son: el contenido del dictamen sobre los estados financieros y el contenido del informe al máximo órgano social.

• Aparte de las funciones del revisor fiscal contempladas en el artículo 207 del Código de Comercio, el artículo 38 de la Ley 222 de 1995 le estableció la función de dictaminar aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas.

• El artículo 7° de la Ley 43 de 1990, relacionado con las normas de auditoría generalmente aceptadas, en cuanto a las relativas a la ejecución del trabajo, expresa:

a. «El trabajo debe ser técnicamente planeado y debe ejercerse una supervisión apropiada sobre los asistentes, si los hubiere».

b. «Debe hacerse un apropiado estudio y una evaluación del sistema de control interno existente, de manera que se pueda confiar en él como base para la determinación de la extensión y oportunidad de los procedimientos de auditoría».

c. «Debe obtenerse evidencia válida y suficiente por medio de análisis, inspección, observación, interrogación, confirmación y otros procedimientos de auditoría, con el propósito de allegar bases razonables para el otorgamiento de un dictamen sobre los estados financieros ...»

• En cuanto a las normas relativas a la rendición de informes, señala:

a. «Siempre que el nombre de un contador público sea asociado con estados financieros, deberá expresar de manera clara e inequívoca la

naturaleza de su relación con tales estados. Si practicó un examen de ellos, el contador público deberá expresar claramente el carácter de su examen, su alcance y su dictamen profesional sobre lo razonable de la información contenida en dichos estados financieros».

• El artículo 214 del Código de Comercio consagra que, *«el revisor fiscal deberá guardar completa reserva sobre los actos o hechos de que tenga conocimiento en ejercicio de su cargo y solamente podrá comunicarlos o denunciarlos en la forma y casos previstos expresamente en las leyes».*

Así la cosas, el revisor fiscal no puede suministrar a ningún accionista de manera individual o particular, informes, datos ni explicaciones relacionadas con sus funciones, solamente puede y debe hacerlo ante la asamblea general de accionistas o junta de socios, o ante la junta directiva.

Oficio 340-95440 de 20 de octubre de 1999

No existe inhabilidad o incompatibilidad para que un contador público actúe como revisor fiscal de empresas que pertenezcan a los mismos socios

Antes de dar respuesta a su consulta es del caso recordarle en cuanto a las presunciones de subordinación contenidas en el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, que ésta se puede dar además del porcentaje de participación, en los siguientes casos:

• Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

• Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de la subordinada, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

• Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de Entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la Entidad.

• Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las Entidades mencionadas en el parágrafo anterior.

Ahora bien y entrando al tema consultado, hay que hacer las siguientes precisiones a la luz del artículo 205 del Código de Comercio sobre las incompatibilidades para ser revisores fiscales así:

«1. Quienes sean asociados de la misma compañía o de alguna de sus subordinadas ni en éstas, quienes sean asociados o empleados de la sociedad matriz.

2. Quienes estén ligados por matrimonio o parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero civil o segundo de afinidad, o sean consocios de los administradores y funcionarios directivos, el cajero, auditor o contador de la misma sociedad, y,

3. Quienes desempeñen en la misma compañía o en sus subordinadas cualquier otro cargo.

Quien haya sido elegido como revisor fiscal, no podrá desempeñar en la misma sociedad ni en sus subordinadas ningún otro cargo durante el período respectivo».

Por lo tanto, no existe inhabilidad o incompatibilidad para que un contador público actúe como revisor fiscal de otras empresas que pertenezcan a los mismos socios y tienen la misma administración, siempre que sólo actúe en esa condición.

Adicionalmente, me permito informarle que este Despacho ya se pronunció mediante oficio 125-70386 del 31 de diciembre de 1997, respecto de la posibilidad que una misma persona natural, ejerza las funciones de revisor fiscal en varias compañías de un grupo empresarial, ya sea en la compañía matriz o controlante y en algunas subordinadas o solamente actuando como revisor fiscal en las subordinadas, sin exceder el límite establecido por el Código de Comercio, para las compañías por acciones y en la parte pertinente expresa:

«Con el fin de que el revisor fiscal pueda efectuar con juicio profesional y evitar conflicto de intereses, es necesario que tenga siempre presente la responsabilidad y compromiso que adquiere al asumir este cargo en cada una de las compañías, ello sin perjuicio de la vinculación económica que exista entre las sociedades a las cuales fiscaliza. Por lo tanto debe tener en cuenta que el trabajo que realice en la matriz debe gozar de total independencia del que desarrolle en la subordinada, debiendo en consecuencia en cada una de ellas actuar con sujeción a las normas de auditoría de general aceptación en Colombia, cumplir a cabalidad con las normas de ética profesional y acatar las normas legales en general. En conclusión, no puede condicionar el trabajo que realice en la matriz, en ejercicio de sus funciones con el que lleve a cabo en la subordinada o viceversa, en razón a que cada uno de estos entes económicos constituyen personas jurídicas totalmente independientes».

SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN

Oficio 340-026745 de 4 de junio de 2002

Créditos rechazados y extemporáneos en una sociedad en liquidación obligatoria

1. En relación a la liquidación obligatoria, es importante resaltar que la Ley 222 de 1995[87], en lo referente a la calificación y graduación de créditos, señala lo siguiente:

a) El artículo 158, dispuso que *«a partir de la providencia de apertura del trámite liquidatorio y hasta el vigésimo día siguiente al vencimiento del término de fijación del edicto, los acreedores deberán hacerse parte personalmente o por medio del apoderado, presentando prueba siquiera sumaria de la existencia de sus créditos.*

Cuando el trámite liquidatorio se inicie como consecuencia del fracaso o incumplimiento del concordato, los acreedores reconocidos y admitidos en él, se entenderán presentados en el trámite liquidatorio, y sus apoderados continuarán ejerciendo sus funciones, salvo revocatoria o renuncia del mandato ...»

b) El artículo 166, en sus numerales 8 y 16, indican que se deben *«atender con los recursos de la liquidación, todos los gastos que ella demande, cancelando en primer término el pasivo externo, observando el orden de prelación establecido en la providencia de graduación y calificación».*

Así mismo, dispone que se debe *«presentar a consideración de la junta asesora, un plan de pago de las obligaciones, teniendo en cuenta el inventario y la providencia de calificación y graduación de créditos».*

c) El artículo 179, expresa que *«el patrimonio del deudor que es objeto de la liquidación, está conformado por la totalidad de los activos que tengan un valor económico y la totalidad de los pasivos ...»*

87 El Título II de la Ley 222 de 1995 fue derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, a partir del 28 de junio de 2007.

d) En materia de inventario el artículo 180, menciona que *«los activos del deudor se relacionarán uno a uno, en inventario que deberá elaborar el liquidador dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aceptación del cargo.*

El inventario se adicionará con los incrementos que modifiquen los activos, así como con los nuevos activos que por cualquier circunstançia ingresen al patrimonio y aquellos que varíen el mismo, para lo cual el liquidador deberá elaborar inventarios adicionales.

Tanto el inventario inicial como los inventarios adicionales, si los hubiere, deberán ser verificados previamente por la junta asesora del liquidador y, posteriormente sometidos a la aprobación de la Superintendencia de Sociedades.

Con los mencionados inventarios se abrirá un cuaderno, el cual quedará a disposición de los socios, acreedores y terceros, con el objeto de que en cualquier tiempo denuncien bienes de propiedad del deudor, que no se encuentren incluidos, o soliciten la exclusión de los que no le pertenezcan, antes de que precluya el término señalado para ello. En tales eventos, el liquidador procederá dentro de los treinta días siguientes a modificar el inventario y dará cumplimiento al procedimiento para entrega de bienes».

e) Prevé el artículo 198 de la citada Ley, que *«ejecutoriada la providencia de calificación y graduación de créditos y en firme los avalúos practicados, el liquidador procederá a pagar, con el dinero disponible, atendiendo lo dispuesto en la graduación».*

f) Establece el artículo 199 de la misma Ley, que *«efectuado el pago de los pasivos externo e interno, la Superintendencia de Sociedades declarará terminada la liquidación y ordenará el levantamiento de las medidas cautelares, si las hubiere. Cumplido lo anterior, se archivará el expediente, sin perjuicio de la responsabilidad penal que proceda contra el deudor, los administradores y el liquidador.*

Si quedaren créditos insolutos, después de agotados los bienes que conforman el patrimonio a liquidar, incluyendo el producto de las

acciones de reintegración del patrimonio, la Superintendencia de Sociedades declarará terminado el trámite y ordenará archivar el expediente».

2. Independientemente del pago que se vaya a efectuar, éste se hará respetando el orden de privilegios y preferencia que establece la Ley, entre ellos para ser pagados en cierto orden, lo que puede determinar que alguno o algunos de ellos sean totalmente satisfechos y que otros queden insolutos total o parcialmente.

3. Las causas de preferencia de acuerdo al Código Civil, obedecen a consideraciones de fondo que la Ley tiene en cuenta para asignar el lugar que deben ocupar los créditos concurrentes, consideraciones que, unas veces miran a la persona del acreedor, otras al origen de los créditos y otras a sus garantías específicas.

4. El artículo 1649 del Código Civil, manifiesta que *«el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las Leyes en casos especiales.*

El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban».

Lo anterior, implica que la Superintendencia de Sociedades al momento de calificar y graduar los créditos la hace por la suma correspondiente a capital contenida en el título o documento presentado para su reconocimiento al concurso por parte del acreedor, lo cual no indica que el crédito ha sido reconocido solamente por el valor del capital, por cuanto en el auto se ordena que para efectos de la calificación y graduación de créditos no se liquidan intereses, costas, gastos e indemnizaciones, de orden legal o convencional, pero que deberán liquidarse y reconocerse al momento del pago, salvo acuerdo en sentido contrario que se llegare a celebrar entre el liquidador y los acreedores.

5. De acuerdo a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Colombia, contenidos en el Decreto 2649 de 1993, en sus artículos 11, 12, 30, 47, 49, 56 y 57, señalan que:

a. *«Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.*

Cuando en virtud de una norma superior, los hechos económicos no puedan ser reconocidos de acuerdo con su esencia, en notas a los estados financieros se debe indicar el efecto ocasionado por el cumplimiento de aquella disposición sobre la situación financiera y los resultados del ejercicio.

b. *«Sólo pueden reconocerse hechos económicos realizados y se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno u otro caso razonablemente cuantificable ...*

c. *«Son estados de liquidación aquellos que debe presentar un ente económico que ha cesado sus operaciones, para informar sobre el grado de avance del proceso de realización de sus activos y de cancelación de sus pasivos.*

d. *«El reconocimiento es el proceso de identificar y registrar o incorporar formalmente en la contabilidad los hechos económicos realizados ...*

e. *«Los hechos económicos se reconocen inicialmente por su valor histórico, aplicando cuando fuere necesario la norma básica de la prudencia.*

De acuerdo a las normas técnicas especificas, dicho valor, una vez reexpresado como consecuencia de la inflación[88] *cuando sea el caso,*

88 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

debe ser ajustado al valor actual, al valor de realización o al valor presente.

f. *«Con fundamento en comprobantes de contabilidad debidamente soportados, los hechos económicos se deben registrar en libros, en idioma castellano, por el sistema de partida doble ...*

g. *«Antes de emitir estados financieros, la administración del ente económico debe cerciorarse que se cumplen satisfactoriamente las afirmaciones, explícitas e implícitas, en cada uno de sus elementos ...»*

6. Determinan los artículos 21, 22 y 24 del mencionado Decreto, relacionados con los estados financieros que:

a) *«Son estados financieros de propósito general aquellos que se preparan al cierre de un periodo para ser conocidos por usuarios indeterminados, con el ánimo principal de satisfacer el interés común del público en evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos. Se deben caracterizar por su concisión, claridad, neutralidad y fácil consulta.*

Son estados financieros de propósito general los estados financieros básicos y los estados financieros consolidados.

b) *«Son estados financieros básicos*

- *El balance general*
- *El estado de resultados*
- *El estado de cambios en el patrimonio*
- *El estado de cambios en la situación financiera, y*
- *El estado de flujos de efectivo ...*

c) *«Son estados financieros de propósito especial aquellos que se preparan para satisfacer necesidades específicas de ciertos usuarios de la información contable. Se caracterizan por tener una circulación*

o uso limitado y por suministrar un mayor detalle de algunas partidas u operaciones ...»

Entre otros, son el balance inicial, los estados financieros intermedios, los estados de costos, el estado de inventario, los estados financieros extraordinarios y los estados de liquidación.

7. De otra parte, el artículo 112 de los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, contenidos en el Decreto 2649 ya citado, referente a la contabilidad de las empresas en liquidación, prescribe que *«los activos y los pasivos se deben valuar a su valor neto de realización.*

No es apropiado asignar el costo de los activos a través de su depreciación, agotamiento o amortización. Tampoco es apropiado diferir ingresos, gastos, cargos diferidos e impuestos.

Deben registrarse por separado los activos que deban ser devueltos en especie a los propietarios del ente y clasificar los pasivos según su orden de prelación legal.

En el momento en que conforme a la Ley o al contrato sea obligatoria la liquidación de un ente económico, se deben reconocer todas las contingencias de pérdida que se deriven de la nueva situación. Cuando la Ley así lo ordene se deben reconocer con cargo a las cuentas de resultado, en adición a las contingencias probables, las eventuales o remotas.

Por regla general no es admisible el reconocimiento de hechos económicos con base en estimaciones estadísticas».

De lo expuesto anteriormente, esta Superintendencia concluye:

a) Independientemente de que los créditos rechazados o presentados extemporáneamente, no sean incluidos en el auto de graduación y calificación de créditos, estos deben quedar registrados en los estados financieros, llámense de propósito especial o general, pues de acuerdo con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en

Colombia, los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.

Ahora bien, en lo referente a los créditos graduados y reconocidos por mera liberalidad, es decir los créditos extemporáneos admitidos a través de un acuerdo concordatario aceptado por la mayoría de los acreedores y aprobado por la Superintendencia de Sociedades, se deben registrar en los estados financieros, sean de propósito especial o general, pues dicha situación, conlleva es a modificar la prelación de pagos y no a crear una provisión.

b) En lo atinente al pago de las acreencias graduadas y calificadas, es importante aclararles, que si bien es cierto en el auto de graduación y calificación de créditos se incluye solamente el capital contenido en el documento presentado para su reconocimiento, no quiere decir que al momento del pago, no se reconozca los intereses, multas, sanciones etc., ya que al instante de efectuarse el pago, se toma la obligación en conjunto y no se cancela por partes. Vale la pena anotar, que cuando se estén realizando los pagos respectivos y no alcance para cubrir a todos los acreedores de la clase, se cancelará a prorrata y los saldos insolutos que queden, se tienen que incluir en los estados financieros.

c) Respecto a las partidas no contabilizadas que están en discusión por parte de la sociedad deudora y el acreedor que corresponde a arrendamientos de bienes soportados en contratos que jurídicamente no son claros y que aún no se ha iniciado ningún tipo de litigio, debe crearse la provisión respectiva, por cuanto existe un documento soporte que respalda la operación, como es el contrato, que se puede hacer cumplir en cualquier momento y además es un hecho económico soportado mediante un documento que justifica su registro.

Oficio 340-064367 de 23 de diciembre de 2002

Constitución de reservas para el pago de créditos contingentes o litigiosos

Sea lo primero precisar que independientemente de la situación jurídica en que se encuentre la sociedad, es decir, activa o disuelta y en estado de liquidación (voluntaria u obligatoria), habrá de contabilizarse las obligaciones litigiosas en la misma forma.

La Ley 222 de 1995 en su artículo 178, numeral 16 establece entre las funciones de la junta asesora, la de *«disponer la constitución de una reserva adecuada, para atender el pago oportuno de las obligaciones condicionales o sujetas a litigio. Dicha reserva se invertirá en forma que asegure su conservación y rendimiento»*.

El artículo 245 del Código de Comercio, expresa que *«cuando haya obligaciones condicionales se hará una reserva adecuada en poder de los liquidadores para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, la que se distribuirá, entre los asociados en caso contrario. La misma regla se aplicará en caso de obligaciones litigiosas, mientras termina el juicio respectivo ...»*

Ahora bien pasando, al tema que nos ocupa, las sociedades que adelantan el trámite de liquidación obligatoria, independientemente que cuenten o no con activos suficientes que le permitan atender las obligaciones a su cargo, así como los gastos que demande la liquidación, deben aplicar de manera integral y para todos los efectos lo previsto por la ley para tal efecto.

De lo anterior, es particularmente relevante precisar que las normas sobre el tema que nos ocupa, preceptúa, explícitamente por su tenor, que la reserva tendrá como propósito específico «atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, de lo cual se infiere de suyo, que su fundamento no es otro que el de ser una medida preventiva de separación de cierta parte del patrimonio social sujeta a la eventual contingencia o aleatoria posibilidad de menoscabo del mismo y que,

en últimas, sirve como recurso destinado, en forma concreta, a satisfacer las prestaciones que se puedan originar a cargo del ente en liquidación y a favor de otro, como consecuencia de la adquisición o extinción de un derecho que pendía de una condición o del reconocimiento judicial de la efectividad de uno litigioso.

No sobra anotar que, tratándose de reservas para amparar obligaciones litigiosas se dispone su permanencia «mientras termina el juicio respectivo», no señalándose un término fijo y perentorio durante el cual se haya de conservar incólume tal medida y que transcurrido conduzca al levantamiento de aquellas, sino que se deja supeditada al cumplimiento o falla de la condición o a las resultas de un proceso, según sea el caso.

En el evento que estemos en presencia de una obligación litigiosa, valga decir, de aquella controversia jurídica de inciertas consecuencias y que es calificada como tal, en virtud de la notificación judicial de la demanda, redunda de suyo cierto que no es posible ser absolutamente determinista para afirmar que, por el hecho de estar sometida a conocimiento judicial, la obligación se ha de dar per se existente, habida cuenta que, precisamente, es el juez quien decidirá, si es el caso, sobre la existencia o no de la obligación, así como los efectos, ésto, es su efectiva exigibilidad; téngase en cuenta, además, que, igualmente, puede determinar la existencia de otra obligación distinta al objeto de la fuente, vb. gr., indemnización compensatoria.

En este orden de ideas, cuando la norma de la Ley 222 de 1995, dispone incluir en la relación del patrimonio social a liquidar, también aquellas obligaciones litigiosas que puedan eventualmente afectar su patrimonio y, además, hacer una reserva adecuada para atender dichas obligaciones, habrá de entenderse que ello procede cuando exista una litis, esto es, una controversia jurídica contingente o virtual relativa a unas pretensiones encaminadas a que se determine su existencia y exigibilidad, las cuales dependen enteramente de las resultas de un procedimiento judicial o administrativo, vínculo procesal que se forma a partir de la notificación judicial de una demanda que habrá de

ser, lógicamente, precedente a la elaboración del dicho inventario o, por lo menos, concomitante con él.

Es particularmente importante de anotar que el artículo 81, del Decreto 2649 de 1993, sobre contingencias de pérdidas, ubicado en la sección II de las normas sobre pasivos, capítulo II, título II, establece que, *«tratándose de procesos judiciales o administrativos deben reconocerse las contingencias probables en la fecha de notificación del primer acto del proceso»*, de lo cual se desprende, sin lugar a equívocos, conjugándose lo expuesto sobre las obligaciones litigiosas, que lo que resulta realmente relevante es, precisamente, observar que se reitera que es la existencia de la formación de un vínculo procesal con efecto de la controversia jurídica, de consecuencias absolutamente inciertas y contingentes instaurada ante autoridad competente, necesidad de existencia que no se predica de la obligación misma: precisamente, por estar sometida a su definición por tales vías.

Es igualmente indispensable destacar que, al tenor del inciso cuarto del artículo 112, ídem se ordena *«en el momento en que conforme a la ley o al contrato sea obligatoria la liquidación de un ente económico, se deben reconocer todas las contingencias de pérdida que se deriven de la nueva situación»*, valga decir, no sólo de las probables sino también de las eventuales o remotas.

Como podemos observar, son las propias normas contables las que, actualmente, expresan explícitamente la necesidad de la contingencia de pérdida o ganancia, valga decir, la incertidumbre respecto tanto del acaecimiento de hechos futuros como de los resultados de los mismos, para efectos de su reconocimiento, formación o constitución.

Así las cosas, es importante señalar que el crédito sea condicional o litigioso forma parte de la universalidad de acreedores que deben presentarse al concurso liquidatorio dentro de los preclusivos términos de la Ley 222 de 1995 con el fin de ser calificados y graduados en la correspondiente Providencia de Calificación y Graduación de Créditos, lo que en la práctica se traduce en que dicho tipo de acreencias se

ubica en un título especial denominado «Capítulo de Créditos Litigiosos o Contingentes».

Por consiguiente, es responsabilidad del liquidador que en el evento de que el crédito se convierta en cierto por la ocurrencia de la condición o la sentencia que pone fin al proceso dentro del trámite procesal correspondiente, debe honrar la respectiva obligación si cuenta con los activos suficientes para ello, atendiendo siempre el orden de prelación de créditos y la ley del dividendo, principios que constituyen su marco de acción.

Si agotadas las etapas procesales de la liquidación obligatoria, la contingencia o condición no se han mutado en certeza, entonces deberá igualmente el liquidador reflejar en el plan de pagos la constitución de una reserva, para ese crédito calificado como tal, igualmente debe darle a dicho tipo de acreencias la graduación correspondiente de acuerdo con su escala de preferencia para el pago.

Por consiguiente y como quiera que es responsabilidad del liquidador del ente económico constituir una reserva adecuada como lo ordena la ley, en el caso que nos ocupa y por tratarse de créditos contingentes o litigiosos, también es su obligación observar el origen de los citados créditos contingentes, a saber: Laborales, civiles, administrativos, etc., con el fin de determinar la prelación legal que le corresponde en su pago, es decir, registrar esa contingencia en la clase respectiva, según lo consagrado en los artículos 2495 y siguientes del Código Civil, y por el monto correspondiente, el cual puede o no coincidir con el valor que le corresponde al liquidador reservar para cubrir estos pagos, que en todo caso dependerá de los bienes que proporcionalmente puedan pagar según los activos existentes, atendiendo estrictamente la orden de prelación en los pagos.

Finalmente, es preciso anotar que en todos los casos de liquidaciones obligatorias, existen diferentes tipos de créditos al interior del proceso, tales como los gastos de administración (artículo 197 de la Ley 222 de 1995), dentro de los cuales es muy común encontrar acreencias constitucionalmente protegidas como el caso de las mesadas

pensionales que se causan durante el trámite, las acreencias laborales de los empleados activos que no se han podido desvincular de la empresa, y dichos créditos deben ser atendidos en la medida en que se tenga disponibilidad de efectivo; los concordatarios (si en el caso en concreto se presentan) y los posconcordatarios o liquidatorios propiamente dichos.

Oficio 340-047239 de 29 de agosto de 2005

Las sociedades en liquidación deben llevar la contabilidad por el sistema de causación

1. De acuerdo con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Colombia, contenidos en el Decreto 2649 de 1993, en sus artículos 11, 12, 30, 47, 49 y 57, los cuales señalan que:

a) *«Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.*

Cuando en virtud de una norma superior, los hechos económicos no pueden ser reconocidos de acuerdo con su esencia, en notas a los estados financieros se debe indicar el efecto ocasionado por el cumplimiento de aquella disposición sobre la situación financiera y los resultados del ejercicio».

b) *«Solo pueden reconocerse hechos económicos realizados. Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o tendrá un beneficio o un sacrificio económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno u otro caso razonablemente cuantificables ...»*

c) *«Son estados de liquidación, aquellos que debe presentar un ente económico que ha cesado sus operaciones, para informar sobre el*

grado de avance del proceso de realización de sus activos y de cancelación de sus pasivos».

d) *«El reconocimiento es el proceso de identificar y registrar o incorporar formalmente en la contabilidad los hechos económicos realizados ...»*

e) *«Los hechos económicos se reconocen inicialmente por su valor histórico, aplicando cuando fuere necesario la norma básica de la prudencia ...»*

f) *«Antes de emitir estados financieros, la administración del ente económico debe cerciorarse que se cumplan satisfactoriamente las afirmaciones explicitas e implícitas, en cada uno de sus elementos ...»*

g) Determinan los artículos 21, 22 y 24 del mencionado Decreto, relacionado con los estados financieros que:

«Son estados financieros de propósito general aquellos que se preparan al cierre de un período para ser reconocidos por usuarios indeterminados con el ánimo principal de satisfacer el interés común del público en evaluar la capacidad de un ente económico para generar flujos favorables de fondos. Se deben caracterizar por su concisión, claridad, neutralidad y fácil consulta ...»

«Son estados financieros básicos:

- *El balance general*
- *El estado de resultados*
- *El estado de cambios en el patrimonio*
- *El estado de cambios en la situación financiera, y*
- *El estado de flujos de efectivo».*

«Son estados financieros de propósito especial aquellos que se preparan para satisfacer necesidades específicas de ciertos usuarios de la información contable. Se caracterizan por tener una circulación o uso

limitado y por suministrar un mayor detalle de algunas partidas u operaciones».

Entre otros, son el balance inicial, los estados financieros intermedios, los estados de costos, el estado de inventario, los estados financieros extraordinarios y los estados de liquidación.

h) En cuanto a la contabilidad de las empresas en liquidación prescribe el citado Decreto que: los activos y pasivos se deben valuar a su valor neto de realización.

«No es apropiado asignar el costo de los activos a través de su depreciación, agotamiento o amortización. Tampoco es apropiado diferir ingresos, gastos, cargos e impuestos.

Deben registrarse por separado los activos que deban ser devueltos en especie a los propietarios del ente y clasificar los pasivos según su orden de prelación legal.

En el momento en que conforme a la ley o al contrato sea obligatoria la liquidación de un ente económico, se deben reconocer todas las contingencias de pérdida que se deriven de la nueva situación. Cuando la ley así lo ordene se deben reconocer con cargo a las cuentas de resultado, en adición a las contingencias probables, las eventuales o las remotas.

Por regla general no es admisible el reconocimiento de hechos económicos con base en estimaciones estadísticas ...»

2. Así mismo, es importante anotar que para las Sociedades en Liquidación Voluntaria u Obligatoria, el Código de Comercio, en los artículos 234 y 242 señalan:

a) *«El inventario incluirá, además de la relación pormenorizada de los distintos activos sociales, la de todas las obligaciones de la sociedad, con especificación de la prelación u orden legal de su pago, inclusive de las que sólo puedan afectar eventualmente su patrimonio, como las condicionales, las litigiosas, las fianzas, los avales, etc. ...»*

b) *«El pago de las obligaciones sociales se hará observando las disposiciones legales sobre la prelación de créditos ...»*

3. La Ley 222 de 1995, en lo referente a la calificación y graduación de créditos señala[89]:

Artículo 166, numerales 8 y 16, indican que, se deben *«atender con los recursos de la liquidación, todos los gastos que ella demande, cancelando en primer término el pasivo externo, observando el orden de prelación establecido en la providencia de graduación y calificación».*

Así mismo, dispone que se debe *«presentar a consideración de la junta asesora, un plan de pago de las obligaciones, teniendo en cuenta el inventario y la providencia de calificación y graduación de créditos».*

Ahora bien, y de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 112 del Decreto 2649 de 1993, la contabilidad en las sociedades en liquidación, debe llevarse a valores de realización, que es una situación o hecho diferente a la contabilidad de caja o de causación. Es decir, en dicho proceso ya no prima el registro realizado sino el pago que debe hacerse de acuerdo con la prelación u orden legal de su pago, según el inventario del patrimonio social. Para el pago de salarios o prestaciones sociales e incluso honorarios, el valor que debe aparecer en el inventario es por la obligación real que se haya originado sin perjuicio que al hacerse efectivo el pago se deduzca la retención respectiva, puesto que la obligación es por el monto total de la respectiva liquidación.

En consideración a lo expuesto, y atendiendo las normas anteriormente invocadas independientemente que la sociedad se encuentre en proceso de liquidación, la contabilidad del ente económico debe llevarse por el sistema de causación, como quiera que éste es el sistema que garantiza el conocimiento y prueba de la historia clara, completa y fidedigna y el estado general de liquidación en un momento dado.

89 El Título II de la Ley 222 de 1995 fue derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, a partir del 28 de junio de 2007.

Oficio 340-000823 de 11 de noviembre de 2005

La condonación total o parcial de acreencias generará un ingreso al ente económico

1. El capítulo X del título I de Código de Comercio, referente a la liquidación del patrimonio social en el artículo 242 establece que *«el pago de las obligaciones sociales se hará observando las disposiciones legales sobre prelación de créditos ...»*.

El artículo 243 de la misma obra, prevé que cuando *«sean insuficientes los activos sociales para atender el pago del pasivo externo de la sociedad, los liquidadores deberán recaudar de los socios el faltante, si la responsabilidad de los mismos es ilimitada, o la parte faltante que quepa dentro de los limites de la responsabilidad de los asociados en caso contrario»*.

2. Ahora bien, y de acuerdo con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en Colombia, contenidos en el Decreto 2649 de 1993, en sus artículos 11, 12, 30, 47 y 49 señalan que:

a. *«Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.*

Cuando en virtud de una norma superior, los hechos económicos no puedan ser reconocidos de acuerdo con su esencia, en notas a los estados financieros se deben indicar el efecto ocasionado por el cumplimiento de aquella disposición sobre la situación financiera y los resultados del ejercicio.

b. *«Sólo pueden reconocerse hechos económicos realizados y se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando quiera que pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tienen o tendrá un beneficio o un sacrifico económico, o ha experimentado un cambio en sus recursos, en uno u otro razonablemente cuantificable ...*

c. *«Son estados de liquidación aquéllos que debe presentar un ente económico que ha cesado sus operaciones, para informar sobre el grado de avance del proceso de realización de sus activos y cancelación de sus pasivos.*

d. *«El reconocimiento es el proceso de identificar y registrar o incorporar formalmente en la contabilidad los hechos económicos realizados ...*

e. *«Los hechos económicos se reconocen inicialmente por su valor histórico, aplicando cuando fuere necesario la norma básica de la prudencia ...»*

De lo anteriormente expuesto, y atendiendo los interrogantes en el mismo orden, el liquidador de un ente económico que se encuentre adelantando dicho proceso, debe atender el pago de su pasivo externo e interno de acuerdo a la graduación y calificación de créditos.

De igual manera, en el evento de que no existan activos suficientes para el pago de la totalidad de las obligaciones, es claro para este Despacho que independientemente de esta situación, los pasivos no cancelados deben quedar registrados en la contabilidad y por ende reflejarse en los estados financieros del ente económico, llámense de propósito especial o general, pues de acuerdo con los Principios o Normas de Contabilidad Generalmente Aceptados en Colombia, los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.

Ahora bien, si por cualquier circunstancia un acreedor acuerda de manera unilateral condonar parte o la totalidad de la deuda, dicho valor generará un ingreso para el ente económico en liquidación, y para registrar tal hecho debe cumplir con las normas legales sobre la materia y además, de contar con el soporte respectivo En este caso, tal hecho se vera reflejado en el estado de resultados del ente en liquidación, en el grupo de Ingresos no Operacionales.

Oficio 340-019340 de 13 de abril de 2007

Para las sociedades en liquidación voluntaria la distribución anticipada de remanentes se debe registrar en el patrimonio

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que la finalidad del proceso de liquidación privada voluntaria una vez disuelta la compañía y previa elaboración del inventario, es la inmediata realización de los activos sociales con el fin de cancelar las obligaciones a cargo de la sociedad respetando las disposiciones legales sobre prelación de créditos que trata el Código Civil, para continuar con el pago del pasivo interno y posteriormente proceder, con la distribución del remanente, si lo hubiere entre los asociados.

Aunque la legislación mercantil expresamente establece la regla general, en virtud de la cual los asociados no podrán pedir el reembolso total o parcial de sus aportes, antes de que disuelta la sociedad se haya cancelado su pasivo externo, en los términos del artículo 144, principio que se reitera en las disposiciones aplicables al trámite social, el artículo 241 del Código de Comercio, consagra como excepción la posibilidad de que el responsable del proceso pueda distribuir entre los asociados «... *la parte de los activos sociales que exceda el doble del pasivo inventariado y no cancelado al momento de hacerse la distribución*».

En este orden de ideas (...), es claro que es al liquidador a quien le corresponde decidir la entrega o no de los activos sociales, pues si el legislador hubiera pretendido una formalidad especial y adicional, así lo hubiera manifestado expresamente o hecho la remisión correspondiente.

De esta forma en opinión del Despacho, no es necesario que la distribución anticipada de activos sociales entre accionistas de una sociedad en liquidación, esté precedida de una autorización por parte de la entidad que ejerza la inspección, vigilancia y control de la sociedad, pero sí debe ser aprobada en el seno del máximo órgano social

y posteriormente protocolizada dicha decisión junto con la cuenta final de liquidación e inscribirse en el registro mercantil.

Igualmente, mediante oficio 220-63614 de octubre 3 de 2003 este Organismo expresó:

«...es necesario precisar que las normas que contemplan el proceso liquidatorio, tienen como finalidad proteger a los acreedores sociales, y es por esta razón, que en presencia de un activo que supere en más del doble al pasivo externo inventariado y no cancelado de una sociedad disuelta, la ley permite que sea distribuido entre los asociados en forma anticIpada, pues considera que un monto de activos que doble en cuantía al pasivo, garantiza suficientemente a los terceros que contrataron con la compañía el pago de las obligaciones sociales que ella contrajo durante el desarrollo de su objeto. ...

Ahora bien, en atención a que, como quedó dicho, la aludida distribución anticipada forma parte del proceso liquidatorio, si se hace indispensable que de ella se deje constancia en un acta que se elabore en términos similares a los del acta final de liquidación, y que igualmente sea sometida a la aprobación del máximo órgano social, con el fin de que la aludida repartición y la aprobación de la misma, figure por escrito ...

... para proceder de la anterior forma, es imprescindible la correcta elaboración del inventario del patrimonio social que servirá de base para la liquidación de la compañía ...»

Ahora bien, efectuadas las anteriores consideraciones, para responder su inquietud, es conveniente señalar que esta entidad ha considerado que pese a que ni en la normatividad contable ni en el Plan Único de Cuentas para Comerciantes se contempla la forma como debe reflejarse en la contabilidad la distribución anticipada, podría llevarse en una cuenta de patrimonio contraria a su naturaleza que bien podría denominarse 'DISTRIBUCIÓN ANTICIPADA DE REMANENTES' por el valor total de lo distribuido anticipadamente, lo cual hará necesario que en el momento de preparar los estados financieros, las notas a los mismos

revelen en detalle el origen de dicha cuenta, así como el número del acta, fecha, y valor aprobado por el máximo órgano social.

SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA

Oficio 310-29159 de 4 de julio de 1996

Tratamiento contable a las transferencias de divisas de la casa matriz para absorción de pérdidas

En atención a su consulta relacionada con los procedimientos a seguir y los registros contables a emplear si la casa matriz efectúa una transferencia de dineros y utiliza el formulario No.4 Inversiones Internacionales, para el respectivo registro antes el Banco de la República bajo el concepto de absorción de pérdidas.

Sobre el particular, el artículo 490 del Código de Comercio, establece que «*cuando la Superintendencia compruebe que el capital asignado a la Sucursal disminuyó en un cincuenta por ciento (50%) o más, requerirá al representante legal para que lo reintegre dentro del término prudencial que se le fije ...*»

Así las cosas, cuando se trata de absorber pérdidas en una sucursal extranjera, es necesario tener en cuenta que se debe solicitar la resolución o acta del órgano competente de la casa matriz, donde se exprese que absorberán las pérdidas de determinado ejercicio, y con este documento tramitarán la autorización ante el Banco de la República para registrar dichas divisas, lo cual se hará con base en el formulario que al respecto se diligencie, en el cual deberá quedar claramente expresado el uso que se debe dar a las divisas.

Una vez efectuados los pasos mencionados, dichas transferencias de divisas, se pueden registrar afectando para ello el código 1110-Bancos contra la 3710-Pérdidas Acumuladas de ejercicios anteriores. En el evento que la decisión del órgano competente sea incrementar el capital asignado con el fin de salir de la situación prevista en el artículo

490 ya citado, el registro contable sería 1110-Bancos contra la 3120-Capital Asignado, caso en el cual además de los pasos antes mencionados debe proceder a su protocolización, mediante escritura pública y su correspondiente inscripción en la cámara respectiva.

Oficio 340-060621 de 3 de diciembre de 2002

Determinación de la situación prevista en el artículo 490 del Código de Comercio, en una sucursal de sociedad extranjera

1. Con relación al capital asignado se citan algunos conceptos contenidos en los artículos 472, 475 y 487 del Código de Comercio, así:

1.1 «*La resolución o acto en que la sociedad acuerda conforme a la ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia, expresará: 1) Los negocios que se propongan desarrollar, ajustándose a las exigencias de la ley colombiana respecto, a la claridad y concreción del objeto social; 2) El monto del capital asignado a la sucursal, y el originado en otras fuentes si la hubiere ...* (subrayado fuera de texto)

1.2 «*Para establecer una sucursal, la sociedad comprobará ante la superintendencia respectiva que el capital asignado por la principal ha sido cubierto.*

1.3 «*El capital destinado por la sociedad a sus negocios en el país, podrá aumentarse o reponerse libremente, pero no podrá reducirse sino con sujeción a lo previsto en éste Código ...*»

2. Sobre la inversión suplementaria al capital asignado, el artículo 10 literal d) de la resolución 17 de 1992 del CONPES, establece que «*son las disponibilidades de capital en forma de bienes, divisas o servicios que permanezcan en la cuenta corriente de la casa matriz, durante la vigencia anual a la que corresponden las utilidades, previa demostra-*

ción de esta circunstancia ante la oficina de cambio y conforme a la documentación que la oficina exija.

El valor en dólares de estas disponibilidades deberá ser incluido en una cuenta especial que se denominará en el balance como Inversión Suplementaria al capital asignado y quedará sujeta al régimen que se aplica a dicho capital asignado».

Cuando la norma señala que quedará sujeta al régimen del capital asignado, ha de entenderse que se refiere a la parte cambiaria como lo menciona el numeral 7.1.7.2, en su inciso 2, de la Circular Reglamentaría DCIN - 61 de junio de 1997, del Banco de la República, al señalar que *«cuando se trate de la disminución de capital o de la inversión suplementaria el capital asignado, deberá enviar a esta Entidad Financiera copia del oficio expedido por la Superintendencia de Sociedades autorizando la disminución, cuando a ello haya lugar».*

3. El artículo 490 del Estatuto Mercantil, dispone que *«cuando la Superintendencia compruebe que el capital asignado de la sucursal disminuyó en un cincuenta por ciento (50%) o más, requerirá al representante legal para que lo reintegre dentro del término prudencial que se le fije. En todo caso, si quien actúe en nombre y representación de la sucursal no cumple lo dispuesto en este artículo, responderá solidariamente con la sociedad por las operaciones que realice desde la fecha del requerimiento».*

4. A su vez el artículo 491 ibídem prescribe que *«Cuando una sociedad extranjera no invierta el capital asignado en las actividades propias del objeto de la sucursal, la superintendencia respectiva conminará con multas sucesivas hasta de cincuenta mil pesos al representante legal para que dé a dicho capital la destinación prevista, sin perjuicio de las demás sanciones consagradas en este título».*

5. El artículo 497 ídem, determina que *«las disposiciones de este título regirán sin perjuicio de lo pactado en tratados o convenios internacionales y que en lo no previsto se aplicarán las reglas de las sociedades colombianas ...»*

De acuerdo con lo expuesto, cuando el Código de Comercio, se refiere a la expresión *«Capital Asignado»*, no incluye las divisas recibidas de la casa matriz a título de inversión suplementaria al capital asignado, por ello cabe anotar, que la finalidad de la cuenta inversión suplementaria al capital asignado, es facilitar a la casa matriz la canalización de sus recursos que remite a la sucursal en Colombia, para poder llevar a cabo sus operaciones.

En síntesis, frente a su inquietud, relacionada con el alcance del parágrafo del artículo 151 del Código de Comercio, que establece que *«para todos los efectos legales se entenderá que las pérdidas afectan el capital cuando a consecuencia de las mismas se reduce el patrimonio neto por debajo del monto de dicho capital»*, se considera que rige también en la aplicación del artículo 490 del Código aludido, por remisión del artículo 497 por cuanto, al igual que en una compañía nacional, la ocurrencia de pérdidas que afectan el capital por exceder los limites indicados en relación a su patrimonio, la colocan en una causal de disolución, en el caso de una sucursal de sociedad extranjera ocurre lo mismo, para lo cual debe tenerse presente que es el capital asignado, como lo señala de manera expresa la norma, es decir, sin incluir la inversión suplementaria.

El anterior concepto recoge el oficio 220-26686 del 15 de marzo de 1997, en lo pertinente respecto de las sucursales de sociedades extranjeras y cualquier otro que le sea contrario.

Oficio 340-063712 de 7 de diciembre de 2004

Las pérdidas acumuladas se pueden absorber contra el rubro inversión suplementaria al capital asignado

Sobre el particular el artículo 39 de la Resolución Externa No. 21 del 2 de septiembre de 1993, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, señala que *«las sucursales en Colombia de empresas extranjeras, sólo podrán recibir transferencias de divisas provenientes*

de sus Casas Matrices, cuando dichas transferencias no generen ningún tipo de contraprestación a favor de la Matriz. Tales transferencias deberán ser contabilizadas en la cuenta corriente con la Casa Matriz como inversión Suplementaria al Capital Asignado».

A su vez, la Resolución Externa No. 8 del 5 de mayo de 2000, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, en su artículo 32, señaló que *«las transferencias de divisas entre una sociedad extranjera y su sucursal en Colombia sólo podrá hacerse por los siguientes conceptos:*

1. Transferencia de capital asignado o suplementario.

2. Reembolso de utilidades y capital asignado o suplementario.

3. Pago por concepto de operaciones reembolsables de comercio exterior de bienes, de conformidad con las normas aduaneras y tributarias».

Posteriormente, la Resolución Externa No. 5 del 15 de agosto de 2003, expedida por el Departamento de Cambios del Banco de la República en su artículo 1°, por la cual modifica el artículo 32 de la Resolución Externa 8 de 2000, expedida por dicha Entidad, adicionó otro numeral para transferir divisas entre una sociedad extranjera y su sucursal en Colombia, quedando así:

«1. Transferencia de capital asignado o suplementario.

2. Reembolso de utilidades y capital asignado o suplementario.

3. Pago por concepto de operaciones reembolsables de comercio exterior de bienes, de conformidad con las normas aduaneras y tributarias.

4. Pago por concepto de servicios, de conformidad con normas tributarias».

En lo referente al tema, la Circular Reglamentaria Externa DCIN 31 de junio 6 de 2000, sustituidas por la DCIN – 04 de enero 5 de 2001

y DCIN – 83 del 21 de noviembre de 2003, señaló que *«cuando las sociedades extranjeras transfieran divisas para enjugar pérdidas de su sucursal, deberán canalizarlas a través del mercado cambiario como inversión suplementaria al capital asignado y luego cancelar las pérdidas contra esta cuenta».*

En consecuencia, cuando la sucursal decida absorber pérdidas acumuladas, no existe impedimento de orden legal y cambiario para que tal operación se realice cancelando el saldo de las citadas pérdidas, contra el rubro de inversión Suplementaria al Capital Asignado, siempre y cuando se haga únicamente sobre las pérdidas acumuladas al corte del ejercicio inmediatamente anterior, cuyo soporte será la resolución o acta del órgano de dirección competente de la casa matriz, donde conste la autorización para efectuar esta operación.

Oficio 340-064076 de 11 de noviembre de 2005

Una sucursal de sociedad extranjera puede constituirse con un aporte en especie

a) El artículo 472 del Estatuto Mercantil dispone que *«la resolución o acto en que la sociedad acuerde conforme a la Ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia, expresará:*

1) Los negocios que se proponga desarrollar, ajustándose a las exigencias de la Ley Colombiana respecto a la claridad y concreción del objeto social;

2) El monto del capital asignado a la sucursal, y el origen en otras fuentes, si las hubiere;

3) El lugar escogido como domicilio;

4) El plazo de duración de sus negocios en el país y las causales para la terminación de los mismos;

5) La designación de un mandatario general, con uno o más suplentes, que represente a la sociedad en todos los negocios que se proponga desarrollar en el país; ...

6) La designación del revisor fiscal ...»

b) El artículo 475 del Código de Comercio expresa que *«para establecer una sucursal, la sociedad extranjera comprobará ante la Superintendencia respectiva que el capital asignado por la principal ha sido cubierto».*

c) A su vez, el artículo 487 ídem, dispone que *«el capital destinado por la sociedad a sus negocios en el país, podrá aumentarse o reponerse libremente, pero no podrá reducirse sino con sujeción a lo prescrito en éste código ...»*

d) El artículo 10 de la Resolución 17 de 1972 del CONPES, en su literal d), señala que *«se entiende por inversión suplementaria al capital asignado las disponibilidades de capital en forma de bienes, divisas o servicios que permanezcan en la cuenta corriente de la Casa Matriz, durante la vigencia anual a la que correspondan las utilidades previa demostración de esta circunstancia ante la oficina de cambios y conforme a la documentación que la oficina exija.*

El valor en dólares de estas disponibilidades deberá ser incluido en una cuenta especial que se denominará en el balance como Inversiones suplementarias al Capital Asignado y quedará sujeta al régimen que se aplica a dicho capital asignado».

e) El numeral 7.2.2 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN–83 del 16 de diciembre de 2004, que trata sobre los Aportes en Especie (tangibles e intangibles) señala que *«el término para solicitar el registro es de tres (3) meses contados a partir de:*

- *La fecha de nacionalización o de levante de las importaciones ordinarias no reembolsables.*

- *La fecha en que se convierten las importaciones temporales en ordinarias ...*

- *La fecha de contabilización de intangibles en el capital de la empresa.*

- *La fecha del formulario movimiento de mercancías en zona franca – ingreso de mercancías, expedido por el usuario operador en el caso de bienes internados que se aportan al capital de una empresa situada en zona franca».*

f) A su vez el Decreto 2649 de 1993, define los activos intangibles como *«los recursos obtenidos por un ente económico que, careciendo de naturaleza material, implican un derecho o privilegio oponible a terceros, distinto de los derivados de los otros activos de cuyo ejercicio o explotación pueden obtenerse beneficios económicos en varios períodos determinables, tales como patentes, marcas, derechos de autor, crédito mercantil, franquicias, así como los derechos derivados de bienes entregados en fiducia mercantil.*

El valor histórico de estos activos debe corresponder al monto de las erogaciones claramente identificables en que efectivamente se incurra o se deba incurrir para adquirirlos, formarlos o usarlos, el cual, cuando sea el caso, se debe reexpresar como consecuencia de la inflación[90].

Para reconocer la contribución de los activos intangibles a la generación del ingreso, se deben amortizar de manera sistemática durante su vida útil ...»

g) De otra parte el Decreto 2650 de 1993, en la descripción de las cuentas 1610, en relación con las Marcas, indica que se debe registrar *«el costo de adquisición o de producción y registro de signos que, de acuerdo con las normas legales, sirven para distinguir los productos o servicios de un ente económico de los de otro. Así mismo registra el costo de marcas catalogadas como colectivas. Se entiende por marca colectiva todo signo calificado de tal, que sirva para distinguir el origen o cualquier otra característica común de productos o de servicios de empresas o colectividades diferentes que utilicen la marca bajo el control del titular»*, y con relación a la 1630 respecto del Know How

90 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

expresa que se debe registrar *«el valor apreciable en dinero del conocimiento práctico sobre la manera de hacer o lograr algo con facilidad y eficiencia aprovechando al máximo los esfuerzos, habilidades experiencias acumulados en un arte o técnica»*.

Por lo expuesto anteriormente, una sucursal puede constituirse con un aporte en especie, para lo cual debemos remontarnos a lo dispuesto por la Resolución 17 de 1972 del Consejo Nacional de Política Económica y Social «CONPES», dispone que *«el aporte en especie de la casa matriz a una sucursal extranjera, puede revestir importaciones de maquinaria, equipos u otros bienes físicos o intangibles, los cuales deben ingresar al mismo como importaciones no reembolsables y para ello enviar a esta Entidad el avalúo técnicamente elaborado, como el documento soporte del valor asignado al aporte en especie, el cual si viene en otro idioma diferente al español, debe venir con la traducción oficial»*.

Oficio 115-047662 de 14 de julio de 2008

Registro del capital asignado de la sucursal de sociedad extranjera una vez incorporada al país

Me refiero a su escrito en el que solicita aclaración de este Despacho sobre la siguiente situación, así:

Una sucursal de sociedad extranjera constituida (escritura pública) el año anterior con un capital asignado de US$ 2.000 que a la fecha no ha sido pagado por la casa matriz.

El capital asignado registrado en el patrimonio debe reconocer el efecto de la diferencia en cambio hasta la fecha en el cual se reciba efectivamente el pago de la Casa Matriz.

Previo a atender su solicitud, es necesario aclararle que las consultas que se presentan a esta Entidad se resuelven de manera general, abstracta e impersonal, de acuerdo con las facultades conferidas en

ejercicio de las atribuciones de inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales expresamente señaladas en la Ley 222 de 1995 y se circunscribe a hacer claridad en cuanto al texto de las normas de manera general, para lo cual armoniza las disposiciones en su conjunto de acuerdo al asunto que se trate y emite su concepto, ciñéndonos en un todo a las normas vigentes sobre la materia.

Expuesto lo anterior, para atender sus inquietudes debemos referirnos a la siguiente normatividad:

1) El Código de Comercio.

a) El artículo 471 señala que *«para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional»*, debe *«protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes ...»*

b) El artículo 472 expresa que *«la resolución o acto en que la sociedad acuerde conforme a la ley de su domicilio principal establecer negocios permanentes en Colombia expresará»*, entre otros, el monto del capital asignado a la sucursal, y el originado en otras fuentes, si las hubiere.

c) El artículo 475 manifiesta que *«para establecer la sucursal, la sociedad extranjera comprobará ante la superintendencia respectiva que el capital asignado por la principal ha sido cubierto»*.

2) El artículo 83 del Decreto 2649 de 1993, contentivo de las normas o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, al referirse al Capital. Expresa en la parte pertinente que éste *«representa los aportes efectuados al ente económico, en dinero, en industria o en especie, con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores.*

El capital debe registrarse en la fecha en la cual se otorgue el documento de constitución o de reforma, o se perfeccione el compromiso de efectuar el aporte, en las cuentas apropiadas, por el monto proyectado, comprometido y pagado, según el caso ...»

3) El Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios, mediante el cual se adoptó el Plan Único de Cuentas para comerciantes al describir en la Clase 3 referente al patrimonio, Cuenta 3120 Capital asignado, indica que en dicho rubro se *«registra el monto del capital asignado a las sucursales de sociedades extranjeras, señalado en la resolución o acto en donde se acordó conforme a la ley del domicilio principal, establecer negocios permanentes en Colombia, así como los aumentos debidamente legalizados»*.

En este orden de ideas, en el caso por usted consultado no es viable reconocer el efecto de la diferencia en cambio hasta la fecha en el cual se reciba efectivamente el pago del capital asignado por parte de de la Casa Matriz, puesto que no hay lugar a ello, si se tiene en cuenta que el monto de dicho capital debió ser recibido en su totalidad, tal como lo indicara ante el notario público, el representante legal de la sucursal al momento de elevar a escritura pública la incorporación de ésta al país. En caso contrario, no estaría dando cumplimiento con lo mandado por el Estatuto Mercantil, que reiteramos de manera categórica en este punto la resolución de incorporación y concretamente en cuanto al capital asignado, expresa que el mismo debe pagarse al momento de incorporarse la sucursal al país.

VALORIZACIONES

Oficio 330-32712 de 30 de mayo de 1995

No es procedente efectuar avalúos técnicos a las construcciones en curso, ni a la maquinaria en montaje

El artículo 64 del Decreto 2649 de 1993, reza que el valor histórico de las Propiedades, Planta y Equipo *«incluye todas las erogaciones y cargos necesarios hasta colocarlos en condiciones de utilización, tales como los de ingeniería, supervisión, impuestos, intereses, corrección monetaria provenientes del UPAC*[91] *y ajustes por diferencia en cambio»*.

Asimismo, expresa que *«la contribución de estos activos a la generación de ingresos debe reconocerse en los resultados del ejercicio mediante la depreciación de su valor histórico ajustado»*, la cual se empezará a efectuar desde el momento en que el bien contribuya a la generación de los ingresos.

De igual forma, los ajustes por inflación de los activos en período improductivo, tales como, las construcciones en curso, los cultivos de mediano y tardío rendimiento en período improductivo y los programas de ensanche, se deben reexpresar teniendo en cuenta las normas generales sobre los resultados del ejercicio hasta el momento en que se asigne el costo de tales activos[92].

Es de advertir que una vez finalice o concluya la construcción de la obra, se deberá realizar su traslado a la subcuenta del activo respectivo, por el mismo valor registrado en los libros de contabilidad como costo total o acumulado de las construcciones en curso.

En segundo lugar, el objetivo que se persigue con el registro de las valorizaciones es de reflejar las cuentas tanto del activo como del patrimonio en sus valores reales, de tal manera que se pueda presentar razonablemente la situación financiera de la sociedad en una fecha determinada.

91 Hoy UVR
92 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

Así las cosas, este Despacho considera que no es procedente efectuar avalúo técnico de las construcciones en curso, ni de la maquinaria en montaje, toda vez que las erogaciones en que se incurre para poner tales activos en condiciones de utilización, permiten que sus valores se reflejen a montos actuales.

Para corroborar el criterio de la Entidad, si observamos la codificación contenida en el Plan Único de Cuentas para comerciantes, Decreto 2650 de 1993 y su modificatorio 2894 de 1994, en el grupo 19. Valorizaciones, Cuenta 1910. De Propiedades, Planta y Equipo no se incluye ítem alguno para la valorización de los activos que nos ocupan.

Oficio 340-40547 de 22 de julio de 1997

Se deben elaborar avalúos técnicos a las propiedades, planta y equipo, cuando su valor en libros supere veinte (20) salarios mínimos, de acuerdo con lo señalado en el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993

Sobre el particular se le manifiesta que el objetivo de la disposición contenida en la norma precitada, no es otro que propender porque los estados financieros reflejen la verdadera situación de la compañía. Es así como el inciso 8° del mismo artículo exige que al cierre del período, el valor neto de las propiedades, planta y equipo, «*reexpresado por el efecto de la inflación*[93]*, debe ajustarse a su valor de realización o a su valor actual o a su valor presente, el más apropiado en las circunstancias, registrando las provisiones o valorizaciones que sean del caso ...*»

Esta disposición prevé además, que pueden excluirse del anterior procedimiento las propiedades, planta y equipo cuyo valor ajustado (se subraya) sea inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales[94].

93 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.
94 Para el año 1997 el valor del SMLMV ascendía a $172.005.00

Después de hacer las anteriores precisiones analizaremos el motivo de su intrerrogante, es decir, si el término «*valor ajustado*» se refiere al valor neto ajustado o al costo de adquisición ajustado. Para resolver esta situación debemos tener en cuenta que sobre este tema ya se pronunció el Consejo Técnico de la Contaduría Pública con motivo de una consulta elevada ante ese organismo, cuyo texto se publicó en su Boletín Informativo No. 3 del mes de noviembre de 1995 con el título «Interpretación incisos del artículo 64 Decreto 2649 de 1993», cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

«Este mismo artículo da la opción de no practicar avalúos a todos los activos, sino que puede exceptuarse de esta obligación, aquellos cuyo valor ajustado sea inferior a veinte (20) salarios mínimos. En este evento para la determinación del respectivo monto debe tomarse el valor neto individualmente considerado de cada activo, una vez ajustado.

Para aquellos activos que superen este monto, deberá realizarse el avalúo técnico y determinarse la respectiva valorización o provisión, según el caso».

Como podemos observar el valor que debe tomarse para identificar los activos que pueden excluirse de avalúo es el valor neto, es decir, el resultado de restarle al costo ajustado la depreciación acumulada ajustada.

No obstante lo expuesto y dado el carácter de opcionalidad que prevé el mismo artículo en este aspecto al indicar: «*Pueden exceptuarse de esta disposición...*» (se subraya), este despacho considera que sin perjuicio de lo dispuesto en esta normatividad se deben practicar avalúos técnicos sobre aquellos activos que a pesar de tener un valor neto inferior a 20 salarios mínimos mensuales, el efecto de las valorizaciones en los estados financieros es considerado como material en los términos del artículo 16 del Decreto 2649 de 1993.

Entre estos activos podemos incluir bienes raíces, maquinaria y equipo, vehículos, equipo de cómputo, etc., totalmente depreciados, que por su buen estado de conservación, mejoras recibidas e importancia en la generación de ingresos, adquieren valores comerciales representativos con respecto al total de los activos de la sociedad.

Oficio 340-15002 de 1o de marzo de 1999

A las propiedades, planta y equipo que estén relacionadas con un convenio de asociación, no es procedente calcularles valorización o provisión

Los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia contenidos en el Decreto 2649 de 1993 disponen:

«Artículo 3º «Objetivos básicos. La información contable debe servir fundamentalmente para:

- *Conocer y demostrar los recursos controlados por el ente económico, las obligaciones que tengan de transferir recursos a otros entes, los cambios que hubieren experimentado tales recursos y el resultado obtenido en el período. ...*

- *Apoyar a los administradores en la planeación, organización y dirección de los negocios, y*

- *Tomar decisiones en materia de inversiones y crédito. ...»*

El artículo 4º. Indica, que *«para poder satisfacer adecuadamente sus objetivos, la información contable debe ser comprensible y útil. En ciertos casos se requiere, además que la información sea comparable. ...*

La información es confiable cuando es neutral, verificable y en la medida en la cual represente fielmente los hechos económicos». Y *«es comparable cuando ha sido preparada sobre bases uniformes».*

A su vez el artículo 10º establece que *«tanto los recursos como los hechos económicos que los afecten deben ser apropiadamente cuantificados en términos de la unidad de medida ...»*

El artículo 64 referente a las propiedades, planta y equipo dispone en esencia que el objetivo de ajustar los activos a su valor de realización, y registrar las valorizaciones y/o provisiones que resulten de efectuar los avalúos técnicos al menos cada tres años, por personas idóneas, consiste en actualizar el patrimonio de la compañía, de tal manera que se puede conocer de manera clara y completa su situación financiera.

Analizado el contrato de asociación remitido por una sociedad, en la que indica que entregará y transferirá la propiedad a una empresa del Estado la totalidad de la infraestructura instalada a la fecha de terminación, mediante la elaboración del acta correspondiente en donde se discriminen los bienes recibidos. La terminación antes del plazo fijado podrá ocurrir bajo las siguientes situaciones: a) mediante mutuo acuerdo de las partes cuando sea conveniente para sus intereses. Si la terminación ocurre antes de la fecha de expiración, las partes saldarán sus ingresos recibidos por el suministro de los servicios y deudas pendiente y establecerán las reglas y procedimientos para la transferencia de la propiedad y el pago del valor de rescate correspondiente. El valor de rescate se entiende por este concepto el importe de dólares USA de la inversión, el cual está especificado en un monto mínimo.

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho considera que no es procedente elaborar los avalúos técnicos de las Propiedades, Planta y Equipo y el registro de su valorización para aquellos bienes que estén directamente relacionados con el convenio de asociación, en donde se establece en el clausulado la transferencia de los bienes, por su valor de rescate.En consecuencia, a aquellas Propiedades, Planta y Equipo que no estén vinculados con el convenio de asociación se les debe efectuar los avalúos técnicos en los términos del artículo 64 del Decreto 2649 de 1993, adicionalmente, en las notas a los estados

financieros deben hacer las revelaciones del caso, separando los bienes a los cuales se les efectuó el mencionado avalúo.

Oficio 340-63891 de 2 de octubre de 2000

Los bienes que forman parte de los inventarios no son susceptibles de valorizar

Sobre el particular se debe tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 63 del Decreto 2649 de 1993, por el cual se expidieron las normas o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, señala que «*los inventarios representan bienes corporales destinados a la venta en el curso normal de los negocios, así como aquellos que se hallen en proceso de producción o que se utilizarán o consumirán en la producción de otros que van a ser vendidos*».

Agrega que «*el valor de los inventarios, el cual incluye todas las erogaciones y los cargos directos e indirectos necesarios para ponerlos en condiciones de utilización o venta, se debe determinar utilizando el método PEPS (primeros en entrar, primeros en salir), UEPS (últimos en entrar, primeros en salir), el de identificación específica o el promedio ponderado. Normas especiales pueden autorizar la utilización de otros métodos de reconocido valor técnico*».

Así mismo, señala que «*al cierre del periodo, deben reconocerse las contingencias de pérdida del valor reexpresado en los inventarios, mediante las provisiones necesarias para ajustarlos a su valor neto de realización*». Cabe anotar, que mediante la Ley 488 de 1998 la reexpresión de los inventarios fue derogada tanto para efectos fiscales como contables.

Ahora bien, el artículo 64 del citado decreto referente a las Propiedades, planta y equipo en los incisos 8° y 9° indica que «*al cierre del período, el*

valor neto de estos activos, reexpresado como consecuencia de la inflación[95], *debe ajustarse a su valor de realización ... o a su valor presente, el más apropiado en las circunstancias, registrando las provisiones o valorizaciones que sean del caso ...*

El valor de realización, actual o presente de estos activos debe determinarse al cierre del período en el cual se hubieren adquirido o formado y al menos cada tres años, mediante avalúos practicados por personas naturales, vinculadas o no laboralmente al ente económico, o por personas jurídicas, de comprobada idoneidad profesional, solvencia moral, experiencia e independencia ...»

Concordante con lo anterior, el Decreto 2650 y sus modificatorios por el cual se expidió el Plan Único de Cuentas para Comerciantes, en el grupo 19 Valorizaciones, no contempla item alguno para registrar las valorizaciones de los inventarios (bienes raíces) en tanto que si lo hizo para aquellas catalogadas como propiedades, planta y equipo.

Por lo expuesto y de acuerdo con los principios y normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia, los únicos activos que pueden ser objeto de valorización mediante avalúos, son las propiedades, planta y equipo.

Oficio 340-039231 de 25 de septiembre de 2001

No es permitido netear el resultado de los avalúos técnicos practicados sobre varios inmuebles

a. El artículo 64 en sus incisos 8° y 9° del Decreto 2649 de 1993, señala en cuanto a las propiedades, planta y equipo, que «*al cierre del período, el valor neto de estos activos, reexpresado como consecuencia de la inflación*[96], *debe ajustarse a su valor de realización*

95 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007
96 Ídem

o a su valor actual o a su valor presente, el más apropiado en las circunstancias, registrando las provisiones o valorizaciones que sean del caso. Pueden exceptuarse de esta disposición aquellos activos cuyo valor ajustado sea inferior a veinte (20) salarios mínimos mensuales.

El valor de realización, actual o presente de estos activos debe determinarse al cierre del período en el cual se hubieren adquirido o formado y al menos cada tres años, mediante avalúos practicados por personas naturales, vinculadas o no laboralmente al ente económico, o personas jurídicas, de comprobada idoneidad profesional, solvencia moral, experiencia e independencia. Siempre y cuando no existan factores que indiquen que ello sería inapropiado entre uno y otro avalúo estos se ajustan al cierre del período utilizando indicadores específicos de precios según publicaciones oficiales o a falta de éstos», por el PAAG[97] correspondiente.

Además, indica que «*el avalúo debe prepararse de manera neutral o por escrito de acuerdo con las siguientes reglas:*

- *Presentará su monto discriminado por unidades o por grupos homogéneos.*

- *Tratará de manera coherente los bienes de una misma clase y características.*

- *Tendrá en cuenta los criterios utilizados por el ente económico para registrar adiciones, mejoras y reparaciones.*

- *Indicará la vida útil remanente que se espera tenga el activo en condiciones normales de operación.*

- *Segregará los bienes muebles reputados como inmuebles, mostrando su valor por separado*».

b. El artículo 70 ídem en sus numerares 7° y 8° en lo referente al procedimiento para el ajuste del valor de otros activos no monetarios,

97 IPC - modificado Decreto 1536 de 2007

expresan que «*sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, cuando los avalúos técnicos efectuados a los activos ... supera el costo neto del bien ajustado, la diferencia se debe llevar como superávit por valorización. Tal diferencia no se toma como un ingreso ni hace parte del costo para determinar la utilidad en la enajenación del bien, ni forma parte de su valor para calcular la depreciación*».

Así mismo, menciona que «*el valor de los activos no monetarios una vez ajustado, cuando exceda el valor recuperable de su uso futuro o su valor de realización, según el caso, debe reducirse mediante una provisión técnicamente constituida*».

c. El Nuevo Diccionario Enciclopédico Ilustrado LAROUSSE, define la palabra HOMOGENEO «*como un compuesto cuyos elementos son de igual naturaleza, es decir de igual índole o condición*».

d. Que de acuerdo con la norma contable el término HOMOGENEIDAD, se aplica para realizar avalúos y para registrar inventarios, teniendo en cuenta no solamente el grupo, sino las características, clase y el estado de los activos, que los conforman.

En consecuencia, es claro que el caso que nos ocupa, es decir, cuando se poseen varios inmuebles, no es procedente netear la valorización y desvalorización que resulte de éstos, toda vez que si el avalúo técnico es superior al valor en libros, la diferencia genera una valorización que se debe reconocer en cuentas cruzadas de valuación, afectando los rubros 1910 y 3810, y si es inferior, se debe crear una provisión con cargo a los resultados del ejercicio, en forma independiente para cada inmueble.

Vale anotar, que bien distinto es que si el avalúo técnico se practicó respecto de bienes inmuebles, en donde el terreno y la construcción que sobre éste se levanta (por cada predio), constituyen un todo indivisible para efectos comerciales, es concepto de este Despacho que para efectos del cálculo y registro de la valorización y/o provisión, estos bienes constituyen un grupo homogéneo, en tal sentido, para el caso que nos ocupa, si el valor del avalúo del Terre-

no y de la Construcción, considerados como ya se explicó, como un todo, es superior al valor en libros, es procedente contabilizar una valorización neta sin afectar los resultados del ejercicio, hecho que deberá ser objeto de una amplia revelación en las notas a los estados financieros.

Es preciso aclarar que únicamente se procederá a registrar la valorización conforme a lo citado en el párrafo anterior y, que el costo y los ajustes por inflación que le sean aplicados al Terreno y a la Edificación[98], se deben seguir registrando separadamente en las cuentas establecidas para tal efecto por el Decreto 2650 de 1993.

98 Lo relacionado con ajustes por inflación, fue derogado por el Decreto 1536 de 2007.

Índice de Referencias

Referencias al Código de Comercio

Artículo	Oficio	Página	Artículo	Oficio	Página
1	220-064519/2000	336		220-069768/2005	526
	220-122627/2008	64		220-022017/2008	154
	220-114196/2009	336		220-022017/2008	539
2	220-122627/2008	64		115-052834/2008	542
4	220-064519/2000	336	31	220-064645/1998	56
	220-037730/2007	49	35	220-037204/2008	199
	220-065681/2009	233	39	220-022017/2008	152
	220-114196/2009	336			154
7	220-064519/2000	336			538
	220-114196/2009	336			539
10	210-013156/1994	518			540
	220-037204/2008	197	48	220-069768/2005	522
19	210-013156/1994	518		340-005149/2006	532
	220-022017/2008	149		220-022017/2008	149
	220-022017/2008	150			152
	220-022017/2008	535			197
	220-022017/2008	536			535
	220-037204/2008	197			538
19.2	210-013156/1994	520			541
19.3	220-069768/2005	522		115-118588/2008	409
	220-037204/2008	197	49	210-013156/1994	518
20	210-013156/1994	518		310-023668/1996	521
20 y ss.	220-066579/1997	206		220-069768/2005	522
23	220-087032/2008	132	50	310-023668/1996	521
24	220-087032/2008	132		220-022017/2008	152
28	220-032204/2005	146			153
28.1	220-033532/2007	185			154
28.7	210-013156/1994	520			155

Artículo	Oficio	Página
50	220-022017/2008	538
		539
		540
		541
50	115-118588/2008	409
51	210-013156/1994	520
53	220-022017/2008	150
		536
54	220-022017/2008	150
		536
55	340-005149/2006	532
	220-022017/2008	150
		536
60	220-069768/2005	524
		526
		527
		528
	340-005149/2006	532
		534
	115-052834/2008	542
68	340-005149/2006	533
	220-022017/2008	154
		540
86.3	220-081222/2009	290
98	220-024208/2005	21
	340-011823/2005	563
	220-071798/2005	13
	220-024356/2007	95
	220-040257/2007	215
		217
98	220-104181/2008	202
	220-121927/2008	141
	01-166047/2008	135
98 Inc. 2	220-064645/1998	54
99	220-015670/2007	221
		470
	115-059861/2007	470
	220-114196/2009	332
	220-120050/2009	345
100	220-066579/1997	207
		208
		210
110	220-064645/1998	53
		55
	220-045979/2006	181
	220-037204/2008	189
	220-121927/2008	141
	220-057303/2009	251
	220-120050/2009	345
110 y ss.	220-025319/2007	189
	220-037204/2008	189
110.1	220-081222/2009	290
110.4	220-120050/2009	345
120	220-017953/2007	156
122	100-006083/2002	365
		366
		368
122	300-033793/2004	377
126	220-033532/2007	183
	220-038748/2008	17

Artículo	Oficio	Página
130	340-011823/2005	563
	220-024208/2005	23
132	220-017953/2007	156
	220-033532/2007	183
		185
	220-038748/2008	18
136	220-033532/2007	184
138	340-035202/2002	375
143	100-006083/2002	367
144	100-006083/2002	367
	300-033793/2004	379
		380
	340-019340/2007	606
	220-021078/2007	59
145	100-006083/2002	365
		367
		368
		369
	300-033793/2004	379
		380
		381
	220-041427/2006	177
	220-021078/2007	60
146	100-006083/2002	365
	300-033793/2004	379
147	100-006083/2002	365
		368
		369
	300-033793/2004	381
149	220-121927/2008	140
150	100-006083/2002	370
	220-040257/2007	215
151	340-070999/1999	511
	100-006083/2002	370
	220-015670/2007	221
	115-059861/2007	476
	220-121927/2008	140
155	220-040257/2007	215
		216
		217
		218
156	220-040257/2007	218
158	340-061889/2002	441
	220-024208 2005	22
	115-038798/2008	389
		393
	01-166047/2008	135
	115-038798/2008	388
	220-048079/2009	285
162	220-051140/2005	86
		87
	220-021507/2007	102
	220-059279/2009	265
163	241-001221/1993	579
	220-003211/2006	124
	220-072559/2009	228
164	220-003211/2006	124
	01-166047/2008	135
		136
166	220-072559/2009	229

Artículo	Oficio	Página
166 Par.	220-059279/2009	265
		266
167	220-064645/1998	53
	220-038130/2009	237
		240
	220-120050/2009	351
170	220-024356/2007	95
	220-038130/2009	238
		241
	220-049533/2009	262
	220-059279/2009	265
		266
	220-059633/2009	250
		259
171	115-038798/2008	392
	220-038130/2009	238
		240
172	340-031294/2001	418
	220-005997/2005	69
	220-051140/2005	86
		87
		88
	220-024356/2007	96
	220-051421/2007	97
	220-104181/2008	202
	220-084968/2009	105
		107
172 y ss.	220-051140/2005	87
	220-021507/2007	102
173	340-031294/2001	418
	220-005997/2005	72
	220-084968/2009	103
173 y ss.	220-084968/2009	106
174	220-057310/2009	279
175	220-005997/2005	73
	220-051140/2005	88
	220-057303/2009	246
		249
	220-057310/2009	275
		278
177	220-024356/2007	95
177.5	220-024356/2007	96
178	220-005997/2005	69
		74
	220-051140/2005	88
	220-034391/2006	67
	220-037730/2007	46
	220-084968/2009	107
179	220-005997/2005	72
		73
180	220-084968/2009	103
		104
		105
		107
		108
		109
		110
		111
181	220-024208/2005	26
	220-121927/2008	141

Artículo	Oficio	Página
184	220-008934/1996	164
	220-024208/2005	26
185	220-024208/2005	20
186	220-047380/2007	36
187.1	220-059279/2009	265
	220-059633/2009	260
187.2	220-024208/ 2005	20
187.3	220-040257/2007	215
188	220-119963/2009	342
189	220-032204/2005	147
	220-059279/2009	265
		266
	220-072559/2009	228
		229
	220-120050/2009	352
190	220-040257/2007	216
	220-047380/2007	36
	220-048566/2007	40
191	220-119963/2009	342
195	220-081222/2009	290
195 Inc. 2	220-085176/2009	300
196	220-072559/2009	229
196 Inc. 2	220-062034/2000	223
		473
	220-015670/2007	224
	115-059861/2007	473
	220-059279/2009	265
		266
197	220-119963/2009	342
198	220-087032/2008	132
199	220-087032/2008	132
200	220-024208/2005	24
	220-003211/2006	126
203	241-001221/1993	577
		578
203.1	220-039060/2009	280
		282
	220-068085/2009	523
203 y ss.	220-087032/2008	130
		134
205	125-070386/1997	282
		284
	340-095440/1999	586
205.3	125-070386/1997	281
		282
207	340-072295/1999	585
208	220-069768/2005	530
209	220-069768/2005	530
213	220-032204/2005	147
214	340-072295/1999	586
215	241-001221/1993	579
218	220-085475/2008	50
		51
	220-081824/2009	297
		298
218.2	100-006083/2002	372
218.3	220-005997/2005	71
	220-120050/2009	351
218.5	220-005997/2005	71
218.6	220-024208/2005	21

Artículo	Oficio	Página	Artículo	Oficio	Página
218.8	220-005997/2005	71	241	220-021078/2007	61
219	100-006083/2002	372	242	340-000823/2005	604
	220-024208/2005	21		340-047239/2005	602
220	100-006083/2002	372	242 y ss	220-021078/2007	62
	340-061889/2002	438	243	340-000823/2005	604
	220-021078/2007	62	244	220-005997/2005	70
	220-085475/2008	50	245	340-064367/2002	596
		51	247	220-084968/2009	108
	220-081824/2009	297	248	220-122627/2008	65
		298		220-084968/2009	108
		299	249	220-084968/2009	108
222	125-060363/2000	456	250	220-005997/2005	70
	220-005997/2005	70		220-084968/2009	103
		72			104
	220-024208/2005	25			107
225	220-041427/2006	177			108
225 y ss.	220-021078/2007	59			109
227	220-005997/2005	73			110
228	220-024208/2005	24			111
230	220-024208/2005	24	251	220-084968/2009	107
233	220-024208/2005	23			108
234	340-047239/2005	602			109
238	220-024208/2005	25	252	220-024208/2005	23
	220-122627/2008	63	255	220-122627/2008	65
238.1	220-024208/2005	25	256	220-122627/2008	65
238.7	300-033793/2004	380	259	220-064645/1998	53
	220-021078/2007	60	260	100-064011/1997	112
241	340-019340/2007	606		220-015430/1998	445
	220-021078/2007	59			446
241	220-021078/2007	60		100-056079/1998	118

Artículo	Oficio	Página	Artículo	Oficio	Página
260	340-095440/1999	586	352	220-022497/2007	127
	340-011823/2005	562			128
	340-061384/2005	514	353	220-084968/2009	107
	125-016689/2006	457	359	220-048566/2007	41
	340-061680/2006	424			40
261	100-064011/1997	112	361	220-048566/2007	40
		114	362	115-038798/2008	392
	220-015430/1998	445			394
		446	366	115-038798/2008	388
	100-056079/1998	118			389
	340-011823/2005	562			393
	340-061384/2005	514	370	100-006083/2002	371
	125-016689/2006	457		115-024083/2008	568
	340-061680/2006	424	372	220-047380/2007	36
	220-121561/2009	354		220-048566/2007	41
261.1	125-016689/2006	457		340-061889/2002	438
		458	373	340-011823/2005	563
261.2	220-015430/1998	447		220-084968/2009	107
261.3	220-015430/1998	447	376	220-073736/2009	229
263	220-064519/2000	336			231
	125-010464/2001	233		220-099852/2009	321
	220-041427/2006	176	379.1	220-008934/1996	164
	220-037204/2008	190		220-121751/2009	361
		193	379.3	220-010526/2007	8
		201	380	340-035202/2002	375
	220-114196/2009	336		220-099852/2009	320
270	220-064645/1998	53	380 y ss.	220-087094/2009	308
290	340-045830/1998	429	381	220-121751/2009	361
347	220-022497/2007	127	384	340-060244/2002	555
351	100-006083/2002	371		340-011823/2005	563

Artículo	Oficio	Página
384	220-099852/2009	321
385	115-111135/2009	427
386	220-006340/1995	574
	340-060244/2002	555
399	340-011823/2005	563
401	220-085649/2009	302
401.2	220-085649/2009	303
403	220-031701/2005	5
	220-010526/2007	8
406	220-010526/2007	9
407	220-031701/2005	5
		6
409	220-010526/2007	9
410	220-008934/1996	161
	220-048566/2007	41
	220-057533/2009	268
411	220-015430/1998	447
	220-047380/2007	36
	220-048566/2007	41
412	220-008934/1996	161
	220-057533/2009	268
414	220-040257/2007	219
		220
417.4	340-041799/2005	383
419	220-024208/2005	26
	220-022497/2007	128
	220-121927/2008	141
		143
420.2	220-040257/2007	215
421	220-017953/2007	159
422	220-056564/2005	123
	220-047808/2008	165
		167
		169
431	220-032204/2005	147
434	220-022497/2007	128
	220-087032/2008	132
435	220-087032/2008	132
436	220-087032/2008	132
437	220-087032/2008	132
438	220-056564/2005	122
	220-087032/2008	129
		130
		134
440	220-022497/2007	128
	220-121927/2008	143
446	220-024208/2005	20
446.2	220-040257/2007	220
449	100-006083/2002	373
450	340-108513/1999	466
451	340-024582/1998	465
		478
	115-059861/2007	478
454	220-040257/2007	215
		216
		217
		218
456	100-006083/2002	365
456	100-006083/2002	371
		372

Artículo	Oficio	Página
456	115-059861/2007	476
457	340-070999/1999	512
	100-006083/2002	372
	115-024083/2008	568
	220-038130/2009	238
		242
457.2	100-006083/2002	371
		373
458	100-006083/2002	372
	340-061889/2002	438
459	340-070999/1999	512
	100-006083/2002	372
		373
	340-061889/2002	438
		440
459	300-033793/2004	380
460	100-006083/2002	372
464	100-056079/1998	119
469	220-064519/2000	334
		335
	220-114196/2009	332
		334
		335
		338
471	220-064519/2000	336
	220-041427/2006	176
	220-033532/2007	187
	220-037204/2008	188
	220-037204/2008	189
		192
471	220-037204/2008	201
	115-047662/2008	617
	220-114196/2009	336
	220-121561/2009	357
471 y ss.	220-051140/2005	87
	220-021507/2007	102
472	241-001221/1993	579
		580
	220-045979/2006	181
	220-037204/2008	192
	115-047662/2008	617
	220-121561/2009	357
472.5	220-037204/2008	194
474	220-033532/2007	187
	220-037204/2008	188
	220-121561/2009	357
475	115-047662/2008	617
476	220-041427/2006	178
480	220-051421/2007	98
	220-057310/2009	273
482	220-034391/2006	67
484	220-033532/2007	186
485	220-033532/2007	186
	220-037204/2008	194
486	220-037204/2008	188
488	220-037204/2008	196
489	241-001221/1993	579
490	220-037204/2008	200
490	340-060621/2002	611
492	220-037204/2008	200

Artículo	Oficio	Página
495	220-041427/2006	178
497	220-045979/2006	181
	220-041427 2006	176
	220-033532/2007	183
	220-037204/2008	191
		200
		201
497	340-060621/2002	611
498	220-064645/1998	55
499	220-064645/1998	54
		56
505	220-064645/1998	56
515	220-037204/2008	193
		200
516	340-000777/2007	495
525	340-000777/2007	496
525	220-051421/2007	98
		99
525 y ss.	220-037730/2007	48
		49
526 y ss.	220-033532/2007	185
528	220-051421/2007	98
823	220-008934/1996	160
826	220-008934/1996	160
	220-072559/2009	228
830	220-120050/2009	346
833	220-037204/2008	194
845	220-031701/2005	6
855	220-031701/2005	6
869	125-022015/1999	450
899.1	220-071798/2005	11
	220-048566/2007	40
		41
901	220-024356/2007	96
1226	115-019234/2008	507
2036	220-017953/2007	160

Referencias a la Ley 222 de 1995

Artículo	Oficio	Página
1	220-066579/1997	209
	220-005997/2005	74
3	106-021318/1998	412
		415
	220-003637/2005	76
	220-024208/2005	25
3	220-104181/2008	203
3.1	106-021318/1998	417
3.2	220-005997/2005	69
4	106-021318/1998	414
		417
	220-005997/2005	74

Artículo	Oficio	
4.1	220-005997/2005	74
5	220-005997/2005	73
	220-057303/2009	249
	220-057310/2009	279
6	220-003637/2005	83
	220-057303/2009	249
	220-057310/2009	279
9	106-021318/1998	413
9 Inc. Final	220-005997/2005	72
10	220-003637/2005	83
12	300-033793/2004	380
	220-053206/2005	43
	220-038130/2009	239
		242
	220-049533/2009	263
13	220-038130/2009	239
		241
	220-049533/2009	262
14	220-057303/2009	247
	220-057310/2009	277
15	220-053206/2005	44
17	300-033793/2004	380
	220-024208/2005	25
18	220-024208/2005	26
22	220-024208/2005	24
	220-056564/2005	123
	220-087032/2008	132
		138
23	220-056564/2005	123
	220-087032/2008	133
23	220-087032/2008	134
23.2	220-024208/2005	24
	01-0166047/2008	135
24	220-012950/1998	169
	220-024208/2005	24
	220-056564/2005	123
	220-003211/2006	126
	220-087032/2008	131
25	220-012950/1998	171
26	100-064011/1997	112
	220-015430/1998	445
	125-022015/1999	452
	340-001772/2005	558
	340-011823/2005	562
	340-061384/2005	514
	220-121561/2009	354
27	100-064011/1997	112
	340-095440/1999	586
	125-060363/2000	456
	340-001772/2005	558
	340-011823/2005	562
	340-061384/2005	514
	220-121561/2009	354
27.1	220-057303/2009	246
	220-057310/2009	276
28	100-064011/1997	111
		112
	125-070386/1997	580
	125-060363/2000	456
	340-061680/2006	424

Artículo	Oficio	Página
28	220-121561/2009	355
29	125-022015/1999	454
30	100-056079/1998	121
	125-022015/1999	450
		454
		554
	125-060363/2000	456
	125-010464/2001	435
	125-016689/2006	458
	220-121561/2009	356
30.2	100-064011/1997	115
31	100-064011/1997	115
35	220-015430/1998	448
		449
	125-022015/1999	452
		453
	125-060363/2000	455
	125-010464/2001	435
	340-020931/2002	547
	340-060244/2002	552
	340-001772/2005	557
	340-061384/2005	514
	125-016689/2006	458
37	340-045830/1998	429
		432
	220-069768/2005	528
	115-038798/2008	392
38	340-045830/1998	430
	340-072295/1999	585
	220-069768/2005	530
38	115-038798 /2008	392
43	220-012950/1998	169
44	125-022015/1999	452
45	220-121927/2008	142
		143
46	220-121927/2008	142
		143
48	220-056564/2005	123
50	220-065681/2009	232
51.4	220-065681/2009	232
53	220-065681/2009	232
55	220-065681/2009	232
57	220-065681/2009	232
58.4	220-065681/2009	232
61	220-087094/2009	308
	220-099852/2009	320
67	220-017953/2007	159
68	220-024208/2005	22
	220-017953/2007	156
70	220-071798/2005	10
		11
		12
		13
		14
	220-120050/2009	348
71	220-012950/1998	171
		173
	220-024356/2007	95
72	220-059633/2009	260
75	220-024356/2007	96

Artículo	Oficio	Página
77	220-003637/2005	80
		81
	220-024356/2007	96
80	220-003637/2005	77
		79
	220-024356/2007	95
		96
	220-049533/2009	261
	220-059633/2009	258
82	340-029123/2007	576
	220-033532/2007	184
	115-038798/2008	395
	115-118588/2008	406
83	220-012950/1998	175
	220-033532/2007	184
	115-038798/2008	395
84	220-005125/2007	3
	220-033532/2007	184
	115-038798/2008	395
84.7	220-051140/2005	90
84.9	220-005125/2007	4
	220-087094/2009	306
85	100-006083/2002	370
	220-033532/2007	185
	115-038798/2008	395
85.2	220-051140/2005	90
86	220-012950/1998	175
	340-029123/2007	577
	220-033532/2007	184
	115-038798/2008	395
86.1	340-070999/1999	513
86.3	220-022017/2008	154
		155
86.6	220-041427/2006	177
86.7	100-006083/2002	368
86.9	300-033793/2004	379
87	220-012950/1998	175
	220-003211/2006	126
	220-121927/2008	145
87.5	220-121927/2008	145
90	220-066579/1997	214
97	220-021078/2007	58
101	220-021078 /2007	58
120	220-021078/2007	58
121	220-021078/2007	58
122	220-021078/2007	58
123	220-021078/2007	58
124	220-021078/2007	58
125	220-021078/2007	58
133	220-021078/2007	58
148	220-012950/1998	171
		173
150	220-012950/1998	174
150.3	220-005997/2005	71
158	340-026745/2002	589
	220-021078/2007	58
159	220-021078/2007	58
166.8	340-026745/2002	589
166.16	340-026745/2002	589
166.8	340-047239/2005	603

Artículo	Oficio	Página	Artículo	Oficio	Página
166.16	340-047239/2005	603	198	220-021078/2007	58
178.16	340-064367/2002	596	199	340-026745/2002	590
179	340-026745/2002	589	207	220-012950/1998	171
180	340-026745/2002	590			173
197	340-064367/2002	599	228	220-051140/2005	90
198	340-026745/2002	590	240	220-040257/2007	215

Referencias a la Ley 550 de 1999

Artículo	Oficio	Página	Artículo	Oficio	Página
17	100-006083/2002	370	22	220-021078/2007	59
19	220-021078/2007	58	34.10	220-097548/2009	316
20	220-021078 /2007	59			

Referencias a la Ley 1258 de 2008

Artículo	Oficio	Página	Artículo	Oficio	Página
1	220-057303/2009	273		220-081657/2009	293
	220-081222/2009	287	4	220-087094/2009	306
	220-081657/2009	294			310
	220-081824/2009	298			311
	220-120050/2009	351			312
2	220-072559/2005	228	4	220-121561/2009	354
3	220-047625/2009	225	5	220-072559/2005	227
3	220-068085/2009	254		220-049533/2009	261
	220-081222/2009	287		220-059633/2009	259

Artículo	Oficio	Página	Artículo	Oficio	Página
5	220-065681/2009	234	10	220-099852/2009	319
	220-081222/2009	287			324
	220-114196/2009	333			326
	220-120050/2009	344		220-114196/2009	339
5.5	220-065681/2009	233		220-120050/2009	352
	220-120050/2009	343			353
		344	11	220-057310/2009	274
5.6	220-085176/2009	300		220-065681/2009	233
	220-121751/2009	360		220-081657/2009	294
	220-065681/2009	233			295
	220-085649/2009	302		220-120050/2009	344
5 Par. 1	220-065681/2009	234			353
		235	17	220-039060/2009	283
		236		220-065681/2009	233
		237		220-068085/2009	253
5 Par. 2	220-057303/2009	252			257
5 Par. 2	220-057310/2009	271	22	220-059633/2009	260
5 Par. 2	220-081657/2009	292		220-081657/2009	294
8	220-114196/2009	333			295
9	220-065681/2009	233	23	220-119963/2009	340
	220-087094/2009	308			341
	220-099852/2009	318	24	220-120050/2009	344
		320			348
10	220-057533/2009	270	25	220-065681/2009	233
	220-065681/2009	233		220-081657/2009	294
10	220-085176/2009	299	25	220-097548/2009	316
	220-085649/2009	302		220-119963/2009	341
	220-087094/2009	307	28	220-039060/2009	280
		308			281
	220-099852/2009	318			282

Artículo	Oficio	Página
28	220-068085/2009	254
		255
		256
29	220-072559/2005	228
31	220-038130/2009	237
		238
		241
		243
	220-048079/2009	284
	220-049533/2009	261
		263
	220-059279/2009	265
		266
31.1	220-049533/2009	262
31.1	220-059633/2009	258
		259
33	220-057303/2009	244
		247
		249
		250
33	220-057310/2009	270
		279
34	220-038130/2009	239
		240
35	220-038130/2009	237
		239
		243
	220-081824/2009	295
		297
		298
	220-085649/2009	301
	220-120050/2009	351
40	220-097635/2009	317
43	220-120050/2009	343
		344
45	220-072559/2005	228
	220-057310/2009	272
	220-057533/2009	267
		268
	220-073736/2009	230
	220-081222/2009	289
	220-081657/2009	293
	220-085649/2009	302
		303
	220-099852/2009	222
		225
	220-119963/2009	342
46	220-081096/2009	286

Referencias a la Ley 43 de 1990

Artículo	Oficio	Página
7	340-072295/1999	585
10	220-069768/2005	528
	115-038798/2008	392
13	241-001221/1993	578
13 Par. 2	241-001221/1993	578
	220-068085/2009	253
		254
13 Par. 2	220-068085/2009	255
		256
		257
	220-073736/2009	231
	220-097548/2009	321
	220-099852/2009	321
51	125-070386/1997	582

Referencias al Decreto 2649 de 1993

Artículo	Oficio	Página
3	220-045979/2006	182
	115-118588/2008	409
4	310-023668/1996	521
	220-045979/2006	182
	115-118588/2008	409
10	340-070999/1999	512
	340-020931/2002	548
	340-060244/2002	553
11	340-026745/2002	592
	340-000823/2005	604
	340-047239/2005	600
	340-033439/2007	74
		506
12	340-024582/1998	464
	340-026745/2002	592
12	340-035206/2002	490
	340-000823/2005	604
	340-047239/2005	600
	115-059861/2007	474
	115-059861/2007	477
	115-038798/2008	390
	115-118588/2008	410
	115-120791/2008	411
13	100-077616/1999	403
		404
	340-049612/2001	488
	340-035206/2002	490
	340-029125/2007	498
18	100-077616/1999	404
21	340-047239/2005	601

Artículo	Oficio	Página
22	340-047239/2005	601
23	125-048317/2002	437
	340-061384/2005	514
24	340-047239/2005	601
26	340-061889/2002	442
29	340-061889/2002	439
	220-059279/2009	265
	220-059633/2009	260
	220-049533/2009	262
30	340-026745/2002	592
	340-000823/2005	604
	340-047239/2005	600
33	340-045830/1998	429
35	340-000078/1998	483
36	115-120791/2008	411
37	106-021318/1998	414
39	100-077616/1999	403
40	100-077616/1999	403
44	340-024582/1998	464
	115-059861/2007	475
		478
46	115-059861/2007	474
47	340-000078/1998	483
	340-060244/2002	552
	340-020931/2002	547
	340-026745/2002	592
	340-000823/2005	604
	340-041799/2005	386
	340-047239/2005	600
	115-059861/2007	474
47	115-019234/2008	507
	115-038798/2008	390
	115-118588/2008	410
48	115-059861/2007	475
49	340-026745/2002	592
	340-000823/2005	604
	340-047239/2005	600
52	340-026406/2007	516
53	340-070999/1999	512
	340-041799/2005	386
	115-038798/2008	390
	115-019234/2008	507
54	100-077616/1999	403
	340-049612/2001	488
	340-006229/2005	399
	340-029125/2007	498
55	100-077616/1999	403
	340-049612/2001	488
56	340-026745/2002	592
	340-061889/2002	442
57	340-026745/2002	592
	340-047239/2005	600
	115-035282/2008	443
	115-038798/2008	390
58	115-035282/2008	443
61	125-010464/2001	433
	340-020931/2002	456
	340-060244/2002	551
61	340-001772/2005	556
	340-011823/2005	564

Artículo	Oficio	Página
61	340-061384/2005	514
		555
	340-026406/2007	516
61 Inc. 3	340-020931/2002	546
	340-060244/2002	555
61 Inc. 5	340-020931/2002	546
64	340-040547/1997	619
	340-025458/2001	396
	340-006229/2005	399
66	340-000078/1998	483
	340-049612/2001	487
	340-060625/2004	494
	340-029125/2007	497
	340-033439/2007	505
67.2	340-024582/1998	463
67.2	100-077616/1999	404
67.2	115-059861/2007	476
69	115-024083/2008	568
70.7	340-026406/2007	517
70.8	340-026406/2007	517
78	340-108513/1999	467
78.3	340-024582/1998	463
78.3	340-025458/2001	397
78.3	115-059861/2007	476
81	340-064367/2002	598
82	115-118588/2008	406
	115-120791/2008	411
83	340-035202/2002	375
	340-061889/2002	441
	300-033793/2004	378
83	340-011823/2005	564
	220-038748/2008	17
	115-047662/2008	617
	220-087094/2009	305
84	340-031294/2001	419
	340-060244/2002	555
	340-011823/2005	564
	220-051140/2005	91
85	340-070999/1999	512
90	220-006340/1995	573
96	100-077616/1999	403
	340-035206/2002	490
	340-041799/2005	403
	115-019234/2008	508
97	340-035206/2002	491
98	340-035206/2002	491
		492
102	115-024083/2008	568
106	340-001772/2005	559
	115-035282/2008	443
112	340-047239/2005	603
	220-037204/2008	200
112 Inc. 4	340-064367/2002	598
113	100-077616/1999	405
116	340- 033439/2007	506
122	125-022015/1999	453
	115-049339/2007	459
123	220-022017/2008	150
125	310-023668/1996	521
125.2	125-048317/2002	437

Artículo	Oficio	Página
125.4	125-048317/2002	437
125.1	310-023668/1996	521
125.3	220-081222/2009	290
126	220-022017/2008	154
	115-052834/2008	542
128	220-069768/2005	524
	220-022017/2008	149
		151
128	220-022017/2008	154
131	220-032204/2005	146
134	340-005149/2006	531
	115-052834/2008	542
136	340-024582/1998	465
	340-033439/2007	505
	115-059861/2007	178
	115-120791/2008	412

Referencias a la Constitución Política, a otras normas y a circulares

Artículo	Oficio	Página
Constitución Política		
13	220-037204/2008	190
57	220-113532/2009	330
60	220-053206/2005	44
100	220-037204/2008	190
158	220-066579/1997	212
189.11	220-087094/2009	314
189.24	220-066579/1997	214
333	220-003637/2005	83
333	220-059633/2009	259
333	220-084968/2009	111

CÓDIGOS Y ESTATUTOS

Artículo	Oficio	Página
Código Civil		
16	220-085176/2009	300
	220-087094/2009	309
	220-099852/2009	320
18	220-051140/2005	86
	220-021507/2007	102
20	220-051140/2005	86
	220-021507/2007	102
21	220-051140/2005	86
	220-021507/2007	102
27	220-066579/1997	209
		211
	220-037204/2008	189

Artículo	Oficio	Página
27	220-081096/2009	287
	220-097635/2009	317
28	100-064011/1997	113
	220-065681/2009	235
30	100-006083/2002	373
	220-021078/2007	60
	220-084968/2009	104
32	220-057303/2009	248
	220-057310/2009	277
823	220-008934/1996	160
	220-057533/2009	269
846	220-008934/1996	161
1501	220-003637/2005	79
1502	220-037204/2008	194
	115-038798/2008	389
1504	220-071798/2005	11
1505	220-037204/2008	194
1602	220-064645/1998	54
	220-037730/2007	49
	01-166047/2008	135
	220-065681/2009	233
1626	220-099852/2009	324
1649	340-026745/2002	591
1771	220-057533/2009	269
1781	220-057533/2009	269
2079	220-045979/2006	181
2085	220-066579/1997	210
2086	220-066579/1997	210
2090	220-066579/1997	210
2142	220-024208/2005	27
2142	220-065681/2009	235
2189	220-024208/2005	27
2488	220-024208/2005	23
	220-037204/2008	194
		195
2492 y ss	220-021078/2007	58
2495	340-064367/2002	599
Código Sustantivo del Trabajo		
47	220-003211/2006	125
	220-000528/2007	137
Código de Procedimiento Civil		
121	220-085475/2008	52
189	220-008934/1996	163
190	220-008934/1996	163
418	220-121927/2008	140
616	220-122627/2008	65
620	220-122627/2008	65
627	220-064645/1998	56
Estatuto Tributario		
14	220-081222/2009	291
35	115-059861/2007	473
36.3	220-006340/1995	575
127-1	340- 033439/2007	499

Artículo	Oficio	Página
127-1	340- 033439/2007	504
130	340-025458/2001	398
138	340-006229/2005	401
140	340-025458/2001	397
141	340-006229/2005	400
279	340-000078/1998	485
292	340-029123/2007	576
345	220-006340/1995	572
346	220-006340/1995	574
347	220-006340/1995	574

LEYES

Ley 9 de 1991

15	220-037204/2008	190

Ley 33 de 1992

5	125-22015/1999	451

Ley 35 de 1993

1	220-087094/2009	313

Ley 142 de 1995

15	220-057303/2009	251
17	01-181149/2009	291
19	01-181149/2009	291
19.9	01-181149/2009	291
19.12	01-181149/2009	291
19.12	220-057303/2009	244
		250
19.12	220-057303/2009	252
19.16	01-181149/2009	291
20.1	01-181149/2009	291
17	220-057303/2009	251

Ley 190 de 1995

44	220-012950/1998	171
45	220-015430/1998	448
		449
	125-022015/1999	452
	125-060363/2000	455

Ley 223 de 1995

88	340- 035206/2002	491
	340- 033439/2007	499
111	340- 000078/1998	485

Ley 226 de 1995

1	220-053206/2005	44
2	220-053206/2005	45

Artículo	Oficio	Página
Ley 365 de 1997		
2	220-012950/1997	173
Ley 446 de 1998		
134	220-057533/2009	269
136	220-057533/2009	269
138	220-064645/1998	52
		57
		58
Ley 489 de 1998		
68	100-056079/1998	116
97	100-056079/1998	117
Ley 527 de 1999		
12	220-069768/2005	523
	220-069768/2005	524
		525
	340-005149/2006	533
Ley 905 de 2004		
2	340- 033439/2007	504
Ley 962 de 2005		
1.1	220-072559/2009	228
28	310-023668/1996	530
	220-069768/2005	526
	340-005149/2006	534
	115-052834/2008	542
		543
Ley 964 de 2005		
	220-087094/2009	305
		309
3	220-087094/2009	305
49 y ss	220-087094/2009	307
		315
Ley 1014 de 2006		
22	220-081096/2009	286
		287
Ley 1111 de 2006		
25	340-029123/2007	576
Ley 1116 de 2006		
2	220-037204/2008	200

Artículo	Oficio	Página

DECRETOS

Decreto 554 de 1942

33	340-060244/2002	554

Decreto 3130 de 1968

3	100-56079/1998	119

Decreto 960 de 1970

13	340-061889/2002	441
73	220-065681/2009	235
	220-072559/2009	227

Decreto 1900 de 1973

45	220-081222/2009	290
	220-085649/2009	303

Decreto 2053 de 1974

59.7	340 – 25458/2001	397

Decreto 187 de 1975

71	340-25458/2001	397

Decreto 1154 de 1984

	220-073736/2009	220
		230
		231
1	220-099852/2009	321

Decreto 1981 de 1988

	220-087094/2009	315

Decreto 3019 de 1989

2	340-06229/2005	400

Decreto 1798 de 1990

	220-069798/2005	523
18	340-000078/1998	484
34	340-000078/1998	484

Decreto 2650 de 1993

	330-032712/1995	620
	340-000078/1998	484
	106-021318/1998	414
	340-024582/1998	465
	100-077616/1999	405
	340-108513/1999	467
	340-063891/2000	625
	125-010464/2001	434
	340-039231/2001	628
	340-049612/2001	489
	340-035202/2002	376
	340-060244/2002	554
	125-048317/2002	436
	340-060625/2004	494
	340-041799/2005	387
	340-064076/2005	615
	340-000777/2007	496
	340-029125/2007	498
		499
	340-033439/2007	505
	115-059861/2007	478
	115-035282/2008	444
	115-019234/2008	508
	115-047662/2008	618

Decreto 356 de 1994

	220-099861/2009	327
8	220-099861/2009	328
8 Par. 2	220-099861/2009	329

Decreto 2894 de 1994

	330-32712/1995	620

Decreto 2150 de 1995

104	220-087094/2009	307
		315

Decreto 1080 de 1996

2.16	220-012950/1998	175
2.20	220-041427/2006	177
4	220-060244/2002	552

Decreto 1295 de 1996

	220-114196/2009	337

Decreto 2116 de 1996

	340- 033439/2007	505

Decreto 2080 de 2000

2	220-045979/2006	181
	220-033532/2007	183
	220-037204/2008	19
5 Lit. c	220-038748/2008	17
		18
5 Lit. c	220-038748/2008	20
10 Lit. d	220-038748/2008	19
43 Par. 2	125-10464/2001	434

Artículo	Oficio	Página
Decreto 4350 de 2000		
1	220-005125/2007	3
	220-087094/2009	306
6	220-005125/2007	3
	220-087094/2009	306
8	220-005125/2007	4
Decreto 1536 de 2007		
	115-024083/2008	567
	115-118588/2008	406
Decreto 4334 de 2008		
	220-087094/2009	315
Decreto 2020 de 2009		
1	220-097548/2009	316
	220-099852/2009	321

DECISIONES ANDINAS

Artículo	Oficio	Página
Decisión Andina 24		
45	220-081222/2009	290
45	220-085649/2009	303
Decisión Andina 291		
	220-114196/2009	338
2	220-037204/2008	190
Decisión Andina 486		
154	220-038748/2008	15
161	220-038748/2008	16

RESOLUCIONES

Artículo	Oficio	Página
BR Resolución 21 de 1993		
39	340-063712/2004	611
BR Resolución 8 de 2000		
32	340-063712/2004	612
BR Resolución 5 de 2003		
1	340-063712/2004	612
SV Resolución 400 de 1995		
	220-087094/2009	307
		309
		311

Artículo	Oficio	Página
1.1.2.1	220-087094/2009	311

CIRCULARES

Artículo	Oficio	Página
BR Circular DCIN 31 2000/06/06		
	340-063712 /2004	612
BR Circular DCIN 4 2001/01/05		
	340-063712 /2004	612
BR Circular DCIN 83 de 2003/11/21		
	340-063712 /2004	613
Pto. 7.2.c	220-033532/2007	184
	220-114196/2009	339
Pto. 7.2.13	220-045979/2006	184
		185
	220-033532/2007	184
SB Circular Externa 100 de 1995		
Cap. X	115-049339/2007	460
SS SV Circular Conjunta Externa 09 y 13 de 1996		
	220-015430/1998	449
	100-051566/1998	544
Num. 1	340-020931/2002	547
Num. 9	340-020931/2002	547
	340-060244/2002	548
Num. 9.2	340-060244/2002	549
	340-060244/2002	552
	340-001772/2005	557
Num. 11	340-011823/2005	560
SS SV Circular Conjunta Externa 04 y 07 de 1997		
	340-060244/2002	553
	340-011823/2005	562
		565
SS Circular Externa 10 de 1997		
	220-024208/2005	25
SS Circular Externa 17 de 1997		
	340-45830/1998	431
SS Circular Externa 05 de 1998		
	340-070999/1999	511
		513
	340-026406/2007	517

Artículo	Oficio	Página
SS SV Circular Conjunta Externa 01 y 03 de 2000		
	340-060244/2002	551
	340-001772/2005	557
SS Circular Externa 05 de 2000		
	125-60363/2000	456
Inc. 4	340-061384 /2005	515
Inc. 5	340-061384 /2005	515
Inc. 6	340-061384 /2005	515
Inc. 13	340-061384 /2005	515
	115-049339/2007	460
SS Circular Externa 07 de 2001		
	220-024208/2005	25
SS Circular Externa 04 de 2004		
	220-024208/2005	25
SS SV Circular Conjunta Externa 06 y 11 de 2005		
	340-061680/2006	424
	100-051566/1998	544
	340-061384/2005	513
Num. 1	340-020931/2002	547
Num. 9	340-020931/2002	547
Num. 9	340-060244/2002	548
Num. 9.2	340-060244/2002	549
	340-060244/2002	551
	340-060244/2002	552
	340-060244/2002	553
	340-001772/2005	557
	340-011823/2005	560
	340-011823/2005	562
		565
	115-024083/2008	566
	115-133653/2008	569
SV Circular 2 de 1998		
	115-049339/2007	460

Jurisprudencia y Doctrina	Mencionado en	Página
Referencias a doctrina y jurisprudencia		
Consejo Técnico de la Contaduría Pública		
Oficio CTCP 119 de 11 de diciembre de 2007	220-037204/2008	194
Oficio CTCP 143 de 24 noviembre de 1997	125-070386/1997	584
Oficio CTCP CJ-544 de 28 de abril de 1997	125-070386/1997	583
DIAN		
Concepto DIAN 069050 de 29 de junio 29 de 1999	125-022015/1999	454
Superintendencia Financiera		
Oficio SF 2009030292-004 de 17 de junio de 2009	220-087094/2009	306
		309
		310
Superintendencia de Industria y Comercio		
Concepto SIC 00077998 de 27 de octubre de 2000	220-038748/2008	15
Concepto SIC 05054043 del 12 de octubre de 2005	220-069768/2005	527
Concepto SIC 06076353 del 29 de agosto de 2006	220-022017/2008	539
Concepto SIC 06076353 del 29 de agosto de 2006	220-022017/2008	153
Superintendencia de Sociedades		
Oficio SS 05611 de 19 de abril de 1978	220-087032/2008	129
Oficio SS 19871 de octubre 9 de 1980	340-025458/2001	397

Jurisprudencia y Doctrina	Mencionado en	Página
Oficio SS AN-000379 de 19 de febrero de 1991	340-035202/2002	375
Oficio SS AN-019449 de 5 de octubre de 1989	100-056079/1998	120
Oficio SS EX 00635 de 16 de enero de 1987	220-087032/2008	130
Oficio SS EX CL 29720 de 25 de noviembre de 1991	220-005997/2005	69
Oficio SS OA-018184 septiembre 10 de 1980	100-064011/1997	114
Oficio SS 100-017590 de 30 de abril de 2001	100-006083/2002	365
		374
Oficio SS 100-073105 de 19 de noviembre de 1998	220-003637/2005	76
Oficio SS 100-073105 de 19 de noviembre de 1998	220-005997/2005	75
Oficio SS 115-0083188 de 14 de agosto de 2008	115-133653/2008	569
Oficio SS 115-021649 de 19 de febrero de 2008	220-049533/2009	263
Oficio SS 115-021649 de 19 de febrero de 2008	220-059279/2009	265
Oficio SS 115-043207 de 6 de septiembre de 2007	241-001221/1993	577
Oficio SS 115-083188 de 14 de agosto de 2008	115-133653/2008	569
Oficio SS 115-105839 de 16 de octubre de 2008	115-133653/2008	569
Oficio SS 115-130135 de 12 de diciembre de 2008	115-133653/2008	572
Oficio SS 125-010464 de 26 de marzo de 2001	125-048317/2002	435
Oficio SS 125-010464 de 26 de marzo de 2001	125-048317/2002	436
Oficio SS 125-047337 de 8 de septiembre de 1997	125-022015/1999	455
Oficio SS 125-070386 de 31 de diciembre de 1997	340-095440/1999	588
Oficio SS 220-001989 de 17 de enero de 2003	220-114196/2009	337
Oficio SS 220-002007 de 20 de enero de 2005	115-038798/2008	394
Oficio SS 220-003036 de 21 de enero de 2000	220-087032/2008	131
Oficio SS 220-003877 de 25 de enero de 1999	220-122627/2008	63
Oficio SS 220-005134 de 11 de agosto de 2003	220-033532/2007	186
Oficio SS 220-010481 de 27 de marzo de 2001	220-021507/2007	19
Oficio SS 220-011760 de 4 de abril de 2001	220-005997/2005	68
Oficio SS 220-012546 de 7 de marzo de 2007	220-047380/2007	37
Oficio SS 220-013223 de 17 de abril de 2001	220-051140/2005	91
Oficio SS 220-014509 de 28 de marzo de 2005	220-045979/2006	180

Jurisprudencia y Doctrina	Mencionado en:	
Oficio SS 220-014803 de 8 de agosto de 1994	220-006340/1995	575
Oficio SS 220-015213 de 20 de abril de 2001	220-031701/2005	7
Oficio SS 220-015215 de 30 de abril de 1998	100-056079/1998	121
Oficio SS 220-015670 de 22 de Marzo de 2007	115-059861/2007	470
Oficio SS 220-016478 de 30 de agosto de 1994	220-021507/2007	101
Oficio SS 220-016478 de 30 de agosto de 1994	220-021507/2007	101
Oficio SS 220-017650 de 18 de abril de 2002	220-071798/2005	12
Oficio SS 220-018229 de 10 de marzo de 1999	340-061889/2002	439
Oficio SS 220-018843 de 12 de abril de 2002	220-119963/2009	341
Oficio SS 220-021203 de 21 de abril de 2.006	220-104181/2008	205
Oficio SS 220-022718 de 30 de mayo de 1988	220-051421/2007	100
Oficio SS 220-022718 de 30 de mayo de 1988	220-037204/2008	193
Oficio SS 220-024437 de 26 de mayo de 2003	220-047380/2007	35
Oficio SS 220-024650 de 18 de mayo de 2005	220-053206/2005	44
Oficio SS 220-025319 de 17 de mayo de 2005	220-033532/2007	184
Oficio SS 220-025319 de 17 de mayo de 2007	220-037204/2008	188
		187
		202
Oficio SS 220-025319 de 17 de mayo de 2007	220-033532/2007	186
Oficio SS 220-030115 de 15 de junio de 2005	115-059861/2007	471
Oficio SS 220-030115 de 15 de junio de 2005	220-015670/2007	24
Oficio SS 220-031364 de 13 de mayo de 2003	220-104181/2008	203
Oficio SS 220-032269 de 12 de junio de 1997	220-122627/2008	63
Oficio SS 220-033850 de 9 de junio de 1995	220-087032/2008	130
Oficio SS 220-034669 de 18 de julio de 2002	220-119963/2009	341
Oficio SS 220-034956 de 16 de julio de 2007	220-047380/2007	37
Oficio SS 220-038130 de 6 de febrero de 2009	220-049533/2009	262
Oficio SS 220-038130 de 6 de febrero de 2009	220-059279/2009	264
Oficio SS 220-039060 de 11 de febrero de 2009	220-068085/2009	253
Oficio SS 220-039060 de 11 de febrero de 2009	220-065681/2009	234

Jurisprudencia y Doctrina	Mencionado en:	
Oficio SS 220-040463 de 21 de julio de 1998	220-003211/2006	124
Oficio SS 220-042826 de 8 de agosto de 1997	220-024208/2005	22
Oficio SS 220-042826 de 8 de agosto de 1997	220-040257/2007	22
Oficio SS 220-042826 de 8 de agosto de 1997	220-017953/2007	157
Oficio SS 220-042826 de 8 de agosto de 1997	220-017953/2007	157
Oficio SS 220-049533 de 11 de marzo de 2009	220-059633/2009	258
Oficio SS 220-051034 de 11 de agosto de 2003	220-037204/2008	187
		188
		202
Oficio SS 220-051034 de 11 de agosto de 2003	220-037204/2008	187
Oficio SS 220-051101 de 30 de diciembre de 2001	220-024208/2005	27
Oficio SS 220-051140 de 13 de septiembre de 2005	220-021507/2007	101
Oficio SS 220-055120 de 10 de Octubre del 2006	220-037204/2008	193
Oficio SS 220-057310 de 25 de marzo de 2009	220-099852/2009	323
Oficio SS 220-057310 de 25 de marzo de 2009	220-081657/2009	292
Oficio SS 220-057325 de 22 de octubre de 1997	220-087032/2008	131
Oficio SS 220-058253 de 9 de diciembre de 1996	220-045979/2006	179
Oficio SS 220-058253 de 9 de diciembre de 1996	220-037204/2008	193
Oficio SS 220-060732 de 27 de diciembre de 1996	220-017953/2007	157
Oficio SS 220-060732 de 27 de diciembre de 1996	220-017953/2007	157
Oficio SS 220-060767 de 7 de diciembre de 1995	220-037204/2008	195
Oficio SS 220-062034 de 30 de septiembre de 2000	115-059861/2007	472
Oficio SS 220-062034 de 30 de septiembre de 2000	220-015670/2007	223
Oficio SS 220-063614 de 3 de octubre de 2003	340-019340/2007	607
Oficio SS 220-064519 de 30 de octubre de 2000	220-114196/2009	337
Oficio SS 220-064519 de 5 de octubre de 2000	220-114196/2009	334
Oficio SS 220-065186 de 22 de noviembre de 2006	220-022497/2007	127
Oficio SS 220-065527 de 15 de diciembre de 2004	220-045979/2006	179
Oficio SS 220-065681 de 16 de abril de 2009	220-072559/2009	227
Oficio SS 220-071972 de 17 de noviembre de 2000	220-087032/2008	130

Jurisprudencia y Doctrina	Mencionado en:	
Oficio SS 220-093726 de 26 de septiembre de 2008	220-104181/2008	204
Oficio SS 220-100867 de 9 de noviembre de 1999	100-006083/2002	369
Oficio SS 220-113572 de 30 de diciembre de 1999	220-122627/2008	62
Oficio SS 320-064417 de 23 de diciembre de 2002	220-040257/2007	216
Oficio SS 340-006085 de 25 de febrero de 1998	340-024582/1998	463
Oficio SS 340-024582 de 21 de mayo de 1998	115-059861/2007	476
Oficio SS 340-024582 de 21 de mayo de 1998	115-133653/2008	572
Oficio SS 340-044864 de 26 de agosto de 1997	340-024582/1998	463
Oficio SS 340-046069 de 16 de septiembre de 2004	340-041799/2005	383
Oficio SS 340-053242 de 18 de diciembre de 2001	115-133653/2008	572
Oficio SS 340-065413 de 18 de noviembre de 2005	220-069768/2005	324
Memorando SS 100-183 de 25 de mayo de 1994	220-005997/2005	69

Corte Constitucional

Sentencia Corte Constitucional C-033-92	115-118588/2008	409
Sentencia Corte Constitucional C-621-03	220-003211/2006	124
Sentencia Corte Constitucional C-621-03	220-000528/2005	137
Sentencia Corte Constitucional C-662-00	220-069768/2005	524
Sentencia Corte Constitucional C-981-02	220-121927/2008	143
Sentencia Corte Constitucional T-321-05	220-037204/2008	190

Corte Suprema de Justicia

Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, febrero 27 de 1975. M.P. Luis Sarmiento Buitrago	100-056079/1998	118
Sentencia Corte Suprema de Justicia, 27 de julio de 2001, M.P. Antonio Castillo Rugeles	340-060244/2002	554

Superintendencia de Sociedades
027509

Jurisprudencia y Doctrina	Mencionado en	Página
Consejo de Estado		
Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 10 de abril de 1973	100-056079/1998	120
Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expediente 14684 de 30 de agosto de 2007, C. P. Héctor J. Romero Díaz	220-022017/2008	537
Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expediente 8790 de 30 de abril de 1998, C. P. Daniel Manrique Guzmán	220-022017/2008	536
Consejo de Estado, Sección Cuarta, Expediente 14078 de 26 de septiembre de 2007, C. P. Héctor J. Romero Díaz	220-022017/2008	537