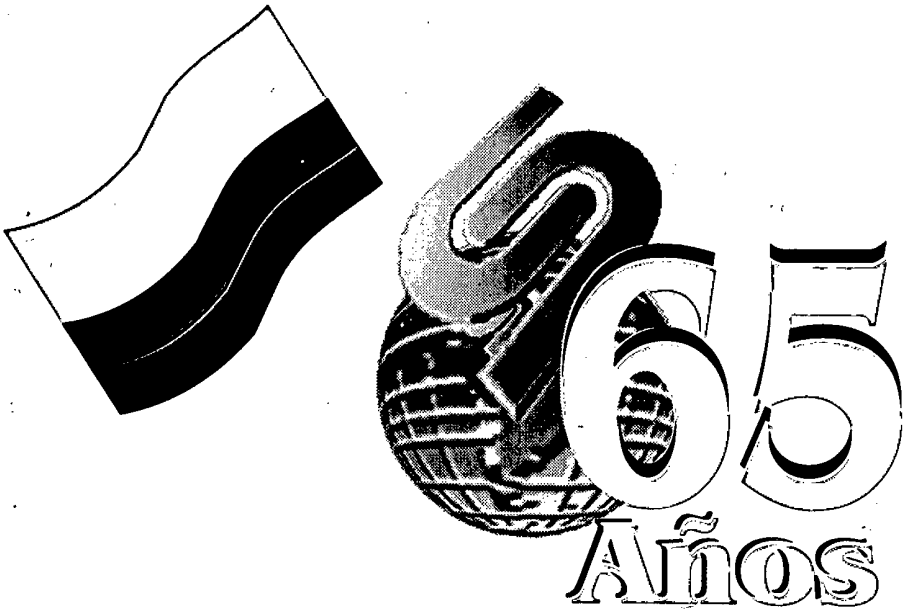


SUPERINTENDEN CIA DE SOCIEDADES

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURÍDICOS

2000 - 2004

346.0669861
S86d
2004
Ej. 2.

DOCTRINAS Y CONCEPTOS JURÍDICOS 2000 - 2004

RODOLFO DANIES LACOUTURE
Superintendente de Sociedades

Bogotá D.C., Octubre 10 de 2004

RODOLFO DANIES LACOUTURE
Superintendente de Sociedades

LUIS EDUARDO ARELLANO JARAMILLO
Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control

JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA
Superintendente Delegado para los Procedimientos Mercantiles

JOSE IGNACIO CÓRDOBA DELGADO
Secretario General

FERNANDO JOSÉ ORTEGA GALINDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

FERNANDO JOSÉ ORTEGA GALINDO
LUZ MARY ROA VARGAS
MARÍA TERESA GÍL GARCÍA
MARIA FRANCISCA REYES LASERNA
MARCELA MEDINA DE PRATS
NELSON ALBERTO QUÍNTERO BARBOSA
LILIANA MEJÍA MORÓN
Compiladores

NOHORA HERLINDA TOVAR ALVAREZ
LUIS ANTONIO MUÑOZ ROZO
Digitación

MISIÓN

"Proteger y contribuir al orden público económico, facilitando el desarrollo efectivo de las sociedades comerciales del sector real, o atendiendo el manejo oportuno de su insolvencia".

VISIÓN

"En organización, eficiencia y resultados, somos la primera empresa de Colombia, que contribuye al desarrollo económico y al orden institucional".

INDICE GENERAL

PRESENTACIÓN **13**
ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD 14
CUÁNDO Y CÓMO PROCEDE SU APLICACIÓN. 17
ENTRATANDOSE DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD NO ES PROCEDENTE. 20
ACCIONES **23**
PRESCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS 25
DE ACCIONES Y DIVIDENDOS NO RECLAMADOS. 25
CONSECUENCIAS DEL NO EJERCICIO DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA CALIDAD DE ACCIONISTA. COMPETE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA PRONUNCIARSE ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN. 28
DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE CESIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN Y EL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES. 31
CONVERSIÓN DE ACCIONES ORDINARIAS EN ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL Y SIN DERECHO A VOTO. 35
EMBARGO DE ACCIONES Y SUS EFECTOS. 39
ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL SUSCRITAS POR EMPLEADOS Y PAGADAS CON APORTE DE INDUSTRIA. 42
MECANISMOS Y FORMALIDADES FRENTE AL NO PAGO DE LAS ACCIONES SUSCRITAS. 47
MORA EN EL PAGO. ES DISCRECIONAL LA DEDUCCIÓN DEL 20% COMO SANCIÓN, DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 397 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. 50
ACCIONES READQUIRIDAS. EFECTOS DE LA CAPITALIZACIÓN DE LA REVALORIZACIÓN RESPECTO DE LAS ACCIONES PROPIAS READQUIRIDAS. 56
ADMINISTRADORES **59**
RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS ADMINISTRADORES AL TÉRMINO DE SU GESTIÓN Y/O POR RETIRO O REMOCIÓN DEL CARGO Y LA ENTREGA DE LOS LIBROS Y PAPELES DE LA SOCIEDAD. 61
RESPONSABILIDAD DE LOS SUPLENTES DEL REPRESENTANTE LEGAL Y DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA. 67
LA INHABILIDAD PARA LOS ADMINISTRADORES, CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 185 DEL C. Co., NO SE REFIERE EXCLUSIVAMENTE A LOS ESTADOS FINANCIEROS DE PROPÓSITO GENERAL. 69
EFECTOS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA SOCIEDAD. IMPOSIBILIDAD DE LIMITAR LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES. 72
ACTAS **75**
ENTREGA DE ACTAS PARA INICIAR ACTUACIONES JUDICIALES. 77
ACTAS Y RECONSTRUCCIÓN DEL LIBRO. 79
FIRMA DEL PRESIDENTE Y DEL SECRETARIO EN LAS ACTAS. 82
APORTES **85**
APORTE DE CONTRATOS. 87
APORTES DE UNA SOCIEDAD POR MENORES DE EDAD **90**
APOSTILLA **91**
CONVENCIÓN DE LA HAYA Y SUS EFECTOS RESPECTO DE LA LEGALIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS. 93

ASOCIADOS **97**
LA CALIDAD DE SOCIO O ACCIONISTA NO ES INCOMPATIBLE CON LA DE CONTADOR PÚBLICO. 99
BONOS **101**
NO ES POSIBLE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD CON APORTES DE BONOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES 103
COMPETENCIA **107**
COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE. 109
INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS Y OPERADORAS DE TERMINALES DE TRANSPORTE TERRESTRE. 113
CONVOCATORIA **117**
TEMAS NO INCLUIDOS EN EL AVISO DE CONVOCATORIA PARA REUNIONES ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS. 119
CONVOCATORIA - DERECHO DE INSPECCIÓN. 122
DE LA ANTELACIÓN DE LA CONVOCATORIA A REUNIONES EN QUE VAN A CONSIDERARSE LOS ESTADOS FINANCIEROS DE FIN DE EJERCICIO 125
EN LA CONVOCATORIA PARA REUNIONES EXTRAORDINARIAS, EL ORDEN DEL DÍA NO INCLUYE "PROPOSICIONES Y VARIOS". 129
DACIÓN EN PAGO **131**
REGISTRO CONTABLE DE BIENES ENTREGADOS EN DACIÓN EN PAGO. 133
DERECHO DE INSPECCIÓN **135**
DEL DERECHO DE INSPECCIÓN Y SUS LÍMITES DURANTE LA LIQUIDACIÓN. 137
EL DERECHO DE INSPECCIÓN, LA AUDITORIA EXTERNA Y LOS SECRETOS INDUSTRIALES (EMPRESARIALES). 141
DERECHO DE INSPECCIÓN DE LOS ASOCIADOS Y FACULTAD DE INFORMACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE AL KNOW HOW DE LA SOCIEDAD.. 146
DERECHO DE VOTO **155**
USUFRUCTO DE CUOTAS SOCIALES. – LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 185 DEL C. DE Co. – PLURALIDAD JURÍDICA. 157
LA UNIDAD DEL DERECHO DE VOTO COMO REGLA GENERAL. 165
DERECHO DE PREFERENCIA **183**
DERECHO DE PREFERENCIA EN LA SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES PRIVILEGIADAS. 185
DISOLUCIÓN **191**
DISMINUCIÓN DE CAPITAL COMO MECANISMO PARA ENERVAR CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS. 193
NO ES VIABLE ENJUGAR PÉRDIDAS ACUMULADAS CONTRA LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES. 202
EMPRESA UNIPERSONAL **207**
SOBRE EL DICTAMEN Y CERTIFICACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS DE LA EMPRESA UNIPERSONAL Y LA PRESCINDENCIA DEL REVISOR FISCAL. 209
EMBARGO DE CUOTAS DEL TITULAR DE EMPRESAS UNIPERSONALES. 213
ESCISIÓN **217**
LOS REGISTROS CONTABLES COMO CONSECUENCIA DE LA ESCISIÓN POR CREACIÓN, DEBEN EFECTUARSE EN LA FECHA EN QUE EFECTIVAMENTE SE LLEVA A CABO LA TRANSFERENCIA DE LOS ACTIVOS Y PASIVOS. INTERPRETACIÓN DEL ART. 9 DE LA LEY 222/95. 219

FORMALIDADES DE LA CESIÓN DE CUOTAS COMO CONSECUENCIA DE UN PROCESO DE ESCISIÓN O FUSIÓN. ... 223
LA PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES ASUMIDAS SOLIDARIAMENTE EN UN PROCESO DE ESCISIÓN, NO SE REFIERE AL TERMINO DEL ART. 235 DE LA Ley 222/95. DIFERENCIAS CON LA CADUCIDAD. ... 225
FORMALIDADES DE LA ESCISIÓN ORDENADA POR DECRETO. ... 231
FIDUCIA ... **239**
FIDUCIA EN GARANTÍA Y PROCESOS LIQUIDATORIOS OBLIGATORIOS Y FORZOSOS. ... 241
FONDOS GANADEROS ... **247**
INTEGRACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA, ACCIONISTAS "CLASE A" ... 249
ENAJENACIÓN DE ACCIONES PROPIEDAD DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA EN EL CAPITAL DE LOS FONDOS. ... 251
RESERVA PARA REPOSICIÓN DE SEMOVIENTES Y EXTENSIÓN AGROPECUARIA. ... 256
FUNCIONES JURISDICCIONALES ... **259**
DEL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES A LA LUZ DE LA LEY 446 DE 1998. ... 261
NO ES VIABLE DECLARAR DE OFICIO LOS PRESUPUESTOS DE INEFICACIA EN LA LEY 550 DE 1999. ... 267
FUSIÓN ... **271**
VIABILIDAD DE LA FUSIÓN ENTRE ENTIDADES FINANCIERAS Y ENTIDADES DEL SECTOR REAL. ... 273
LA FUSIÓN ES UN NEGOCIO JURÍDICO DIFERENTE A LA CESIÓN QUE IMPLICA LA TRANSMISIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS Y OBLIGACIONES. ... 275
FACULTADES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN FRENTE A LA FUSIÓN DE UNA SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN. ... 281
GRUPO EMPRESARIAL ... **283**
CONTRATO DE MUTUO ENTRE VINCULADAS. ... 285
JUNTA DIRECTIVA ... **289**
SOLICITUD DE INFORMACIÓN POR UN MIEMBRO DE JUNTA DIRECTIVA. ... 291
NO ES FACTIBLE DELEGAR LAS FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA EN LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. ... 297
ELECCIÓN DE JUNTA DIRECTIVA Y REVOCABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. ... 300
LA RESTRICCIÓN PARA INTEGRAR MÁS DE CINCO (5) JUNTAS DIRECTIVAS SE APLICA A LAS PERSONAS JURÍDICAS, AUN EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN. 306
LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA ... **311**
EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE LA JUNTA ASESORA SURGE DE LA LEY. ... 313
DIVERSOS ASPECTOS SOBRE LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA. ... 316
CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CONCURSAL Y FACULTAD DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DE ACTOS DEL PROCESO. ... 321
NO ES PROCEDENTE REALIZAR REUNIONES NO PRESENCIALES DE LA JUNTA ASESORA DEL LIQUIDADOR. ... 326
CESION DE CRÉDITOS LABORALES, SUBROGACIÓN Y DESISTIMIENTO DE ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL. ... 327

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS CRÉDITOS RECHAZADOS Y AUSENTES EN LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, UNA VEZ CANCELADO EL PASIVO EXTERNO. 331
LA PROTECCIÓN DEL MÍNIMO VITAL ESTÁ POR ENCIMA AÚN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN GENERADOS EN EL PROCESO LIQUIDATORIO. 338
COMPOSICIÓN DE LA JUNTA ASESORA DEL LIQUIDADOR Y EFECTOS DE LA SUPLENCIA PERSONAL. 341
DE LAS ACCIONES REVOCATORIAS EN LOS PROCESOS CONCURSALES. ... 346
RESTITUCIÓN DE BIENES QUE NO HACEN PARTE DEL PATRIMONIO DE LA DEUDORA. 350
LOS HONORARIOS DEL REVISOR FISCAL CAUSADOS CON POSTERIORIDAD A LA APERTURA DEL PROCESO CONCURSAL, CONSTITUYEN GASTOS DE ADMINISTRACIÓN. 352
EL DERECHO DE INSPECCIÓN EN LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA. 356
LA COMPENSACIÓN, COMO MODO DE EXTINGUIR OBLIGACIONES, NO ES PROCEDENTE EN UNA SOCIEDAD QUE TRAMITA UNA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA. 360
VALIDEZ DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS CON UNA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, CUYO LIQUIDADOR NO SE HA POSESIONADO. 362
OBLIGATORIEDAD PARA LAS ENTIDADES TERRITORIALES DE EXPEDIR PAZ Y SALVO POR IMPUESTOS, AÚN CUANDO SU CRÉDITO SE ENCUENTRE INSOLUTO O SEA RECHAZADO. 365
CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y CANCELACIÓN DE GRAVÁMENES EN LOS CONCURSOS LIQUIDATORIOS. 368
EL RECURSO DE APELACIÓN NO PROCEDE EN EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA. 372
INTERESES MORATORIOS EN LOS CONCURSOS LIQUIDATORIOS. 377
EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE UNA NULIDAD PROCESAL EN PROCESOS CONCURSALES. 380
LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA 387
LAS SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN PUEDEN UTILIZAR EL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN Y/O ESCISIÓN COMO ALTERNATIVA PARA CONCLUIR SU EXISTENCIA. 389
PROCEDIMIENTO CUANDO APARECEN BIENES NO INCLUIDOS EN EL INVENTARIO DEL PATRIMONIO SOCIAL. 397
PRELACIÓN Y PREFERENCIA EN EL PAGO DE ACREEDORES. 398
DEMANDAS EJECUTIVAS PARA PERSEGUIR EL PAGO DE OBLIGACIONES Y LA PROVISIÓN COMO RECONOCIMIENTO DE LA MISMA. 402
SI LA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA CARECE DE ACTIVOS, NO PROCEDE EL TRANSITO A LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA. 407
LA JUNTA DIRECTIVA COMO ÓRGANO DE ASESORÍA. 409
APROBACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS EN UNA SOCIEDAD QUE SE ENCUENTRA EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN. 411
CRÉDITOS PRESENTADOS DENTRO DE UN PROCESO DE LIQUIDACIÓN PRIVADA. 413
ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "LOS ADMINISTRADORES SE ABSTENDRÁN DE INICIAR NUEVAS OPERACIONES". 415
EL EMBARGO DE BIENES MUEBLES ES FACTIBLE DENTRO DEL PROCESO. 417

EN LA CUENTA FINAL DE LIQUIDACIÓN DEBE OBSERVARSE LO PREVISTO EN EL ART. 185 C. DE Co. PARA LOS ADMINISTRADORES. 421
RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS RESPECTO DE OBLIGACIONES LABORALES. 425
PAGO DEL PASIVO EXTERNO ANTE LA AUSENCIA DE LOS ACREEDORES. 428
PAGO DE DIVIDENDOS NO RECLAMADOS CUANDO UNA SOCIEDAD A DELANTA UNA LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA. 432
PODERES 435
REQUISITOS SOBRE EL OTORGAMIENTO DE PODERES. 437
PRIMA POR COLOCACIÓN 443
CAPITALIZACIÓN DE LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES. 445
DISTRIBUCIÓN DE LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES DIRECTAMENTE A LOS ASOCIADOS. 447
RAZÓN SOCIAL 451
EMBARGO DE LA RAZÓN SOCIAL - FACULTADES DEL SECUESTRE. 453
REUNIONES DEL MÁXIMO ORGANO SOCIAL 457
GRABACIÓN DE LAS REUNIONES DE JUNTA DE SOCIOS POR PARTE DE UN SOCIO. 459
LOS TRES DÍAS PARA FINALIZAR LAS DELIBERACIONES SE EMPIEZAN A CONTAR A PARTIR DEL DÍA EN QUE SE INICIA LA SESIÓN. 467
LA INCLUSIÓN DE UN TEMA EN EL ORDEN DEL DÍA NO SIGNIFICA QUE DEBA APROBARSE. 469
LA REUNIÓN POR DERECHO PROPIO SOLO PROCEDE EL PRIMER DÍA HÁBIL DEL MES DE ABRIL. 474
REVISOR FISCAL 483
PROHIBICIÓN DEL CONTADOR PARA OCUPAR EL CARGO DE REVISOR FISCAL EN LA MISMA SOCIEDAD. 485
INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE, EN LA MISMA EMPRESA, PRESTAN SIMULTÁNEAMENTE DOS O MÁS SERVICIOS, INCLUYENDO EL DE REVISORÍA FISCAL. 487
SECRETO PROFESIONAL 495
ALCANCE DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE LA ASESORÍA JURÍDICA. 497
SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA 507
EXISTENCIA DE CUOTAS PRIVILEGIADAS EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. 509
EL REEMBOLSO DEL APORTE COMO CONSECUENCIA DE LA EXCLUSIÓN PUEDE HACERSE EN DINERO Y/O ESPECIE (ACTIVO). 513
EXCLUSIÓN DE SOCIOS CUANDO EL APORTE NO SE REALIZA (ARTÍCULO 125 DEL CÓDIGO DE COMERCIO). 515
EXCLUSIÓN DE SOCIO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. 518
DISMINUCIÓN DE SOCIOS POR DEBAJO DEL LEGAL REQUERIDO EN UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – FACULTADES DEL ÚNICO SOCIO. 525
SOCIEDAD EXTRANJERA 529
NO ES VIABLE EL CAMBIO DE NACIONALIDAD DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA CUANDO TRASLADA SU DOMICILIO A COLOMBIA. 531
UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA NO PUEDE DECRETAR LA APERTURA EN COLOMBIA DE UNA AGENCIA. 535

SOCIEDAD ANÓMIMA 539
CAUSALES DE EXCLUSIÓN EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. 541
SOCIEDAD COLECTIVA 557
EL APORTE EN UNA SOCIEDAD COLECTIVA. 559
SOCIEDAD EN COMANDITA 565
EL VOTO DE LOS SOCIOS GESTORES ES INDISPENSABLE PARA LA VALIDEZ DE LAS DECISIONES DE ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS. 567
COMANDITA SIMPLE 571
RESERVA LEGAL EN SOCIEDADES EN COMANDITA SIMPLE. 573
CESIÓN DE CUOTAS SOCIALES EN UNA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE, DISUELTA Y EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN. 574
SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA 577
LIMITACIÓN PARA READQUIRIR ACCIONES EN SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA. 579
LA ENAJENACIÓN DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL, DEBE ADELANTARSE CONFORME A LO DISPUESTO EN LA LEY 226 DE 1995 (DEMOCRATIZACIÓN ACCIONARIA). 581
RÉGIMEN APLICABLE A LAS SOCIEDADES EN LAS QUE LA PARTICIPACIÓN ESTATAL ES SUPERIOR AL 90%. 584
SUCURSALES 589
ENAJENACIÓN DE UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA A OTRA SOCIEDAD EXTRANJERA. 591
NO EXISTEN NORMAS LEGALES QUE OBLIGUEN A LOS MANDATARIOS DE LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS A ESTAR DOMICILIADOS EN EL PAÍS. 595
NO ES POSIBLE REVERSAR LA DECISIÓN DE LIQUIDAR UNA SUCURSAL CUANDO HA SIDO REGISTRADA EN LA CÁMARA DE COMERCIO. 597
OBLIGACIÓN DE INCORPORAR SUCURSAL, CUANDO LA SOCIEDAD EXTRANJERA HACE PARTE DE UNA UNIÓN TEMPORAL. 599
LA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA COMO OBJETO DE APORTE A UNA SOCIEDAD LIMITADA. 603
INTEGRACIÓN PATRIMONIAL DE SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS. 607
UTILIDADES 611
DECRETADAS LAS UTILIDADES NO ES VIABLE SU REVOCACIÓN. 613
EL DIVIDENDO DE LAS ACCIONES CON DERECHO PREFERENCIAL SE PAGARÁ SIEMPRE QUE LA SOCIEDAD GENERE UTILIDADES DE FIN DE EJERCICIO. 616
MAYORÍAS REQUERIDAS PARA EL REPARTO DE UTILIDADES. 618

PRESENTACIÓN

Sesenta y cinco años han transcurrido desde que mediante Decreto 1984 de octubre 10 de 1939, el Gobierno nacional estableció la Superintendencia de Sociedades Anónimas.

Ha sido constante la migración, al lado del devenir empresarial, hacia un organismo dotado de funciones administrativas y jurisdiccionales, a través de las cuales la entidad ha dejado una indeleble huella en la nación, construyendo toda una estrucutura jurídica societaria, en la cual está soportado el sector real de la economía.

Cada época trajo su propia realidad. Nuestros archivos guardan la historia comprobable de los estados financieros demostrativos de como leyes, decretos, fallos, autos administrativos y doctrinas, fueron y son prueba de su origen y utilidad. La labor continúa; los nuevos derroteros marcan los supuestos que fijan una misión claramente vinculada a proteger y contribuir a un orden público económico, conducente a un desarrollo empresarial, dentro del que la competitividad y seguridad social, sean fuente de riqueza y bienestar para nuestro pueblo.

Visionamos una institución líder en organización y eficiencia que, por sus RESULTADOS, es la primera empresa de Colombia, que contribuye al desarrollo económico y al orden institucional.

En cumplimiento de esta nueva misión y visión de la Superintendencia de Sociedades, me es grato poner a disposición de la comunidad el presente compendio de doctrina en materia mercantil, que esperamos, además de guía, sirva de permanente material de estudio, brinde seguridad jurídica y ayude a unificar el criterio nacional en los diferentes tópicos tratados, los cuales han sido recogidos y agrupados por temas, para su mejor manejo y consulta.

Idónea es la oportunidad para reconocer a los Superintendentes y a todos los funcionarios, pasados y actuales, su abnegada dedicación al logro de tan invaluables servicios a la patria.

RODOLFO DANIES LACOUTURE
Superintendente de Sociedades

ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

CUÁNDO Y CÓMO PROCEDE SU APLICACIÓN.

La acción social de responsabilidad se enmarca en el derecho de acción entendido como el *"...derecho público subjetivo que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión mediante un proceso"*[1] ; dicha pretensión es de condena y consiste en la declaración por parte del juez de la responsabilidad patrimonial de los administradores para obtener la reparación de los perjuicios que por dolo o culpa el o los administradores ocasionen a la sociedad. Los requisitos de procedibilidad de dicha acción están establecidos en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. En este caso, el sujeto activo de la acción es la sociedad y el sujeto pasivo es el o los administradores que hayan ocasionado el perjuicio.

Este artículo contiene un régimen excepcional en materia de órgano competente para convocar, en asuntos objeto de decisión en reuniones extraordinarias, en materia de mayorías decisorias e inclusive en cuanto se refiere a representación judicial de la sociedad.

En efecto, en cuanto a convocatoria es bien conocido que únicamente pueden llamar a reuniones los administradores, el revisor fiscal y la entidad que ejerza inspección y vigilancia sobre la sociedad; sin embargo, el artículo en mención señala que los socios que representen no menos del 20 % de las cuotas en que se divida el capital social podrán convocar directamente para efectos de decidir sobre el inicio de una acción del tipo que nos ocupa. Desde luego, la convocatoria debe ajustarse a lo establecido en los estatutos sociales o en su defecto en la ley en cuanto a medio y a antelación, so pena de hacer ineficaces las decisiones en una reunión citada por un medio diferente o con una antelación menor a la exigida.

Así mismo, aún tratándose de una reunión extraordinaria podrá tomarse la decisión de iniciar la acción contra los administradores, sin que el punto se haya incluido en el orden del día, pese a la estipulación del artículo 425 del ordenamiento mercantil aplicable por remisión a las sociedades de responsabilidad limitada.

[1] LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I Parte General, Sexta Edición , 1993, Pág. 189

La mencionada acción social de responsabilidad posibilita a un administrador, al revisor fiscal o cualquier socio en "interés de la sociedad" para acudir a la jurisdicción con la finalidad de lograr hacer responsables a los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la compañía. Para ello se exige que medie una decisión del máximo órgano social en tal sentido, tomada con el voto favorable de la mitad más una de las cuotas, acciones o partes de interés representadas en la reunión. Si transcurren tres meses de adoptada la decisión y no se ha entablado directamente por la sociedad la acción contra los correspondientes administradores, entonces la mencionada norma reviste a los administradores, al revisor fiscal, a los asociados y aún a los acreedores de la compañía, en los eventos señalados, para que en interés de la sociedad se legitimen en la causa y, en representación de la compañía, puedan ser sujetos activos de la citada acción. Tal circunstancia, únicamente puede ser admisible en los términos del artículo de que se ocupa este escrito, pues la regla es que quien tiene la representación judicial de la compañía es el representante legal (artículo 164 y 442 C. Co.).

Este régimen excepcional cobija también al número de asociados requeridos para tomar esta decisión. Porque si bien el artículo 359 es el régimen general por el cual se señala que la mayoría decisoria en el caso de sociedades de responsabilidad limitada, debe conformarse con un número plural de socios, la del artículo 25 de la Ley 222 de 1995 no contempla este requisito adicional y en tal medida, en criterio de este Despacho, la voluntad de uno solo de los socios que represente la mayoría absoluta de las cuotas representadas en la reunión bastará para que la sociedad deba iniciar la acción social de responsabilidad.

Así que son dos las consecuencias de la decisión del máximo órgano social de adelantar contra el administrador una acción social de responsabilidad, la primera, abre la puerta para acudir ante la jurisdicción y la segunda, impone la remoción del administrador contra el cual se adelantará la acción. Es oportuno precisar que de conformidad con la disposición invocada, la decisión de iniciar la acción social de responsabilidad "implicará la remoción de los administradores", luego es claro que no se requiere adoptar dos decisiones diferentes: la de iniciar la acción y la de la remoción, sino que acordada con el lleno de los requisitos pertinentes, la primera, per se, se genera la segunda, obviamente respecto del administrador contra el cual se hubiere aprobado la iniciación de la acción referida.

Ahora bien, esta acción no está limitada temporalmente, así que siempre que los socios consideren que los administradores han ocasionado algún perjuicio a la sociedad, el administrador será removido y cualquier administrador, el revisor fiscal o cualquiera de los socios en interés de la sociedad, si el representante legal no la ha adelantado dentro de los tres meses siguientes a la decisión, podrán acudir ante la jurisdicción para que se condene al resarcimiento de los perjuicios.

De otra parte, si bien el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, establece como causal de remoción para los administradores que impidan el ejercicio del derecho de inspección o para el revisor fiscal que conociendo tal violación se abstenga de denunciarlo, la decisión será tomada en primer término por la persona u órgano social competente, y sólo en subsidio puede ser aplicada por la entidad gubernamental que ejerza la inspección, vigilancia o control del ente que se trate.

Así que únicamente, si quien tiene la competencia para remover al administrador no lo hace, entonces el órgano encargado de la inspección vigilancia o control, con la plena observancia del debido proceso y la garantía del derecho de defensa, podrá ordenar tal medida. (Oficio 220-13628 de febrero 15 de 2000).

ENTRATANDOSE DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD NO ES PROCEDENTE.

"¿Procede la acción social de responsabilidad prevista en el artículo 25 de la ley 222 de 1995 promovida por los socios de una sociedad concursada contra los administradores nombrados por la Superintendencia de Sociedades dentro de un proceso liquidatorio?"

Sea lo primero advertir que la apertura de un proceso concursal en la modalidad de liquidación obligatoria presenta claros efectos respecto del funcionamiento de los órganos sociales tanto de administración como de dirección de la sociedad concursada. Así, el representante legal y la junta directiva o consejo de administración quedan separados de sus funciones como consecuencia de la designación por parte del juez del concurso de quien ha de asumir la gestión de representación legal y de administración En efecto, la concursalidad liquidatoria supone, en primer término, el *desapoderamiento o pérdida de la administración* y de la disponibilidad de todo el patrimonio por parte de los administradores[1], como quiera que la obligación de cumplimiento de la finalidad prevista por el legislador, consistente en la realización de los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo, radica única y exclusivamente en cabeza del liquidador con la asesoría y fiscalización de la junta que para el efecto también designa el juez del concurso.

[1] A diferencia de la cautela decretada sobre un bien de propiedad de un deudor en contra del cual se adelanta un proceso ejecutivo singular, en la liquidación obligatoria TODOS los bienes susceptibles de tal medida quedan afectos a la finalidad liquidatoria universal.

Nótese, además, cómo el objeto original del contrato societario sufre una mutación por efecto de la apertura de la liquidación obligatoria, pues, una vez decretada ésta (disuelta y en estado de liquidación), todas las operaciones sociales se circunscriben a la pronta realización del patrimonio a efectos cumplir la finalidad anotada. A contrario sensu, en una sociedad en marcha normal de los negocios sociales, a los administradores designados por el máximo órgano social se les impone el cumplimiento del objeto social perseguido por los asociados y que debe constar en el acto constitutivo.

En segundo término, por efecto de la liquidación obligatoria, el ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos de los asociados se trasladan al escenario procesal del concurso en la medida en que es allí donde podrán hacer valer las prerrogativas que les otorga tal calidad: de una parte, la expectativa de distribuir entre ellos el remanente de los activos sociales una vez se haya cancelado en su totalidad el pasivo externo y, de otra, la necesaria participación en la junta asesora del liquidador, así como la posibilidad de ejercer todos los derechos procesales que otorga el reconocimiento de calidad de parte en el trámite jurisdiccional de liquidación obligatoria.

En ese orden de ideas, las circunstancias originales que posibilitan y habilitan a los asociados a través del máximo órgano social, tanto para designar o remover a quienes en calidad de administradores han de cumplir el cometido social, así como para exigirles el cumplimiento de sus deberes y obligaciones conforme a la ley y los estatutos, y por ende, para ejercer la acción social de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, no se dan en el escenario de una liquidación obligatoria, entre otras razones, porque la legitimación en la causa para incoar la referida acción, por parte de los socios, supone que sean los asociados quienes hayan designado a los administradores en contra de los cuales se dirige, amén de que, se reitera, la finalidad propuesta en el acto constitutivo, una vez decretada la apertura del concurso, cede al objeto de la de la liquidación universal del patrimonio social. (Oficio 220- 72125 de noviembre 20 de 1999).

ACCIONES

PRESCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS DE ACCIONES Y DIVIDENDOS NO RECLAMADOS.

Se consulta acerca de las acciones de una compañía en la que los titulares de las mismas no han reclamado los respectivos títulos y tienen dividendos igualmente sin reclamar, y si existe la posibilidad *"de aplicar algún mecanismo jurídico que permita retirar dichas acciones de las acciones en circulación»*.

Sobre el particular, en cuanto a los dividendos no reclamados, es claro que mientras que la sociedad no haya reconocido la deuda en forma tácita o expresa durante el término de prescripción, a partir del vencimiento de los 20 años puede trasladar el valor de los dividendos no reclamados a pérdidas y ganancias, y en caso de que se le inicie proceso para el cobro de los mismos puede por vía de excepción alegar la prescripción extintiva de la acción judicial.

En cuanto se refiere a los títulos de las acciones no reclamadas, cabe aplicar las disposiciones generales sobre la prescripción extintiva de las acciones judiciales.[1]

Al respecto bien vale la pena anotar que la citada prescripción extintiva ha dado lugar a discusiones en cuanto se refiere a las consecuencias de la misma ya que de una parte se afirma que se trata de un mecanismo mediante el cual se extingue tanto la acción como el derecho sustancial, y de otro lado, que la prescripción tan solo extingue la acción, más no el derecho.

Quienes defienden la primera tesis argumentan que siendo la acción esencial al derecho, perdida la acción igualmente se pierde el derecho, así como que la prescripción de la acción extingue el derecho mismo, pues no hay derecho sin acción.

[1] Ley 791 del 27 de diciembre de 2002, por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil y se modifican los artículos 1326, 2513, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2536, 2540, 2541, 2544 del Código Civil.

En defensa de la segunda tesis se afirma que la prescripción tan solo priva al acreedor de exigir el cumplimiento de una obligación, es decir, de su derecho a demandar, pues la misma como obligación, natural, continúa existiendo en cabeza del deudor.

De esta tendencia es nuestra legislación, ya que a la luz del artículo 1527 del Código Civil, el cual se refiere a las obligaciones naturales y civiles no es aceptable la tesis expuesta en primer término, pues si extinguido también el derecho, no podría considerarse válido el pago de una obligación ya prescrita, ya que en tal eventualidad se estaría frente al caso del pago de lo no debido, lo cual no es sostenible en nuestro sistema, pues el deudor no podría pretender la devolución de lo entregado, al tener el pago por disposición legal plenos efectos.

Por tanto y tal como se anotó anteriormente, al no existir un término especial para la prescripción, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2536 del Código Civil, la acción judicial para reclamar los títulos de las acciones no retiradas prescribe en veinte años contados a partir de la fecha en que ellos han debido entregarse.

La mencionada prescripción extintiva o liberatoria, entendida como un modo de extinguir las obligaciones por haber pasado el tiempo que la ley otorga para su ejercicio, es un medio de extinguir el derecho de acción que se afirma respecto de una pretensión concreta y opera a través de la correspondiente excepción, la cual debe ser obligatoriamente alegada cuando se inicie el cobro del crédito, ya que el juez no puede declararla oficiosamente, tal como lo establece el artículo 2513 del Código Civil.

Ahora bien, tratándose de los referidos títulos es claro que la prescripción debe empezar a correr a partir del momento en que venza el plazo señalado en la Ley para la entrega de los mismos, plazo que el artículo 399 del Código de Comercio fijó en treinta días a partir del otorgamiento del permiso de funcionamiento, pero que hoy en día debe entenderse a partir de la constitución dada la no vigilancia sobre todas las sociedades anónimas, de una parte y la no existencia ya de tal requisito conforme al Decreto 2155 del 30 de diciembre de 1992, de la otra, o contados a partir del respectivo contrato de suscripción, en los demás casos.

Pero igualmente debe quedar entendido, que la prescripción opera no simplemente por el hecho de que el titular de las acciones correspondientes no haya ejercido los demás derechos inherente a la calidad de accionista como el de deliberar y participar en las reuniones

del Órgano Rector, pues en tal caso, indudablemente se entendería el reconocimiento por parte de la sociedad de la calidad de accionista y por consiguiente sería este un acto de reconocimiento, tácito o expreso, que conllevaría una causa de interrupción de la prescripción.

Así también es claro que la prescripción anotada implica o afecta los aportes originarios de los títulos señalados, por la sencilla razón de que la obligación de entregar estos por parte de la sociedad surge como circunstancia correlativa a la entrega de aquellos, por lo cual el transcurso de los veinte años debe significar para la sociedad la posibilidad de adoptar las medidas pertinentes respecto a la parte del capital cuya representatividad se halle contenida en los títulos respectivos.

Indudablemente una primera alternativa sería la disminución del capital social en un cuantía igual a la correspondiente a los títulos objeto de prescripción, caso en el cual la suma pertinente podría llevarse a la cuenta de pérdidas y ganancias, pero tal disminución necesariamente estaría sujeta al cumplimiento de alguno de los presupuesto previstos en el artículo 145 del Estatuto Mercantil.

Ahora, en cuanto a la opción planteada en su escrito y relativa a la reducción del número de acciones en circulación y el consiguiente aumento proporcional de las que queden, con el objeto de no disminuir el capital suscrito, le manifiesto que tal mecanismo se considera viable.

Para ello debe tenerse en cuenta que al cancelar las acciones retiradas se aumenta el valor intrínseco de las demás acciones y al aumentarse el valor nominal de las acciones con ese incremento, tal medida afecta una de las bases del contrato social, cual es el número y el valor nominal de las acciones en que se divide el capital, y por tanto dicha medida implicaría una reforma del contrato social, que requeriría el voto del setenta por ciento (70%) de las acciones representadas o de la mayoría prevista en los estatutos, reforma que debe ser reducida a escritura pública e inscrita en el registro mercantil (Oficio 220- 24044 noviembre 10 de 1993).

CONSECUENCIAS DEL NO EJERCICIO DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA CALIDAD DE ACCIONISTA. COMPETE A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA PRONUNCIARSE ACERCA DE LA PRESCRIPCIÓN.

La Entidad ha sostenido que el no ejercicio de los derechos que la calidad de accionista le confiere a su titular y siendo las acciones derechos patrimoniales, conlleva de manera inexorable a que los mismos se extingan por el transcurso del tiempo, es decir opera respecto de las mismas la figura de la prescripción, haciendo la salvedad que si bien es cierto la normatividad vigente no ha consagrado, salvo excepciones, de manera expresa la prescripción de las acciones, es claro que es viable en ese evento la aplicación de las disposiciones generales que sobre prescripción extintiva de las acciones judiciales consagra la ley (ver pie de página 3º).

Esta Superintendencia considera que las acciones de que son titulares los accionistas de una sociedad son susceptibles de prescripción, con base en los siguientes argumentos:

"1) Según el artículo 379 del Código de Comercio, "cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos:

1. *El de participar en las deliberaciones de la Asamblea General de Accionistas y votar en ella;*
2. *El de recibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos;*
3. *El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos;*
4. *El de inspeccionar, libremente los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones*

de la asamblea general en que se examinan los balances de fin de ejercicio, y

5. *El de recibir una parte proporcional de los activos sociales, al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad.*

2) Dado el fin lucrativo que se persigue con la constitución de la sociedad, de los numerados derechos de los accionistas, los de carácter patrimonial (numerales 2, 3 y 5) son considerados como los esenciales; al paso que los meramente administrativos (numerales 1 y 4) sólo tienen el valor de ser medios de tutela de los primeros.

3) Como nos lo enseña el doctor GUILLERMO OSPINA FERNÁNDEZ, "si bien en el campo de los derechos extrapatrimoniales prevalece la condición moral y social que los hace imprescriptibles, ***en el de los derechos patrimoniales la regla es a la inversa; el prolongado desuso de éstos por sus titulares conduce a su extinción"*** *(REGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Editorial Temis, Bogotá, 1998, Págs. 471).*

4) El anterior es un principio de orden público que rige en el derecho privado colombiano, el cual considera que son contrarias al interés general y a la normal libertad individual las obligaciones que perduran irredentes durante largo tiempo.

***5)* Luego, es claro que siendo las acciones derechos patrimoniales, se extinguen por el transcurso del tiempo, cuando su titular deja de ejercitar los derechos que ellas le confieren.**

***6) No estando fijado por la ley un plazo especial para su prescripción, se extinguen, ordinariamente, por prescripción de largo tiempo, es decir, 20 años"* (Oficio 320-112101 del 13 de diciembre de 1999).**

En este orden de ideas, es claro entonces que de darse alguna de las situaciones descritas en los puntos 3 y 4 anteriores y

no haberse procedido por los interesados conforme los procedimientos establecidos por la ley, le corresponde a los administradores de la compañía, previa consulta con el máximo órgano social de la misma, recurrir a la jurisdicción ordinaria, para que se pronuncie sobre la ocurrencia o no de la prescripción. (Oficio 220- 28546 de 11 de julio de 2001).

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE CESIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN Y EL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES.

El contrato de suscripción está definido por el artículo 384 del ordenamiento mercantil, señalando los dos extremos de las prestaciones, de una parte el suscriptor, sea un asociado o un tercero que presta su consentimiento que lo obliga pagar un aporte de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a los estatutos sociales; y de otra, la sociedad emisora, que se obliga a reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente. Negocio jurídico que acentúa su carácter consensual por la expresa previsión legal según la cual la suscripción de acciones no estará sometida a formalidades especiales y podrá acreditarse por cualquier medio de prueba (artículo 394 C. Co.)

De lo expuesto se deriva que se trata de un contrato eminentemente consensual entre una sociedad por acciones y el accionista o tercero destinatario de la oferta, que se perfecciona por la simple aceptación de la oferta.

Así que debidamente aceptada la oferta, surge para el suscriptor la obligación de pagar el precio y respetar los estatutos sociales y para la sociedad emisora el deber de emitir los títulos provisionales y reconocer la calidad de accionista.

El asunto entonces se circunscribe en determinar cuándo se forma el acuerdo de voluntades, en qué momento se encuentran el consentimiento del proponente y del destinatario de la oferta, para fijar así el instante mismo del perfeccionamiento del contrato de suscripción, que se repite es eminentemente consensual.

Sobre el particular existen diferentes teorías derivadas del régimen que estructura la oferta, que deberá estudiarse en el caso particular planteado. Si el destinatario de la oferta acepta en forma escrita y dentro del término establecido, entonces el contrato de suscripción

se perfecciona en el momento de la expedición de la respuesta (artículo 845 C. Co.). Pero si se trata de aceptación tácita por la ejecución de hechos inequívocos de ejecución del contrato, el contrato se perfeccionará siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos de la oferta (artículo 850 ídem).

Desde luego, es posible que una vez celebrado el contrato alguna de las partes estime que en él existe un vicio que afecte la existencia o validez del mismo, lo que implica que ejerza las acciones pertinentes para restablecer las cosas a su estado original, alegando no radicar en el negocio jurídico las condiciones de la esencia o de la naturaleza propias de cualquier negocio jurídico como las establecidas en el artículo 898 del código de comercio como requisitos de existencia (solemnidades sustanciales exigidas por la ley y cuando falte alguno de sus elementos esenciales), por ejemplo pretermitir el reglamento de suscripción o haberse producido en forma extemporánea la aceptación; o que afectan su valldez viciando el acto de nulidad absoluta, por ejemplo cuando ha sido realizada por una persona interdicta (artículo 899 ibidem); o adolezca de ciertos elementos que lo hagan susceptible de anulación (artículo 900 ídem), suscrito por ejemplo bajo coacción o en el error invencible que era su obligación aumentar su aporte a través de la suscripción.[1]

En los términos del artículo 389 del ordenamiento mercantil, el derecho a la suscripción de acciones solamente será negociable desde la fecha del aviso de oferta.; negocio del cual debe dar el titular aviso a la sociedad mediante un escrito que indique el nombre del cesionario o cesionarios, sin más requisitos adicionales.

Es decir, se trata de un contrato que se perfecciona por el simple consentimiento entre el cedente (accionista) y cesionario (tercero), en virtud del cual éste último adquiere la posibilidad de suscribir el porcentaje que corresponde al asociado. Sin embargo, para que tenga efectos respecto de la sociedad deberá serle notificada, para

[1] Ver Memorando OA 008 de febrero 1 de 1979 publicado en Doctrinas y Conceptos Vigentes 1972-1983, Tomo II Pág. 393

lo cual bastará una simple comunicación escrita por parte del cedente indicando el nombre del cesionario (artículo 894 ibidem).

Una vez informada la sociedad de la cesión del derecho a suscribir, es decir del privilegio de suscribir con prescindencia de cualquier otro el porcentaje de que se es titular al momento de la emisión, resta que el cesionario acepte la oferta que en principio se dirigió al accionista. Esta aceptación, desde luego debe hacerse en las mismas condiciones del reglamento y dentro del término establecido para el destinatario original, so pena de incurrir en inexistencia el contrato de suscripción por ausencia total del consentimiento que únicamente puede ser formado dentro del plazo establecido en la oferta y que se consigna obviamente en el reglamento de colocación.

En consecuencia, debe distinguirse el contrato de cesión del derecho a suscribir, con el contrato de suscripción:

a. El contrato de cesión se celebra entre un asociado y el tercero, donde la sociedad únicamente actúa en forma pasiva recibiendo la notificación de la cesión para efectos de entender que existe un destinatario que se subroga en el derecho del accionista a aceptar la oferta de suscripción. El de suscripción, vincula a la sociedad con el suscriptor, sea éste un asociado o un tercero que por éste hecho adquirirá tal condición, y se perfecciona en el momento de la aceptación de la oferta; si no existe una manifestación expresa o tácita por parte del destinatario debe entenderse su desinterés por suscribir y en consecuencia no realizado ningún contrato de suscripción.

b. Una vez perfeccionado el contrato de cesión, el accionista no podrá aceptar en su nombre la oferta pues ya no es el destinatario de la misma sino que ahora este extremo es ocupado por su cesionario.

c. El contrato de cesión tiene como objeto el permitir aceptar una oferta que puede o no finalizar con la celebración de un contrato de suscripción de acciones; en tanto que en el contrato de suscripción el objeto mismo es una participación en el capital de una sociedad representado en acciones.

d. El contrato de cesión del derecho a suscribir no genera obligación para el cesionario del pago de las acciones ofrecidas ni el sometimiento a los estatutos de la sociedad, en tanto que el contrato de suscripción sí tiene tales efectos, es decir pagar el valor de la suscripción en los términos del reglamento y observar en todo los estatutos de la sociedad en que adquiere la calidad de accionista.

e. El contrato de cesión da la calidad de destinatario de una oferta; el de suscripción otorga la calidad de accionista.

f. El aviso dado por el cedente a la sociedad no suple la voluntad del cesionario en la aceptación de la oferta, pues en últimas éste puede o no aceptarla o aceptar la totalidad o sólo una parte de las acciones ofrecidas, con las mismas facultades del destinatario primigenio. En efecto, la circunstancia de ceder el derecho de suscripción no dota al cedente de un poder especial que permita aceptar la oferta en nombre del cesionario (Oficio 220- 75774 de diciembre 19 de 2000).

CONVERSIÓN DE ACCIONES ORDINARIAS EN ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL Y SIN DERECHO A VOTO.

El Despacho se refiere a la siguiente consulta: *«es posible canjear acciones ordinarias por acciones con dividendo preferencial "sin derecho a voto, mediante una decisión del máximo órgano social, sin necesidad de emitir nuevos títulos por las acciones con dividendo preferencial y posterior devolución de las respectivas acciones ordinarias? Qué formalidades y mayorías se requerirían?»*

«De no ser posible dicha conversión automática, cuál sería el procedimiento para transformar íntegramente, manteniendo la misma participación de accionistas ordinarios en acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto?»

Las normas que regulan sobre la materia se encuentran compiladas en la Ley 222 de 1.995, artículos 61 a 66, determinando este último cuáles sociedades están habilitadas para emitir dicha modalidad de acciones, el valor de las mismas y el tope permitido para tal fin, el cual dispone que, las sociedades por acciones (entre las cuales se hallan las sociedades anónimas) podrán emitir acciones con dividendo preferencial, y sin derecho a voto, las cuales tendrán el mismo valor de las acciones ordinarias y no podrán representar más del cincuenta por ciento del capital suscrito.

Por su parte el artículo 62 de la ley en comento, prevé que, *«El reglamento de suscripción de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto deberá ser aprobado por la asamblea general de accionistas, salvo que ésta, al disponer su emisión, delegue tal atribución en la junta directiva»*, observándose que, la facultad de emitir tales acciones es privilegio del máximo órgano social, pudiendo delegar en la junta directiva la aprobación del reglamento correspondiente.

La conversión de las acciones ordinarias en acciones con dividendo preferencial y su derecho a voto no se encuentra pactada dentro de la normatividad; sin embargo, tampoco se precisa ninguna prohibición al respecto, por lo que este Despacho encuentra viable la conversión de acciones ordinarias, siempre y cuando no se rebase el tope máximo permitido por ley, esto es, que no podrán representar más del 50% del capital suscrito.

El procedimiento para tal fin:

Para determinar el procedimiento que debe seguirse para tal fin, es pertinente hacer las siguientes precisiones:

El artículo 110, numeral 5º., del Código de Comercio dispone que *«La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará...5º) El capital social, la parte del mismo que se suscribe y la que se paga por cada asociado en el acto de la constitución. En las sociedades por acciones deberá expresarse, además, el capital suscrito y el pagado, la clase y valor nominal de las acciones representativas del capital, la forma y términos en que deberán cancelarse las cuotas debidas, cuyo plazo no podrá exceder de un año.»*

Igual, el artículo 375 del Código de Comercio prevé que el capital de la sociedad anónima se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables

Luego, teniendo en cuenta que la especificación de las acciones forman parte del contrato social que rige las relaciones entre la sociedad y los asociados, el hecho mismo de modificar su modalidad (esto es convertir acciones ordinarias en acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto) implica, per se, una reforma estatutaria, máxime que éstos gozan de unas características especiales, por lo que corresponderá a la asamblea general de accionistas, que es el órgano competente para tal fin, aprobarla previo cumplimiento de los requisitos legales y estatutarios tal como se lee en el artículo 186 del Código de Comercio, al estipular que las reuniones se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en la leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum; acto seguido, el representante legal

procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 158 del Código de Comercio, esto es, reducir dicha modificación a escritura pública y posterior registro del mencionado documento en la Cámara de Comercio del domicilio social.

Dicha reforma implicará, además, que se precisen los derechos que otorga cada acción, entre otros, el dividendo que se pagará, el cual tendrá prelación respecto al que corresponda a las acciones ordinarias, pudiéndose pactar según los términos del artículo 63 de la citada Ley 222, otros derechos, a saber: a) participar en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades distribuibles que queden después de deducir el dividendo mínimo. b) participar en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades distribuibles que queden después de deducir el dividendo mínimo y el correspondiente a las acciones ordinarias, cuyo monto será igual al del dividendo mínimo. y c) a un dividendo mínimo acumulable hasta por el número de ejercicios sociales que se indique en el reglamento de suscripción.

En ese orden de ideas, se reitera, a juicio de este Despacho, nada se opone a que la sociedad pueda convertir mediante una reforma al contrato social parte de sus acciones ordinarias a las de la modalidad que se cuestiona, cuyo porcentaje no supere el permitido por ley, y el valor de las mismas coincida con el de las acciones ordinarias. (Art. 61, Ley 222 de 1.995), siempre que así lo apruebe la asamblea con las formalidades propias de las reformas.

De otra parte, es dable colegir que para ese fin se requiere la cancelación y consiguiente emisión de nuevos títulos para reemplazar los referidos a las acciones ordinarias cuya conversión se pretende, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el artículo 401 del Código de Comercio (norma especial para las sociedades anónimas), que establece la forma y contenido del título, los títulos se expedirán en series continuas, con las firmas del representante legal y el secretario, en los que se indicará, entre otros, *"... 2º. La cantidad de acciones representadas en cada título, el valor nominal de las mismas, si son ordinarias, privilegiadas o de industria. - 4º. Al dorso de los títulos de acciones privilegiadas constarán los derechos inherentes a ellas..."*

cuanto a la mayoría decisoria, vale precisar que tratándose de ciedades anónimas, el artículo 68 de la Ley 222 de 1.995, que odificó el artículo 427 del Código de Comercio, fija las directrices cuanto al quórum deliberativo y mayorías de la asamblea general accionistas, tal y como se puede observar de su tenor literal, a ber:

a asamblea deliberará con un número plural de socios que presente, por lo menos, la mitad más una de las acciones scritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior. - on excepción de las mayorías decisorias señaladas en los tículos 155, 420, numeral 5º y 455 del Código de Comercio, las ecisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes. En los tatutos de las sociedades que no negocien sus acciones en el ercado público de valores, podrá pactarse un quórum diferente mayorías superiores a las indicadas.»

e la lectura de la norma en mención se puede observar que dentro las excepciones en ella contempladas no se encuentran las ormas a las normas estatutarias, lo que permite concluir que la ayoría para tal efecto, será la mayoría de votos presentes en la unión; sin perjuicio de que en el contrato social se haya previsto a mayoría diferente, pues la norma en mención lo admite respecto las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado blico de valores, evento en el cual es preciso allanarse a los rminos del mismo, por cuanto priman las estipulaciones ntractuales. (Oficio 220- 74265 de diciembre 6 de 2000)

EMBARGO DE ACCIONES Y SUS EFECTOS.

El embargo es una medida cautelar, cuyo fin es colocar fuera del comercio el bien sobre el cual recae dicho gravamen, evitando así su libre disposición, para poderle garantizar al acreedor el cumplimiento de una obligación.

A esta medida, según los términos del artículo 142 del Código de Comercio, podrán acudir los acreedores de los asociados en orden a embargar las acciones que éstos tengan en la sociedad y provocar su venta o adjudicación judicial en los términos de las normas del Código de Comercio y leyes del procedimiento.

Por su parte el artículo 414 del Código de Comercio prevé, que «*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 solo 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*» (negrilla fuera del texto).

Ahora, de acuerdo con el numeral 6 del artículo 681 del Código de procedimiento Civil, el juez, una vez determine el embargo de las acciones, «*...comunicará al gerente, administrador o liquidador de la respectiva sociedad... para que tome nota de él, de lo cual deberá dar cuenta al juzgado dentro de los tres días siguientes, so pena de incurrir en multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales...*»

Por su parte el artículo 415 del Código de Comercio, establece que «*El embargo de las acciones nominativas se consumará por inscripción en el libro de registro de acciones, mediante orden escrita del funcionario competente. ...*»

Así las cosas, la sociedad por conducto de su representante legal queda obligada, de un lado, a hacer la inscripción dentro del plazo que fija le ley para tal efecto, pues no se puede dejar de lado que el embargo, por ser una medida cautelar merece obrar dentro de la oportunidad legal y con la debida diligencia; y bajo el entendido de que los bienes sobre los cuales pesa dicho gravamen quedan fuera del comercio, igual se obligará a impedir transferencias y negociaciones sobre las acciones involucradas en dicho proceso judicial, salvo que medie autorización de autoridad competente.

Igual vale precisar, que el embargo de acciones de ninguna manera afecta la titularidad de las mismas, como tampoco impone restricción alguna aparte de la libre negociación, pues tratándose de una medida cautelar las acciones sobre las que recae, como ya se esbozó, quedan fuera del comercio, lo cual permite que no sea posible su disponibilidad y así poderle garantizar al acreedor la satisfacción de una obligación; por lo demás, su titular conserva todos los derechos previstos en el artículo 379, Vr. Gr. ser convocado conforme a las normas legales y estatutarias pertinentes, participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella, quedando comprometidos, en todo caso, los dividendos que pudieren corresponderle mientras dicha medida subsista.

El Secuestre y sus Funciones:

De acuerdo con el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil, será función del secuestre la custodia de los bienes que se le entreguen; y si se trata de empresa o de bienes productivos de renta, le corresponderán las atribuciones previstas para el mandatario en el Código Civil, sin perjuicio de las facultades y deberes de su cargo.

Por su parte, según lo dispuesto en el artículo 2158 del Código Civil *«El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, como son, pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra y comprar los materiales*

necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas y otros objetos de industria que se le hayan encomendado. - Para todos los actos que salgan de estos límites necesitará poder especial.»

De la lectura de la norma en comento puede observarse, que en efecto el mandato conferido al secuestre solo lo autoriza para realizar actos de administración, pero de ninguna manera para asumir las funciones propias del accionista, pues este último, como se había expresado, conserva los derechos propios de su condición (artículo 379 del Código de Comercio), exceptuándose, claro está, el de la libre negociación de las acciones (pues éstas quedan fuera del comercio) y el referido al pago de dividendos (ya que éstos por disposición legal quedan comprometidos en virtud de la acción de embargo), confirmándose con esto, que, sin duda, los planteamientos realizados a través de los oficios que usted trae a colación (220-607454 del 27 de diciembre de 1.996 y 220-60229 del 12 de noviembre de 1.997), tienen aplicación en el caso que motiva su inquietud.

Luego, las actuaciones del secuestre, rayan en el plano puramente patrimonial, por lo que los posibles dividendos que llegase a generar la empresa, previa aprobación del reparto de los mismos, tendrían que ser puestos a ordenes del secuestre, en la proporción que corresponda a las acciones afectadas con esta medida.

Adicionalmente, vale expresar, que de conformidad con las normas que versan sobre la materia, no existe inhabilidad alguna para que un accionista cuyas acciones le hayan sido embargadas ostente el cargo de miembro de la junta directiva, o alguno otro que le dé el carácter de administrador, por lo que queda a juicio del órgano competente para la designación, decidir acerca de su permanencia. (Oficio 220-5463 de febrero 22 de 2001)

ACCIONES CON DIVIDENDO PREFERENCIAL SUSCRITAS POR EMPLEADOS Y PAGADAS CON APORTE DE INDUSTRIA.

La Ley 222 de 1.995 en sus artículos 61 a 66 se ocupa de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, estipulando cuáles son las sociedades que las pueden emitir, a quién corresponde aprobar el reglamento respectivo, derechos que imprime cada acción a su titular, eventos en los cuales surge el derecho a voto, y requisitos que deben tener los títulos.

Tales acciones según los términos de las normas en comento, se caracterizan por tener derecho a un dividendo mínimo fijado en el reglamento de suscripción y a un reembolso preferencial al tiempo de la liquidación. Además, el porcentaje de éstas no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito., cuya emisión será viable si así lo decide la asamblea general de accionistas, que será además, a quien corresponda aprobar el reglamento correspondiente, salvo que dicha atribución la hubiese delegado en la junta directiva.

Tratándose de sociedades sometidas al control o vigilancia de esta Superintendencia, es pertinente manifestar que de acuerdo con los artículos 84 y 85 de la Ley 222 de 1.995 y al artículo 8º. numeral 15, literal i del Decreto 1080 de 1.995, es función suya impartir la autorización para la colocación de dichas acciones, so pena de ineficacia.

Para explicar tal sanción en tratándose de este tipo de acciones, basta con traer a colación el artículo 390 del Código de Comercio, el cual establece que es ineficaz la colocación de acciones que se efectúe sin contar con la autorización de la Superintendencia de Sociedades, norma que no distinguió la clase de acciones cuyo reglamento se someta a la aprobación de esta Entidad.

En cuanto al procedimiento para ser suscritas por los empleados, se precisa en primera instancia que, para que su creación sea viable, es menester, tal como ya se expresó, que así lo decida la asamblea, luego de lo cual serán colocadas de acuerdo con el reglamento correspondiente, donde se especificará, entre otros, el dividendo que se pagará, el cual tendrá prelación respecto al que corresponda a las acciones ordinarias, pudiéndose pactar, según los términos del inciso segundo del artículo 63 de la citada ley, otros derechos, a saber: a) participar en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades distribuibles que queden después de deducir el dividendo mínimo. b) participar en igual proporción con las acciones ordinarias de las utilidades distribuibles que queden después de deducir el dividendo mínimo y el correspondiente a las acciones ordinarias, cuyo monto será igual al del dividendo mínimo. y c) a un dividendo mínimo acumulable hasta por el número de ejercicios sociales que se indique en el reglamento de suscripción.

Esbozado lo anterior, resultan pertinentes los siguientes comentarios en torno al aporte de industria, con miras a dilucidar lo referente a la emisión de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, cuando éstas son pagadas contra el aporte de industria que los empleados realicen:

De acuerdo con el artículo 137 del Código de Comercio «*Podrá ser objeto de aportación la industria o trabajo personal de un asociado, sin que tal aporte forme parte del capital social. -El aportante de industria participará en las utilidades sociales; tendrá voz en la asamblea o en la junta de socios; los derechos inicialmente estipulados en su favor no podrán modificarse, desconocerse ni abolirse sin su consentimiento expreso, salvo decisión en contrario proferida judicial o arbitralmente; podrá administrar la sociedad y, en caso de su retiro o de liquidación de la misma, solamente participará en la distribución de las utilidades, reservas y valorizaciones patrimoniales producidas durante el tiempo que estuvo asociado. - Habiéndose producido pérdidas, el socio no recibirá retribución en el respectivo ejercicio.*»

Por su parte el artículo 138 ibidem, prevé que *«Cuando el aporte consista en la industria o trabajo personal estimado en un valor determinado, la obligación del aportante se considerará cumplida sucesivamente por la suma periódica que represente para la sociedad el servicio que constituya el objeto de aporte. - Podrá, sin embargo, aportarse la industria o el trabajo personal sin estimación de su valor, pero en este caso 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 que se estipule.»*

Igualmente el artículo 380 prevé que *«Podrán crearse acciones de goce o industria para compensar las aportaciones de servicios, trabajo, conocimientos tecnológicos, secretos industriales o comerciales, asistencia técnica y, en general, toda obligación de hacer a cargo de aportante. Los títulos de esas acciones permanecerán depositados en la caja social para ser entregados al aportante, en la medida en que se cumpla su obligación y, mientras tanto, no serán negociables...».*

De la lectura de las normas en cuestión se deduce que los aportes de industria pueden hacerse de dos maneras: uno, sin que la acción de industria o trabajo se convierta en una acción de capital, ni que haya derecho a un reembolso del aporte, pero a cambio, participando solamente de un superávit acumulado durante el tiempo en el cual haya operado la vinculación de la sola industria a la empresa social; y otra, que va redimiendo acciones de capital en la medida que se va liberando la obligación de hacer, caso en el cual se le deben ir entregando los títulos a sus beneficiarios, los cuales generan los mismos derechos que otorga una acción de capital.

En la primera modalidad, es claro que el socio industrial una vez cumple con su obligación de hacer cesa su vinculación a la sociedad, asistiéndole los derechos propios que su calidad le impone en virtud de la misma ley, y todos aquellos que se hayan estipulado en el contrato correspondiente.

En la segunda se permite la posibilidad de que en tanto se vaya cumpliendo la obligación de hacer, se van liberando acciones de capital, pues se entiende que las acciones se pagan con el aporte

de servicio. Es así que, en la medida que se vayan liberando las acciones deben serle expedidos los títulos correspondientes a los aportantes de la industria o del trabajo personal.

Establecidas las diferentes modalidades de aporte de industria, considera este Despacho que pudiéndose redimir acciones de capital mediante dicho mecanismo legal en virtud de haberse estimado el valor de la obligación de hacer, es viable que éstas puedan ser redimidas bajo la modalidad de acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, en razón de la autonomía de la voluntad, donde las partes, si a bien tienen, pueden pactar que con su aporte en industria o trabajo puedan ir pagando dichas acciones, y en tal virtud liberarlas en la medida que se vaya cumpliendo con su obligación, máxime, si se tiene en cuenta, que las normas que rigen al respecto no prevén limitante alguna que permita colegir lo contrario; tampoco el Código de Comercio, pues la figura de las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto es posterior a la vigencia del Decreto por medio del cual se expidió dicha codificación (410 de 1.971), y de las normas relacionadas con el aporte de industria o trabajo personal no se infiere limitación alguna que pueda llegar a impedir operación semejante; pero además, y tal vez la más importante, las necesidades que día a día se imponen en razón al desarrollo mismo del ámbito comercial que exigen mayor flexibilidad en el mundo de los negocios, deben permitir el despliegue de capitales de menores y mayores inversionistas, cuyos ideales distan del poderío dentro de la empresa, para darle paso a intereses puramente económicos.

Sobre este aspecto dice el doctor Gabino Pinzón en su obra Sociedades Comerciales, Vol. II, Editorial Temis, 1.983, Pág.207 lo siguiente:

«La emisión de esta clase de acciones representa una tendencia bastante importante entre las que han surgido con ocasión de los problemas que se han creado en el desarrollo de las sociedades anónimas, que han puesto de presente la necesidad de corregir algunos criterios tradicionales del sistema de las sociedades, como el del derecho al voto en las reuniones de las asambleas generales. Así es como en la sociedad anónima - que no la hay realmente en el país todavía - ha ocurrido un fenómeno que ha

preocupado a los comercialistas desde hace ya más de medio siglo, que es el ausentismo constante y más bien creciente de los accionistas que no concurren a las reuniones de las asambleas generales, aunque sí concurren solícitamente a cobrar o recibir el dividendo de sus acciones...»

«....»

«El hecho anterior, sobre el cual se viene insistiendo por algunos autores y que empieza a ocurrir en el país, a medida que algunas sociedades anónimas van creciendo y cumpliendo una mayor función económica y social, permite pensar en las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, destinadas especialmente a esos accionistas que no creen en la importancia del voto, a pesar de que se le considere un derecho esencial a la calidad de accionista, como se repite tanto en el Código de Comercio mismo y en la doctrina y la jurisprudencia nacionales...»

Ahora, retomando el tema, habría que considerarse entre otros que, para posibilitar ese mecanismo se requerirá en primera instancia que medie acuerdo entre la sociedad y el aportante de industria o trabajo, en virtud del cual, el ente societario se comprometa a pagar dicho aporte con acciones preferenciales y, el aportante, por su parte, a recibirlas como contraprestación a su obligación de hacer y teniendo en cuenta desde luego que la omisión de las mismas habrá de sujetarse a lo dispuesto en los estatutos y la ley (Oficio 220- 23629 de marzo 29 de 2000).

MECANISMOS Y FORMALIDADES FRENTE AL NO PAGO DE LAS ACCIONES SUSCRITAS.

Es bien importante tener claro el concepto de sociedad, como la persona jurídica que se crea en forma independiente de los socios individualmente considerados (artículo 98 del Código de Comercio). Una vez constituido legalmente, el ente societario adquiere capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y los participantes adquieren la calidad de socios o accionistas, quienes reunidos en asamblea general o junta de socios, con sujeción a lo prescrito en los estatutos o en la ley en cuanto a convocatoria y quórum, pueden deliberar y decidir sobre los asuntos que, de acuerdo con el contrato social y la ley, son de su resorte exclusivo.

Son precisamente las decisiones que adopte el máximo órgano social, bajo los presupuestos antes mencionados, las que tienen la cualidad de obligar a los accionistas, inclusive a los ausentes o disidentes, siempre que las decisiones tengan carácter general (Art. 188 C. Co), y de generar obligaciones de la sociedad frente a terceros en general, salvo que de ellas se estimen los supuestos de ineficacia, nulidad o inoponibilidad, en los términos del artículo 190 de la misma obra.

Consecuente con lo anterior, el capital suscrito, que es la parte del capital social que los accionistas se comprometen a cancelar, el que conforme al artículo 387 ibidem en concordancia con el numeral 5 del artículo 386, debe pagarse por lo menos al momento de la suscripción un monto que corresponda a la tercera parte del valor de cada acción suscrita y pagarse en su totalidad en un plazo no superior a un año a partir de la suscripción, en la forma y términos convenidos.

Sin embargo, el legislador también previó el incumplimiento en el pago de las acciones suscritas y confirió a la junta directiva, de manera privativa, la facultad para optar por cualquiera de los

mecanismos previstos en el artículo 379 C. Co., esto es, el cobro judicial; vender las acciones en mora por cuenta y riesgo del accionista incumplido y por conducto de un comisionista o imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, advertencia previa de que los accionistas no podrán ejercer los derechos inherentes a las acciones en mora.

Ahora bien, el artículo 386 del Código mencionado señala las formalidades del contrato, entre otros elementos dispone que debe señalarse el precio de las acciones y determina como única condición que su valor no sea inferior al valor nominal (Num. 4 ibidem), lo que significa que el valor de venta puede ser superior al valor nominal, caso en el cual *"... se presenta la llamada "prima por colación de acciones" que es precisamente aquella diferencia que resulta entre el precio al que son ofrecidas las acciones y su valor nominal, lo que conlleva a que la prima referida realmente constituya un sobreprecio cuya justificación se sustenta en la valorización que adquieren las acciones por el incremento del patrimonio de la sociedad, que genera para el asociado titular de la misma una garantía respecto del valor real de su acción..."* (Oficio 220- 9412 de 20 de mayo de 1994).

Por su parte, de la lectura del artículo 383 del Código de Comercio, se desprende que toda emisión de acciones puede revocarse o modificarse por la asamblea antes de que sean colocadas o suscritas, lo que en otras palabras significa que si bien es perfectamente posible que la colocación de acciones no se perfeccione después de aprobada, una vez formulada y aceptada la oferta, es obligatoria para la sociedad, en la forma y términos del reglamento de suscripción, so pena de que la sociedad como deudora responda por los perjuicios causados ante el incumplimiento del contrato de suscripción (Art. 1610 C. C.).

Consecuente con lo expuesto se concluye que, salvo los casos previstos en el citado artículo 190, las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas, reunida con las formalidades legales y estatutarias, son de obligatorio cumplimiento para todos los accionistas, aun los ausentes o disidentes, sin que sea posible

que los asuntos tratados y aprobados en asamblea sean modificados o desconocidos individualmente por los accionistas, menos aun mediante documento privado.

No obstante que las decisiones son de obligatorio cumplimiento y ejecución, no puede negarse que las mismas pueden ser motivo de revocatoria o modificación, previo reconocimiento de los perjuicios causados, si es del caso, y siempre que medie una determinación adoptada por el órgano social con las mayorías previstas para el efecto y en el entendido que los asuntos que se pretendan modificar sean de su resorte exclusivo. (Oficio 220- 73743 de diciembre 4 de 2000).

MORA EN EL PAGO. ES DISCRECIONAL LA DEDUCCIÓN DEL 20% COMO SANCIÓN, DE ACUERDO CON EL ARTÍCULO 397 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

En cuanto hace a la viabilidad de renunciar a la aplicabilidad de la sanción del 20% de que trata uno de los arbitrios consagrados en el artículo 397 mencionado, es pertinente realizar de manera breve las siguientes consideraciones de orden temático y jurídico:

OBLIGACION DE PAGAR LAS ACCIONES SUSCRITAS

La obligación principal de la persona que suscribe una acción o un determinado número de acciones representativas del capital en una sociedad, es la de realizar el pago respectivo con el fin de obtener la liberación de ellas. Si bien existen otras obligaciones, es claro que están sometidas en su mayor parte a las estipulaciones consagradas en los estatutos sociales.

Diversas disposiciones hacen referencia a dicha obligación, entre ellas los artículos 110, numeral 5, 130, 345 y 387 del Código de Comercio, señalando este último que *"Cuando el reglamento prevea la cancelación por cuotas, al momento de la suscripción se cubrirá, por lo menos, la tercera parte del valor de cada acción suscrita. El plazo para el pago total de las cuotas pendientes no excederá de un año contado desde la fecha de la suscripción"*, con lo que se reitera la regla general que establece el Art. 345 ibidem.

CONSECUENCIA DEL NO PAGO DE LOS INSTALAMENTOS DENTRO DE LOS PLAZOS ACORDADOS

El incumplimiento por parte del suscriptor en el pago de los instalamentos dentro de los plazos pactados, para cubrir la totalidad del valor de las acciones suscritas bien en el momento de constituirse la sociedad o en posteriores emisiones, implica que el accionista no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas, amén de que se

considera que el aporte no se ha realizado de manera efectiva y por lo tanto, la junta directiva debe optar por una de las determinaciones que establece el artículo 397 del Código de Comercio.

INTERESES AFECTADOS POR EL NO PAGO

En la unión de voluntades para la constitución de una sociedad, la ley procura por encima de otras circunstancias, la protección de los intereses de sus componentes, concediéndole a sus miembros amplia iniciativa para administrar sus bienes y establecer parámetros dentro de los cuales se desenvolverán sus relaciones jurídicas.

Es con base en la manifestación de dicha voluntad, enmarcada dentro de los parámetros previamente establecidos, como pueden entonces sus componentes desarrollar sus relaciones jurídicas y adoptar las decisiones más convenientes a sus intereses.

NORMAS DE ORDEN PÚBLICO Y PRIVADO

Es claro que las normas jurídicas conllevan un marco al cual deben ajustarse los destinatarios de las mismas. Al respecto, el profesor Augusto González Ramírez, afirma que *"toda norma jurídica es una regla de conducta externa de obligatorio cumplimiento, empero ese "obligatorio cumplimiento" no es exactamente igual en toda clase de preceptos de derecho, pues los hay unos con pretensión de vigencia mayor que otros. En efecto, el imperio de todas las normas no es de igual manera e idéntica intensidad, pues una cierta categoría se caracteriza por su forma rígida y absoluta, a diferencia de otro grupo de condición eminentemente limitada y relativa".*

"Desde este punto de vista, es decir, de su "obligatoriedad", de su imperio, las normas o leyes se pueden dividir en los dos grupos siguientes:

Leyes de Orden Público y

Leyes de Orden Privado.

Sobre las leyes de orden público expresa que "las normas de Orden Público o "taxativas" son imperativas y absolutamente obligatorias, que mandan independientemente del querer de los

individuos, tienen como finalidad principal la protección y regulación de los interese superiores de la colectividad (seguridad del Estado, resguardo de las buenas costumbres, defensa de los derechos de terceros, etc.) y no pueden, por tanto, ser modificadas ni derogadas por la voluntad de los particulares..." y cita lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil, que a la letra dice: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres".

Respecto de las Leyes de Orden Privado, afirma que *"las normas de Orden Privado no tienen el carácter absoluto ni son tan imperativas como las de Orden Público, sino que ellas son dispositivas o supletivas de la voluntad de las personas, tienen la finalidad de proteger los intereses individuales y pueden, por tanto, ser derogadas por la libre determinación de los particulares. De ahí que todos aquellos derechos que únicamente atañen al interés privado de los sujetos pueden renunciarse, por ser objetos de transacción" e igualmente alude al artículo 15 del Código Civil que dispone que "Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".*

"Estas normas no imperativas son "dispositivas" cuando han sido establecidas por el Poder Público para que tengan valor únicamente en caso de que la voluntad de las partes no aparezca expresamente manifestada en forma distinta. En muchas circunstancias la ley deja a los particulares la libertad de "disponer" de algunos derechos privados, siempre y cuando con ello no infrinjan las normas taxativas o de orden público". (Introducción al Derecho – Segunda Edición- Paginas 128,129 y 130).

Tenemos entonces como dentro de las disposiciones establecidas en los ordenamientos legales, existen normas que permiten dentro del marco legal que las consagra, señalamientos que dan vía al libre juego de las voluntades, como son las denominadas dispositivas o supletivas o bien otras, en las cuales la voluntad de las partes está sometida a lo dispuesto en las normas y por lo tanto, el acatamiento de las mismas es obligatorio y las hace de forzosa aplicación.

ARTICULO 397 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

Para determinar su carácter, es preciso remitirse a lo dispuesto en el artículo 397 ibidem:

"Cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas. Para este efecto, la sociedad anotará los pagos efectuados y los saldos pendientes".

"Si la sociedad tuviere obligaciones vencidas a cargo de los accionistas por concepto de cuotas de las acciones suscritas, acudirá a elección de la junta directiva, al cobro judicial, o a vender por cuenta y riesgo del moroso y por conducto de un comisionista, las acciones que hubiere suscrito, o a imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas, previa deducción de un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios que se presumirán causados".

"Las acciones que la sociedad retire al accionista moroso las colocará de inmediato"

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, y examinado el contexto dentro del cual se desarrolla la disposición citada, particularmente su finalidad, es claro que si bien es cierto debe recurrirse a la aplicación de algún arbitrio de los indicados en aras a lograr la efectiva conformación de la totalidad del capital social, no menos es que con ello se busca satisfacer intereses eminentemente particulares, donde la autonomía de la voluntad juega un papel preponderante en la toma de la decisión que mejor convenga a los intereses de la sociedad en un momento determinado.

Ahora bien, partiendo de la base de que el arbitrio al cual decida acudir el órgano social competente para lograr la efectiva conformación del capital social sea el de "imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas..", no hay duda alguna que la sanción que se consagra, consistente en deducir de las cuotas pagadas un veinte por ciento a título de indemnización de perjuicios, está establecida

exclusivamente a favor de la sociedad, independientemente de sí la misma es de economía mixta y por lo tanto, nada obstaría, para que previa evaluación de las circunstancias que ocasionaron el incumplimiento de las obligaciones inicialmente contraídas por los asociados, y determinado si realmente se presentaron o no perjuicios a la sociedad, se decida no hacerla efectiva, lo cual queda a discreción de la junta directiva.

Valga anotar que la sociedad de economía mixta se rige por las reglas del derecho privado, salvo que la participación estatal sea igual o superior al 90 % del capital social, evento en el cual se le aplican las normas propias de las empresas industriales y comerciales del estado.

AMBITO DE APLICABILIDAD DE LA SANCIÓN DEL 20%.

En cuanto a la aplicabilidad del 20% a titulo de indemnización por perjuicios, este mecanismo procede única y exclusivamente frente al tercer arbitrio contemplado en el citado artículo 397, como de manera expresa lo señala la ley.

Al respecto, esta entidad ha indicado que "cuando la junta directiva decide dar aplicación al tercer arbitrio establecido en el tantas veces mencionado artículo 397, imputando las sumas de dinero recibidas por el accionista moroso, con el fin de liberar el número de acciones equivalentes al valor pagado a la sociedad, debe el cuerpo colegiado, previamente a dicha operación, sustraer de las sumas pagadas por el asociado como aportes de capital, el equivalente al 20% que la norma de manera taxativa fija, como contraprestación por los perjuicios que el proceder del accionista le ha causado a la compañía".

"Una vez realizada la anterior operación, la suma que quede debe destinarse a la liberación de un determinado número de acciones, hasta donde lo permita el monto de dinero que la compañía ha recibido del accionista, teniendo en cuenta el valor que cada acción tenga en ese momento" (Oficio 220-90850 del 1 de octubre de 1999).

Sin perjuicio de lo anterior, resulta claro como antes se indicó, que si bien los perjuicios se presumen causados y por ende puede efectuarse la deducción correspondiente sin necesidad de entrar a probar la existencia ni el monto de los mismos, es dable que eventualmente el órgano competente, decida renunciar a hacer efectiva la deducción. (Oficio 220- 67212 de octubre 19 de 2000)

ACCIONES READQUIRIDAS. EFECTOS DE LA CAPITALIZACIÓN DE LA REVALORIZACIÓN RESPECTO DE LAS ACCIONES PROPIAS READQUIRIDAS.

El análisis se hará desde el escenario del artículo 375 relacionado con la división del capital social en acciones de igual valor nominal y de los artículos 396 y 417 en cuanto a que los derechos de las acciones propias readquiridas quedan en suspenso mientras pertenezcan a la sociedad.

Esta entidad en Oficio AN-26203 de octubre 4 de 1994 al evaluar la viabilidad de incrementar el valor nominal de las acciones capitalizando las utilidades, se pronunció sobre la posibilidad de afectar de la misma manera a las acciones propias readquiridas:

"Uno de los asuntos que debe quedar pactado en los estatutos de una compañía, es precisamente el relacionado con el valor nominal de las acciones representativas del capital tal y como lo prevé el artículo 110, ordinal 5º. Del Código de Comercio; de modo, que una variación del valor nominal de acción, bien aumentándolo como se plantea, o disminuyéndolo, conlleva necesariamente una reforma a los estatutos sociales.

Otro principio a tener en cuenta respecto al valor nominal de la acción es el consagrado en el artículo 375 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual es imperativo que el capital de la sociedad corresponde a un determinado número de acciones de igual valor nominal, lo cual descarta la posibilidad de que las acciones en circulación puedan tener un valor, y las readquiridas otro.

Así mismo es preciso resaltar que al tenor de los artículos 396 y 417 del Código de Comercio, los derechos inherentes a las acciones pertenecientes a la sociedad en su condición de readquiridas y mientras subsista tal situación, se hallan en

suspenso, y por tanto, no pueden participar de la distribución de utilidades.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, y frente al primer interrogante, es dable concluir que el aumento del valor nominal de la acción ciertamente deberá cobijar las acciones readquiridas, pues como ya se expresó, el capital de la sociedad anónima se dividirá en acciones de igual valor, Representadas en títulos negociables. Sin embargo, como el incremento del monto del capital suscrito que implica el aumento del referido valor nominal, se va a efectuar finalmente mediante una capitalización de utilidades, de las cuales no pueden participar las acciones readquiridas, como ya se anotó, el número de éstas se verá necesariamente disminuido en orden a mantener la igualdad del valor nominal de tales acciones con el de las que se encuentran en circulación, para lo cual es necesario aplicar una operación matemática, consistente en dividir la sumatoria del valor nominal de las acciones readquiridas, entre el nuevo valor nominal de cada acción, de tal manera que si la sociedad tenía antes 1.000.000 de acciones readquiridas por un valor de $1.000.000,oo dado su anterior valor nominal de $1,oo, al aumentar éste, igualmente el número total de acciones suscritas de 54.000.000 se reducirán a 53.100.000".

Del concepto mencionado se destacan tres conclusiones fundamentales:

1. La capitalización de las utilidades, así como la de cualquier otra cuenta susceptible de ser convertida en acciones, como la revalorización, puede hacerse a través del aumento del valor nominal.

2. Como el capital social se divide en acciones de igual valor nominal, cualquier aumento de valor nominal afecta necesariamente las acciones readquiridas.

3. Los derechos de las acciones readquiridas se encuentran suspendidos mientras se encuentren a cargo de la

> sociedad, en consecuencia, no podrán ser objeto de acrecimiento por la capitalización de una de las cuentas patrimoniales susceptibles de este procedimiento como es el caso de las utilidades o la revalorización del patrimonio.

En consecuencia, no es posible que las acciones propias readquiridas se vean beneficiadas por capitalización de utilidades, de revalorización o de prima en colocación, el valor que se consigne en esta cuenta permanecerá sin afectación alguna. Y si la capitalización se efectúa a través del aumento del valor nominal esto implicará una reducción numérica del número de acciones de mayor valor nominal con el objeto que el valor registrado por este concepto permanezca inalterable (Memorando 220-113 de junio 4 de 2002).

ADMINISTRADORES

RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS ADMINISTRADORES AL TÉRMINO DE SU GESTIÓN Y/O POR RETIRO O REMOCIÓN DEL CARGO Y LA ENTREGA DE LOS LIBROS Y PAPELES DE LA SOCIEDAD.

Los interrogantes a resolver son los siguientes:

"1. Cuáles son las obligaciones de los administradores, particularmente del representante legal, con relación a la rendición de cuentas y entrega de la información contable (libros, documentos y soportes), cuando es removido del cargo o al cumplir su gestión. Adicionalmente pregunta, el alcance de las mismas y lo que debe entenderse por "debidamente cumplidas".

2. El procedimiento que debe realizar un representante legal para mantener actualizada la contabilidad y cumplir con los principios que la regulan (revelación, exactitud, veracidad, confiabilidad y oportunidad), propios también de los estados financieros, cuando su antecesor no ha cumplido a cabalidad con estas obligaciones, situación que le impide al actual administrador determinar los hechos y registros que inciden notablemente en la contabilidad de la compañía. Al respecto pregunta cómo debe proceder el actual representante cuando el saliente argumenta que la contabilidad se encuentra en poder del contador y éste manifiesta que no la posee o es renuente a entregarlos.

3. Por último, sobre la base que al administrador le corresponde mantener actualizada la contabilidad y presentar los estados financieros en condiciones técnicas y legalmente adecuadas, pregunta si el régimen de obligaciones a su cargo, consagra la responsabilidad objetiva por el incumplimiento del mismo. En caso negativo, requiere se le informe los medios exceptivos o de defensa legalmente aceptables que el administrador puede exponer, en

especial, el tratamiento de la causa extraña y el hecho de terceros como causal de exoneración para dichos eventos".

Conforme con lo dispuesto en el artículo 164 del Código de Comercio, *«Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección....".*

Bajo el entendido de un nuevo registro, con el lleno de las formalidades legales, cesan para el representante legal saliente las obligaciones y funciones que el cargo impone, pero tal circunstancia no lo exonera de la responsabilidad de los actos, contratos ejecutados o las decisiones adoptadas durante su gestión. Así lo ha previsto el ordenamiento mercantil en su artículo 24 de la Ley 222/95, cuando dispone que los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa causen a la sociedad, a los asociados o terceros en general.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 222 Cit., determina que en el ejercicio de las funciones asignadas a los administradores, entre ellos al representante legal (Art. 22 ibidem), les corresponde *"Velar por el estricto cumplimento de las disposiciones legales o estatutarias"* y *"Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal",* atribuciones que deben observarse bajo los principios de buena fe, lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios.

Ahora bien, cuando el legislador prescribe que en el ejercicio del cargo el representante legal es responsable por el estricto cumplimiento de la ley, no lo circunscribe a las funciones, deberes y prohibiciones establecidos en el ordenamiento mercantil, sino a todas las obligaciones que surgen de la existencia misma del ente societario, entre las cuales al representante legal, le corresponde presentar anualmente, si estatutariamente no esta previsto otro corte de cuentas, el balance de fin de ejercicio, acompañado de las notas correspondientes (Art. 34 y siguientes de la Ley 222 Cit.), para ello necesariamente debe observar las normas, reglas y principios

establecidos en el Decreto 2649 de 1993, ordenamiento que regula la contabilidad en Colombia.
Téngase en cuenta que dicha normatividad, en su artículo 2º, en relación con el ámbito de aplicación de la misma, dispone que *"...debe ser aplicado por todas las personas que de acuerdo con la Ley estén obligadas a llevar contabilidad"*, presupuesto que también consagra el Código de Comercio respecto de los comerciantes, cuando en el artículo 19, num. 3º, señala que es obligación de los mismos *"Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales"*.

De la normativa contable, se observa claramente que la preparación y presentación de los estados financieros, es responsabilidad de los administradores del ente económico (Art. 19), al paso que de manera clara determina que los mismos deben ser elaborados con fundamento en libros de contabilidad, en los cuales, conforme con la técnica contable, las cuentas deben aparecer totalizadas por lo menos a fin de cada mes, determinando el saldo de las mismas, acompañadas de los comprobantes respectivos (Arts. 123 y 128).

Como puede advertirse de los preceptos invocados, como del contexto del decreto contentivo de las normas, conceptos y cualidades de la información contable (Art. 4º), su aplicación y observancia son responsabilidad de los administradores, aunque el registro de los hechos económicos, como la guarda de los libros y soportes correspondientes, correspondan a otra persona dentro de la organización de la empresa e independientemente del contador público vinculado a la misma, quien en el ejercicio de su profesión, también debe observar los principios que gobiernan la ciencia contable (Ley 43 de 1990).

Con base en los preceptos y argumentos antes expuesto, se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados de la siguiente manera:

1. Con relación a las obligaciones del representante legal, particularmente con la rendición de cuentas y entrega de la información contable (libros, documentos y soportes), una vez se acepte su renuncia o sea retirado del cargo y se designe nuevo administrador, el saliente

no solo debe presentar a consideración del órgano social competente la rendición de las cuentas de su gestión, en la forma y términos señalados en el artículo 45 y siguientes de la Ley 222, sino que además debe hacer entrega de todos los bienes bajo su responsabilidad, lo que sin duda alguna incluye los libros de contabilidad y de actas; comprobantes de las cuentas; soportes de contabilidad y la correspondencia relacionada con la misma, información, documentos y archivos que por disposición legal, deben mantenerse en la forma y términos prescritos en el artículo 60 del C. de Co., en concordancia con el 134 del Decreto 2649/93.

Tal como se infiere del párrafo anterior, las cuentas sobre la gestión que debe presentar el representante legal deben ser aprobadas, pero tal circunstancia no exonera de responsabilidad al administrador ni al contador, asesores o al revisor fiscal que hubieren participado en el mismo. Lo que significa que, no obstante haber sido aprobada su gestión, continuarán respondiendo por los perjuicios que por dolo o culpa hayan causado a la sociedad, a los asociados o terceros, tal como lo prevé el ya citado artículo 24.

En resumen, en principio la responsabilidad del representante legal frente a la sociedad, a los asociados o terceros, termina una vez se cancela el registro de su nombramiento en la Cámara de Comercio, lo cual no impide que con posterioridad pueda ser llamado a responder por las acciones u omisiones durante el desempeño del cargo, que hayan causado perjuicio o que se hayan llevado a cabo en contravención a la ley o a los estatutos. Al tema de la responsabilidad remitirse a la Sentencia C-621 del 29 de julio de 2003, proferida por la Corte Constitucional M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

En ese orden de ideas, queda resuelta la inquietud respecto al alcance de las obligaciones asignadas a los administradores. Solo resta por agregar que la expresión "debidamente cumplidas", no tiene un sentido diferente al literal, es decir, el nuevo representante legal habrá de manifestar su conformidad y aceptación por la forma y términos en que el saliente entrega su cargo, de acuerdo con el procedimiento que cada empresa haya implementado para tales fines.

2. En cuanto al procedimiento para actualizar la contabilidad cuando su antecesor no ha cumplido con tal obligación, pertinente resulta

manifestarle que lo que procede es la elaboración inmediata de los comprobantes de contabilidad, respaldados con los soportes correspondientes que permitan su posterior verificación. Una vez elaborados, debe llevarse a cabo el registro de los hechos económicos en los libros de la compañía (artículo 123 y siguientes del Decreto 2649). Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la normativa contable, como los registros contables deben asentarse, a mas tardar, en el mes siguiente a aquel en el cual las operaciones se hubieren realizado (Art. 56), lo prudente será proceder a la brevedad posible.

En caso contrario, de no ser posible la actualización de la contabilidad, lo procedente será su reconstrucción, conforme lo señala el artículo 135 del Decreto 2649 de 1.993, que dispone que previa la denuncia correspondiente por pérdida, extravío o destrucción de los libros, los registros deben reconstruirse dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia del hecho, tomando como base los comprobantes que reposen en la sociedad; las declaraciones tributarias; los estados financieros depositados en la Cámara de Comercio o que se encuentren en cualquiera de las Entidades del Estado, sector financiero o en poder de terceros. En caso de imposibilidad para la reconstrucción de la totalidad de la misma, el representante legal, el contador público o el revisor fiscal, si lo hubiere, dejarán constancia de tal hecho en el libro correspondiente.

Ahora bien, no obstante que es obligación del comerciante mantener actualizada la información contable, en el evento en que la misma se encuentre en poder del contador y éste manifieste que no la posee o es renuente a entregarla, lo procedente será, previo requerimiento y prueba de la situación, informar tal hecho a la entidad estatal que ejerza inspección, vigilancia o control sobre el ente societario, a la Junta Central de Contadores Públicos, para lo de su competencia, e inclusive adelantar las acciones penales o civiles pertinentes.

3. Con relación a la pregunta en cuanto que si el régimen de obligaciones a cargo del representante legal consagra la responsabilidad objetiva por el incumplimiento de la misma, y en caso negativo, requiere se le informe los medios exceptivos o de defensa legalmente aceptables que el administrador puede exponer, en especial, el tratamiento de la causa extraña y el hecho de terceros

como causal de exoneración para dichos eventos, me permito manifestarle lo siguiente.

Bajo el entendido que la pregunta se dirige a la posible responsabilidad del actual representante, quien no recibió la información contable o la recibió en forma parcial o incompleta, con los elementos jurídicos expuestos, puede concluirse que las personas que se hayan desempeñado como representante legal, revisor fiscal de una compañía o empleado de la misma, deben responder por las irregularidades jurídicas, contables, económicas o administrativas presentadas en la sociedad durante el período en el cual ejercieron sus cargos.

Entonces, lo importante es que los actuales administradores o revisor fiscal, si lo hubiere, depuren la información contable y presenten los informes correspondientes; se adopten los correctivos necesarios y se presenten las salvedades a que haya lugar, sin perjuicio de las acciones penales, administrativas, disciplinarias o civiles que se consideren pertinentes.

En este punto se reitera, la aprobación por parte de la asamblea general de accionistas a los estados financieros y a los informes de gestión anteriores, no exonera de responsabilidad a los administradores, contadores públicos, revisores fiscales, asesores o empleados de la sociedad que los hubieren preparado y presentado (artículo 45 Ibidem).

En resumen, cada persona responde por su período, sin embargo el no presentar los informes correspondientes o las salvedades a los ejercicios contables anteriores, podría generar alguna responsabilidad para los actuales administradores o al revisor fiscal, toda vez que su obligación es denunciar e informar todas las anomalías, irregularidades e inconsistencias encontradas, sin que pueda predicarse responsabilidad solidaria, puesto que ello implicaría perseguir o impetrar acciones contra cualquiera persona indistintamente, sin individualizar sus actos o actuaciones, siendo contrario a derecho (Oficio 220- 73061 de octubre 31 de 2003).

RESPONSABILIDAD DE LOS SUPLENTES DEL REPRESENTANTE LEGAL Y DE LOS MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA.

La consulta se orienta a establecer *"...la responsabilidad de los suplentes del representante legal y de los miembros de la junta directiva que no han ejercido sus respectivas funciones, asumiendo que si bien fueron designados y aceptaron sus respectivos cargos, en la practica nunca los ejercieron".*

En torno al tema formula las siguientes preguntas:

a) ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad de los suplentes del representante legal y de los miembros de la junta directiva?

b) ¿Los suplentes de los administradores son responsables de las actuaciones de la sociedad aún cuando no hayan ejercido los respectivos cargos principales?

En los términos del artículo 22 de la Ley 222/95 son administradores, el representante legal, el liquidador, los miembros de junta directiva y todos aquellos que de acuerdo con los estatutos detenten actividades o desarrollen gestiones administrativas, así no tengan la representación legal de la compañía, entre otros.

Por su parte, el artículo 24 de la citada ley, contiene el régimen especial de responsabilidades aplicable a quienes de acuerdo con el artículo 22 ibidem son administradores, y por tanto son éstos los llamados a responder por los actos o contratos celebrados a nombre de la sociedad que causen perjuicios a ella misma, a los asociados o a terceros vinculados jurídicamente con el ente societario.

De la simple lectura de la normatividad mencionada, se observa que cuando el legislador se refiere a los administradores, representante legal, liquidador o miembros de junta directiva, lo hace de manera general, sin distinguir si su ejercicio es como principal o

suplente, lo que significa que quienes ostenten tal calidad, se encuentran obligados a cumplir con las funciones y deberes establecidas en la ley, observando las pautas de conducta consagrada en el artículo 23 de la misma.

De otra parte, en opinión de esta Superintendencia, la exclusión de los suplentes no fue el querer del legislador, en primer lugar, por cuanto si esa hubiera sido la intención lo habría manifestado expresamente, como sí lo hizo al redactar en el artículo 185 del C. de Co. cuando habilitó a los suplentes para representar acciones diferentes a las propias en las reuniones del máximo órgano social, siempre que no hubieren ejercido el cargo como principales. Por el contrario, el propósito fue comprender a todos los que de acuerdo con el artículo 22 son considerados administradores, pues de no ser así no se hubiera consagrado en el artículo 23 ibidem, los supuestos eximentes de responsabilidad dirigidos solo a "quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten" (subrayado fuera de texto).

En concepto del Despacho, el análisis no solo resulta ajustado a derecho sino lógico pues en la practica empresarial existen actuaciones de quienes ostentan la calidad de suplentes, sin estar en el ejercicio del cargo en reemplazo de los principales, en la que su participación contribuye a la toma de decisiones en desarrollo de las políticas y directrices de la empresa. Es por ello que, llegado el caso, tales administradores no pueden quedar exentos de la aplicación del mencionado régimen de responsabilidad, pues si se prueba su intervención y participación o el simple conocimiento del asunto origen del perjuicio causado y reclamado a la sociedad, sin que haya expresado su inconformidad y oposición, lo hará igualmente responsable y en los mismos términos de quien adopta la decisión. (Oficio 220- 73928 de diciembre 5 de 2000).

LA INHABILIDAD PARA LOS ADMINISTRADORES, CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 185 DEL C. Co., NO SE REFIERE EXCLUSIVAMENTE A LOS ESTADOS FINANCIEROS DE PROPÓSITO GENERAL.

Se pregunta al Despacho si la inhabilidad contemplada en el artículo 185 del Código de Comercio se refiere únicamente a la aprobación de los estados financieros de propósito general.

Al respecto, se hará una somera referencia a la normatividad que ha regulado el tema, así como a la interpretación sobre los alcances de la citada prohibición.

El primer ordenamiento en materia contable fue expedido por el Gobierno Nacional en 1986, Decreto 2160, que reglamentó la contabilidad mercantil y expidió normas de contabilidad generalmente aceptadas. Posteriormente se expide el Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad en Colombia, ordenamiento que recopila y deroga el primero de los citados.

Si bien el decreto derogado contemplaba como estados financieros los básicos y los consolidados (actualmente considerados de propósito general), es solo a través del Decreto 2649/93 que el legislador hace una gran clasificación de los mismos, teniendo en cuenta las características de los usuarios a quienes se dirigen los objetivos que los originan, por ello denominó estados financieros de propósito general, aquellos que se preparan al cierre de un período y se dirigen a personas indeterminadas, básicos -Art. 22- y consolidados -Art. 23-, y estados financieros de propósito especial, los que atienden necesidades especificas, incluyendo en esta categoría los de períodos intermedios, extraordinarios, de inventario, de liquidación, entre otros -Art. 24-.

Téngase en cuenta que el concepto de estado financiero es genérico, por definición legal –Art. 19 Dcto. 2649 ibidem- se entiende como el medio para suministrar información contable a quienes no tienen acceso a los registros del ente económico. Su clasificación, como quedó anotado, obedece a las características del usuario a quien se dirige y al propósito que motiva su elaboración (Art. 20 ib.).

Ahora bien, el ordenamiento comercial, Decreto-ley 410 o nuevo Código de Comercio se expide en 1971, incluyó desde su expedición la prohibición para los administradores de "*votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación*" -artículo 185-, época para la cual, como salta a simple vista, no se había expedido reglamentación alguna relacionada con los principios o normas sobre contabilidad. Es solo a partir de la expedición de la Ley 222 de 1995 que los conceptos contenidos en el Decreto 2649/93, son acogidos en el derecho positivo mercantil, unificándolos con los criterios contables vigentes para la época.

Pese a las fechas en que fueron expedidas las normas objeto de análisis, clasificación de estados financieros –1993- y prohibición a los administradores para *votar los balances y cuentas de fin de ejercicio y cuentas de la liquidación* –1971-, no debe perderse de vista que el legislador desestimó el voto de los administradores, cuando taxativamente estableció la prohibición que en los términos del artículo 185 citado les impide aprobar los balances y cuentas de fin de ejercicio de la compañía. Doctrinariamente se ha considerado que ello obedeció al razonamiento de que nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo, porque pronunciarse sobre estados financieros que ayudó a preparar en ejercicio de sus funciones, es tanto como aprobar su propia gestión, es decir, son el resultado de un mandato o del ejercicio de funciones otorgadas en el contrato social, entratándose de los administradores de que trata el artículo 22 de la ya citada Ley 222. En opinión de este Despacho, no cabe duda de que tal interpretación debe aplicarse a otros estados financieros que, por obvias razones, no se encuentran relacionados en la legislación mercantil vigente.

En resumen, si bien las normas contables regulan distintos tipos de estados financieros, es claro entonces colegir que la inhabilidad

para votar los estados financieros se predica de aquellos que dado el propósito que persiguen, deben ser conocidos y aprobados por el órgano social competente, con las mayorías legales y estatutarias previstas para tal fin.

Entre ellos se destacan, las cuentas y balances de último ejercicio, estados financieros que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 422 concordante con el 445 y 446 del Código de Comercio, deben ser aprobados en las reuniones ordinarias del máximo órgano social. Obligación que también se desprende del texto de los artículos 41 y 46 de la Ley 222 citada.

Las reformas estatutarias tendientes a la escisión, fusión y transformación del ente jurídico, deben acompañarse de estados financieros especiales y aprobarse por el órgano competente -num. 7º, artículo 4 de la Ley 222 ibidem-, presupuesto aplicable al proceso de fusión, por remisión expresa del artículo 11 de la misma obra; mientras que entratándose de una transformación, el órgano social debe aprobar el balance general que servirá de base para determinar el capital de la sociedad transformada -Art.. 170 Código de Comercio-.

Debe observarse que en cualquiera de los eventos anotados, el balance general no podrá ser de fin de ejercicio si la decisión se adopta durante el transcurso del período, entonces aquel será balance general extraordinario, que dentro de la clasificación de los estados financieros corresponde a los de propósito especial – Art.. 24-

Así las cosas, se concluye que la inhabilidad contemplada en el artículo 185 del Código de Comercio, respecto de abstenerse de votar los balances, no solo se refiere a los estados financieros básicos o consolidados, sino aquellos que siendo extraordinarios deben ser conocidos y aprobados por los accionistas o socios reunidos en asamblea general, con el fin de adoptar decisiones que impliquen reforma a los estatutos sociales (Oficio 220- 26145 de junio 21 de 2001)

EFECTOS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA SOCIEDAD. IMPOSIBILIDAD DE LIMITAR LA NEGOCIACIÓN DE ACCIONES.

En cuanto a la posibilidad de que a través de un contrato administrativo se establezca a favor de la entidad pública contratante la facultad de autorizar o negar una negociación de acciones de una sociedad comercial de derecho privado, y si es así mismo viable sancionar con la terminación unilateral del contrato la enajenación de acciones sin visto bueno del contratante, se responde lo siguiente:

Es claro para la Entidad que a través de una cláusula estatutaria no pueden adicionarse requisitos o causales, diferentes a las previstas en la ley, que se dirijan a restringir la libre negociabilidad de las acciones, como lo ha reiterado la doctrina de la Superintendencia de Sociedades. Sin embargo, el escenario que presenta en su consulta es sustancialmente diferente y su regulación ha de buscarse en las previsiones propias sea de los contratos entre particulares o con intervención de una entidad de derecho público.

Lo anterior en el entendido que la cláusula propuesta en el contrato, implica no la imposibilidad de que el socio enajene el porcentaje que quiera de acciones y la consecuente negativa de la sociedad para la inscripción del nuevo titular, sino la terminación de un vínculo jurídico entre un contratista y un contratante. Sanción que es consentida por el contratista al momento de aceptar el vínculo contractual.

Los negocios que realice la compañía no vinculan de suyo a sus asociados, porque si bien es posible estipular a favor de otro (artículo 1506 C.C.), es decir, establecer una cláusula que otorgue un derecho o un privilegio a quien no interviene en el negocio jurídico, esta prerrogativa no se extiende a contraer obligaciones y radicarlas en cabeza de un tercero sin su anuencia (artículo 1502 C.C.).

Los asociados son terceros respecto de los contratos que celebre la sociedad, lo cual implica que la cláusula establecida en el contrato no les obliga. Ahora bien, es posible que la conducta o aún el ejercicio de los derechos de los socios afecte de manera radical las relaciones contractuales, no obstante, aún en este evento el contrato tiene la validez derivada del acuerdo entre las partes (1602 C. C.), y el incumplimiento dará lugar a las sanciones en él establecidas.

En el derecho público por ejemplo se ha radicado en cabeza de autoridades administrativas la posibilidad de implementar medidas para evitar la concentración de la propiedad accionaria, lo que eventualmente explicaría una cláusula de esta naturaleza (Ver Ley 142 de 1994 numeral 73.25).

Si se pactó una autorización previa por parte de la autoridad administrativa para la negociación, fusión o escisión, tal cláusula no implica que la negociación de acciones o las mencionadas reformas estatutarias, supongan para su perfeccionamiento la autorización de la entidad contratante, pues tal requisito no se ajusta a la ley, lo que sí ocasiona es la terminación del contrato, el rompimiento de un vínculo contractual que aunque ajeno a los socios, de manera indirecta los puede afectar a través de la oportunidad perdida para la compañía en la que tienen la inversión.

Desde luego, ante la perspectiva de la pérdida de un negocio importante para la compañía se pueden idear mecanismos que por lo menos prevengan o alerten a la compañía de un negocio que afecte los términos del contrato, consagrando por ejemplo, el derecho de preferencia a favor primero de la sociedad y luego de los socios; y primordialmente informar con detalles a los asociados de la firma del contrato y de las implicaciones que tendrían si los socios en forma voluntaria no integran éste mecanismo al ejercicio de sus derechos; instrumentos que en la medida que tienen que ver con los contratos celebrados por la sociedad como persona jurídica son ajenos a la competencia de esta Entidad.

No está demás señalar, que en todo caso, siempre que un particular estime que existe un vicio que afecta la validez del contrato suscrito

con una entidad estatal podrá acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa con la pretensión de que así la declare y ordene las restituciones o haga las condenas a que hubiere lugar. Tanto para atacar el contrato mismo, como para oponerse a la declaración de terminación, cuando quiera que se estime que las garantías otorgadas al Estado no afectan la calidad del concesionario por la cual fue escogido como su extremo contratante (Oficio 220- 2863 del 1º de febrero de 2002).

ACTAS

ENTREGA DE ACTAS PARA INICIAR ACTUACIONES JUDICIALES.

Con toda atención se refiere el Despacho a la consulta que pretende un pronunciamiento de la Entidad respecto de la obligación legal para el representante legal de entregar a solicitud de un socio copia de actas del máximo órgano social o de la junta directiva, con la finalidad de que las decisiones que ellas contienen sean impugnadas ante la autoridad competente.

Sea lo primero señalar que el artículo 191 del Código de Comercio establece como un derecho reconocido a los administradores, revisores fiscales y socios ausente o disidentes la impugnación de las decisiones cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos. A su vez, corresponde al representante legal velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias así como dar un trato equitativo a todos los socios (Numeral 2 y 6 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995).

Si bien en términos generales no es obligatorio para el representante legal dar copia de los documentos de la compañía. En este caso en particular, se trata de propiciar el ejercicio de un derecho reconocido en la ley y radicado en cabeza de los socios ausente o disidentes, lo anterior, implica para el administrador una obligación consistente en velar por la defensa de los derechos de los asociados suministrando un documento con la finalidad de discutir su legalidad ante los estrados judiciales competentes.

Es cierto que en caso de renuencia del administrador, tal circunstancia podrá afirmarse ante la autoridad judicial, que decidirá oficiar a la compañía para el envío del acta debidamente autorizada. Sin embargo, si la dilación en la entrega del documento ocasiona perjuicios a la sociedad, a terceros o a asociados, es el administrador quien deberá responder solidaria e ilimitadamente por aquellos, pues no puede excusarse en que no es obligatorio la

entrega de documentos cuando el asociado ha advertido que pretende discutir su legalidad en ejercicio de los derechos a él conferidos por la ley. No debe olvidarse además, que eventualmente los perjuicios pueden ser evitados mediante una medida de suspensión provisional de la ejecución de las decisiones.

En consecuencia, en opinión de este Despacho siempre que se trate de discutir ante autoridad competente la autenticidad o legalidad de una acta o la ejecución de las decisiones allí consignadas, es deber del administrador prestar su colaboración para lograr la certeza y la protección de los derechos de los interesados (Oficio 220- 5552 de febrero 20 de 2002).

ACTAS Y RECONSTRUCCIÓN DEL LIBRO.

De los procedimientos viables para poner en orden los libros de comercio de una sociedad particularmente los de registro de actas, y así cumplir con los deberes legales del comerciante.

Cuando una persona adquiere la calidad de comerciante, en forma automática contrae además de derechos, obligaciones, una de las cuales se encuentra expresamente señalada por el artículo 19 del Estatuto Mercantil, que en concordancia con el artículo 48 de la misma obra, exige conformar y registra entre otros, los libros que ostentan la calidad de obligatorios, los que además deben ser llenados conforme a las disposiciones a que ese estatuto refiere y aquellas concomitantes, en orden de mantener una adecuada información de la sociedad.

Respecto al tema de actas, la ley las considera documentos a través de los cuales el órgano rector o cualquier cuerpo colegiado, de manera clara, completa y fidedigna, deja constancia de sus decisiones. Por ello, el legislador, consciente de su valor probatorio, además de la exigencia de registrar ante la cámara de comercio aquellas expresamente señaladas en orden a que surtan sus efectos frente a terceros, ha buscado la protección de la exactitud de los hechos en ellas contenidos, razón por la cual las rodeó de garantías adicionales como por ejemplo la de hacer constar en el libro correspondiente que aquellas sean firmadas por las personas que ofician como presidente y secretario en las respectivas reuniones. Al mismo tiempo indicar el medio, la antelación de convocatoria, los asistentes y los votos emitidos en cada caso (artículos 189 y 431 del Código de Comercio), y señalar en cada acta el nombre del órgano, identificando cada una con numeración sucesiva y continua (artículos 131 del Decreto 2649 de 1993 y 195 del C de Co).

Así, en el caso de omisiones la ley establece que cuando se hayan pasado en forma inadvertida datos exigidos en la misma ley o en los estatutos de la sociedad, las personas que en su momento actuaron como presidente y secretario, a través de actas adicionales

pueden suplir las mismas, circunstancia que no se predica cuando de aclarar o hacer constar decisiones de los órganos se trata, pues en tal evento necesariamente se requiere, amén de actuar como ya se dijo, que su contenido sea aprobado por el respectivo órgano o por las personas que este designó para el efecto.

Ahora, si de lo que se trata es de corregir errores por trascripción, simplemente se hace una anotación al pie de la página correspondiente o se utiliza cualquier otro medio de reconocido valor técnico que permita constatar esa subsanación; pero en caso contrario, estos es, si se deben anular algunos folios, simplemente la persona que lo realiza debe hacer la anotación del por qué aquella se realizó, además de su plena identificación.

No sobra agregar que conforme a lineamientos del Código de Procedimiento Civil, las actas se consideran documentos privados que poseen fuerza probatoria en lo que a su autenticidad se refiere. Por tal razón, el libro de actas, como cualquier otro de su estirpe, ostenta su ánimo demostrativo en la medida que se diga auténtico, pues la exigencia no tiene otra finalidad, como siempre, que la de establecer certeramente el contenido del documento (Art.. 252 ibidem), presunción que como es obvio admite prueba en contrario, pues su autenticidad se encuentra dada por la materia que comprende, el autor y el contenido.

Por último, en caso de pérdida total por cualquier circunstancia, se debe colocar el denuncio correspondiente, y dentro de los seis (6) meses siguientes a la situación descrita, hacer acopio de los informes o demás documentos o copias que obren en manos de terceros, en cuyo caso se debe indicar el motivo de la reposición. Igualmente si a ésta hay lugar, no por pérdida del libro, si no por que se ha omitido, el asiento de las correspondientes actas en el mismo oportunamente, no se tratará de reposición, sino de adecuación o reconstrucción del libro, debiéndose en tal caso apelar a la copia de las actas que abren en los archivos de la compañía así:

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

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

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

En lo que atañe al libro de accionistas, el Decreto 2649 (Art.. 130) en correspondencia con los artículos 195 y 361 del Código de Comercio, ordena a las sociedades anónimas llevar un libro de accionistas debidamente registrado, en el cual se debe anotar los datos contenidos en una acción junto con cualquier movimiento que sobre la misma se realice, para lo cual se debe primeramente aquel soportar en los libros auxiliares, y al final del año calendario llevar a cabo su consolidación, pues es necesario su control respecto de las personas que figuran como accionistas.

Por esto, y tal como se indicó cuando se trató lo referente a las actas, se debe hacer un llamado, de ser necesario, a quienes sean los accionistas de la sociedad, al ser ellos quienes tienen en su poder el título de la correspondiente acción.

Por último, no hay que pasar por alto el hecho que dentro de las obligaciones radicadas en cabeza de los administradores y del revisor fiscal se encuentran precisamente la de actuar conforme a las disposiciones legales, entre las cuales se encuentra precisamente la de llevar los libros de la sociedad de acuerdo a lo por ellas señalado, so pena de faltar a los deberes que su cargo ostenta con las consabidas sanciones que tal falta genere (Oficio 220- 61660 de septiembre 20 de 2000).

FIRMA DEL PRESIDENTE Y DEL SECRETARIO EN LAS ACTAS.

Qué ocurre en los casos en que las actas de juntas de socios no se encuentren firmadas conforme a lo establecido por el artículo 189 del Código de Comercio, por Presidente y Secretario, pues el máximo órgano social no efectuó tales designaciones en la reunión respectiva?.

El legislador en el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, clasificó los documentos en públicos y privados y definió como documento público aquél que es *«...otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública».* En cuanto a los documentos privados, se limitó a observar que dentro de ésta categoría se encuentran los que no reúnen los requisitos para ser documento público.

A su vez, previó la autenticidad de los documentos públicos, salvo que mediante tacha de falsedad se compruebe lo contrario; no así respecto de los documentos privados, frente a los cuales previó dos grandes sistemas para establecer su autenticidad: El reconocimiento y la presunción de autenticidad , en los eventos taxativamente enumerados en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil .

En efecto, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, dispone: «se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, y los demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción»; a su vez, el artículo 49 del Código de Comercio establece: «Para los efectos legales cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos .»

A su vez, el artículo 195 del Código de Comercio, establece: «la sociedad llevará un libro, debidamente registrado, en el que se anotarán por orden cronológico las actas de las reuniones de la asamblea o de la junta de socios. Estas serán firmadas por el presidente o quien haga sus veces y el secretario de la asamblea o de la junta de socios.»

De otra parte, el Código de Comercio en su artículo 189, señala que *«Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por la misma, o por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse, además, la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso. La copia de estas actas, autorizada por el secretario o por algún representante de la sociedad, será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas. A su vez a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas»*, precepto que reitera el artículo 431 ibidem, cuando señala *«lo ocurrido en las reuniones de la asamblea se hará constar en el libro de actas. Estas se firmarán por el presidente de la asamblea y su secretario, o en su defecto, por el revisor fiscal»*.

Del análisis de las normas anteriormente citadas, se desprende lo siguiente:

1. En los casos en que el presidente y el secretario de la reunión, no se hubieren designado estatutariamente, le corresponde al máximo órgano social al tiempo de la reunión nombrar las personas que han de actuar en tal condición.

2. La firma del presidente y del secretario, conforme a lo previsto por el artículo 431 del Código de Comercio puede suplirse con la firma del Revisor Fiscal, previsión legal, que aplica solo para las sociedades por acciones, pero que se hace extensiva a aquellas que por virtud de lo dispuesto por el parágrafo 2 del artículo 13 de la ley 43 de 1990, tengan a 31 de diciembre activos brutos equivalentes a cinco mil salarios mínimos y/o cuyos ingresos brutos sean o

excedan al equivalente a tres mil salarios mínimos, y general a sociedades que cuentan con revisoría fiscal.

Ahora bien, los referidos preceptos legales, todos de carácter especial, fueron concebidos para dotar las relaciones económicas que este ordenamiento regula, de una mayor movilidad, practicidad y seguridad, en aras a facilitar la realización de la actividad mercantil.

En este sentido, el legislador presume la autenticidad de los libros de comercio registrados y llevados en legal forma, presupuesto que en torno al valor probatorio de las actas, debe concretarse necesariamente en establecer con certeza que el documento elaborado corresponde a la voluntad social, expresada por el máximo órgano social, circunstancia que de suyo implica el cumplimiento de unos requisitos de forma, los que en este caso coinciden con los previstos en los artículos 189 y 431 del Código de Comercio.

Así pues, de la previsión contenida en el artículo 189 ibidem, se desprende que la intención del legislador fue la de conferirle el carácter de prueba suficiente a las copias de las actas que cumplan con la totalidad de las formalidades legales con la sola exigencia de la autorización que de ellas emita *«el secretario o algún representante de la sociedad»*, presupuesto del que se deriva que resulta innecesaria la presentación del libro de actas para verificar su correspondencia con el acta original.

De acuerdo con lo expresado, los documentos que carecen de la firma del presidente y secretario de la reunión o en su defecto del revisor fiscal, no tiene el carácter de actas del máximo órgano social y por tanto, no pueden ser esgrimidas como tales (Oficio 220- 08106 de marzo 4 de 2000).

APORTES

APORTE DE CONTRATOS.

El Despacho procede a pronunciarse acerca de si los contratos de obra pública pueden ser considerados como aportes en especie a una sociedad anónima, y si para ello basta la protocolización de la correspondiente escritura o existe algún requisito adicional para ello, fuera de la autorización que debe dar la entidad contratante en los términos del artículo 1960 del C. C.

Previo a resolver, se impone para este Despacho hacer previamente diferencia entre los contratos de obra pública a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y los contratos, que sin distingos, hace el Código de Comercio cuando de su aporte se trata, que para el caso en cuestión bien puede ser el de obras inmateriales o aquellos en los que predomina la inteligencia sobre la mano de obra.

El Estatuto Mercantil, al referirse al tema del capital social de las sociedades, discrimina los aportes en especie del de los contratos. En efecto, con relación al primero, los artículos 126 y 127 señalan que aquellos pueden hacerse por el género[1] y cantidad[2], con estimación de su valor comercial de forma determinada, en donde la obligación del aporte se rige por las disposiciones del Código Civil (Arts 1565 y subsiguientes). Y si la participación llega a ser de cuerpo cierto, la pérdida fortuita de la cosa debida entrega al aportante el derecho para que la sustituya en dinero por el valor previamente estimado o, se retire de la sociedad, salvo que su explotación constituya el objeto social, pues en tal evento debe la compañía disolverse si los socios no convienen en cambiarlo.

Respecto de la aportación de contratos, el artículo 131 de la codificación mercantil permite que se haga su cesión, sin que implique para el aportante su desprendimiento de las obligaciones que le asisten, salvo estipulación en contrario.

Al tema específico de la cesión de los contratos mercantiles, debe anotarse que el artículo 887 del Código de Comercio establece

1 En lenguaje jurídico se llama género aquella cosa que se determina por la clase a que pertenece, ejemplo un caballo,

2 El término significa ordinariamente cosas determinadas de clase determinada que se designa por su número, peso o medida.

que si son de ejecución periódica o sucesiva, cada una de las partes puede hacerse sustituir por un tercero, bien en la totalidad o parte de las relaciones que del mismo se derivan, aún sin mediar aceptación del contratante cedido en forma expresa, siempre que por ley o estipulación de las partes no se haya limitado o prohibido dicha sustitución.

Agrega la norma que la sustitución puede hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea aún cuando no se hayan cumplido en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en tales casos es necesaria la aceptación del contrato cedido, cuya extensión implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los fundados en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes.

En materia de contratación pública, el de obras públicas es un contrato de tracto sucesivo, recae sobre bienes inmuebles en estricto sentido, y de colaboración que conlleva el factor *intuitu personae* al ser adjudicado en razón de la persona, por lo cual se requiere, en los eventos de cesión, la autorización expresa y previa de la entidad estatal del respectivo negocio jurídico entre el contratista y el tercero, para lo cual se debe asimismo tener en cuenta que no puede cambiar su naturaleza, o hacerlo más oneroso, o en general modificar su objeto.

Hecha la aclaración que antecede, y bajo el supuesto que el contrato a que refiere es de tracto sucesivo, sí es posible su aportación a la sociedad, solo que no sería aporte en especie como lo preceptúa el artículo 126 del Código de Comercio, sino de contratos en los términos del artículo 131 ibidem. Del mismo modo debe estipularse en la cesión si el aportante responde en forma subsidiaria o si a contrario sensu se compromete con la sociedad en forma solidaria, pues al no estipularse se obliga al aportante a que responda en forma directa y personal del cumplimiento del contrato que cede como aporte, pues debe recordarse que en los negocios mercantiles fueren varios los deudores, se presumirá que responden solidariamente.

Del mismo modo, y como quiera que aviene al tema, el profesor Pérez Vives[3] expresa, *"La cesión del contrato prevista en el artículo 887 del Código de Comercio vigente es aplicable al caso, pues la parte contratante con el Estado es comerciante y el contrato de cesión se rige por el artículo 22 del Código de Comercio, el que dice: Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial. A su turno, el artículo 20 numeral 15 del Código de Comercio declaró mercantiles las empresas de obras o construcciones, entre otras. Luego el contratante con la nación, aunque sea persona natural, es comerciante, porque empresa no es lo mismo que sociedad, ya que atender el artículo 25, ibidem* (sic), *se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración, o custodia de bienes, o para la prestación de servicios... lo que puede ser hecho por una persona natural o jurídica .*

(...)

Por lo tanto, el contratante en consorcio jurídico con la nación puede cumplir la totalidad o parte del contrato incumplido por su codeudor solidario, sin que sea óbice para ello la prohibición de ceder el contrato entre cocontratantes en consorcio".

En concordancia con la doctrina que precede, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 8º del Decreto 679 de 1994, disponen que los contratos que celebran las entidades a que se refiere el artículo 2º de la ley de contratación estatal se rigen por las leyes civiles y comerciales, salvo las materias que especialmente regulan la misma, y en las materias no reglamentadas se aplica la legislación mercantil cuando el contrato tenga tal carácter de acuerdo a los artículos 20,21 y 22 del Código de Comercio.

Por último, y como quiera que el capital de la sociedad tendrá variación con el aporte que se realiza, tal aporte se verá reflejado en la composición accionaria, a la par que debe hacerse la anotación del nuevo accionista en el libro correspondiente (Oficio 220- 23807 de mayo 21 de 2002).

[3] PÉREZ VIVES, Álvaro. De los contratos de la administración. Generalidades, Tomo I, Bogotá 1984.

APORTES A UNA SOCIEDAD POR MENORES DE EDAD.

Si bien el artículo 103 del Estatuto Mercantil, modificado por el artículo 2º de la Ley 222 de 1995, prohíbe la participación de los incapaces como socios en las sociedades colectivas o como gestores en la sociedad en comandita, no es menos cierto que aquella esta permitida cuando se trate de ser socio de cualquiera de los otros tipos sociales, bastando de acuerdo con la ley, que actúen a través de sus representantes o mediando su autorización, según el caso.

En lo que respecta al aporte, si el mismo es de derechos reales sobre inmuebles, la exigencia única que hace la norma se circunscribe al cumplimiento del registro en los términos señalados por el Código Civil, esto es proceder a su inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos donde se encuentre ubicado el bien (artículo 111 C. de Co.

En este estado las cosas, se concluye que no es dable la exigencia de licencia judicial para proceder a correr la escritura o hacer su registro, pues tal situación entraña un requisito no previsto por la ley, olvidándose el artículo 27 de la legislación civil, según el cual cuando el sentido literal de una ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu.

Como dijo Ballot Beaupré, *la Ley tiene un carácter imperativo cuando su texto es claro y preciso, cuando no presenta equivoco alguno en su interpretación».* (Oficio 220- 17933 de mayo 3 de 2001).

APOSTILLA

CONVENCIÓN DE LA HAYA Y SUS EFECTOS RESPECTO DE LA LEGALIZACIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de la Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros suscritos en la Haya en 1961, la cual fuera ratificada mediante la Ley 455 de 1998, los estados contratantes eximen de legalización los documentos a los que se aplica, cuando los mismos deban ser presentados en su territorio. Para el efecto el único trámite que podrá exigirse para certificar la autenticidad de la firma, a qué titulo ha actuado la persona que lo firma, y cuando proceda, la indicación sello o estampilla que llevare, es la adición del certificado descrito en el artículo 4, expedido por la autoridad competente del Estado de donde aquél emana.

El referido certificado descrito en el artículo 4 de la Convención lleva por título «APOSTILLE (Convention de la Haye du 5 octubre 1961)» y debe ser colocado en el documento mismo o en un «otro si», de acuerdo con el modelo inserto en la convención, el que podrá ser redactado en el idioma oficial de la entidad de la autoridad que lo expide, como también en un segundo idioma.

Mediante Resolución número 0267 del 30 de enero de 2000, en desarrollo del artículo 6 de la Convención, se designó como autoridad competente para expedir la certificación de la Apostilla al Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la oficina de legalizaciones; y la misma Resolución previa la consideración de que la Convención fue declarada exequible por la Corte Constitucional y al hecho de la adhesión de Colombia al Tratado efectuada el día 27 de abril de 2000, dispuso que la misma entraría en vigencia a partir del 30 de enero del año 2001, fecha que coincide con la de expedición de la citada resolución.

Mediante Circular Instructiva del 26 de enero de 2001, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia manifestó con fundamento en el artículo 2 de la Convención, la supresión de la exigencia de legalización Diplomática o Consular para los documentos Públicos que han sido ejecutados en el territorio de un Estado parte y que deben ser presentados en el territorio de otro Estado parte. Señaló que de acuerdo con la Convención, por legalización debe entenderse el trámite mediante el cual los Agentes Diplomáticos o Consulares del país donde el documento ha de ser presentado certifican la autenticidad de la firma y a qué titulo ha actuado la persona que firma el documento, y cuando proceda, la indicación o sello que lleve el documento.

A su turno la referida circular dispuso que de acuerdo con el convenio, los documentos públicos provenientes de los Estados parte y contemplados en la Convención no requieren de la autenticación Consular ni de la posterior legalización por parte del Ministerio de Relaciones al entrar en vigencia el convenio y por lo tanto deben ser admitidos tan solo con el sello de APOSTILLE, colocado por la autoridad competente designada por el país que produjo el documento; transcribe la enumeración de los documentos que la convención declaró como públicos y de los que el convenio exceptuó de su aplicación, que corresponden a los expedidos por los agentes diplomáticos o consulares y a los documentos administrativos que se ocupen directamente de operaciones comerciales o aduaneras.

Efectuadas las consideraciones que anteceden podemos concluir:

I. Los documentos notariales expedidos en el exterior (poderes y escrituras públicas), están expresamente cobijados por la convención, de tal manera que respecto de ellos rige la Apostilla, suscrita por la autoridad que en el exterior se designe para el efecto; por tanto las formalidades posteriores como la legalización diplomática o consular y su legalización por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores, no es aplicable.

Sin embargo, cuando los documentos notariales conciernan a actos propios de personas jurídicas, respecto de las cuales deba acreditarse su existencia legal, la apostilla suplirá la exigencia del artículo 480 del Código de Comercio, en la medida en que el mismo

otario certifique sobre la existencia y ejercicio del objeto social
or parte de la sociedad.

El tratado se aplica a documentos públicos que han sido
ecutados en el territorio de un estado contratante y que debe ser
xhibido en el territorio de otro estado contratante. Por tanto, la
aturaleza del documento es determinante para establecer la
olicabilidad del Tratado; en tal sentido, un acto o contrato suscrito
n el exterior como el documento de fundación de la sociedad
xtranjera, los estatutos o la Resolución de incorporación no están
obijados por el régimen previsto en la convención de la Haya y por
nto deben sujetarse al trámite de legalización efectuado por el
gente diplomático o consular, firma que debe someterse a su
galización posterior por parte del Ministerio de Relaciones
xteriores.

sí pues, respecto de los documentos señalados, la autenticación
fectuada por los funcionarios competentes, lo será a su vez por la
el Cónsul colombiano o a falta de éste, por el de una nación amiga,
uien a su vez certificará que la sociedad existe y ejerce su objeto
ocial, conforme a las leyes del respectivo país, tal y como lo dispone
artículo 480 del Código de Comercio.

Acorde con lo expresado, el cónsul conserva la autoridad que le
siste para certificar respecto de la existencia y el ejercicio del objeto
ocial por parte de una sociedad que pretende incorporarse al país
través de una sucursal, constancia que no puede expedir la
utoridad que Apostilla, pues ésta se limita a dar fe sobre la
utenticidad de la firma, sobre si quien lo hace tiene la condición
ue expresa el acto y eventualmente, la indicación del sello o
stampilla que llevare.

o anterior, sin perjuicio de que los documentos apostillados
ubieren sido proferidos por una autoridad pública y ésta dejado
onstancia de que la sociedad existe y ejerce su objeto social
onforme a las leyes de su país, caso en el cual resulta innecesaria
certificación de que trata el precitado artículo. (Oficio 220- 9774
e marzo 21 de 2001).

ASOCIADOS

LA CALIDAD DE SOCIO O ACCIONISTA NO ES INCOMPATIBLE CON LA DE CONTADOR PÚBLICO.

Sobre el particular, merece destacarse que no existe en la Ley 43 de 1990 y en el Código de Comercio, norma expresa que prohíba a una persona que, además de socia se desempeñe como contadora de la compañía de la cual forma parte, es decir, no hay inhabilidad o incompatibilidad legal al respecto como si lo hace la normatividad mercantil cuando del revisor fiscal se trata.

En efecto, el numeral primero del artículo 205 del C de Co, expresamente prohíbe a la persona ejercer el cargo de revisor fiscal en una empresa de la cual es asociado y de sus subordinadas, inclusive en éstas, a quienes sean asociados o empleados de la sociedad matriz.

No obstante lo anterior, se puede llegar a presentar una problemática concentrada en la existencia de un conflicto de intereses al confundirse los extremos, habida consideración que la actividad a desplegar por el contador se movería no en el campo de lo jurídico, aun cuando puede llegar a serlo, sino de lo ético, máxime si se tiene en cuenta que además del deber de obrar correctamente, el Estado de Derecho es aquel en el que los comportamientos, tanto de los particulares como el de los poderes públicos, se ordenan y orientan por unas normas preestablecidas, dadas en legítima forma y enderezadas a la consecución de unos valores requeridos por la comunidad, la cual ordena el acatamiento al ordenamiento jurídico imperante.

En este sentido, y siguiendo la Ley 43, el contador se encuentra obligado a observar los principios básicos de la ética profesional al dar fe pública de hechos propios del ámbito de su profesión, por lo que al no poder desligarse de las condiciones ya referidas, cuestión difícil por cierto, puede llegar a causar traumatismos a la sociedad pues algunos principios propios de su profesión como los de

independencia, imparcialidad, confianza y confidencialidad se verían afectados.

El de independencia, en la medida en que el interés de socio y contador se confundirían al no tener libertad mental en relación con su trabajo; el de imparcialidad si se tiene en cuenta que su obrar no debe perjudicar los asuntos puestos a su consideración; el de confianza, que se puede ver comprometida cuando se objete, por ejemplo, por cualquier socio los estados financieros, y el de confidencialidad al encontrase obligado a mantener en reserva todo aquello conocido en el ejercicio de la profesión.

Se advierte entonces con facilidad, que la probidad de la persona que oficia como socio y contador, se podría ver comprometida ante la posibilidad de ver entorpecido el desarrollo y la buena marcha de la gestión que realiza como profesional de la contaduría pública, y del mismo modo el curso de la sociedad. (Oficio 220- 59014 de noviembre 25 de 2002).

BONOS

NO ES POSIBLE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD CON APORTES DE BONOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 752 del Código de Comercio *"Los bonos son títulos-valores* ***que incorporan una parte alícuota de un crédito colectivo*** *constituido a cargo de una sociedad o entidad".*

De la norma transcrita se desprende que por la naturaleza del derecho que incorpora, que es de contenido crediticio, la emisión del BONO PRESUPONE la existencia de una persona jurídica o entidad que pueda estar a cargo del respectivo crédito.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta de conformidad con lo previsto por el artículo 98 del Código de Comercio "Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan **a hacer un aporte en dinero**, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero (se destaca) con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social."

En concordancia con lo anterior el artículo 110 ibidem, ordinal 5º establece que en la escritura de constitución debe expresarse "*El capital social, la parte del mismo que se suscribe y* ***la que se paga por cada asociado en el acto de constitución".***

La primera de las normas citadas que enuncia los elementos esenciales de la sociedad, incorpora el aporte de los socios como uno de ellos al establecer la obligación que adquieren los participantes de hacer un aporte en las anotadas circunstancias. Por su parte el ordinal 5º ibidem, incluye como una de las expresiones obligatorias señalar el capital social.

Deliberadamente y en forma por demás expresa, se ocupa el legislador de establecer la obligatoriedad del aporte en dinero industria o en bienes susceptibles de ser valorados en dinero,

teniendo en cuenta, entre otras cosas, que la sociedad mercantil se constituye, en principio, para generar utilidades para sus asociados lo cual presupone que preceda un aporte que permita el ejercicio de la actividad social y que a su turno se convierta en la garantía que requieren los acreedores de sus créditos.

Así mismo, con sujeción a la naturaleza jurídica de cada una de las especies societarias consagradas en la ley colombiana a saber: la sociedad colectiva artículo 294 del Código de Comercio y siguientes; sociedades en comandita simple y en comandita por acciones, artículo 323 y siguientes del Código citado; la sociedad de responsabilidad limitada, artículos 353 y siguientes ibidem; y, la sociedad anónima, artículo 373 y siguientes ibidem; el legislador se ocupa de establecer características bien definidas para la integración del capital de cada una de ellas.

Respecto de la sociedad anónima se ocupa el artículo 373 del Código de Comercio que en forma imperativa dispone que la sociedad anónima *"se formará* ***por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas*** *responsables hasta el monto de sus respectivos aportes".*

El artículo 375 ibidem establece que el capital de la sociedad anónima se dividirá en acciones de igual valor que se representarán en títulos negociables.

El artículo 376 ibidem a su turno señala *"Al constituirse la sociedad anónima deberá suscribirse no menos del cincuenta por ciento del capital autorizado* ***y pagarse no menos de la tercera parte del valor de cada acción de capital que se suscriba"***. En armonía con el anterior, el artículo 384 ibidem que define el contrato de suscripción de acciones, en su inciso segundo, estatuye que *"No podrá pactarse estipulación alguna que origine una disminución del capital suscrito o pagado"*. En su orden el artículo 387 ibidem dice que *"Cuando en el reglamento (se refiere al de colocación de acciones) prevea la cancelación por cuotas, al momento de la suscripción se cubrirá, por lo menos, la tercera parte del valor de cada acción. El plazo para el pago total de las cuotas pendientes no excederá de un año contado desde la fecha de la suscripción".*

En cuanto a la sociedad en comandita por acciones establece que su capital estará representado en títulos de igual valor y que al constituirse la sociedad debe suscribirse por lo menos la mitad del capital autorizado y pagarse no menos la tercera parte del valor de cada acción, haciendo remisión expresa al capital de la anónima para los asuntos no regulados en las normas especiales. De tales normas puede deducirse al igual que de la anterior, la obligación de hacer un aporte a la sociedad y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales debe llevarse a cabo (artículos 344, 345 y 347 ibidem).

De las normas citadas así como de los apartes transcritos se desprende que el capital de las sociedades mercantiles sea cual fuere su especie, se debe integrar con los aportes en dinero o en otros bienes apreciables en dinero, que hagan los asociados en los términos que señale el legislador, lo cual de suyo elimina la posibilidad de que se constituya una sociedad cuyo capital este dividido en partes alícuotas distintas a la estatuidas por el legislador y mucho menos por títulos de crédito.

Resumiendo lo anteriormente expuesto tenemos:

1).-) No es jurídicamente posible constituir una sociedad cuyo capital esté integrado por **BONOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES.**

2.-) Para emitir **BONOS OBLIGATORIAMENTE CONVERTIBLES EN ACCIONES BOCEAS,** necesariamente debe preexistir una sociedad por acciones que en los términos señalados por el Decreto 1026 de 1992, reglamente la respectiva emisión.

3.-) Las sociedades por acciones pueden adoptar una de las dos especies consagradas en el Código de Comercio que son, la sociedad anónima regulada por los artículos 373 y siguientes del Código de Comercio y la sociedad en comandita por acciones que se rige por los artículos 323 y siguientes ibidem.

4.-) Lo relativo a emisión y colocación privada de bonos obligatoriamente convertibles en acciones está regulado en su integridad por el Decreto 1026 de 1992. (Oficio 220- 13808 de febrero 27 de 2003).

COMPETENCIA

...TECA

OMPETENCIA DE LA UPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y RANSPORTE.

consulta si con ocasión de la reciente jurisprudencia del Consejo Estado, según la cual todas las actuaciones relativas a la pección, vigilancia y control de las empresas destinadas al sporte, deben ser conocidas por la Superintendencia de Puertos ransporte, es viable entender que el mismo tratamiento debe rse frente a los aspectos societarios de las sociedades rtuarias, y en especial si las autorizaciones para fusiones, cisiones y disminuciones de capital de las sociedades eradoras de puertos deben ser otorgadas por dicha perintendencia, o si tales funciones continúan radicadas en la perintendencia de Sociedades.

niendo en cuenta que mediante el Decreto 101 del 2 de febrero 2000, se modificó la estructura del Ministerio de Transporte, se legaron las funciones de inspección, vigilancia y control que el meral 22 del articulo 189 de la C. P. atribuyen al Presidente de la publica, en la Superintendencia General de Puertos, cuya nominación se modificó por la de Superintendencia de Puertos y ansporte. A ésta se le otorgaron las atribuciones de inspección, ilancia y control, entre otros, sobre las sociedades con o sin ánimo lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que esten el servicio público de transporte; así como sobre los eradores portuarios (artículo 42); la disposición referida, dio gen a que la aludida Superintendencia suscitara un conflicto de mpetencias, el cual fue dirimido por el Honorable Consejo de tado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, según ovidencia de fecha 25 de septiembre de 2001.

entro del ejercicio de las funciones presidenciales delegadas de las otorgadas en virtud de la ley, las superintendencias en lombia pueden, de manera integral, o en la medida que el gislador determine, examinar y comprobar la transparencia en

el manejo de las distintas operaciones y actividades que desarrollan en cumplimiento de su objeto social, las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control. Por esta razón, la ley las ha dotado de instrumentos y de las atribuciones necesarias para el mantenimiento no solo del orden jurídico, técnico, contable y económico de la entidad vigilada sino también de aquellos asuntos administrativos o que tengan que ver con la formación y funcionamiento de tal entidad, inherentes ellos al servicio público que presta y que en una u otra forma lleguen a afectarlo..."

"Es claro entonces, que la Superintendencia de Sociedades ejerce vigilancia respecto de las sociedades comerciales, en los términos de la ley 222 de 1995, siempre que tales atribuciones o facultades no hayan sido asignadas de manera expresa a otra superintendencia y siempre que no se trate de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria o la Superintendencia de Valores. Lo relacionado con asignación expresa de funciones a otra Superintendencia exige, simplemente, que no pueda hablarse de delegación o asignación táctica. Pero esto no significa reproducción de idénticas funciones en otra norma de derecho positivo o reproducción a la letra de las mismas. Lo importante en estos casos, es que la otra superintendencia ejerza, por supuesto, siempre, de acuerdo con la ley, de manera efectiva e integral esas atribuciones de inspección, control y vigilancia sobre la sociedad respectiva mediante delegación precisa y concreta sin que sea posible deducirlas o situarlas en cabeza de la entidad correspondiente por interpretaciones o hipótesis, por aproximadas que parezcan. Deben haber sido las atribuciones o funciones otorgadas o delegadas, repite la Sala, eso sí, en concreto y de manera expresa. Pero ello no puede llevar a la conclusión de reproducción exacta de las disposiciones, en este caso integralmente y a la letra de los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995, en otras normas o disposiciones legales".

"Estima la Sala en este punto que conviene advertir que precisamente la norma del artículo 228 de la Ley 222, así como las que más adelante se señalan y se transcriben, relacionadas con las atribuciones de la Supersociedades y la Supertransporte, son las que permiten afirmar que la voluntad del legislador es la

de evitar fraccionamientos o duplicidad en el ejercicio de esas atribuciones por las diferentes superintendencias, así como impedir que entre estas se presenten casos de vigilancia concurrente sobre determinadas situaciones fácticas o jurídicas que presenten las sociedades sometidas a los controles estatales. Y la intención del legislador se observa con claridad cuando con las normas citadas se asignan o delegan expresamente funciones a una u otra superintendencia o se atribuye a cada una de ellas responsabilidad en relación con determinadas sociedades o personas o con los diferentes aspectos de la prestación de los servicios públicos cuya función de vigilancia corresponde al Presidente de la República."

"Cree la sala que estos son sanos criterios de interpretación cuando se estudian casos de definición de competencias administrativas. No puede suponerse y menos en el caso que se examina que las herramientas puestas en manos de una u otra superintendencia llevan a duplicidad de funciones o a decisiones contrarias entre las superintendencias o a estudio o tratamientos diferentes de las situaciones de los entes prestadores del servicio público.

"Si bien el legislador puede atribuir a una superintendencia algunas funciones de inspección, vigilancia y control y otras, a otra superintendencia, así como el Presidente de la República delegarlas así, respecto de sociedades o personas que prestan un mismo servicio público, es lo importante y lo que debe examinarse al definir competencias administrativas que la asignación expresa de funciones y la claridad de cualquier delegación de las mismas, permita un preciso deslinde de las labores que a los organismos de control y vigilancia corresponden sobre los servicios públicos y las personas que los prestan. Esto es lo que observa la Sala que se presenta, en el caso del control integral que le ha sido atribuido a la Superintendencia de Puertos y Transporte en relación con el servicio público de transporte y con las personas o sociedades que lo prestan, ..."

(..)

"Después de una interpretación sistemática y armónica de las normas citadas en los párrafos que anteceden, se advierte en este

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

caso que la Superintendencia de Puertos y Transporte, que tiene atribuciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten el servicio público de transporte, tiene tales atribuciones (...), de manera general e integral, es decir, tanto en el ámbito objetivo que se relaciona con la prestación del servicio público, como en el subjetivo, relacionado con aspectos societarios o exclusivamente relacionados con la persona encargada de prestar el servicio».

En este orden de ideas, se ha concluido que según los términos del referido fallo la inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia de Puertos y Transporte es integral y por tanto a ella le compete el ejercicio de todas las funciones previstas en la Ley 222 de 1995, respecto de los sujetos que determina el artículo 42 del Decreto 101 de 2000, entre ellos los operadores portuarios. En relación con éstos ha de precisarse que de conformidad con el artículo 1 de la Ley 01 de 1991, en armonía con el artículo 5.9 del Estatuto de Puertos, tiene el carácter de operador portuario *"la empresa que presta servicios en los puertos, directamente relacionados con la entidad portuaria, tales como cargue y descargue, almacenamiento, practicaje, remolque, estiba y desestiba, manejo terrestre o porteo de la carga, dragado, clasificación, reconocimiento y usería"*. De ahí que no tienen esa condición, ni por tanto son sujetos de la vigilancia que ejerce la Superintendencia de Puertos y Transporte, las compañías "*que enmarcadas en el ejercicio de sus propias y privadas actividades y en desarrollo de su objeto social operan un puerto sin que sea su actividad esencial*" (Of. 100-27201 de jun 27 de 2001), las cuales serán vigiladas por esta Superintendencia, en la medida en que de ellas se predique alguna de las causales de vigilancia contempladas en el Decreto 3100 de 1997. (Oficio 220-009344 de marzo 8 de 2002).

NSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS Y OPERADORAS DE TERMINALES DE TRANSPORTE TERRESTRE.

a consulta se circunscribe a determinar si las funciones de nspección, vigilancia y control sobre las sociedades dministradores de terminales de transporte terrestre, son ompetencia de la Superintendencia de Sociedades o, por el ontrario, de la Superintendencia de Puertos y Transporte.

ara los fines de la consulta, resulta pertinente traer a colación gunas disposiciones de orden legal, que permitirán hacer claridad n el asunto que nos ocupa.

. La Ley 105 de 1993, por la cual se dictan normas básicas sobre transporte y se redistribuyen competencias en el sector del ansporte, entre otras, en su artículo 17 dispone que los terminales e transporte terrestre hacen parte de la infraestructura del transporte en el parágrafo 2º del mismo, asigna al Ministerio del ramo la unción de fijar las políticas sobre las terminales, en cuanto a su egulación, tarifas y control operativo.

. Luego, con la Ley 336 de 1996, mediante la cual se adopta el statuto Nacional de Transporte, se determina que los servicios que e prestan en las terminales de transporte, entre otros, se consideran onexos al del transporte público (artículo 27) y establece que orresponde al Ministerio de Transporte, las funciones de vigilancia control *"...únicamente respecto de la operación, en general, de actividad transportadora"* (Art.. 28 Ibidem).

. Conforme con el artículo 41 del Decreto 101 del 2000 (modificado or el Art. 3º, del Decreto 2741 del 2001), la Superintendencia de uertos y Transporte ejerce las funciones de inspección, vigilancia control en materia de transito, transporte y su infraestructura, que

SOCIEDADES
BIBLIOTECA

por mandato constitucional le corresponde al Presidente de la República, como Suprema Autoridad Administrativa (numeral 22 del artículo 189 C. P.).

En el artículo 42 subsiguiente (Núms. 1º y 5º), se establecieron como sujetos sometidos a la inspección, vigilancia y control de la citada Superintendencia, entre otros, *"Las sociedades con o sin ánimo de lucro, las empresas unipersonales y las personas naturales que presten servicio público de transporte"*, además de aquellas que posteriormente señale la ley (resaltado fuera de texto).

Es de anotar que los preceptos mencionados, junto con otras normas, fueron objeto de examen por el Consejo de Estado, originado por el conflicto de competencias administrativas suscitado entre las Superintendencias de Sociedades y de Puertos y Transporte (sentencia del 25 de septiembre del 2001 M. P. Dr. Alberto Arango Mantilla), mediante la cual se concluyó que las funciones de inspección, vigilancia y control son competencia de la Superintendencia de Puertos y Transporte, no solo en el plano eminentemente objetivo de la prestación misma del servicio, sino frente a la sociedad prestadora del mismo.

4. Con fundamento en las normas citadas en los numerales 2º y 3º precedentes, el Gobierno Nacional expide el Decreto 2762 del 2001, mediante el cual define a las terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera como *"...el conjunto de instalaciones que funcionan como una unidad de servicios permanentes, junto a los equipos, órganos de administración, servicios a los usuarios, a las empresas de transporte y a su parque automotor, donde se concentran las empresas autorizadas o habilitadas que cubren rutas que tienen como origen, destino o transito el respectivo municipio o localidad"* (Art.. 5º).

Igualmente, que las empresas administradoras y operadoras que prestan tal servicio público *"....son sociedades de capital privado, público o mixto, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio y organización propios y se regirán por las disposiciones pertinentes de acuerdo al tipo de sociedad que se constituya"* (Art., 3).

Por último, en su artículo 7º establece que, en materia de terminales de transporte, corresponde a la Superintendencia de Puertos y Transporte *"..la inspección, control y vigilancia de la operación de los terminales de transporte, y del desarrollo de programas de seguridad en la operación del transporte"* (resaltado fuera de texto).

En resumen, desde 1993, fecha en que se redistribuyen competencias en materia de transporte, el legislador estableció que los terminales hacen parte integral del servicio de transporte publico. En 1996, reitera que el servicio que ellas prestan, se encuentra directamente relacionado con el del transporte público. Posteriormente, en el año 2000, de manera expresa asigna a Supertransporte las funciones de inspección, vigilancia y control en lo relacionado con la infraestructura del transporte público, entre otros aspectos. Pero solo a partir del 2001, en materia de terminales de transporte se precisan las competencias entre las distintas autoridades administrativas y territoriales, correspondiéndole a la Superintendencia de Puertos y Transporte la *inspección, vigilancia y control tanto de las operaciones de los terminales de transporte como del desarrollo de los programas de seguridad.*

En ese orden de ideas, si bien es cierto que con el Decreto 2762 Cit., se evidencia que los servicios que se prestan en los terminales de transporte terrestre, se califican como un servicio público y que las operaciones por ellos realizadas se encuentran sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Puertos y Transporte, en opinión de esta Oficina, los terminales de transporte corren la misma suerte de las sociedades que prestan el mencionado servicio publico, lo que en otras palabras significa que *las sociedades comerciales que administran y operan como terminales de transporte público terrestre serán objeto de las funciones de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Puertos y Transporte, no solo respecto de las actividades y operaciones que realice, sino de la persona jurídica que lo presta,* afirmación que además encuentra apoyo en algunos de los argumentos y consideraciones esgrimidas por el Consejo de Estado, que resultan predicables respecto del caso en comento (Memorando 220- 324 de diciembre 1º de 2003).

CONVOCATORIA

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
BIBLIOTECA

TEMAS NO INCLUIDOS EN EL AVISO DE CONVOCATORIA PARA REUNIONES ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS.

Se refiere el Despacho a las inquietudes relacionadas con la interpretación y alcance de los artículos 182 y 422 del Código de Comercio, que regulan entre otros, los asuntos atinentes a la convocatoria y el temario objeto de las sesiones ordinarias del máximo órgano social, sobre la base de que los textos presentan una aparente contradicción e incongruencia.

Como básicamente el objeto de la consulta gira en torno a la posibilidad de considerar y tomar decisiones sobre temas no incluidos dentro del orden del día, concretamente cuando se trate de asuntos que implican reforma de los estatutos sociales, son procedentes las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la legislación mercantil define fundamentalmente dos (2) clases de reuniones, ordinarias y extraordinarias, las primeras, aquellas que se realizan en la época fijada en los estatutos o, en su defecto, dentro de los tres (3) primeros meses de cada año para considerar el temario que les es propio, básicamente los estados financieros del ejercicio social anterior, y las extraordinarias, las que pueden celebrarse en cualquier momento siempre que las necesidades así lo requieran (Art. 181 del C. Co.). Sin embargo, es el artículo 182 ibidem, la norma que, de manera general, regula los requisitos de la convocatoria, indicando que si se trata de convocar a la asamblea o junta de socios a una sesión de carácter extraordinario, se deben especificar los asuntos motivo de la reunión, al paso que autoriza para "ocuparse de temas no indicados en la convocatoria.. "si la reunión es ordinaria (concordante artículos 423 y 424 ibidem).

Téngase en cuenta que el Estatuto Mercantil comprende normas de carácter general, aplicables a todas las sociedades comerciales, y normas especiales o propias del tipo societario adoptado;

BIBLIOTECA SOCIEDADES

eventualmente la misma ley permite, autoriza o atribuye su utilización a otros tipos societarios, como es el caso del artículo 422 de la obra citada, que si bien es propia de las sociedades anónimas, es aplicable igualmente a las sociedades de responsabilidad limitada por remisión expresa del artículo 372 C Co.

Es por esa razón que en las reuniones ordinarias, los accionistas o socios reunidos en asamblea general o junta de socios, deben deliberar y decidir acerca de los asuntos de que trata el citado artículo 422, lo que en manera alguna entraña contradicción con la norma general del artículo 182, pues como se advirtió anteriormente, ésta de manera genérica determina que en las reuniones ordinarias, la asamblea puede deliberar y decidir sobre asuntos no comprendidos en el aviso de convocatoria e indica que para reuniones extraordinarias el aviso debe especificar el orden del día; consecuente con ello el artículo 425 de la obra mencionada, prevé la posibilidad de que el temario se modifique, en la forma y términos allí previstos, sin ninguna salvedad.

Sin embargo, es claro que cuando se delibere y decida sobre asuntos no incluidos dentro del orden del día, cualquiera que sea el tipo de reunión, que impliquen reforma a los estatutos sociales, deben observarse en relación con ellas las mayorías previstas en los estatutos o en la ley para el efecto, pues su violación puede generar nulidad de la decisión, en los términos del artículo 190 del Código de Comercio.

Ahora bien, el legislador de manera expresa y clara, establece en el artículo 187 de la citada obra, las funciones que ordinariamente son del resorte y conocimiento exclusivo del máximo órgano social, entre ellas, la de "Estudiar y aprobar las reformas estatutarias" y la de "Examinar, aprobar o improbar los balances de fin de ejercicio y las cuentas que deben rendir los administradores", entre otros asuntos, temas que de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo del citado artículo, pueden tratarse en reuniones ordinarias o extraordinarias.

Ahora, si bien la regla general supone que las reformas estatutarias pueden ser adoptadas en reuniones de cualquier carácter sin que hayan sido necesariamente incluidas en el orden del día, debe

tenerse en cuenta que los artículos 13 y 67 de la Ley 222/95, establecen que tratándose de fusión, escisión, transformación, aumento del capital autorizado o disminución del suscrito de la sociedad, el aviso de convocatoria debe advertir tal punto, pues de no observarse harán ineficaces las decisiones adoptadas al respecto. En otros términos por excepción, ninguna de las reformas mencionadas puede ser tratada y/o decidida mientras no se encuentre incluida dentro del orden del día.

Expuestas las anteriores consideraciones, se procede a dar respuesta a los interrogantes planteados.

Ante la inquietud si la expresión "ocuparse de temas no indicados en la convocatoria", contenida en el artículo 182 del C Co., comporta capacidad de decisión, debe tenerse en cuenta que "ocuparse", en una de sus acepciones, significa "Tratar o hablar sobre un tema", lo que implica decidir, pues "Tratar" equivale a "Llegar a una solución o acuerdo. (Diccionario Larousse, edición 1998), presupuesto que se corrobora según las consideraciones expuestas.

En cuanto a la validez de las decisiones adoptadas por la asamblea o junta de socios, en una reunión ordinaria o extraordinaria, sobre temas no incluidos en el orden del día que impliquen modificación al contrato social, puede afirmarse que siempre que se cumplan los requisitos en cuanto a convocatoria y quórum y la decisión se ajuste a las mayorías exigidas en los estatutos o en la ley, éstas son plenamente válidas, a menos que correspondan a aquellas que requieren ser previamente conocidas e incluidas en el orden del día, tal como lo exigen los artículos 13 y 67 ya citados. (Oficio 220-73376 de noviembre 30 de 2000).

CONVOCATORIA - DERECHO DE INSPECCIÓN.

Se expresa que la reunión de la asamblea general de accionistas ha sido convocada para el próximo 27 de marzo, a las 5:30 p.m., en la sede de un club del domicilio y añade que el pasado 12 de marzo los trabajadores de dicho club entraron en huelga, razón por la que *como se trata de una razón de fuerza mayor ajena a la empresa, se requiere el pronunciamiento de la Entidad sobre la validez de una reunión de la Asamblea General de Accionistas el mismo día 27 de marzo a las 5:30 en un lugar diferente al del Club, previamente informado a los accionistas por aviso en prensa y telefónicamente..*

1. Sea lo primero precisar que en las circunstancias referidas no hay certeza acerca de si la reunión podrá celebrarse o no en el lugar previsto en la convocatoria, por lo cual no puede saberse si tendrá lugar allí o no, en consideración a un hecho futuro eventual que, de darse, tampoco constituiría un caso de fuerza mayor. Ello porque dicha figura jurídica se establece en la ley para efectos de establecer el incumplimiento no culposo de obligaciones (Ley 95 de 1890, Art. 1), y el lugar referente a la celebración de reuniones de los accionistas o juntas de asociados de la sociedad constituye un requisito de eficacia de las correspondientes decisiones, cuya sanción en caso de ilegalidad, la ineficacia, no tiene nada que ver con el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones.

Adicionalmente, en la ley comercial no se establecen requisitos por la eficacia, validez y oponibilidad de las reuniones sociales propiamente dichas, sino de la decisión que eventualmente de adopten en ellas; y debe reiterarse que el asunto relacionado con la idoneidad legal del lugar de reunión tiene que ver con la eficacia de la decisión, mientras que la validez se refiere a los requisitos referentes a las decisiones adoptadas.

2. Se plantea la posibilidad de reunirse el mismo día, a la misma hora en un lugar distinto previa información a los accionistas mediante "aviso en prensa y telefónico", sin precisar si tales son lo medios de convocación previstos en los estatutos, cuestión previa que habría que verificar, de

manera que cualquier convocatoria se lleve a cabo de conformidad con lo previsto en la ley y los estatutos, so pena de ineficacia por violación a lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Comercio.

Aún en el caso en que la convocatoria se lleve a cabo por el medio adecuado, queda pendiente la cuestión referente a la anticipación debida para llevar a cabo una nueva convocatoria o una modificación a la primera, dado que su propósito es reunirse el mismo día.

3. Ante los riesgos referentes a la eficacia de las decisiones en caso de cambio de lugar, en caso de convocación con menos de 15 días hábiles de anticipación o, en el evento de inasistencia o falta de representación de la totalidad de los accionistas, surge la siguiente alternativa:

a). De ser urgente la deliberación y adopción acerca de ciertos temas en la fecha en cuestión, es posible convocar a una reunión extraordinaria, con la antelación y según el sistema de convocación legal y estatutariamente adecuados, para que se lleve a cabo el mismo día, en el lugar que estime oportuno del mismo domicilio social, y para una hora distinta y posterior a la prevista en la convocatoria inicial, En efecto, para convocar a esa clase de reuniones, en el artículo 423 del Código de Comercio se prevé la existencia de necesidades urgentes que ameritan su consideración por la asamblea a la mayor brevedad, y es claro que de darse esos supuesto la administración cumple con sus deberes legales dè diligencia al convocar a los accionistas.

b). Al convocar a dicha reunión debe tenerse en cuenta en forma expresa la posibilidad de que la reunión ordinaria se frustre como consecuencia de la huelga, y la celebración de la reunión extraordinaria debe condicionarse a que la huelga que actualmente impide el funcionamiento del club no permite que una vez llegados el día y la hora previsto en la primera convocatoria, se pueda llevar a cabo la reunión ordinaria.

c). Así las cosas, de ser posible el acceso físico a las instalaciones del Club, la mencionada reunión extraordinaria no tendrá lugar.

d). En el temario a considerar en la reunión extraordinaria y que ha de preverse en la convocatoria, para efectos de lo dispuesto en los artículos 424 y 425 del Código de Comercio, se deben incluir los temas a

considerar en la reunión ordinaria y cuya urgente consideración amerita su convocación.

De no ser posible reunirse en el Club como consecuencia de la huelga en la reunión extraordinaria en cuestión pueden considerarse tales temas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 423 del Código de Comercio, dada la potestad general que tiene la asamblea, en los términos del Art.. 187 inciso 6 C. Co.., consistente en *"Adoptar, en general, todas las medidas que reclamen el cumplimiento de los estatutos y el interés común de los asociado;"*

e). El aspecto fundamental a considerar aquí, consiste en que si los temas a tratar incluyen asuntos propios de una reunión ordinaria como la aprobación de los estados financieros, es indispensable que durante los 15 días hábiles anteriores a la celebración de la reunión bien sea en el lugar y hora inicialmente previstos, o en los que correspondan a la reunión extraordinaria que aquí se ha planteado, los accionistas efectivamente puedan ejercer el derecho de inspección que se protege legalmente con la antelación prevista para la convocatoria a las reuniones ordinarias, que es la que se produjo inicialmente en este caso; si dicho supuesto se da, en atención a las circunstancia específicas que motivarían la celebración de la reunión extraordinaria aludida es dable estimar, en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, que las decisiones que llegaren a adoptarse en la misma no tendrían reparos en cuanto a su eficacia, para lo que se refiere al lugar de la reunión, la convocatoria y antelación de la misma.

4. Dado que según se ha indicado, ya se han evaluado otras alternativas, que necesariamente se refieren a hipótesis de ocurrencia posterior al 27 de marzo, salvo el caso de una reunión universal, debe agregarse que de subsistir la necesidad de someter con urgencia ciertos asuntos a consideración de la asamblea, la convocación a una reunión extraordinaria, siempre y cuando se haya garantizado el ejercicio del derecho de inspección ya aludido, permite una mayor celeridad dado el menor término de convocación previsto en la ley (Oficio 100- 10071 de marzo 22 de 2000).

DE LA ANTELACIÓN DE LA CONVOCATORIA A REUNIONES EN QUE VAN A CONSIDERARSE LOS ESTADOS FINANCIEROS DE FIN DE EJERCICIO.

Mediante la presente se expresa la opinión de esta Superintendencia en relación con la antelación con la cual debe ser convocada una reunión de la asamblea general de accionistas de una sociedad, en el evento en que la reunión ordinaria inicialmente convocada no haya podido llevarse a acabo por falta de quórum, la cual reitera el criterio que este despacho ha sostenido a partir de 1992, como aparece expuesto en el oficio AN-06421 del 9 de marzo de 1992.

1. En el artículo 424 del Código de Comercio (en adelante C. Co.), se prevé que *"para las reuniones en que hayan de aprobarse los balances de fin de ejercicio, la convocatoria se hará cuando menos con quince días hábiles de antelación. En los demás casos, bastará una antelación de cinco días comunes"*. Esta disposición prevé un plazo de antelación aplicable tanto en reuniones ordinarias como en reuniones extraordinarias, cuyo sentido obedece a la necesidad de preservar el ejercicio efectivo del derecho de inspección, consagrado en el artículo 447 del mismo estatuto, y en virtud del cual los documentos, libros y comprobantes que deben ser considerados por la asamblea para efectos de la aprobación o improbación de balances deben ponerse a disposición de los accionistas durante los quince días hábiles que precedan a la respectiva reunión de la asamblea.

2. El artículo 429 del C. Co. regula el quórum y las mayorías especiales que se aplican en el evento en que una reunión ordinaria de la Asamblea General se lleve a cabo por no haber sido convocada, (supuesto conocido como *"reunión por derecho propio"* o por convocación legal), al igual que en el evento en que una reunión ordinaria o extraordinaria debidamente convocada no se lleve a cabo

por falta de quórum. En el caso de la reunión ordinaria no convocada, la convocación legal señala fecha, hora y lugar para la reunión. Primer día hábil del mes de abril, a las 10:00 a.m., en las oficina del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad, y en el caso de las reuniones de segundo convocatoria, se dispone que la **reunión debe efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión**, señalando simplemente que a dicha nueva reunión "se citará", sin regular la antelación requerida para el efecto.

3. Así las cosas, la cuestión se reducir a precisar si la regulación de la reunión de segundo convocatoria, al señalar como plazo mínimo paral levarla a cabo el término de diez días hábiles contados desde la fecha fijada para la primera reunión, es aplicable únicamente en el caso de reuniones extraordinarias, que por no tener en el orden del día la aprobación de balances puedan ser convocadas por la primera vez con la antelación mínima de cinco días comunes. O si para el caso de las reuniones ordinarias, al igual que de las extraordinarias que se citen para considerar balances, sólo sea posible llevar a cabo la reunión de segunda convocatoria entre los quince y los treinta días siguientes a la fecha fijada para la primera reunión.

4. Si se parte de la base de que el sentido de la antelación prevista para la convocatoria a las reuniones en las que se consideran balances tiene que ver con el ejercicio del derecho de inspección, debe notarse que si la primera reunión ha sido debidamente convocada, situación ésta que es el presupuesto de artículo 429 C. Co., la finalidad de la regla que establece la antelación en cuestión se ha cumplido a cabalidad, como quiera que los socios ya han tenido la oportunidad de ejercer su derecho de inspección; tanto en el caso de aquellos tipos sociales, como la forma anónima, en los que el ejercicio del derecho de inspección se contrae a dicha época, como en el caso de aquellas otras formas societarias, por ejemplo la limitada, en las que dicho ejercicio puede llevarse a cabo en cualquier tiempo.

5. En los términos de las reglas sobre interpretación de las leyes previstas en el Código Civil, el contexto de la ley sirve para ilustrar en el sentido de cada una de sus partes (C. Civil. Artículo 30), de manera que la correspondencia y armonía que existe en esta materia entre el plazo previsto para la convocatoria y el plazo señalado para el ejercicio del derecho de inspección, son suficientes para precisar que la extensión de esta regla se circunscribe al caso de la primer convocatoria. Por tanto, si ya se ha cumplido la finalidad de la antelación prevista en el artículo 424 del C. Co., al haber convocado adecuadamente a la primera reunión, esto es, para lo que aquí interesa, con los quince días hábiles de antelación que exige la ley, no existe razón alguna para duplicar la exigencia, como si en las reuniones ordinarias de segunda convocatoria, asunto objeto de esta comunicación, no fuera posible aplicar integralmente el artículo 429 del C. Co., y llevar a cabo la reunión antes de los quince días hábiles siguientes de la fecha fijada para la primera reunión.

6. El sentido del artículo 429 del C. Co. consiste en establecer mecanismos que aseguren el funcionamiento de los órganos sociales a través de verdaderos "remedios" ante la indiferencia de los socios que se traduce en la ausencia de quórum, de acuerdo con el criterio orientador así planteado en el proyecto de Código de 1958. Si se armoniza entonces la finalidad perseguida con al antelación regulada para la primera convocatoria de las reuniones en que se consideran balances, con la finalidad propuesta a través de la figura de las reuniones de segunda convocatoria, se puede concluir que la segunda convocatoria no tiene que hacerse con antelación prevista en el artículo 424 C. Co.. La interpretación contraria restringe la aplicabilidad del artículo 429 C. Co.., como quiera que implicaría que una reunión ordinaria no pueda llevarse a cabo en el plazo transcurrido entre el décimo y el décimo quinto días hábiles siguientes a la fecha de la primero reunión, restricción ésta que no tiéne sentido si se advierte que la razón de ser de la antelación de los quince días hábiles ya se ha cumplido cuando la primera reunión ha sido debidamente convocada.

En síntesis, el artículo 424 del C. Co. regula íntegramente la primera convocatoria a una reunión ordinaria o extraordinaria de la asamblea o junta de socios, precisando que siempre que

hayan de aprobarse balances de fin de ejercicio, independientemente de si se trata de una reunión ordinario o extraordinaria, debe convocarse cuando menos con quince días hábiles de anticipación. Si se trata de una segunda convocatoria, el artículo 429 C. Co. regula tales reuniones; y puesto que se parte de la base de que la primera reunión ha sido debidamente convocada, sólo señala la ley la oportunidad de la segunda reunión, teniendo como punto de referencia la fecha prevista para la primera, con el objeto de asegurar el funcionamiento de la asamblea, y de ahí que prevea un quórum y una mayoría especiales. No regula este último artículo la antelación con que debe convocarse en este evento, aunque dicho plazo está implícito en el período dentro del cual debe llevarse a cabo la segunda reunión. De ahí que si la primera reunión en la que hayan de aprobarse balances de fin de ejercicio ha sido debidamente convocada, ya han contado los socios con los quince días hábiles necesarios para el ejercicio del derecho de inspección; por lo tanto, en la segunda reunión ya no se aplica el término de los quince días cuya finalidad ya se ha obtenido con ocasión de la primera convocatoria y, en ese evento, corresponde aplicar la antelación mínima que el mismo artículo 424 del C. Co. establece para asegura el funcionamiento de la asamblea, en consecuencia, basta citar con una antelación de cinco días comunes, teniendo en cuenta que la reunión sólo podrá realizarse a partir del día décimo siguiente de la primera reunión (Oficio 100- 25627 de abril 5 de 2000).

EN LA CONVOCATORIA PARA REUNIONES EXTRAORDINARIAS, EL ORDEN DEL DÍA NO INCLUYE "PROPOSICIONES Y VARIOS".

Del contexto de la normativa que regula el tema, entre otros, los artículos 182 y 424 del Código de Comercio, no se infiere la posibilidad de que se incluya en el aviso de convocatoria para las reuniones extraordinarias un punto denominado "Proposiciones y/o varios" u otro similar. No obstante para facilitar su análisis se transcribe, parte pertinente, de los mismos

Artículo 182. *"En la convocatoria para reuniones extraordinarias se especificarán los asuntos sobre los que se deliberará y decidirá. En las reuniones ordinarias la asamblea podrá ocuparse de temas no indicados en la convocatoria, a propuesta de los directores o de cualquier asociado (...)"*

Artículo 424. *"(...)Tratándose de asamblea extraordinaria en el aviso se insertará el orden del día (...)".*

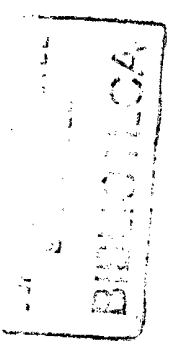
Téngase en cuenta que las premisas sobre las condiciones de la convocatoria y alcance de las deliberaciones se reiteran nuevamente en el artículo 424 del Cit. Cód., cuando entratándose de asambleas extraordinarias expresa que *"... en el aviso se insertará el orden del día"*, y en el artículo precedente –Art.. 425 ibidem- cuando advierte que la asamblea *"no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado,* normas éstas aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada por remisión del artículo 372 ibidem.

Hasta aquí quedan claras dos situaciones, la primera, el objeto de cada una de las reuniones, y otra, como consecuencia del propósito para el que fueron concebidas, la imposibilidad de la asamblea o junta de socios reunida extraordinariamente, para *tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado,* al paso

que está facultado el citado órgano social, cuando medie solicitud de los administradores o de cualquier asociado, para *ocuparse de temas no indicados en la convocatoria*, si la reunión tiene carácter ordinario.

Argumento adicional es el análisis de los términos contenidos en las normas objeto de examen, como "especificar" en el 182 ibidem, que significa *"Explicar, declarar con individualidad una cosa"*, e "insertar" contenido en el 424 ib., que en una de sus acepciones significa "*Incluir, introducir una cosa en otra. Se usa regularmente hablando de la inclusión de algún texto o escrito en otro..*" (Diccionario de la Lengua Española, tomo I y II, 1984), con ello se **descarta de plano la posibilidad de incluir el punto denominado "Proposiciones y/o varios", pues son expresiones indeterminadas que no consultan intereses concretos de los asociados ni de la sociedad, contrariando la preceptiva antes mencionada** (Oficio 220- 58088 de noviembre 20 de 2002).

DACIÓN EN PAGO



REGISTRO CONTABLE DE BIENES ENTREGADOS EN DACIÓN EN PAGO.

Si se acuerda pagar una acreencia con un bien avaluado por menor valor, cómo se contabiliza la diferencia cuando el acreedor estuvo de acuerdo con el pago del 100% del valor de su crédito.

Cuando existe dación de bienes en pago de una acreencia, el activo de la empresa disminuye en la fecha en que se protocolice el acuerdo en la Cámara de Comercio o Superintendencia, si se trata de la aplicación de la Ley 550 de 1999, o de homologación por parte del Juez Civil del Circuito en caso de concordato, o por el contrario, en el momento de la firma del documento de acuerdo o de escritura pública, si ésta se requiere.

En materia de acuerdos de reestructuración, Ley 550 de 1999, el parágrafo del artículo 31 que establece todo lo relacionado con las formalidades de los mismos, expresamente consagra que *"...el acuerdo se entiende celebrado el día en que sea firmado por el último de los acreedores requerido para su celebración.... siempre y cuando la noticia de su celebración se inscriba en la Cámara de Comercio correspondiente...."*.

Por su parte, en materia de concordatos, aquí valga la aclaración, el acuerdo concordatario celebrado con base en el procedimiento previsto en al Ley 222 de 1995, no consagra la homologación del mismo ante el Juez Civil del Circuito, en razón a que la aprobación es una actuación que corresponde al Superintendente de Sociedades, como Juez del Concordato, de conformidad con lo previsto en el artículo 136 y 137, norma ésta última de la cual se infiere que la fórmula concordataria se entiende aprobada una vez se profiera la providencia respectiva que, junto la parte pertinente del acta que contenga el acuerdo, debe inscribirse ante las autoridades o entidades correspondientes.

Es claro que una vez aprobado el acuerdo, entratándose de la Ley 550 ibidem, por los acreedores internos y externos, o por el empresario y los acreedores de la sociedad deudora, entratándose

del proceso concordatario, los términos, plazos y condiciones contemplados son de obligatorio cumplimiento para las partes.

En ese orden de ideas, si el acuerdo contempla la transferencia del dominio de bienes muebles o inmuebles, circunstancia ésta última que requiere de formalidades propias para la validez del acto, cual es la inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos –Art.. 756 del C. C.-, su registro deberá ser contabilizado el día en que tal acto se lleve a cabo, vale decir, el momento en que el empresario transfiera la titularidad del mismo; situación diferente se presenta cuando se trate de bienes muebles, pues será el día de su entrega, la fecha en que debe registrarse tal operación –Art.. 754 del C. C.-.

En cuanto a las formalidades de los acuerdos, esto es, firma del documento y escritura publica, debe tenerse en cuenta que, cualquiera que sea el origen del mismo, debe ser suscrito por quienes lo aprobaron. La formalidad de escritura pública, conforme a las reglas de la Ley 550/99, será obligatoria cuando se incluyan estipulaciones que requieran legalmente dicha formalidad –Art.. 31- ; mientras que en el concordato, será la parte pertinente del acuerdo la que se registre sin necesidad de otra formalidad adicional, según las voces del último inciso del artículo 147 de la ya citada Ley 222.

De otra parte, cuando se acuerda pagar el 100% de una acreencia con un bien avaluado por menor valor, la contabilización de la diferencia presentada entre el avalúo del bien que se pretende entregar en dación en pago y el valor de la acreencia, deberá estarse a lo dispuesto en el Decreto 2649 de 1993, por el cual se expidieron las normas y/o principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, que en el Título Segundo, Capítulo II, Sección IV, referente a las normas técnicas específicas sobre las cuentas de resultados, señala en el artículo 101, *"Las ganancias o pérdidas provenientes de activos dados en pago de obligaciones, se determinan por la diferencia entre el costo neto en libros y el valor por el cual se entregaron"* (Oficio 220- 6568 de marzo 5 de 2001).

DERECHO DE INSPECCIÓN

DEL DERECHO DE INSPECCIÓN Y SUS LÍMITES DURANTE LA LIQUIDACIÓN.

1. *"Hasta dónde está obligado el liquidador a mostrar y suministrar información tan antigua como la solicitada (1.980), cuando su encargo fue asumido apenas desde el año 1.999, a más de que la socia interesada en la misma estuvo presente en las reuniones del máximo órgano social donde se aprobaron los estados financieros?*

2. *A pesar de ello, puede «solicitar nuevas inspecciones?, puede cualquiera de los socios solicitarle al liquidador un balance intermedio y un informe del revisor fiscal intermedio estando la sociedad en estado de liquidación? Puede cualquiera de los socios en cualquier momento y estando la sociedad en liquidación, solicitarle al liquidador, los inventarios de bienes, la valoración de los activos objeto de la liquidación, y en efecto...suministrarlos a pesar que los mismos se relacionaron en el balance de fin de ejercicio?».*

Esbozados los anteriores interrogantes, el Despacho procede a responderlos en el mismo orden de su planteamiento:

1. En primera instancia, debe señalarse que, en efecto, la Ley prevé el derecho de inspección en los artículos 369 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222 de 1.995, el cual faculta a los asociados para examinar directamente o mediante delegado los libros y comprobantes de la sociedad con el fin de que conozcan la situación de la compañía, en la forma y términos establecidos para tal efecto. No obstante, este derecho no puede, ni debe ser incondicional, pues como cualquier derecho, tiene sus límites.

Vale afirmar, que si bien cada asociado tiene derechos frente a la sociedad, los cuales se hallan protegidos jurídicamente, el ejercicio

de los mismos en ningún momento pueden lesionar el derecho de otros, como podría suceder si se antepusiera un interés individual sobre la conveniencia o bienestar de la comunidad, por lo que, aún en estado de liquidación es viable su reglamentación, de tal suerte que su ejercicio no entorpezca la buena marcha del proceso liquidatorio.

A su pregunta, si está obligado a mostrar y suministrar información tan antigua como la solicitada (1980), cuando su cargo en la calidad de liquidador fue asumido apenas desde 1999, hay que observar que, de todas maneras las sociedades durante su existencia están obligadas a llevar libros de comercio, entre ellos los de contabilidad, en los cuales se hacen los registros de los asientos de las operaciones sociales, soportados, claro está, en documentos que se guardan como un testigo histórico, permitiendo mantener clara e inalterable la memoria de todos los movimientos contables de la sociedad.

Luego, mal podría un administrador, en este caso el liquidador, so pretexto de haber asumido su cargo con posterioridad a la fecha de la información solicitada, impedir o limitar el derecho de inspección que la ley, tratándose de sociedades limitadas, permite a los asociados ejercer en cualquier momento y en los términos que la misma establece, pues ha de entenderse que la información contable reposa en los libros correspondientes, independientemente de que sobre la misma se le pueda endilgar algún tipo de responsabilidad.

El hecho de que un socio haya estado presente en la reunión donde se aprobaron cuentas de fin de ejercicio no lo inhabilita para revisar nuevamente la información, pues tal y como se deduce del artículo 369 del Código de Comercio del Código de Comercio, los asociados «tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo...la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía» (subraya fuera del texto), observándose que no hay limitación en el tiempo, ni condición de otra índole y donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete so pretexto de consultar su espíritu. De todas formas, como se había expresado anteriormente, este derecho puede ser motivo de reglamentación, de tal suerte que su ejercicio no entorpezca la marcha de las labores sociales.

2. Se pregunta si cualquiera de los asociados puede solicitarle al revisor fiscal un balance intermedio estando la sociedad en estado de liquidación, a lo cual cabe precisar que, teniendo en cuenta la característica de los usuarios a quienes van dirigidos y los objetivos específicos que los originan, los estados financieros se dividen en estados financieros de propósito general y estados financieros de propósito especial, encontrándose entre estos últimos, los estados financieros de períodos intermedios, definidos en el artículo 26 del citado Decreto 2649 en los siguientes términos:

«Son estados financieros de períodos intermedios los estados financieros básicos que se preparan durante el transcurso de un período, para satisfacer, entre otras, necesidades de los administradores del ente económico, o de las autoridades que ejercen inspección o control. Deben ser confiables y oportunos...».(Subraya fuera del texto).

Del contenido de la norma en mención se puede observar que son claros sus fines en la medida en que permite, además de los estados financieros de propósito general, la posibilidad de hacer exigible la preparación de otros, como su nombre lo indica, de períodos intermedios, cuando quiera que así lo exijan las necesidades del respectivo ente, o bien porque medie solicitud de las autoridades citadas, en cuyo caso la periodicidad estará determinada según el criterio de la administración, motu propio, o atendiendo instrucciones del máximo órgano social, o bien de la autoridad que los requiera.

Es así como para las sociedades sometidas a vigilancia de esta Entidad, la Circular Externa No. 15 de 1.997 exige que se preparen semestralmente, salvo requerimiento expreso en otro sentido; de suerte que, a juicio de este Despacho, no es discrecional de cada socio en particular exigir la preparación de los mismos en épocas diferentes a las que para el ente se hayan determinado.

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que la información financiera debe servir fundamentalmente, entre otros, para evaluar la gestión de los administradores del ente económico y apoyarlos

en la planeación, organización y dirección, objetivos que se cumplen cuando se observan las cualidades de la información, entre éstos que la misma sea pertinente, lo que implica que posee valor de realimentación, de predicción y a la vez es oportuna.

Con sujeción a esos parámetros, el socio en ejercicio del derecho de inspección, podrá revisar cuando lo estime necesario la contabilidad, sin que ello suponga derecho a exigir a su arbitrio la preparación de estados financieros intermedios, en los términos del artículo 26 ibidem (Oficio 220- 62416 de septiembre 22 de 2000).

EL DERECHO DE INSPECCIÓN, LA AUDITORIA EXTERNA Y LOS SECRETOS INDUSTRIALES (EMPRESARIALES).

1- *¿Cuál es la diferencia entre el derecho de inspección de que trata el artículo 48 de la Ley 222 de 1995 y la auditoria externa de que tratan el artículo 2° y artículo 13 literal a) de la Ley 43 de 1990?*

2- *Con base en el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, un socio de una sociedad de responsabilidad limitada, a título personal, ¿puede ejecutar ó contratar una auditoria externa?*

Lo primero que resulta conveniente precisar es que el derecho de inspección es un concepto eminentemente jurídico societario, mientras que la auditoria externa es un concepto contable. En ese sentido, si bien eventualmente guardan alguna relación de complementación en cuanto a su ejercicio, difieren sustancialmente respecto de su previsión legal.

En efecto, ha manifestado esta entidad que "el derecho de inspección es un derecho inherente a la calidad de socio, el cual se encuentra consagrado de manera expresa en los artículos 369 y 447 de la legislación mercantil y el artículo 48 de la Ley 222 de 1995, el cual consiste en la facultad de que disponen todos los asociados de una compañía de examinar, directamente o mediante persona delegada para tal fin, los libros y los comprobantes de la sociedad, con el fin de enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes".[1]

En las sociedades comerciales, el derecho de inspección o de fiscalización individual, pertenece a la categoría de los inderogables;

1 Oficio 220-81029 de agosto 31 de 1999, en Doctrinas y Conceptos Jurídicos, Superintendencia de Sociedades 2000, Pág. 200.

se trata de un derecho esencial del asociado pero no por ello se puede afirmar que tiene carácter absoluto frente a la compañía, pues los artículos 369, 379 numeral 4°, 422 y 447 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222 de 1995 le señalan limitaciones temporales y de contenido.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 222 de 1995, el ejercicio del derecho de inspección fue objeto de controversia doctrinal y de interpretación legal, en cuanto a sus alcances y limitaciones, pero el artículo 48 de la citada Ley determinó sus límites respecto a la materia misma sobre la cual se ejerce dicha facultad, restringiendo el acceso de los asociados en general a los documentos que contengan información sobre secretos industriales (empresariales), así como aquellos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad.

De otra parte, en tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, los socios están facultados para ejercer en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, el derecho de inspeccionar la contabilidad de la compañía, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía.

Como se trata de una labor de fiscalización con finalidades puramente informativas, los socios no están facultados para hacer anotaciones de ninguna clase sobre los documentos facilitados ni para conocer y mucho menos difundir la información amparada con reserva documental, como los secretos técnicos, industriales o de política comercial ni entorpecer la marcha administrativa de la gerencia.

Sobre este particular se ha pronunciado la entidad en los siguientes términos:

"El artículo 369 nombrado, consagra el derecho comentado sin restricción alguna, por lo menos en lo que a tres aspectos se refiere:

a- En cuanto el tiempo, en razón a que puede ser ejercido en cualquier época o momento, no estando circunscrito a ningún período o lapso determinado, como ocurre en el caso de las sociedades anónimas.

b- En lo referente a la materia, pues el mencionado derecho recae o se pude ejercer mediante el examen de la contabilidad de la sociedad, de los libros de registro de socios y de actas y en general de todos los documentos de la compañía, y

c- En relación con la forma, ya que puede ser ejercido directamente por el socio o por conducto del representante que él libremente designe."[2]

Lo anterior significa que bajo ninguna circunstancia el derecho de inspección de que gozan los asociados en las sociedades de responsabilidad limitada puede ser objeto de limitaciones distintas a las que impone la misma ley, ni mucho menos desconocido o vulnerado, ni siquiera mediante estipulaciones estatutarias.

Ahora bien, en lo que respecta a las normas de auditoria generalmente aceptadas, la Ley 43 de 1990, si bien no trae una definición del concepto "auditoria externa", su artículo 7° dispone que aquellas son las que se relacionan con las cualidades profesionales del contador público, con el empleo de su buen juicio en la ejecución de su examen y en su informe referente al mismo.

En conclusión, se trata de un trabajo técnicamente elaborado por personas que tengan entrenamiento adecuado y estén habilitadas legalmente para ejercer la Contaduría Pública en Colombia, con base en evidencia válida y suficiente, por medio de análisis, inspección, observación, interrogación, confirmación y otros procedimientos de auditoria, con el propósito de allegar bases razonables para el otorgamiento de una opinión sobre los estados financieros sujetos a revisión.

En ese orden de ideas resulta desacertado pretender realizar una comparación o asimilación conceptual entre ambas figuras, como quiera que la primera de ellas tiene la connotación de DERECHO, mientras la segunda es una herramienta para establecer, conforme a las previsiones legales, la realidad financiera, administrativa y contable de la sociedad.

2 Oficio SL-34509 de agosto 24 de 1988, en Doctrinas y Conceptos Jurídicos, Superintendencia de Sociedades, 1995, Pág. 175

Si bien desprevenidamente podría pensarse que en ejercicio del derecho de inspección cualquier socio estaría facultado para contratar la ejecución de una auditoria externa para "enterarse de la situación administrativa y financiera de la compañía en la cual realizaron sus aportes", para este despacho resulta absolutamente claro que ello es improcedente, como quiera que la finalidad y los escenarios en que pueden y deben darse difieren sustancialmente.

En efecto, el derecho de inspección o de fiscalización individual tiene una finalidad esencialmente informativa para el socio, mientras que por medio de una auditoria interna se persigue la obtención de una opinión calificada por parte de un especialista, atendiendo a sus calidades profesionales y a criterios y procedimientos señalados en la ley, cuya práctica compete directamente al máximo órgano social ordenarla, ya sea por su propia iniciativa o en atención a la solicitud motivada de algún o algunos socios, pues, la eventual contratación y ejecución de una auditoria externa por parte de un socio, justificada en el derecho de inspección que le asiste, desborda los límites y alcances previstos en la ley para su ejercicio.

Mientras el derecho de inspección apunta a satisfacer un interés individual de información, la auditoria externa se dirige al cumplimiento de un interés colectivo por contar con una opinión técnica sobre los estados financieros.

"3. ***El representante legal de una sociedad, ¿qué criterios debe observar para clasificar o calificar como secretos industriales, ciertas actividades o documentos de una sociedad? ¿Cómo establece que determinados documentos de ser consultados por los socios pueden causar un detrimento a la sociedad? (Art. 48 Ley 222 de 1995)".***

Sobre este particular punto nos remitimos a lo establecido en la Decisión 486 de Diciembre de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina, modificatoria de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, relativa al Régimen Común sobre la Propiedad Industrial, en cuyo artículo 260 se establece:

"De los Secretos Empresariales

Artículo 260.-Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

a) secreta, en el sentido que como conjunto y en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva,

b) tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá ser referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios".

No sobra manifestar que la Decisión 486 sustituyó el concepto de SECRETOS INDUSTRIALES utilizado en la Decisión 344 por el de SECRETOS EMPRESARIALES, lo que a nuestro juicio resulta en todo acertado, teniendo en cuenta el objeto de regulación y protección.

En el referida Decisión se podrá encontrar, además de los criterios definitorios de los secretos empresariales, la regulación relativa a su protección (Oficio 220- 21510 de mayo 29 de 2001).

DERECHO DE INSPECCIÓN DE LOS ASOCIADOS Y FACULTAD DE INFORMACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES FRENTE AL KNOW HOW DE LA SOCIEDAD.

«Hasta dónde se extiende y cómo se ejerce el derecho de información de los accionistas y miembros de juntas directivas de sociedades anónimas sobre aquellos asuntos que constituyen el know how de la sociedad».

1- La expresión jurídico-comercial del KNOW HOW.

Históricamente la figura del know how hace su aparición en el escenario mercantil como respuesta a la necesidad de proteger ciertos conocimientos prácticos sobre la manera de «saber hacer» o lograr algo con facilidad y eficiencia, aprovechando al máximo los esfuerzos, habilidades y experiencias acumuladas.

Es con ocasión del vertiginoso desarrollo de la técnica y la tecnología aplicadas a los procesos de producción y/o a los métodos de prestación de un servicio, que se posibilita la conformación de verdaderos paquetes de información unificada susceptible de mantenerse bajo reserva de su titular, así como para otorgarle un valor económico que, en ocasiones, constituye un significativo aporte patrimonial.

Básicamente el know how consiste en aquel saber especializado mantenido en secreto por voluntad manifiesta de su titular, con algún interés económico, no protegido por el derecho de patentes, bien sea porque se refiere a conocimientos no patentables o porque el titular prefirió no utilizar ese mecanismo de protección. Esto para evitar la publicidad de que gozan los procedimientos patentados y por la limitación temporal que tienen las patentes.

«Se puede afirmar, pues, que el know how es una habilidad técnica o conocimiento práctico de cómo lograr un objetivo específico y,

en general, todo conocimiento técnico que es secreto, de uso restringido y confidencial,»[1] *y para todos los efectos que de él se deriven, entre ellos el ejercicio del derecho de inspección, debe ser confidencial, relevante y específico.*

La confidencialidad del know how hace referencia a que la información en él contenida, no es de público conocimiento, pero sí susceptible de transmitirse a través de un contrato y haciendo entrega del «package» o «manual de operaciones», el cual es el documento que contiene el saber secreto y que debe estar cifrado y codificado.

El carácter de relevante dice relación a la importancia que dentro del proceso productivo o de métodos de prestación de servicios tiene el «saber hacer», de suerte que sin éste, no se podría realizar u otro sería el producto o el servicio.

La especificidad se predica con relación al mercado y dependiendo de la actividad que desarrolle su titular, es decir, que dentro de la especialidad a que se dedique, debe contener un conjunto de métodos, procedimientos y reglas, que si bien algunos de ellos individualmente considerados pueden no ser originales, dentro de un todo son determinantes para el proceso productivo o prestación de un servicio que sí lo es.

En ese orden de ideas, devendría en un desacierto este despacho al pretender establecer cuáles asuntos, procedimientos o reglas constituyen el know how de una sociedad, pues, por una parte, este dependerá de la actividad que desarrolle y, por otra, si se determinara una específica, cualquier relación que pudiere hacerse resultaría meramente enunciativa, amén de incompleta y seguramente especulativa ya que, por esencia, es su titular quien dispone qué o cuáles de aquellos son los que lo constituyen.

No obstante lo anterior, si en de la determinación de los asuntos o procedimientos que se estima correspondan al know how se

1 STUMPF, Herbert. «El contrato de *know-how*». Edit. TEMIS, Bogotá, 1984, Pág. 110, citado en «Las franquicias, un estudio legal y contractual» Cámara de Comercio de Bogotá, 1995 Cesar Torrente Bayona y otros, Pág. 56.

presentan diferencias de interpretación o confusión con otras figuras, la Superintendencia de Industria y Comercio, previa solicitud, podrá aclarar los conceptos sobre los cuales pudiera existir duda.

Por otra parte, resulta conveniente hacer las sigüientes precisiones conceptuales a efectos de evitar confusión con otras figuras jurídicas:

1) Secreto industrial. Los artículos 72, 73 y 74 de La Decisión 344 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, establecen qué información constituye un secreto industrial, así:

«Art. 72.- Quien lícitamente tenga control de un secreto industrial, estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal secreto sin su consentimiento, de manera contraria a las prácticas leales de comercio, por parte de terceros, en la medida en que:

a) La información sea secreta en el sentido que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos, no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;

b) La información tenga un valor comercial efectivo o potencial por ser secreta; y,

c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control, haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o, comercialización de productos o prestación de servicios.

«Art. 73.- A los efectos de la presente decisión, no se considerará como secreto industrial aquella información que sea del dominio público, la que resulte evidente para un técnico en la materia o la que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial.

No se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal, aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea, cuando la proporcione a efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualesquiera otros actos de autoridad.

«Art. 74.- La información que se considere como secreto industrial deberá constar en documentos, medios electrónicos o magnéticos, discos ópticos, microfilmes, películas u otros elementos similares.»

2) Patente de invención. Conforme al artículo 1° de la referida Decisión, y al artículo 534 y siguientes del Código de Comercio, se entiende por tal el documento en que oficialmente se otorga un privilegio de invención sobre productos o procedimientos en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, tenga nivel inventivo y sea susceptible de aplicación industrial. A su vez, los artículos 4° y 5°, definen el nivel inventivo y la aplicación industrial, en los siguientes términos:

«Art. 4°.- Se considerará que una invención tiene nivel inventivo, si para una persona del oficio normalmente versada en la materia técnica correspondiente, esa invención no hubiese resultado obvia ni se hubiese derivado de manera evidente del estado de la técnica.

«Art. 5°.- Se considerará que una invención es susceptible de aplicación industrial cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios.

De las anteriores disposiciones pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Le ley define cuáles asuntos constituyen un secreto industrial;
- La ley define los requisitos de patentabilidad de una invención;
- Por definición el know how supone que la información en él contenida no ha sido patentada;
- Si bien los conceptos «secreto industrial» y «know how» se

asimilan en cuanto al contenido de la información que ellos contienen, el primero supone el registro ante una autoridad administrativa y por ende la protección del mismo, mientras que el segundo no ha sido registrado pero igualmente está protegido por su confidencialidad.

2- Derecho de inspección y facultad de información de los administradores.

La legislación mercantil ha previsto la figura del derecho de inspección como aquella facultad que asiste a los asociados o accionistas de conocer dentro de los parámetros que la misma ley fija, el funcionamiento y desarrollo de la sociedad.

En las sociedades, particularmente en las anónimas, el derecho de inspección o de fiscalización individual, pertenece a la categoría de los inderogables; se trata de un derecho esencial del asociado pero no por ello se puede afirmar que tiene carácter absoluto frente a la compañía, pues en los artículos 369, 379 numeral 4, 422 y 447 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222 de 1995 se señalan limitaciones temporales y de contenido.

Sobre sus alcances en tales sociedades, este Despacho había manifestado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995:

«Estima esta superintendencia que lo fundamental a dilucidar es lo relacionado con el contenido de ese derecho... cuáles son aquellos libros y papeles sociales y los libros y demás comprobantes exigidos por la ley..»

«Al exigir la ley la exposición de libros y papeles sociales, libros y demás comprobantes está haciendo referencia a aquellos que ella misma impone como obligatorios para las sociedades anónimas, y no es posible remitir a dudas que tales entes deben llevar un libro de registro de acciones cuando estas son nominativas, si la doctrina y la jurisprudencia han señalado el contenido del derecho de inspección en la dirección apuntada, con la salvedad de que dada la especial situación de la sociedad anónima, se justifica la imposición de límites cualitativos y temporales en el ejercicio de

tal derecho. Los límites temporales los ha definido el legislador (15 días hábiles), pero no los cualitativos, por lo que incumbe a la doctrina su precisión, en orden a evitar trastornos en la mecánica administrativa de las empresas y a precaver que los competidores conozcan los secretos industriales y comerciales y el know-how que son intangibles muy valiosos de todo empresario. Esa es la tendencia doctrinaria y legislativa para proteger la empresa. (-)

«Por otra parte, reducir la materia prima sobre la cual pueda ejercerse el derecho de inspección a los estados financieros íntimamente relacionados con la memoria que los administradores presentarán a la asamblea, es tanto como mutilar por vía interpretativa lo que dispone el artículo 447 del estatuto mercantil, cuando exige que «los documentos indicados en el artículo anterior...(precisamente el que alude al contenido de la memoria), junto con los libros y demás comprobantes exigidos por la ley...» se pongan a disposición de los accionistas. La mención del carácter taxativo de la enumeración del artículo 446 del Código de Comercio no guarda relación con el tema que se agita, desde luego que alude a la asamblea y no al accionista individualmente considerado.»[2]

No obstante lo anterior, a partir de la expedición de la Ley 222 de 1995, la cual introdujo modificaciones respecto a los alcances del derecho de inspección en las sociedades anónimas, resulta claro que éste no va más allá del límite temporal que la ley prevé y deberá circunscribirse al examen de los libros de comercio y papeles de la sociedad, con sujeción a las expresas restricciones que impone la ley en los términos del artículo 48, que para zanjar las viejas controversias plateadas en torno al tema, determinó sus límites en cuanto concierne a la materia misma sobre la cual se ejerce esa facultad. En efecto, dicha disposición restringe el acceso de los asociados a los documentos que versen sobre secretos industriales (Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena), así como aquellos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad, así como tampoco sobre aquello que constituye su know how.

---

2 Doctrinas y Conceptos Jurídicos, Superintendencia de Sociedades, 1995, Págs. 171, 172.

Resulta conveniente advertir que el ejercicio del derecho de inspección no puede confundirse con la fiscalización privada que incumbe a la revisoría fiscal, órgano de la sociedad con funciones específicas preestablecidas en la ley y que obra siempre en interés general de los accionistas y no como mandante o delegada de cada uno de éstos en particular.

Ahora bien, en lo que hace la llamada facultad de información, predicable de los órganos de administración de una sociedad para el cumplimiento del mandato que les fuera encomendado legal y estatutariamente, este 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 estimen pertinentes.

Como quiera que en la realidad jurídica societaria, la presencia de las personas en los órganos de administración es meramente transitoria, 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 la referida facultad 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 la Ley 222 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.

Lo anterior se sustenta en la pluralidad de su conformación impuesta en la ley, en el modo en que se eligen sus principales y suplentes y en la forma como delibera y decide.

En ese 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 de la facultad 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.

Lo anterior supone que si la junta directiva, como cuerpo colegiado de administración, y para el ejercicio de las funciones que legal y estatutariamente le competen, en un momento dado requiere acceder a información que en principio es reservada (know how, secretos industriales, etc.), podrá solicitarla conforme a las reglas establecidas para la toma de decisiones, sin perjuicio, claro está, que los estatutos prevean disposiciones que lo prohíban o restrinjan o, por el contrario, faculten expresamente a la junta para acceder sin límites a ella, todo en los términos establecidos en el artículo 438 del Código de Comercio.

De otra parte, vale la pena poner de presente que, conforme a lo dispuesto en el numeral 7 del citado artículo 23 de la Ley 222, a los administradores les asiste el deber de abstenerse de participar en actividades o decisiones que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, circunstancia que impone una especial atención, sobre todo cuando una misma persona haga parte de varias juntas

directivas de diferentes sociedades, en los términos del artículo 202 del Código de Comercio.

Finalmente, resulta conveniente puntualizar que el derecho de inspección radicado en cabeza de los socios o accionistas de una sociedad, es conceptual y sustancialmente diferente a la facultad de información en cabeza de sus administradores, pues, de acuerdo a las consideraciones anotadas, tienen matices diversos y se dirigen a objetivos diferentes.

3- Responsabilidad de los miembros de la junta directiva frente al know how.

Consecuente con lo expuesto ha de tenerse en cuenta que a los miembros de una junta directiva de una sociedad que, por cualquier medio llegaren a conocer asuntos relacionados con su know how (ya sea en ejercicio de sus funciones como cuerpo colegiado de administración o individualmente considerado cada uno de sus miembros), en todo caso, la ley les impone actuar con la diligencia debida guardando la reserva que le es inherente a su naturaleza, so pena de que por la comprobada utilización indebida de la información suministrada, deban responder por los perjuicios causados a la sociedad, en los términos del artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la mentada Ley 222 (Oficio 220- 3036 de enero 21 de 2000).

DERECHO DE VOTO

SUPE... SOC... BIBLIOTECA

USUFRUCTO DE CUOTAS SOCIALES. – LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 185 DEL C. DE Co. – PLURALIDAD JURÍDICA.

Es válido y eficaz el negocio jurídico de usufructo de cuotas sociales, frente a la sociedad, socios y terceros, cuando en virtud del contrato no solo entrega el uso y disfrute sobre los derechos que se desprendan de tal bien mueble intangible, sino el derecho de voto y participación en las reuniones ordinarias y extraordinarias que se celebren en el seno de la compañía.

Para su oposición frente a terceros y publicidad entre socios el contrato de usufructo celebrado con los usufructuarios requiere por su naturaleza, inscripción en el libro de socios y registro en la cámara de comercio.

El Art. 185 segundo inciso Código de Comercio prohíbe a quien actúa en calidad de gerente, representación legal y a los administradores en general de las compañías, votar los balances y cuentas de fin de ejercicio y las de la liquidación. En una sociedad conformada por dos personas, una de las cuales ostenta la calidad de Gerente de una compañía (representa el 70%), ha celebrado un contrato de usufructo sobre sus cuotas sociales, con derecho a voto y participación en reuniones ordinarias y extraordinarias, a favor de dos usufructuarios, pueden estos, en razón del derecho que genera la prestación debida, votar válidamente en la aprobación de estado financieros? Se cumpliría la pluralidad jurídica en la junta de socios?.

Existiría quórum para deliberar y decidir sobre reformas estatutarias y cambio de revisor fiscal, quedando los usufructuarios solos en la junta de socios, por cualquier motivo, retiro del otro socio en plena reunión, por ejemplo?.

Sobre el particular, debe señalarse que como las anteriores inquietudes versan todas sobre el tema del usufructo de cuotas

BIBLIOTECA

sociales, serán absueltas dentro de un mismo contexto de manera general, previas las siguientes consideraciones de orden temático y jurídico:

El usufructo conlleva la existencia de dos derechos, los cuales, si así puede catalogarse, conviven, uno en cabeza del llamado NUDO PROPIETARIO y el otro en cabeza del denominado USUFRUCTUARIO. Entendiéndose como USUFRUCTO: "Der. Civ. Derecho real principal, desmembramiento del derecho de propiedad, que confiere a su titular el derecho a utilizar la cosa y percibir los frutos, pero no el de disponer de ella, que pertenece al nudo propietario", como NUDA PROPIEDAD: " Der. Civ. Derecho real principal, que da a su titular el derecho a disponer de la cosa, pero no le confiere ni el uso ni el goce, las cuales son prerrogativas del usufructuante sobre esa misma cosa" y como FRUTUS: "Der. Civ. Palabra latina que designa uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una cosa; es decir, el derecho de percibir los frutos, en el sentido amplio del término" (Diccionario Jurídico, paginas 184, 261 y 387- Editorial Temis, Bogotá, 1986).

Según 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 restituirla a su dueño, si la 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".

Conforme lo anterior, en el usufructo el derecho de propiedad se desmembra, en cuanto que por una parte el usufructuario utiliza la cosa dada en usufructo y percibe lo que produce, es decir tiene el derecho de goce y por la otra, el propietario o nudo propietario, conserva para todos los efectos el derecho de disponer de la misma.

El Código de Comercio al respecto establece:

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" (entiéndase artículo 411).

Valga anotar, antes de continuar abordando el tema, que si bien en la legislación mercantil, el usufructo está referido a las acciones, es claro que también se aplica a las cuotas sociales y por ende a las sociedades de responsabilidad limitada, con apoyo en el artículo 372 del Código de Comercio, según el cual en lo no previsto en el Código de Comercio o en los estatutos para las sociedades de responsabilidad limitada, ellas se regirán por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas.

De las disposiciones transcritas (artículos 410 y 412 del Código de Comercio) podemos concluir que 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 (Oficio 220-8934 del 14 de marzo de 1996).

El profesor José Ignacio Narváez, sostiene lo siguiente:

"El usufructo supone siempre la coexistencia de los derechos del nudo propietario, o sea del dueño de la cosa fructuaria, y los de la persona en cuyo favor se constituye esa desmembración de la propiedad, consistente en usar y disfrutar la cosa con cargo de conservar su forma y sustancia, y la obligación correlativa de restituirla oportunamente a su dueño.

Pues bien, el usufructo confiere ciertos derechos inherentes al status socii, que corresponden siempre al nudo propietario: a) el de negociar o ceder, a cualquier título, las partes de interés, cuotas o acciones; b) el de darlas en prenda; y c) el de obtener la parte proporcional en el haber social neto cuando se liquide la sociedad

BIBLIOTECA

En consecuencia, salvo que en el contrato de usufructo se estipule lo contrario, incumbe al usufructuario el derecho de representación en la junta de socios o asamblea de accionistas". (Teoría General de las Sociedades – Ediciones Doctrina y Ley – 1996, paginas 259 y 260).

Según las consideraciones expuestas, procede hacer referencia en su orden a las inquietudes planteadas:

En el caso concreto del primer interrogante, es claro que frente a la sociedad, socios y terceros, jurídicamente es viable el contrato de usufructo respecto de cuotas sociales, y en virtud del mismo el usufructuario tiene el goce, disfrute y administración de las cuotas, así como la facultad de participar en las reuniones del órgano social y votar en ellas, salvo pacto expreso en contrario, conservando el nudo propietario, la plena titularidad de las mismas, es decir, el derecho de propiedad.

En relación con la segunda pregunta, cabe señalar que para que el usufructo de cuotas sociales surta efectos frente a la sociedad y terceros, basta que se realice la inscripción en el libro de registro de socios correspondiente, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 411 ibidem.

Visto lo anterior, frente a las inquietudes propuestas y partiendo de la base de que hay pleno conocimiento de los conceptos expresados por esta Superintendencia en los oficios 220-16368 del 21 de marzo de 1997 y 220-10136 del 23 de marzo de 2001, así como del Memorando DAL-039 del 11 de julio de 1988, referentes de una parte al tema de la prohibición contenida en el artículo 185 del Código de Comercio, en virtud del cual los administradores de una sociedad, están impedidos para votar los estados financieros que se sometan a su consideración y de la otra, al requisito de la pluralidad jurídica que se exige en las reuniones del máximo órgano social, resulta pertinente realizar las siguientes consideraciones:

En cuanto a la prohibición consagrada en el artículo 185 de la Legislación Mercantil, se tiene que *"Salvo los casos de representación legal, los administradores y empleados de la sociedad no podrán representar en las reuniones de la asamblea*

o junta de socios acciones distintas de las propias, mientras estén en ejercicio de sus cargos, ni sustituir los poderes que se les confieran".

"Tampoco podrán votar los balances y cuentas de fin de ejercicio ni las de la liquidación"

De acuerdo con la disposición citada, a los administradores de una compañía a pesar de ser socios, les está impedido entre otros aprobar los balances y cuentas de fin de ejercicio así como los de la liquidación. indudablemente es una norma imperativa de carácter prohibitivo que se funda única y exclusivamente en principios de índole ética, en tanto que su finalidad no es otra que la de garantizar la transparencia en la gestión de los negocios sociales, impidiendo que los empleados y administradores que han tenido participación en el desempeño de las actividades que se ven reflejadas en las cuentas, puedan votar respecto los estados financieros que han de ser sometidos a consideración del máximo órgano social, pues resulta apenas lógico que no deban ser los mismos administradores quienes evalúen y aprueben su gestión.

Ubicados dentro del anterior entorno, se aprecia cómo la ley expresamente determina los derechos que puede ejercer el usufructuario sin efectuar restricción alguna en cuanto concierne a los que son inherentes a la calidad de socio, como igualmente las limitaciones que pesan sobre el socio que a la vez sea administrador, entratándose de la aprobación de las cuentas y los estados financieros que han de ser sometidos a consideración del máximo órgano social.

En este último caso, al darse las cuotas en usufructo y teniendo en cuenta que dicha figura no conlleva la transmisión del derecho de propiedad, por lo cual la calidad de socio la conserva el nudo propietario, podría colegirse que al ostentar éste la condición de administrador, tampoco le es dable a los usufructuarios aprobar las cuentas de fin de ejercicio, en el entendido de que al no ser éstos unos sujetos con entidad distinta a la del socio, la limitación se aplica a pesar del usufructo constituido sobre sus cuotas sociales.

Sin embargo ha de tenerse en cuenta que si bien es cierto por virtud del usufructo no se produce una escisión respecto del titular

de las cuotas sociales y en esa medida la calidad de socio la conserva exclusivamente el nudo propietario, sin que pueda atribuirse al usufructuario la entidad jurídica de un sujeto distinto de aquel, también lo es que en la practica éste se separa de su derecho a participar en las deliberaciones del máximo órgano social y adoptar las decisiones que son de su competencia, lo que supone que los usufructuarios en ejercicio del derecho que les es cedido, obran con total autonomía e independencia frente al nudo propietario, sin perder de vista que aquellos no son mandatarios.

Ahora bien, analizando aisladamente la situación que surge en el caso del nudo propietario que simultáneamente es administrador, se advierte que éste por una parte se despoja del derecho que como socio le asiste para intervenir en las determinaciones del órgano social y su voluntad en ese escenario es sustituida por la de los usufructuarios, no obstante lo cual para todos los efectos legales permanece incólume su condición de administrador, la que ostenta no por derivarse de su calidad de socio, sino por razones distintas, lo que implica que el usufructo constituido sobre sus cuotas no modifica el ámbito de sus facultades ni le traslada a los usufructuarios derechos adicionales, de suerte que éste seguirá ejerciendo sus funciones de manera autónoma e independiente, según las disposiciones legales y estatutarias que determinen sus funciones.

En ese orden de ideas, es preciso remitirse nuevamente a los presupuestos que establece el citado articulo 185, de donde se tiene que son sujetos específicos de la restricción los administradores y empleados de la sociedad; es decir que se requiere la concurrencia de una condición adicional en cabeza del socio, cual es la de ser empleado o administrador. Esta condición en el caso objeto de análisis se predica exclusivamente del nudo propietario, como quiera que es él quien detenta privativamente las funciones propias del cargo que le atribuyen ese carácter, sin que pueda en manera alguna inferirse que éste se haga extensivo al usufructuario, pues como ya se ha visto, éste si bien ejerce los derechos inherentes al socio, no tiene ninguna de las aptitudes propias del administrador.

Por consiguiente, a juicio de este Despacho la consideración anterior lleva a concluir que no le es aplicable al usufructuario la restricción que en los términos del artículo 185 citado le

impide al administrador-socio votar los balances y cuentas de fin de ejercicio, toda vez que la posición jurídica del mismo no lo reviste de las condiciones que la disposición legal invocada exigen del sujeto sobre el cual recae la restricción; por el contrario para ese efecto resulta claro que la calidad de administrador es una diferente a la de socio y en tal virtud el usufructuario, mal podría ser privado del derecho que ordinariamente le asiste para evaluar y votar las cuentas y balances de fin de ejercicio que sea sometidos a consideración del máximo órgano social, cuando él no es administrador y como tal su conducta no vulneraría la norma, pues en la medida en que no tiene participación alguna en la administración de la sociedad, no puede decirse que esté aprobando sus propias cuentas.

En apoyo de dicha conclusión, restaría agregar el principio general de derecho según el cual, las normas de carácter prohibitivo, tienen aplicación eminentemente restrictiva, de donde no le es dable al interprete extender sus alcances.

Lo anterior, dando por supuesto que el usufructo es un negocio jurídico real y lícito, en cuya constitución las partes han obrado de buena fe, sin desconocer que si bien es cierto eventualmente pudiere emplearse como mecanismo para defraudar la ley, habría que probar la existencia de esos móviles.

Por último, debe insistirse que en el caso de las cuotas sociales dadas en usufructo por un sólo asociado a dos usufructuarios, no se da la denominada pluralidad jurídica, por cuanto el usufructo tiene origen en un solo titular del derecho de propiedad; en esas circunstancias lo que se da es la entrega de las cuotas a dos personas para que las usufructúen y por consiguiente, no puede con su sola participación conformarse quórum para deliberar y decidir, pues se estaría en presencia de una reunión unipersonal.

Al respecto esta entidad ha conceptuado que "...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 admitir que cuando concurran simultáneamente el titular de las cuotas y el 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.

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" (Oficio 220-8934 del 14 de marzo de 1996). Argumento que igualmente explica porque no es viable admitir que exista pluralidad con la presencia de dos usufructuarios de un solo socio (Oficio 220- 27442 de junio 29 de 2001).

LA UNIDAD DEL DERECHO DE VOTO COMO REGLA GENERAL.

Teniendo en cuenta que esta Superintendencia en el concepto publicado en el Libro Doctrinas y Conceptos Jurídicos de 1995[1], que reúne en forma resumida los oficios 220-17945 de agosto 6 de 1993 y 220- 2764 del 9 de febrero de 1994, acepta como regla general la posibilidad de fraccionar el voto por parte de un mismo accionista titular de varias acciones, en los siguientes términos se reconsidera la posición adoptada por la Superintendencia de Sociedades en tal sentido, con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

1. En el artículo 379 del Código de Comercio (en adelante, C. Co.") se prevé que cada acción conferirá a su propietario el derecho a participar y votar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas. Antes de concluir que de dicha disposición se desprende la posibilidad general de que su propietario independice el voto correspondiente a cada acción, es necesario recordar que para efectos de la debida correspondencia y armonía en la interpretación de las normas legales, en el artículo 30 del Código Civil se prescribe que el contexto de la ley sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes. En este caso, de dicho contexto debe destacarse el carácter contractual de la sociedad, en cuya ejecución sucesiva participan los socios al actuar reunidos en asamblea y deliberar y votar en ella en forma individual.

Al examinar la admisibilidad o inadmisibilidad del voto divergente, esto es, de la votación simultánea y en diverso sentido por parte de un mismo accionista, se debe tener en cuenta la relación que existe entre la identificación e individualización de los accionistas[2] y la

1 Superintendencia de Sociedades Doctrinas y Conceptos Jurídicos. 1995. paginas 219-222.

2 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 377 del Código de Comercio, en las acciones nominativas, a diferencia de las acciones al portador, se identifica como propietario de las mismas a quien se halle inscrito en el libro de accionistas.

consideración de los derechos de éstos como un "conjunto"[3] del cual forma parte un derecho de voto cuyo poder se determina en consideración al porcentaje del capital social correspondiente al aporte efectivamente pagado por cada uno de dichos accionistas individualmente considerados. Es así como las acciones de igual valor (Art.. 375 C. Co.) sirven de medida de determinación de las obligaciones y derechos sociales de los accionistas, de manera que en una reunión de la asamblea un accionista individualizado vota una sola vez, cualquiera que sea el número de acciones que posea, o, como se suele decir para describir el poder decisorio de su voto, vota tantas veces cuantas acciones posea; y, según se sostendrá en éste concepto, salvo excepciones, dicho voto tiene un mismo sentido, como corresponde al hecho consistente en que el ejercicio de las facultades emanadas de la condición de accionista lo lleva a cabo, en principio, un solo sujeto poseedor de una sola voluntad, sin perjuicio de que éste, en los términos del artículo 184 del C. Co.., pueda hacerse válidamente representar por otro.

En este orden de ideas, la efectividad de las decisiones sociales y del funcionamiento de la asamblea en forma acorde con el sentido de las reglas referentes a mayorías decisorias, derechos de impugnación, cuociente electoral y pluralidad; y, en consecuencia, la cabal aplicación de artículos tales como 188, el 191, el 197 y el 382 del Código de Comercio y el 68 de la ley 222 de 1995, exigen la determinación clara y concreta de la posición adoptada por cada accionista al votar, esto es, al participar con su voto en la adopción de una decisión social.

2. El voto es la manifestación o forma de expresión de la única decisión del accionista frente a un determinado acto o proposición; y al ser la decisión la *"determinación, resolución, que se toma o se da en una cosa dudosa"*[4], resulta absurdo propiciar determinaciones que, más

3 Vivante Cesar. Tratado de Derecho Mercantil Volumen II Las Sociedades Mercantiles. Primera Edición. Madrid Ed. Reus S.A., 1932. Pág. 208 *"La palabra acción se usa en varios sentidos, y la ley se vale de uno u otro según las exigencias de su concepto. Ora indica con dicha palabra cada una de las fracciones en que se ha dividido el capital; ora el conjunto de derechos y obligaciones que nacen a los socios del contrato social; ora, por fin, el título con que los socios hacen valer sus derechos y los transmiten a otros" (subrayado fuera del texto).*

4 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Edición. 1984.

que dudosas, sean ambivalentes o, peor aún, más dudosas que el objeto materia de determinación. Por ejemplo, si un accionista votara con la mitad de sus acciones a favor de una decisión y, al mismo tiempo, votara en contra de la misma con la otra mitad de éstas, o si con porcentajes distintos manifestara su voluntad en sentidos opuestos, se daría una especie de esquizofrenia decisoria contraria a la efectividad del contrato social, en función del cual deben llevarse a cabo las conductas y manifestaciones de voluntad de los contratantes.

En esta materia no está en juego el indiscutible derecho del accionista a ponerse en ridículo, el cual, según lo recuerda Gierke, no está prohibido por ningún principio del derecho de las sociedades anónimas[5]; de lo que se trata es de establecer un criterio general que deje a salvo la operancia de las reglas propias de un contrato plurilateral, de colaboración y de ejecución sucesiva en forma acorde con el conjunto normativo del cual forman parte. Por esa razón, hay que entender que en el artículo 379 del C. Co. se reconoce la posibilidad de que todos y cada uno de los accionistas pueden adoptar decisiones para la formación de la voluntad social, independientemente de que el número de acciones multiplique el poder de voto de una manifestación de voluntad individual expresada en un único y determinado sentido, la cual no puede ser escindida o bifurcada cuando proviene de un solo accionista.

3. 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

5La cita es de Rubio. Crf. Rodríguez , Fernando, La Representación de los Accionistas en la Junta General de la Sociedad Anónima, Ed. Civitas, Madrid,1990, p.61

BIBLIOTECA

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.. 191)[6].

En el mismo sentido, admitir la posibilidad general del voto divergente en cabeza de un único titular de varias acciones resulta contradictorio frente a la pluralidad[7] exigida para la formación de las asambleas y juntas de socios, toda vez que no tendría sentido exigir, por un lado, la presencia o representación de un número plural de voluntades si, por el otro, un único accionista titular de varias acciones puede, si así lo desea, votar de manera distinta con cada una de ellas, como si poseyera varias voluntades. En efecto, si la eficacia legal de la deliberación depende de un número plural de socios[8], y no hay quórum con la presencia o representación de un solo socio, así sea mayoritario, no puede admitirse como regla

---

6 Según Jaeger, " un sólo aspecto del voto divergente puede suscitar preocupaciones desde el punto de vista de los intereses tutelados, y es aquel relativo a la impugnación"; aunque advierte que en su opinión de todas maneras que hay muchos ejemplos en los cuales el voto divergente puede satisfacer exigencias objetivas y respetables; y pone el caso de la sociedad fiduciaria titular de acciones de diferentes socios y diferentes fiduciantes. Pier Jaeger Giusto. Denozza Francesco. Appunti Di Diritto Comérciale. I Impresa e Società. Quarta Edizione. Milano- Dott. A. Giuffre Editore. 1997.

7 De acuerdo con la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, Memorando DAL-039 julio 11 de 1988. *"Esta fuera de discusión que, en la gran mayoría de los casos, las asambleas y juntas de socios se conforman con un número plural de personas físicas. Pero no debe perderse de vista que existe también la posibilidad de que con la sola asistencia de un representante de varios asociados, se dé pleno cumplimiento a la exigencia legal en materia de pluralidad, a que se concreta este estudio sobre formación de los llamados máximos órganos sociales de las compañías mercantiles".*

8 Artículo 68 de la ley 222 de 1995 *"La asamblea deliberará con un número plural de socios que represente, por lo menos, la mitad más una de las acciones suscritas, salvo que en los estatutos se pacte un quórum inferior. Con excepción de las mayorías decisorias señaladas en los artículo 155. 420 numeral 5° y 455 del Código de Comercio, las decisiones se tomarán por mayoría de los votos presentes. En los estatutos que no negocien sus acciones en el mercado público de valores, podrá pactarse un quórum diferente o mayorías superiores a las exigidas".*

general que un único titular de varias acciones pueda bifurcar su votación, toda vez que se contrariaría el supuesto legal consistente en que la mayoría decisoria se forma como consecuencia de la obtención de un número plural de voluntades concordantes, situación jurídica que es indispensable desde el punto de vista contractual para que un número plural de contratantes pueda válidamente expresar, para efectos de conformar la voluntad colectiva o social, la aprobación o improbación de una propuesta; tal y como lo señala Vivante, *"En la asamblea todo suscriptor tiene derecho a un voto, cualquiera que sea el número de acciones que haya suscrito, porque actúa como contratante y por lo tanto no puede dar varios votos y varios consentimientos"*[9].

4. En alguna doctrina extranjera se ha sostenido la admisibilidad general del voto divergente como consecuencia de la posibilidad legal de la representación múltiple o fraccionada, esto es, de la concurrencia a la asamblea a través de varios representantes repartiendo entre ellos las acciones de propiedad del único accionista o, incluso, concurriendo también éste pero votando sólo con algunas de sus acciones y dejando la vocería de las restantes en uno o varios representantes. En el derecho colombiano vigente, en cambio, la afirmación general del carácter unitario de la manifestación de voluntad de cada accionista o contratante se refuerza al advertir que en el artículo 184 del C. Co.., cuando se establece que todo socio pueda hacerse representar en las asambleas o juntas de socios mediante poder, se restringe el apoderamiento de forma tal que no es legalmente posible hacerse representar por varios apoderados que actúen simultáneamente en nombre del mismo accionista; tal es el efecto de la disposición que prevé que en el poder *"..se indique el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso"*. Un supuesto distinto es el de la designación de un representante común por parte de varios accionistas, lo cual es perfectamente posible, como quiera que en tal caso a dicho apoderado le

9 Vivante Cesar. Ob.cit. p.185.

corresponde la exteriorización de la voluntad de al menos dos accionistas, y no de al menos dos acciones[10], y de ahí que pueda pronunciarse en sentidos distintos, tal y como ha sido aceptado por la doctrina nacional[11].

De otra parte, y con fundamento exclusivo en la ausencia de norma expresa, prohibitiva del voto divergente, algunos doctrinantes nacionales han admitido la bifurcación del sentido de la votación advirtiendo, sin embargo, la indivisibilidad legal de la representación y los riesgos que del fraccionamiento de la decisión se derivan frente al desarrollo y ejecución del contrato social.[12]

---

10 Jaeger se pregunta si un accionista puede conferirle poder a su representante o asesor para que en una reunión en la que él mismo también participa, pueda con las acciones que esta representando votar en un sentido distinto al titular, advirtiendo que en este caso no es admisible el voto divergente porque no se puede actuar en una misma reunión en parte como mandante y en parte ~~a través de mandatario; Pier Jaeger Giusto.~~ Denozza Francesco. Appunti Di Diritto Comérciale. I Impresa e Società. Quarta Edizione. Milano- Dott. A. Giuffre Editore. 1997.

11 Pinzón, Gabino Sociedades Comerciales, Ed. Temis, Bogotá, Tercera Edición, 1989, volumen II, Tipos o formas de Sociedades, p. 234.

12 Martínez Neira, Néstor Humberto y Gómez Araujo, Luis Alberto Asamblea General de Accionistas Derecho Societario Colombiano. Librería Fuente Jurídica 1979. " *Enhorabuena la indivisibilidad del al representación encuentra consagración positiva en Colombia, al disponer el artículo 184, ídem, que la representación es viable "mediante poder otorgado por escrito, en el que se indique el nombre del apoderado...", singular éste que despeja la posibilidad de que sean varios los representantes. Hay que recordar, desde otro punto de análisis, que es principio positivo en nuestro derecho la indivisibilidad de las acciones (Código de Comercio, Art., 378)* p. 115 *"Una de las cuestiones más controvertidas en esta materia estriba en la viabilidad jurídica de la tesis de la "unidad del voto", según la cual una persona accionista no puede votar con sus acciones en distintos sentidos. Desde el punto de vista del derecho positivo, no hay solución al alcance de la mano, pero la doctrina sostiene la fuerza su fuerza vinculante, puesto que pugna con la lógica jurídica el que una misma persona pueda votar a favor, en contra o en blanco de una misma proposición. Una persona poseedora de una sola voluntad no puede desear varias cosas contrapuestas al mismo tiempo... Pero, como quiera que en nuestro sistema el fraccionamiento de los votos no está prohibido, consideramos que no puede censurarse ni invalidarse la actividad de quien emite varios votos con distinto sentido. No obstante, este vacío legislativo debe tenerse en cuenta en cualquier intento de reforma del Código de Comercio, por cuanto lo que se logra por medio de la indivisibilidad de la representación – según lo expuesto- se ve seriamente afectado al no predicarse la unidad del voto" (Subrayado fuera del texto)* p. 139-141.

Lo expuesto implica que cuando se confiere un mandato para efectos de la participación en una asamblea, dicho mandato conlleva la representación del mandante, es decir, del accionista. Por esa razón, no tiene sentido que un accionista que concurra a la asamblea y permanezca físicamente presente durante toda la reunión, confiera poder a uno o varios mandatarios para que concurran simultáneamente con él y ejerzan divergentemente el derecho de voto correspondiente a algunas de las acciones de su propiedad. El representado, esto es, el titular del conjunto de derechos derivados de la calidad de accionista, es uno solo; y, si está presente no requiere de representante, de manera que su aparición o reaparición, y, sin lugar a dudas, un pronunciamiento suyo distinto al del mandatario, equivalen a una revocación tácita del mandato que haya podido conferir, y que hay que entender que en todo caso cobija la representación de todas sus acciones.

5. Hay que reiterar que en el artículo 184 del C. Co. el mandato plural se permite sólo para efectos de la sustitución; y si se aceptara una interpretación extensiva de la disposición en cuestión para admitir la concurrencia simultánea de varios mandatarios, o del accionista y de uno o más mandatarios, de todas formas la multiplicidad de mandatos no desintegraría la unidad del voto del mandante único, por lo cual todos ellos tendrían que votar en el mismo sentido, o todos ellos tendrían que abstenerse de votar.

En este sentido, excluyendo la mencionada e hipotética teoría de interpretación extensiva el Despacho considera que de conformidad con los artículos 186 y 190 del Código de Comercio, para efectos de contabilizar el quórum requerido para la eficacia de las decisiones adoptadas en la reunión de máximo órgano social, se deben previamente descontar las acciones representadas por múltiples apoderados de un mismo titular, toda vez que en los términos del artículo 184 del Código de Comercio no es procedente cuestionar la efectividad o no de los múltiples poderes otorgados por un único accionista a diferentes apoderados, ya que el legislador restringió el apoderamiento a una sola persona al exigir que en el poder se indique el nombre del apoderado y si es el caso en quien éste puede sustituirlo. Así mismo una vez verificado el quórum, el fraccionamiento

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

de voto por parte de un único accionista presente directamente o por intermedio de apoderado en la reunión, genera nulidad absoluta de las decisiones sociales cuando a consecuencia de la dudosa manifestación de voluntad se vulneran las mayorías legal o estatutariamente exigidas para la adopción de dicha decisión.

6. Lo anterior resulta armónico con la previsión contenida en el artículo 378 del C. Co.., en el cual, como consecuencia de la indivisibilidad de cada acción, se establece que "*cuando por cualquier causa legal o convencional una acción pertenezca a varias personas, éstas deberán designar un representante común y único que ejerza los derechos correspondientes a la calidad de accionista*", de manera que cualquier discrepancia o divergencia entre condueños que pueda incidir en la definición del sentido único del voto correspondiente a la acción de propiedad común, se resuelve por fuera del ámbito del contrato social, dentro del cual, a la hora de votar, sólo opera el representante común y único, sin que tenga mayor sentido imaginarse la posibilidad de un único voto fraccionado o autodivergente.

7. Los artículos 411[13], 412[14] y 413[15] del C. Co.. referentes al caso de acciones objeto de prenda, usufructo o anticresis, confirman la unidad del voto como regla general, así no exista una disposición legal expresa que lo consagre, toda vez que éstos son excepcionales supuestos en los cuales existe un único titular de varias acciones y en los que es posible que el voto correspondiente a alguna o algunas de sus acciones sea ejercido por él, mientras que el de las demás sea ejercido por otras personas en razón a la desmembración del

13 "La prenda no conferirá al acreedor los derechos inherentes a la calidad de accionistas sino en virtud de estipulación o pacto expreso...".

14 "Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionistas, 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".

15 "La anticresis de acciones se perfeccionará como la prenda y el usufructo y sólo conferirá al acreedor el derecho de percibir las utilidades que correspondan a dichas acciones a título de dividendo, salvo estipulación en contrario".

derecho real de dominio que legalmente se deriva del modo vinculado a la celebración y ejecución de tales contratos.

En estos eventos, la excepción legal que permite el fraccionamiento del derecho de voto reconoce los efectos legales que resultan de los contratos de usufructo, prenda y anticresis, efectos éstos que en lo que se refiere a derechos reales resultan oponibles frente a terceros, como lo son la sociedad y los demás accionistas. Así, el primero de ellos conlleva el derecho de goce en cabeza del usufructuario de utilizar y percibir los frutos la cosa dada, mientras que el nudo propietario conserva el derecho a disponer de ella[16], de forma tal que, salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo de acciones conferirá al usufructuario el derecho de votar o decidir en el seno del máximo órgano social. Los accionistas al pignorar acciones pueden conferirle expresamente al acreedor prendario el derecho a tomar parte en la formación de la voluntad social. De igual forma, el accionista deudor de una obligación podrá, mediante un contrato de anticresis, desmembrar el derecho de dominio sobre acciones suyas confiriéndole al acreedor el derecho de goce de las mismas, pero en todo caso manteniendo la titularidad de éstas, sin que ello obste para que se ceda además, el derecho a participar y votar en las deliberaciones de la asamblea.

Por consiguiente, el ejercicio del voto por parte del usufructuario, acreedor prendario o anticrético sobre alguna o algunas acciones de propiedad del nudo propietario, no impide que éste conserve el derecho de voto derivado de otras acciones de su propiedad, y de ahí que pueda darse la bifurcación del sentido de la votación pese a que las acciones pertenezcan a un solo accionista.

8. Igualmente, procede por excepción el fraccionamiento del voto en el caso de un contrato de fiducia mercantil cuando el patrimonio autónomo derivado de su celebración esté compuesto por acciones transferidas al fiduciario (C. Co.. Art..1226) por varios accionistas

16 Artículo 823 del Código Civil.

BIBLIOTECA

que en su calidad de fiduciantes (C. Co.. Art..1236-1), para sí o a favor de los beneficiarios (C. Co.. Art.. 1235), en el acto constitutivo reserven individualmente los derechos políticos correspondientes a las acciones transferidas por cada uno de ellos, por lo cual dicho fiduciario está obligado seguir las instrucciones de cada uno de los fiduciantes o beneficiarios al momento de votar por cuenta del patrimonio autónomo del cual forman parte las acciones fideicomitidas (C. Co.. Art..1233). Y ello porque, según lo ha precisado la Superintendencia Bancaria en la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, *"...en aquellos casos en los cuales la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se encuentre sujeta a registro, el contrato respectivo deberá constar por escrito y la tradición se efectuará mediante la entrega material de dichos bienes y la inscripción del título en los términos y condiciones señalados en el numeral 2 del artículo 146 del estatuto orgánico del sistema financiero*". En efecto, la inscripción en el libro de acciones de la transferencia de las acciones al fiduciario con la reserva expresa del ejercicio del derecho de voto de conformidad con lo dispuesto en el título (la fiducia) que da origen a su adquisición, hace que frente a la sociedad y a los demás titulares inscritos sea oponible la cláusula que faculta al fiduciario para votar en cada caso, es decir, en lo que se refiere a las acciones de cada fiduciante, de conformidad con las reglas que correspondan en virtud del acto constitutivo.

9. Hay que agregar que los denominados acuerdos entre accionistas sobre voto, oponibles a la sociedad y a los demás accionistas y consagrados en los términos del artículo 70 de la ley 222 de 1995[17], confirman la unidad del voto como regla general, toda vez que a través de ellos dos o más accionistas de una sociedad pueden convenir el sentido en que van a votar, el cual, por expresa disposición legal, debe ser igual; y hay que entender que el acuerdo cobija el voto derivado de la totalidad de las acciones de propiedad de los contratantes, como corresponde a un acuerdo entre accionistas – y no de acciones- en materia de voto, que es distinto a un acuerdo respecto del voto derivado de algunas acciones.

---

17 Artículo 70 de la ley 222 de 1995: *"Acuerdos entre accionistas. Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual y determinado sentido en las asambleas de accionistas..."*

10. Sentada así la unidad del voto como regla general e identificadas las indicadas excepciones cuyo origen se encuentra en determinados contratos y en las normas legales que éstos ponen en movimiento, cabe preguntarse qué ocurre si entre un accionista y un tercero se celebra un contrato distinto de un acuerdo entre accionistas de los previstos en la Ley 222 de 1995, cuya celebración y ejecución no implique un modo que produzca el desmembramiento o la transferencia plena o fiduciaria del derecho de dominio sobre algunas de sus acciones, sino que se limite al efecto obligatorio y relativo propio de la generalidad de los contratos (artículo 864 C. Co.), como ocurriría, por ejemplo, en la hipótesis de un arrendamiento o comodato de acciones, que incluyera a favor del arrendatario el goce del derecho de voto.

Sobre el particular, hay que decir que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 419 del C. Co.., "*La asamblea general la constituirán los accionistas reunidos con el quórum y en las condiciones previstas en los estatutos*", como corresponde al hecho de que son tales accionistas los contratantes vinculados a través del contrato social; y de ahí que en los términos del artículo 379 del C. Co.., cada acción confiera, entre otros, el derecho "*de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y de votar en ellas*" a su propietario, y solamente a su propietario, es decir, a quien la suscribe en el mercado primario mediante un contrato que obliga a la sociedad a "reconocerle la calidad de accionista" (C. Co.. Art..384), o a quien la adquiere en el mercado secundario mediante un acuerdo con el accionista enajenante que sólo produce efectos frente a la sociedad y a terceros como consecuencia de su inscripción en el libro de registro de acciones (C. Co.. Art.. 406).

Significa lo anterior que el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada del accionista mediante la celebración de contratos -distintos de los ya mencionados acuerdos entre accionistas- que recaigan sobre las acciones de su propiedad y que no tengan el carácter de títulos traslaticios o modificatorios del dominio sobre las mismas, no puede generar efectos al interior del ámbito del contrato social del cual también es parte el accionista, dada la inoponibilidad frente a la sociedad y a los accionistas de cualquier

TECA

pacto no expresado en los estatutos sociales (Art.. 118 C. Co..). Tal inoponibilidad es, por supuesto, independiente de la eficacia, existencia o validez del respectivo contrato no societario; para lo que aquí interesa, debe insistirse que quien vota es el accionista, es decir, que quien ejerce un acto al interior, con sujeción y en desarrollo del contrato social es un contratante o asociado, de manera que como consecuencia de la obligatoriedad del contrato social y de las leyes que se entienden incorporadas a él al tiempo de su celebración (Ley 153 de 1887, Art.. 38), frente a la sociedad y a los demás accionistas no opera una eventual cesión del derecho de voto en virtud de títulos que no comporten transferencia o desmembración del derecho de dominio.

Es entonces completamente aplicable al derecho colombiano vigente la conclusión a que llegaron Garrigues y Uría con base en la ley española del 17 de julio de 1951, al decir que "*se infiere que sólo podrán contribuir a la formación de la voluntad social asistiendo y votando en las juntas generales, por sí o por representante, aquellas personas que por haber invertido capital en la empresa han adquirido la condición de accionista, y que, por el contrario, no estarán legitimados para asistir y votar en las juntas quienes pretendan fundar la legitimidad de su presunto derecho en una simple cesión del voto hecha a su favor por cualquier accionista. Hay que señalar, sin embargo, que por vía de excepción nuestra ley permite que los estatutos autoricen a votar en las juntas generales a personas no accionistas titulares de un derecho real de usufructo o de prenda sobre las acciones. Para ambos supuestos los artículos 41 y 42 admiten que se separe el derecho de voto de la titularidad de las acciones, pasando al usufructuario y al acreedor pignoraticio, no accionistas, aunque tengan por virtud de sus respectivos derechos reales sobre las acciones ajenas un evidente interés en la marcha de la empresa*" [18]. Conviene agregar que en la séptima edición del "Curso de Derecho Mercantil" de Garrigues, revisada por Bercovitz con

18Garrigues Joaquín, Uría Rodrigo, Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo I, Tercera Edición, Revisada, corregida y puesta al día por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Madrid, 1976, p. 468.

anterioridad a la expedición de la ley española de 1989 de adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la actual Unión Europea en materia de Sociedades, ley ésta en cuyo articulado (texto refundido aprobado mediante el real decreto legislativo 1564 de 1989, Arts. 48-1 y 48-2-c) se mantiene en éste aspecto el sentido de la ley de 1951,se insiste en el anterior planteamiento con apoyo en jurisprudencia de dicho país, señalando que "*A diferencia de los derechos patrimoniales del accionista, el derecho de voto constituye un derecho personal que por su especial naturaleza no puede ser enajenado con independencia de la acción y ha de ser ejercitado necesariamente por el propio titular por sí o por medio de representante (STS de 17 de noviembre de 1972, 11 de octubre de 1973 y 14 de marzo de 1974)*".[19]

Así las cosas, mientras que de las transferencias, limitaciones o desmembraciones de derechos de dominio sobre acciones se toma nota en el libro de registro de acciones, por lo cual son oponibles a la sociedad las consecuencias que ellas conlleven en cuanto a la bifurcación del voto, un contrato que no implique el registro en el libro de acciones de transferencia o limitación de dominio alguna no es oponible a la sociedad (Art.. 118 C. Co.). Por esa razón, para la efectividad del hipotético contrato de arrendamiento o comodato aquí planteado como ejemplo, se requeriría cumplir con la obligación consistente en facultar al arrendatario o comodatario para que represente al arrendador o comodante en la reunión de la asamblea, o en obligarse el accionista a votar en el sentido determinado por el arrendatario o comodatario en ejecución del respectivo arriendo o préstamo de uso, obligaciones éstas que de no pactarse en tales contratos habría que entender incluidas en los mismos, de conformidad con el principio de la buena fe consagrado en el artículo 871 del C. Co... Pero hay que aclarar que, en tales casos, frente a la sociedad y a los demás accionistas resulta indiferente si se cumple o no con el contrato de arriendo o de préstamo, de tal manera que si el arrendador o comodante no vota en la forma definida por el arrendatario o comodatario, dicho incumplimiento contractual no

19Garrigues Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil",Segunda Ed., Revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Ed. Porrua S.A., México 1981, p.521.

BIBLIOTECA

tiene ninguna incidencia en la validez del ejercicio de su derecho de voto de conformidad con el contrato social del cual es parte.

En el mismo orden de ideas, si con causa en el arriendo o comodato el accionista confiere un mandato con representación al arrendatario o comodatario, los términos del mandato siguen siendo indiferentes para la sociedad y los demás accionistas, pues frente a ellos basta el poder que facultad al arrendatario o comodatario para actuar por cuenta y en nombre del accionista poderdante; pero hay que precisar que en tal evento, la exigencia societaria de la unidad del voto implica que el accionista tendría que conferirle poder al arrendatario o comodatario para votar con la totalidad de sus acciones, inclusive si no las ha arrendado o prestado todas. No puede aceptarse que el accionista le confiera poder para votar con las acciones arrendadas o prestadas y se abstenga de participar, por sí o por otro, con base en las demás acciones, toda vez que el ejercicio del derecho de voto no admite su subdivisión en un ejercicio parcial del mismo en un determinado sentido con base en algunas de las acciones de propiedad del accionista, y en una abstención en la parte de las demás acciones. Aquí no se trata de si quien puede lo más, a saber, abstenerse de participar en una reunión o de votar en ella, puede lo menos, como sería su pretendida votación parcial con sólo parte de las acciones de su propiedad, sino de preservar el criterio en virtud del cual el accionista debe votar de manera uniforme con la totalidad de las acciones que figuran inscritas a su nombre y no sean materia de prenda, usufructo o anticresis que conlleve bifurcación de voto.

Así como la posibilidad general de bifurcación en dos o más sentidos se opone a la unidad del voto, también le resulta opuesta la hipótesis del voto parcial con base en algunas acciones y de abstención con las restantes; se vota - a favor, en contra o en blanco - o no se vota; y en ello siempre está en juego el poder decisorio que corresponde al total de las acciones representadas en la reunión, en el entendido de que si un accionista concurre a una reunión de la asamblea, su presencia directa o su representación jurídica a través de apoderado comportan en todo caso el cómputo de todas las acciones de su propiedad plena dentro del quórum, así como entre los votos presentes si se participa en una decisión.

11. No se opone a lo expuesto el evento de un contrato de depósito de acciones celebrado entre varios depositantes y un solo depositario, combinado con la celebración de varios mandatos en virtud de los cuales los depositantes faculten al depositario común para que los represente a todos y cada uno de ellos en la asamblea general de accionistas de la sociedad, reservándose la facultad de instruirlo cada uno en forma independiente de los encargos de los demás depositantes. En efecto, en esa hipótesis coexisten y subsisten varios accionistas que instruyen a un depositario común, quien actúa como mandatario, para que ejerza a nombre de todos y cada uno de ellos su derecho de voto individual en un sentido u otro, de forma tal que el mandatario común debe cumplir en cada caso con el encargo de su respectivo mandante ejerciendo el poder de voto de acuerdo con las facultades o instrucciones conferidas por cada uno de ellos.

12. Situaciones como la examinada por la doctrina comparada a propósito de la bifurcación del voto de las entidades municipales[20], que es la entidad territorial nuestra más similar a la comuna italiana, no permiten concluir en nuestro derecho vigente la posibilidad general del voto divergente. En efecto, la distinción que como consecuencia de la personificación jurídica se produce entre el ente

20 Según Galgano, la admisibilidad del voto divergente, de manera que un accionista pueda votar con algunas de sus acciones y abstenerse de votar con otras y, adicionalmente de votar de algún modo con algunas y en sentido adverso con otras, es convincente en la acciones intestadas, o las de un sindicato de voto parcial, que deja libre al miembro del sindicato para votar a su arbitrio por una parte de las acciones sindicadas; e incluye en su análisis un caso que estrictamente no es de un sólo accionista al referirse al accionista llamado colectivo, a cuyo interior podría distinguirse entre diferentes grupos de interés como ocurre en los entes públicos territoriales. En este último caso explica Galgano su posición de la siguiente manera: "*se permite a quien representa al ente accionista articular y tratar la expresión de voto según las diversas propensiones inmensas en el órgano deliberativo del ente representado (así, en una sociedad de participación comunal, el representante del municipio (comune) podrá, según las deliberaciones de los órganos internos comunales, expresar por una parte de las acciones el voto de la mayoría y con la otra el voto de la minoría)*".Galgano advierte, de todas maneras, que existe un problema respecto del accionista que votó de manera divergente desde el punto de vista del eventual abuso de sus derechos sociales. Galgano Francesco. Diritto comérciale Le società Edizione 1999/2000. pagina 243.

"ficticio" o "jurídico", y sus creadores, controlantes, titulares o asociados, independientemente de si éstos, a su vez, son personas jurídicas o naturales, implica que las acciones se radiquen en el patrimonio de la persona jurídica pública, mixta o privada, que es la que ostenta la calidad de accionista, es decir, de titular del conjunto de derechos derivados de la calidad de tal. Por esa razón, cuando una o más personas jurídicas son accionistas, también ellas quedan sujetas al principio general según el cual votan con todas sus acciones en un mismo y único sentido una sola vez, o si se prefiere la expresión, votan tantas veces cuantas acciones posean; los asociados, creadores o controlantes de los accionistas personas jurídicas no votan directa e individualmente, de la misma manera en que cuando se reparten dividendos no reciben directamente la participación que en ellos pueda corresponderles como consecuencia de su carácter de asociados, creadores o controlantes del accionista acreedor de los mismos.

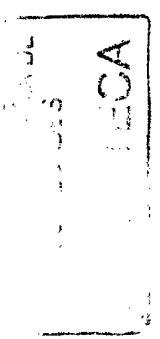
Circunscribiendo el caso a las sociedades – no simuladas, por supuesto-, cuando uno o varios socios de una sociedad no comparten el sentido en que otros socios, como consecuencia de su poder directo de voto o en virtud de su capacidad de imposición por mayoría de los administradores sociales, definen el sentido en que se ha de proferir el voto en la asamblea de una anónima de la cual la sociedad es accionista, tales socios disidentes tienen el derecho de impugnar la decisión en virtud de la cual - al interior de la sociedad de la cual son ellos son socios- se define el sentido del voto que ha de proferirse en el seno de la anónima de la cual el accionista es la sociedad, y no sus socios individualmente considerados; y si dicha determinación, como suele suceder, no se toma en asamblea, existe la posibilidad general de deducir en caso de daños injustos la responsabilidad civil tanto de los administradores como de los consocios que determinan el sentido del voto, asunto éste que excede la materia propia del presente concepto.

Conviene añadir que lo dicho no se opone a que en personas jurídicas sujetas a un régimen legal especial podría darse la exigencia o previsión legal de la bifurcación del voto, por ejemplo, si se pretende que una entidad mixta, cuando actúa como accionista

de una sociedad anónima, preserve el sentido del pronunciamiento interno del asociado o director de naturaleza u origen público, bifurcando su voto en la forma en que ello lo requiera. Una hipótesis de este estilo tendría que tener un origen legal, por ejemplo mediante la ley que autorice la creación de la hipotética entidad mixta, sin que sea suficiente una previsión en tal sentido en una ordenanza o acuerdo, como quiera que el régimen societario general está consagrado en leyes.

13. 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 transferencia de acciones a título 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 (Oficio 220- 18843 de abril 19 de 2002).

DERECHO DE PREFERENCIA



DERECHO DE PREFERENCIA EN LA SUSCRIPCIÓN DE ACCIONES PRIVILEGIADAS.

Este Despacho estimó pertinente revisar la doctrina contenida en los Oficios 220-5170 del 15 de marzo y 220-6248 del 6 de abril de 1994, referente a la suscripción de acciones privilegiadas y particularmente a las condiciones para renunciar a la suscripción preferencial de las mismas, teniendo en cuenta que sobre este último aspecto, el concepto actual de la Superintendencia sostiene que sólo habrá lugar a prescindir del derecho a suscribir preferencialmente las acciones privilegiadas que se emitan con posterioridad a la constitución de la sociedad, cuando la determinación en tal sentido emanada de la asamblea general de accionistas, se apruebe con el voto favorable de los accionistas que representen el 100% del capital suscrito.

Aunque no viene al caso volver sobre las consideraciones expuestas en los oficios citados, debe señalarse que la conclusión anterior se fundamenta básicamente en el carácter imperativo de las disposiciones legales que consagran el régimen a que está sujeta la creación de las acciones privilegiadas, el cual determina expresa y, categóricamente entre otros, los requisitos para su emisión y consiguiente colocación.

Al efecto se advierte que previa la definición de tales acciones y la enunciación de los posibles privilegios que contempla el artículo 381 del Código de Comercio, el artículo 382 ibidem, establece que para efectuar su posterior emisión y colocación será necesario por una parte, que los privilegios sean aprobados por la asamblea general con el voto favorable de accionistas que representen cuando menos el 75% de las acciones suscritas y por otra, que en el reglamento de colocación que la asamblea apruebe con esa misma mayoría, se regule el derecho de preferencia a favor de todos los accionistas, de forma que puedan ellos suscribirlas en proporción al número de acciones que cada uno posea al momento de la oferta.

Sobre el particular es del caso precisar que si bien las disposiciones invocadas permanecen vigentes y en esa medida actualmente sigue siendo ese el mismo régimen legal aplicable en materia de acciones privilegiadas, la mayoría del 75% de las acciones suscritas a que el artículo 382 alude para aprobar los privilegios, fue derogada por la Ley 222 de 1995. De acuerdo con los términos del artículo 68 ibidem, todas las decisiones a cargo de la asamblea general de accionistas, excepción hecha exclusivamente de las previstas en los artículos 155 (modificación en las reglas sobre distribución de utilidades), 420 numeral 5º (emisión de acciones ordinarias sin sujeción al derecho de preferencia) y 455 (pago de dividendo en acciones), en adelante se adoptarán por la mayoría de votos presentes, lo que no obsta para que en el caso de las sociedades que no negocien sus acciones en el mercado público de valores puedan pactarse mayorías decisorias superiores, o bien conservarse las que estatutariamente previeran otras, tratándose de sociedades constituidas con anterioridad a la expedición de la citada ley.

Así las cosas, vista la regla general que introdujo la citada ley en cuanto a mayorías decisorias en el caso de sociedades anónimas, la que, como se indicó, se hace extensiva a la aprobación de los privilegios por parte de la asamblea general de accionistas, así como a la aprobación del correspondiente reglamento, el análisis para los fines de la revisión que ahora se adelanta ha de centrarse en el segundo de los requisitos que el artículo 382 del Código de Comercio establece, cual es que en el reglamento de colocación de acciones privilegiadas se regule el derecho de preferencia a favor de todos los accionistas.

A ese propósito este despacho en su oportunidad tuvo en consideración que la razón de exigir la regulación del derecho de preferencia, consiste en que al gozar tales acciones de privilegios que colocan a sus titulares en una posición económica más ventajosa frente a las demás, resulta apenas lógico que sean los mismos accionistas quienes tengan la opción de beneficiarse prioritariamente con su emisión. Viene al caso en este punto traer a colación la opinión autorizada del profesor Gabino Pinzón, quien al respecto señala:

"Estas limitaciones legales, tienen el sentido de una garantía o protección de los accionistas, pues que todos ellos tienen ya una especie de derecho creado sobre los valores o ventajas que representan las posibles valorizaciones de los activos, las reservas acumuladas, la organización de la empresa, su aviamiento etc. Las prescripciones legales que las consagran tienen, por eso, un carácter eminentemente imperativo y no pueden ni ampliarse en su comprensión por simple analogía, ni ser eliminadas por estipulaciones del contrato social" SOCIEDADES COMERCIALES Vol. II, Tipos o formas de Sociedad, Ed. Temis Pág 202.

Ahora bien, a pesar de ser claro, según lo expuesto, que las acciones privilegiadas están destinadas a ser adquiridas por los accionistas, ha estimado este Despacho que resulta dable poder eventualmente prescindirse de su ofrecimiento a aquellos con sujeción al derecho de preferencia, siempre que todos los accionistas consientan expresamente en renunciar al derecho de preferencia, lo que implica que si la determinación es adoptada por la asamblea, deba ser aprobada con el voto favorable del 100% de las acciones suscritas, en el entendido de que en ese evento la decisión no proviene solamente del órgano social en ejercicio de sus funciones, sino que todos y cada uno de los titulares del derecho que individualmente les asiste han expresado en forma también individual su voluntad de desistir a adquirir la parte proporcional de las acciones que les corresponde, lo que supone la dejación personal a su derecho, sin perjuicio de que la determinación en cuestión se exprese a través del órgano social regularmente conformado y constituya una decisión social, esto es, colectiva desde el punto de vista material normal y formalmente imputada a la persona jurídica, que no es la titular de ningún derecho de suscripción proporcional, razón por la cual el derecho de preferencia, en principio no es renunciable por parte de la asamblea, como quiera que se halla radicado en cabeza de cada uno de los socios individualmente considerados.

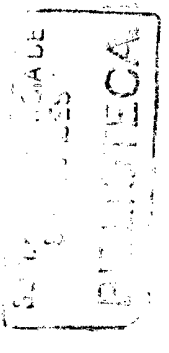
De ahí que la ley en modo alguno le ha deferido a dicho órgano esa facultad tratándose de acciones privilegiadas, como sí lo ha hecho expresamente en el caso de las acciones ordinarias, respecto de las cuales si bien ha previsto también el derecho a la suscripción

preferencial, bajo el supuesto de que éste cumple una doble finalidad, como es permitir que se conserve la proporción de los votos con que cada accionista participa en la asamblea y adicionalmente asegurar su participación proporcional en las utilidades y demás beneficios patrimoniales de la sociedad, ha consagrado igualmente de forma expresa la posibilidad de prescindir estatutariamente del mismo en los términos del artículo 388 del C. de Co., a la vez que el ordinal 5º. del artículo 420 ibidem, le permite a la asamblea disponer que determinada emisión de acciones ordinarias se coloque sin sujeción a tal derecho, en cuyo caso se requiere que la decisión daba adoptarse con una mayoría que represente como mínimo el 70% de las acciones presentes.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptare que por virtud de la competencia residual que a la asamblea general de accionistas le corresponde, fuere ésta una decisión dejada por la ley a su arbitrio, tendría que concluirse que la misma al no estar sujeta legalmente a una mayoría decisoria especial, estaría llamada a adoptarse con la mayoría decisoria ordinaria, esto es con la simple mayoría de los votos presentes, lo cual obviamente resulta inadmisible a todas luces si se tiene en cuenta no sólo la imperatividad de su regulación, sino la trascendencia que esa determinación comporta, dado el interés jurídico tutelado y más aun considerando que para renunciar al derecho de preferencia en el caso de acciones ordinarias, se exige una mayoría calificada, lo que evidencia la relevancia que el legislador le atribuye a una decisión de esa índole, al punto que incluso con la reforma que la Ley 222 de 1995 introdujo en materia de quórum y mayorías, conservó para ésta la mayoría especial que venía establecida en el Código de 1971; sería un contrasentido suponer que en cambio tratándose de acciones privilegiadas no se requiera por lo menos una mayoría especial como la que establece el referido articulo 420, que se constituye en excepcional frente a la mayoría decisoria ordinaria, y como tal impide cualquier intento de aplicación analógica. La anterior conclusión encuentra igualmente asidero en el criterio de interpretación previsto en el artículo 31 del Código Civil según el cual: "Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación".

Por consiguiente, este Despacho, después de revisar el criterio expresado en los oficios inicialmente mencionados, se ratifica en

su concepto, en el sentido de considerar que con posterioridad a la constitución de la sociedad sólo es posible emitir acciones privilegiadas prescindiendo del derecho de preferencia consagrado a favor de los accionistas, cuando la decisión emanada de la asamblea general de accionistas, cuente con la aprobación unánime de las acciones suscritas, lo que no obsta para que en el reglamento se contemple subsidiariamente el ofrecimiento a terceros, después de surtida la oferta que lo garantice, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 382 del Código de Comercio. (Oficio 220- 2951 del 1º de febrero de 2002).



DISOLUCIÓN

DISMINUCIÓN DE CAPITAL COMO MECANISMO PARA ENERVAR CAUSAL DE DISOLUCIÓN POR PÉRDIDAS.

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 Artículo 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. [1] 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.

1 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.

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 cumplimiento de las obligaciones que adquiera para con ellos. De allí, principios como el de la permanencia del capital,[2] 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[3] 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 Artículo 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 extemo; o que teniéndolo, sus activos sociales, hecha la reducción, queden representando no menos del doble de dicho pasivo, o que sus acreedores sociales

2 En Colombia, estos principios han sido claramente explicados por el tratadista José Ignacio Narváez García, en su obra Teoría General de las Sociedades.

3 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.

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.

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 7º, 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 las 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 ese 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.*" [4] Es ese el mismo criterio que aún sostiene y ha expuesto la Superintendencia de Sociedades en los últimos pronunciamientos publicados –Of. 220-100867, nov 9 de 1999 -Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000.

4 Oficio OC-21896 del 17 de diciembre de 1.987, publicado en la recopilación "Doctrinas Contables", editado por la Superintendencia de Sociedades en 1.993.

LA DISMINUCION DEL CAPITAL COMO MEDIDA PARA ENJUGAR PERDIDAS

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 limite 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 limite 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. 2º 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 perdidas 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 insuficientes 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 siguientes, de manera que solo después de cubrir la totalidad de las perdidas 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 Capitulo 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 ibidem, cuando en los términos del ordinal 2º 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 tales 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 podría 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 él 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 una 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 del 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 sería 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 perdidas 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 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 100- 6083 de febrero 22 de 2002).

NO ES VIABLE ENJUGAR PÉRDIDAS ACUMULADAS CONTRA LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES.

MARCO LEGAL APLICABLE

Para analizar el tema relacionado con los mecanismos para enjugar pérdidas, se ha considerado conveniente tener como marco de referencia las siguientes normas:

1. En la descripción de la cuenta 3295 (Prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés social) del Plan Único de Cuentas para Comerciante (PUC) contenida en el decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios, se establece que ésta *"Registra el valor de la prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés social representada por el mayor importe pagado por el accionista o socio sobre el valor nominal de acción o parte, o sobre el costo en el evento què corresponda a recolocación de acciones, cuotas o partes de interés social propias readquiridas"*.

2. A su vez la dinámica de esta cuenta contenida en el mismo PUC, señala que la cuenta 3205 se debita por:

b- El reparto a título de dividendos, de acuerdo con las normas legales.

c- El reparto a título de participaciones, de acuerdo con las normas legales.

3. Teniendo en cuenta que el Código de Comercio no contiene ninguna disposición referente a la eventual distribución de la prima entre los asociados, resulta entonces procedente remitirse al Estatuto Tributario en procura de determinar su tratamiento.

En efecto, el artículo 36 del Estatuto Tributario establece tres posibilidades respecto a la utilización de la prima en colocación de acciones, cuotas o parte de interés, así:

- Mantenerla como superávit de capital, es decir, como prima en colocación de acciones, cuotas de interés registrada en el patrimonio, caso en el cual no constituye renta ni ganancia ocasional;

- Capitalizar 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

- Distribuirla total o parcialmente este superávit entre los socios, opción que inmediatamente implica que los valores distribuidos configuren renta gravable para la sociedad.

Lo anterior, por cuanto si bien el Estatuto Tributario no lo expresa categóricamente, sí permite deducir que la totalidad o una parte de la prima en colocación puede ser distribuida directamente a los asociados, pues establece que salvo que se trate de mantenerla como superávit o como capital, su distribución implica que se tome como renta gravable.

4. Finalmente, el artículo 456 del Código de Comercio, que forma parte de la sección II del Capítulo IV, Título VI del Libro Segundo, establece "*Las pérdidas se enjugarán con las reservas que haya 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.*

Si la reserva legal fuere insuficiente para enjugar el déficit de capital, se aplicarán a este fin los beneficios sociales de los ejercicios siguientes."

ANÁLISIS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

La lectura de las normas sobre prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés contenidas tanto en el Estatuto Tributario como en el Decreto 2650 de 1999 lleva a concluir, en principio, que el máximo órgano social tiene la potestad de decidir libremente la destinación que dará a los recursos de la cuenta mencionada, ya que permite que se entreguen a los asociados como dividendos o que se capitalicen.

Adicionalmente, las operaciones mencionadas han sido justificadas considerando, en primer lugar, que la primera proviene de recursos efectivamente entregados por aquellos que luego serán sus receptores y en segundo lugar, que al no estar legalmente prohibida su distribución, ésta puede darse en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, consagrado en el artículo 6 de la Constitución Política.

Con fundamente en lo expuesto, algunos intérpretes han considerado que si el máximo órgano social, con el lleno de los requisitos exigidos en la ley, puede aprobar que se distribuya la prima en colocación de acciones a título de dividendo o se capitalice, de igual manera puede probar que dicha prima sea utilizada para absorber total o parcialmente las pérdidas en que ha incurrido el ente económico, con el fin de sanear el patrimonio.

Aunque este Despacho en el Oficio 100-049748 del 28 de noviembre de 2001 aceptó la tesis aludida, con base en las disposiciones del Decreto 2649 de 1993, del PUC y del Estatuto Tributario, posteriormente, con base en los resultados obtenidos al estudiar un tema afín, concluyó que resulta oportuno analizar nuevamente la viabilidad de enjugar pérdidas con la prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés, dado que si bien es cierto que no existe una norma legal que expresamente prohíba a los asociados la mencionada utilización para esta cuenta, también lo es que en el Código de Comercio existen disposiciones claras que imperativamente señalan la forma en que deben enjugarse las pérdidas en las sociedades que no se encuentran incursas en causal de disolución, atendiendo lo siguiente:

Es así como en el artículo 151, ubicado en el Título I, Capítulo IV, del Libro Segundo, contentivo del régimen general aplicable en materia de utilidades sociales, dentro de las reglas adicionalmente previstas en el artículo 150, se establece 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 capital*", con lo cual queda señalada expresamente para los asociados la obligación de abstenerse de disponer de las

utilidades hasta tanto se haya restablecido el capital, con el fin obviamente de evitar que su deterioro exceda el límite legal en detrimento del patrimonio social, que es el interés jurídico prioritariamente tutelado.

De ahí que no pueda ser vista la reducción del grupo superávit de capital, que incluye la cuenta de "prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés social", ni de ninguna otra cuenta patrimonial diferente de las expresamente señaladas en el artículo 456 del Código de Comercio, como una alternativa discrecional de socios para absorber pérdidas, como se estableció en el Oficio 100-006083 de febrero 22 de 2002.

De permitirse que la sociedad enjugue pérdidas contra la cuenta de "prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés social" y otra cuenta diferente de las expresamente señaladas en el artículo 456 del Código de Comercio, 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 sería 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.

En conclusión este Despacho, después de revisar nuevamente el tema al amparo de las consideraciones adicionales en esta oportunidad expuestas, ratifica que no se considera legalmente viable el enjugar las pérdidas acumuladas contra la cuenta de prima en colocación de acciones, cuotas o partes de interés, por lo cual se recoge el concepto emitido mediante el Oficio 100-049748 del 28 de noviembre de 2001, y se ratifica el expresado mediante el oficio 100-17590 de 30 de abril de 2001. (Oficio 100- 10602 de marzo 18 de 2002).

EMPRESA UNIPERSONAL

SOBRE EL DICTAMEN Y CERTIFICACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS DE LA EMPRESA UNIPERSONAL Y LA PRESCINDENCIA DEL REVISOR FISCAL.

La Ley 222 de 1.995, como cualquier otra ley o código que desarrolla una materia, comprende disposiciones que consagran figuras jurídicas propias del derecho societario; contiene normas de carácter general predicables de cualquier tipo societario; especiales o particulares referidas exclusivamente al régimen que regula cada uno de los tipos societarios o empresariales y otras, como es el caso de las empresas unipersonales, que si bien cuentan con su propio sistema jurídico, por remisión expresa del legislador, le son aplicables las disposiciones previstas para otros entes jurídicos.

Respecto de los estados financieros, el ordenamiento mercantil en el Capítulo VI, concordante con las normas establecidas en el Capitulo IV, Sección I del Decreto 2649 de 1993, mediante el cual se reglamenta la contabilidad en general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, hace una somera referencia a la clasificación de los estados financieros -de propósito general y especial (Art.. 34)- y, entre otros asuntos, define el concepto y alcance de los estados financieros "certificados" y "dictaminados" (Arts. 37 y 38), postulados que en atención a las características del destinatario a quien va dirigida la información, son obligatorios en la preparación y presentación de la información financiera de los diferentes entes económicos, entre ellos, las sociedades comerciales y sucursales de sociedad extranjera, por cuanto no existe previsión expresa en contrario ni norma especial que regule el tema.

Sin embargo, en el caso de las empresas unipersonales, el legislador plasmó dentro del ordenamiento que regula su estructura y funcionamiento, que *"Las utilidades se justificarán*

en estados financieros elaborados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados y dictaminados por un contador público independiente" (Art.. 78 Ley 222 citada), formalidad imperativa de carácter particular exigida para ésta nueva figura jurídica.

Sin lugar a dudas, de la simple lectura de la norma transcrita, se coligen claramente los siguientes presupuestos: el legislador hace una remisión expresa al ordenamiento contable, cuando establece que los estados financieros deben elaborarse de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados –Decreto 2649 de 1993-; en segundo lugar, consagra una obligación para el titular de la empresa unipersonal, cuando dispone que los estados financieros deben ser dictaminados por un contador público independiente y, en último lugar, limita tal exigencia al evento en que se presenten utilidades como resultado del ejercicio.

Así las cosas, como la obligación de presentar estados financieros dictaminados por contador público independiente (Art.. 78 concordante con el Art.. 34 ibidem), surge respecto de los estados financieros que permiten disponer de las utilidades obtenidas, cuales son los estados financieros básicos, comprendidos dentro de los propósito general, debe inferirse que siempre que el ente económico haya obtenido resultados positivos en desarrollo de su actividad, los estados financieros deben presentarse certificados, es decir, suscritos por el titular de la empresa unipersonal, si no se ha delegado la representación legal de la misma, y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubieren preparado y adicionalmente, dictaminados por un contador público independiente, mientras que en los demás casos bastará que los mismos estén debidamente certificados, según los términos de los artículos 34 y 37 de la referida ley.

Ahora bien, a juicio de esta Superintendencia tal exigencia no se altera frente a la circunstancia que la empresa unipersonal supere la cuantía de activos o ingresos de que trata el parágrafo segundo, artículo 13 de la Ley 43 de 1990, que hace obligatoria la figura del revisor fiscal en todas las sociedades comerciales,

en primer lugar, porque si ese hubiera sido el querer del legislador así lo habría manifestado o, por el contrario, si no existiera previsión expresa sobre el tema, sería imperiosa su remisión a los preceptos que gobiernan las sociedades comerciales, por disposición del artículo 80 ibidem, cuando señala que en lo no previsto en la Ley 222, se aplicará a la empresa unipersonal el régimen general de las sociedades comerciales y, en particular, las disposiciones de las sociedades de responsabilidad limitada.

Consecuente con la estructura de este tipo de empresas, el legislador no previó para ellas la revisoría fiscal como órgano de control obligatorio, pues a todas luces resulta obvio que esta institución no se compadece con la naturaleza jurídica de las mismas, si tiene en cuenta que por excelencia los administradores son los sujetos pasivos del control que ejerce el revisor fiscal y como tal éste está bajo la dependencia exclusiva de la asamblea general de accionistas o junta de socios, ya que sus funciones tienen por objeto básicamente velar porque las operaciones que ejecute la administración se ajusten a las decisiones del máximo órgano social. Es así que en su función censora, como la denomina A. Brunetti, en su obra Tratado del Derecho de las Sociedades, Tomo II, Pág. 504, *"...constituyen un órgano permanente e independiente de los administradores para la vigilancia de la actividad administrativa y para el control de la contabilidad y de los balances. En sentido metafórico se dice que son el ojo de la asamblea, en cuanto los accionistas, a los que no se concede ninguna facultad de inspección de la contabilidad social; no tienen forma de saber cómo se desarrolla la administración, ni de formarse un criterio adecuado sobre las vicisitudes económicas de la sociedad".*

Resumiendo, el principio general contenido en el numeral 1º Art.. 5 de la Ley 57 de 1887, según el cual las disposiciones relativas a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general, es argumento suficiente para concluir que no obstante que los activos o ingresos de la empresa unipersonal sean iguales o superiores a los montos establecidos en la ya citada Ley 43 /90, la empresa unipersonal no está obligada a tener revisor fiscal, salvo, claro está, que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, su titular determine la constitución del cargo de la revisoría como órgano fiscalizador de la persona jurídica, hecho que en opinión

de esta Superintendencia, no releva al empresario de la obligación de presentar estados financieros dictaminados en la forma indicada en el artículo 78 antes citado, cuando a ello haya lugar. (Oficio 220- 35647 de agosto 27 de 2001).

EMBARGO DE CUOTAS DEL TITULAR DE EMPRESAS UNIPERSONALES.

1- *"Al constituirse una EU con una parte del patrimonio de la persona natural que se convierte en empresario, ¿qué protección tiene la EU frente a los acreedores de la persona natural, considerando que las cuotas sociales que conforman el patrimonio o capital social de la EU son de la persona natural?"*

Sea lo primero advertir que la constitución de una empresa unipersonal (EU) supone que una persona natural o jurídica destine parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil, y que una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica diferente a su titular.

Inicialmente se justificó su implementación, en la exposición de motivos de la ponencia para el primer debate en la Cámara de Representantes, en el hecho de que "la empresa unipersonal permite que una persona natural pueda dividir su patrimonio para afectarlo al desarrollo de una actividad económica determinada, comprometiendo en ella sólo la parte del patrimonio destinado a tal efecto. (-) Con esta figura se permite al empresario desarrollar su actividad sin tener que acudir a la constitución de sociedades donde el ánimo asociativo no existe y cuya finalidad es lograr una limitación patrimonial, a la vez que se protege el patrimonio familiar".[1]

A su vez, en la exposición de motivos de la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes, se afirmaba que "con la empresa unipersonal se busca corregir aquella situación que se suele presentar y según la cual se utiliza inadecuadamente el expediente de la sociedad mercantil para la explotación de determinados negocios por parte de una sola persona, quien es realmente la dueña del negocio, utilizando a terceras personas que prestan sus nombres para configurar la pluralidad exigida como

1 Gaceta del Congreso No. 85, 22 de junio de 1994, Pág. 3.

elemento fundamental para la formación de la sociedad. Ciertamente la utilización de esta figura no tiene discusión. Sin embargo su concepción debe ser diferente a la propuesta contenida en el proyecto original y consecuente con ello, se plantea el que la empresa unipersonal tenga personería jurídica y que su funcionamiento se asimile más a la sociedad mercantil".[2]

En ese orden de ideas, no puede válidamente afirmarse que una EU se encuentre "desprotegida" frente las eventuales acciones que los acreedores del titular de las cuotas de capital puedan incoar contra éste y su patrimonio, pues, de una parte, la constitución de la EU no supone, de ninguna manera, que las cuotas de capital destinadas a tal efecto salgan del patrimonio del constituyente y, por ende, que no hagan parte de la prenda común de garantía de sus obligaciones, y, de otra, si de alguna protección se ha ocupado el legislador es justamente del interés de los acreedores y no de los deudores, al punto que, en tratándose de empresas unipersonales, ha dicho que cuando se utilice ésta en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

De otra parte, conforme a lo establecido en el artículo 2492 del Código Civil, los acreedores, es decir, los titulares de derechos de crédito, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor[3] hasta concurrencia de sus créditos, para que con el producto se les satisfaga íntegramente. Esta norma es la consecuencia lógica y obvia de que el patrimonio de una persona sea la prenda común de garantía de sus obligaciones.

2- *"¿Pueden los acreedores de la persona natural embargar las cuotas sociales de la EU, o solo las utilidades que se generen del ejercicio de la EU?*

2 Gaceta citada, pág. 5.
3 Con las excepciones allí previstas.

3- *¿Pueden los acreedores de la persona natural embargar el establecimiento de comercio debidamente registrado ante la cámara de comercio?"*

Como se expuso en el punto anterior, las cuotas representativas del capital aportado a la constitución de la EU, hacen parte del patrimonio del constituyente persona natural y, por lo tanto, pueden ser objeto de una medida cautelar de embargo decretada en un proceso que en contra de aquella se adelante, lo mismo que las eventuales utilidades generadas en desarrollo de la empresa, así como el o los establecimientos de comercio que para el efecto se hayan abierto.

4- *"Si se embargan las cuotas sociales o el establecimiento de comercio de la EU por los acreedores de la persona natural dada su condición de empresario, se está ante la evidencia palpable de lo inútil que resultaría constituir este tipo de empresas, debido a que empresas que registren embargos y sean de conocimiento público no pueden tener acceso al sistema financiero, comercial o laboral, obteniendo con esto como resultado (sic) un desgaste en tiempo, dinero y expectativas al organizar una EU."*

La anterior apreciación comporta un juicio que este Despacho no podría bajo ningún punto de vista avalar como quiera que lo entiende alejado de la sana lógica que impone el ejercicio de interpretar la ley, su alcance y el contexto de su expedición. En efecto, si de lo que se trata es de sustraerse del cumplimiento oportuno de las obligaciones contraídas por una persona natural, la figura de la empresa unipersonal resulta absolutamente inútil para el efecto. Por el contrario, se insiste, su utilización indebida o fraudulenta se encuentra de suyo prohibida y hará solidariamente responsable a quienes así actúen por los perjuicios que irrogaren a terceros, entre ellos los acreedores. (Oficio220- 68740 de octubre 26 de 2000).

ESCISIÓN

LOS REGISTROS CONTABLES COMO CONSECUENCIA DE LA ESCISIÓN POR CREACIÓN, DEBEN EFECTUARSE EN LA FECHA EN QUE EFECTIVAMENTE SE LLEVA A CABO LA TRANSFERENCIA DE LOS ACTIVOS Y PASIVOS. INTERPRETACIÓN DEL ART. 9 DE LA LEY 222/95.

Bajo el supuesto que se llevó a cabo una escisión por creación, en la que la sociedad escindida sin disolverse transfirió en bloque una unidad de los negocios a la nueva sociedad, reforma que se registró en Cámara de Comercio el 25 de noviembre pasado, pero que por conveniencia comercial y administrativa se acordó que la escindida mantendría las actividades del negocio hasta el 31 de diciembre de ese año.

Lo antes expuesto, según el peticionario, en consideración a lo dispuesto en los artículos artículo 4 (numeral 8), y 9 de la citada ley, de donde se colige que existe un tratamiento especial en materia contable, en la medida en que es claro que la transferencia puede tener lugar en la fecha en que se registre la escritura de escisión, mientras que contablemente puede existir una fecha de corte diferente, a partir de la cual se entiende que las operaciones son realizadas por la nueva sociedad.

Como consecuencia de la anterior interpretación, formula las siguientes preguntas:

1. Si debe concluirse que es a partir de 31 de diciembre que las operaciones del negocio escindido deben considerarse realizadas para los fines contables por la nueva sociedad, y

2. En el entendido que contablemente las operaciones antes del 31 de diciembre se entienden realizadas por la sociedad escindida, sí es necesario que la sociedad creada, haga registros contables por operaciones anteriores, o si ellas pueden estar consolidadas en la contabilidad de la sociedad escindida.

Para responder las inquietudes planteadas, se hace necesario efectuar las siguientes precisiones de orden legal:

En primer lugar, el artículo 9 de la Ley 222 de 1995, dispone que una vez inscrita en el registro mercantil la escritura pública de escisión, opera entre las sociedades intervinientes y frente a terceros la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la sociedad escindida en favor de la sociedad beneficiaria, que en el caso en comento es la sociedad creada.

Así las cosas, el hecho de que el legislador haya previsto que a partir del registro en la Cámara de Comercio se entiende la transferencia de los activos y pasivos a favor de la sociedad beneficiaria, amen de que como cualquier reforma al contrato social produce efectos respecto de terceros, supone necesariamente la existencia de la nueva sociedad en el mundo jurídico como sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, por tanto con capacidad legal para explotar directamente los negocios que le fueron transmitidos con la escisión.

Consecuente con lo anterior, en materia de contabilidad, nace para la nueva sociedad el cumplimiento y observancia de los deberes y obligaciones que la ley le confiere todo comerciante, algunas de las cuales se encuentran contenidas en el ordenamiento mercantil, entre otras se destaca la de *"Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme con las prescripciones legales"* (num.3, Art.. 19 del Cód. de Co.), lo que implica la conformación de los libros de contabilidad, con sujeción a las prescripciones señaladas en el Decreto 2649 de 1993, y la apertura del balance inicial, estado financiero que permite conocer de manera clara y completa la situación inicial del patrimonio del ente económico al comenzar sus actividades (Art.. 25 Cit. Dec.).

Como corolario de lo anterior, dado que la reforma de escisión surte efectos frente a las sociedades y terceros a partir de la fecha en que la escritura correspondiente se registra en la Cámara de Comercio, momento a partir del cual se entiende la transferencia del patrimonio y la iniciación de las actividades escindidas, será ésta y no otra la fecha partir de la cual las operaciones del negocio escindido deben realizarse por la nueva sociedad.

En este orden de ideas, si la fecha en que se registra la aludida reforma determina el cambio de titularidad del derecho de dominio de los activos y pasivos en cabeza de la nueva sociedad, por tanto la capacidad de la misma para desarrollar las actividades escindidas, se impone el registro contable de las operaciones en los libros de contabilidad de la sociedad creada.

Resumiendo, de la lectura de los artículos 4º, numeral 8 y 9º de la citada Ley 222, concordante con la normativa que regula la constitución y funcionamiento de las sociedades, se concluye que la fecha del registro de la escisión determina, para la sociedad creada, la titularidad del patrimonio y la capacidad para desarrollar las actividades escindidas; mientras que para la sociedad que escinde parte de su patrimonio y parte de su actividad social, ello trae consigo la imposibilidad para continuar desarrollando los negocios transferidos y la modificación en sus estados financieros con relación a los activos y pasivos segregados.

En cuanto a la expresión "*sin perjuicio de lo previsto en materia contable*" de que trata el citado artículo 9º, referida a la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la sociedad escindente a las beneficiarias, es claro que la misma guarda relación con el contenido aprobado en el proyecto de escisión (num. 8, Art.. 4 Cit.), normatividad de la cual se desprende que la forma, términos y condiciones en que fue convenida la segregación del patrimonio, sin modificación alguna, debe constar en la escritura pública de escisión, que bien podría consistir en que el valor de los activos y pasivos objeto de entrega por la sociedad escindente a la creada, no obstante registrarse por su valor en libros, con sujeción a las normas y principios contables, en el caso del patrimonio, con excepción de las valorizaciones, podría acordarse en el proyecto

de escisión, una clasificación en las cuentas de la destinataria diferente a las propias Vr. Gr. las reservas trasladadas podrían trasferirse como el capital de la nueva sociedad, entre otras situaciones, pero en ningún momento puede significar que los registros contables de la sociedad creada puedan asentarse en cualquier momento, menos aún después del registro de la escritura de reforma, pues ello sería contrario a derecho (Oficio 220- 13775 de febrero 27 de 2003).

FORMALIDADES DE LA CESIÓN DE CUOTAS COMO CONSECUENCIA DE UN PROCESO DE ESCISIÓN O FUSIÓN.

Se refiere el Despacho a establecer si es necesario practicar una reforma estatutaria para formalizar la cesión de cuotas o si sólo se requiere la escritura de escisión para su registro; y el segundo, es atinente al derecho de preferencia pactado en los estatutos y la cesión de cuotas que opera como consecuencia de la escisión.

Sobre el particular es conveniente citar el artículo 9 de la Ley 222 de 1995, que se refirió claramente a los efectos producidos por la escisión:

Art. 9. Efectos de la escisión. Una vez inscrita en el registro mercantil la escritura a que se refiere el artículo anterior, operará, entre las sociedades intervinientes en la escisión y frente a terceros la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la sociedad escindente a la beneficiaria, sin perjuicio de lo previsto en materia contable.

Para las modificaciones del derecho de dominio sobre inmuebles y demás bienes sujetos a registro bastará con enumerarlos en la respectiva escritura de escisión, indicando el folio de matrícula inmobiliaria o el dato que identifique el registro del bien o derecho respectivo. Con la sola presentación de la escritura de escisión deberá procederse al registro correspondiente.

(...)

A partir de la inscripción en el registro mercantil de la escritura de escisión, la sociedad o sociedades beneficiarias asumirán las obligaciones que les correspondan en el acuerdo de escisión y adquirirán los derechos y privilegios inherentes a la parte patrimonial que se les hubiere transferido. Así mismo, la sociedad escindente, cuando se disolviere, se entenderá liquidada".
(Subrayas fuera de contexto)

En consecuencia, a juicio de este Despacho la escritura donde consta la solemnización de la escisión se constituye en el justo título para que opere la transferencia de las cuotas de una sociedad ajena al proceso de escisión. Por tal razón, si en dicha escritura se identificó de manera expresa las participaciones a transferir, bastará con la presentación de la escritura de escisión para que se proceda al registro correspondiente.

Ahora bien, es claro también para el despacho, con fundamento en el mismo precepto citado, la prevalencia del proceso de escisión sobre el derecho de preferencia, ya que para que se opere la tradición de las cuotas sociales bastará el registro de la escritura de escisión, sin que haya lugar a acreditar el cumplimiento de una formalidad adicional a las establecidas en la ley para esta particular reforma estatutaria.

Desde luego, si los estatutos sociales han contemplado que en procesos de escisión o de fusión, las participaciones habrán primero de ser ofrecidas a los asociados o su transferencia sometida a aprobación de los consocios, en los términos del contrato social, la sociedad escindente habrá de cumplir con sus obligaciones contractuales expresas.

En caso de ausencia de cláusula estatutaria sobre este particular, los demás consocios de todas maneras gozan de la opción establecida en el artículo 6 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 175 del Código de Comercio, que les permite acudir ante el juez para que en un procedimiento verbal sumario se garanticen los derechos que crean vulnerados con la escisión de uno de sus consocios, ya que es, únicamente, en este escenario donde pueden oponerse a la cesión de las participaciones como consecuencia de la escisión (Oficio 220- 14429 de abril 18 de 2001).

LA PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES ASUMIDAS SOLIDARIAMENTE EN UN PROCESO DE ESCISIÓN, NO SE REFIERE AL TERMINO DEL ART. 235 DE LA Ley 222/95. DIFERENCIAS CON LA CADUCIDAD.

Como quiera que el asunto se circunscribe a establecer si el término de prescripción a que alude el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, es aplicable a las obligaciones que asumen solidariamente las sociedades participantes en un proceso de escisión, ya en calidad de beneficiarias o como escindente, su análisis se abordará desde la perspectiva de la legislación civil y comercial pertinente, para lo cual se harán las siguientes precisiones y consideraciones de orden legal.

1- De las obligaciones en general y la prescripción como modo de extinguirlas.

Sea lo primero poner de presente que jurídicamente la obligación implica una "relación establecida entre dos personas determinadas, en virtud de la cual, una, sujeto activo, que se denomina *acreedor*, espera fundadamente un determinado *comportamiento*, útil para él, de parte de otra, sujeto pasivo, *deudor*, quien se encuentra en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de padecer ejecución forzada por las vías judiciales, a instancia de su contraparte: verse constreñido a realizar la prestación original, o a satisfacer el equivalente pecuniario de aquella, y en ambos casos, en la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios que su incumplimiento le haya irrogado".[1]

1 HINESTROSA FERNANDO, "OBLIGACIONES Primera y Segunda Parte", Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 7.

Es por lo anterior que el crédito, como derecho subjetivo, concede a su titular la prerrogativa o legitimación legal de exigirlo coercitivamente si fuere necesario, con pretensiones preventivas, restitutorias e indemnizatorias, según las circunstancias de cada caso.

Ahora bien, por regla general, todo derecho que al individuo se le concede u otorga se encamina a la satisfacción de una necesidad suya. *"Así, los derechos reales, cuyo prototipo es el dominio, procuran la utilización exclusiva de los bienes del mundo físico, y los derechos crediticios aseguran la prestación de servicios entre los asociados. Entonces, si el titular de un derecho real deja de utilizar la cosa que se le atribuye, tolerando por largo tiempo que otra persona la posea como señor y dueño, es de presumir que aquel no la necesita y, además, conviene al interés general consolidar la situación aparente del usuario. A esta solución se llega con la prescripción adquisitiva o usucapión...*

En el mismo orden de ideas: si el acreedor en cuyo favor se le impone al deudor la necesidad de realizar una prestación de dar, hacer o no hacer algo, deja de exigirla por largo tiempo, es de presumir que el servicio que se le debe no le interesa y, entonces, su derecho pierde la razón de ser. Además, son contrarias al interés general y a la normal libertad individual las obligaciones que perduran irredentas durante largo tiempo, por lo cual interviene la prescripción liberatoria que destruye el vínculo obligatorio, o sea que extingue, no solamente las acciones del acreedor, sino el derecho mismo subordinante del deudor".[2]

Y es que como muchos otros fenómenos de la realidad que importan al derecho, el inexorable paso del tiempo constituye motivo de regulación cuando quiera que genera consecuencias respecto de las relaciones de las personas entre sí o de éstas con la autoridad en cualquiera de sus expresiones institucionalizadas, ya sea para determinar el nacimiento o extinción de un derecho de aquellas, o para establecer el término dentro del cual puede incoarse una acción o realizarse una actuación. En ese sentido, puede entonces pensarse que el paso del tiempo en derecho presenta efectos

2 OSPINA FERNÁNDEZ Guillermo, "Régimen General de las Obligaciones", Sexta Edición, Edit. Temis, 1998, pág. 470.

sustanciales y procesales en tanto tiene vocación para modificar derechos sustanciales como para restringir y limitar el ejercicio legítimo de los procedimientos establecidos para protegerlos, adquirirlos, extinguirlos o consolidarlos, lo cual se justifica, entre otras razones, en la exaltación del principio de la seguridad jurídica que no podría lograrse si las situaciones inciertas se mantienen indefinidamente, siendo necesario que el derecho objetivo ponga fin a las mismas. Este es el fundamento filosófico-jurídico de la consagración legal de la prescripción, como modo de extinguir las obligaciones.

En ese orden de ideas, cuando el artículo 10 de la Ley 222 de 1995 dispone que las sociedades beneficiarias de la escisión responderán solidariamente por las obligaciones asumidas en virtud de la escisión por las otras sociedades escindidas, y de igual forma por las contraídas por la sociedad escindente antes de la escisión, en ambos casos que hayan sido incumplidas, se refiere inequívocamente al concepto de obligación arriba definido, es decir, a las prestaciones correlativas a los derechos de crédito o derechos reales que le asisten a sus acreedores, Vr. Gr., las obligaciones laborales, fiscales, parafiscales, reales, quirografarias; en general a todas aquellas contraídas como consecuencia del desarrollo del objeto social, y cuyo término de prescripción está previsto en los artículos 2535 a 2545 del Código Civil (ver pie de página No. 3).

2- Del término de prescripción previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995.

Dispone el artículo 235 de la Ley 222 de 1995:

"Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa".

No ha sido poca ni reciente la confusión doctrinal y legal suscitada por la utilización anfibológica del término *prescripción* así como la presentada cuando se trata de establecer las diferencias jurídico conceptuales con el término *caducidad*. Y sin que éste sea el escenario propicio para dilucidar unas y otras, pues el propósito es

de terminar a cuáles obligaciones se refiere la norma transcrita, habremos de decir que si bien ambas figuras guardan estrecha relación y similitud en cuanto tratan de los efectos jurídicos del tiempo, en estricto rigor y conceptualización jurídica el precepto invocado hace relación a la caducidad de las acciones y no a la prescripción de los derechos, por las razones que se exponen a continuación:

1- La caducidad supone la fijación de un término para el ejercicio de derechos y acciones, pasado el cual dejan de existir o no llegan a nacer, mientras que la prescripción hace referencia a las pretensiones que las partes puedan deducir, no a los derechos que les afectan, quedando esto sólo paralizado mediante la excepción que se promueve.

2- La prescripción extingue los derechos por la razón subjetiva de la falta de su ejercicio por el titular; en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio durante el término prefijado;

3- La caducidad pretende dar seguridad al tráfico jurídico; la prescripción pretende poner fin a la incertidumbre de los derechos, entendiéndolos renunciados cuando su titular no los ejercite;

4- La caducidad no es susceptible de renuncia, pues transcurrido el tiempo, automáticamente genera todos sus efectos. De ahí que, aun cuando el posible favorecido con la ocurrencia de la caducidad quisiera no tenerla en cuenta, el juez de todas maneras la declarará oficiosamente; la prescripción extintiva, por el contrario, puede ser renunciada, pero sólo una vez que se haya producido, pues se renuncia es el derecho que adquiere el prescribiente;

5- La caducidad puede ser estimada de oficio por los jueces, la prescripción debe ser alegada por parte interesada.

Por su parte, la jurisprudencia también se ha ocupado de precisar las fronteras conceptuales entre una y otra figura, en los siguientes términos:

"La caducidad, en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, está ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable, el que vencido, la produce sin

necesidad de actividad alguna del juez de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercido un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercido, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser últimamente ejercido. Por ello, en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad del hecho".[3]

No obstante que las diferencias teórico-conceptuales señaladas apuntan a establecer sus fronteras, en su aplicación práctica no se dificulta identificar las diferencias procesales de una y otra figura, pues, en últimas, su ocurrencia implica el reconocimiento de una misma consecuencia jurídica: la extinción de un derecho o de una acción por el paso del tiempo.

Aclarado el punto anterior, en el sentido de que en la disposición legal mencionada se trata de la caducidad de las acciones, resulta claro que las obligaciones respecto de las cuales se predica no pueden ser aquellas a que hace alusión el artículo 10 de la Ley 222 de 1995, sino las que emanan directamente del incumplimiento de los postulados legales a que deben sujetarse las sociedades comerciales en su formación, funcionamiento o derivadas de su existencia misma, para con terceros o las autoridades estatales encargadas de su inspección, vigilancia y control, previstos de manera general en el Libro Segundo del Código de Comercio y en la misma ley. Es que unas son las obligaciones que adquiere una sociedad como sujeto con capacidad legal para contratar y en desarrollo de su objeto social, y otras las que la ley le impone cumplir derivadas del régimen general de sociedades comerciales y de procedimientos mercantiles.

---

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de noviembre de 1976.

Si en gracia de discusión se admitiera la validez de la hipótesis planteada por el consultante, habría entonces de admitirse que el régimen general de las obligaciones civiles y mercantiles ha sufrido caducidad de las acciones correlativas, pues no solo resultarían caducables en cinco años las acciones para exigir coercitivamente el cumplimiento de las obligaciones de que trata el citado artículo 10, sino cualquier otro derecho de crédito o derecho real, echando de menos las previsiones generales de que tratan los artículos 2535 a 2545 del Código Civil y las particulares previstas en otras legislaciones (Oficio 220- 38015 de septiembre 14 de 2001).

FORMALIDADES DE LA ESCISIÓN ORDENADA POR DECRETO.

Respecto al tema de la escisión ordenada por el Gobierno Nacional mediante un decreto, se considera de importancia efectuar algunas precisiones, antes de proceder a responder cada una de sus inquietudes.

1. El 29 de diciembre de 1998 el Congreso de Colombia expidió la Ley 489 con el objeto de regular el ejercicio de la función administrativa y determinar su estructura, así como definir los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública.

Tal como lo señaló el parágrafo 1º del artículo 120 de la misma disposición, las facultades extraordinarias conferidas por el mencionado artículo debían ejercitarse por el Gobierno *"con el propósito de racionalizar el aparato estatal, garantizar la eficiencia y la eficacia de la función administrativa y reducir el gasto público".*

2. Así las cosas, y en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 4º del aludido artículo 120, según el cual el Presidente de la República podía *"suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública"* se expidió el Decreto 1122 del 26 de junio de 1999, cuerpo normativo dentro del cual se acentuó la necesidad de modificar o suprimir regulaciones de diversa índole, cuya configuración se estimaba inconveniente para efectos de lograr la eficacia y la eficiencia de la función administrativa y la reducción del gasto público.

3. Por su parte, en el numeral 2 del artículo 120 de la ley 489 aludido también se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias *para "Disponer la fusión, escisión o disolución y consiguiente liquidación de sociedades entre entidades públicas, de sociedades de economía mixta, de sociedades descentralizadas indirectas y de asociaciones de entidades públicas, en las cuales existe participación de entidades públicas del orden nacional".*

Con fundamento en la transcrita disposición legal se expidió el decreto XXX a través del cual el Gobierno Nacional dispuso la escisión de XXX transfiriendo en bloque por ministerio de la ley todos sus derechos y obligaciones a XXX (sociedad existente) y a XXX la cual surge como consecuencia de la operación.

En el mencionado decreto se indica el procedimiento que debe efectuarse, entre otras cosas: a) Que los órganos máximos deben adoptar las determinaciones correspondientes, incluyendo el acuerdo de escisión y b) Que los representantes legales deben suscribir los documentos pertinentes, precisando en ellos las reglas que regirán las relaciones entre ambas compañías, preservando la capacidad financiera, técnica y profesional que tiene la sociedad escindente y respetando los derechos que le corresponden a terceros.

En el caso concreto, vale la pena hacer hincapié en cuanto al procedimiento de escisión determinó: *"En todo caso la transferencia que se realice en virtud de la escisión NO REQUERIRÁ NINGÚN TRÁMITE O AUTORIZACIÓN adicional distinto a la aprobación del acuerdo de escisión por los órganos máximos... el otorgamiento de la escritura pública respectiva y el registro correspondiente. No obstante lo anterior, cuando sea del caso, previamente a la aprobación del acuerdo de escisión, se obtendrán las autorizaciones de conformidad con lo previsto en los contratos de crédito"* (Se resalta).

En este punto es pertinente señalar que el parágrafo 3º del artículo 120 de la Ley 489 de 1998 expresamente preceptuó: *"En ejercicio de las facultades conferidas por el presente artículo, el Presidente de la República no podrá modificar códigos, leyes estatutarias, orgánicas y aquellas de que trate el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política".*

Teniendo en cuenta la descripción normativa que se ha efectuado, así como el objeto de la Ley 489 de 1998 y el alcance de las atribuciones otorgadas por la misma y que son la base jurídica para expedir los decretos que se han mencionado, respondo a sus interrogantes en el orden que fueron planteados:

"1. Sería necesario obtener autorización para la escisión por parte de la Superintendencia de Sociedades, teniendo en cuenta que XXX se encuentra vigilada por esa Superintendencia y que el decreto xxx establece: En todo caso la transferencia que se realice en virtud de la escisión no requerirá ningún trámite o autorización adicional distinto a la aprobación del acuerdo de escisión por los órganos máximos ... el otorgamiento de la escritura pública respectiva y el registro correspondiente".

En primer lugar, vale la pena señalar que de acuerdo con el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, TRÁMITE significa: *"Del latín "trames" (v), tramitis, camino paso de una a otra parte; cambio una cosa a otra. Administrativamente, cada uno de los estados diligencias y resoluciones de un asunto hasta su terminación. El trámite determina la intervención de los interesados, la consulta de quien corresponda, la resolución o despacho para su curso y el traslado de una a otra persona o de una oficina o dependencia distinta, para completar datos, informaciones y otros elementos de juicios o formales. Las nimiedades administrativas, los traslados o registros superfluos influye en que trámite se entienda casi como sinónimo de dilación burocrática, cual expedienteo v. Providencia de mero trámite, Tramitación"* (se subraya).

En este orden de ideas, es claro que no se requiere la intervención de esta Superintendencia para autorizar la reforma estatutaria consistente en la escisión que se ordenó por ministerio de la ley.

"2. De igual forma resultaría necesario dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 5 y 6 de la Ley 222 de 1995 sobre la publicación y derechos de los acreedores?"

Con el objeto de hacer un análisis a las normas que se mencionan en la pregunta, es preciso efectuar su trascripción:

"ARTICULO 5º .- PUBLICIDAD
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 nacional 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.

Adicionalmente el representante legal de cada sociedad participante comunicará el acuerdo de escisión a los acreedores sociales, mediante telegrama o por cualquier otro medio que produzca efectos similares"

ARTICULO 6º.- DERECHOS DE LOS ACREEDORES
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."

Como se observa, en el procedimiento señalado en la Ley 222 de 1995 para la escisión, se tuvo mucho celo en lo que a la garantía de los acreedores se refiere. Ello se puede apreciar principalmente en el régimen de publicidad, el cual no solamente comprende el aviso en prensa sino también la comunicación individual a cada acreedor, así como en la responsabilidad solidaria que se establece en el artículo 10º de la comentada ley a cargo de las sociedades participantes en el proceso de escisión respecto de las obligaciones anteriores a la operación y que incumpla cualquiera de ellas o de aquéllas que no se atribuyan a ninguna sociedad beneficiaria cuando la sociedad escidente se disuelve.

De lo anterior y de la revisión cuidadosa del decreto que ordena la escisión, en concordancia con la definición de "trámite" que trae el diccionario jurídico de Cabanellas y el parágrafo tercero del artículo 120 del la Ley 489 de 1998, arriba trascrito, tenemos que concluir que lo único que se suprimió en el procedimiento de escisión fue la autorización que imparte la Superintendencia de Sociedades, y en manera alguna puede pensarse que se suprimieron los requisitos

que señala la Ley 222 de 1995 para llevar a efecto la operación en debida forma, por cuanto, de una parte, algunos de ellos fueron mencionados expresamente, como ocurre con el acuerdo de escisión, la aprobación del mismo por los máximos órganos sociales de las compañías intervinientes, la escritura pública respectiva y el registro correspondiente; y de otra, porque si se hubieran suprimido los requisitos de la escisión contenidos en la Ley 222 de 1995 y que el decreto no señaló, éste, al tenor del parágrafo 3º del artículo 120 de la ley 489 de 1998, habría excedido las facultades extraordinarias otorgadas por la misma, toda vez que la Ley 222 se considera parte integrante del Código de Comercio.

"3. Por último, es posible obviar el término de 15 días hábiles, previsto en el artículo 424 del Código de Comercio, para la convocatoria de la Asamblea General de Accionistas en donde se apruebe la escisión teniendo en cuenta que el ciento por ciento de las acciones de esta empresa estarán presentes y se espera que la escisión se apruebe por unanimidad?"

Si bien es cierto el artículo 424 del Código de Comercio exige que para aprobar balances de fin de ejercicio, la convocatoria debe hacerse cuando menos con 15 días hábiles de anticipación, respecto al tema de la escisión la Ley 222 de 1995 trae una norma especial contenida en el Capítulo III de la misma, que regula el DERECHO DE RETIRO, según la cual:

"ARTICULO 13: PUBLICIDAD

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"

El derecho de retiro debe mirarse especialmente como un instrumento de protección al socio, como quiera que le brinda la posibilidad de retirarse de la sociedad cuando determinadas condiciones le sean desfavorables. Es por eso que en el artículo 13 de la Ley 222 trascrito se dispone que el proyecto de escisión debe ser incluido expresamente en el orden del día que figure en la convocatoria, con indicación expresa de la posibilidad que tienen los socios de ejercer el derecho de retiro, y que debe mantenerse a disposición de los asociados 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 que vaya a ser considerada. Según el artículo, la omisión de cualquiera de los requisitos allí previstos hará ineficaces las correspondientes decisiones.

No obstante las exigencias contenidas en la norma que acaba de comentarse, existe en el Código de Comercio, artículo 182, una disposición de carácter general, aplicable a todo tipo de sociedad, según la cual "*La junta de socios o la asamblea se reunirá válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocación, cuando se hallare representada la totalidad de los asociados*", así como una especial aplicable a las sociedades anónimas, y por remisión del artículo 372 ibidem a las sociedades de responsabilidad limitada, artículo 426, al tenor de la cual la asamblea podrá reunirse sin previa citación y en cualquier sitio, cuando estuviere representada la totalidad de las acciones suscritas.

En este orden de ideas, y como el fin de la preceptiva del artículo 13 de la Ley 222 es la protección de los socios permitiendo que puedan ejercer su derecho de retiro cuando la operación les imponga una mayor responsabilidad o implique una desmejora de sus derechos patrimoniales, considera este Despacho que en el evento de que la decisión se adopte en una reunión universal, con la presencia y decisión de todos los socios, es posible obviar no solamente el término de los 15 días hábiles que se exigen en el aludido artículo

13 de la Ley 222 de 1995, sino la convocatoria, por cuanto la presencia de todos los socios y la manifestación expresa de los mismos de estar de acuerdo con la aprobación de la escisión, dejaría a salvo su protección y, por ende, la finalidad de la norma que se estudia. (Oficio 100- 87155 del 20 de septiembre de 1999).

FIDUCIA

FIDUCIA EN GARANTÍA Y PROCESOS LIQUIDATORIOS OBLIGATORIOS Y FORZOSOS.

1- Liquidación obligatoria y fiducia mercantil de garantía.

Sea lo primero poner de presente que la fiducia mercantil, en esencia irrevocable, constituye un mecanismo contractual idóneo y usualmente utilizado en nuestro país para garantizar el pago de obligaciones a cargo de una persona llamada fideicomitente, quien por virtud del contrato transfiere uno o más bienes especificados a otra llamado fiduciario, para que en el evento de acaecer una condición, ésta proceda a pagar las obligaciones garantizadas con el producto de su venta o con los mismos bienes. Esta figura supone la existencia de un patrimonio autónomo conformado por la totalidad de los bienes transferidos y afecto a la finalidad querida por el constituyente, cuyo vocero y titular es la fiduciaria quien, a su vez, en ejercicio del mandato conferido, expedirá a favor de los acreedores que el deudor fideicomitente señale, sendos certificados de garantía.

Ahora bien, si el contrato fiduciario es suscrito con anterioridad a la apertura del proceso concursal liquidatorio del fideicomitente y el acaecimiento de la condición posterior a aquel, a la luz de la normativa concursal no podrá llevarse a cabo la ejecución del contrato sin previa autorización del juez del concurso, pues como consecuencia de los principios de preferencia, colectividad y universalidad que lo caracterizan, es doctrina reiterada la imposibilidad de cancelar obligaciones del deudor fideicomitente por fuera del escenario concursal, ya sea que lo haga directamente el deudor o terceros por cuenta de éste, de manera que todos los acreedores del deudor concursado, sin excepción, deberán hacerse parte en el proceso, aún aquellos titulares y poseedores de certificados de garantía, so pena de que por su omisión resulte imposible el cobro de sus acreencias por una vía jurídico procesal diferente al concurso. En otros términos, del ejercicio de la carga procesal de hacerse parte dependerá que su crédito sea reconocido, graduado y calificado.

Si bien, en principio, los certificados de garantía extendidos por la sociedad fiduciaria con ocasión de la celebración de un contrato de fiducia mercantil de garantía, otorgan a sus titulares la posibilidad de ejercer acciones personales contra aquella para que, verificado el acaecimiento de la condición, proceda a cancelar la obligación garantizada con cargo al patrimonio autónomo afecto a la finalidad querida por el constituyente, ello no significa que tal condición otorgue a los acreedores garantizados un mejor derecho o prerrogativa extraconcursal, pues, una vez decretada la liquidación concursal del fideicomitente, la llamada doctrinalmente *preferencia por afectaciones especiales* o *separación de patrimonios* no altera ni modifica el postulado general del artículo 2493 del Código Civil, según el cual las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca, sin perjuicio, claro está, de que conforme a lo establecido en el artículo 69 de la Ley 550 de 1999, cuando se den los supuestos de hecho y de derecho allí previstos, los acreedores beneficiarios de la garantía se asimilaren a acreedores con garantía real, prendaría o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos.

En efecto, conforme a lo establecido en el citado artículo del Código Civil, las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca, de suerte que a la luz de la normativa concursal prevista en la Ley 222 de 1995 los acreedores titulares de certificados de garantía son quirografarios, es decir, de quinta categoría, situación jurídica así reconocida en la providencia de calificación y graduación de créditos.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que no obstante la referida imposibilidad de cancelar obligaciones del deudor por fuera del proceso concursal, los bienes cuya separación del patrimonio del deudor concursado se verificó con la celebración del contrato de fiducia mercantil, no hacen parte de la masa liquidable de aquel, pero continúan afectos a la finalidad de garantizar las obligaciones que él dispuso, ya que por virtud del principio constitucional de la autonomía de la voluntad privada, los contratos válidamente celebrados generan para las partes contratantes los efectos jurídicos por ellos queridos, hasta tanto no sobrevenga una causa legal o judicial que los extinga, invalide o suspenda.

En ese orden de ideas, y conforme a lo establecido en el numeral 3° del artículo 157 de la Ley 222 de 1995, a partir de la inscripción de la providencia de apertura de la liquidación obligatoria en el registro mercantil,[1] todo pago o extinción de obligaciones del deudor concursado se sujetará a las reglas establecidas en la referida ley, de suerte que por efecto de aquella el negocio jurídico fiduciario celebrado entre el deudor y la fiduciaria, que tuvo como finalidad última pagar las obligaciones a cargo de aquel para con sus acreedores, quedará en suspenso hasta que el juez del concurso autorice su ejecución.

La anterior conclusión se sustenta, por una parte, en la finalidad misma del trámite *preferente, universal y colectivo* de la liquidación concursal, esto es, la realización de los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo, la cual se opone al *particular, singular y exclusivo* interés que asiste al deudor y alguno o algunos acreedores en la previsión de una fórmula de pago de sus obligaciones y, por otra, en el principio de la *par conditio omnium creditorum*, según el cual, todos los acreedores del deudor falente concurren en igualdad de condiciones al trámite liquidatorio.

En consecuencia, frente a la legislación concursal vigente queda claro que los bienes transferidos por el deudor fideicomitente al patrimonio autónomo, no hacen parte de la masa liquidable, se

1 En tratándose de la toma de posesión para liquidar, el artículo 22, literal f) de la Ley 510 de 1999 que modificó el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma que le es aplicable a las E.P.S. por expresa remisión del artículo 32 del Decreto 1922 de 1994, dispone que la toma de posesión conlleva: (-) "f) La suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión, cuando así lo disponga la Superintendencia Bancaria, en el acto de toma de posesión. En el evento en que inicialmente no se hayan suspendido los pagos, la Superintendencia Bancaria en el momento en que lo considere conveniente, podrá decretar dicha suspensión. (-)" Por su parte, el artículo 1°, literal k) del Decreto 2418 de 1999, por el cual se determina el procedimiento aplicable a las liquidaciones de entidades financieras, establece que el acto administrativo que ordene la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria deberá disponer además, la orden de suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión, cuando sea del caso.

encuentran garantizando obligaciones que deben pagarse en el concurso y, por lo tanto, la entidad fiduciaria no podrá cancelar obligaciones a cargo del deudor fideicomitente ni pretender la ejecución del contrato sin la previa autorización del juez del concurso.

Ahora bien, las eventuales causas de terminación o extinción del negocio fiduciario derivadas de la liquidación concursal del fideicomitente, entre ellas las contempladas en el artículo 1240 del Código de Comercio, habrán de ser analizadas y calificadas a la luz del clausulado del respectivo contrato por las partes de común acuerdo, o en el escenario judicial idóneo, esto es, ante la justicia ordinaria, pues, para este despacho resulta absolutamente claro que el juez del concurso no podrá dirimir las controversias que se susciten con relación a estas.

2- Cancelación de gravámenes hipotecarios o prendarios.

Con relación a la autoridad competente para ordenar la cancelación de los gravámenes hipotecarios y prendarios que pesan sobre los bienes de propiedad del ente en liquidación obligatoria, el artículo 196 de la Ley 222 de 1996 dispone que la Superintendencia de Sociedades, a solicitud de la junta asesora o del liquidador, levantará las medidas cautelares y ordenará la cancelación de los gravámenes que afecten los bienes objeto de la enajenación, y que los acreedores en cuyo favor se encontraban constituidos conservarán la prelación para el pago hasta el valor de la enajenación, y por el excedente concurrirán como acreedores quirografarios.

En tratándose de la toma de posesión con fines liquidatorios, el literal g) del artículo 292 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece que el acto administrativo que ordene la toma de posesión deberá disponer además, la prevención a los registradores para que se abstengan de cancelar los gravámenes constituidos a favor de la intervenida sobre cualquier bien cuya mutación esté sujeta a registro, salvo expresa autorización del liquidador. *Así mismo, deberán abstenerse de registrar cualquier acto que afecte el dominio de bienes de propiedad de la intervenida salvo que dicho acto haya sido realizado por el funcionario mencionado.* (Se resalta)

Por su parte, el literal i) del numeral 9° del artículo 295 del mismo Estatuto, refiriéndose a las facultades y deberes del liquidador, prevé

que éste deberá "celebrar todos los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten su adelantamiento, restituir bienes recibidos en prenda, *cancelar hipotecas* y representar a la entidad en que sea socia o accionista, así como transigir, comprometer, compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley". (Se resalta)

Igual previsión se encuentra en el literal g) del artículo 1° del Decreto 2418 de 1999, por el cual se determina el procedimiento aplicable a las liquidaciones de entidades financieras (Oficio 220- 24414 de junio 12 de 2001).

LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA

INTEGRACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA, ACCIONISTAS "CLASE A"

Con fundamento en la interpretación del artículo 5 de la Ley 363 de 1997, se consulta la viabilidad de que personas naturales sean elegidas miembros en las juntas directivas de los Fondos Ganaderos, en representación de los accionistas "Clase A".

En primer lugar, conforme con la normatividad que regula de manera especial la constitución y funcionamiento de los Fondos Ganaderos, contenida en la citada Ley 363, particularmente de la lectura de los artículos 4º (capital), 5º (juntas directivas) y 7º (incompatibilidades e inhabilidades), se infiere de manera inequívoca que el legislador no estableció requisito especial alguno respecto de la calidad de las personas para integrar la Junta Directiva en representación de las acciones de la Clase A.

En materia de Fondos Ganaderos, el legislador estableció algunos requisitos que difieren de los que regulan la conformación de dicho Órgano en otras sociedades comerciales, entre los que se destacan, conformación con cinco (5) miembros principales y sus respectivos suplentes personales; período de dos (2) años; elecciones separadas mediante el sistema de cuociente electoral, previa determinación del número de miembros que de acuerdo con la participación en el capital del Fondo le corresponda elegir a cada una de las Clases (A y B) y prohibición para que los accionistas de una Clase de capital intervengan en la elección de los miembros que correspondan a la otra, pero no se ocupo de incluir aspectos relacionados con la calidad de sus miembros, aunque indica que las acciones de la Clase A representan los aportes estatales, de cualquier orden.

No obstante lo anterior, como el Estatuto Orgánico de los Fondos Ganaderos no previó el caso objeto de análisis, ni hizo remisión a otro ordenamiento que regulara el tema, esta Oficina considera pertinente, en aplicación a la regla contenida en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, acudir al contenido de las normas del Código de Comercio, sobre constitución y funcionamiento de las sociedades

BIBLIOTECA

de economía mixta, y a la Ley 489 de 1998, que determina la estructura y define los principios y reglas de la organización y funcionamiento de la administración pública.

Es así como de los ordenamientos citados, se advierte que el legislador no hace referencia a las condiciones particulares de las personas que integran la Junta en representación de las acciones propiedad del Estado. Por el contrario, el artículo 461 del C. de Co. al referirse a las sociedades de economía mixta establece que *"...se sujetarán a las reglas del derecho privado..."*, principio que se reitera en el artículo 468 del ordenamiento mercantil, cuando expresamente dispone que *"En lo no previsto en los artículos precedentes y en otras disposiciones especiales de carácter legal, se aplicarán a las sociedades de economía mixta y en cuanto fuere compatibles, las demás reglas del presente libro"*.

Como resultado de lo anterior, a los Fondos Ganaderos le son aplicables los preceptos generales que regulan las sociedades anónimas, para la situación en comento, las normas que fijan pautas y establecen reglas para la integración de la Junta Directiva de las mismas, entonces como no existe en la legislación mercantil una norma que imponga la calidad de persona natural o jurídica a los miembros que la integran, lo que se desprende es que queda al arbitrio de los accionistas la designación de sus representantes, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Entidad, luego del análisis de las normas que regulan la conformación e integración del mencionado órgano colegiado.

En ese orden de ideas, salvo que estatutariamente se consagre otra cosa, evento en el cual sería de forzosa observancia, se concluye que es viable la designación de personas naturales como miembros de la Junta Directiva de los Fondos Ganaderos, representantes de los accionistas de la Clase A (Memorando 220-148 de mayo 28 de 2003).

ENAJENACIÓN DE ACCIONES PROPIEDAD DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA EN EL CAPITAL DE LOS FONDOS.

Se pregunta al Despacho si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 363 de 1997, los Fondos Ganaderos pueden readquirir sus propias acciones, incluyendo las que posee el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el capital de algunos de ellos, las cuales podrían ser canceladas mediante la entrega de tierras o ganado de su propiedad, dado que a la luz del artículo 4º ibidem, el procedimiento para la enajenación de las acciones Clase A es el previsto en el parágrafo 2º del mismo.

Para los fines de la consulta, resulta pertinente traer a colación algunas disposiciones de orden constitucional y legal que regulan la materia, que permitirán hacer claridad en el asunto que nos ocupa.

1. En materia de enajenación de propiedad accionaría, cuyo titular es el Estado, el constituyente de 1991 dispuso en el artículo 60 de la Constitución Política que *"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. La ley reglamentará la materia.*

2. En desarrollo de tal mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 226 de 1995, mediante la cual se regula la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones, y en su artículo 22 expresamente dispuso que *"La enajenación accionaria de los fondos ganaderos se hará conforme a lo dispuesto en la ley que regule la materia".*

3. Luego, en 1997, se profiere la Ley 363 antes citada, o Estatuto Orgánico de los Fondos Ganaderos, que regula no solo aspectos especiales y particulares para la constitución y el funcionamiento de los Fondos Ganaderos, sino que en el parágrafo 2º del artículo 4º, desarrolla el precepto constitucional y legal antes citados.

Entonces, como la ley desarrolla un mandato constitucional, lo que se impone es su observancia. Por ello, el legislador de manera clara e inequívoca previó la libre negociabilidad de las acciones en los Fondos Ganaderos, pero de manera imperativa exceptuó de la regla general, la enajenación de las acciones clase A, al expresar que *"Sin embargo, la venta de acciones clase "A" se deberá hacer mediante el siguiente procedimiento:*

1. Conforme al artículo 60 de la Constitución la entidad de derecho publico, ofrecerá a sus trabajadores y a las organizaciones solidarias y de trabajadores, el acceso a dicha propiedad al valor intrínseco de la acción certificado por el Revisor Fiscal a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

2. Si la totalidad o parte de las acciones no son negociables en la oferta inicial en un termino de sesenta (60) días, éstas podrán ser colocadas en la bolsa de valores para su venta al valor intrínseco de la acción certificado por el Revisor Fiscal a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

3. En caso de permanecer acciones sin ser enajenadas, la entidad de derecho público que pretenda enajenar dichas acciones, deberá determinar por medio de una empresa especializada en la materia el precio comercial de la acción.

4. Una vez determinado el precio comercial, la entidad de derecho público procederá a realizar el sistema de ofertas establecidas en los numerales 1 y 2 de éste artículo.

La entidad de derecho público que pretenda enajenar sus acciones podrá calificar a los potenciales compradores. Así mismo, la venta de acciones de la clase "B", se deberá hacer mediante oferta pública en bolsa de valores cuando el paquete

accionario en venta supere el cinco (5%) por ciento del capital suscrito y pagado al respectivo Fondo Ganadero (....)" (negrilla fuera del texto).

4. De otra parte, el artículo 12 del citado Estatuto dispone que "*Los Fondos Ganaderos podrán readquirir sus propias acciones cuando se trate de prevenir pérdidas por deudas adquiridas de buena fe, para lo cual deberá contarse con la aprobación de la Junta Directiva. En todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su readquisición, deberán proceder a enajenarlas o disminuir su capital hasta concurrencia de su valor nominal. Así mismo, podrán readquirir sus propias acciones, si así lo dispone la Asamblea General de Accionistas, con el voto favorable de no menos del setenta por ciento (70%) de las acciones representadas (...)".*

De dicho precepto legal, a simple vista se observa, que el legislador previó la figura de la readquisición sin hacer distinción alguna entre una y otra clase de las acciones que conforman el capital de los Fondos Ganaderos (clase A y B), pero sí estableció la viabilidad de la operación a dos eventos, uno de ellos, cuando se trate de prevenir pérdidas por deudas adquiridas de buena fe, evento en el cual se requiere la aprobación de la junta directiva o cuando lo decida la asamblea general de accionistas, con el voto favorable de no menos del 70% de las acciones representadas.

Hasta aquí es claro que la intención del legislador en materia de Fondos Ganaderos fue permitir la readquisición de sus propias acciones, en la forma y términos indicados. Sin embargo como el Estatuto se limita a regular aspectos particulares que deben observar los Fondos Ganaderos, lo natural y obvio es la aplicación, en lo no previsto, de las reglas y principios que señala el Código de Comercio para las sociedades comerciales, particularmente las que regulan la constitución y funcionamiento de las anónimas.

Bajo ese entendido, para la readquisición de acciones, los Fondos Ganaderos deberán cumplir con las formalidades previstas en el artículo 396 del C. de Co. para la validez de la operación. Se trata, en primer lugar, que las acciones que se pretendan enajenar se

encuentren totalmente liberadas, y de otra, que los recursos para tal operación deben provenir de las utilidades liquidas del ejercicio social o de la reserva creada para ese fin.

Respecto a la procedencia de los recursos, luego del análisis del citado Art. 396, la Superintendencia ha expresado que *"...lo que se pretende es no alterar otras cuentas del balance general que generarían inevitablemente la disminución del capital social, en detrimento de la prenda común de los terceros en general y de los intereses de los mismos accionistas. Propósito que también se obtiene al disponer que las acciones así adquiridas solo salen de circulación temporalmente, lo que implica que el capital suscrito y pagado permanece intacto, hasta el momento en que la sociedad adopte alguna de las medidas previstas en el artículo 417 ibidem..."* (Oficio 220- 28547 de 11 de julio del 2001). Pese a que el pronunciamiento se refiere al Art. 417, en materia de Fondos Ganaderos lo aplicable será lo dispuesto en el ya citado Art. 12, según el cual *"...dentro de los doce meses siguientes a su readquisición, deberán proceder a enajenarlas o disminuir su capital hasta concurrencia de su valor nominal...".*

En resumen, con fundamento en lo antes mencionado, éste Despacho concluye que la negociación de acciones de la clase A, debe sujetarse a los lineamientos contemplados en el parágrafo 2º, del artículo 4º de la Ley 363 de 1997. Agotado en su integridad el mecanismos para democratizar la empresa, la parte o totalidad de las acciones ofrecidas que no hubieren sido negociadas, podrían ser readquiridas por la compañía con estricta sujeción a las formalidades que de manera especial prevé el Estatuto Orgánico de los Fondos Ganaderos, y las generales de que trata el Código de Comercio para las sociedades comerciales.

En cuanto a la forma de pago que se pretende (tierras y/o ganado), si bien es cierto no existe precepto legal que prohíba la entrega de activos, a juicio de esta Oficina, de llevarse a cabo tal negociación, la operación no deberá afectar el normal desarrollo del Fondo, consistente principalmente en el fomento, mejoramiento y sostenibilidad del sector agropecuario (Art. 2º, Ley 363 Cit.), por lo

que será responsabilidad del representante legal y del revisor fiscal, velar por el adecuado desarrollo del objeto social y la debida utilización y destinación de los bienes que conforman el haber social de la empresa, como quiera que representan la prenda general de los acreedores, incluidos los accionistas del mismo -Art. 23 de la Ley 222/95 y Art. 207 del C. de Co.- (Memorando 220- 252 septiembre 8 de 2003).

RESERVA PARA REPOSICIÓN DE SEMOVIENTES Y EXTENSIÓN AGROPECUARIA.

1. RESERVA PARA REPOSICIÓN DE SEMOVIENTES.

Previa referencia de los preceptos legales que han regulado el tema, pregunta si de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 363 de 1997[1], los Fondos Ganaderos deben o no continuar apropiando de las utilidades, la reserva para reposición de semovientes, o el saldo de ésta, que aparece como parte integrante del patrimonio en el balance general, puede cambiarse de destinación o ser distribuido.

Para resolver la inquietud planteada, basta tener en cuenta el mandato contenido en el artículo 25 de la Ley 676 de 2001, según el cual *"Corresponde a la Entidad encargada de inspeccionar, vigilar y controlar a los Fondos Ganaderos, establecer los sistemas para determinar la reserva para la reposición de semovientes, señalada en el artículo 14 de la Ley 363 de 1997"* (negrilla fuera del texto).

Del precepto legal trascrito se colige entonces la obligación que le asiste a los Fondos Ganaderos de efectuar la reserva en comento, de acuerdo con los sistemas que para tal efecto establezca la Entidad Gubernamental que ejerza inspección, vigilancia o control sobre los mismos, luego no es dable ni el cambio de destinación ni su distribución entre los accionistas.

2. RESERVA PARA EXTENSIÓN AGROPECUARIA.

Mediante la Ley 9 de 1983, parágrafo del artículo 33, el legislador determinó que los Fondos Ganaderos estaban exentos del impuesto sobre la renta, siempre que su

1 *"Artículo 14. Reposición de semovientes. Los Fondos Ganaderos establecerán sistemas para capitalizar el mayor valor de los ganados asignados por la inflación con base en el cálculo de los ajustes integrales por inflación. En consecuencia los fondos ganaderos no están obligados a emplear otras reservas para dichos procesos de capitalización".*

equivalente se destinará a una cuenta especial cuya destinación exclusiva era la de atender las actividades de extensión agropecuaria.

Posteriormente, el artículo 14 de la Ley 788 de 2002, que adiciona el Estatuto Tributario (artículo 235-1), consagra la eliminación, en forma gradual, de algunos de los beneficios tributarios que habían sido conferidos, entre ellos, las rentas exentas de que gozaban los Fondos Ganaderos.

Con fundamento en lo expuesto, pregunta sí el saldo de la reserva para extensión agropecuaria que venían contabilizando los Fondos Ganaderos, puede cambiar de destinación o distribuirse entre los accionistas.

Para absolver el interrogante, es preciso tener en cuenta que la determinación de la reserva para extensión agropecuaria, fue permitida por la ley para aquellos Fondos Ganaderos que, al presentar su declaración de renta, probarán su condición de sociedad anónima abierta y que su equivalente sería destinado exclusivamente a atender actividades de extensión agropecuaria; lo que significó para los Fondos Ganaderos que no acreditaron tales presupuestos, la obligación de calcular y cancelar el impuesto de renta, en los términos señalados en el Estatuto Tributario para los demás entes económicos.

Así las cosas, salvo mejor opinión de la autoridad competente en materia de impuestos, al desaparecer o desmontarse el beneficio tributario otorgado a los mencionados Fondos, a partir del 2003, la reserva para extensión agropecuaria incrementada anualmente por el no pago del impuesto de renta y complementarios, debe permanecer en el patrimonio de la sociedad. De lo contrario, cambiarle su destinación o distribuirla entre los accionistas, a manera de dividendo, sería renunciar al beneficio otorgado por el legislador, generando por consiguiente, la obligación de efectuar el cálculo y pago del impuesto por los años en que se hizo uso del mismo (220-281 octubre 14 de 2003).

BIBLIOTECA

FUNCIONES JURISDICCIONALES

DEL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES A LA LUZ DE LA LEY 446 DE 1998.

Son cuatro los asuntos cuya competencia le fue atribuida a la Superintendencia de Sociedades por la citada ley, a saber:

a- Reconocimiento de los supuestos que dan lugar a la sanción legal de ineficacia;
b- Discrepancias sobre precio de alícuotas;
c- Impugnación de decisiones del máximo órgano social, y
d- Diferencias sobre la ocurrencia de causales de disolución de sociedades.

El citado artículo 148 dispone: "*Procedimiento. El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil.*

Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición de manera completa. No obstante, en todo el trámite del proceso las notificaciones, la práctica de pruebas y los recursos interpuestos interrumpirán el término establecido para decidir en forma definitiva.

Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la

cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.

Las notificaciones personales que deban surtirse durante estos procesos, respecto de las entidades vigiladas se realizarán depositando copia de la petición junto con sus anexos, en el casillero asignado por la respectiva Superintendencia a cada una de ellas, si es del caso.(...)"

De la lectura del texto en referencia puede válidamente concluirse que el procedimiento equivale a una simbiosis de normas de naturaleza administrativa y de procedimiento civil, pero que, en todo caso, han de aplicarse en ejercicio de funciones jurisdiccionales, de manera que las decisiones que se profieran en el conocimiento de los trámites señalados, tienen el carácter de jurisdiccionales.

Ahora bien, la H. Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso tercero del artículo 52 de la Ley 510 de 1999, en sentencia C-415/02 de fecha 28 de mayo de 2002, señaló:

"46. Si la Superintendencia suple excepcionalmente la competencia de un juez dentro de la estructura jurisdiccional ordinaria, la autoridad judicial llamada a tramitar la apelación será entonces el superior jerárquico del juez al cual desplazó la Superintendencia. En este sentido, si fuera el caso que una de esas entidades administrativas tiene competencias a prevención con un juez civil del circuito por ejemplo, quien deberá tramitar el recurso de apelación interpuesto contra una de sus decisiones en los términos señalados por la ley, será el superior jerárquico del juez con el que comparte la competencia.

47. Dentro del contexto de la Ley 446 de 1998 tal situación es fácilmente determinable. Cuando dicha ley atribuyó facultades jurisdiccionales a las Superintendencias, fue voluntad del legislador seguir conservando la competencia dentro de la jurisdicción ordinaria. Como puede apreciarse, el artículo 147 de esa regulación, estipula que "la superintendencia o el juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte". Con base en los anteriores supuestos, puede

observarse que la autoridad judicial a la cual se refiere el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, es determinable en cada caso concreto acudiendo a las normas generales de competencia e identificando la posición en concreto de cada Superintendencia, cuando ésta ejerce facultades jurisdiccionales.

En consecuencia, la disposición no vulnera los principios del juez natural arriba esbozados, ni afecta las garantías al debido proceso y el derecho a la igualdad. Interpretada sistemáticamente la norma, puede observarse que en principio no le corresponde necesariamente a esa disposición realizar tales precisiones. El artículo 148 de la Ley 446 de 1998 al regular de forma genérica el procedimiento que debe surtirse en el trámite del recurso de apelación, vincula su interpretación a la existencia de otras disposiciones que válidamente asignen dichas facultades. Por tanto, en si misma la norma no vulnera los criterios sobre juez natural arriba esbozados.

48. Sin embargo, dada la dificultad en la comprensión de la norma, la Sala estima conveniente condicionar el artículo parcialmente acusado bajo el entendido que el recurso de apelación contra la decisión en la cual se declara incompetente, o el fallo definitivo que dicten las superintendencias en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, debe surtirse ante las autoridades judiciales en la forma como ha sido precisado en esta sentencia. Es decir, interponiendo dicho recurso de apelación ante el superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate".

Tanto el aparte traído a colación como la totalidad del pronunciamiento de la Corte resultan muy oportunos para hacer claridad meridiana acerca de los alcances de la norma cuya constitucionalidad se sometió a análisis, así como del fallo de tutela proferido por el Consejo Superior de la Judicatura de Estado, en el sentido que la decisión por la cual la Superintendencia de Sociedades se declare incompetente y la que contenga el fallo definitivo en los asuntos cuyo conocimiento se le atribuye en la Ley. 446 de 1998, son susceptibles del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D. C. Sala de

Decisión Civil, por las razones que se exponen a continuación:

1- El artículo 16 del Código de Procedimiento Civil dispone en su numeral 11 que los jueces del circuito conocen en primera instancia, de todos los asuntos que no estén atribuidos a otros jueces. Para el caso que nos ocupa, ninguno de los asuntos cuya competencia le fue asignada a la Superintendencia de Sociedades en la Ley 446, ha sido atribuido en jurisdicción civil ordinaria a juez alguno.

2- Cuando el numeral 6° del artículo 408 del Código de Procedimiento Civil establece que la impugnación de actos o decisiones de asambleas de accionistas, y de juntas directivas o de socios, de sociedades civiles o comerciales, se tramitarán y decidirán en proceso abreviado, cualquiera que sea su cuantía, no determina cuál es el juez que debe conocer del asunto, razón por lo que será competente entonces el juez civil del circuito, en los términos de la norma arriba citada.

3- En efecto, cuando el artículo 116 de la Constitución Política dispone que excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional a determinadas autoridades administrativas, hace referencia a MATERIAS PRECISAS, es decir, a los asuntos concretos y puntuales sobre los cuales recae la función, y no al trámite o al procedimiento que aquellas o los jueces ordinarios emplean para adelantarlos. Lo anterior significa que el criterio de asignación de competencia lo constituye es la materia y no el procedimiento. Así las cosas, en la medida en que era el juez civil del circuito quien antes de la Ley 446 de 1998 conocía privativamente de los procesos de impugnación de actas de asamblea y de juntas directivas, al compartirse ahora y a prevención esta competencia con la Superintendencia de Sociedades, esta entidad, para estos efectos, iguala en jerarquía a estas dependencias judiciales, lo que implica que su segunda instancia sea, al igual que la de los jueces del circuito, el Tribunal Superior del Distrito Judicial.

4- Sólo así se entiende, que en tratándose de un proceso tendiente a dejar sin efectos una decisión de un ente social de una entidad vigilada, los legitimados puedan acudir a los jueces civiles del circuito o ante la Superintendencia de Sociedades, a voluntad del

interesado. De no ser así, se llegaría a la incongruencia de señalar que dos sujetos con la misma pretensión (impugnación de actas), ambos sujetos de vigilancia de esta Entidad, por una parte podrían adelantar su acción ante juez civil del circuito, con segunda instancia del Tribunal, y por la otra, ante la Superintendencia de Sociedades, con segunda instancia ante los jueces civiles del circuito. Interpretación que resulta lesiva del principio de igualdad de las partes ante la ley, y particularmente contra el principio de que quien juzga es el juez natural.

5- De otra parte, podría apresuradamente concluirse que conforme con lo previsto en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, los asuntos cuya competencia le fue asignada excepcionalmente a la Superintendencia de Sociedades por la Ley 446, son resorte, en sede de jurisdicción civil ordinaria, los jueces civiles municipales, por cuanto éstos conocen de los procesos verbales sumarios de que trata el artículo 435 ídem, norma ésta última a la cual remite el inciso primero del artículo 148 de la ley en comento, cuando dispone que *"Para lo no previsto en éste procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil"*.

6- Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la citada remisión se hace únicamente para efectos de establecer el procedimiento aplicable y no para la asignación de competencia, pues ésta, como ya se anotó, se determina por la naturaleza del asunto.

7- En ese mismo orden de ideas, adviértase que cuando la Ley 222 de 1995 en los artículos 90, 210 y 214, de una parte, atribuye funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Sociedades para el conocimiento de los procesos concursales de todas las personas jurídicas sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas unipersonales, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta[1] y, de otra, asigna competencia a los Jueces Civiles del Circuito en primera instancia para conocer de los procesos

1 Respecto de estas dos últimas, sólo procede tramitar concordato, previamente a su liquidación administrativa.

concursales de las personas naturales y de personas jurídicas diferentes a sociedades comerciales, corresponde al mismo derrotero de asignación de competencia que ahora esboza y confirma la H. Corte Constitucional, en el sentido de que el juez natural de los asuntos cuya competencia le fue asignada a la Superintendencia de Sociedades, en sede de jurisdicción civil ordinaria, es el Juez Civil del Circuito.

8- En consecuencia, y atendiendo el criterio fijado por la H. Corte Constitucional, el recurso de apelación contra las decisiones por las cuales la Superintendencia de Sociedades se declare incompetente y las que resuelvan definitivamente sobre los asuntos cuya competencia le fue atribuida en la Ley 446/98, deberá tramitarse ante la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial correspondiente (Memorando 220- 148 de julio 25 de 2002).

NO ES VIABLE DECLARAR DE OFICIO LOS PRESUPUESTOS DE INEFICACIA EN LA LEY 550 DE 1999.

Dispone el artículo 87, parágrafo de la Ley 222 de 1995: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 897 del Código de Comercio, la Superintendencia de Sociedades podrá, de oficio o a solicitud de parte, reconocer la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la sanción de ineficacia en los casos señalados en el Libro Segundo del Código de Comercio, en relación con sociedades no sometidas a la vigilancia o control de otra Superintendencia"* (se destaca).

Así, la Superintendencia de Sociedades no sólo despliega el ejercicio de sus facultades como entidad de carácter netamente administrativa, sino que a su turno, las normas le demarcan expresamente los límites de dicha actividad, esto es, que regladas como son sus facultades, a ellas debe sujetarse.

Por su parte, la Ley 550 de 1999 a través de la cual "Se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial", tiene su fundamento en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política y cuya naturaleza jurídica quedó plasmada en la exposición de motivos[1] como una opción distinta de los procesos de carácter netamente jurisdiccional (concordato y liquidación obligatoria), en un instrumento contractual, naturaleza que ha sido motivo de pronunciamiento reiterado de la Honorable Corte Constitucional entre otros, en los siguientes términos: *"A esos efectos, la ley busca desjudicializar la solución de los conflictos que se han producido a raíz de las crisis empresariales referidas. Por ello, alternativamente al proceso jurisdiccional del concordato, cuya competencia por regla general se asigna a la Superintendencia de Sociedades de conformidad con la Ley 222 de 1995, se prevé un nuevo mecanismo de solución para dichas crisis empresariales,*

1 Exposición de motivos al proyecto de ley correspondiente a la Ley 550 de 1999. Gaceta del Congreso No 390 del 26 de octubre de 1999.

BIBLIOTECA

que permita evitar su liquidación; cual es el denominado "acuerdo de reestructuración" que viene a ser un convenio entre los acreedores de la empresa y "que es una convención colectiva vinculante para el empresario y todos los acreedores", cuando es adoptado dentro de los parámetros de la nueva Ley" *Así se busca acudir a un mecanismo extrajudicial y de naturaleza contractual, que permita a la empresa salir de su situación y continuar con su importante misión productiva, considerada como de interés general."*[2].

Así las cosas, tenemos que conforme a su naturaleza jurídica, la Ley 550 se desarrolla dentro del ámbito de las facultades de carácter administrativo de la Superintendencia de Sociedades, por lo cual le son aplicables, en lo pertinente (se subraya), las atribuciones asignadas por los artículos 82 y siguientes de la Ley 222 y demás normas concordantes.

Hechas las anteriores consideraciones, podemos concluir:

a) Es claro que en materia administrativa la Superintendencia de Sociedades cuenta con la facultad de reconocer de oficio la ocurrencia de los presupuestos de ineficacia, pero en armonía con las normas que regulan sus facultades, dicha atribución por disposición expresa del legislador únicamente opera en los casos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio.

Conforme a lo anterior, si bien es cierto que por el carácter de la Ley de intervención, le son aplicables las funciones de orden administrativo en cabeza de la entidad, para el caso que nos ocupa, que es el reconocimiento de oficio de la ocurrencia de los presupuestos que den lugar a la ineficacia en los casos previstos por los artículos 17; parágrafo tercero del artículo 33 y 37 de la Ley 550, no es posible jurídicamente el ejercicio de tal facultad, toda vez que los eventos a que allí se refiere el legislador no están contemplados dentro del Libro Segundo del Código

2 Sentencias C-1319 de 2000; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-1185 de 2000; M.P. Carlos Gaviria Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

de Comercio, que es la condición que para su aplicación expresamente establece la ley según se deduce explícitamente de las normas a que se ha hecho referencia anteriormente.

b) El artículo 37 de la ley en comento, de manera expresa asigna competencia exclusiva a la Superintendencia de Sociedades, en el ejercicio de facultades jurisdiccionales, del conocimiento a través del trámite del proceso verbal sumario, de las controversias que se puedan suscitar respecto de la ocurrencia y *reconocimiento* de cualquiera de los presupuestos de ineficacia previstos en la misma ley. De ninguna manera puede entenderse que la ley se refiera a un pronunciamiento de orden administrativo al respecto, que genere diferencias y luego pueda demandarse en la instancia jurisdiccional, puesto que de una parte, no cabe en las hipótesis planteadas pronunciamiento administrativo alguno, de ocurrir la ineficacia en los casos allí previstos; ella operaría de pleno derecho al tenor de la ley[3], y cualquier controversia respecto de la ocurrencia de los presupuestos, debatirse ante la Superintendencia en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales.

De otra parte y solamente en gracia de discusión, si se declarara de oficio por parte del ente supervisor la ocurrencia de los presupuestos, tampoco sería jurídicamente viable demandar la controversia que pudiera generar la decisión, puesto que como es sabido, contra los actos administrativos que emite la Superintendencia de Sociedades sólo cabe el recurso de reposición[4] y una vez agotada la vía gubernativa[5], lo que procede es demandar los actos que generen inconformidad ante el contencioso administrativo[6], luego las expresiones "ocurrencia y reconocimiento", a que alude la norma, de ninguna manera pueden referirse a que preceda un pronunciamiento administrativo para tal fin.

---

3 Artículo 897del Código de Comercio
4 Artículo 50, numeral 2 del Código Contencioso Administrativo.
5 Artículo 63 ibidem
6 Artículo 84 ibidem

- Igualmente, defiere el artículo de manera expresa la facultad de intentar la acción (que además sólo opera cuando haya controversia respecto de la ocurrencia de los presupuestos de ineficacia), *en los acreedores que hayan votado en contra*, de donde se excluye de manera general, que cualquier otra persona pueda intentar la acción ante la Superintendencia de Sociedades que únicamente puede actuar en estos casos, como juez del proceso. (Memorando 220- 332 de diciembre 5 de 2003).

FUSIÓN

BIBLIOTECA

VIABILIDAD DE LA FUSIÓN ENTRE ENTIDADES FINANCIERAS Y ENTIDADES DEL SECTOR REAL.

En concepto de este Despacho es posible llevar a cabo una fusión entre una entidad financiera o aseguradora y una entidad del sector real (sociedad anónima), en tal caso, para la fusión que se efectúe entre una entidad vigilada por la superintendencia Bancaria y una sociedad anónima vigilada por esta Superintendencia, se debe seguir el procedimiento especial establecido para el efecto en las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Se tiene en primer lugar que en términos generales la fusión entendida como modalidad de reestructuración empresarial encaminada a consolidar un proceso de integración empresarial, prevista en su concepción legal como una intrincada operación que conduce a la extinción, sin liquidación, de una o más sociedades y a la integración de asociados, activos y empresas en un solo sujeto, se haya expresamente consagrada en el artículo 172 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual *"Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva..."* debiendo observarse para el efecto las disposiciones contenidas en la misma legislación mercantil.

Por su parte, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre las reglas relativas al funcionamiento de las instituciones financieras, prevé en el artículo 55 que la fusión de entidades financieras o aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Bancaria se regirá por las normas especiales contenidas en el capitulo segundo, y que en lo no previsto se aplicarán las demás normas de carácter especial, y lo dispuesto en el Código de Comercio y en la Ley 79 de 1998, según el caso.

Así, es claro que al tratarse de un fenómeno jurídico único, regulado en la legislación mercantil, que procede indistintamente para las

personas jurídicas societarias, sean sociedades mercantiles del sector real o instituciones financieras, que si bien tienen un régimen legal diferente en consideración al carácter de las actividades que constituyen su objeto social, ostentan una misma naturaleza y estructura jurídica, nada obsta para que puedan participar en una misma operación de fusión entidades de una y otra índole, máxime cuando no existe ninguna restricción señalada en la ley que lo impida por ese sólo hecho.

No obstante resultar viable, obviamente en la medida que las condiciones particulares del negocio lo permitan, y pese a que el proceso en si mismo considerado es básicamente igual para ambas y comporta el agotamiento de una serie de pasos o trámites, entendidos como actos correlativos o concatenados que implican los efectos jurídicos y patrimoniales que tienen lugar en la oportunidad que señala la ley, pudiendo en ese evento resultar diferentes, la circunstancia de que concurran en una operación de fusión entidades del sector real e instituciones financieras, no supone que unas ni otras se sustraigan del régimen legal que a cada cual le corresponde, que a las primeras se les haga extensivo el procedimiento especial contemplado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero exclusivamente para tales entidades, ni que pueda obviarse el cumplimiento de los requisitos y las formalidades respectivas, así como la obtención de los permisos y autorizaciones gubernamentales que en cada son necesarios.

Así para la fusión que pretenda efectuarse entre una entidad financiera vigilada por la Superintendencia Bancaria y una sociedad anónima vigilada por la Superintendencia de Sociedades, en concepto de este Despacho, la primera habrá de seguir el procedimiento regulado en los artículos 55 y siguientes del Decreto 663 de 1993, atendiendo particularmente la facultad que al Superintendente Bancario le asiste para intervenir conforme al artículo 58 ibidem, en tanto que la segunda se estará a las disposiciones para el efecto previstas en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995, lo que supone entre otras, la autorización que a esta Entidad le compete impartir de acuerdo con el ordinal 8o, artículo 84 de la mencionada ley (Oficio 220- 58177 de noviembre 20 de 2002).

LA FUSIÓN ES UN NEGOCIO JURÍDICO DIFERENTE A LA CESIÓN QUE IMPLICA LA TRANSMISIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.

La consulta gira alrededor de si la fusión implica una transmisión patrimonial universal, y por tal razón basta su perfeccionamiento para que este negocio jurídico permita radicar los derechos y las obligaciones, en cabeza de la sociedad absorbente; o si por el contrario, "la transmisión se opera por los títulos y modos que establece la ley para cada clase de bienes que integran el patrimonio (inmuebles, muebles, créditos, derechos, obligaciones, etc)[1]

Este estudio ha de ser abordado desde la estructura jurídica a que responde la fusión y en particular de los efectos que un proceso de tal naturaleza acarrea en las sociedades involucradas respecto de los contratos celebrados con terceros, criterio que será expresado a la luz de la normatividad colombiana vigente.

A. NATURALEZA JURIDICA DE LA FUSIÓN

- Es una reforma estatutaria

El artículo 162 del ordenamiento mercantil establece que la fusión es una reforma estatutaria y desde esta perspectiva habrá de analizarse su consideración[2].

1 PEREZ FONTANA, Sagunto, Fusión de Sociedades, Montevideo, 1970 Pág. 60

2 "La fusión es una de las modificaciones más trascendentales que pueden proponerse al máximo órgano social de una compañía. No solamente representa la extinción de una o varias sociedades, sino que además, implica la consolidación patrimonial en una sociedad nueva o en otra ya existente." Reyes Francisco, Transformación, Fusión y Escisión Pág. 84

BIBLIOTECA

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.

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 [3] 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 [4] C. Co.).

Preceptos que se confirman de manera expresa en el artículo 178[5] ibidem, que señala que es en virtud del perfeccionamiento del acuerdo 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.

Y debe entenderse perfeccionada la fusión cuando la escritura pública que contiene el acuerdo y en la que se formalizan los documentos previstos en el artículo 177 ídem, se inscribe en el registro mercantil del domicilio de las sociedades, ya que por ser una reforma estatutaria debe cumplir con tal exigencia para que tenga efectos ante terceros (artículo 158 C. Co.).

Así que la escritura de formalización del acuerdo de fusión se erige en justo título para adquirir derechos y recibir obligaciones, efecto que opera por ministerio de la ley, en los términos de los artículos ya citados.

---

3 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.

4 Artículo 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."

5 "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.
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".

Ahora bien, como es un título traslaticio de dominio, debe ajustarse a los requisitos establecidos por el modo de adquirir, así que siempre que se trate de un bien sujeto a registro, la fusión sólo dará o transferirá la posesión efectiva cuando se verifique este procedimiento. De allí que el artículo 178 ya mencionado, establezca que la tradición de los bienes inmuebles se hará por la misma escritura de fusión o por escritura separada si así lo acuerdan las partes, registrada conforme lo indique la ley; y la de los muebles se hará por inventario que habrá que adecuarse a las formalidades propias para que tengan efectos ante terceros, como la inscripción en el respectivo libro de accionistas.

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.[6]

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.

---

6 "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. Pág. 64

"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 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."[7]

Desde luego, en el caso de los inmuebles el título de tradición no es la compraventa o la dación en pago o una sentencia judicial, sino que el título que causa de tradición de la propiedad es la fusión; así mismo, la causa de que ahora sea otra sociedad la que responda por obligaciones contraídas por una diferente, no es la novación o la subrogación, sino la fusión, pues adjudicar el efecto a distintos negocios jurídicos es tanto como desconocer la existencia de la fusión.

Así las cosas, en la fusión se da un cambio de titular, proceso por el cual puede afirmarse que existe una cesión de todas las relaciones jurídicas de la sociedad absorbida a la absorbente.

---

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

Pero tal cesión, no es la que establece el artículo 888 del Código de Comercio, sino la que se entiende en su tenor gramatical, es decir, la transmisión que opera de un sujeto a otro. Lo que ocurre es que en este caso dicha transferencia se da como consecuencia de la fusión sin que requiera reunir requisitos adicionales previstos en la ley para otro tipo de actos jurídicos (Oficio 220- 10481 de marzo 27 de 2001).

FACULTADES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN FRENTE A LA FUSIÓN DE UNA SOCIEDAD CONCESIONARIA DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN.

Siempre que se trate de una fusión donde intervenga una sociedad concesionaria del servicio de televisión, la Ley 182 de 1995 ha establecido un requisito adicional a los previstos en el ordenamiento mercantil para el perfeccionamiento de esta reforma estatutaria.

En efecto el artículo 57 de la ley citada exige una autorización favorable por parte de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión cuando quiera que se pretenda un acto de enajenación total o parcial de una empresa. Luego, al comportar la fusión por absorción, una transmisión universal de la totalidad de los bienes y obligaciones de una empresa a otra, estaríamos en el supuesto de hecho planteado por la ley que obligaría a agotar el requisito mencionado.

"ARTÍCULO 57. DEL CONTROL SOBRE LA ENAJENACIÓN DE LA PROPIEDAD. Sin perjuicio del régimen al que están sometidas de manera general las sociedades, todo acto de enajenación total o parcial de la propiedad de empresas concesionarias de espacios de televisión del Instituto Nacional de Radio y Televisión o contratistas de las organizaciones regionales de televisión cuyas acciones no se negocien en una bolsa de valores, requiere, so pena de ineficacia, de la previa autorización de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

Respecto de la enajenación de la propiedad de las acciones que se negocien en bolsa, el propietario deberá informar sobre la misma a la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los cinco (5) días siguientes, siempre que la transacción comprenda la adquisición en forma global o sucesiva del cinco por ciento (5%) o más de las acciones. Será ineficaz toda

BIBLIOTECA

enajenación de acciones de las sociedades abiertas, cuando se contravenga lo dispuesto en el presente Título y en las demás normas sobre la materia." (Subrayas fuera de contexto)

En efecto, si bien la fusión es título suficiente para la cesión de los contratos, esta operación por tener una regulación propia no requiere ajustarse al procedimiento previsto en los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio (Oficio 220 - 10481 de marzo 27 de 2001).

GRUPO EMPRESARIAL

SUPER
SO
EMPRESA

CONTRATO DE MUTUO ENTRE VINCULADAS.

La Ley 222 de 1995 consagra un nuevo régimen de matrices y subordinadas, dentro del cual aparece el concepto de *Grupo Empresarial* (Art..28), el cual se configura cuando además de la subordinación existe entre los vinculados *unidad de propósito y dirección.*

De conformidad con los artículos 260 y 261 del Estatuto Mercantil, los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial conservan su individualidad, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias. Los supuestos de control establecidos en estas normas, suponen una o varias personas controlantes y una o varias sociedades comerciales controladas, de tal manera que en los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones en forma independiente.

El artículo 28 de la Ley 222 de 1995, determina que *"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".*

Del concepto de unidad de propósito y dirección, no puede concluirse que el objeto de cada una de las sociedades vinculadas se *amplía,* a la búsqueda de los propósitos del grupo, pues lo que ocurre según la ley, es que dicho objeto se *orienta* de acuerdo con las directrices trazadas por la matriz o controlante, quien debe considerar en sus decisiones las limitaciones propias de la capacidad de las sociedades subordinadas. Cada sociedad colabora con los propósitos del grupo en la medida de sus posibilidades, lo que no desnaturaliza el régimen de grupos empresariales, puesto que el mismo se fundamenta en la conservación de la personalidad jurídica de los vinculados y se da

sin perjuicio del objeto social de cada empresa, expresión que no significa ampliación del objeto, sino la posibilidad de que en un mismo grupo se encuentren vinculadas sociedades con objetos sociales diferentes, los cuales, en virtud de la ley, siguen determinando la capacidad de cada una de ellas.

De lo expresado por esta Superintendencia en la Circular 30 de 1997, tampoco puede interpretarse que las normas sobre grupos empresariales modifiquen el régimen legal de la capacidad de las sociedades. La expresión *"...Se presenta 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 correspondiente de los sujetos que lo componen..."*, implica que las sociedades subordinadas asumen las orientaciones de la matriz dentro de sus limitaciones propias. Por otra parte, cuando en la citada circular se manifiesta que *"...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 sólo bajo la misma dirección, como es lógico, sino bajo los mismos parámetros, sean ellos explícitos o no..."*, la Superintendencia con claridad se está refiriendo a que los parámetros comunicados por la matriz pueden ser o no explícitos, lo cual no hace relación al objeto de las sociedades subordinadas, y mal podría hacerlo, puesto que el texto de la ley no incluye ese alcance.

Así, tenemos como conclusión que tales operaciones deben responder a los criterios expresados como el teleológico, la conservación del patrimonio social y el privilegio en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en desarrollo del objeto social principal.

En efecto, la relación de medio a fin (teleológica), es uno de los primeros presupuestos que una actividad no prevista en el objeto principal debe reunir para aceptarse como propia de la actividad de la empresa. Postulado que sin embargo, no es el único sobre el

cual debe fundamentarse el análisis respeto al principio de la especialidad de las sociedades comerciales, pues es obligado verificar el mantenimiento del patrimonio y el privilegio del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en desarrollo del objeto principal.

Y, es que no podría aceptarse como desarrollo del objeto secundario que el administrador tome parte del efectivo y lo coloque de manera imprudente produciendo un deterioro patrimonial, so pretexto de la necesidad de una sociedad perteneciente al grupo empresarial del que haga parte ya que la primera de sus obligaciones es que antes de efectuar cualquiera operación evalúe en forma detenida el riesgo que recae sobre la operación con miras, esencialmente, a preservar los activos de la sociedad, individualmente considerada que en últimas es la prenda general de los acreedores.

De otra parte, 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 relacionadas con la misma, 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).

A los anteriores presupuestos deben ajustarse las sociedades individualmente consideradas o en el marco de un grupo empresarial, el cual no añade una actividad particular ni al objeto principal ni al objeto secundario previsto en el contrato social y que se desarrolla con prescindencia de su situación como vinculada.

Por tanto, aún en el evento en que se consagre en forma expresa como desarrollo de la actividad secundaria del objeto social, la posibilidad de celebrar contratos de mutuo entre sociedades vinculadas, también deberá responder a los criterios expresados y principalmente a la relación de medio a fin con el objeto principal. (Oficio 220- 64518 de octubre 5 de 2000).

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

JUNTA DIRECTIVA

BIBLIOTECA

SOLICITUD DE INFORMACIÓN POR UN MIEMBRO DE JUNTA DIRECTIVA.

Se solicita el pronunciamiento de esta Entidad en torno a la obligación que les asiste a los gerentes para atender positivamente las solicitudes de información presentadas a título individual por un miembro de junta directiva.

Sobre el particular, la Superintendencia de Sociedades ha expuesto su criterio en diferentes oportunidades entre otras en los oficios que conviene retomar para efectos de propiciar el escenario para la conclusión.

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 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 la 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".

En contra de los argumentos planteados se acude al régimen de responsabilidad previsto en la Ley 222 de 1995, frente al cual no serviría supuestamente de excusa que los miembros de junta no puedan actuar en forma independiente y separada del órgano social al que pertenecen y además se aduce de manera general, que en las

BIBLIOTECA

sociedades cerradas los socios mayoritarios terminan administrando la compañía en forma independiente.

Como preámbulo a la respuesta es conveniente citar un interesante artículo del doctor Néstor Humberto Martínez en el cual se lee lo siguiente:

"(...)

Como efecto inmediato de las ideas liberales en Europa, la sociedad anónima se democratiza durante los siglos XVIII y XIX. Dos principios cardinales orientarán a partir de entonces el sistema de funcionamiento de las asambleas: el sufragio universal y la Ley de las mayorías. Esta concepción política del funcionamiento de las anónimas, que se abre paso en los códigos europeos de la época –el francés de 1807 y el español de 1829-, hace tránsito a nuestra legislación: primero el código de comercio terrestre de 1887 y luego el código de comercio de 1971, pasando por la ley 58 de 1931 y el Decreto 2521 de 1950. Bajo ese esquema clásico los accionistas eran a su vez los directivos y administradores de la sociedad"."[1]

Desde luego, que tal afirmación no permite tajantemente discriminar cualquier posibilidad de protección para el accionista minoritario indefenso ante el poder de las mayorías; ante la desigualdad de poder, la legislación ha dado respuesta a través de precisos derechos y garantías que no pueden ser desconocidos al interior del ente social.

Así por ejemplo, el derecho de inspección, la distribución mínima de utilidades, el derecho de retiro, la legitimación para solicitar la disolución de la sociedad, el voto unánime para la reconstitución de la sociedad, la prohibición a los administradores para adquirir acciones de la sociedad mientras estén en ejercicio de sus cargos, elección de cuerpos colegiados por el mecanismo de cuociente electoral, posibilidad de solicitar la convocatoria del máximo órgano social, de efectuar la convocatoria directa en los casos de acción social de responsabilidad y legitimidad activa en la causa para iniciar la acción judicialmente, el derecho de impugnar las decisiones tomadas en contravención con los estatutos y con la ley, entre otros.

1 Protección de los socios Minoritarios en el Derecho Colombiano: Néstor Humberto Martínez Neiva, En Revista de la Cámara de Comercio No. 51 Septiembre de 1983 Pág. 240

Mecanismos éstos propuestos por la ley para paliar los efectos causados por el imperio de la democracia al interior de la sociedad, que significa, en últimas, que quien conduce la sociedad es quien detenta la mayoría, quién tiene el poder de decisión es quién arriesga más inversión, sea en forma individual o en forma conjunta porque los congregan unos mismos intereses.

Es cierto que los asociados minoritarios a través del mecanismo del cuociente electoral tienen vocación para tener representación al interior de la Junta Directiva, sin embargo esto no les garantiza que su representación sea decisiva en la administración de la sociedad o se provoque un desplazamiento de los intereses de la mayoría hacia los intereses de las minorías. Lo ideal es una convivencia armónica de todos los asociados; sin embargo, no es esto lo usual en las sociedades y desde luego no es la situación planteada en su escrito, la de una sociedad cerrada con serios conflictos entre los accionistas, donde la administración desde luego es asumida por aquel extremo que tenga mayor poder de decisión, y donde impera el voto de la mayoría, ya que quien lo detenta es finalmente quien conduce el desarrollo del objeto social.

Ahora bien, en lo que corresponde al representante legal, es conveniente señalar que en su actuación debe obrar de buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios. Predicado que dice relación con la empresa y no con uno u otro grupo de accionistas, lo que implica que en cada actividad que desarrolle, el representante legal ha de privilegiar el interés de la compañía en la gestión encomendada y en las relaciones con otros órganos de dirección como la junta directiva.

Desde luego, la circunstancia particular de que exista en la sociedad el enfrentamiento de intereses contrapuestos no da la patente para modificar el régimen propio de un órgano colegiado, y obligar al representante legal a admitir el efecto vinculante de la expresión de la voluntad de uno sólo de los miembros de la junta directiva con prescindencia del querer del órgano social que integra, para atender aquellas peticiones sobre las cuales pueden incluso disentir la totalidad de la junta descontando claro está su voto. Así mismo, no es coherente admitir, sin previsión legal, un trato diferente para los

miembros de una junta directiva de una sociedad en conflicto frente a aquellas donde confluyen en forma armónica los intereses de todos los asociados.

Tal situación, no ha sido un criterio diferenciador establecido por la ley, y no es dado interpretar en tal sentido las normas que regulan el funcionamiento de los órganos colegiados en general, y de la junta directiva en particular, como es el caso de la prevista en el artículo 437 del Código de Comercio en donde claramente se establece que la junta decide válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, lo que implica que únicamente en este escenario se hacen obligatorias las decisiones que sean dirigidas al representante legal de la sociedad, relacionado, por ejemplo, con la entrega de información atinente a la compañía

De otra parte, si bien el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, estableció un régimen solidario e ilimitado por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen los administradores "(...)Si se examina a fondo el tema, se advierte cómo la responsabilidad solidaria que es consecuencia de la atribución colectiva de los efectos dañosos de una actuación formalmente colegial, en todo caso es una responsabilidad simplemente presunta y, como tal, susceptible de ser desvirtuada, tal y como puede desvirtuarse la presunción legal de solidaridad en aquellos negocios mercantiles en que claramente existan varios deudores (C. Co. Art.. 825). Y la forma de desvirtuarla consiste en romper la presunción de responsabilidad que cobija a todos los directores, probando desde la perspectiva individual de cada director que se ha actuado en forma diligente".[2]

En consecuencia, este Despacho reitera lo expresado en los oficios citados, en cuanto a que la forma de expresarse de los miembros de junta directiva y de obligar al representante legal, es como manifestación de la voluntad del órgano colegiado, previo el lleno de los requisitos establecidos para ser convocada, deliberar y tomar decisiones (Oficio 220- 71972 de noviembre 17 de 2000).

---

2 PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge, Conferencia "Los Nuevos Retos del Derecho Comercial: Una Visión con Optimismo hacia el Futuro" Conferencia dictada en la INSTALACION DEL XV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO COMERCIAL Septiembre 30, Octubre 1 y 2 de 1999

NO ES FACTIBLE DELEGAR LAS FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA EN LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS.

"Sería viable que la sociedad mediante reforma estatutaria le atribuya a la asamblea de accionistas las funciones que le sean propias de la Junta Directiva y este órgano no ejercerlas hasta nueva decisión de la Asamblea, en cuyo caso se revocaría el nombramiento de los actuales miembros de la Junta y no se nombrarían nuevos miembros, quedando así en blanco la conformación de la junta?, o cuál sería la forma para lograr el objetivo requerido?"

Valga expresar, que si bien el código de Comercio no precisa la obligación de tener la junta directiva en una sociedad anónima, del contexto de las normas que reglan sobre el particular Vr. Gr., los artículos 434, 438, 440, es dable inferir que si lo es, tesis que ha venido sosteniendo esta Superintendencia, bajo la reflexión de que si el legislador hubiere atribuido su creación al libre albedrío de las partes, expresamente lo hubiera dicho, como igual se hubiesen redactado de manera distinta las normas que le asignan funciones propias e indelegables a dicho órgano.

Igual, refiriéndose a la sociedad de familia expresamente (Oficio 03491, del 9 de marzo de 1.972), conceptuó esta Entidad que *"No se aparta la Superintendencia de que en la sociedad anónima cerrada, pequeña o familiar, cuya reglamentación se echa de menos a lo largo del Código, no sea indispensable la junta directiva, que llegaría incluso a confundirse con la asamblea general. Sin embargo, la experiencia de otros países que como España padecen el mismo vacío legislativo, ha demostrado que el funcionamiento de la junta en la pequeña anónima puede resultar incómoda pero nunca perjudicial, pues en estas compañías los accionistas suelen tomar de consuno las decisiones de alguna importancia»*.

Tampoco es dable prescindir del registro mercantil del mencionado órgano, como quiera que, si bien la junta directiva no es un órgano de representación sino de gestión, sus actuaciones en muchos de los casos trascienden hacia el exterior, por lo que se requiere de su inscripción para que sus actuaciones sean oponibles a terceros Vr, Gr. en los eventos en los cuales el representante legal requiere de la autorización de la junta directiva, la misma debe ir respaldada del acuerdo correspondiente, corroborándose con esto, que la actuación del representante legal respaldada en la autorización prevista en los estatutos como condición para poder comprometer a la sociedad, es la expresión de la voluntad social, surtiendo en consecuencia plenos efectos respecto de los asociados y por consiguiente de los terceros.

Ahora, sobre la viabilidad de que la junta directiva no ejerza las funciones propias de su cargo hasta nueva decisión de la asamblea, revocando el nombramiento de los actuales miembros, de forma que mientras tanto las asuma la asamblea general de accionistas, surtiéndose para ello una reforma estatutaria en tal sentido, es preciso hacer las siguientes anotaciones:

Aún cuando la proposición no supone deponer la junta directiva, sino revocar sus actuales miembros y asignarle sus funciones a la asamblea, vale decir, que dicha actuación no es viable, como quiera que si bien algunas de sus funciones son atribuibles al máximo órgano social, Vr. Gr., la prevista en el inciso segundo de artículo 385 del Código de Comercio que prevé que, con excepción de las acciones privilegiadas y de goce, a falta de norma estatutaria expresa, corresponderá a la junta directiva aprobar el reglamento de suscripción; el artículo 440 que prevé que la junta directiva designará al representante legal de la sociedad, salvo que en los estatutos se difiera dicha designación a la asamblea; la prevista en el artículo 398, inciso segundo, que, refiriéndose al pago en especie acciones no suscritas en el acto de constitución de la sociedad, dispone que éste «se hará por la junta directiva o por la asamblea, conforme que los que dispongan los estatutos», existen otras que son privativas de dicho cuerpo colegiado, y, en consecuencia, sólo éste puede ejercerlas, pudiéndose citar a manera de ejemplo algunas normas que así lo confirman, entre ellas el artículo 397, el

cual dispone, que cuando la sociedad tenga obligaciones vencidas a cargo de los accionistas, acudirá a lección de la junta directiva a cualquiera de los mecanismos que en el mismo se contemplan; el Artículo 402, alusivo a la expedición de duplicados, para que éste se expida deberá dar la garantía que la junta le exija.

En ese orden de ideas se infiere, que definitivamente el mecanismo propuesto con miras a evadir la publicidad que le imprime el registro mercantil a la designación de la junta directiva, no tiene aceptación legal, pues como se expresó la junta directiva está dotada de funciones que por ley no le es dable delegar en otro órgano, y además, porque su existencia es obligada en una sociedad anónima, como lo es también el que se mantenga activa, esto es funcionando normalmente (Oficio 220- 74298 de diciembre 6 de 2000).

ELECCIÓN DE JUNTA DIRECTIVA Y REVOCABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.

1. "Si al tenor de lo dispuesto por el artículo 423 del C. de Co., cuando se pretenda modificar a los miembros de la junta directiva, a través de una asamblea extraordinaria, se debe motivar la convocatoria, es decir, indicar cuales son los motivos de urgencia o las necesidades imprevistas para proceder a una nueva elección antes del vencimiento del término señalado en los estatutos?"

De conformidad con el artículo 423 del Código de Comercio: *"Las reuniones extraordinarias de la asamblea se efectuarán cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la compañía, por convocatoria de la junta directiva, del representante legal o del revisor fiscal"*

Evidentemente la exigencia del primer inciso del artículo 423 del Código de Comercio es la regla general que impera tratándose de reuniones extraordinarias de la asamblea general de accionistas. Sin embargo, la ley contempla diversas reuniones extraordinarias o especiales de tal órgano social sin que sea menester aducir o demostrar la necesidad o urgencia de la sociedad, pues se considera reunión extraordinaria toda aquella que se salga de los parámetros establecidos por el artículo 422 del mismo código para ser ordinaria, o sea, aquella que se celebra 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.

A manera de ejemplo, se mencionan las siguientes como reuniones extraordinarias:

1.1 Cuando se encuentre reunida la totalidad de los asociados y resuelvan constituirse en junta de socios o asamblea general de accionistas, reunión a la que se le ha dado el nombre de universal, por cuanto puede celebrarse válidamente sin previa convocatoria, cualquier día y en cualquier lugar, aún en el exterior, cuando se hallare representada la totalidad de los socios.

1.2 La reunión por derecho propio, sustitutiva de la ordinaria que no se convocó dentro de los tres primeros meses del año, para lo cual la ley señala la fecha, hora y lugar; 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. En esta reunión puede decidirse válidamente con un número plural de personas, cualquiera que sea la cantidad de partes de interés, cuotas o acciones que esté representada, salvo las reformas estatutarias y las demás cuestiones para las cuales la ley o los estatutos hayan señalado una mayoría decisoria especial, a menos que ésta se obtenga.

1.3 Las reuniones de segunda convocatoria, es decir, aquellas que han de efectuarse cuando, habiendo sido debidamente convocada la junta de socios o asamblea general de accionistas, ésta no se lleve a cabo por falta de quórum, reunión que deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta hábiles, contados desde la fecha fijada para la primera reunión, y en la cual también podrá deliberarse y decidir válidamente con un número plural de socios cualquiera sea la cantidad de acciones que esté representada, con excepción de las reformas estatutarias y otras decisiones para las cuales la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, salvo que ésta se obtenga.

1.4 Las que convoca u ordena convocar el Superintendente cuando no se hubiere reunido la asamblea en las oportunidades señaladas por la ley o por los estatutos, casos en los cuales la ley tiende a suplir una omisión que quebranta el orden jurídico especial de la sociedad.

1.5 Las que convoca u ordena convocar el Superintendente cuando se hubieren cometido irregularidades graves en la administración que deban ser conocidas o subsanadas por la asamblea, pues la ley procura que el máximo órgano de la sociedad acuerde los correctivos que estime convenientes.

1.6 Las que convoca u ordena convocar el Superintendente por solicitud del número plural de asociados determinado en los estatutos y, a falta de esta fijación, por el que represente no menos de la quinta parte de las acciones suscritas para las sociedades anónimas, o por un número de asociados representantes de la cuarta parte o más del capital social para las demás sociedades.

1.7 Las que deben convocar los administradores cuando la sociedad se encuentre en estado de cesación en los pagos para informar a los asociados completa y documentadamente de dicha situación, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que se causen a los asociados o a terceros.

1.8 Las que deben convocar los administradores de la sociedad anónima cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito.

1.9 La que debe convocar el liquidador como reunión final, cuyo objetivo consiste en aprobar las cuentas de la liquidación y el acta de distribución del haber social neto entre los asociados.

Como se observa, no todas las reuniones extraordinarias de la asamblea general de accionistas o juntas de socios responden a necesidades imprevistas o urgentes de la compañía, por cuanto la mayoría de las señaladas son consecuencia de una reunión especial contenida en la misma ley. No obstante, parece lógico que cuando la convocatoria sea solicitada por un número determinado de socios representantes de un porcentaje determinado del capital social, en la respectiva petición aparezcan los motivos justificativos de la misma, pero si así no se hiciere no es procedente que los órganos de administración, el revisor fiscal o el ente fiscalizador se detengan a examinar si se está en presencia de necesidades imprevistas o urgentes de la compañía, tal como lo manifestó esta Superintendencia en la Resolución 08069 del 2 de noviembre de 1977: *"En el primer caso, la petición requiere una minoría que el legislador ha estimado suficientemente representativa para forzar a que se le brinde la oportunidad de debatir sus iniciativas en el seno de la máxima autoridad que, a la postre, podrá acogerlas o desecharlas, caso en el cual los administradores o el revisor fiscal "deben", convocar, sin que puedan rechazar a priori las razones*

que con tal fin aduzcan, pues de ser admisible disentimiento sobre el particular, automáticamente se convertirían en juez y parte. Y en el segundo evento, la Superintendencia, en ejercicio de las funciones de fiscalización administrativa, analiza la viabilidad legal de la convocatoria y la ordena, pero no elabora el orden del día ni mucho menos califica si la razón que se invoca tipifica una "necesidad imprevista o urgente de la compañía"

Esta aseveración es confirmada también por la jurisprudencia en el mismo fallo del Consejo de Estado a que se hizo alusión al responder el interrogante No.1 Precisó sobre este tema la Sección Primera de dicho órgano de lo Contencioso Administrativo: *"La simple solicitud del número plural de accionistas que determinen los estatutos; en defecto de prescripción estatutaria, la petición de un número de accionistas que represente no menos de la quinta parte de las acciones suscritas, obliga a la Superintendencia a hacer la convocatoria, sin que pueda calificar la conveniencia o inconveniencia de la solicitud, pues en este caso la función de la Superintendencia se reduce a servir de medio, de instrumento o de vehículo para darle eficacia al derecho que la ley o los estatutos le confieren a una determinada porción de asociados...*

En estos casos, una vez formulada la solicitud por el número de asociados que exijan la ley o los estatutos, ni la entidad que ejerza el control de la sociedad, ni los administradores, ni el revisor fiscal están habilitados para calificar la conveniencia o inconveniencia de la convocatoria, ni menos pueden subordinarla a "necesidades imprevistas o urgentes de la compañía" pues se trata de un derecho incondicional que puede ejercerse válidamente frente a situaciones que, desde el punto de vista de la sociedad, pueden no revestir especial trascendencia, pero que no obstante, tengan notaria significación para el asociado o asociados en sus relaciones con la sociedad de la cual hacen parte" (Se resalta)

2. "Sin tener en cuenta las anteriores consideraciones, se puede llegar a pensar jurídica y lógicamente, que una sociedad anónima, puede cambiar de Junta Directiva sin ninguna motivación, las veces que quiera, a través de asambleas extraordinarias, antes del vencimiento del término o período para el cual fue designada según lo dispuesto por los estatutos sociales?"

Para responder a este planteamiento, empecemos por mencionar algunas normas del Código de Comercio que se refieren a la elección y remoción de los administradores.

De conformidad con el artículo 187 del Código de Comercio, la junta o asamblea general de accionistas ejercerá la función de *"4ª) Hacer las elecciones que corresponda, según los estatutos o las leyes, fijar las asignaciones de las personas así elegidas y removerlas libremente" (se resalta)*

Por su parte; el artículo 198 del mismo Código expresa *"Cuando las funciones indicadas en el artículo 196 no correspondan por la ley a determinada clase de socios, los encargados de las mismas serán elegidos por la asamblea o por la junta de socios, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en el contrato social. La elección podrá delegarse por disposición expresa de los estatutos en juntas directivas elegidas por la asamblea general.*

Las elecciones se harán para los períodos determinados en los estatutos, sin perjuicio de que los nombramientos sean revocados libremente en cualquier tiempo.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato que tiendan a establecer la inamovilidad de los administradores elegidos por la asamblea general, junta de socios o por junta directiva, o que exijan para la remoción mayorías especiales distintas de las comunes.". Y según la norma del artículo 199 ibidem *"Lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 198 se aplicará respecto de los miembros de las juntas directivas, revisores fiscales y demás funcionarios elegidos por la asamblea, o por la junta de socios".*

Así mismo, el artículo 425 del mismo ordenamiento, al referirse a las deliberaciones y decisiones de la asamblea en reuniones extraordinarias prescribe *"La asamblea extraordinaria no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado. Pero por decisión del setenta por ciento de las acciones representadas podrá ocuparse de otros temas, una vez agotado el orden del día, y en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda. (Se resalta).*

Por último, el artículo 420 ibidem, norma especial aplicable a las sociedades anónimas consagra que la asamblea general de accionistas podrá: *"4ª) Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda"*

De la simple lectura de las normas transcritas se desprende que la transitoriedad es esencial a la naturaleza jurídica de la condición de administradores y por lo tanto, la misma ley consagra la posibilidad de que el máximo órgano social pueda en cualquier momento removerlos, ya sea en reuniones ordinarias o extraordinarias, y aún en el evento de que no se haya completado el período para el cual fueron designados.

La doctrina de la Superintendencia de Sociedades lo ha manifestado así en varias oportunidades, y en uno de sus pronunciamientos expresó: *"Por último, cualquiera que sea el orden del día de la reunión de la asamblea o junta de socios, ordinaria o extraordinaria, este órgano social "en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda" (Art..425 del Código de Comercio). En verdad los órganos de administración, de representación y de fiscalización son permanentes, pero las personas designadas para desempeñar sus funciones reciben una investidura revocable ad natum, y pueden ser removidas en cualquier tiempo (Código de Comercio, artículos 198 y 199), pues además de no ser inamovibles, la ley prescribe que carecen de toda eficacia las estipulaciones estatutarias o decisiones sociales que tiendan a establecer la inamovilidad o que exijan mayorías especiales distintas de las comunes para removerlos"* (Oficio 100- 115226 de diciembre 28 de 1999).

LA RESTRICCIÓN PARA INTEGRAR MÁS DE CINCO (5) JUNTAS DIRECTIVAS SE APLICA A LAS PERSONAS JURÍDICAS, AUN EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN.

Frente a las disposiciones que regulan el tramite del proceso de liquidación, se pregunta si a una sociedad en liquidación le es aplicable la restricción contemplada en el artículo 202 del Código de Comercio, cuando señala que *"En las sociedades por acciones, ninguna persona podrá ser designada ni ejercer, en forma simultanea, un cargo directivo en más de cinco juntas, siempre que las hubiere aceptado..."*.

No obstante el interrogante planteado, manifiesta el consultante que tal restricción no es aplicable si se tiene en cuenta que como liquidador debe *".... representar a la entidad en las sociedades en que sea socia o accionista (...)"*, por lo que en el caso particular, dada las inversiones y la representatividad de su participación, bien podría ser incluido dentro de las juntas directivas de diecisiete (17) compañías.

Afirma que de ser posesionado en más de cinco juntas, como principal o suplente, no actuaría a titulo personal sino Institucional, tal como lo ha sostenido esta Superintendencia en concepto 220-46216 de 30 de noviembre del 2001, que en su aparte pertinente informa *"(...) Ahora bien, debe quedar perfectamente claro que en ciertos casos, el representante legal de la sociedad elegida como miembro de la junta directiva de otra, obra no a titulo personal, sino a nombre de la persona jurídica a la cual representa como lo indican las expresiones que se emplean para referirse a él: representante legal"*, aseveración que comparte y que conduce a concluir que el representante legal de una entidad en liquidación puede participar en más de cinco (5) juntas directivas.

Sea lo primero aclarar que el sentido del mencionado concepto, que reitera el Oficio DAL- 03810 de 24 de febrero de 1986, publicado por esta Superintendencia en su libro de Doctrinas y Conceptos

Jurídicos 1995, Pág. 284, se limita a indicar la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser designada como miembro de la junta directiva de otra compañía, caso en el cual quien la represente legalmente como principal o suplente, según el caso, será quien se encuentre facultado para que, en su nombre, asista con voz y voto en las deliberaciones y decisiones de dicho órgano colegiado. Bajo esa perspectiva, mientras subsista la designación de la persona jurídica como miembro de junta, el representante legal principal será quien asista a la reuniones de dicho órgano social, pero si sobrevienen causas accidentales, temporales o definitivas que le impidan tal obligación, solo podrá ser remplazado por el suplente respectivo, hasta tanto el principal se reincorpore en el ejercicio de sus funciones o se haya hecho nueva designación, en caso de remoción del cargo.

Así las cosas, el mencionado concepto no se encuentra dirigido a establecer la facultad de las personas jurídicas para ser miembro de junta directiva en más de cinco (5) compañías de manera simultanea, sino a determinar la viabilidad de que las mismas puedan ser nombradas como miembro principal o suplente en la junta directiva de otra sociedad, evento en el cual la actuación de su representante será a nombre de la compañía y no a titulo personal.

Hecha la anterior aclaración, en primer lugar, el régimen general previsto en el Código de Comercio, en su artículo 222, señala que una vez se decreta la disolución de la compañía, se inicia el proceso liquidatorio en forma inmediata, situación que inhibe a la compañía para iniciar nuevas operaciones en desarrollo de la empresa o actividad para la cual fue constituida, *conservando su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación.*

Del citado precepto se colige que, si bien es cierto la capacidad de la sociedad queda limitada en la forma indicada y el liquidador obligado al desarrollo y ejecución de las funciones que la ley le asigna para el efecto, entre otras, las señaladas en el artículo 238 ibidem, no es menos cierto que de la normatividad que regula el proceso, se observa que la existencia del ente jurídico continúa hasta tanto se protocolice en una notaria la cuenta final de liquidación junto con las diligencias del inventario de los activos sociales y las actuaciones judiciales, en su caso –art. 247 C. Co.-, período dentro del cual la compañía, aunque no puede emprender operaciones

BIBLIOTECA

propias de una sociedad en plena actividad del objeto social para lo cual fue constituida, ello no inhabilita a su representante legal para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que la calidad de socio o accionista le otorga la ley, cuando entre los activos a liquidar se encuentran inversiones en el capital de otra u otras compañías, como es el caso planteado en su escrito. En opinión de este Despacho, el ejercicio de los derechos políticos y económicos derivados de la condición de asociado, es una obligación del liquidador, si se tiene en cuenta que una de las funciones asignadas es precisamente velar por la integridad del patrimonio a liquidar (Num 6º, Art. 238 Ib.). Dicho en otras palabras, la restricción de la capacidad como sociedad en liquidación no altera, ni modifica, ni suspende los derechos, funciones y obligaciones que corresponden cuando la sociedad en liquidación ostenta la calidad de socio o accionista de otra.

Consecuente con lo anterior, siendo innegable que los derechos y obligaciones de una sociedad en proceso de liquidación no varían cuando es accionista de otra, bien podría ser parte de su junta directiva, siempre que sea elegida conforme al sistema contemplado en el artículo 197 de C. de Co. En efecto, los argumentos esgrimidos por esta Superintendencia respecto a la conformación de cuerpos colegiados con personas jurídicas, son aplicables aun cuando la misma se encuentra adelantando un proceso de liquidación, en primer lugar, por cuanto no existe norma legal que lo prohíba y, en segundo lugar, como se anotó anteriormente, elegir y ser elegido es un derecho que otorga la calidad de asociado, siempre que no se haya previsto otra cosa en el contrato social, como tampoco podría negarse el derecho a participar en las demás deliberaciones y decisiones del máximo órgano social; recibir lo que le corresponda de los beneficios sociales; negociar libremente sus acciones, salvo que estatutariamente se haya consagrado el derecho de preferencia, inspeccionar los libros y papeles de la sociedad etc. -Art. 379 del Código citado, entre otros-.

Respecto a la aplicación o no de la limitación de que trata el referido artículo 202, entratándose de sociedades comerciales en estado de liquidación, se observa que en el ordenamiento que regula su funcionamiento, particularmente en la parte especial referida al proceso liquidatorio, no se contempla disposición legal ni de su lectura se colige que se excepcione el estado de liquidación a la prohibición de participar en más de cinco (5) juntas directivas de

manera simultanea. Por el contrario, se evidencia que en el Capitulo VII sobre Asamblea, Junta de Socios y Administradores, éste último tema desarrollado en la Sección II, el legislador determina que son administradores, entre otros, el representante legal, el liquidador y los miembros de junta directiva (Art. 22 de la Ley 222 de 1995), y de manera general e integral consagra para quienes son administradores o detenten funciones administrativas, sus deberes, funciones, inhabilidades y responsabilidades, para finalmente referirse a la prohibición que les asiste a los miembros de las juntas directivas para participar, en forma simultanea, en más de cinco (5), siempre que se trate de sociedades por acciones. Así las cosas, al no existir norma que exceptúe a las personas jurídicas en liquidación de la restricción contenida en el artículo 202 antes mencionado y examinada dentro del contexto del ordenamiento que regula la materia, la opinión de este Despacho no es otra que la prohibición opera sin perjuicio del estado en el que se encuentre la sociedad designada como miembro de junta directiva.

En ese orden de ideas se concluye que, mientras la sociedad no se extinga definitivamente del mundo jurídico, por el hecho de estar en liquidación no pierde las prerrogativas legales inherentes a la calidad de socio o accionista en otra compañía, como tampoco puede sustraerse de las prohibiciones o restricciones que la ley impone a sus administradores, en este caso al liquidador, a quien le corresponde velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, si por su naturaleza son aplicables (Num. 2, Art 23 de la citada ley), por lo que resulta obvio que cualquier omisión o extralimitación en el ejercicio de sus 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 (Art. 200 C. de Co., modificado por el artículo 24 Ley 222 Cit), al paso que faculta a la Entidad Gubernamental que ejerce inspección, vigilancia o control sobre el ente societario, para imponer sanciones, hasta de 200 salarios mínimos legales mensuales, por violación a la ley -numeral 3º artículo 86 de la Ley 222 Cit.- (Oficio 220- 18279 de 27 de abril de 2004).

EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE LA JUNTA ASESORA SURGE DE LA LEY.

Con el fin de ahondar en el concepto acerca de la forma como operan las suplencias en la Junta Asesora del liquidador en un proceso de liquidación obligatoria, es preciso detenerse en el texto de los artículos 173, 174 y 176 a 178 de la Ley 222 de 1995, a partir de los cuales es viable deducir, preliminarmente, que dicho órgano es un cuerpo colegiado establecido por la ley, con unas funciones específicas, expresas, atendiendo el interés protegido y las funciones a desarrollar, y una forma de integrarse, también determinada en forma imperativa por el legislador.

La junta asesora del liquidador, es un medio de acción de los interesados, esto es, de los acreedores, en la liquidación de los bienes que conforman el patrimonio del deudor y que se constituye en la prenda de garantía de sus acreencias, junta que tiene funciones de asesoría, fiscalizadoras e incluso administrativas según se puede ver en los apartes de las funciones que se subrayan (artículo 178 ibidem). Es por ello, que la integración de la junta también está determinada por este presupuesto fundamental que delimita para el nominador el alcance de dicha facultad, que debe recaer exclusivamente en los representantes de los acreedores, con sus diferentes categorías, así como en un representante de los asociados, como un mínimo reconocimiento del legislador por los intereses de quien en un determinado momento hizo una inversión y asumió los riesgos que conlleva el ejercicio de una actividad económica.

En armonía con lo anterior, todas las normas que regulan el funcionamiento de dicho cuerpo hacen expresa alusión a sus miembros, es decir, que cada uno de ellos se convierte en una parte esencial de la junta, requiriéndose de su participación directa y personal en las reuniones, o en su defecto, la del suplente personal respectivo, en ejercicio del poder recibido por el nombramiento que única y exclusivamente compete al Superintendente de Sociedades, ya que en este caso no se trata de la representación de los intereses personales e individuales de un persona que tiene la libre disposición

de sus derechos y en uso de la autonomía de la voluntad puede concurrir personalmente o a través de un tercero (V.Gr. la asamblea de accionistas), sino del ejercicio de una función que surge de la ley, en representación de un interés general, deferida en una persona específica para que la cumpla en los términos que ésta le señale y por lo tanto intransferible.

Por lo demás, es evidente que las faltas temporales o absolutas del principal activan de inmediato la participación del suplente personal, mandato legal que sería nugatorio ante la presencia de terceras personas en representación de los principales, lo cual a su turno sería contrario a normas de carácter imperativo como lo son las que regulan el trámite de liquidación obligatoria y que además comprometerían la responsabilidad del juez del trámite que es a quien le corresponde el nombramiento de los miembros de la junta asesora del liquidador y la dirección del proceso.

Así las cosas, cuando el nombramiento recae sobre una persona natural, ésta debe concurrir personalmente a integrar la junta, e igualmente sucede cuando se trata de una persona jurídica, solamente que por tratarse ésta de una ficción del legislador, debe concurrir a través del órgano de representación externa e interna de la sociedad, esto es, a través de sus respectivos representantes legales, éstos últimos personas naturales, quienes tampoco pueden delegar la representación en un tercero, así este sea un apoderado general, teniendo en cuenta que la designación es por esencia personal y las faltas de representante legal de la persona jurídica sólo puede suplirlas el respectivo suplente personal.

En efecto los respectivos suplentes personales, deben concurrir en defecto de los principales, designación que al tenor de la ley, también compete al Superintendente de Sociedades (artículo 173 ídem), de donde resulta imposible jurídicamente que un miembro principal, para sus ausencias, otorgue poder o delegue el ejercicio del cargo, pues es la ley la que se encarga de establecer como se debe proceder en tales casos, por contera, la misma circunstancia y con mayor razón, debe predicarse del suplente personal respectivo.

Así mismo, el legislador al regular el funcionamiento de dicho cuerpo colegiado es expreso al determinar para la integración del quórum deliberativo y del decisorio, el voto favorable de la mayoría de sus

integrantes, lo cual exige a su turno en forma inequívoca y en esa misma proporción, la presencia de quienes hayan sido designados miembros principales o en su defecto, los respectivos suplentes personales.

Todo lo anterior se rubrica en las causales de remoción, que consagra circunstancias que sólo son predicables del titular del cargo, que es la persona de quien se puede deducir inasistencia o respecto de los cuales es posible que los acreedores soliciten su remoción, incluso el adecuado funcionamiento que implica para el nominador un mínimo de cuidado y diligencia en la elección.

En consecuencia, a la luz de las disposiciones que regulan la materia y atendiendo a la finalidad de la junta, esta oficina considera que jurídicamente no es viable que los miembros de la junta asesora del liquidador defieran en un apoderado la representación que les corresponde como tal, ya que en ausencia de los principales deben concurrir los respectivos suplentes personales. (Memorando 220-072 de marzo 1º de 2004).

...ICIA DE
...ES
...TECA

DIVERSOS ASPECTOS SOBRE LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.

1) ¿Cómo se garantiza y protege el derecho de defensa y el debido proceso de los socios de una sociedad deudora sometida a liquidación si la providencia de apertura se notifica al deudor personalmente, es decir, al representante legal de la sociedad deudora o a su apoderado, según lo disponen los parágrafos de los artículos 157 y 98 de la ley 222 de 1995, quien obviamente apenas en pocos casos ostentará el doble carácter de representante legal de la sociedad deudora y simultáneamente de representante legal de todos los socios de la entidad llamada al proceso concursal?

Incurre el peticionario en una doble y desafortunada imprecisión conceptual y, por ende, en un yerro de interpretación de las normas mencionadas, cuando concluye que sólo se garantiza el derecho de defensa y el debido proceso cuando quien es designado como liquidador venía desempeñándose como administrador o representante legal de la entidad deudora, en los términos del parágrafo del artículo 162 de la Ley 222 de 1995.

Veamos, de lo que se ocupan los artículos citados es de establecer que la providencia de apertura de la liquidación obligatoria deberá notificarse personalmente al DEUDOR, que, en tratándose de personas jurídicas, se hará a quien hasta antes de decretarse la liquidación aparezca registrado en el registro mercantil como su representante legal, o al apoderado que para el efecto se haya designado. Y es que si de lo que se trata es de poner en conocimiento al deudor la apertura del proceso concursal, no puede entenderse bajo ninguna perspectiva lógica y jurídica, que tal finalidad su surta notificando dicha providencia al liquidador designado por el juez del concurso, cuando éste es persona diferente a quien venía desempeñándose como representante legal del deudor. En este caso, como es apenas obvio, deberá notificarse al representante legal que fuera designado por el máximo órgano social.

Por el contrario, cuando a juicio del juez del concurso se designe como liquidador al representante legal de la entidad deudora que figure inscrito en el momento de la apertura del trámite, la notificación que a éste se haga suerte plenos efectos jurídico procesales, pues, en nombre de la sociedad deudora se encuentra habilitado para el efecto.

De otra parte, sobre esta particular hipótesis, valga la pena aclarar que en el momento de ser designado como liquidador quien venía ejerciendo la representación legal de la deudora, la naturaleza jurídica de su vinculación anterior, cualquiera que ella sea, así como las facultades legales y estatutarias que dicha calidad le otorgan, cesan por el hecho de la designación como liquidador, cargo cuya naturaleza jurídica difiere sustancialmente al de representante legal designado por el máximo órgano social, sin perjuicio de que por el hecho de serlo asuma la representación legal de la entidad deudora.

En ese orden de ideas, resulta impreciso afirmar que cuando el representante legal de la deudora es designado como liquidador ostenta simultáneamente dos calidades.

1. "La ley 222 de 1995 creó a favor del acreedor no abogado, una excepción para litigar en causa propia al establecer en el artículo 158 que dentro la oportunidad para hacerse parte en un proceso liquidatorio, la comparecencia puede hacerse "personalmente o por medio de apoderado?

2. ¿O tal norma debe entenderse como una facultad legal que se agota al presentar el crédito y que de ese momento procesal en adelante el acreedor no abogado deberá actuar dentro del proceso judicial de la concursada por intermedio de apoderado legalmente constituido?

3. ¿En cualquier caso, la ley 222 de 1995 podía incluir normas que significan una profunda reforma al estatuto de la profesión de abogado?"

Cuando del ejercicio del derecho de acción se trata, el legislador se ocupa de tres aspectos que se manifiestan claramente en todos los procesos: la capacidad para ser parte, que la tienen todos los sujetos de derecho; la capacidad procesal, o sea la posibilidad de

comparecer por sí mismos al juicio sin necesidad de estar asistidos por representante legal y, finalmente, el derecho de postulación, que le permite al abogado presentar ante los jueces peticiones para adelantar un proceso o para practicar pruebas o todas las diligencias encomendadas, con la finalidad de asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídico procesales.

Ahora bien, cuando el artículo 25 del Decreto 196 de 1971, por medio del cual se expidió el Estatuto del Ejercicio de la Abogacía, dispone que nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado, salvo las excepciones consagradas en el mismo decreto, ello no significa que la ley no pueda establecer otras excepciones, como en efecto lo hace la Ley 222 de 1995 en los artículos 120 y 158.

Sobre el particular, este Despacho se ha pronunciado en los siguientes términos:

"Es de señalar que la regla que se comenta (Art.. 120, Ley 222/ 95), comporta una ampliación a las hipótesis contenidas en los artículos 28 y 29 del Decreto 196 de 1971, en el sentido que permite a los acreedores hacer valer directamente su crédito, sin necesidad de contar con los servicios de un profesional del derecho. Lo anterior no es óbice para que si los acreedores lo tengan a bien puedan hacer valer su crédito por conducto de apoderado, caso en el cual deberá tener la condición de abogado inscrito".[1]

Esta excepción legal faculta y legitima a los acreedores del deudor concursado que no son abogados, no sólo para la presentación del crédito del que son titulares, sino también para ejercer todos los derechos y garantías procesales que concede la calidad de parte, con miras a obtener la satisfacción de sus derechos sustanciales, Vr. Gr., interponer recursos, descorrer traslados, presentar objeciones, solicitar el decreto y práctica de pruebas, participar en la junta asesora del liquidador, etc..

Así mismo, quien en nombre propio ejerce sus derechos procesales, deberá dar estricto cumplimiento a los deberes y obligaciones que tal calidad le imponen.

---

1 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-15074 de abril 7 de 1998.

Por las consideraciones anotadas, a juicio de este Despacho, lo anterior no constituye "una profunda reforma al estatuto de la profesión de abogado", sino, como quedó expuesto, una excepción legal a la regla general, y sobre el eventual juicio que por unidad de materia pudiera hacerse a este respecto, no habrá pronunciamiento de esta oficina, como quiera que este no es el escenario natural donde debe darse.

4. "¿Cuál es la naturaleza jurídica del cargo de miembro de junta asesora del liquidador?

5. ¿Los miembros de la junta asesora del liquidador tienen el carácter de auxiliares de la justicia?

6. Los miembros de la junta asesora del liquidador deben prestar caución para servir el cargo?

7. ¿Las actas de la junta asesora deben constar en un libro de actas registrado ante la Cámara de Comercio?"

Como consecuencia del principio de colectividad que caracteriza al proceso concursal, la designación de los miembros de la junta asesora del liquidador implica la necesaria participación de los acreedores del deudor en la consecución de la finalidad liquidatoria, y su composición obedece a la aplicación de criterios objetivos que garanticen, de una parte, la representación de los intereses heterogéneos que en ella deben revelarse y, de otra, su adecuado y regular funcionamiento.

Por definición, la junta asesora del liquidador es un ente colegiado de asesoría y fiscalización de la gestión del liquidador; la condición y naturaleza jurídica de sus miembros, tanto principales como suplentes, no es otra que la de acreedores del deudor concursado, y sus funciones las consagradas en el artículo 178 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 8° del Código de Procedimiento Civil, los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad. Para cada oficio se exigirán versación

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

y experiencia en la respectiva materia y, cuando fuere el caso, título profesional legalmente expedido. De vieja data se ha justificado su implementación en la necesidad de contar el juez con personas que por su preparación calificada en un área determinada de un saber específico, pueden coadyuvar en la recta administración de justicia cuando sus servicios sean requeridos como soporte probatorio para la toma de decisiones, y por los cuales reciben remuneración de acuerdo con los honorarios que fije el juez.

En ese orden de ideas, y no obstante ser designados por el juez del concurso, los miembros de la junta asesora del liquidador no tienen calidad de auxiliares de la justicia, y por el ejercicio de sus funciones, que se circunscribe a las establecidas en el artículo mencionado, no requieren prestar caución alguna, ni pueden ni deben recibir remuneración.

En lo que hace al último interrogante planteado, nos remitimos a lo establecido en el artículo 175 de la Ley 222 de 1995, según el cual, "de las reuniones se levantarán actas suscritas por el presidente o el secretario, las cuales se harán constar en un libro de actas. Copia de las mismas deberá enviarse por el secretario a la Superintendencia de Sociedades, dentro de los diez días siguientes a cada cesión".

Del tenor literal de la norma transcrita se concluye que el legislador no exigió el registro del libro de actas correspondientes a las reuniones de la junta asesora del liquidador para que éste pueda servir de prueba, pues, de lo contrario, expresamente lo hubiera previsto. De otra parte, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 del Código de Comercio el cual dispone qué actos, libros y documentos deben registrarse en el registro mercantil, el artículo 126 del Decreto 2649 de 1993 establece que, *cuando la ley así lo exija*, para que puedan servir de prueba los libros deben haberse registrado previamente a su diligenciamiento, ante las autoridades o entidades competentes en el lugar de su domicilio principal. Lo anterior significa que el libro de actas de las reuniones de la junta asesora del liquidador no requiere registrarse en el registro mercantil, pues la ley no lo exige. (Oficio 220- 72125 de noviembre 20 de 2000).

CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CONCURSAL Y FACULTAD DE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DE ACTOS DEL PROCESO.

Se consulta acerca de la posibilidad de que en ejercicio de funciones jurisdiccionales correspondientes a procesos de liquidación obligatoria, la Superintendencia de Sociedades pueda decretar la nulidad absoluta de un acto jurídico conocido con ocasión de dicho proceso.

Al respecto se impone hacer las siguientes precisiones y consideraciones de orden legal a fin de absolver la inquietud planteada:

1- Alcance del ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo 116 de la Constitución Política, excepcionalmente la ley puede atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, a las cuales que no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

La doctrina ha definido la jurisdicción como la función pública de administrar justicia mediante un proceso, "que otorga a quienes la ejercen una serie de poderes y de facultades, e impone a su vez unos deberes y responsabilidades que hacen que la jurisdicción desborde el marco de la potestad, que, por esencia, no implica en todos los casos necesariamente esos correlativos deberes y responsabilidades".[1]

1 López B. Hernán Fabio, Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General Tomo I, Séptima Edición, Dupré Editores, Pág. 95

Es función pública por cuanto es el Estado quien la lleva a efecto a través de los órganos y personas especialmente considerados aptos para ejercerla y cúya finalidad última es la de administrar justicia, es decir, según la clásica definición de ULPIANO, dar a cada cual lo que le pertenece de acuerdo con el derecho objetivo, con los principios generales del derecho y con la equidad.

Ahora bien, los diversos y complejos asuntos de que se ocupa el derecho, hizo necesario crear jueces especializados para cada ramo de la administración de justicia, dando lugar a que se acuñen los términos jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales, de donde el primero ha quedado para aplicarlo a aquellos casos sometidos al conocimiento de las autoridades judiciales ordinarias (Art.. 234 Cons. Pol.) que recogen las ramas civil, penal, laboral, de familia agraria y penal militar, y el segundo las restantes (Arts. 236, 239, 246, 257 Cons. Pol.), tales como la contencioso administrativa, la constitucional, indígena, de paz.

Por su parte, la jurisdicción concursal hunde sus raíces en el citado artículo 116 de la Carta Política y se desarrolla a partir de la expedición de la Ley 222 de 1995 que defiere a la Superintendencia de Sociedades funciones jurisdiccionales para conocer de manera privativa los trámites de los procesos concursales de las personas jurídicas sociedades comerciales, empresas unipersonales, sucursales de sociedades extranjeras, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta[2], conforme a lo establecido en los artículos 90 y 214 ídem. En ese sentido, cuando la ley define la *competencia* establece los límites de la jurisdicción, pues en virtud de ella se sabe exactamente cuál órgano de la administración de justicia debe ocuparse de atender cada caso en particular.

Sobre este aspecto en particular se han referido el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional[3] en

2 Respecto de estas dos últimas únicamente procederá tramitar concordato, previa su liquidación administrativa en los términos del artículo 210 ídem.

3 Cf. Consejo de Estado, Sección Primera, Rad: 4706, Auto de 28 de octubre de 1997, M. P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa; Sección Primera, Rad: 4929, Auto de 24 de junio de 1998, M. P. Dr. Manuel

sendos y reiterados pronunciamientos, en el sentido de que el conocimiento de los procesos concursales por parte de la Superintendencia de Sociedades corresponde al ejercicio de funciones jurisdiccionales, naturaleza cuyos alcances se encuentran plenamente definidos en relación con los asuntos inherentes al trámite del concordato y la liquidación obligatoria, pues, "de acuerdo con las normas vigentes, cuando la Superintendencia de Sociedades actúa como conductora de los procesos concursales –concordato o concurso liquidatorio-, no lo hace en ejercicio de sus atribuciones administrativas ordinarias, sino que asume la función jurisdiccional en uso de la facultad concebida en el artículo 116 inciso 3° de la Constitución, de acuerdo con el artículo 90 de la Ley 222 de 1995, es decir, que para tales efectos la aludida entidad administrativa obra como un verdadero administrador de justicia, como un juez de los procesos en comento, función pública ésta que de acuerdo con el artículo 228 de la Carta Política, es independiente y autónoma, entre otras cosas".[4]

2- **Características del proceso concursal.**

Ahora bien, con la expedición de la Ley 222 de 1995 ha querido el legislador recoger modernas orientaciones del derecho concursal que se traducen en la asunción y efectiva aplicación de los principios filosóficos que las sustentan, tales como la universalidad, igualdad, colectividad y preferencia, de suerte que por virtud del primero de ellos, desde el punto de vista subjetivo, supone que al trámite concursal, en cualquiera de sus dos modalidades, los acreedores titulares de derechos de crédito a cargo del deudor concursado deberán concurrir a aquel para hacer valer éstos, no como una obligación es estricto sentido sino como una carga procesal de cuyo accionar dependerá que sus créditos sean admitidos, reconocidos, calificados y pagados; desde el punto de vista objetivo, comprende la totalidad de los bienes de deudor abocado al concurso, y desde el punto de vista procesal implica que sea en torno de un único juez

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. No. 5010, Sentencia de 1° de junio de 1998, M. P. Dr. Rafael Romero Sierra.

competente que se resuelvan las vicisitudes jurídico procesales inherentes a la crisis de insolvencia del deudor concursado y la forma en que habrán de pagarse las obligaciones a su cargo. (se resalta)

El principio de la igualdad, que se expresa bajo la máxima *par conditio omnium creditorum*, supone que los acreedores que concurran al trámite concursal de su deudor común, lo hagan en igualdad de condiciones jurídico procesales, sin perjuicio de la existencia de privilegios o garantías que conforme a la ley detenten algunos créditos, ya sea por su prelación al pago o porque les fue otorgada, paralela, concomitante o posteriormente al nacimiento de la obligación, una garantía accesoria para su cumplimiento, Vr. Gr. un contrato de prenda o hipoteca, un certificado de garantía extendido con ocasión de la celebración de un contrato de fiducia mercantil, etc.

A su vez, la colectividad dice relación a la participación conjunta de todos los sujetos intervinientes en el concurso para la consecución del objetivo trazado por el legislador en cada caso, ya sea, la recuperación de la empresa, en tratándose de un concordato, o la realización de los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago y extinción de sus obligaciones cuando se trate de liquidación obligatoria.

Por su parte, la preferencia concursal implica, de una parte, que proferido el auto de apertura del respectivo proceso, no podrá iniciarse en contra del deudor ejecución singular, hipotecaria o prendaría en forma particular, ni proceso de restitución de tenencia del inmueble donde desarrolle su objeto social y, de otra, que las ejecuciones ya iniciadas deberán incorporarse al trámite concursal para que sea allí donde se cobren los créditos cuyo pago se persigue, como consecuencia del fuero de atracción que le es característico.

3- Competencia privativa, prevalente y prelación de competencias.

Dispone el artículo 90 de la Ley 222 de 1995 que la Superintendencia de Sociedades será competente de manera *privativa* para tramitar los procesos concursales, lo cual significa que es propio de ella,

priva y despoja a cualquier otra autoridad del conocimiento de estos. Así mismo, es *prevalente* en la medida en que el factor subjetivo que la determina[5] prevalece sobre cualquier otro, y se predica la *prelación* por el factor determinante de conexión, el cual se justifica en el principio de la economía procesal, que se refleja, entre otras muchas formas, en el fenómeno de la acumulación de pretensiones y de procesos, figura de suyo inmanente al proceso concursal.

En ese orden de ideas, y resaltando especialmente las características de universalidad desde el punto de vista procesal y atendiendo a las reglas de prelación de competencia por el factor subjetivo y de conexión, en concepto de esta Oficina es claro que le corresponde a la Superintendencia de Sociedades como juez del concurso declarar, aun sin petición de parte, la nulidad absoluta de un acto jurídico conocido con ocasión del proceso de que se trate, siempre que se den los supuestos de ley para el efecto (Art., 1741 y 1742 C. C. y Art.. 899 C. de Co.) y sin perjuicio, claro está, de las eventuales causas de ineficacia e inoponibilidad que la ley haya previsto. (Memorando 220- 222 de septiembre 19 de 2000).

5 En efecto, nótese que los sujetos destinatarios de la competencia atribuida a la Superintendencia de Sociedades para el trámite de procesos concursales, deben reunir unas calidades especiales arriba señaladas.

NO ES PROCEDENTE REALIZAR REUNIONES NO PRESENCIALES DE LA JUNTA ASESORA DEL LIQUIDADOR.

Las reuniones no presenciales consagradas en el artículo 19 de la Ley 222 de 1995, para la Junta de Socios, Asamblea o Junta Directiva no tienen aplicación práctica a las sesiones de la Junta Asesora del liquidador, ya que el legislador no ha posibilitado dicha alternativa expresamente, lo cual se explica en la medida en que la naturaleza jurídica de dichos órganos difiere ostensiblemente,

Obsérvese que el articulo 173 de la citada Ley 222 de 1995 al disponer que *"...deliberará y decidirá con el voto favorable de la mayoría de sus integrantes..."* y a su turno el 174 ibidem al esbozar que *"...las reuniones se efectuarán en el domicilio del deudor, en el lugar, fecha y hora que se indique en el aviso de convocatoria..."* expresamente establecen como requisito obligatorio para la validez de una reunión de la junta asesora la presencia física de los integrantes de dicho órgano colegiado en el lugar, fecha y hora que se indique en el aviso de convocatoria.

Lo anterior cobra mayor significado si se tiene en cuenta que legalmente se consagró la existencia de suplentes personales, los cuales puede actuar en reemplazo de los principales en caso de ausencia, como se observa en el presente caso, debiendo indicar que cualquier actuación fuera de la presencial, precipitaría contravenir la filosofía que inspiró en este sentido la expedición de la normatividad vigente aplicable a los procesos concursales.

Como corolario de lo anterior, cabe anotar que en los casos en que el quórum deliberatorio y por ende decisorio, se obtenga del complemento necesario entre la asistencia de miembros principales y/o suplentes a las reuniones y la obtenida vía telefónica o por cualquier otro mecanismo distinto al presencial, conlleva que dichas sesiones estén destinadas a no producir efectos frente al trámite liquidatorio. (Auto 440-000321 de enero 9 de 2004).

CESION DE CRÉDITOS LABORALES, SUBROGACIÓN Y DESISTIMIENTO DE ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL.

Se consulta, de una parte, si un tercero que paga las obligaciones laborales de una sociedad abocada a un proceso concursal liquidatorio se subroga en todos los derechos y privilegios inherentes a dichos créditos y, de otra, si "existiendo en la empresa, una acción revocatoria (instaurada por la Superintendencia) de un inmueble cedido por la administración anterior a un tercero como dación en pago, el acuerdo a que lleguen los trabajadores con el tercero que adquiere las acreencias, respecto al desistimiento de la revocatoria, obligaría a los demás acreedores, siendo que los trabajadores cuentan con más del 75% del monto de las acreencias".

A efectos de darle respuesta al asunto consultado, este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones y consideraciones de orden legal.

1- De la irrenunciabilidad de los derechos derivados de la relación laboral.

Sea lo primero poner de presente que conforme a lo establecido en el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.), las disposiciones que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables. A su vez, el artículo 15 ídem dispone que es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Es más explícito aún el artículo 142 de la misma obra cuando refiriéndose al salario establece que éste es irrenunciable y no se puede ceder en todo ni en parte, a título gratuito ni oneroso. Y, finalmente, el artículo 340 reafirma dicho principio cuando dispone que las prestaciones sociales establecidas en el C.S.T., ya sean eventuales o causadas, son irrenunciables, salvo que se trate de las excepciones allí previstas, relativas al seguro obligatorio de los trabajadores mayores de

cincuenta (50) años, y las que se generen como consecuencia de invalidez o enfermedad existente en el momento en que el trabajador entra el servicio del empleador, las cuales son susceptibles de renuncia.

No obstante que las normas citadas resultan suficientemente claras, esta oficina se abstendrá de emitir pronunciamiento sobre su aplicabilidad al caso concreto planteado en la consulta, como quiera que es la autoridad del trabajo correspondiente a quien compete interpretarlas y dilucidar la procedencia de la operación allí prevista.

Ahora bien, en el evento que resulte procedente la cesión aludida, esta comprendería también sus privilegios, fianzas e hipotecas, pero no traspasa las excepciones personales del cedente al cesionario, conforme con lo establecido en el artículo 1964 del Código Civil, en concordancia con el 1670 ídem.

A su vez, la subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado y, por lo tanto, la obligación debida subsiste a favor de ese tercero. En otros términos, hay mudanza de acreedor sin que se extinga la deuda. Es requisito indispensable que el pago sea hecho por un tercero, pues, si lo efectúa el mismo deudor u otra persona a su nombre o por su encargo, no habrá subrogación sino extinción. La subrogación puede darse por ministerio de la ley, tanto en los casos previstos en el artículo 1668 ibidem, como en los artículos 957, 1423,1579, 1736, etc.; también se efectúa subrogación por virtud de una convención del acreedor, cuando éste, recibiendo de un tercero el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden como tal, en cuyo caso, la subrogación está sujeta a la regla de la cesión de derechos de que trata el artículo 1960 y siguientes del mismo Código Civil.

2- De la acción revocatoria concursal.

Debe advertirse ahora que el trámite concursal en sus dos modalidades se caracteriza, entre otros, por el principio de la universalidad, el cual, desde el punto de vista objetivo, significa que

éste comprende la totalidad del patrimonio del deudor abocado al proceso, y que tratándose de una liquidación obligatoria cobra una particular importancia atendiendo justamente a su finalidad: "Mediante la liquidación obligatoria se realizarán los bienes del deudor, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo".[1] Desde el punto de vista subjetivo la universalidad implica que al trámite concursal deberán concurrir, sin excepción, la totalidad de los acreedores del deudor.

De otra parte, el principio de la igualdad, expresado en la máxima par conditio omnium creditorum, se traduce en que todos los acreedores del deudor falente concurren en igualdad de condiciones jurídico procesales al trámite liquidatorio, sin perjuicio de las prerrogativas y privilegios que concede la naturaleza de los respectivos créditos.

De allí que tanto el liquidador, cualquier acreedor reconocido en el trámite liquidatorio o, a partir de la vigencia de la Ley 550 de 1999 la Superintendencia de Sociedades, se encuentren legitimados para incoar las llamadas acciones de incremento patrimonial, esto es, la acción revocatoria concursal o la acción de simulación de que tratan los artículos 183 y 184 de la Ley 222 de 1995, cuya finalidad es incrementar el activo liquidable del deudor en beneficio de todos sus acreedores, cuando se den los supuestos de hecho y de derecho allí previstos.

Ahora bien, una cosa es que los acreedores, sean estos privilegiados o no, puedan ceder sus derechos de crédito a un tercero, y otra muy diferente, que un eventual desistimiento de la acción revocatoria incoada por la Superintendencia de Sociedades contra el tercero cesionario pueda ser oponible a todos los acreedores, independientemente del porcentaje que representen éstos respecto de la totalidad de las acreencias a cargo del deudor.

---

1 Artículo 95, Ley 222 de 1995.

En efecto, nótese que los supuestos de hecho y de derecho para la viabilidad y procedencia de la acción revocatoria y el cumplimiento de su finalidad no pueden sujetarse a la posibilidad de que un porcentaje de acreedores del deudor concursado ceda sus derechos de crédito a un tercero contra quien se dirige la acción, ni mucho menos concluir que por ese hecho se legitiman para desistir de la misma, entre otras razones; porque quien está llamado a renunciar a las pretensiones de la demanda de revocación, en los términos de lo previsto en el artículo 342 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, es el demandante y no terceros, así sean éstos, en últimas, los beneficiarios del éxito de la acción, pues, se reitera, la acción revocatoria persigue la integración de la universalidad patrimonial del deudor en favor de la totalidad de los acreedores, sin excepción. (Oficio 220- 38573 de septiembre 20 de 2001)

[1] Artículo 95, Ley 222 de 1995.

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS CRÉDITOS RECHAZADOS Y AUSENTES EN LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, UNA VEZ CANCELADO EL PASIVO EXTERNO.

Se consulta si los titulares de créditos que fueron rechazados por no haber presentado prueba siquiera sumaria de su existencia, en el trámite de una liquidación obligatoria, tienen derecho sobre los remanentes y, de otra, si tal derecho es mejor que el de aquellos acreedores de la sociedad que ni siquiera se presentaron dentro del término legal al concurso y que persiguen los remanentes por vía ejecutiva.

Para darle respuesta al asunto se precisa efectuar las siguientes consideraciones de orden legal.

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN EL CONCURSO

Sea lo primero poner de presente que el régimen de liquidación obligatoria previsto en la Ley 222 de 1995 se caracteriza, entre otros principios, por el de la universalidad, el cual, desde el punto de vista subjetivo, implica que todos los acreedores del deudor, sin excepción,[1] deberán concurrir al trámite y hacerse parte en él, en los términos del artículo 158 ídem, esto es, dentro de la oportunidad allí prevista, personalmente o por medio de apoderado y presentando prueba siquiera sumaria de la existencia de sus créditos; es decir, son tres los requisitos que han de tenerse en cuenta para perfeccionar la presentación: i) *Oportunidad*: dentro de un plazo contado a partir de la providencia de apertura del trámite y hasta el

1 Salvo que el trámite liquidatorio se haya iniciado como consecuencia del fracaso o incumplimiento del concordato que le precede, en cuyo caso las acreencias reconocidos y admitidas en él, se entenderán presentados en tiempo en la liquidación; pero, en todo caso, los acreedores extemporáneos en el concordato, deberán hacerse parte en el trámite liquidatorio en la oportunidad señalada.

vigésimo día siguiente al vencimiento del término de fijación del edicto emplazatorio; ii) *Postulación*: entendida como aquella habilitación legal que le permite al abogado y excepcionalmente a quien no lo sea, presentar peticiones ante los jueces para ejercer el derecho de acción. En el presente caso la presentación puede hacerse personalmente o por medio de apoderado, y iii) *Suficiencia probatoria*: Supone lo anterior que deba aportarse por lo menos prueba sumaria de la existencia de la obligación reclamada.

Sobre el concepto de prueba sumaria la doctrina ha señalado que si bien toda decisión judicial debe estar fundada en la valoración de *plenas pruebas*, la ley permite que el juez tome ciertas determinaciones y las soporte en medios de prueba que no tienen las características propias de la *plena prueba*; "son los casos específica y taxativamente señalados en las normas donde se permite decidir con base en prueba sumaria, de ahí la importancia de precisar este concepto dada la desorientación que en el medio jurídico colombiano existe en relación con el mismo. La prueba sumaria es aquella que lleva al juez la certeza del hecho que se quiere establecer, en idénticas condiciones de las que genera la plena prueba, pero, a diferencia de ésta, no ha sido sometida al requisito de la contradicción de la parte contra quien se hace valer.

"Pone de presente lo anterior que la única diferencia que existe entre los dos conceptos es el no haber sido surtido el requisito de la contradicción, pero su poder de convicción es siempre igual y la prueba sumaria también debe llevar certeza al juez acerca del hecho que con ella se quiere establecer. (-) Debido a lo anterior es que se debe desterrar la idea que la prueba sumaria es la deficiente, la incompleta, un principio de prueba, aquella que apenas insinúa la existencia de un hecho; en absoluto, la prueba sumaria convence con características idénticas a la de la plena prueba, la certeza que ella lleva al entendimiento del fallador es completa; en cuanto a su eficacia probatoria no existe ninguna diferencia entre las dos clases de pruebas". [2]

2 LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio "Instituciones de Derecho procesal Civil Colombiano" Tomo III PRUEBAS, Dupré Editores, Bogotá D. C., 2001, Págs. 69-70.

La jurisprudencia también se ha ocupado del tema en los siguientes términos: *"El carácter de sumaria de una prueba dice relación no tanto a su poder demostrativo, sino a la circunstancia de no haber sido contradicha. Se opone, por tanto, a la controvertida, es decir, a la que ha sido practicada con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretende hacer valer".*[3]

Ahora bien, el deber de presentación al concurso en los términos anotados habrá de entenderse no como una obligación en estricto sentido sino como una carga procesal de cuyo accionar dependerá que sus créditos sean allí reconocidos, calificados, graduados y cancelados, so pena de asumir las consecuencias jurídicas de tal omisión, esto es, la imposibilidad de perseguir su cobro por cualquier otra vía jurídico-procesal mientras se cumple la finalidad del trámite, pues, una vez admitido o convocado el deudor al proceso concursal, por virtud de su preferencia y del fuero de atracción, no podrán promoverse ejecuciones singulares y particulares contra el deudor, y las ya iniciadas deberán incorporarse al trámite liquidatorio.

Pero debe también ponerse de presente que quien como acreedor se sustrajo de la carga procesal de hacerse parte al concurso liquidatorio de su deudor, o quien habiéndolo hecho no logró perfeccionar la prueba que da cuenta de la existencia de la obligación, en la oportunidad prevista en la ley para el efecto, no por esas circunstancias, en estricto rigor procesales, queda irremediablemente sin posibilidad alguna de procurar el pago de sus créditos, pues, nada impide que una vez cancelado en su totalidad el pasivo externo reconocido en la providencia de calificación y graduación de créditos, puedan los titulares de créditos aún insolutos perseguir y obtener su pago con cargo a los activos remanentes de la masa de la liquidación, si los hubiere, y siempre y cuando se haya obtenido la suficiencia probatoria que lo permita.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de noviembre de 1983, M. P. Humberto Murcia Ballén, Gaceta Judicial No. 2411, Tomo CLXXII, Pág. 245.

En efecto, si bien es cierto la concursalidad supone que tanto el deudor y sus acreedores se someten a unas específicas reglas procedimentales respecto del escenario y la forma en que han de pagarse las obligaciones a cargo de aquel, también lo es que quienes no concurrieron, lo hicieron extemporáneamente o habiéndolo hecho en tiempo no aportaron prueba sumaria de la existencia del crédito, les asiste la posibilidad de perseguir los activos remanentes del deudor para obtener el pago de sus créditos, entre otras razones, por las que se exponen a continuación:

1- Es norma imperativa de todo proceso liquidatorio de sociedades comerciales, ya sea voluntario u obligatorio, la prohibición de distribuir remanentes de activos sociales entre los asociados o accionistas hasta tanto no se haya cancelado en su totalidad el pasivo externo de la sociedad. Así lo disponen, para la liquidación voluntaria, los artículos 241 y 247 del Código de Comercio y 198 y 199 de la Ley 550 de 1999, para la obligatoria.

2- Mediante la providencia de calificación y graduación de créditos el juez del concurso establece los titulares, el grado, la cuantía y el orden de preferencia al pago de las obligaciones a cargo del concursado, cuya causación es anterior a la apertura del trámite, pues, las originadas con posterioridad no estarán sujetas a calificación y serán pagadas como gastos de administración, es decir, inmediatamente y a medida que se vayan causando. Conforme a lo establecido en el artículo 133 de la Ley 222 de 1995, para su expedición el juez deberá tener en cuenta la relación de obligaciones presentada por el deudor, y los demás elementos de juicio de que disponga, para lo cual podrá decretar pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, siempre que sean legales, conducentes, pertinentes y necesarias. Esto con el fin de formarse pleno convencimiento acerca de la decisión que tome.

3- Teniendo en cuenta que el objeto de la liquidación obligatoria es la realización de los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo, sin duda alguna la citada providencia constituye una de las principales que se dictan en el proceso, como quiera que es con base en ella y los

bienes inventariados y avaluados que habrá de proyectarse el correspondiente plan de pagos, de cara al cumplimiento de la referida finalidad.

4- En ese orden de ideas, y por las decisiones que en él se toman, se ha de concluir que la providencia en virtud de la cual se realiza la de calificación y graduación de créditos es un *auto interlocutorio* que resuelve sobre las pretensiones de los acreedores por hacer valer sus derechos de crédito, pero no sobre el objeto mismo del trámite; éste solamente resuelve una parte de la materia del proceso concursal, mas no le pone fin al mismo. Es una actuación procesal previa y necesaria para conseguir la finalidad propuesta en la ley, es decir, la realización de los bienes y el posterior pago de sus obligaciones.

5- Así como en la citada providencia, en estricta juridicidad, no se hace *reconocimiento* de obligaciones, pues es claro que el trámite concursal no tiene connotación de un proceso declarativo sino más bien de una ejecución universal,[4] mucho menos significa que ella constituya un medio idóneo para extinguirlas, ni siquiera aquellas que allí fueron objeto de calificación y graduación, ya que los modos de extinción de las obligaciones son taxativos y expresamente señalados en la ley.

6- Es que una cosa es la calificación y graduación de la obligación en el concurso y otra muy diferente su extinción. Piénsese, por ejemplo, que habiéndose calificado, su pago no logra hacerse porque los bienes a liquidar no fueron suficientes; en tal caso, deberá procederse conforme lo establece el inciso segundo del artículo 199 de la Ley 222 de 1995, es decir, se declarará insoluto el crédito y terminado el trámite, pero bajo ningún argumento jurídico puede considerarse que la obligación se extingue.

---

4 En efecto, nótese que las obligaciones que allí se "reconocen" son, de una parte, aquellas expresas, claras y exigibles, cuyo cumplimiento sería susceptible de ejecución, y de otra, aquellas condicionales y litigiosas. Pero, en todo caso, el carácter condicional o litigioso no depende de un pronunciamiento del juez del concurso. De manera que el reconocimiento en el trámite liquidatorio obedece más a su cuantía, naturaleza y prelación al pago conforme a las reglas establecidas en los artículos 2488 y siguientes del Código Civil.

7- De igual forma, no puede caerse en la absurda conclusión de que las obligaciones cuyos acreedores no se presentaron al concurso; o los que lo hicieron extemporáneamente, o los que fueron allí rechazados por falta de prueba sumaria, se entiendan extinguidas, pues, se reitera, una cosa es la calificación y graduación y otra la extinción. Aquella es una figura netamente procesal y ésta tiene una connotación sustancial.

De allí que si pagado el pasivo externo calificado y graduado quedaren bienes remanentes, los titulares de créditos aún insolutos puedan perseguir aquellos para procurar el pago, antes de proceder a cancelar el pasivo interno.

8- En ese orden de ideas, las obligaciones que aparezcan registradas en la contabilidad del deudor como a su cargo, no pueden desaparecer de su balance[5] por el hecho de no haber sido calificadas y graduadas en la respectiva providencia o haber sido rechazadas por falta de prueba sumaria, pues "darlas de baja" o registrar un ingreso con base en tal providencia, sería tanto como expropiar el derecho del acreedor, contrariando la garantía constitucional prevista en el artículo 58 de la Carta Política.

9- Como quiera que la consecuencia por no haberse presentado al concurso, o haberse presentado fuera del término previsto para el efecto o haber sido rechazado por falta de prueba sumaria, es la misma en cualquiera de los casos, esto es, la imposibilidad de perseguir el cobro del crédito por cualquier vía jurídico procesal, mientras se agota el trámite concursal, los acreedores que concurran al ejercicio de su derecho de cobro con cargo a los remanentes de la masa, se encontrarán en igualdad de condiciones, claro está, con arreglo a la prelación legal establecida en el Código Civil.

Finalmente, y en atención a todo lo hasta aquí expuesto, es dable colegir que una vez surtido el pago del pasivo externo calificado y graduado en una liquidación obligatoria, los acreedores que no

5 En cualquiera de las cuentas del pasivo externo.

presentaron sus créditos al trámite, o los que se presentaron extemporáneamente, así como los que fueron rechazados por cualquier causa diferente al pago o a la prescripción extintiva del derecho, podrán hacerlos valer con cargo al remanente de bienes; de manera que mientras existan obligaciones insolutas a cargo de la sociedad, el liquidador no podrá cancelar el pasivo interno. (Oficio 220- 409 de enero 8 de 2002).

LA PROTECCIÓN DEL MÍNIMO VITAL ESTÁ POR ENCIMA AÚN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN GENERADOS EN EL PROCESO LIQUIDATORIO.

Por la relevancia Constitucional del MINIMO VITAL, y por lo sostenido y reiterado por la Honorable Corte Constitucional, es que esta Superintendencia de Sociedades, como juez de los procesos concursales de liquidación obligatoria tiene una misión Constitucional preponderante frente a las demás autoridades llámese «Estado - Administrador y el Estado - Juez», en defensa de ese MINIMO VITAL de las personas que tienen el estatus de pensionados, y por tanto el procedimiento liquidatorio regulado en la Ley 222 de 1995, que se aplica a las sociedades convocadas a este trámite y las decisiones que adopte el Juez del concurso en defensa de esa prerrogativa Constitucional y legal, aludida, tienen una preponderancia y rango constitucional frente a las decisiones que adopte cualquier otra autoridad que vaya en contravía de los mandatos Constitucionales y jurisprudenciales de la Honorable Corte Constitucional y de la misión especifica encomendada a esta Superintendencia.

Por tanto el «Estado - Administrador y el Estado - Juez», aquél, en cabeza de la Superintendencia de Notariado y Registro a través de su Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de las ciudades de Medellín y Fredonia Antioquia, en su papel de Estado Administrador, no pueden pasar por indiferentes e interpretar y aplicar aisladamente el ordenamiento jurídico, por cuanto tienen una corresponsabilidad Constitucional y legal en defensa de ese Mínimo Vital, y por tanto su actuar debe ir encaminado a acatar en primerísima instancia la Constitución Política, y contribuir a que las decisiones que profiera esta Superintendencia como Juez de los procesos concursales de liquidación obligatoria que conlleven el cumplimento de ese cometido de defensa, restablecimiento y protección del MINIMO

VITAL, efectivamente logren esa finalidad. De lo contrario y frente a la decisión de esas autoridades administrativas se estaría ante una aplicación asistemática del ordenamiento Constitucional y legal vigente, en torno al MINIMO VITAL, las cuales están llamadas a acatar, cumplir y respetar.

Ahora bien, el negarse a registrar por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro a través de la Oficina de Registro de instrumentos Públicos de Medellín y Fredonia Antioquia, en primerísima instancia el embargo decretado por esta Superintendencia como Juez del concurso liquidatorio sobre los bienes citados en esta providencia, sobre las demás medidas que han emprendido acreedores que no gozan de esa especial protección, relevancia, preferencia y privilegio Constitucional para el pago, como lo tiene el pasivo de los pensionados, el cual se encuentra debidamente probado dentro del proceso liquidatorio de la sociedad deudora, riñe totalmente con los propósitos Constitucionales y legales en torno al tema que se debate y con las ordenes impartidas en defensa de ese cometido.

Así las cosas, dada la competencia de rango Constitucional que tiene esta Superintendencia y que se erige dentro de los procesos liquidatorios que se adelantan ante esta autoridad jurisdiccional como juez de dichos procesos, y en tratándose de sociedades que tienen pasivo pensional, y dada la defensa, protección, restablecimiento y garantía efectiva del MINIMO VITAL, de ese conglomerado, y frente a las obligaciones causadas con anterioridad o con posterioridad a la apertura del trámite liquidatorio que no gozan de esa especial protección por parte de la Constitución, y que han instaurado proceso ejecutivos en defensa de su crédito y han logrado embargar los escasos recursos de la sociedad concursada, o han afectado como es el caso, con medidas especiales los bienes de la sociedad deudora para garantizar el pago del pasivo fiscal o tributario, o por partes a salud y pensión de trabajadores que no tienen derecho a pensión. Dichos pagos a estos acreedores no puede producirse sino una vez garantizado aquel privilegio Constitucional como es MÍNIMO VITAL, o mejor no procede este pago en desmedro de aquellos acreedores que como se ha sostenido por la Honorable Corte Constitucional merecen por parte

del «Estado - Administrador y el Estado - Juez», especial protección como son los pensionados, de cuyo no pago estaría en juego su propia vida.

Por tanto las medidas adoptadas en los procesos ejecutivos instaurados por los acreedores, o las medidas especiales adoptadas por la administración (Tributos) que afecten los bienes de la sociedad concursada, y que dificulten la protección especial del MINIMO VITAL de los pensionados, deberán levantarse o cancelarse para dar paso a las medidas que adopte esta Superintendencia como juez del concurso y en defensa del cometido Constitucional proteger y garantizar conforme lo anteriormente sostenido. (Auto 440- 16300 octubre 3 de 2003).

COMPOSICIÓN DE LA JUNTA ASESORA DEL LIQUIDADOR Y EFECTOS DE LA SUPLENCIA PERSONAL.

Se plantean varias inquietudes relacionadas con el tema de la composición de la junta asesora y los efectos de la designación en ella de suplentes personales.

1- Alcance del artículo 173 de la Ley 222 de 1995.

Sea lo primero poner de presente que con ocasión de la expedición de la Ley 222 de 1995, el legislador quiso recoger modernas orientaciones concursales que se traducen en la implementación y puesta en marcha de los principios filosóficos que las sustentan, tales como la universalidad, igualdad, preferencia y colectividad, de tal suerte que, por virtud del primero de ellos, al trámite concursal, en cualquiera de sus dos modalidades (concordato y liquidación obligatoria), los acreedores titulares de derechos de crédito a cargo del deudor concursado deberán concurrir a aquel para hacer valer éstos, no como una obligación en estricto sentido sino como una carga procesal de cuyo accionar dependerá que sus créditos sean admitidos, reconocidos y calificados.

El principio de la igualdad, que se expresa bajo la máxima *par conditio omnium creditorum*, supone que los acreedores que concurran al trámite concursal de su deudor común, lo hacen en igualdad de condiciones jurídico procesales, sin perjuicio de la existencia de privilegios o garantías que conforme a la ley detenten algunos créditos, ya sea por su prelación al pago o porque les fue otorgada, paralela concomitante o posteriormente al nacimiento de la obligación, una garantía adicional para su cumplimiento, Vr. Gr. un contrato de prenda o hipoteca, un certificado de garantía extendido por la celebración de un contrato de fiducia mercantil, etc.

A su vez, la preferencia concursal implica, por una parte, que proferido el auto de apertura del proceso concursal, no podrá

iniciarse en contra del deudor ejecución singular, hipotecaria o prendaría en forma particular, ni proceso de restitución de tenencia del inmueble donde desarrolle su objeto social y, por otra, que las ejecuciones ya iniciadas deberán incorporarse al trámite concursal para que sea allí donde se cobren los créditos cuyo pago se persigue, como consecuencia del fuero de atracción derivado de la preferencia.

La colectividad, en los procesos concursales, es un principio que dice relación a la participación asociada de todos los sujetos intervinientes en el concurso para la consecución del objetivo trazado por el legislador para cada caso, ya sea, la recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, en tratándose de un concordato, o la realización de los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago y extinción de sus obligaciones, cuando se trate de liquidación obligatoria. Dicha participación, a su vez, deberá desarrollarse dentro de los límites y términos que la ley prevé.

Como consecuencia del último principio enunciado, y puntualizando el asunto objeto de la consulta, la designación de los miembros de junta asesora del liquidador implica la necesaria participación de los acreedores del deudor en la consecución del fin liquidatorio, y su composición obedece no al capricho arbitrario de su nominador (el Juez del concurso), sino a la aplicación de criterios objetivos que garanticen, de una parte, la representación de los intereses heterogéneos que en ella deben revelarse y, de otra, su adecuado y regular funcionamiento.

De allí que se designen siete (7) miembros principales y siete (7) miembros suplentes PERSONALES DE LOS PRINCIPALES, para que en el evento de las faltas temporales o absolutas de aquellos, debidamente sustentadas, puedan éstos tomar asiento en la junta y ejercer las funciones que el artículo 178 ídem establece. Y es que la suplencia personal se explica en razón del interés que representa el renglón designado dentro de la junta y en la medida en que se presente la ausencia del principal, pues uno y otro representan el mismo interés; por ende forzoso es concluir que quien como representante principal se excusa, no podrá delegar lo delegado en él, pues por ministerio de la ley se impone que en tal evento

deba actuar el suplente, ya que de lo contrario se haría nugatoria la existencia de la suplencia personal.

Todo lo anterior, sin perjuicio de que quien fuere designado como representante sea principal o suplente en la junta asesora del liquidador, hubiere realizado la presentación de su crédito a través de apoderado judicial, pues en tal caso dicho mandato no podrá desbordar los límites para los cuales se confirió y, entenderse conferido para la representación en junta asesora, toda vez que no pueden confundirse el interés y la causa del mandato para la presentación de un crédito al trámite liquidatorio, con el interés y la causa de la designación como representante de un rango o clase de acreedores a la citada junta.

El primero de ellos obedece al arbitrio íntimo y particular del acreedor en delegar el cobro del derecho de crédito de que es titular en un tercero, mientras que el segundo obedece a la discrecionalidad legal que asiste al juez del concurso para designar a quien ha de representar a un rango o clase de créditos en la junta asesora del liquidador.

2- Efectos de la designación de personas jurídicas como miembros de la junta asesora del liquidador.

Ahora bien, puede suceder que la designación de algunos miembros de la junta asesora del liquidador recaiga sobre personas jurídicas, en cuyo caso quien debe tomar asiento en ella, por las mismas consideraciones anteriores, es el representante legal principal o suplente, o quien conforme a los estatutos tenga facultad para representar a la sociedad, pues la asistencia a la junta asesora constituye para la persona designada un acto de representación de la misma, que en el caso de sociedades mercantiles es indelegable, conforme a lo establecido en los artículos 196, 310, 326, 358 y 440 del Código de Comercio, para cada tipo societario que allí se regula.

En consecuencia, la indelegabilidad de la representación legal, supone la imposibilidad para éste de designar un apoderado o mandante que represente los intereses del rango o clase de acreedores en la junta asesora del liquidador.

Lo anterior no obsta para que el representante legal en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, pueda otorgar los poderes que estime conveniente para la ejecución o celebración de uno o varios negocios jurídicos, conforme a lo dispuesto en los artículos 832 y 1262 ídem, pues "el otorgamiento de poderes por parte del representante legal de una sociedad, así faculten al apoderado o mandatario para realizar todos los negocios previstos en su objeto social, no defieren o delegan la representación legal en el mandatario, pues ésta por ministerio de la ley siempre se encontrará en cabeza de la persona designada por la junta directiva, asamblea de accionistas o junta de socios para ejercer dicha función."[1]

De otra parte, resulta conveniente precisar que en tratándose de personas jurídicas de naturaleza pública, por tener todas ellas un régimen especial de asignación y delegación de funciones, entre ellas la de otorgar facultades de representación a sus delegados, no resultan aplicables las consideraciones arriba expuestas, como tampoco lo son respecto de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, las que de acuerdo con su naturaleza y estructura, han de estarse a las disposiciones del Estatuto Financiero y en particular a las reglas establecidas por la Circular Básica Jurídica expedida por esa entidad.

3- Junta asesora del liquidador y junta de socios o asamblea.

Por último, conviene precisar que la junta asesora del liquidador es un organismo colegiado de asesoría y fiscalización de la gestión del liquidador, cuyas funciones las establece la Ley 222 de 1995 en el artículo 278, y su existencia y funcionamiento se explican en el contexto procesal de la liquidación obligatoria, la cual supone que los órganos de administración de la sociedad concursada, por disposición del artículo 151 ibidem, quedan separados de sus funciones.

De allí que no resulte procedente pretender aplicar disposiciones legales que regulan el funcionamiento de los órganos sociales o de

1 Oficio EX-13998, julio 19 de 1987, Superintendencia de Sociedades, en Doctrinas y Conceptos Jurídicos, 1995, Superintendencia de Sociedades, PG. 354.

administración de la sociedad, Vr.Gr. junta de socios, asamblea general de accionistas o junta directiva, a la junta asesora del liquidador, así como las de ésta a aquellas, pues, la existencia de ambos se opone y los presupuestos de aplicabilidad de uno y otro difieren sustancialmente. (Oficio 220- 39850 de junio 12 de 2000).

DE LAS ACCIONES REVOCATORIAS EN LOS PROCESOS CONCURSALES.

La opinión de este Despacho respecto de un asunto relacionado con las acciones revocatorias de un proceso concursal orientado a un acuerdo de negocios, cuando por causas imputables al deudor se ha ordenado la liquidación obligatoria.

Acción- Revocatoria-Concordato

En cuanto a la acción revocatoria en el trámite del concordato, dispone el artículo 146 de la Ley 222 de 1995 *"El contralor, cualquier acreedor o la Superintendencia de Sociedades podrá incoar la acción revocatoria concursal de los actos realizados injustificadamente por el deudor dentro de los 18 meses anteriores a la fecha de la solicitud del trámite concursal, cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación en los pagos"*

A su turno, el parágrafo 2º del artículo 146 ibidem prevé *"El adquirente de buena fe participará en el trámite concordatario como acreedor quirografario"*.

Salvo lo previsto en la norma citada, no regula otra cosa el legislador de 1995 en tal sentido, lo cual no es óbice para que del análisis de la citada previsión legal se pueda deducir en cual de las etapas del trámite se podría hacer uso de dicha acción.

En efecto, la norma tiene tres elementos determinantes para dar paso a su procedencia cuales son: 1) Que los actos revocables hayan sido realizados dentro de los dieciocho meses anteriores a la fecha de la solicitud del trámite concursal; 2) Que dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores; y, 3) Que hayan afectado el orden de prelación en los pagos.

Ahora bien, para verificar la ocurrencia de dichos presupuestos es necesario que por lo menos se haya llevado a cabo la audiencia preliminar[1] lo cual debe ocurrir dentro de los quince días siguientes

al vencimiento del traslado de créditos objetados; *y/o, la calificación y graduación de los mismos que debe ocurrir dentro de los quince días siguientes a la terminación de la audiencia preliminar*[2], ya que en principio, es en estas etapas del trámite en las cuales se puede establecer el eventual perjuicio de que trata la ley y, por contera, la medida en que pudiera verse afectada la prelación de créditos. Los términos previstos por el legislador para los anotados efectos dan pautas que permiten establecer, el momento a partir del cual puede instaurarse la mencionada acción.

De igual manera, no puede perderse de vista que el parágrafo segundo del citado artículo 146 ibidem, es un imperativo legal que determina que se haga uso de la acción dentro de un plazo que permita el cumplimiento de los fines del legislador que están dirigidos, en principio, al resarcimiento patrimonial de quienes siendo de buena fe resultaran afectados por la respectiva sentencia; admitir lo contrario haría nugatorio tal derecho, lo cual de ninguna

---

1 Artículo 129 de la Ley 222 de 1995: AUDIENCIA PRELIMINAR.- Sin perjuicio de las disposiciones generales y especiales, la audiencia preliminar se sujetará a las siguientes reglas:

1. Surtido el traslado de los créditos objetados, la Superintendencia de Sociedades mediante providencia señalará fecha para la audiencia, la que tendrá lugar dentro de los quince días siguientes al vencimiento de aquél".

2. "..."

3. "Conciliadas todas las objeciones, el deudor y uno o más acreedores que representen no menos del setenta y cinco por ciento (75%) de los créditos oportunamente presentados, reconocidos y conciliados podrán admitir los créditos que se pretendan hacer valer extemporáneamente.

4. Surtidas las etapas anteriores, podrá celebrarse concordato entre el deudor y uno o más acreedores que representen por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de los créditos reconocidos y admitidos.

2 La Superintendencia de Sociedades debe graduar y calificar créditos dentro de los quince días siguientes a la terminación de la audiencia preliminar conforme al artículo 133 de la Ley 22 de 1995 que dispone "Artículo 133 de la Ley 222 ibidem: "Dentro de los quince días siguientes a la terminación de la audiencia preliminar, la Superintendencia de Sociedades calificará, graduará y determinará las bases para liquidar los créditos reconocidos y admitidos, de acuerdo con la relación presentada por el deudor y los demás elementos de juicio de que disponga y ordenará las contabilizaciones a que hubiere lugar."

manera podría constituir el querer del legislador ante una previsión de tal naturaleza, que tiende a la protección de quien hubiera obrado de buena fe.

Acción Revocatoria – Liquidación Obligatoria.

De otra parte, en materia de liquidación obligatoria el artículo 183 ibidem señala que: Cuando los bienes que componen el patrimonio liquidable, sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos, podrá demandarse la revocación de los siguientes actos o negocios, realizados por el deudor "

En armonía con el anterior, el artículo 185 de la Ley 222 ibidem establece "el término para instaurar las acciones revocatorias será "dentro del año siguiente a la fecha en que quede en firme la providencia de graduación y calificación de créditos."

En cuanto a la acción revocatoria prevista para la liquidación obligatoria, del artículo 183 de la citada ley también se pueden deducir sus presupuestos de aplicabilidad a saber: 1) que se trate de actos que impliquen disposición, constitución o cancelación de gravámenes, limitación o desmembración del dominio de bienes del deudor; y, 2) que los actos hayan tenido ocurrencia, durante los doce meses anteriores a la apertura del trámite concursal. Y, a diferencia de lo que ocurre en el concordato el legislador prevé de manera expresa término para su ejercicio (artículo 186 ibidem). Es pertinente resaltar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 500 de 1999, las acciones a las que aluden los artículos 183 y 184 de la referida Ley 222 podrán ser interpuestas por la Superintendencia de Sociedades, debiendo ponerse de presente que en el trámite de la acción prevista en el artículo 146 ídem, el juez competente podrá decretarlas medidas cautelares de que trata el artículo 190.

De los presupuestos de la norma nos ocuparemos del numeral 2) del cual se puede deducir el límite de ocurrencia de los hechos lesivos de la prenda general de los acreedores y por lo tanto conducentes al ejercicio de la mencionada acción Para el efecto señala el legislador doce meses y no prevé excepción o salvedad alguna para

su ejercicio, lo cual significa que estando los actos que la motiven dentro del plazo establecido por la ley y sin perjuicio de que se hubieran ejercido las propias del concordato, pueda incoar las de la liquidación obligatoria, siempre y cuando se trate de hechos distintos a los que hubieren originado los de aquélla y que hayan ocurrido dentro del término previsto por el legislador (doce meses).

Ahora bien, para el caso de que no se hubieran ejercido dentro del concordato las previstas en el artículo 146 ibidem, mal podría pensarse, basados en la omisión o en el aparente olvido del legislador de fijar en forma expresa término para el efecto, que ello permitiera presumir que se puedan ejercer en idénticas circunstancias dentro de a liquidación obligatoria cuando de una parte, existen normas específicas en el último de los trámites mencionados que regulan su ejercicio, lo cual de por si excluye cualquier tipo de interpretación al respecto; y de la otra, porque si bien es cierto en ambos casos se trata de un trámite concursal, cada uno de ellos constituye una modalidad diferente, inspirado en finalidad distinta y por lo tanto regido por sus propias normas como se halla consagrado en la citada Ley 222 de 1995. (Oficio 220-019798 de marzo 26 de 2003).

RESTITUCIÓN DE BIENES QUE NO HACEN PARTE DEL PATRIMONIO DE LA DEUDORA.

El legislador establece funciones específicas al liquidador como en efecto vienen al caso las de los numerales 3, 8 y 15 del artículo 166 de la Ley 222 de 1995, en los cuales se asigna la representación legal del ente económico al liquidador (párrafo primero), y funciones como la de elaborar el inventario de los activos que integran el patrimonio a liquidar, el cual se integra con los bienes del deudor; y en armonía con este, el numeral 15. Ibidem, que le asigna al liquidador *la facultad de resolver las peticiones* de restitución de bienes que deban separarse del patrimonio y en concordancia con este el artículo 178, numeral 12 de la Ley 222 ibidem, que establece como función de la junta asesora la de "dar concepto previo" al liquidador sobre la entrega de tales bienes *siempre y cuando haya requerimiento de terceras personas al respecto.*

A su turno el artículo 193 de la Ley 222 ídem, en forma expresa consagra el procedimiento a seguir para la recuperación de tales bienes a cuyo efecto reúne en un sólo artículo los anteriores requisitos en los siguientes términos:

El liquidador hará entrega de los bienes que no formen parte del patrimonio a liquidar, a quien lo solicite por escrito, antes de que estos hayan sido enajenados, siempre y cuando cumpla los siguientes requisitos:

1. Acompañe prueba suficiente del derecho que le asiste.

2. Obtenga concepto previo favorable de la junta asesora del liquidador.

Conforme a las normas citadas, tenemos que para que sea viable jurídicamente la restitución de bienes es indispensable que haya solicitud de parte interesada la cual debe dirigirse al liquidador de la sociedad, antes de que éstos hayan sido enajenados, esto es, que la entrega no puede producirse en forma oficiosa ya que además de la solicitud es necesario que el interesado aporte prueba suficiente de su derecho.

Por tanto, le corresponde al interesado desplegar la diligencia necesaria para recuperar los bienes, una vez se ordena la apertura del trámite liquidatorio que entre otras cosas, deja a la sociedad en estado de disolución y por ende con capacidad jurídica para ejecutar únicamente los actos directamente relacionados con su liquidación.

Ahora bien, si en gracia de discusión los bienes en cuestión fueran utilizados, ordenada la apertura del trámite de liquidación, para ejecutar actos necesarios para su liquidación, los gastos que ocasionara su uso tendrían que ser pagados como gastos de administración y en forma preferente, pero de lo contrario, conforme a la ley lo que corresponde es la restitución de tales bienes previa solicitud de interesado.

De otra parte y en cuanto a la celebración de un concordato dentro de la liquidación, la ley también se ocupa íntegramente del trámite, el cual según las voces del artículo 203 de la Ley 222 ibidem, deberá ajustarse a las normas previstas para el concordato entre las cuales está el artículo 103 de la Ley 222 que asegura la continuidad de los contratos de tracto sucesivo durante el concordato y el artículo 147 ídem que regula el pago de las obligaciones postconcordatarias y las que se generen durante la ejecución del concordato a cuyo efecto establece *"Los gastos de administración, los de conservación de bienes del deudor y las demás obligaciones causadas durante el trámite del concordato y la ejecución del acuerdo concordatario y las calificadas como postconcordatarias, serán pagados de preferencia y no estarán sujetos al sistema que en el concordato se establezca para el pago de las demás acreencias, pudiendo los acreedores respectivos acudir a la justicia ordinaria para el cobro de los mismos"*

Así las cosas, la restitución de activos que no forman parte del patrimonio del deudor sólo procede en materia de liquidación obligatoria y previo el cumplimiento de los presupuestos establecidos por el legislador para el efecto, los cuales se reitera, están a cargo de los interesados en la restitución. (Oficio 220- 052635 de agosto 15 de 2003).

LOS HONORARIOS DEL REVISOR FISCAL CAUSADOS CON POSTERIORIDAD A LA APERTURA DEL PROCESO CONCURSAL, CONSTITUYEN GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.

El tema de la revisoría fiscal no se encuentra regulado entratándose de sociedades que tramitan procesos concursales; sin embargo de la normatividad que reglamenta dichos procesos se colige claramente la existencia del órgano de fiscalización. A guisa de ejemplo, el artículo 118 de la Ley 222/95, norma que hace parte del proceso concordatario, señala los eventos en que puede ser removido el revisor fiscal, al paso que el artículo 168 ibidem, referido a la liquidación obligatoria, dispone que los estados financieros serán certificados por el liquidador, contador público y el revisor fiscal, si lo hubiere.

Así las cosas, para esta Superintendencia es claro que el órgano de fiscalización es obligatorio y deberá mantenerse en las compañías en que por ley o estatutos se haya consagrado. Como consecuencia de ello, es lógico suponer la observancia de los principios y reglas que gobiernan el ejercicio de la profesión de contador público y por ende las que regulan la designación, remoción, funciones, obligaciones y responsabilidades de quienes se desempañan en el cargo de revisor fiscal (ordenamiento mercantil y Ley 43 de 1990 o Estatuto Orgánico de la Contaduría Pública en Colombia), luego se concluye que corresponde al máximo órgano social la elección, remoción, fijación de honorarios y aceptación de la renuncia del cargo del revisor fiscal –artículos 187, numeral 4º y 204 del Código de Comercio-.

En cuanto a la remuneración, téngase en cuenta que el ordenamiento mercantil en el numeral antes mencionado, concordante con los artículos 39 y 45 de la Ley 43/90, señalan la obligación para el

máximo órgano social, no solo de designar al revisor fiscal, sino de fijarle la remuneración correspondiente, al tiempo que consagran el derecho del contador público a recibir la retribución económica asignada por el máximo órgano social como reconocimiento al trabajo encomendado, normas que desarrollan el mandato constitucional consagrado en el artículo 53 C. P.

El mismo ordenamiento mercantil asigna a los administradores, y el liquidador lo es conforme con el artículo 22 de la Ley 222/95, la obligación de actuar bajo los principios de buena fe, lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios en el cumplimiento de las funciones propias del cargo, entre otras, *"Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias"*, función que de ser desatendida lo hará responsable, solidaria e ilimitadamente, por los perjuicios que por dolo o culpa ocasione a la sociedad, a los socios o a terceros (num. 2º, Art.. 23 y Art.. 24 Ib., modificatorio del Art.. 200 del Cód de Co.).

En ese orden de ideas, entratándose de sociedades que tramitan procesos concursales, particularmente liquidación obligatoria, figura jurídica que si bien persigue la extinción del ente jurídico, como se advirtió anteriormente, el cargo de revisor fiscal debe continuar en las mismas condiciones y términos en que se ejercería en una sociedad bajo el principio de empresa en marcha, salvo aquellas funciones contrarias al proceso concursal, luego la designación y fijación de honorarios del revisor fiscal corresponde al máximo órgano social, reunido en la forma y términos previstos en la ley o en los estatutos, en cuanto a convocatoria y quórum se refiere, formalidades que debe atender el liquidador como representante legal de la sociedad o el revisor fiscal, si se tiene en cuenta que legalmente se encuentra facultado para ello, conforme lo señala el artículo 181 del C. Co.

Continuando con la preceptiva que regula el proceso de liquidación obligatoria, el legislador de manera expresa dispuso en el artículo 197 de la Ley 222 citada, que *"Los gastos de administración surgidos durante el trámite liquidatorio, se pagarán inmediatamente y a medida que se vayan causando"*, lo que revela

que los gastos de administración, que no son otros que los necesarios para el funcionamiento de la empresa hasta tanto concluya su existencia en el mundo jurídico, entre otros, los laborales, los fiscales, los de servicios públicos, a proveedores y distribuidores, deben ser cancelados por el liquidador al momento en que se causen. Bajo esos parámetros la Superintendencia ha expresado que *"...los honorarios del revisor fiscal constituyen gastos de administración, puesto que se entiende que la función de fiscalización continúa dentro del proceso concursal de liquidación obligatoria..."* (Oficio 42853 de 29 de julio de 1998, publicado en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos 2000, Pág. 549, cuya copia anexo).

Entonces, frente a la omisión o negligencia en el cumplimiento de las obligaciones asignadas al liquidador, sin que medie causa que lo justifique, el administrador responderá por los perjuicios que cause al deudor, a los asociados, acreedores y terceros en general (Art.. 167 de la Ley 222 ibidem), amén de la facultad otorgada a esta Superintendencia, de oficio o a solicitud de la junta asesora, cuando se acredite el incumplimiento grave de sus funciones, para ordenar la remoción del liquidador (Art.. 171) o, ante la comisión de hechos posiblemente punibles, solicitar la investigación penal correspondiente (Art.. 212).

Distinto es si el no pago se origina por falta de recursos de la sociedad deudora, para atender los gastos de administración, evento en el cual el liquidador y la junta asesora podrán solicitar a esta Superintendencia autorización para proceder a enajenar bienes de la sociedad, para que con el producto de dicha negociación o mediante dación en pago, proceda a cancelar las acreencias que no se encuentran sujetas a las resultas del proceso (numeral 7, Art.. 166 en concordancia con el numeral 8, Art.. 178 de la Ley 222/95).

Concluyendo, la designación y asignación de la remuneración del revisor fiscal de una compañía corresponde privativamente a la asamblea general o junta de socios, atribución que comporta para el nominado, de una parte, la aceptación del cargo y correlativamente el derecho a percibir los honorarios fijados, derecho que no puede ser desconocido ni cercenado, menos

aún, por quien representa legalmente la sociedad durante el proceso liquidatorio.

En caso de incumplimiento de los deberes, funciones y obligaciones que le asisten al liquidador de una sociedad, entre otras, el no pago inmediato de los honorarios del revisor fiscal, por ser de aquellas calificadas como gastos de administración dentro del proceso, siempre que los recursos sean suficientes, además de que tal circunstancia debe ser puesta en conocimiento del juez del concurso, habilita al revisor fiscal para adelantar las acciones ordinarias tendientes a su cobro, sin perjuicio de las acciones disciplinarias o penales a que hubiere lugar.

Finalmente, como al revisor fiscal también le asiste el derecho a presentar renuncia del cargo, lo que procede es poner en conocimiento del órgano social competente tal decisión, a efecto de que se produzca la desvinculación del cargo y se haga una nueva designación. (Oficio 220- 042680 de julio 1º de 2003).

EL DERECHO DE INSPECCIÓN EN LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.

De los diferentes conceptos sobre el derecho de inspección proferidos por la Superintendencia de Sociedades, se observa que se trata de la facultad otorgada por el legislador a quienes ostentan la calidad de socio o accionista para conocer la situación económica y financiera de la compañía, que dicho en otras palabras, se trata de un mecanismo idóneo e individual para fiscalizar, mediante el examen de los libros y documentos de la compañía, las actuaciones y gestiones adelantadas por los administradores, tendientes a lograr los fines propuestos por la empresa y por supuesto asegurarse del manejo dado a los recursos económicos con los que cuenta la compañía.

En cuanto a la liquidación obligatoria, del estudio de las normas que la regulan, en primera instancia se destaca el artículo 95 de la Ley 222/95 que la define como la modalidad de proceso concursal tendiente a la realización de los bienes de la sociedad deudora, para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo.

Una vez ordenada la apertura del proceso, el Superintendente de Sociedades, como juez del concurso, procede a designar al liquidador de la sociedad, quien asume la representación legal de la deudora para la ejecución de todos los actos y contratos que faciliten la realización del patrimonio liquidable, en tal calidad responsable de observar y agotar todas las instancias procesales conforme a las funciones que de manera especial señala el artículo 166 ley Cit., y de concluir las operaciones sociales pendientes al tiempo de la apertura del proceso. Si bien el liquidador es el responsable de la liquidación, en el desempeño de sus funciones cuenta con el concurso de la junta asesora, organismo cuya labor consiste básicamente en servir de órgano asesor, consultivo y de fiscalización de la gestión encomendada al liquidador.

Con relación a dicho órgano, el artículo 173 ibidem prescribe que el juez del proceso integre la junta con representantes de cada uno de

las diferentes categorías de acreedores, conforme a la clasificación de que trata la legislación civil, e incluye un representante de los asociados, pues como cualquier otro acreedor, su aporte en el capital está afecto al proceso de liquidación. Es importante destacar que en ejercicio de la función fiscalizadora, a ella corresponde revisar las cuentas de gestión preparadas por el liquidador, antes de que sean sometidas a consideración de la Superintendencia para la aprobación correspondiente, así como solicitar al liquidador la presentación de estados financieros, cuando lo considere oportuno o conveniente (núms. 5 y 6, Art.. 178 Ley 222 Cit.). Éstas funciones, mencionadas a guisa de ejemplo, son indicadoras de la participación activa que dentro del proceso cumplen los asociados a través de la junta asesora.

Otro punto que es importante mencionar, es el funcionamiento de los órganos de dirección de la sociedad deudora, la Superintendencia no se aparta de que el máximo órgano social de una sociedad, cualquiera que sea el tipo societario, que tramita un proceso de liquidación obligatoria pueda reunirse y adoptar decisiones que por ley son de su competencia exclusiva, Vr. Gr. la reunión convocada para los efectos del artículo 117 de la citada ley; cuando se formula la celebración de un acuerdo concordatario dentro de la liquidación y, eventualmente, bien podría el máximo órgano social aprobar una capitalización; una cesión de cuotas u otra medida que permita mayor o mejores garantías para los acreedores.

Pero del análisis comparativo de las normas que reglamentan el funcionamiento de una sociedad en marcha como de las que regulan el trámite tendiente a la extinción del ente jurídico, la Superintendencia discrepa de la posibilidad del ejercicio del derecho de inspección cuando la sociedad se encuentra tramitando éste último, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Como se anotó anteriormente, el derecho de inspección es trascendente cuando los asociados tienen la posibilidad de valorar la gestión del represente legal y de la junta directiva, si la hubiere, y como consecuencia de ello, la obligación que les asiste de aprobar o improbar los estados financieros de fin de ejercicio.

No ocurre lo mismo dentro del proceso de liquidación, cuya finalidad es diametralmente opuesta al de una sociedad en marcha. En el período liquidatorio, el legislador se ocupó de darle participación a los asociados en forma diferente, una de ellas, intervenir como integrante de la junta asesora que, además de órgano consultivo, cumple funciones fiscalizadoras, atribuciones que de manera general se condensan en el artículo 178 ibidem, otra, otorgándole la posibilidad de objetar, en la forma y términos señalados en el artículo 169 ib., los estados financieros, que en esta etapa comprende el estado de liquidación y estados financieros básicos junto con sus notas, y de gestión, memoria detallada de las actividades realizadas durante el período inmediatamente anterior (Art.. 168 de la Cit. Ley).

Hasta aquí es manifiesta la diferencia en una y otra, en el primero de los eventos, el asociado tiene la posibilidad, el derecho y el deber que le impone su calidad de asociado para conocer en forma personal e individual la real situación financiera de la compañía de la cual es parte. En el segundo, tal como se desprende del artículo 169 ya citado, el asociado comparte su interés con todos los demás acreedores, quienes pueden manifestarse objetando las cuentas rendidas por el liquidador, previa revisión de las mismas por parte del órgano fiscalizador, que a su vez esta facultado para observarlas u objetarlas (num. 5, Art. 178 ya citado).

2. Téngase en cuenta que la atribución conferida expresamente a los acreedores y socios de la sociedad deudora, está referida no solo a la finalización de la gestión del liquidador, sino anualmente, a más tardar, el 31 de marzo del cada año, eventos en los cuales los estados de financieros y la memoria de actividades pueden ser objetadas por falsedad, inexactitud, error grave o cualquier otra irregularidad que se advierta de la confrontación de los documentos, libros y comprobantes de la deudora, que deben ponerse, dentro del término del traslado, para esos fines.

Esta situación, de manera similar, es la que regula el derecho de inspección, en las sociedades de responsabilidad limitada, en el momento en que el asociado así determine, puesto que tal derecho no esta circunscrito a ningún período o lapso determinado; en las

sociedades por acciones, limitado a la antelación de la convocatoria. Pero en uno u otro evento, a fin de que durante el desarrollo de la asamblea, los administradores y el revisor fiscal, si lo hubiere, resuelvan las dudas y aclaren las posibles irregularidades detectadas en los estados financieros o demás documentos e informes propios de la reunión.

3. Por último, el ejercicio del derecho de inspección se materializa en la reunión de la asamblea o junta de socios, mediante la aprobación o no de los estados financieros y la consideración y aprobación del temario propio de las reuniones de carácter ordinario, que de acuerdo con la legislación mercantil debe celebrarse anualmente, a mas tardar el 31 de marzo de cada año, pero entratándose de una liquidación obligatoria, aunque la legislación prevé la rendición de cuentas dentro del mismo período, la facultad de su aprobación radica exclusivamente en el juez del concurso.

En los términos mencionados y a groso modo, son éstos los argumentos que permiten colegir que el derecho de inspección, en la forma y términos previstos en el artículo 369 del Código de Comercio y 48 de la Ley 222/95, para las sociedades de responsabilidad limitada, no procede mientras la sociedad tramita un proceso concursal, en la modalidad de liquidación obligatoria, en su lugar, dada la finalidad, objeto, periodicidad y los sujetos a quienes se dirige la rendición y el traslado de las cuentas, acompañada de los documentos, libros y comprobantes que permitan la verificación de las mismas, podría considerarse que tales actuaciones son sustitutivas del mencionado derecho.

En ese orden de ideas, quedan resueltos los interrogantes planteados, no sin antes advertir que nada impide para que la verificación de las cuentas del liquidador pueda efectuarse a través de apoderado, dentro del término y para los fines allí establecidos. (Oficio 220- 052114 de octubre 11 de 2002).

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

LA COMPENSACIÓN, COMO MODO DE EXTINGUIR OBLIGACIONES, NO ES PROCEDENTE EN UNA SOCIEDAD QUE TRAMITA UNA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.

Una vez decretada la liquidación obligatoria de una sociedad, se da frente a sus acreedores la posibilidad de concurrir al trámite para hacer valer dentro del proceso los crédito existentes bajo la máxima de la "par conditio omium". Que no es más que la igualdad de condiciones de los acreedores para que el pago de sus créditos sea atendido única y exclusivamente bajo los parámetros fijados por las normas legales en cuanto hace a la prelación legal de los mismos.

Admitir entonces la posibilidad de que el deudor concursado pueda dentro del proceso extinguir determinadas obligaciones, sin sujeción al trámite que supone la integración del patrimonio con el objetivo de propender a la realización de sus bienes para luego, conforme la prelación legal de créditos, pagar de manera ordenada las deudas existentes, conllevaría indiscutiblemente a romper el equilibrio que necesariamente debe existir en el curso del proceso liquidatorio. Y es que ello traería como consecuencia la desmejora de la prenda común de los acreedores.

Es así como una de las funciones del liquidador consiste en presentar a consideración de la Junta Asesora, un plan de pagos de las obligaciones, con base en el inventario del patrimonio a liquidar, es decir conformado por la totalidad de los activos y los pasivos, y luego de proferir la providencia de graduación de créditos, el cual como es obvio, debe estarse a la prelación de créditos establecida por la ley (artículos 166, numeral 16, 179 de la Ley 222 de 1995).

En este orden de ideas, en criterio de este Despacho, la compensación de deudas, como de extinguir obligaciones, no

es viable bajo ninguna circunstancia, entre una persona natural o jurídica y una sociedad que adelanta un proceso de liquidación obligatoria, pues ello conllevaría a desconocer los principios que gobierna el mencionado proceso, que con tanto celo salvaguarde la Ley 222 de 1995, a romper la igualdad entre los acreedores y por ende a conceder discriminadamente privilegios individuales (Oficio 220-05202 de febrero 21 de 2001).

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

VALIDEZ DE LOS CONTRATOS SUSCRITOS CON UNA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, CUYO LIQUIDADOR NO SE HA POSESIONADO.

Se pregunta sí *"Podría considerarse como válido, un contrato suscrito entre una sociedad y otra en trámite de liquidación ordenado por la Superintendencia de Sociedades; tomando en consideración que para la época de la firma del contrato el respectivo liquidador no había tomado posesión de su cargo?".*

Para responder es necesario hacer algunas precisiones jurídicas de carácter general sobre la validez de los contratos la que no está determinada por factores ajenos a quienes se obligan en calidad de contratantes, vale decir, a la situación jurídica en la que se encuentren, como la descrita en el caso planteado en el que una de las sociedades contratantes se encuentra en **liquidación obligatoria.**

Al respecto dispone el artículo 1502 del Código Civil, que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz; 2)que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito; 4) que tenga una causa lícita. Agrega la misma disposición en su inciso segundo: *« La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.»*

El precitado articulo enumera como requisitos generales, la capacidad legal, el consentimiento sano, el objeto lícito y la causa lícita, los que a su vez de acuerdo con el artículo 1740 ibidem pueden acarrear la nulidad absoluta o relativa del acto o contrato. Así, el artículo 1741 sanciona con la nulidad absoluta el objeto y la causa ilícitos, la omisión de algún requisito o formalidad exigido

para el valor de ciertos actos en consideración a la naturaleza a de ellos o atendiendo a la incapacidad absoluta de quienes los realizan para finalmente señalar que cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

De acuerdo con lo expuesto, la validez de un acto o contrato está referida a los factores anteriormente indicados, sustancialmente distintos de aquellos de orden económico que eventualmente pueden colocar una empresa dentro de los presupuestos de liquidación obligatoria, cuyo trámite en sí mismo no afecta la validez de los actos o contratos celebrados.

Uno de los principales efectos de la apertura del trámite de liquidación obligatoria, consiste en la disolución de la persona jurídica concursada, lo que no implica la inexorable muerte jurídica que la inhabilite para procurar el desarrollo del objeto social. De tal manera, de acuerdo con lo expresado por la Superintendencia en el oficio 440-42471 del 31 de julio de 1997, «la sociedad convocada a concurso liquidatorio está en la posibilidad jurídica de continuar desarrollando su objeto social en las condiciones y para los efectos que demande el objeto sustancial del trámite liquidatorio, cual es la realización de los bienes para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo.», obviamente sin perder de vista la vocación final del trámite a la realización de los bienes del deudor para atender el pago de sus obligaciones.

A su turno se advierte que una vez proferido el auto que ordena el procedimiento, cuyos efectos operan a partir de su expedición, sin que proceda contra el recurso alguno se inicia el trámite de liquidación obligatoria, y es en esa providencia en la cual se designa la persona que actuará como liquidador, a quien le corresponde por tanto representar legalmente a la sociedad, tal y como lo prescribe el artículo 157 de la ley 222 de 1995, en consecuencia, la firma del contrato con anterioridad a la posesión del liquidador no afectaría la validez del contrato suscrito con el lleno de los requisitos previstos en el artículo 1505 del Código Civil.

La celebración de un contrato con anterioridad a la iniciación del trámite, determina que los derechos y obligaciones que de éste se deriven se verán reflejados en el patrimonio del deudor y su tratamiento debe sujetarse al régimen previsto para la liquidación obligatoria, lo que le impone al liquidador como representante legal, cumplir las funciones contenidas en el artículo 166 de la ley 222 de 1995 (Oficio 220-05606 de febrero 26 de 2001).

OBLIGATORIEDAD PARA LAS ENTIDADES TERRITORIALES DE EXPEDIR PAZ Y SALVO POR IMPUESTOS, AÚN CUANDO SU CRÉDITO SE ENCUENTRE INSOLUTO O SEA RECHAZADO.

Se pregunta sí una entidad territorial, con fundamento en el artículo 197 de la Ley 222/95, puede otorgar paz y salvo por concepto de impuestos, cuando no ha presentado su reclamación dentro del proceso de liquidación obligatoria o cuando se ha presentado en forma extemporánea.

La inquietud obedece a que sociedades en liquidación pretenden obtener dicho paz y salvo amparados en la citada norma que establece la forma como deben cancelarse los gastos de administración, pero el Consejo Municipal es el organismo competente para declarar exenciones al pago de los impuestos de carácter municipal.

Con el fin de absolver la inquietud se hace necesario hacer algunas precisiones de orden legal:

En el proceso de liquidación obligatoria, todos los créditos sin excepción alguna son llamados a hacerse parte, a partir de la providencia de la apertura del mismo, presentando prueba siquiera sumaria de la existencia del mismo (Art.. 158 Ley 222/95), con el fin de obtener su cancelación, previa graduación y calificación de los mismos, con los recursos provenientes de la realización de los activos de la sociedad deudora, lo que significa que el pago total de las obligaciones dependerá de la suficiencia de los activos, pues de ser escasos quedarán créditos insolutos total o parcialmente.

Planteada la regla general, en la practica existen créditos que si bien tienen la vocación para hacerse parte dentro del proceso, no

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

fueron presentados en la etapa procesal correspondiente o fueron presentados extemporáneamente, situación que imposibilita al acreedor para cobrarlo por cualquier otra vía procesal; en tal caso sencillamente deberá esperar la culminación del proceso y perseguir el remanente, si lo hubiere.

Por su parte, el artículo 197 de la citada ley, establece que los gastos que se generen durante el tramite del proceso se pagarán en la medida en que se vayan causando, es decir, las obligaciones que se generen y causen con posterioridad a la fecha en que se admita o convoque al tramite concursal, deben pagarse como gastos de administración; si eventualmente no se cancelan el acreedor se encuentra en plena libertad para exigir el pago por cualquier medio judicial.

En resumen, existen acreencias sujetas a las resultas del proceso y otras que, en principio, deben cancelarse en la fecha en que se hagan exigibles. Pese a lo anterior, si un acreedor que estaba llamado a hacerse parte dentro del proceso, omitió la presentación de su crédito al concurso o si habiéndolo hecho su presentación fue extemporánea, pero la sociedad deudora continuó generando obligaciones, Vr. Gr. por prestación de servicios públicos, ello no es óbice para que esos nuevos valores le sean pagados en la forma y términos antes mencionados.

Otro aspecto es el pago de las obligaciones, bien es sabido que la liquidación tiene como finalidad la realización de los bienes para atender en forma ordenada el pago de las mismas, no obstante los bienes pueden ser entregados a los acreedores en dación en pago. Sin embargo cualquiera que sea el caso, no es posible exigir el pago de tributos que sobre ellos pesan, pues éstos, como cualquier otro crédito, han debido presentarse dentro de la liquidación, actuar de otra manera o negarse a expedir el paz y salvo requerido, sería violatorio del proceso mismo pues se impide su normal desarrollo que tiene como fin último la extinción del ente jurídico; adicionalmente vulnera los principios y postulados de los procesos concursales, entre ellos, el de universalidad que implica que todos los acreedores del deudor sin excepción de ninguna clase, por su cuantía, rango o naturaleza de la obligación, deben presentarse al proceso con el

ánimo de que de que sean cancelados en la oportunidad y preferencia de que trata el ordenamiento civil.

Dejando de lado el tema del proceso concursal, es cierto que las entidades territoriales están facultadas para establecer impuestos, tasas o contribuciones y conceder exenciones de los tributos, que se define como el "Conjunto de concesiones hechas a los contribuyentes, para no gravar ciertos actos, operaciones o utilidades, con impuestos establecidos por leyes o decretos" (Diccionario de Términos Contables en Colombia), que en otras palabras significa la facultad para exonerar o perdonar al contribuyente del pago de una obligación.

Si bien en el caso planteado la entidad territorial no fue reconocida ni admitida al proceso, la suerte de sus créditos será la misma de aquel crédito que habiéndose hecho parte oportunamente, el patrimonio liquidable no fue suficiente para cancelar el monto del pasivo a cargo de la deudora por agotamiento de sus recursos, condiciones en las cuales el acreedor impagado procederá a registrar tal hecho económico en su contabilidad como una provisión o perdida, según sea el caso, pero frente a un crédito a favor de un ente territorial, salvo opinión autorizada, su registro se hará atendiendo lo establecido en el Plan General de Contabilidad Pública (Oficio 220-20014 de mayo 18 de 2001).

BIBLIOTECA

CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y CANCELACIÓN DE GRAVÁMENES EN LOS CONCURSOS LIQUIDATORIOS.

Previa la exposición de unos hechos ocurridos en el trámite de un proceso concursal liquidatorio, manifiesta que éste se encuentra prácticamente suspendido por la negativa de un acreedor hipotecario a cancelar el gravamen constituido en su favor por la sociedad concursada, sobre un lote de mayor extensión, perjudicando a los adquirientes de los predios cobijados con la garantía. Frente a esas circunstancias considera que a la Superintendencia de Sociedades le compete cancelar el referido gravamen, en los términos de lo previsto en el artículo 196 de la Ley 222 de 1995.

A efectos de darle respuesta al asunto consultado esta Oficina se permitirá hacer las siguientes precisiones y consideraciones de orden legal, advirtiendo que su análisis se abordará a partir del tratamiento legal de las garantías reales en los concursos y su respectiva cancelación.

1- De las garantías y su extinción en la legislación civil y concursal.

Por regla general en la legislación nacional la garantía constituye una modalidad contractual que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella, y en ese sentido siempre tendrá carácter de accesoria.[1]

Tiene sentido su existencia en la medida en que la prenda común o general a favor de los acreedores de un deudor pueda menguarse o estar comprometida en términos tales que no resulte suficiente para cumplir las obligaciones contraídas o que solo puedan atenderse parcialmente. De allí que los acreedores puedan exigir a

1 Código Civil, Art. 1499.

sus deudores la constitución y otorgamiento de garantías para cubrirse de las eventualidades que lleguen a afectar la capacidad de pago de éstos ya sea que provengan de su voluntad o de circunstancias ajenas a ella, como por ejemplo la mala fe, la impericia, la fuerza mayor o el caso fortuito, etc. Incluso se ha ocupado el legislador de establecer la obligatoriedad de constituir *garantías idóneas y suficientes* para el cubrimiento de ciertas obligaciones que suponen la tutela de un interés general como el ahorro público, cuando las entidades bancarias realizan operaciones activas de crédito.

La doctrina tradicional ha clasificado las garantías en dos grandes grupos: las personales y las reales. Dicha clasificación obedece a la naturaleza de los derechos que surgen de su constitución, según se trate de derechos de crédito o frente a determinadas personas o, de derechos sobre los bienes objeto del contrato de garantía. Ejemplo típico de garantía personal es la fianza y de garantías reales la prenda y la hipoteca. Todas ellas constituyen seguridades adicionales a la solvencia del deudor y, por regla general, tienen vocación de hacerse exigibles ante el incumplimiento del deudor y se extinguen paralelamente con la obligación principal garantizada.

En tratándose de una garantía hipotecaria, ésta confiere al acreedor en cuyo favor se constituyó el derecho de perseguir el inmueble hipotecado a través del ejercicio de la acción hipotecaria, sea quien fuere el que lo posea e independientemente del título a que lo haya adquirido, salvo por subasta pública ordenada por el juez y conforme a lo establecido en el artículo 2452 del Código Civil; mientras que la garantía personal confiere al acreedor acción personal directamente contra el deudor. La jurisprudencia lo ha dicho en los siguientes términos: "Así, el titular del *jus in re* puede, sin contar con nadie, apoderarse de una cosa donde quiera que esté, pero el titular del *jus ad rem* no puede hacer cosa distinta de exigir a su deudor la prestación de lo debido".[2]

A su vez, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1668 numerales 1 y 2 del Código Civil, se efectúa la subrogación por ministerio de la

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de agosto 10 de 1981.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

ley,[3] y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: 1) Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca, y 2) Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.

Conforme con la disposición mencionada, nada impide que el acreedor en cuyo favor se constituyó una garantía hipotecaria pueda perseguir el bien sobre el cual recae sin importar quien sea titular del derecho de dominio del mismo. Pero, si el deudor o el dueño del bien inmueble hipotecado se encuentra tramitando una liquidación obligatoria, el acreedor hipotecario no podrá ejecutar la garantía por efecto del fuero de atracción que caracteriza al trámite concursal, según el cual, a partir de la providencia de apertura del concurso, no podrá admitirse proceso de ejecución contra el deudor ni perseguirse los bienes de éste, y los ya iniciados deberán incorporarse al trámite concursal, para que sea allí donde, de manera universal, se califiquen y gradúen las obligaciones a su cargo, de conformidad con lo previsto en los artículos 99 y 100 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el artículo 208 ídem.

Es por lo anterior que el acreedor de un deudor concursado puede válidamente ejecutar a los codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito, o cualquier otro garante que deba cumplir la obligación, Vr. Gr. el actual dueño del inmueble hipotecado, en los términos de lo establecido en el artículo 100 de la citada Ley 222.

Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 2453 del Código Civil, quien fuere desposeído del inmueble por la ejecución de la garantía hipotecaria que sobre él pesa, tendrá derecho a ser

3 La subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado y, por lo tanto, la obligación debida subsiste a favor de ese tercero. En otros términos, hay mudanza de acreedor sin que se extinga la deuda. Es requisito indispensable que el pago sea hecho por un tercero, pues, si lo efectúa el mismo deudor, u otra persona a su nombre o por su encargo, no habrá subrogación sino extinción.

indemnizado por el deudor. De allí que los acreedores por obligaciones diferentes al pago de sumas de dinero a cargo del deudor concursado (como por ejemplo la de sanear el inmueble enajenado), al hacerse parte en el trámite liquidatorio deberán solicitar los perjuicios compensatorios, estimándolos y especificándolos bajo juramento, si no figuran en el título correspondiente, en una cantidad como principal y en otra como tasa de interés mensual.[4]

2- Cancelación de gravámenes en el concurso liquidatorio.

Ahora bien, cuando el artículo 196 de la Ley 222 de 1995 dispone que "la Superintendencia de Sociedades, a solicitud de la junta asesora o del liquidador, levantará las medidas cautelares y ordenará la cancelación de los gravámenes que afecten los bienes de la enajenación", inequívocamente se refiere a los bienes que hacen parte de la masa liquidable del deudor concursado, pues, por definición, el trámite de liquidación obligatoria tiene por objeto la realización de los bienes del deudor, para atender el pago de las obligaciones a su cargo, de donde un pronunciamiento judicial que disponga sobre bienes ajenos a los del deudor o sobre gravámenes que los afecten, devendría en una resolución manifiestamente contraria a derecho (Oficio 220-37302 de septiembre 11 de 2001).

4 Ley 222 de 1995, artículo 159.

EL RECURSO DE APELACIÓN NO PROCEDE EN EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.

El recurso de apelación interpuesto contra la providencia de calificación y graduación de créditos fue rechazado con base en el artículo 224 de la Ley 222 de 1995, toda vez que la mencionada norma se encuentra incluida dentro del Capítulo V de la citada ley, que regula lo atinente al tramite del concordato y la liquidación obligatoria de las personas naturales y de las personas jurídicas diferentes a las sociedades comerciales, el cual, al tenor de lo dispuesto en el artículo 214 ibidem, debe surtirse ante los jueces civiles del circuito especializados, a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio principal del deudor. Por lo tanto, la misma no es aplicable para el caso de los procesos concursales en sus dos modalidades: concordato y liquidación obligatoria.

De otra parte, se observa que en ninguna parte de la Ley 222 de 1995, se consagra la segunda instancia para los procesos concursales, y por consiguiente las providencias que se expidan dentro de los mismos no son susceptibles del recurso de apelación. Por lo tanto, habrá de confirmarse que contra el auto de calificación no procede dicho medio de impugnación.

En cuanto a la procedencia del recurso de apelación de que trata el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 5º. De la Ley 510 de 1999, que consagra que la decisión por la cual las Superintendencias se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas, se precisa que tal disposición tampoco es aplicable dentro de los procesos concursales, por las siguientes razones:

Competencia. En uso de la facultad concebida en el artículo 116 de la constitución Política de Colombia, esta entidad asumió la función jurisdiccional para tramitar de manera privativa los procesos concursales de todas las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales, siempre que no estén sujetas a un régimen especial de intervención o liquidación.

Legislación Aplicable. Lo expuesto en el párrafo que antecede, se encuentra consignado en el artículo 90 en concordancia con el artículo 214 de la ley 222 de 1995 por la cual se modifica el libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones, lo cual supone, que la citada ley en conjunto con el decreto 1080 de 1996 y algunos artículos de la ley 550 de 1999 constituyen el marco legal en esencia sustancial y por defecto procesal, dentro del cual deben encontrar asidero las providencias que profiera el juez del concurso. Se refiere lo dicho, a que respecto de los temas eminentemente procesales respecto de los cuales no hagan pronunciamiento expreso las leyes mencionadas, la actividad jurisdiccional debe atender en un todo las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

Inicio de la actividad Jurisdiccional. Siendo competente para conocer de los procedimientos concursales de manera privativa la Superintendencia de Sociedades, una vez decretada la apertura al trámite liquidatorio, para el caso en estudio, mal podría el Despacho considerarse incompetente para efectos de proveer conforme a las leyes que rigen su actividad, frente a cualquier solicitud elevada por las partes.

Providencias del Juez Concursal. Siendo el régimen de los procesos concursales especial en cuanto a su trámite, dada su condición de universal y colectivo, también lo son las providencias que en desarrollo de él se profieren, es así como dentro del expediente, pueden encontrarse multiplicidad de autos que si bien resuelven de fondo el asunto o asuntos en estudio, ninguno de ellos puede ser considerado como «fallo definitivo» entendido como sentencia.

En claro lo anterior, este Despacho se mantiene en la posición que ha venido sosteniendo, insistiendo en que el mecanismo de impugnación de las providencias consagrado en el Código de Procedimiento Civil como recurso de apelación, que como es bien sabido procede ante el superior jerárquico única y exclusivamente respecto de las providencias expresamente señaladas en la ley, no procede dentro del proceso concursal, pues la ley 222 de 1995 ni la ley 550 de 1999 consagran dicho recurso contra ninguna de las decisiones que debe tomar el Juez del Concurso.

La exposición que antecede obedece a que la interpretación que ha dado la Corte Constitucional en Sentencia C-415/02 del 28 de mayo de 2002 al artículo 148 de la ley 446 de 1998 no resulta aplicable respecto de las decisiones tomadas por esta Superintendencia en materia de procedimientos mercantiles, tal como mas adelante se demostrará.

A efecto de argumentar el porque de la doctrina de este Despacho al respecto, se hace necesario destacar respecto del mandato legal en cuestión tanto la frase subrayada como la resaltada y anotar lo siguiente:

«ARTICULO 148. PROCEDIMIENTO. (Artículo modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999). El procedimiento que utilizarán las superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil.

Las superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición de manera completa. No obstante, en todo el trámite del proceso las notificaciones, la práctica de pruebas y los recursos interpuestos interrumpirán el término establecido para decidir en forma definitiva.

Los actos que dicten las superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.

(...)

El artículo en estudio, se encuentra ubicado en la parte IV de la ley 446 de 1998, relativa al acceso en materia comercial y financiera. Esta parte se encuentra dividida en 6 títulos. En el primero de ellos

se advierte como de manera expresa se otorga entre otras, a la Superintendencia de Sociedades, la función específica de efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Por su parte el Título Segundo se refiere a la impugnación de actos o decisiones de asamblea de accionistas o junta de socios y de Junta Directiva de sociedades vigiladas por esta Superintendencia y señala que podrán tramitarse mediante el proceso verbal sumario. Hace mención también a la disolución de sociedades / discrepancia sobre las causales, el trámite y la Declaración de disolución.

Bajo la óptica de lo expuesto, el despacho llama la atención sobre algunos apartes significativos del artículo que reza así: ... El procedimiento que utilizarán las superintendencias en el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil.

Las superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición de manera completa.

Nótese entonces, como los asuntos y el trámite de que trata la Ley 446 en la parte pertinente difieren de aquellos asignados por la ley 222 de 1995 de manera privativa a esta entidad, en particular a la Delegatura de Procedimientos Mercantiles para el conocimiento del proceso de liquidación obligatoria, y como las decisiones que deba tomar la Superintendencia, a las que se refiere el artículo en estudio y respecto de las cuales si procede el recurso de apelación, obedecen a una petición completa, que no puede asimilarse a una cualquiera elevada dentro del trámite genérico del proceso liquidatorio, cual es, a todas luces judicial, por lo que no procede el derecho de petición como en reiteradas oportunidades lo ha sostenido este Despacho y dentro del cual no se encuentra previsto que para su impulso la Superintendencia deba acoger el proceso verbal sumario.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
BIBLIOTECA

Sustenta en consecuencia la posición del Despacho lo siguiente:

Considera la Corte Constitucional que la interpretación correcta de la norma supone el deber de conocimiento por parte de las autoridades judiciales del recurso de apelación interpuesto en contra de la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y profieran fallo definitivo.

Dicho de otra manera, de lo concluido por la Corte se desprende entonces que constituye requisito de procedibilidad para el recurso de apelación, la existencia de un pronunciamiento de la entidad en cualquiera de los dos sentidos resaltados, dentro del trámite de los asuntos tratados en la parte segunda de la ley 446 de 1998, eventos estos que como se dijo, no operan al interior del proceso que ocupa la atención del Despacho, pues el juez del concurso, mal podría declararse incompetente respecto de decisiones que las mismas leyes 222 de 1995 y 550 de 1999 han previsto de competencia privativa de la Superintendencia de Sociedades; o considerar como fallo definitivo uno cualquiera de los diversos autos que se profieren en desarrollo del trámite liquidatorio, cuando, por la misma naturaleza del proceso, si bien algunas de estas providencias resuelven de fondo y mas aún, respecto de una o varias de las partes del proceso, a ninguna de ellas puede abrogarse de suyo, el carácter de definitiva dentro del proceso, por cuanto no se refiere a un tema particular como sí lo serían la impugnación de actos o decisiones de asamblea de accionistas o junta de socios y de Junta Directiva de sociedades vigiladas por esta Superintendencia, la disolución de sociedades o la Declaración de disolución.

En consecuencia, yerra el impugnante al pretender hacer extensiva la interpretación dada por la Corte Constitucional al artículo 148 de la ley 446 de 1998 a cualquier providencia emanada por esta entidad en ejercicio de las facultades judiciales, específicamente, en procesos de liquidación obligatoria como la que ocupa la atención del Despacho (Auto 440-000638 de enero 20 de 2003).

INTERESES MORATORIOS EN LOS CONCURSOS LIQUIDATORIOS.

Como quiera que el asunto consultado se circunscribe a establecer si resulta procedente reconocer y, por tanto, incluir en el plan de pagos de las obligaciones a cargo de un deudor en liquidación obligatoria, la liquidación de intereses moratorios sobre aquellas, este despacho se permitirá hacer las siguientes precisiones y consideraciones de orden legal a efectos de darle respuesta, advirtiendo que abordará el análisis del caso desde la perspectiva de la legislación civil y comercial pertinente.

1- De los intereses moratorios en la legislación nacional.

En la legislación nacional los intereses son los frutos del dinero, lo que él está llamado a producirle al acreedor de una obligación pecuniaria, durante el tiempo que perdure la deuda, y se calculan sobre la base de una cuota o porcentaje del capital.[1]

La jurisprudencia ha definido el interés como "el precio que se paga por la disponibilidad del capital, el cual, dentro de los factores de la oferta y la demanda del capital disponible, se halla determinado por el tiempo que se preste y por una prima de compensación a los riesgos inherentes al préstamo".[2]

A su vez, el artículo 884 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, dispone: Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse créditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente

1 Código Civil, artículo 717: Se llaman *frutos civiles* los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles o impuestos a fondo perdido. (-) Los frutos civiles se llaman *pendientes* mientras se deben; y *percibidos* desde que se cobran.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de 25 de febrero de 1937, XLIV, 615.

a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. (...)

Sin entrar a dilucidar las no pocas contradicciones doctrinales y jurisprudenciales suscitadas por la deplorable redacción gramatical del artículo citado[3], lo verdaderamente importante para los efectos que nos ocupa es que los intereses moratorios "cumplen la función de resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que se presume padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida, presunción *iuris et de iure* de la producción de un quebranto por la sola mora del deudor, lo que no obsta para que el acreedor pueda optar por la pretensión del resarcimiento ordinario, caso en el cual tendrá que probar el monto del perjuicio sufrido. Se considera que el dinero es un bien productivo, sus frutos son los intereses. Y por esta razón, cuando el acreedor no entra en posesión del dinero a él debido, se reconoce el perjuicio que injustamente está recibiendo con la mora del deudor; perjuicio que no será menor del interés legal, dispensado de prueba, pero que puede ser superior, caso en el cual han de probarse su realidad y su cuantía".[4]

2- Del tratamiento de los intereses moratorios en el proceso concursal de liquidación obligatoria.

Por lo dispuesto en la ley los intereses guardan una estrechísima relación con el crédito, de tal manera que se considera como dueño de aquellos a quien es propietario del capital principal exigible, de allí que para el cobro ejecutivo del interés éste se considera parte inherente del crédito principal.

En ese orden de ideas, en opinión de esta oficina, no podría entenderse que su reconocimiento y pago en el escenario del concurso liquidatorio rompe el derecho a la igualdad entre los

3 En efecto, se mantiene viva la pregunta de qué es lo que pierde el acreedor: ¿será todo lo que ha percibido por concepto de intereses, o tan sólo el exceso?
4 HINESTROSA Fernando, "Tratado de las Obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes", Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2002, Págs. 165, 166.

acreedores, cuando los titulares de acreencias cobran parte de su obligación representada en intereses, ya sean producto de una convención con el deudor o de lo establecido en la ley.

Tampoco pueden desconocerse los negocios jurídicos celebrados o realizados válidamente en el pasado por las sociedades admitidas o convocadas al trámite de liquidación obligatoria, en los cuales el sujeto acreedor pretendió producir una renta del capital (bajo el entendido que siempre han de respetarse las normas que establecen límites en su estipulación y las sanciones por la extralimitación en su fijación). Así mismo, no se pueden desconocer las normas relativas al pago de intereses por el no pago oportuno de la obligación.

Es decir, cuando una persona reclama intereses reconocidos en la ley o por convención no comete un acto de inequidad, sino un ejercicio legítimo de su derecho a la propiedad sobre el crédito principal y lo que le es accesorio. Ni ello significa que el juez del concurso le dispense un trato preferencial respecto de otros acreedores; simplemente se deberá identificar y reconocer la consecuencia jurídica querida por la voluntad de las partes involucradas o por el querer del legislador.

Ahora bien, el auto de apertura del trámite de liquidación obligatoria, ya sea proferido de oficio o a petición de parte, constituye sin duda un auto de autoridad ejercido por un funcionario público (Arts.90, 149, 150 de la Ley 222 de 1995), que no es posible de resistir una vez se encuentra en firme, y que produce unos efectos particulares, tanto sobre las relaciones del deudor con sus acreedores, como respecto del funcionamiento y desarrollo de la sociedad; por consiguiente, la mora causada por esta fuerza mayor (Art.64 del Código Civil), en principio, no da lugar a la indemnización de perjuicios, es decir no hay lugar al pago de intereses moratorios a partir del decreto de la apertura del trámite liquidación obligatoria, sin embargo, la estipulación de las partes puede cambiar esa regla, al igual que una disposición legal (Art.1616 del C.C.)

En todo caso, debe tenerse en cuenta que si el caso fortuito o la fuerza mayor, esto es, la admisión al concurso, sobrevino por culpa del deudor, éste será responsable de los intereses moratorios, hasta el pago de la obligación. (Oficio 220- 9048 de febrero 7 de 2003).

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE UNA NULIDAD PROCESAL EN PROCESOS CONCURSALES.

Como quiera que el asunto consultado se circunscribe a establecer los efectos de la declaratoria de una nulidad procesal en el escenario de un trámite concursal, esta oficina abordará sus análisis desde la perspectiva de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia pertinentes, de acuerdo a las siguientes precisiones y consideraciones de orden legal.

1. **Nulidades en procesos concursales.**

Sea lo primero poner de presente que si bien la Ley 222 de 1995 al regular el trámite de los procesos concursales no se ocupó de establecer causales de nulidad, de presentarse hechos que las puedan configurar habrá de aplicarse lo previsto para el efecto en el Código de Procedimiento Civil, remisión que resulta de suyo obvia entre otras razones por tratarse éstos de procedimientos de naturaleza jurisdiccional que involucran derechos de crédito y derechos reales, cuya reclamación correspondería adelantar a los acreedores ante la jurisdicción civil ordinaria en el evento de que el deudor no haya sido admitido o convocado a una liquidación obligatoria.

De otra parte, nótese que la estructura del proceso concursal en la modalidad de liquidación obligatoria, al igual que la del proceso civil, es una unión concatenada de actos mediante los cuales se busca la efectividad de los derechos subjetivos de quienes tienen la calidad de acreedores de un mismo deudor, en un escenario que se caracteriza, a diferencia de éste último, por los principios de universalidad, igualdad, preferencia y colectividad, entre otros.

Y aunque parezca de bulto mencionarlo, no por el hecho de que el legislador haya guardado silencio sobre el particular podría caerse en la absurda conclusión de que en el trámite concursal

no hay lugar a las nulidades procesales, pues ello sería tanto como negar en éstos la aplicación del derecho fundamental del debido proceso, cuyo desarrollo legal se cumple precisamente con la tipificación de las causales que dan lugar a decretar aquellas. En otros términos, su consagración legal obedece a la exaltación y garantía del referido derecho de rango constitucional.

2. **De los alcances y efectos de la declaración de nulidad.**

Ya en el Código Judicial de 1931 el legislador se ocupó de regular la materia en el proceso civil a través de dos figuras, a saber: i) El derecho de restitución de términos, y ii) La declaración de nulidad de lo actuado. Pero no solamente como desarrollo del derecho fundamental del debido proceso, sino como excepciones al principio de *eventualidad* o *preclusión*, según el cual el proceso se articula en secciones o etapas, en cada una de las cuales las partes están facultades para realizar determinados actos, cuyo trámite y agotamiento implicaba su clausura definitiva para darle paso a la siguiente y, en consecuencia, precluía para las partes el derecho que éstas podían ejecutar en ese período.

El decreto judicial de restitución de términos, previsto en el artículo 372 del Código Judicial, ocurría cuando por causas imprevistas y no contrarrestables, alguna de las partes se había visto privada del uso de los plazos a ella concedidos para reclamar derechos o ejecutar actos atinentes al progreso del juicio. Pero, a diferencia de lo que entonces ocurría con la nulidad, su declaratoria no invalidaba la actuación total ni absolutamente, pues apenas implicaba que la parte en cuyo favor se decretó quedaba en condiciones de ejercer el derecho que no había podido hacer valer oportunamente, por causa de fuerza mayor o caso fortuito, sin que ello afectara la validez y eficacia de la actuación surtida, la cual permanecía incólume.

Por su parte, en lo que hace a los efectos de la nulidad adjetiva el legislador de ese año, al considerar al proceso como una unidad por la completa armonía existente entre los diversos actos

que lo integran, acogió como regla general y así lo consagró positivamente en el artículo 455 del citado Código, la de que toda la actuación surtida con posterioridad a la aparición del motivo que la generaba quedaba afectada por el vicio, sin consideración a que fuese dependiente o no del acto nulo ni a la parte que hubiera dado lugar a la irregularidad, con la consiguiente regresión de todo el procedimiento al estado que tenía antes de ocurrir la causal. En consecuencia, el decreto de nulidad aniquilaba toda la actuación posterior a la ocurrencia del vicio, lo cual equivalía en la práctica a una restitución radical y absoluta de los términos vencidos, respecto de todas las partes y de todos los actos consumados en el proceso, los que por consiguiente dejaban de tener eficacia en él, inclusive las pruebas practicadas.

Ahora bien, como quiera que el Código de Procedimiento Civil de 1971, hoy vigente, eliminó la figura de la restitución de términos, el principio de la preclusión solamente tiene hoy como excepción la nulidad procesal.

"Mas como el legislador de este año consideró injustificable por su excesivo rigorismo el principio de que la nulidad producía efectos sobre toda la actuación posterior a la aparición de la causal, el cual además atentaba contra la economía procesal, lo atemperó en el sentido de determinar que el decreto de la nulidad de una actuación sólo afecta los actos que sean secuela necesaria de aquél en que se produjo la irregularidad. Y esa fue precisamente la regla que consagró mediante el artículo 158 (146) del Código respectivo, al estatuir que la nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al momento que la produjo y que resulte afectada por éste".[1]

En ese mismo sentido, tanto la doctrina nacional como internacional se han referido a los efectos de las nulidades procesales, en los siguientes términos:

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 de agosto de 1972, M. P. Humberto Murcia Ballén.

"Para evitar equívocos y de manera preponderante cuando la nulidad comprenda apenas una parte del proceso, el inciso final del artículo 146 impone al juez el deber de indicar de manera expresa cuál es la actuación que queda sin efecto

"Cuestión de máxima importancia frente a la norma que comentamos la constituye el que el Estatuto Procesal Civil colombiano adopta el sano principio consistente en que, por regla general, la actividad probatoria desarrollada no se ve afectada por la existencia de la nulidad, al destacar el artículo 146 que la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto a quienes tuvieron oportunidad de contradecirla".[2]

Así mismo, *"en el sistema del Código de 1931, la nulidad dejaba sin efectos toda la actuación procesal posterior al momento en que el vicio había ocurrido; en cambio, según el artículo 146 del actual Código, la nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produce y que resulte afectada por éste; las últimas palabras significan que puede subsistir como válida la actuación posterior al vicio, que no dependa del acto en el cual ocurrió éste, por ejemplo, los incidentes ajenos a tal acto, las pruebas practicadas para las instancias o incidentes que hayan sido controvertidas por todas las partes o cuando éstas tuvieron la oportunidad procesal para ello (porque el vicio no consistió en falta de citación o de representación de alguna de ellas. El juez debe indicar en el auto que declare la nulidad, cuál es la actuación que quedó viciada y debe renovarse.*

"De acuerdo con este texto, en los procesos de quiebra o de concurso de acreedores (valga decir hoy, en los procesos concursales) y ejecutivos con tercerías, la

2 López B. Hernán Fabio, "Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano", Parte General Tomo I, Séptima Edición, 1997, Dupré Editores, pág. 887.

incapacidad o indebida representación de uno de los acreedores, sólo da lugar a que se anule lo actuado en relación al crédito de ese acreedor, si lo pide él, pero las demás actuaciones permanecen válidas, como para los segundos disponía el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil de 1931".[3]

So pena de ser reiterativos y abundar en argumentos sobre el particular, valga la pena traer a colación la siguiente cita, en relación con los efectos de la nulidad procesal:

"De la misma manera que excluye que el defecto de un requisito, cuando no sea estrictamente necesario, ocasione la nulidad, así la ley provee a restringir a lo estrictamente necesario la nulidad bajo el aspecto cuantitativo.

"Si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede, sin embargo, producir los efectos para los que sea idóneo; esto quiere decir, que si los efectos jurídicos de un acto son más de uno y el requisito defectuoso no es indispensable respecto de todos, se producen aquellos respecto de los cuales el vicio no es esencial..."

"La nulidad de un acto no importa la de los actos precedentes, ni la de los sucesivos que sean independientes de él: el punctum pruriens de esta fórmula está en el concepto de la dependencia de un (otro) acto del procedimiento respecto del acto nulo. Poniendo atención, uno se da cuenta de que un acto jurídico depende de otro en cuanto este último sea relevante para la existencia de un requisito suyo; la independencia, por el contrario, se resuelve en la indiferencia del segundo acto para la existencia de los requisitos del primero".[4]

---

3 Devis Echandía Hernando, "Compendio de Derecho Procesal", El Proceso Civil Parte General, Tomo III-Volumen I, Octava Edición, 1994, Biblioteca Jurídica DIKE, Págs. 266 y 267.

4 Carnelutti Francesco, "Instituciones del Proceso Civil", traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo, Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, Págs. 535 y 536.

3. El caso concreto.

Hechas las anteriores precisiones jurisprudenciales y doctrinarias, procede analizar ahora la legalidad de la providencia por medio de la cual se decretó una nulidad en el proceso de liquidación obligatoria de una sociedad.

La citada providencia declara la nulidad de lo actuado circunscribiendo sus efectos únicamente a la actuación posterior al motivo que la produjo, en cuanto guarda relación de dependencia respecto a aquél. En efecto, la causal que dio origen a la declaratoria de nulidad se configuró cuando el juez del concurso omitió pronunciarse en relación con las pruebas que solicitara el apoderado de los señores AA y BB en el escrito de formulación de objeciones respecto de algunos créditos presentados al concurso, conforme con lo preceptuado en el numeral 6° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. De manera que la actuación procesal viciada de nulidad es aquella surtida con posterioridad al reconocimiento del hecho que la originó pero que se relaciona directamente con éste.

Y si el hecho constitutivo de la causal de nulidad fue la omisión por parte del juez del concurso de pronunciarse respecto de la solicitud de algunas pruebas que pretendían desvirtuar la existencia, exigibilidad o cuantía de unas obligaciones a cargo de la sociedad concursada, que sirviera de elemento de juicio al fallador al momento de decidir acerca de su reconocimiento o rechazo, resulta apenas obvio que la nulidad se circunscriba única y exclusivamente a la actuación sucesiva que dependa del hecho que la configuró. Esto es, la providencia de calificación y graduación de créditos, el auto que resolvió los recursos de reposición contra ella interpuestos y las providencias que posteriormente modificaron aquella.

Nótese, entonces, que los efectos de la declaratoria de una nulidad procesal se comunican en cuanto se verifique la hipótesis de la dependencia de una actuación a otra, dejando incólume la actuación independiente a la declarada nula.

Y es que sin perjuicio de la univocidad del proceso concursal en cuanto a la finalidad particular que este persigue[5], esto es, la realización de los bienes del deudor para atender las obligaciones a su cargo, no puede perderse de vista que éste, como todo procedimiento, se estructura a partir del agotamiento de etapas lógicas que garantizan su solidez. Si bien es cierto dentro de la lógica del proceso concursal deben surtirse algunas etapas de manera cronológica, es decir, unas tras otras, y que por ese hecho guardan relación de dependencia, como por ejemplo el traslado de los créditos presentados, el traslado de las objeciones a los mismos, la providencia de calificación y graduación de créditos, también lo es que pueden surtirse unas independientemente de otras sin que por ello pierda solidez el proceso, Vr. Gr. la integración de la masa liquidable del deudor respecto de la calificación y graduación de los créditos.

En efecto, bien puede suceder que se haya proferido en el proceso esta última providencia sin que se haya expedido el auto aprobatorio de los inventarios o viceversa, que se encuentre ejecutoriada la providencia aprobatoria de éstos y no se haya proferido aquella.

Por lo tanto, resulta ajustado a derecho concluir que los efectos de una nulidad declarada recaen exclusivamente sobre la actuación procesal posterior y dependiente del acto que la produjo, y no podrán trasladarse a la actuación posterior que sea independiente de aquella.

Por las consideraciones precedentes, tanto la providencia que decretó la nulidad en el proceso de liquidación obligatoria, así como las que en ella se advierte permanecen incólumes, se encuentran ajustadas a la legislación concursal y procesal. (Memorando 220-212 de noviembre 8 de 2001).

5 Además del objeto general de todo procedimiento consistente en hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustancial.

LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA

LAS SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN PUEDEN UTILIZAR EL PROCEDIMIENTO DE FUSIÓN Y/O ESCISIÓN COMO ALTERNATIVA PARA CONCLUIR SU EXISTENCIA.

Se refiere el Despacho a la posibilidad de que una sociedad en liquidación utilice el procedimiento fijado para la fusión o la escisión, con el objeto primordial de dar por terminada la liquidación del patrimonio y por ende la finalización del ente jurídico social, 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 su criterio 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).[1]

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

1 "...Cierto que la fusión excluye la liquidación, ya que su razón de ser no es otra que la sustitución del proceso liquidatorio en el caso de disolución por ella provocado. Pero cabe preguntarse si, a la inversa, la liquidación excluye toda posibilidad de fusión en cualquier supuesto" MOTOS GUIRAO, Miguel. Fusión de Sociedades Mercantiles, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, Pág.98

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 vínculo contractual.

2. El artículo 222 del C. Co., prohíbe iniciar nuevas operaciones en desarrollo del objeto de la sociedad disuelta que a la vez que 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)[2].

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).

2 Ver. Reyes, Francisco. Transformación, fusión y escisión de sociedades comerciales, Editorial Temis, 2000 Pág. 110

- 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 mecanismo para adelantar en forma rápida y eficiente la extinción del 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 ibidem 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 6 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, 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 10 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 a cerca 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 (artículo 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 o fusión es posible que los asociados de la compañía en liquidación no participen en la beneficiaria.

Según las condiciones del compromiso y de las características particulares del negocio, pueden estimar las partes no dar participación en la beneficiaria del 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 absorbida, y en este caso puede ocurrir que las acciones no alcancen a tener un valor intrínseco, como consecuencia de tener un patrimonio negativo o igual a cero, tal situación conduciría a que los 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- 11760 de abril 4 de 2001).

PROCEDIMIENTO CUANDO APARECEN BIENES NO INCLUIDOS EN EL INVENTARIO DEL PATRIMONIO SOCIAL.

Cuando quiera que una vez agotado el procedimiento liquidatorio aparezcan bienes no incluidos en el inventario, el Despacho estima que el procedimiento apropiado es el que rige la sucesión de las personas naturales previsto en los artículos 616 y 620 del Código de Procedimiento Civil, o el establecido en el Decreto 902 de 1988, modificado por el Decreto 1729 de 1989.

Es así como el artículo 620 del Código de Procedimiento Civil establece quienes tienen legitimidad para adelantar la partición adicional, entre los cuales se cuentan los herederos y el partidor que dejó de incluir los bienes; a su vez, el Decreto 1729 de 1989 legitima de manera general a los interesados para solicitar ante el notario la liquidación adicional, observando los trámites de la liquidación de herencia ante notario. Una vez agotado el procedimiento habrá de inscribirse en el registro mercantil el documento judicial o notarial donde conste la respectiva adjudicación, así como agotar los trámites correspondientes para lograr la tradición de los bienes objeto de partición.

No sobra advertir que de todas maneras estos procedimientos habrán de acatar las reglas establecidas en los artículos 248 y siguientes del Código de Comercio. (Oficio 220- 17659 de abril 18 de 2002).

PRELACIÓN Y PREFERENCIA EN EL PAGO DE ACREEDORES.

La consulta se circunscribe a determinar si resulta procedente que en una liquidación privada en la que se están pagando a prorrata y sobre capitales los créditos quirografarios, el pago de intereses sobre saldos de capital se cancelan únicamente a los acreedores "financieros", cuando los activos existentes son insuficientes para cancelar los demás créditos (artículo 244 del Código de Comercio).

Como quiera que la misma se concreta en establecer el orden de prelación en el pago de las obligaciones a cargo de una sociedad, su análisis se abordará desde la perspectiva de la legislación pertinente del Código Civil y del Código de Comercio, de acuerdo a las precisiones y consideraciones que a continuación se exponen.

1- La prelación de créditos a la luz de la legislación nacional.

Sea lo primero advertir que, en nuestro ordenamiento jurídico, en caso de concurrencia de dos o más acreedores, la regla general de prelación al pago está referida a todos los bienes del deudor como la prenda común de garantía de las obligaciones a su cargo, salvo los no embargables. En efecto, el artículo 2492 del Código Civil la enuncia de la siguiente manera: "Los acreedores, con las excepciones indicadas, en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso de los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue". Y agrega el artículo 2493 *"Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos, para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera".*

Así, el orden de prelación al pago determina que alguno o algunos créditos sean totalmente satisfechos y que otros queden insolutos total o parcialmente, dependiendo de la suficiencia de activos para el efecto.

2- Factores para determinar la preferencia.

Conforme a lo establecido en el artículo 2493 citado, la prelación al pago la determina la preferencia y ésta a su vez ha de establecerse en algunos casos por la persona del acreedor y en otros por el origen de los créditos o por la existencia de las denominadas garantías específicas. Doctrinalmente, la preferencia se clasifica en dos grupos: las generales y las especiales.

"*Preferencias generales* son aquellas que dan derecho al acreedor para perseguir la satisfacción preferencial de su crédito, utilizando para ello, la totalidad de los bienes del deudor.

"*Preferencias especiales* son aquellas destinadas a ser satisfechas mediante la afectación o utilización de determinados bienes del deudor".

Ahora bien, frente a la concurrencia de créditos que deban ser pagados, ya sea en el escenario de una liquidación voluntaria o en un proceso concursal, la legislación civil se ocupa de establecer las llamadas clases o categorías de créditos en los artículos 2495 y siguientes ídem, dentro de las cuales los *quirografarios* o de quinta categoría son aquellos que no gozan de preferencia alguna para su pago y sólo pueden hacerse efectivos cuando queden remanentes luego de cancelar totalmente los créditos de primera, segunda, tercera y cuarta clases.

Al respecto, afirma el profesor Guillermo Ospina Fernández: "Como los créditos de quinta clase tienen que ceder el paso a los créditos de las cuatro clases anteriores, aquellos se hacen efectivos sobre el remanente de los bienes del deudor, ya sea para ser satisfechos totalmente si este sobrante alcanza para ello, o de no alcanzar, a prorrata de sus valores. Así, existiendo dos créditos de esta clase,

uno por $100.000 y otro por $50.000, si el sobrante es de $ 90.000, el primero recibirá $60.000 y el segundo $30.000. Tal es lo preceptuado por el artículo 2509, que es de este tenor: "La quinta y última clase comprende los bienes (léase créditos) que no gozan de preferencia. Los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha"(Régimen General de las Obligaciones", Sexta Edición. Ed. Temis. 1998, Pág. 82).

En ese orden de ideas, una primera conclusión a la que se impone llegar es que el pago de los créditos quirografarios deberá realizarse *a prorrata sobre el sobrante de la masa liquidable* sin consideración a sus causas, ni de sus fechas, ni de sus pruebas. Es decir, se procederá a repartir una cantidad entre varios, según la parte que proporcionalmente le corresponda a cada uno.

Por su parte, el artículo 2511 del Código Civil dispone: "Los intereses correrán hasta la extinción de la deuda, y se cubrirán con la preferencia que corresponda a sus respectivos capitales". Lo anterior significa que para los efectos del prorrateo a que hace referencia el artículo 2509 ídem, deberá consolidarse un en solo valor el capital y los intereses de cada crédito, de suerte que el pago parcial –en el entendido que no alcance a cubrirse en su totalidad- cobije proporcionalmente o en partes iguales a cada uno de los titulares de derechos de crédito a cargo del deudor, sin consideración, insistimos, a sus causas o fechas de acusación y exigibilidad.

En ese sentido, el liquidador que con base en lo establecido en el artículo 244 del Código de Comercio otorgue a un determinado acreedor un privilegio respecto de otros de la misma categoría o clase, consistente en el reconocimiento de intereses sobre saldos de capital insoluto, a juicio de este despacho, incurre en un doble yerro de interpretación y, por ende, práctico en el ejercicio de sus funciones, como quiera que, por una parte, escinde dos conceptos –valores- inescindibles para el efecto y, por otra, discrimina a los otros acreedores que encontrándose en la mima prelación al pago no obtienen el reconocimiento de los intereses, así sea de manera proporcional.

En efecto, al disponer el artículo mencionado que "por el hecho de la disolución se podrán pagar, sin intereses distintos de los que se hayan pactado expresamente y para los solos efectos de la liquidación, todas las obligaciones a término contra la sociedad, inclusive aquellas cuyo plazo se haya pactado a favor de los acreedores", de lo que se ocupa es de establecer la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la sociedad disuelta, junto con los intereses pactados expresamente y liquidados hasta la fecha en que efectivamente se pague la obligación, sin que haya lugar a la imposición de multas ni al pago de indemnización alguna, pues, no tendría sentido prolongar el proceso liquidatorio en el tiempo con el objeto de esperar el vencimiento del plazo, lo que sólo acarrearía perjuicios a todos los involucrados en el mismo. (Oficio 220- 62033 de septiembre 21 de 2000).

DEMANDAS EJECUTIVAS PARA PERSEGUIR EL PAGO DE OBLIGACIONES Y LA PROVISIÓN COMO RECONOCIMIENTO DE LA MISMA.

Bien puede suceder que quienes sean titulares de derechos de crédito ciertos, claros, expresos y exigibles, a cargo de la sociedad disuelta y en estado de liquidación, se encuentren legitimados para perseguir su pago por la vía ejecutiva ante los jueces civiles, pretendiendo, además, el cobro de los respectivos intereses, costas, agencias en derecho, así como para solicitar y practicar medidas cautelares sobre los bienes de la sociedad, conforme a lo establecido en los artículos 666 del Código Civil en concordancia con el 488 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, el *derecho de acción* es consustancial y surge como consecuencia del *derecho personal* que se detente, ya que por definición "derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales".

Por consiguiente, la procedibilidad del derecho de acción, "público subjetivo que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión mediante un proceso",[1] no podrá restringirse ni limitarse por el hecho de encontrarse el deudor demandado tramitando una liquidación privada o voluntaria, como en efecto sucede cuando se trata de un proceso concursal (concordato o liquidación obligatoria) o de una

1 LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, "Derecho Procesal Civil Colombiano", Parte General Tomo I, Séptima Edición, Dupré Editores, Pág. 252.

toma de posesión para liquidar, o un acuerdo de reestructuración, en los términos de la Ley 222 de 1995, Decreto 663 de 1993 y Ley 550 de 1999, respectivamente, pues por tratarse todos ellos de trámites universales, preferentes y colectivos con fuero de atracción, no resulta procedente iniciar ejecuciones particulares en contra del sujeto concursado, intervenido o en reestructuración, ni continuar las ya iniciadas. Dicho de otra forma, sólo por ministerio de la ley podrá limitarse el ejercicio del derecho de acción en cabeza de los titulares de derechos personales o de crédito.

No obstante lo anterior, el hecho de que el pago de las obligaciones a cargo de una sociedad en trámite de una liquidación voluntaria se persiga por la vía ejecutiva, no otorga a los acreedores demandantes un mejor derecho respecto de otros de la misma clase o rango, en el sentido de obtener un valor superior al que les corresponde a prorrata o proporcionalmente con los otros, cuando quiera que los activos sociales existentes sean insuficientes para cancelarlos en su totalidad, pues, en tal evento, por encima del interés particular que le asiste al demandante estará el general del resto de acreedores que verían cercenado total o parcialmente su derecho si ello se permitiere.

Ahora bien, dispone el artículo 245 del Código de Comercio *"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. (...)".*

Para abordar el análisis de la norma mencionada, habrán de hacerse las siguientes precisiones conceptuales:

- Obligación condicional: Es aquella cuyo nacimiento pende del cumplimiento de una condición, entendida esta última como un hecho futuro e incierto. La condición, a su vez, puede ser suspensiva si mientras no se cumple suspende la adquisición de un derecho, o resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (Art. 1536, Código Civil).

- Obligación litigiosa: Es aquella cuya existencia, exigibilidad o cuantía se encuentra en entredicho por la confrontación, casi siempre de características procesales, y donde sólo la decisión de la autoridad competente (judicial o administrativa), con carácter vinculante para las partes en litigio, hace cesar la incertidumbre tornando la obligación en cierta e indiscutible o, por el contrario, se declara que nunca existió o habiendo existido operó la prescripción o la caducidad de la misma.

- Reserva: Concepto netamente contable que puede definirse como aquella porción del patrimonio de la sociedad cuyos administradores han resuelto destinar expresamente para cumplir un propósito previamente determinado. En las compañías en liquidación, la reserva afecta la masa de bienes liquidables.

- Provisión: Ha dicho esta entidad que *"la provisión está destinada a enjugar la pérdida ocurrida por la disminución del valor de los activos de la sociedad, caso en el cual actúa como una protección. También opera como el reconocimiento de una deuda o de un riesgo que pesa sobre el patrimonio, pero cuya ocurrencia y cuantía no puede determinarse con exactitud en el momento de su establecimiento. Puesto que su existencia se justifica para proteger el patrimonio social, esta cuenta debe originarse en pérdidas y ganancias, a fin de que ésta garantice los resultados de cada ejercicio económico".*[2]

Visto lo anterior, en el contexto del artículo analizado el término cuyo alcance habrá de establecerse es el de *provisión adecuada.*

Ahora bien, la responsabilidad de fijar el monto de las provisiones a que haya lugar radica en cabeza del liquidador, quien aplicando criterios objetivos, tales como el conocimiento de los hechos jurídicos, contables e históricos que motivan la reclamación y la contundencia probatoria para oponerse a las pretensiones, deberá tomar la decisión.

2 Superintendencia de Sociedades, Oficio OA/1257, febrero 1° de 1973.

Sobre este punto ha dicho esta Superintendencia: "*La provisión adecuada a que se refiere la norma, es aquella que resulte del cálculo aproximado que efectúe el liquidador para cuantificar las pretensiones del demandante a fin de que el derecho no se haga nugatorio si llegare a ser reconocido*",[3] de manera que la citada cuantificación, a juicio de este despacho, no puede limitarse a totalizar numéricamente el valor de las pretensiones, sino que deberá incluir, además, el análisis y la evaluación integral de todas las circunstancias que dieron lugar al litigio. De no ser así, existiría la posibilidad de que demandantes ambiciosos e irresponsables, calculando de manera arbitraria el valor de sus presuntos derechos, iniciaren juicios ordinarios con pretensiones excesivas, obligando al liquidador a efectuar la provisión equivalente a lo pedido, con lo cual se pondrían en grave riesgo los intereses económicos de acreedores con derechos ciertos e indiscutibles y de los propios socios, quienes tendrían que esperar meses y aun años hasta cuando se decidiera la controversia jurídica.

En ese orden de ideas, habrá de concluirse que las obligaciones cuya provisión se impone por mandato del artículo 245 del Código de Comercio, son las condicionales y/o litigiosas, que, como quedó expuesto, son aquellas cuyo nacimiento, certeza, existencia, exigibilidad o cuantía dependen de la ocurrencia de una condición o de la decisión de una autoridad competente. De ahí que las "obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor (...) y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso-administrativo o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia"[4], aun cuando su pago se persiga por la vía ejecutiva, no serán litigiosas para los efectos de lo establecido en el artículo mencionado y, por lo tanto, no serán provisionables en los términos allí expuestos, salvo que contra las pretensiones

3 Superintendencia de Sociedades, Resolución 10929, agosto 18 de 1978.
4 Artículo 488 del Código de Procedimiento Civil.

aducidas en la demanda respectiva se proponga en tiempo cualquiera de las excepciones previstas en la ley, en cuyo caso la obligación se torna litigiosa hasta tanto se resuelvan aquellas.

Es decir, cuando la obligación es expresa, clara y exigible, y, por lo tanto, el acreedor ejerce el derecho de acción ejecutiva para su pago, no puede ésta válidamente llamarse litigiosa, de manera que lo procedente en este caso es que el liquidador proyecte su pago de acuerdo a la prelación que le corresponda, por el valor total estimado en la pretensión y los intereses, sin necesidad de realizar provisión alguna, salvo respecto de la condena en costas cuyo monto no será fijado por el juez sino hasta la liquidación final del crédito, sin perjuicio de que, se insiste, cuando los activos sociales existentes sean insuficientes para cancelar la totalidad de las obligaciones a cargo del ente en liquidación, deba proyectarse su pago y/o realizarse la citada provisión conforme a la prorrata o proporción que corresponda. (Oficio 220- 62033 de septiembre 21 de 2000).

SI LA SOCIEDAD EN LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA CARECE DE ACTIVOS, NO PROCEDE EL TRANSITO A LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA.

No obstante las diferencias entre la liquidación privada y la liquidación obligatoria (Pág. 577, Libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos, año 2000), y aun cuando eventualmente podrían coincidir algunas causales de liquidación privada, previstas en el Art.. 218 del C. de Co. con los supuestos de procedibilidad para la obligatoria de que trata el artículo 91 de la Ley 222 de 1995 que dispone "*la autoridad competente admitirá la solicitud del trámite concursal (liquidación obligatoria) cuando el deudor se encuentre en los siguientes eventos: 1. En graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de (sus) obligaciones; 2. Si se teme razonablemente que llegue (a la situación anterior)*" nada impide que, una vez disuelta y en estado de liquidación voluntaria una sociedad haga tránsito a una obligatoria, siempre que se cumplan los supuestos de admisibilidad. De hecho, cuando el artículo 183 numeral 3° de la Ley 222, al ocuparse de las acciones revocatorias concursales, dispone que cuando los bienes que componen el patrimonio liquidable, sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos, puede demandarse la revocación de "las reformas estatutarias y las *liquidaciones sociales acordadas de manera voluntaria por los socios* (...)", está, implícitamente, reconociendo tal posibilidad.

Sin embargo, téngase en cuenta que conforme a lo establecido en el artículo 95 de la mencionada Ley 222, el *objeto* de la liquidación obligatoria consistente en la realización de los bienes del deudor para atender en forma ordenada el pago de las obligaciones a su cargo, supone, necesariamente, la existencia de algún o algunos bienes que realizar, de manera que si la sociedad carece por completo de éstos, por sustracción de materia, no procederá admitirla a un trámite de ésta naturaleza.

En ese orden de ideas, habrá de concluirse que, no por la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor que devenga en la pérdida o destrucción de los activos sociales de una sociedad en trámite de una liquidación privada, se impone admitirla o convocarla a un proceso concursal de liquidación obligatoria, en los términos de la Ley 222 de 1995. (Oficio 220- 51717 de agosto 16 de 2000).

LA JUNTA DIRECTIVA COMO ÓRGANO DE ASESORÍA.

Se pregunta al Despacho si *«En una sociedad anónima que se encuentra disuelta y en estado de liquidación, la Junta Directiva como órgano social desaparece o continúa ejerciendo algunas funciones de asesoría»*.

Valga expresar que la junta directiva es un órgano de garantía y de colaboración, el cual, de un lado, representa los intereses de los asociados pues su conformación es el reflejo de las diferentes tendencias o criterios de los mismos, resultado de la mecánica prevista por ley para su designación; y del otro, colabora al representante legal en la gestión de los negocios sociales compartiendo la responsabilidad de la administración, sin que ello implique actos de representación legal.

La presencia de la junta directiva como órgano de administración, mantiene su vigencia mientras la sociedad se encuentre activa en consideración a las funciones propias de su roll, las cuales, no cabe duda, giran en torno a una sociedad en movimiento y en pleno auge de su objeto social; es así que sirve de apoyo al representante legal, ya que como órgano de administración puede tener una participación activa en el desarrollo de la empresa social, expresando por ejemplo sus puntos de vista con respecto a la conveniencia de los negocios que se proyectan, formulando las iniciativas que sean del caso, y, en general, todo lo que tenga que ver con las proyecciones económicas de la empresa, cumpliendo así por extensión, con los asociados como delegatarios de su mandato. Sin embargo, en el entendido de que una sociedad en liquidación no puede iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto social y por el contrario, su capacidad jurídica la conserva únicamente para los actos necesarios a su inmediata liquidación, la existencia de dicho cuerpo colegiado se torna obsoleta, pues no tendría mayores funciones qué cumplir, salvo que se le pretenda mantener como un órgano de consulta o de asesoría, como quiera que no hay norma legal que lo prohíba.

Luego, no es que pueda afirmarse tajantemente que el órgano social desaparezca, sino que, al quedarse sin funciones qué cumplir, puede desempeñarse como órgano asesor, bajo la certeza de que sus pronunciamientos no tienen efecto vinculante para el liquidador, pues este mandatario no puede suspender o demorar la misión encomendada esperando pronunciamientos o conceptos de la junta directiva, pues como se expresó, las facultades del liquidador son tan amplias, que le permiten ejecutar, motu propio, todos los actos tendientes a la terminación de la empresa.

Por su parte, el artículo 238 del Código de Comercio refleja la dimensión del poder que tiene este mandatario al expresar en forma imperativa que *«...los liquidadores procederán...»* (subraya fuera del texto), vocablo éste, que, de acuerdo con el Diccionario de la Academia de la Lengua: significa *«Modo, forma y orden de portarse y gobernar uno sus acciones bien o mal»*, lo cual trasladado al tema en cuestión permite determinar que es la ley la que le impone unos deberes y la forma de ejecutarlos, de cuyo cumplimiento no puede sustraerse, como tampoco sentirse limitado, por el máximo órgano social, o por la junta directiva para el caso en que se convenga mantenerla como un cuerpo asesor, que si bien nada le impide hacer las recomendaciones que estime pertinentes, éstas se reitera, no tendrían efecto vinculante para el mandatario, quien como ya se expresó, está dotado de amplias facultades para ejecutar todos los actos tendientes a la inmediata liquidación de la compañía.

Claro está, que la libertad del liquidador en el desempeño de sus funciones para la culminación del proceso liquidatorio no lo eximen de las responsabilidades propias de su cargo, y tal y como lo señala el artículo 255 del Código de Comercio *«Los liquidadores serán responsables ante los asociados y ante terceros de los perjuicios que se les cause por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes»*. (Oficio 220- 66812 de octubre 18 de 2000).

APROBACIÓN DE LOS ESTADOS FINANCIEROS EN UNA SOCIEDAD QUE SE ENCUENTRA EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN.

Se consulta al Despacho si los estados financieros presentados por el liquidador a consideración de la junta de socios o asamblea general de accionistas, deben ser aprobados o improbados por el máximo órgano social o, por el contrario, solo tienen carácter informativo.

Sobre el particular, es del caso manifestarle que si bien es cierto la sociedad una vez disuelta debe proceder de inmediato a su liquidación, lo que significa que su capacidad se ve restringida para iniciar nuevas operaciones en desarrollo de la empresa o actividad para la cual fue constituida -artículo 222 del Código de Comercio-, ello no implica la extinción de la persona jurídica, pues los órganos de administración y control siguen actuando hasta que se produzca su extinción definitiva mediante la protocolización en una notaria de la cuenta final de liquidación junto con el inventario de los activos correspondientes y su consiguiente registro.

Es claro que a lo largo del ordenamiento que regula el proceso liquidatorio, se contemplan distintas actividades que en forma privativa competen al máximo órgano social, y que son desde luego consecuentes con las atribuciones que le corresponden según el artículo 187 ibidem, tal es el caso de la aprobación que debe impartir a la cuenta final de liquidación o prescindir de la liquidación mediante la constitución de una nueva sociedad que continúe con el objeto social, entre otras. –Art.. 248, 250 de la misma obra.

Adicionalmente, es el artículo 225 del C. de Co. el que en forma imperativa ordena que la asamblea general de accionistas o junta de socios, durante el proceso de liquidación, debe reunirse en forma ordinaria en las fechas indicadas en los estatutos y cuando sea convocada por el liquidador, el revisor fiscal o la Superintendencia, conforme a las reglas generales.

Al respecto, conviene recordar las llamadas sesiones ordinarias y extraordinarias. Las primeras, determinadas por el tiempo y el temario, y las segundas, llevadas a cabo en cualquier momento, como consecuencia de situaciones imprevistas y urgentes de la compañía que requieren el conocimiento y decisión del órgano social competente.

En cuanto a las reuniones ordinarias, salvo que estatutariamente se haya concretado una fecha para el efecto, deberán efectuarse dentro de los tres primeros meses de cada año, a fin de tratar los temas prescritos en el artículo 422 del C. Co., pero tratándose de sociedades en proceso de liquidación debe entenderse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 223, que limita la actuación del máximo órgano social a los asuntos que se relacionan directamente con el proceso de liquidación.

Del análisis de las normas mencionadas, se concluye que si bien las funciones del máximo órgano social en la etapa de liquidación son diferentes a las atribuciones asignadas en la etapa de plena actividad social, el máximo órgano social conserva aquellas que por su naturaleza son compatibles con el estado de liquidación en que se encuentra la compañía, como por ejemplo, la designación o remoción de los administradores de la sociedad, y el liquidador lo es de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222/95; del revisor fiscal, si por ley o estatutos están obligados a ello y la aprobación de las cuentas y balance de fin de ejercicio y demás documentos e informes propios del estado de liquidación –Art.. 226 ibidem- en concordancia con el artículo 30 del Decreto 2649 de 1993. (Oficio 220- 39852 de junio 12 de 2000).

CRÉDITOS PRESENTADOS DENTRO DE UN PROCESO DE LIQUIDACIÓN PRIVADA.

1. "Cuál sería el plazo que tendrían los acreedores sociales para hacer valer sus acreencias ante la sociedad en liquidación privada?"

Cuando se está en presencia de una liquidación privada, los acreedores no están en la obligación de hacerse parte para obtener el pago de la deuda, ni se les exige un plazo para hacerse parte; desde luego, sí no aparece en la relación de activos y pasivos sociales, seguramente se tornará en un proceso litigioso el probar la existencia de la acreencia, lo que obligaría al liquidador a tener dicho crédito como litigioso y a efectuar la reserva exigida (artículo 245 C. Co.). Así que pueden hacerse parte en cualquier etapa del proceso liquidatorio, naturalmente con el riesgo de perder su preferencia no por extemporáneo, sino porque haya comenzado el pago de otros créditos.

2. "Cuál es la forma en que los acreedores deben hacer valer sus créditos?"

A diferencia de la liquidación obligatoria, los acreedores no requieren hacerse parte en el proceso de liquidación del patrimonio, pues la obligación del liquidador es realizar el activo social con el objeto de pagar el pasivo externo de la compañía de conformidad con el inventario elaborado para tal efecto, en el cual deben estar detallados cada uno de los pasivos de la sociedad.

3. "Qué sucede con las acreencias que no se hicieron valer y de las cuales la sociedad tiene conocimiento?"

La obligación del liquidador de pagar la totalidad del pasivo externo, no se excusa en el hecho de no hacerse presente el acreedor, especialmente cuando la ley ha previsto mecanismos idóneos para el pago de obligaciones en el evento que el acreedor no puede o no

quiere recibir la solución a su acreencia (artículo 420 C.P.C en concordancia con los artículos 1658 y s.s. del Código Civil).

4. "Qué sucede con las acreencias que no se hicieron valer y de las cuales la sociedad no tiene conocimiento?"

Si no se encuentran previstas en la contabilidad de la compañía, lo que procede es entablar las acciones judiciales pertinentes, lo cual conduciría a actuar de conformidad con el artículo 244 ya citado.

5. "En el caso de unos honorarios que se adeudan a un abogado con anterioridad a la disolución de la sociedad, ¿deben incluirse dentro de los créditos de primera clase en el inventario del patrimonio social?"

La circunstancia del cobro de los honorarios profesionales por medio de la jurisdicción laboral, no reviste a la relación entre el profesional y su cliente de los requisitos exigidos para considerarla de carácter laboral, ni la dotan de preferencia ya que los créditos de primera clase (artículo 2495 C.C.) hacen referencia a los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de un contrato de trabajo y no a los honorarios adeudados como consecuencia de la celebración de un contrato de prestación de servicios (Oficio 220- 39207 de junio 8 de 2000).

ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "LOS ADMINISTRADORES SE ABSTENDRÁN DE INICIAR NUEVAS OPERACIONES".

Sobre el alcance de la expresión «Los administradores se abstendrán de iniciar nuevas operaciones» a que alude el artículo 458 del Código de Comercio, cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento o más de las acciones suscritas, resulta conveniente observar que la prohibición a los administradores de continuar realizando operaciones en desarrollo del objeto social ante la ocurrencia de las pérdidas que la ley prevé como causal de disolución (ordinal 2º, artículo 457 del Código de Comercio), viene íntimamente relacionada con la obligación que les asiste de informar a la asamblea sobre la novedad que afecta a la compañía para que ésta tenga la oportunidad, ates de seguir comprometiendo a la sociedad, de plantear la solución que mejor convenga a sus intereses, esto es, declararla disuelta, o, por el contrario, enervar la causal y continuar con la empresa social.

Esto quiere decir que la prohibición para los administradores de realizar nuevas operaciones en desarrollo del objeto surge con la verificación de las pérdidas acaecidas en la sociedad, la que desaparecerá, si luego de poner en conocimiento de la asamblea dicha novedad, ésta determina continuar con la empresa social, pues como máximo órgano del ente societario, es el llamado a decidir sobre la disolución de la empresa o permanencia de la misma, y en este caso, sobre las medidas tendientes a enervar la causal, en cuyo evento la ley otorga un lapso de 6 meses (inciso segundo, artículo 459 del Código de Comercio).

Para determinar el alcance de la expresión -abstenerse de realizar nuevas operaciones- es preciso hacer un alto en el vocablo 'nuevas', el cual de acuerdo con algunas de las acepciones que sobre el particular trae el Diccionario de la Lengua Española significa: recién hecho, que se oye por primera vez, distinto o diferente de lo que antes se oía o se había aprendido.

En ese orden de ideas es dable inferir que lo que pretende el legislador es impedir que los administradores en esas circunstancias actúen al margen de las actividades rutinarias, adquiriendo nuevos compromisos, como supondría por ejemplo la celebración de nuevos negocios o contratos que pudiesen acentuar aún más la situación de riesgo de la compañía y a la vez limitar la facultad de los asociados de decidir libremente sobre la suerte de la misma.

Luego, abstenerse de realizar nuevas operaciones se traduce en que los administradores deben concentrarse básicamente en las actividades en curso de la empresa, absteniéndose de adquirir compromisos diferentes a los contraídos con anterioridad a la verificación de la realidad económica sobreviniente, salvo que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de las obligaciones contraídas con anterioridad al estado emergente de la sociedad, o aquellos que, haciendo gala de la prudencia que los debe caracterizar, consideren imperiosos para evitar consecuencias nocivas que puedan redundar en contra de los intereses de la sociedad, de los asociados y de los terceros en general, pues no hay que dejar de lado que los administradores, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22 de la Ley 222 de 1.995 deben actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, so pena de las sanciones por los perjuicios que, por dolo o culpa pudiesen ocasionar. (Oficio 220- 82800 de septiembre 7 de 1999).

EL EMBARGO DE BIENES MUEBLES ES FACTIBLE DENTRO DEL PROCESO.

Para resolver la situación en la que se encuentra una sociedad disuelta y en estado de liquidación, en la que se presenta un acreedor con una orden judicial para embargar los bienes muebles de la compañía que están destinados a pagar las acreencias según las prioridades de ley, de acuerdo con los artículos 233 y 243 del Código de Comercio, es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

1.- Disuelta una sociedad debe procederse a realizar el proceso liquidatorio y la misma no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo del objeto social, conservando su capacidad jurídica solo para los actos que conduzcan a su inmediata liquidación (artículo 222 del Código de Comercio).

2.- El primer deber de la persona que sea designada como liquidador consiste fundamentalmente en informar a los acreedores de la compañía, que la misma se encuentra en estado de liquidación de su patrimonio social, información que debe publicarse en un diario de amplia circulación en el domicilio de la sociedad (artículo 232 ibidem.).

3.- Informados los acreedores de la compañía de la situación en que se encuentra la misma, nada obsta, pues dentro de las normas que regulan el proceso liquidatorio voluntario no existe disposición que lo prohíba, para que ellos como titulares de los derechos de crédito a cargo del deudor, procedan a hacer valer éstos, mediante un proceso ejecutivo que se adelantará ante los jueces civiles.

Sobre la legitimación que les cabe a los acreedores para hacer valer sus créditos y la procedibilidad del derecho de acción del que gozan, esta entidad mediante oficio 220-62033 del 21 de septiembre de 2000, expresó lo siguiente:

"... bien puede suceder que quienes sean titulares de derechos de crédito ciertos, claros, expresos y exigibles, a cargo de la sociedad disuelta y en estado de liquidación, se encuentren legitimados para perseguir su pago por la vía ejecutiva ante los jueces civiles, pretendiendo, además, el cobro de los respectivos intereses, costas, agencias en derecho, así como para solicitar y practicar medias cautelares sobre los bienes de la sociedad, conforme a lo establecido en los artículos 666 del Código Civil en concordancia con el artículo 488 y ss del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, para el caso particular y concreto que nos ocupa, el derecho de acción es consustancial y surge como consecuencia del derecho personal que se detente, ya que por definición "derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.

Por consiguiente, la procedibilidad del derecho de acción, "público subjetivo que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión mediante un proceso" (López Blanco, Hernán Fabio, "Derecho Procesal Civil Colombiano", Parte General Tomo I, séptima Edición, Dupré Editores, Pág. 252), no podrá restringirse ni limitarse por el hecho de encontrarse el deudor demandado tramitando una liquidación voluntaria, como en efecto sucede cuando se trata de un proceso concursal (concordato o liquidación obligatoria) o de una toma de posesión para liquidar, o un acuerdo de reestructuración, en los términos de la Ley 222 de 1995, Decreto 663 de 1993 y Ley 550 de 1999, respectivamente, pues por tratarse todos ellos de trámites universales, preferentes y colectivos con fuero de atracción, no resulta procedente iniciar ejecuciones particulares en contra del sujeto concursado, intervenido o en reestructuración, ni continuar las ya iniciadas. Dicho de otra forma, sólo por ministerio de la ley podrá limitarse el ejercicio del derecho de acción en cabeza de los titulares de derechos personales o de crédito.

No obstante lo anterior, el hecho de que el pago de las obligaciones a cargo de una sociedad en trámite de una liquidación voluntaria se persiga por la vía ejecutiva, no otorga a los acreedores demandantes un mejor derecho respecto de otros de la misma clase o rango, en el sentido de obtener un valor superior al que les corresponde a prorrata o proporcionalmente con los otros, cuando quiera que los activos sociales existentes sean insuficientes para cancelarlos en su totalidad, pues, en tal evento, por encima del interés particular que le asiste al demandante estará el general del resto de acreedores que verían cercenado total o parcialmente su derecho si ello se permitiere".

4.- Es claro entonces que en el proceso de liquidación voluntaria, regulado en el Código de Comercio, no se predica el FUERO DE ATRACIÓN que caracteriza a la liquidación obligatoria, gobernada por los principios de la universalidad, igualdad, colectividad y preferencia concursal (Ley 222 de 1995).

Este último principio, "*implica, por una parte, que una vez proferido el auto de apertura del proceso concursal, no podrá iniciarse en contra del deudor ejecución singular, hipotecaria o prendaría en forma particular, ni proceso de restitución de tenencia del inmueble donde desarrolle su objeto social, por otra, que las ejecuciones ya iniciadas deberán incorporarse al trámite concursal para que sea allí donde se cobren los créditos cuyo pago se persigue, en atención al fuero de atracción derivado de la preferencia...."* (Oficio 220-69112 del 30 de octubre de 2000. Superintendencia de Sociedades). Situación que no se presenta en el proceso que nos ocupa.

5.- Es así como el acreedor puede adelantar un proceso en el que se decrete el embargo de los bienes muebles del deudor , evento en el cual el liquidador de la sociedad debe proceder conforme la prelación de créditos a estimar el valor del mismo, incluyendo los intereses y ubicarlo en el lugar que le corresponda.

Tenemos como los artículos 2493 y siguientes del Código Civil, establecen las categorías de créditos, en donde encontramos que deben cancelarse inicialmente los créditos de primera, segunda,

tercera y cuarta clase y posteriormente, si queda algún remanente, los de quinta clase, llamados quirografarios, que son aquellos que no gozan de preferencia alguna para realizar su pago.

6.- **En este orden de ideas, dentro del proceso de liquidación voluntaria no es factible evitar el embargo de los bienes muebles de la misma y en consecuencia, de darse tal medida, es procedente a fin de avanzar en el proceso remitirse a las normas consagradas en el Código de Procedimiento Civil, en lo que guarda relación con el levantamiento de las medidas cautelares.** (Oficio 220- 20302 de mayo 21 de 2001).

EN LA CUENTA FINAL DE LIQUIDACIÓN DEBE OBSERVARSE LO PREVISTO EN EL ART. 185 C. DE Co. PARA LOS ADMINISTRADORES.

Frente a la aprobación de la «cuenta final de liquidación», en la que el liquidador y socio, con una participación del 50% del capital social, participó con su voto, en la aprobación de la misma, no obstante que a ese momento *«existían sin solución obligaciones a cargo de la sociedad para con terceros, entre otros acreedores, con entidades de derecho público»*, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

Sólo una vez pagado el pasivo externo, según los términos del artículo 247, podrá distribuirse el remanente de los activos sociales entre los asociados, teniendo en cuenta para ello lo estipulado en el contrato y lo que ellos acuerden. Tal circunstancia se hará constar en un acta, donde se especificará, según la norma en cita, el nombre de los asociados, el valor de su correspondiente interés social y la suma de dinero o los bienes que reciba cada uno a título de liquidación. Dicho documento se protocolizará en una notaría del domicilio social, junto con las diligencias de inventario de los bienes sociales y con la actuación judicial en su caso.

Por su parte, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248 del Código de Comercio, *«La distribución o prorrateo de los activos sociales entre los asociados se hará al tiempo para todos, si no se ha estipulado el reembolso preferencial de sus partes de interés, cuotas o acciones para algunos de ellos, caso en el cual sólo se dispondrá del remanente una vez hecho dicho reembolso.*

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

las partes de interés, cuotas o acciones que representen en la sociedad.

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

Lo anterior significa, que hecha la liquidación de lo que corresponda a cada socio en los activos sociales, los liquidadores convocarán a la junta de socios para que aprueben las cuentas de los liquidadores y el acta de que trata el artículo anterior, esto es, aquella en la cual conste la distribución entre los asociados del remanente social que a cada uno correspondió a título de liquidación, la que quedará aprobada con el voto favorable de la mayoría de los asociados.

Una vez aprobada la cuenta final de la liquidación es cuando el liquidador puede entregar a los socios lo que les corresponda, es decir, llevar a cabo el pago del pasivo interno según lo especificado en dicha cuenta, y, si hay socios ausentes y estos son numerosos, los liquidadores procederán a convocarlos en la forma prevista en el artículo 249 del Código e Comercio.

En síntesis, el liquidador no puede desconocer que el fin de la liquidación es la realización de los activos sociales pero teniendo en cuenta las pautas previstas por ley, en virtud de la cual el pago del pasivo externo se impone sobre el pago del pasivo interno en orden a extinguir todas las vinculaciones existentes entre la sociedad y los terceros que con ella contrataron. Para la consecución de tal fin, como se observa del contexto del artículo 238 del Código de Comercio, la ley le impone unas obligaciones y la forma de conducirse, de cuyo cumplimiento no puede sustraerse, y menos aún sentirse limitado por cuenta de los asociados para llevar a cabo su misión, si se tiene en cuenta que no existe norma legal que permita restricción alguna sobre el particular, y que por sana lógica no podría existir sin entorpecer el proceso liquidatorio.

Claro está que la libertad de que goza un liquidador no lo exime de las responsabilidades propias de su encargo, tal y como lo señala

el artículo 255 del Código citado en el cual se dispone que: *«Los liquidadores serán responsables ante los asociados y ante terceros de los perjuicios que se les cause por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes", "Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. - No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. - En los casos de incumplimiento de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá culpa de los administradores..."* (Art. 24, Ley 222 de 1995).

En el caso de su consulta la llamada «cuenta final de la liquidación» no puede tomarse como tal, como quiera que para llegar a esa etapa es necesario, como ya se había expuesto anteriormente, ceñirse estrictamente al procedimiento señalado por la ley, cuyas normas son de carácter imperativo. Bajo el entendido que no se procedió de conformidad, corresponderá al liquidador repasar sus actuaciones al respecto, entre ellas, proceder a extinguir todos los vínculos jurídicos aún existentes entre la sociedad y los terceros, para luego sí entrar a distribuir el remanente de los activos sociales entre los asociados conforme a lo estipulado en el contrato o a lo que ellos acuerden, lo cual se hará constar en un acta (Art. 247 del Código de Comercio). Una vez agotado el trámite correspondiente, el liquidador convocará a la junta de socios para que aprueben la cuenta de los liquidadores y el acta en referencia.

Finalmente, vale precisar, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 185 del Código de Comercio, salvo los casos de representación legal, **los administradores de la sociedad, entre ellos, los liquidadores conforme al artículo 22 de la Ley 222/95, no podrán votar las cuentas de fin de ejercicio, por lo que la mayoría decisoria en esas circunstancias se integrará con las cuotas de quienes tengan aptitud para votar, es decir, descontando previamente las cuotas de las personas inhabilitadas para ese fin.** Ahora, en el evento que todos tengan la condición de administradores, si bien no podrían emitir su voto, habrá de entenderse que la aprobación está dada implícitamente

en la medida que no hayan objeciones de parte de ninguno de los socios, pues el hecho de que se encuentren inhabilitados para emitir su voto, no los priva del derecho de exponer sus puntos de vista sobre las cuentas, caso en el cual, los administradores responsables de las cuentas por considerar, estarán en la obligación rendir las explicaciones a que haya lugar (Oficio 220- 10344 de 26 marzo de 2001).

RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS RESPECTO DE OBLIGACIONES LABORALES.

Por definición legal (Art. 353 del Código de Comercio), en las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes. Sin embargo, el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo dispone: *"Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, y los condueños y comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión".*

Por su parte, el inciso segundo del artículo 252 del Código de Comercio establece que *"en las sociedades por cuotas o partes de interés las acciones que procedan contra los asociados, en razón de su responsabilidad por las operaciones sociales, se ejercitarán contra los liquidadores, como representantes de los asociados, tanto durante la liquidación como después de consumada la misma, pero dichos asociados también deberán ser citados al juicio respectivo".*

La jurisprudencia laboral, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sección Primera, Sentencia de mayo 10 de 1995, M. P. Francisco Escobar Enríquez, ha expresado:

"La disposición laboral comentada no distingue si la solidaridad prevista por ella tiene lugar únicamente durante la vigencia de la sociedad; en consecuencia no es viable entender que excluya su aplicación cuando la sociedad está disuelta, en liquidación o ya liquidada, siendo comprensible entender que dicha normatividad no se haya ocupado de distinguir una serie de situaciones que afectan a la sociedad, dado que esa materia está fuera de su campo.

"Además, la institución jurídica de la solidaridad, para los fines del derecho laboral, tiene mayor justificación cuando la sociedad se encuentra liquidada y por tanto distribuidos los aportes que fueron hechos al momento de ser ella constituida o los efectuados durante la vida social de la compañía, puesto que la norma persigue

proteger al trabajador de la pérdida de sus acreencias laborales, lo mismo que facilitar su cobro judicial, siendo evidente que en principio resulta más práctico demandar a un deudor solvente, dentro de los límites de responsabilidad previstos en ese precepto, que a varios que no tienen modo de responder por el crédito reclamado o respecto de los cuales se desconoce el patrimonio.

"De esta suerte, resulta inaplicable en materia laboral o al menos de manera imperativa, el inciso segundo del artículo 252 del Código de Comercio que exige a los terceros acreedores de obligaciones derivadas de las operaciones sociales, de una sociedad en proceso de liquidación o ya liquidada, dirigir la acción contra el liquidador como representante de los socios, quienes además deben ser citados al juicio, pues ello equivaldría a desconocer la solidaridad prevista expresamente en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Tampoco es admisible entender..., que son aplicables armónicamente las disposiciones laboral y comercial aludidas, puesto que se desnaturalizaría la acción que se deriva de la solidaridad que permite al trabajador demandar a cualquiera de los socios pertenecientes a la compañía liquidada, si estuviese obligado a vincular a todos ellos en la demanda por el pago de sus acreencias laborales, en razón a que la solidaridad prevista en el ordenamiento laboral perdería su razón de ser.

"Ante el conflicto de normas que se plantea entre el artículo 36 del Código 0Sustantivo del Trabajo y 252 del Código de Comercio es claro que prevalece la norma laboral, que a más de ser sustantiva también tiene un contenido adjetivo que conforme ya se dijo ella faculta o da la acción al trabajador de perseguir a cualquiera de los socios comprometidos en la sociedad, vigente o disuelta, que

le adeuda salarios o prestaciones laborales. Es aplicable entonces el principio normativo, contenido en el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo según el cual en caso de conflicto de leyes del trabajo y cualesquiera otras, se prefieren aquéllas.

"Pero, lo antes anotado no se opone a que el trabajador si lo prefiere dirija su acción contra el liquidador en representación de todos los asociados, con la citación de ellos al respectivo proceso, en el caso de las sociedades liquidadas, atendiendo lo previsto en el artículo 252 del Código de Comercio, pues tratándose de obligaciones solidarias el acreedor naturalmente puede dirigir su acción contra todos los deudores". (Oficio 220- 35291 de agosto 24 de 2001).

PAGO DEL PASIVO EXTERNO ANTE LA AUSENCIA DE LOS ACREEDORES.

Se consulta a este Despacho cómo debe proceder el liquidador de una sociedad disuelta y en estado de liquidación cuando los acreedores externos debidamente enterados y notificados del interés que le asiste a la sociedad por pagar sus obligaciones, éstos no concurren al pago.

Para darle respuesta esta Despacho se permite hacer las siguientes precisiones y consideraciones de orden legal.

1- La disolución de la sociedad y sus efectos.

Sea lo primero poner de presente que la disolución de una sociedad produce efectos jurídicos en relación con la capacidad de la misma, en relación con el contrato social, en relación con los órganos sociales y en relación con el patrimonio. Así, por efecto de la disolución de la sociedad, su capacidad jurídica se restringe únicamente para los actos necesarios a su inmediata liquidación; respecto del contrato, algunas de sus cláusulas pierden vigencia, como por ejemplo las relativas a la forma de ejercer el objeto social, atendiendo a la prohibición expresa de continuar con los negocios sociales; en relación con los órganos sociales, dispone el artículo 223 del Código de Comercio que *"disuelta la sociedad las determinaciones de la junta de socios o de la asamblea deberán tener relación directa con la liquidación"*, luego sus funciones cambian sustancialmente. Por su parte, la junta directiva se transforma en simple organismo consultor del liquidador y la revisoría fiscal cumple una labor fundamental durante el proceso de liquidación, como por ejemplo, oponerse a la realización de nuevos negocios que impliquen continuación del objeto social. Así mismo, le compete realizar una cuidadosa vigilancia de las operaciones propias del proceso liquidatorio. Finalmente, respecto del patrimonio, como universalidad jurídica compuesta por activos y pasivos, una vez disuelta la sociedad "ya no está al servicio de la empresa social sino que asume la misión exclusiva de servir de prenda común de los acreedores. Esto significa que los bienes de la compañía deberán destinarse en primer término al pago de las obligaciones que la sociedad haya contraído con terceros, esto es,

la cancelación del pasivo externo. Evidentemente, los fines de la liquidación no son otros que los de distribuir el patrimonio entre acreedores y socios para, posteriormente, extinguir el ente societario".

En ese orden de ideas, se impone concluir que la disolución de la sociedad no significa la inmediata separación entre el patrimonio de los socios y el de la compañía. De allí que, conforme a lo previsto en el artículo 144 del Código de Comercio, los asociados no puedan exigir el pago o distribución de remanentes de los activos sociales mientras no se haya cancelado en su totalidad el pasivo externo de la sociedad, en concordancia con lo establecido en el artículo 247 ídem.

2- Del pago del pasivo externo de una sociedad disuelta a la luz de la teoría general de las obligaciones.

Ahora bien, la citada previsión normativa, de evidente carácter imperativo, tiene toda justificación si se tiene en cuenta que el interés público que pretende proteger no es otro que el crédito, como soporte fundamental del engranaje económico en el contexto de un sistema capitalista, y cuyo reconocimiento jurídico tiene desarrollo y plena vigencia a la luz de la teoría general de las obligaciones.

En efecto, toda relación jurídica de la cual surjan obligaciones correlativas, supone, necesariamente, que éstas deban y puedan cumplirse. De allí que el ordenamiento jurídico se ocupe de resolver el conflicto cierto o potencial entre los dos sujetos involucrados en la relación, dotando a uno de poder jurídico, entendido como potestad, facultad, o aptitud de obrar frente al otro; y al otro, como contrapartida de aquel poder, le impone el deber jurídico, la carga, o la necesidad de cumplir.

Si obligación significa deber, ligamen, atadura, vínculo, jurídicamente implica una relación *"establecida entre dos personas determinadas, en virtud de la cual, una, sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, útil para él, de parte de otra, sujeto pasivo, deudor, quien se encuentra en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de padecer ejecución forzada por las vías judiciales, a instancia de su*

contraparte: verse constreñido a realizar la prestación original, o a satisfacer el equivalente pecuniario de aquella, y en ambos casos, en la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios que su incumplimiento le haya irrogado".

Es por lo anterior que el crédito, como derecho subjetivo, concede a su titular la prerrogativa o legitimación legal de exigirlo coercitivamente si fuere necesario, con pretensiones preventivas, restitutorias e indemnizatorias, según las circunstancias de cada caso.

Y si la finalidad de la protección adecuada del crédito se traduce, en últimas, en que éste sea pagado, es decir, que se cumpla la prestación debida, y la consecuente extinción de la obligación, igualmente importante resulta para el efecto, tanto que el acreedor cuente con prerrogativas legales para exigir el cumplimiento de la obligación de su deudor, como que el deudor pueda cumplirla ante la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla. De presentarse esta última situación, el legislador ha previsto la solución en el llamado pago por consignación de que tratan los artículos 1556 a 1665 del Código Civil, en concordancia con el artículo 420 del Código de Procedimiento Civil, cuyo objeto es hacer efectivo el derecho del deudor a que se le admita el pago de la obligación en los términos y condiciones originalmente estipulados, no sólo con la finalidad anotada, sino como mecanismo para evitar las gravosas consecuencias que implican la mora.

En efecto, como en el caso que se consulta, bien puede suceder que un deudor deseoso de cumplir sus obligaciones se encuentre con acreedores renuentes o ausentes que dificulten el pago, la entrega o el cumplimiento oportuno de la obligación, en cuyo caso el deudor deberá proceder a realizar el pago conforme se ha expuesto, para obtener los efectos liberatorios que suponen la extinción de la obligación.

Sin embargo, existen casos excepcionales en los cuales el pago de la obligación puede hacerse válidamente sin necesidad de recurrir al proceso jurisdiccional del pago por consignación, tal como ocurre en el caso de la consignación de los cánones de arrendamiento, conforme con lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 1816 de 1990, según el cual, *"en desarrollo del*

numeral 1° del artículo12 de la Ley 56 de 1985, si el arrendador, dentro del período pactado para la cancelación por parte del arrendatario del canon de arrendamiento, se niega a recibir el pago del precio que legalmente se debe efectuar, podrá el arrendatario cumplir su obligación consignando las respectivas sumas en el Banco Popular del lugar de ubicación del inmueble, dentro del día hábil siguiente al vencimiento del tal período y dando aviso al arrendador dentro de los cinco días siguientes a la consignación; las consignaciones subsiguientes se efectuarán dentro del período pactado".

Otra excepción es la prevista en el artículo 696 del Código de Comercio cuando dispone: *"Si vencida la letra de cambio esta no se presenta para su cobro dentro de los términos previstos en el artículo 691, cualquier obligado podrá depositar el importe de la misma en un banco autorizado legalmente para recibir depósitos judiciales, que funciones en el lugar donde debe hacerse el pago, a expensas y riesgo del tenedor y sin obligación de dar aviso a este. Este depósito producirá efectos de pago".*

Finalmente y para puntualizar la respuesta, cuando el deudor es una sociedad disuelta y en estado de liquidación, tal y como se ha expuesto, no podrá distribuir el remanente de los activos sociales sin que previamente se haya cancelado en su integridad el pasivo externo, ya sea que lo haga por medios judiciales o recurriendo al pago liberatorio y excepcional a que nos hemos referido. (Oficio 220- 36551 de septiembre 3 de 2001).

PAGO DE DIVIDENDOS NO RECLAMADOS CUANDO UNA SOCIEDAD ADELANTA UNA LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA.

En lo que se refiere al pago de dividendos cuando sobre ellos no ha operado la prescripción extintiva o liberatoria es conveniente precisar lo señalado en el artículo 156 del ordenamiento mercantil, conforme con el cual las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades forman parte del pasivo externo de la sociedad.

Así que esta acreencia sigue las reglas de pago establecidas para cualquier crédito que conforme el pasivo externo social. Por tal razón debe ser cancelada antes de distribuirse el pasivo interno y su pago habrá de observar las disposiciones legales sobre prelación de créditos.

Ahora bien, el artículo 249 señala que aprobada la cuenta final de la liquidación, se entregará a los asociados lo que les corresponda. "*Por consiguiente, habrá de distinguirse el acta final de la liquidación de la cuenta final de liquidación. La primera es un documento en el cual formalmente quedan consignados todos los detalles acerca de la manera como se procederá a distribuir el remanente de los activos sociales entre los asociados de la sociedad que se liquida, mientras que lo segundo es la relación completa y documentada de todas las actuaciones adelantadas durante el proceso, presentada por el liquidador para análisis y aprobación del máximo órgano social.*[1]

En la cuenta final de liquidación se hará el detalle de la forma en que fue pagado el pasivo externo y de lo que quedó en remanente para ser entregado a los asociados. Desde luego, ninguno de los conceptos que forman el pasivo externo se considera remanente,

1 Oficio 220 65444 del 11 de octubre de 2000. Superintendencia de Sociedades

sino una obligación, clara expresa y que se ha hecho exigible como consecuencia de la liquidación de la compañía.

Así que toda obligación de la sociedad a favor del asociado que conforme el pasivo externo social no hace parte del remanente sino que habrá de cancelarse antes de entregar suma alguna a los asociados por conceptos de reembolso de aportes o de distribución de remanentes, claro está, como ya se dijo, respondiendo al grado de preferencia que tenga; si se trata por ejemplo de dividendos sin ninguna garantía adicional, entonces habrá de tenerse como crédito quirografario de quinta categoría.

Por lo anterior, tampoco puede decirse que en el evento en que el asociado no se presente a reclamar los dividendos adeudados proceda a darse aplicación al mecanismo previsto en el artículo 249, es decir, hacer la citación por medio de publicación, y si no se presenta entregar a la junta departamental de beneficencia del lugar del domicilio social, quien pasará a ser propietaria si transcurre un año sin que se haya presentado el socio a reclamar su remanente.

La extinción de las obligaciones del pasivo externo social, por no haber norma especial que señale lo contrario, sólo se produce por los medios expresamente señalados en la ley, en primer término y de manera general, por una convención en que las partes, siendo capaces de disponer libremente consientan en darla por nula y de manera particular, por uno de los modos previstos en el artículo 1625 ejusdem, entre los que se cuentan el pago efectivo, la compensación y la prescripción.

Si no opera la prescripción, como modo de extinguir el vínculo crediticio, ni existen dos créditos recíprocos de una misma especie y en una misma cantidad que permita que opere la compensación entre la sociedad y el asociado o cualquier otra forma legal que desplace como modo de solución el pago efectivo, entonces éste se vuelve imperativo.

Si el socio a quien se le adeudan los dividendos no comparece a recibir su pago, entonces habrá de hacerse la *consignación* de lo que se debe tal como lo establece el artículo 1657 del Código Civil. Así que el liquidador para cumplir con sus deberes, especialmente

en cuanto a liquidar y cancelar las cuentas de los terceros y de los socios y precaverse de una posible responsabilidad, habrá de adoptar las medidas eficientes para solucionar todas y cada una de las obligaciones de la compañía, sea mediante un pago directo o a través del mecanismo previsto en la ley para quien es renuente o no comparece, es decir, el pago por consignación (Oficio 220-72553 de noviembre 22 de 2000).

PODERES

REQUISITOS SOBRE EL OTORGAMIENTO DE PODERES.

rente al tema de la referencia, se ha solicitado se realice un nuevo studio sobre la viabilidad de exigir los siguientes requisitos:

. *"Consagrar en los estatutos que la radicación de poderes, en las ficinas de la administración de la compañía, para asistir a reuniones el máximo órgano social, debe realizarse con una anticipación de eterminadas horas o de días anteriores a la celebración de la espectiva sesión, pues una presentación posterior conlleva a su o aceptación".*

. *"-El poder concedido requiere presentación personal".*

. *"-Establecer en los estatutos sociales que, a la reunión no puede sistir de manera conjunta el poderdante y el apoderado".*

revio a referirnos a cada uno de los puntos objeto de consulta, es reciso manifestar que revisada la doctrina, contenida en los onceptos proferidos por la Entidad encontramos que la vigente ontempla con los puntos 1º y 3º del escrito. Respecto a las rmalidades del poder (punto 2º), si bien la Entidad con posterioridad la expedición de la Ley 222 de 1995, ha hecho referencia al tema n diversas oportunidades, no se ha pronunciado respecto a la rocedencia de tal formalidad, vía estatutaria.

fectuado el anterior comentario, es oportuno traer a colación apartes e algunos conceptos que expresan la tesis actualmente vigente y ue apoyan la viabilidad de establecer estatutariamente la entrega e poderes con anticipación, de días u horas a la celebración de la espectiva sesión, para asistir a reuniones del máximo órgano social punto 1º), como la no asistencia concurrente del poderdante y el poderado, (punto 3º).

n cuanto al tema de la presentación personal del poder, fectuaremos un examen de la norma frente a las consideraciones el legislador para suprimir del ordenamiento mercantil algunas rmalidades, hasta ese momento imperativas, para luego definir si

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

no obstante la simplificación de exigencias, puede incluirse en el contrato de sociedad una estipulación en tal sentido.

Así las cosas, en cuanto al punto 1º, vemos como desde 1973, oficio J-10478 del 16 de julio, respecto a la oportunidad para presentar poderes, luego del examen del texto del artículo 184 del C. de Co, hoy modificado por el Art. 18 de la Ley 222 Cit., que reza: *"Todo socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta de Socios o Asamblea mediante poder otorgado por escrito, en el que se indique el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso, la fecha o época de la reunión o reuniones para las que se confiere y los demás requisitos que se señalen en los estatutos.// Los poderes otorgados en el exterior, sólo requerirán las formalidades aquí previstas"*, la Entidad ha venido expresando que, si bien es cierto el ordenamiento mercantil no fija un término para que los accionistas presenten los poderes mediante los cuales confieran su representación para la reunión de asamblea general *"(...) para efectos de organización interna cuando posee un gran número de asociados, la sociedad puede señalar normas reglamentarias adecuadas para el normal desarrollo de su asamblea, las cuales deben estar contenidas en los estatutos. En estos casos se permite establecer un término prudencial, anterior a la reunión de asamblea, para que los accionistas que no puedan concurrir personalmente entreguen los poderes en las oficinas de administración de la compañía, con el objeto de que sus mandatarios reciban la credencial que autorice su participación en las deliberaciones y decisiones del órgano social supremo (...)".* (Oficio AN-17980 del 14 de agosto de 1990).

No son pocos los pronunciamientos que han reiterado tal posición, aún después de la entrada en vigencia de la Ley 222 Cit., pues como puede observarse, aunque el texto original del artículo 184 ibidem fue modificado, respecto a la entrega de poderes el legislador continuó guardando silencio, por lo que los argumentos y consideraciones esgrimidos continúan vigentes.

Sumado a las razones invocadas, la práctica ha demostrado que, tratándose de sociedades en las que el número de asociados es

elevado, de no existir regulación respecto a la entrega y verificación de los poderes con anterioridad a la reunión, prolongaría por tiempo indeterminado la instalación del máximo órgano social, circunstancia ésta que iría en detrimento de los intereses de los socios o accionistas y de la sociedad misma, pues ello impediría el normal y oportuno funcionamiento del máximo órgano social.

Respecto al punto 3º que cuestiona si es viable establecer en los estatutos sociales que a la reunión no puedan asistir de manera conjunta el poderdante y el apoderado, también ha sido reiterada la posición de la Entidad.

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 ibidem).

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".

Opinión que está incluida en el Oficio 220-18843 del 19 de abril de 2002, cuando tratando el tema de la Unidad del Derecho de Voto, en alguno de sus apartes, expresa lo siguiente: *"(...) Lo expuesto implica que cuando se confiere un mandato para efectos de la participación en una asamblea, dicho mandato conlleva la representación del mandante, es decir, del accionista. Por esa razón, no tiene sentido que un accionista que concurra a la asamblea y permanezca físicamente presente durante toda la reunión, confiera poder a uno o varios mandatarios para que concurran simultáneamente con él y ejerzan divergentemente el derecho de voto correspondiente a algunas de las acciones de su propiedad. El representado, esto es, el titular del conjunto de derechos derivados de la calidad de accionista, es uno solo; y, si está presente no requiere de representante, de manera que su aparición o reaparición, y, sin lugar a dudas, un pronunciamiento suyo distinto al del mandatario, equivalen a una revocación tácita del mandato que haya podido conferir...".*

En ese orden de ideas, tenemos que el otorgamiento de un poder conlleva la representación del asociado que por alguna razón no puede

asistir personalmente a las reuniones de la junta de socios o de la asamblea general de accionistas para ejercer su derecho de voto. Dicho de otra manera, el apoderado reemplaza al titular ante la imposibilidad de que éste concurra directamente, por lo que una asistencia conjunta debe entenderse como revocatoria del mandato. Por ello, su presencia junto con el propietario de las acciones o cuotas en la asamblea, no puede ser otra que la de consejero o asesor, siempre que los demás asociados permitan su permanencia, pues al carecer de la calidad de mandatario o de socio o accionista de la empresa, no le es dable exigir su permanencia en el recinto.

Entonces, sí como lo sustenta la Superintendencia, la presencia del apoderado, junto con el titular de las acciones o cuotas, depende de la aquiescencia de los asambleístas, nada podría oponerse para que estatutariamente se consagre de manera expresa la prohibición de la asistencia conjunta, bajo el entendido que, previa aprobación de la reforma correspondiente, ninguno de los asociados podría solicitar autorización en tal sentido, ni menos aún, los demás asociados consentir la presencia física del apoderado y poderdante en las reuniones del máximo órgano social o junta de socios, según el caso, so pena de violar los estatutos, ley para las partes una vez integre el cuerpo del contrato societario.

Para dilucidar el tema relacionado con la presentación personal del poder (punto 2º), es necesario examinar el propósito del legislador para simplificar las formalidades contenidas en el ya mencionado artículo 184 (artículo 18 de la Ley 222 Ob. Cit.), dejando vigente la facultad para que los asociados estatutariamente acuerden formalidades adicionales a las exigidas por la ley.

Es conocido que la reducción de requisitos obedeció precisamente a la necesidad de facilitar la concurrencia de los asociados, a través de apoderado, a las reuniones del órgano social competente, de manera que redundara en la buena marcha y funcionamiento del ente societario. Nótese que fueron derogadas aquellas exigencias que de una u otra manera, aunque no restringían la facultad del asociado para hacerse representar en las juntas de socios o asambleas, hacían más complejo el otorgamiento del poder correspondiente.

Vistas así las cosas, aunque permanece vigente la posibilidad de establecer formalidades adicionales, el hecho de pretender como requisito adicional la presentación personal del poder, en principio no atentaría contra el derecho que otorga la calidad de asociado, pues a primera vista podría percibirse como una intención loable de proteger sus intereses, cuando exige que el titular haga la presentación personal del poder, evitando la suplantación del mismo o la falsificación de la firma del titular de las cuotas o acciones.

Sin embargo, examinando detenidamente dicha formalidad, se observa, de una parte, que contraría la intención del legislador que eliminó algunos requisitos del poder para facilitar el funcionamiento del máximo órgano social, en pro de los intereses de la sociedad misma, por tanto de los asociados y terceros en general; de otra parte, más importante aún, el trámite de presentación personal pondría a los socios o accionistas de una compañía, cuyo lugar de residencia sea diferente al domicilio de la sociedad o que residan fuera del territorio nacional, en imposibilidad en algunas veces o en grandes dificultades para ser representados. En igual situación se encontrarían quienes residan en zonas rurales, alejadas de las oficinas de la administración de la empresa, lugares en donde se dificulta el transporte o no se cuenta con servicios notariales, entre otras circunstancias, que necesariamente impedirían ser debidamente representados en las reuniones del máximo órgano social.

En resumen, preceptos como el pretendido en el punto 2º, podrían vulnerar o impedir el derecho que les asiste a los asociados de hacerse representar en las reuniones, a fin de deliberar y decidir en asamblea o junta de socios, por lo que en opinión de esta Oficina, una formalidad en tal sentido no es viable, al paso que las contempladas en los puntos 1º y 3º, derivarán su existencia y obligatoriedad de la decisión adoptada por el máximo órgano social, reunido con sujeción a lo prescrito en la ley o en los estatutos, en cuanto a convocatoria y quórum se refiere. (Memorando 220- 016 de enero 23 de 2004).

PRIMA POR COLOCACIÓN

CAPITALIZACIÓN DE LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES.

Sea lo primero señalar que cuando quiera que una sociedad por acciones pretenda aumentar su capital suscrito, por regla general, debe proceder a realizar una oferta de acciones en los términos de la ley, de los estatutos y en particular del reglamento de suscripción. Dicho reglamento debe indicar el precio en que será ofrecida la acción, que en todo caso no será inferior al valor nominal (artículo 385 C. Co), lo cual quiere decir que puede colocarse por un valor diferente y en todo caso superior al valor nominal de la acción.

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.

Se trata entonces de una ganancia obtenida por la compañía, auspiciada por los mismos accionistas o por terceros interesados en participar en la compañía, 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 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.

Ahora bien, es claro para el Despacho que cuando se liberan acciones o cuotas con cargo a la prima en colocación, los dineros ya han ingresado a la sociedad anticipadamente con cargo al excedente pagado en una anterior colocación, y las acciones así entregadas han sido real y efectivamente canceladas.

Por lo tanto, si los socios pretenden disminuir el capital y en este rubro se encuentran acciones liberadas producto de la prima en colocación, tal disminución tiene pleno respaldo económico en el activo social, por lo que está justificado el desplazamiento patrimonial de la sociedad a sus asociados.

En consecuencia, nada impide a juicio de este Despacho, disminuir el capital con efectivo reembolso de aportes involucrando para ello acciones entregadas con cargo al rubro denominado prima en colocación de acciones (Oficio 220- 13223 de abril 17 de 2001).

DISTRIBUCIÓN DE LA PRIMA EN COLOCACIÓN DE ACCIONES DIRECTAMENTE A LOS ASOCIADOS.

Sobre este particular es conveniente precisar que si bien los dineros obtenidos en desarrollo de una capitalización realizada por encima del valor nominal de las acciones ingresan al activo social de la compañía, es al máximo órgano social a quien corresponde señalar el destino de la diferencia entre el precio y el valor nominal (prima) que se registra como superávit de capital.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la regulación del Código de Comercio guarda silencio absoluto en cuanto concierne a la eventual distribución de la prima entre los asociados procede remitirse al Estatuto Tributario en procura de determinar su tratamiento.

En efecto, el artículo 36 del Estatuto Tributario establece algunas posibilidades para comprometer la prima en colocación:

- 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.

En esta tercera opción, el estatuto tributario aunque no lo expresa categóricamente, sí permite deducir que bien la totalidad o una parte de la prima en colocación puede ser distribuida directamente a los asociados, pues establece que salvo que se trate de mantenerla como superávit o como capital, su distribución implica que se tome como renta gravable.

Al consagrarse de tal forma, la norma tributaria está señalando la posibilidad de que se entreguen sumas de dinero a los socios teniendo como fuente el registro de prima en colocación de acciones. Esta operación, por lo demás está plenamente justificada si se tiene en cuenta que la prima es resultado de recursos efectivamente entregados por aquellos que luego serán sus receptores. [1]

A su vez la técnica contable establece que la cuenta 3205 del Plan Único de Cuentas se verá disminuida cuando quiera que se entregue a los socios en todo o en parte el valor allí registrado sea a título de dividendo o a título de participación, siempre que se observe en esta práctica las normas legales.

Así las cosas, es conveniente detenerse en el mecanismo adecuado para la capitalización de la prima o su distribución directa a los asociados.

Para disponer de la prima en colocación, el máximo órgano social habrá de reunirse en los términos de la ley y los estatutos y observar las mayorías especiales para la distribución de este superávit, o en su defecto habrá de observar las mayorías generales establecidas en los estatutos para la toma de decisiones.

---

1 Debe partirse del supuesto de que el silencio del legislador no comporta prohibición. En desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, y dando aplicación al artículo 6 de la Constitución Política, los asociados pueden recibir sumas de dinero a título de devolución de la prima, no obstante la falta de reglamentación, bajo el imperio del principio de que a los particulares es permitido hacer todo aquello que no esté prohibido en la ley. Y tal reembolso de prima no está sometido a las ataduras y valores mínimos impuestos por los artículos 155 y 454 del Código de Comercio. El órgano de dirección social es competente para, cuando lo estime conveniente o necesario, decretar un dividendo contra prima, y podría llegar hasta admitirse que el reintegro de los valores imputables a prima puede ser hecho mediante la entrega de activos de la compañía distintos a dinero, por cuanto la restricción de que la distribución debe ser en dinero o en acciones de la misma compañía (Art. 455 C. de Co.) solo es aplicable, en concordancia con lo visto, a la distribución de utilidades.
El silencio del Código de Comercio, que sin duda deja un vacío en la regulación hacia el interior de las sociedades, es sustituido por la elocuencia del Estatuto Tributario, en cuya normatividad está comprendida la hipótesis de la percepción y de la distribución de la prima" SANIN BERNAL, Ignacio. Un nuevo Derecho Societario. El Propuesto desde el Estatuto Tributario. Primera Edición, 1999. Universidad Pontificia Bolivariana, Biblioteca Jurídica DIKE Pág. 197

En todo caso no debe olvidarse que las decisiones de la junta de socios o de la asamblea general sólo obligarán a todos los socios, incluso a los ausentes o disidentes, siempre que tengan carácter general y se ajusten a las leyes y a los estatutos (Artículo 188 C. Co.). La decisión de distribuir la prima sea en acciones o sea en efectivo, únicamente tendrá el carácter general si afecta por igual a todos los asociados, es decir, cuando se acuerde distribuir en proporción a la participación en el capital social.

Así mismo es pertinente retomar lo expuesto por esta Entidad mediante Oficio AN-09195 de Abril 23 de 1990, relacionado con la capitalización de la prima, que aplica igualmente cuando se trate de la distribución directa de este superávit:

"Ahora bien, si se opta por la aludida capitalización, considera este Despacho que aunque no todos los accionistas hayan adquirido partes alícuotas con prima de colocación, todos pueden participar de dicha capitalización ya que así algunos no hayan contribuido a la creación y formación de ese superávit por no haber suscrito en su momento las acciones colocadas con tal prima, sí han contribuido al incremento del patrimonio social, hecho éste que como se dijo es el fundamento de la nombrada prima.

Y más aún, también es de la opinión que no puede la asamblea general de accionistas disponer que la referida capitalización beneficie únicamente a aquellos accionistas que hubieren hecho pagos por concepto de prima en colocación, en razón a las siguientes consideraciones:

1. Proceder de tal manera, implicaría indudablemente un desmedro en los reales derechos del accionista no aportante de la prima, quien como se dijo ya ha contribuido a la valoración de los aportes iniciales y que es lo que sirve de sustento para el cobro de la anotada prima, precisamente para guardar el equilibrio en la relación aportes-accionistas.

2. 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

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES PÚBLICO

un período determinado (ejercicio social), sí es 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 y no solamente de algunos.

3. Todas las sumas que integran el patrimonio, ya sea a título de utilidades, reservas o superávit están llamadas, al momento de su distribución, bien sea durante el curso de la vida social o al momento de la liquidación, a repartirse en forma proporcional a los aportes de los asociados, salvo que otra cosa se disponga en el contrato social". (Oficio 220- 13223 de abril 17 de 2001).

RAZÓN SOCIAL

EMBARGO DE LA RAZÓN SOCIAL - FACULTADES DEL SECUESTRE.

El embargo:

La medida cautelar en la legislación mercantil, en concordancia con el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil, no hace manifestación respecto del embargo de la sociedad en tal carácter, sino que las disposiciones lo refieren única y exclusivamente a los bienes, distinción hecha de su naturaleza jurídica, considerando en cada caso que la extensión de la orden impartida por el juez debe interpretarse restrictivamente y con sujeción a los términos expresos del auto que lo ordena.

Para el caso del embargo de la razón social, es pertinente anotar que desde el punto de vista económico, contable y jurídico, la razón social o nombre comercial, puede ser objeto de valoración y otorga a sus titulares la posibilidad de proteger su uso y ejercer acciones para impedir la utilización por parte de terceros y reclamar indemnización de perjuicios, si a ello hubiere lugar, pues los mismos originan para el ente económico dentro de un desarrollo progresivo, la obtención a su favor de la confianza por parte del público en general.

Como tal, la razón social o el nombre comercial es susceptible de embargo, lo que implica la imposibilidad para transferirlo o gravarlo a cualquier título, pero éste en manera alguna impide que la compañía continúe el normal desarrollo de las actividades que constituyen su objeto social y en esa misma medida celebre y ejecute todos los contratos y actos que le son propios.

Cabría preguntarse ahora *¿Qué acontece con el bien embargado?.* La respuesta es sencilla. Conforme a la ley, la doctrina y la jurisprudencia, el embargo solo conduce a dejar un bien temporalmente por fuera del comercio, o lo que es lo mismo, dirigir al deudor la inyunción de abstenerse de ejecutar actos ordenados a sustraer el bien garantía del crédito, es decir, que una vez

practicada la medida se logra su inmovilización en el mundo del negocio jurídico, en el entendido que su enajenación desconociendo la medida se convierte en ilícita (Art. 1521 del Código Civil).

Situación que podía ser diferente al hablar del secuestro, ya que como bien lo enseña el profesor Hernán Fabio López Blanco, "*Esta medida cautelar es autónoma del embargo y con efectos jurídicos bien diferentes a la luz de la legislación colombiana, por cuanto no pone los bienes fuera del comercio; ya que la única medida cautelar que tiene tal consecuencia, por disposición legal es el embargo, y por esto cuando el embargo queda perfeccionado mediante una diligencia de secuestro, los bienes pasan al campo de la indisponibilidad. En suma, sólo el secuestro como medida que perfecciona el embargo tiene tal poder jurídico. Si el secuestro no está precedido de una orden de embargo, si el secuestro se decreta a secas, es una medida cautelar para asegurar el resultado de un juicio, pero que no coloca los bienes fuera del comercio, no obstante que de esta forma se restrinja su comercializad* (...)".

Secuestro y secuestre

La figura es definida por el Código Civil (Art. 2273), como el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una cosa a su favor.

El depositario se llama secuestre.

La disposición aludida se encuentra en concordância íntima con el artículo 775 ídem, al determinar que el secuestre tiene la mera tenencia sobre la cosa secuestrada, y en definitiva a nombre del propietario o de quien llegue a serlo; y su labor circunscrita al tiempo de la litis dadas las contingencias que allí se pueden presentar.

Sobre el secuestre, y no obstante lo expresado en el inciso primero de este aparte, el C.P.C., en lo atinente a sus funciones indica en el artículo 683 inciso primero: "*El secuestre tendrá la custodia de los bienes que se le entreguen, y si se trata de empresa o de bienes productivos de renta, las atribuciones previstas para el mandatario*

en el Código Civil, sin perjuicio de las facultades y deberes de su cargo" (Art. 2241 y ss.).

Conforme a la doctrina y la jurisprudencia nacional, el secuestre es algo así como el representante del juez, pues éste no podría físicamente realizar la labor de aquél. No es más que un auxiliar de la justicia externo del órgano jurisdiccional que reviste el carácter de accidental, en el caso, encargado de mantener el objeto aprehendido con el secuestro, conservando la cosa litigiosa en el mismo estado en que la recibió, no pudiendo enajenarla sin autorización judicial, y haciéndose responsable de los daños sufridos por los bienes embargados.

Como se deduce, los cargos que ejercen estas personas son oficios públicos desempeñados por personas idóneas, de conducta intachable, excelente reputación e incuestionable imparcialidad en la materia que se les requiere, donde se supone igualmente la premisa según la cual son particulares que ejercen funciones públicas que han de ser cumplidas para lograr las finalidades esenciales del Estado, artículo 2º. C. P., e igualmente lo referente a la sociedad – Estado, ya que el artículo 95 (7) Superior señala como deberes de la persona y del ciudadano el de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Si ello es así, tenemos por tanto que la actividad desplegada por los auxiliares de justicia no solo a ellos compromete por su acción u omisión, sino igualmente se encuentra la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de los daños antijurídicos que le sean imputables, dado que el ordenamiento jurídico debe estar dispuesto para el respeto no solo de las formas propias de la validez jurídica en cada uno de los estratos jurídicos del ordenamiento, sino también, y de manera prioritaria según lo ordena el artículo 228 de la carta, para el seguimiento de los contenidos propios del texto constitucional, origen de toda la cadena semántica y deductiva de su aplicación. Dicho de otra manera, la norma constitucional, además de fijar las normas de su aplicación, impone el sentido de su realización; establece las condiciones de su validez y las exigencias de su eficacia.

CONCLUSIÓN

Con base en los ligeros argumentos esgrimidos, debe concluirse que el embargo solo limita la disposición de la cosa pero en ningún momento impone sobre su titular la supresión de los derechos que de aquella tenga, y por tanto puede actuar con total liberalidad en el ejercicio ordinario de sus negocios con las responsabilidades que del mismo se derivan, ya que como queda visto la *"retención"* del bien como garantía del crédito, se circunscribe únicamente a su mera tenencia en orden a evitar su enajenación por quien tiene la propiedad.

Igualmente no puede existir confusión en el sentido de que si bien el secuestre se convierte en administrador, lo hace es sobre los bienes secuestrados, como se ha subrayado, y no como administrador en los términos dispuestos por la Ley 222 (22), y demás normas concordantes del Código de Comercio, pues la representación legal es ejercida directamente por aquellas personas nombradas para el efecto bien por el máximo órgano social o la junta directiva de la sociedad, (depende del tipo societario que se trate), ya que las relaciones externas de la sociedad se manifiestan a través de las personas que ostentan tal calidad. Además de lo expresado, su remoción se da bien por la aquiescencia de quien lo nombró, o por disposición de autoridad competente, administrativa o judicial, previa la constatación de los hechos irregulares que imponen dicha medida (Oficio 220- 21971 de marzo 22 de 2000).

REUNIONES DEL MÁXIMO ORGANO SOCIAL

SUPER
BIEN

GRABACIÓN DE LAS REUNIONES DE JUNTA DE SOCIOS POR PARTE DE UN SOCIO.

Sobre el particular este Despacho se permite señalar lo siguiente:

1. Un primer elemento a considerar consiste en el examen del marco legal aplicable al funcionamiento de la junta de socios de una sociedad de responsabilidad limitada, antes de precipitar o remontar la cuestión al plano constitucional y, específicamente, al ámbito de los derechos fundamentales. Lo anterior no excluye, por supuesto, la subordinación jerárquica de las leyes y de los contratos al orden constitucional, ni la consideración de los aspectos de ese rango que la cuestión involucre, en especial si se requiere una interpretación de las leyes conforme a dicho ordenamiento.

El funcionamiento de la sociedad, la cual, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (artículo 98 del Código de Comercio), corresponde a la ejecución del contrato social que le da origen. De dicho contrato y de las normas legales que se le aplican en forma imperativa C. Co. Art. 4), al igual que de aquellas de éstas que se "incorporan" (Ley 153 de 1887, Art.. 38) al mismo en virtud de su naturaleza dispositiva o supletoria, y que regulan aspectos naturales o accidentales de dicho contrato (C. Co., Arts. 110-14 y 822, C. Co.. Art.. 1501), surgen derechos y obligaciones en cabeza de los socios individualmente considerados, al igual que facultades y deberes que son imputados legalmente en cabeza de ese sujeto de derecho – la " persona jurídica"- a través del cual el orden jurídico dota de unidad legal patrimonial y subjetiva la actividad económica real y lícita que a partir de los aportes de los socios es organizada por éstos con el objeto de lucrarse de ella.

Una de las facetas más importantes de dicho funcionamiento de la sociedad- persona jurídica o, si se prefiere, de la ejecución del contrato social, tiene que ver con la integración y funcionamiento de la junta de socios. Se trata de una cuestión cuya regulación básica, que incluye normas imperativas, se encuentra en la ley; dadas ciertas

circunstancias, tales como el hecho de que el contrato social no es de ejecución instantánea y la imposibilidad práctica de que el funcionamiento de la empresa que constituye el objeto de la sociedad - y cuya administración en las limitadas puede ser confiada a terceros gerentes, al igual que en las anónimas (C. Co.. Art.. 358-5)- pueda basarse siempre en decisiones adoptadas unánimemente por los socios, es necesario establecer reglas que aseguren que las deliberaciones y decisiones "sociales", esto es, jurídicamente imputables a la persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, puedan ser tenidas como una expresión legítima del interés común o colectivo, es decir, que sean legalmente eficaces, válidas y oponibles incluso frente a socios disidentes y ausentes (C. Co.. Art.190), socios éstos que tienen el derecho individual de impugnar las decisiones que consideren contrarias a la ley o los estatutos (C. Co.. Art.191).

2. Las normas legales referentes a la integración y funcionamiento de las juntas de socios, y que se encuentran repartidas en la parte general del libro segundo del Código de Comercio y en la parte especial correspondiente a las sociedades con forma anónima, incluyen disposiciones relacionadas con la forma de hacer constar lo ocurrido en las reuniones de la junta de socios: así, de acuerdo con el artículo 189 del C. Co.., "*Las decisiones de la junta de socios o de la asamblea se harán constar en actas aprobadas por las personas que se designen en la reunión para tal efecto, y firmadas por el presidente y el secretario de la misma, en las cuales deberá indicarse además la forma en que hayan sido convocados los socios, los asistentes y los votos emitidos en cada caso.*"; y en el artículo 431 del Código de Comercio, disposición aplicable a las sociedades en general, se consagran unas indicaciones mínimas acerca de cómo debe hacerse constar en tales actas "lo ocurrido en las reuniones" de la asamblea o, en este caso, de la junta de socios, constancia que además de referirse a las decisiones adoptadas, también debe cobijar "los asuntos tratados", es decir, los aspectos relevantes de las deliberaciones ocurridas en la asamblea. A su vez, en el segundo inciso del artículo 189 del Código se prevé que la copia de las actas será prueba suficiente de los hechos que consten en ellas; y de una vez hay que destacar la diferencia que existe entre la suficiencia y la exclusividad de un

medio de prueba, distinción ésta de importancia para el asunto que aquí nos ocupa, y que en materia societaria ya ha sido examinada de tiempo atrás a propósito del artículo 117 del Código de Comercio, como quiera que en él se da un tratamiento distinto a la prueba de la existencia de la sociedad legalmente constituida y de las cláusulas del contrato, que "se probarán" - exclusivamente, se ha entendido- con certificación de la cámara de comercio, y a la prueba de su representación, para lo cual "bastará"- esto es, se considera como suficiente aunque no único medio de prueba- la certificación de la cámara al respecto.

3. Como puede advertirse, en las disposiciones legales pertinentes no se hace ninguna mención acerca de si los socios pueden o no pueden, en forma individual y en desarrollo de su derecho a participar en las deliberaciones sociales (C. Co.. Art. 379-1), documentar lo que ocurre en las reuniones de la junta de socios, reunión que hay que entender reservada frente a terceros distintos de los socios, pues si bien es cierto que la sociedad persona jurídica es distinta de los socios individualmente considerados, dicho recurso técnico de imputación de derechos y obligaciones – cuya función en el campo jurídico era comparada por Von Jhering con la que cumplen los paréntesis en el lenguaje algebraico- no elimina ni oscurece de manera alguna el origen contractual de la sociedad, de modo que para estos efectos no existe distinción entre tal "persona" de derecho y los socios colectivamente considerados, todos los cuales tienen el mismo derecho legal y contractual a participar en la formación de la "voluntad social", así como el derecho legal a impugnar las decisiones adoptadas, facultades éstas de las cuales se desprende el derecho individual de todos y cada uno de los socios a documentar lo que ocurre en las reuniones a las que concurren en su calidad de tales y en desarrollo y con sujeción al contrato del cual son parte.

Por lo demás, a nadie se le ha ocurrido hasta ahora discutir que un socio o su representante en una reunión de la junta de socios pueda libremente tomar notas escritas de lo que ocurre en ella, creando así un documento privado distinto del acta y que no puede entenderse como un reemplazo de la misma. Qué ocurre entonces si de lo que se trata es de pretender grabar la reunión, grabación ésta que podría no limitarse a una reproducción sonora e incluir también una

SUPER... SOC... BIB...

grabación audiovisual de lo ocurrido, dependiendo ello de los medios técnicos a disposición del socio o representante interesado en documentarsê de tal forma? ¿Podría aceptarse una forma de documentación y rechazarse o limitarse otra u otras, con base en criterios tales como los riesgos que involucra la divulgación de uno u otro?

4. Una forma de enfocar la cuestión consiste en precisar cuáles son los derechos individuales involucrados en ella y contrastarlos, en primer lugar, con las reglas propias del contrato social. Así las cosas, en primer lugar aparece el derecho de la sociedad persona jurídica a que se guarde reserva de las deliberaciones sociales; en segundo lugar, el derecho individual de los socios que intervienen en las deliberaciones consistente en que se guarde reserva acerca de sus participaciones en las reuniones sociales; y, en tercer lugar, el derecho individual de todo socio a documentar, individualmente también, lo ocurrido en la reunión.

a. La reserva de las deliberaciones sociales, en opinión de este despacho, es consecuencia del carácter contractual de la sociedad, más que una expresión de un derecho fundamental a la intimidad del sujeto jurídico surgido de la constitución legal de la compañía. Se trata entonces de una consecuencia del carácter relativo, esto es, entre las partes, o " entre ellas ", como se dice en el artículo 864 del Código de Comercio, de la relación jurídica patrimonial que se constituye y regula mediante el contrato de sociedad; y no puede confundirse dicha reserva respecto de las deliberaciones en cuanto tales, con la reserva documental que ampara las actas y demás documentos sociales. La reserva acerca de lo ocurrido en la reunión se vulneraría, por ejemplo, si un socio pretendiera que, sin contar con la autorización de la junta o asamblea de asociados, una reunión fuera presenciada por periodistas o retransmitida por éstos en medios públicos. Pero documentar en forma individual, por escrito, magnetofónica o audiovisualmente, lo ocurrido en la reunión, no constituye en sí misma una conducta que lesione la reserva de las deliberaciones; cosa distinta es la utilización que de dicha documentación haga el socio, al igual que las consecuencias legales que puedan seguirse de dicha utilización o de una custodia negligente del documento en cuestión.

b. Cuando los socios intervienen en una reunión de una sociedad comercial, lo hacen en ejecución de un contrato del cual son parte; no es ésa, pues, la expresión de un acto propio de la esfera subjetiva propia de la intimidad personal, convenientemente amparada por la correspondiente tutela constitucional. Puede darse el caso de socios excéntricos o extrovertidos que encuentren que su personalidad se desarrolla excepcionalmente si ventilan su intimidad en el seno de una junta de socios; o que estimen que es ése el foro más adecuado para ejercer su derecho fundamental a expresar libremente sus creencias religiosas y opiniones políticas. Pero tales supuestos no resultan relevantes, de manera que cuando la participación de los socios en las reuniones tiene que ver con los asuntos sociales, supuesto elemental del cual tiene que partirse aquí, inclusive en el caso de las sociedades entre familiares o de familia, dicha participación debe ser examinada con base en las reglas del contrato, cuyo contenido exclusivamente patrimonial (C. Co.. Art.. 864 y 98) es importante poner de relieve. Y en ese orden de ideas, el derecho a la reserva respecto de las participaciones en las reuniones que no comporten delitos es claro tratándose de terceros extraños al contrato social; pero no existe frente a los contratantes, de manera que nuevamente hay que destacar la diferencia entre la documentación individual de lo ocurrido en la reunión y la utilización que se haga de dichos documentos.

c. En este orden de ideas, resulta entonces que el núcleo de la cuestión reside en el alcance de los derechos individuales de los socios, que correlativamente implican las obligaciones resultantes de los límites derivados del interés social y, en general, del deber de colaboración propio del contrato social, así como de la obligación legal (C. Co.. Art.. 871) de comportarse de buena fe con ocasión de su ejecución. Así las cosas, basta con reparar en el hecho de que los socios tienen derecho a impugnar las decisiones sociales y en que las decisiones a impugnar constan en las actas, para concluir sin mayores esfuerzos que cuando se pretende discutir judicialmente la fidedignidad del acta, cuestión de común ocurrencia en las sociedades por conflictos entre socios o entre grupos de éstos, resulta evidente que la documentación individual con que uno de ellos quiera verificar lo que consta en un acta, puede ser uno de los medios de prueba más relevantes a considerar, partiendo de un

supuesto básico, a saber, que la discusión judicial acerca de la veracidad o fidedignidad de un acta se refiera a aspectos relevantes de la reunión desde el punto de vista del contrato social, como corresponde al ejercicio serio y legítimo, esto es, no abusivo, del derecho a impugnar judicialmente las decisiones sociales o a controvertir la confiabilidad de las actas.

De lo anterior se concluyẽ que si esta cuestión llegara a involucrar algún derecho fundamental de reserva o de intimidad, habría que sopesarlo frente al también fundamental derecho al debido proceso que tiene todo socio interesado en impugnar la fidedignidad de un acta, como quiera que una restricción, no prevista en la ley, de la posibilidad de documentar individualmente lo ocurrido en la reunión, podría dejarlo sin medios de prueba idóneos para fundamentar fácticamente su derecho de acción; y esa situación afectaría indebidamente el derecho a un debido proceso, sin justificación o explicación suficiente en función de la adecuada protección a la reserva acerca de lo ocurrido en las reuniones sociales. Cosa distinta, se repite, es la utilización indebida o la custodia negligente del documento privado que cada socio pueda haber producido, eventos éstos que sí pueden vulnerar derechos de otros socios y de la propia sociedad, vulneración cuyas consecuencias jurídicas, incluso penales, dependen de cada caso en concreto y cuyo análisis excede el objeto de la presente consulta, para la cual basta con hacer referencia al tipo penal consagrado en el artículo 194 del Código Penal, el cual sanciona con multa la divulgación o empleo de documentos reservados en provecho propio o ajeno, sin perjuicio de la acción de indemnización de perjuicios que tienen derecho a incoar los asociados y la sociedad por los daños sufridos con ocasión de la indebida divulgación, ya sea del contenido de la grabación o del acta propiamente dicha.

5. En su escrito se hace mención al carácter no limitado o permanente del derecho de inspección en la sociedad de responsabilidad limitada (C. Co.. Art. 369), que contrasta con el alcance limitado y temporal del mismo en tratándose de sociedades anónimas (C. Co.. Art. 447). El régimen legal del derecho de inspección sí resulta relevante aquí; pero para identificar una restricción legal a su ejercicio que no parece extensiva al alcance

de la documentación individual que haga un socio de lo ocurrido en las reuniones sociales. En efecto, de acuerdo con el inciso primero del artículo 48 de la ley 222 de 1995, dicho derecho de inspección en ningún caso se extiende *a "... los documentos que versen sobre secretos industriales o cuando se trate de datos que de ser divulgados puedan ser utilizados en detrimento de la sociedad*". En la forma transcrita, en la ley se previene de raíz el riesgo de la utilización dañina del documento o del dato sustrayéndolo de la inspección individual. En cambio, en relación con los asuntos que se ventilan en una asamblea o junta de asociados la ley no señala cortapisa alguna; dada la ausencia de dicha restricción expresa, para este despacho resulta discutible considerar que las limitaciones preventivas impuestas al derecho de inspección puedan ser extendidas interpretativamente respecto de aquello que se hace constar o no en un acta que, como tal, goza de reserva documental, o que se pueda restringir por esa vía el derecho a documentar individualmente lo que ocurre en las reuniones.

Puede plantearse la hipótesis de que en una reunión se tome la decisión de no dejar constancia de algunas deliberaciones y que, en ese caso, la eventual documentación individual de lo ocurrido en una reunión habría que entenderla sujeta a esa limitación; y de la misma manera, se podría examinar la hipótesis consistente en que se proscriba en forma general, por vía estatutaria, y no sólo en una reunión en concreto, la grabación magnetofónica o audiovisual de aquellos pasajes de una reunión que se refirieran a secretos industriales o a datos cuya divulgación pudiera ser utilizada en detrimento de la sociedad. Sin embargo, y particularmente dada la amplitud del último supuesto, decisiones de esa índole no sólo podrían ser subterfugios utilizados para impedir que una minoría documente lo ocurrido en una reunión y pueda demostrar en forma sólida la manipulación de un acta por parte de una mayoría, sino que llevaría a introducir una excepción a la regla ya transcrita del artículo 431 del Código de Comercio, el cual exige que en las actas se haga constar todo lo ocurrido – se entiende, aquello que sea relevante- en la reunión a que ésta se refiere, incluyendo los asuntos "tratados" en ella. Esto último no implica únicamente hacer mención a que se discutió el tema respectivo, sino presentar en el acta un resumen de los principales hechos o argumentos expuestos, así

como las conclusiones a las cuales se llegó en relación con el mismo, dejando constancia de todos los documentos presentados a consideración del órgano social, los cuales hacen parte integral del acta, por lo cual, si aquellos no son transcritos deben presentarse como anexos.

El riesgo de que un asunto ventilado en una reunión social sea indebidamente divulgado por un socio lo corre la sociedad al aprobarse dentro del orden del día la consideración del mismo; máxime tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, que en su ámbito interno se caracteriza por la relevancia de la persona o identidad del socio. Pero es claro que las consecuencias jurídicas de dicha divulgación indebida las asume el socio indiscreto o desleal; y conviene recordar que en las sociedades de responsabilidad limitada, que es el tipo social al cual se refiere su consulta, está expresamente prevista la posibilidad de que en la junta de socios se ordenen las acciones que correspondan contra cualquier persona *"...que hubiere incumplido sus obligaciones u ocasionado daños o perjuicios a la sociedad"* (C. Co.. Art.. 358-4), así como decidir sobre la exclusión de socios (C. Co.. Art.. 358-4), siendo perfectamente posible, dada la ya recordada naturaleza personalista de la limitada desde el punto de vista interno, pactar causales de exclusión en atención a conductas desleales tales como la divulgación indebida de los asuntos sociales.

6. En consecuencia, tomar notas personales de la reunión o grabar en medios magnetofónicos o audiovisuales, no afecta el derecho de reserva de la sociedad, ni afecta esferas personales ajenas por una supuesta apropiación indebida de la imagen o de la voz de los consocios; pero tal conducta le impone al socio la obligación de custodiar y de no utilizar indebidamente su documento, de la misma forma en que está obligado a no utilizar la información conocida en la reunión en detrimento de los intereses legítimos de la sociedad. Al fin y al cabo, la divulgación de información reservada, que conste o no en actas o en papeles sociales, es decisión privativa e indelegable que le corresponde a la sociedad a través de sus órganos competentes y, por tanto, ajena al arbitrio de un socio individualmente considerado (Oficio 220- 00773 de enero 14 de 2002).

LOS TRES DÍAS PARA FINALIZAR LAS DELIBERACIONES SE EMPIEZAN A CONTAR A PARTIR DEL DÍA EN QUE SE INICIA LA SESIÓN.

Para facilitar el análisis del tema objeto de consulta, cual es precisar a partir de cuando se empieza a contar el término de los tres (3) días que consagra la ley como plazo máximo para la prolongación de las deliberaciones, es importante traer a colación el texto del artículo 430 del Código de Comercio, que expresa *"Las deliberaciones de la asamblea podrán suspenderse para reanudarse luego... Pero las deliberaciones no podrán prolongarse por más de tres días, si no está representada la totalidad de las acciones suscritas".*

Con ese fin es necesario señalar que cuando se hace referencia a la asamblea o junta de socios, se está frente a una reunión de un número plural de asociados de una compañía, que representan el quórum y la mayoría mínima prevista, en la ley o en los estatutos, para deliberar y decidir sobre los temas objeto de la convocatoria (Arts. 181 y 419 del Código de Comercio).

Es así como los asociados una vez reunidos, con sujeción a lo previsto en la ley o en los estatutos, en cuanto a convocatoria y quórum se refiere, se declaran en asamblea o junta y se da inicio a las deliberaciones (num. 1º, Art.. 379 del C. de Co.), que no es otra cosa que el derecho a conocer, discutir o "Examinar atentamente el pro y el contra de una decisión, antes de realizarla... ", tal como lo define en una de sus acepciones el Diccionario Larousse, edición 1998.

Del ordenamiento mercantil se colige claramente que la etapa de deliberaciones culmina una vez se agote el orden del día, sin que el legislador haya previsto un término mínimo de duración de las mismas, pero el plazo máximo lo expresó en el artículo 430 citado, cuando inequívocamente establece que *"...las deliberaciones no podrán prolongarse por más de tres días...".*

En ese orden de ideas, es indiscutible la facultad discrecional del órgano competente, para tomarse el tiempo que estime conveniente para, entre otros, ilustrarse adecuadamente sobre uno o varios puntos del orden del día, pero al regular la finalización de las deliberaciones, lo que pretendió el legislador fue establecer que la asamblea no se dilate o prolongue por más de tres días, luego debe concluirse que los tres (3) días, término máximo de prolongación de las deliberaciones, se empiezan a contar a partir del momento en que los accionistas se declaran en asamblea.

Es por lo antes expuesto que no es posible la aplicación de la regla contenida en el numeral 2, del artículo 829 del ordenamiento mercantil, pues si bien el plazo se determina en días, la norma al expresar que *"..las deliberaciones no podrán prolongarse por más de tres días..."*, lo que está indicando es el tiempo máximo que puede durar una asamblea desde el momento en que se declara legalmente instalada (Oficio 220- 12222 de marzo 26 de 2002).

LA INCLUSIÓN DE UN TEMA EN EL ORDEN DEL DÍA NO SIGNIFICA QUE DEBA APROBARSE.

"Si cuando se convoca a una asamblea extraordinaria por parte de los accionistas, a través de los órganos de dirección o del revisor fiscal, y dentro de la convocatoria se inserta como tema del día ***elección de junta directiva,*** *debe entrar a votarse inmediatamente las planchas que se propongan o primero se debe votar si existe o no consenso para modificar la junta directiva que se encuentra operando plenamente?."*

De conformidad con los artículos 181 y 182 del Código de Comercio, la junta de socios o asamblea general de accionistas puede reunirse en forma extraordinaria cuando sea convocada por los administradores, por el revisor fiscal o por la entidad oficial que ejerza control sobre la sociedad, convocatoria en la cual deben especificarse los asuntos sobre los que DELIBERARÁ Y DECIDIRÁ.

El mismo Código de Comercio entiende por quórum la pluralidad de asociados, titulares de las porciones de capital determinadas en los estatutos o en la ley, que debe estar presente o representada en la reunión y sin la cual el cuerpo colegiado no se integra, o que es indispensable para convertirse en instrumento idóneo de expresión de la voluntad social, pues según la última parte del artículo 186 del aludido código: *"con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con reglas dadas en los artículos 427 y 429".* Estas disposiciones señalan lo que se entiende por quórum para deliberar, o sea, el mínimo de asociados o de porciones de capital requeridos para que el cuerpo colegiado pueda integrarse y por lo tanto abrir la sesión: y mayoría para decidir, entendido como la mayoría de votos necesaria para aprobar válidamente cualquier resolución.

Las palabras *"quórum deliberativo"*, al decir del profesor Gabino Pinzón en su obra Sociedades Comerciales, Teoría General. Volumen I, *"envuelven un verdadero pleonasmo; pero se las usa aquí deliberadamente para poner énfasis en que una cosa es el quórum y otra las mayorías decisorias. Por eso es un error decir, como suele hacerse con demasiada frecuencia, "quórum decisorio". Porque el quórum es siempre y solamente el número de socios que deben estar presentes o representados para que pueda deliberarse en verdadera asamblea; y la mayoría decisoria es, a su vez, el número de votos que deben ser emitidos en favor de una decisión de la asamblea, para que pueda considerarse válida y obligatoria. Por otra parte, sin quórum es inexistente la asamblea y son, consiguientemente, inexistentes las decisiones que se trate de adoptar; la falta de la mayoría decisoria afecta de nulidad una decisión y en tal caso, aunque viciada de nulidad, se trata de verdadera decisión si hay quórum y ha sido debidamente convocada la asamblea".*

Por su parte, el doctor José Ignacio Narváez en su libro Teoría General de las Sociedades, Séptima Edición Actualizada, señala al respecto: *"El quórum decisorio supone siempre el deliberativo, pero no a la inversa, pues puede acontecer que haya quórum para deliberar y no para decidir. Ambas expresiones se tildan de Pleonásticas ; pero el legislador las ha empleado quizá con el propósito de lograr una recta y cabal comprensión de dos situaciones distintas. Además, el pleonasmo no siempre ha de mirarse como un vicio gramatical. En ocasiones – como esta – cumple la plausible misión de poner énfasis en algún punto de importancia real".*

Ahora bien, del análisis de las normas legales pertinentes, se desprende que el orden del día responde a la relación discriminada de los temas que se someterán a estudio y decisión de la junta de socios o asamblea general de accionistas, lo cual significa que el orden del día da a conocer de antemano la agenda de las deliberaciones que permite a los asociados prepararse para opinar y votar a conciencia, o por lo menos, con algún conocimiento de causa; pero la inclusión de algún tema en el orden del día, no significa de ninguna manera que el órgano social se deba sentir obligado a su aprobación, pues si de la deliberación sobre la conveniencia o

no de aprobar el punto en particular, la mayoría requerida llega a la decisión adversa, ésta es la que procede, pues el máximo órgano social de la compañía es el depositario de la expresión colectiva.

Sobre este tema el catedrático mexicano Joaquín Rodríguez Rodríguez, en su libro Tratado de Sociedades Mercantiles expresó lo siguiente: *"En cuanto decimos que es una relación de asuntos, queremos indicar que la orden del día debe enunciar las materias sometidas a discusión y resolución de la asamblea general. La enunciación requiere la expresión clara y concreta de las cuestiones, pero no el de su detalle, ni el sentido de las resoluciones que pueden obtenerse sobre los mismos, de tal modo que las indicadas por el consejo o por cualquier interesado, no tienen fuerza vinculante y solo tienen el valor que pueda darse a simples consejos o recomendaciones, esto es lógico, dado el papel de la asamblea como órgano supremo, lo que implica que tenga una libertad de decisión absoluta, para admitir, rechazar y modificar propuestas. El pensamiento del legislador fue dar a la orden del día el valor de una nota de las materias a discutir, no el del texto de los acuerdos a tomar por la asamblea" (se resalta).*

En consecuencia, el artículo 182 del Código de Comercio impone la obligación a los administradores, al revisor fiscal y a la entidad oficial que ejerza control sobre la sociedad, de convocar la junta de socios o asamblea general de accionistas cuando la minoría tutelada por la ley ejerza el derecho de solicitar la convocatoria, pero a la postre las iniciativas de esa minoría pueden ser desestimadas por la mayoría decisoria.

Para concluir la respuesta a su primer interrogante, vale la pena traer a colación un antecedente que propició el criterio de la entidad sobre este tema y a la postre la decisión del Consejo de Estado que avaló la nuestra.

En efecto, la Superintendencia de Sociedades mediante la Resolución 07228 del 21 de septiembre de 1977, en atención a la solicitud que hicieran accionistas representantes de más de la quinta parte de las acciones suscritas, ordenó al representante legal de una sociedad convocar a una reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas, *"con el fin de tratar asuntos importantes y nombrar nueva junta directiva".*

Por su parte, la misma Superintendencia, a través de la Resolución 08069 del 2 noviembre del mismo año, repuso la resolución arriba citada, en el sentido de ordenar al representante de la sociedad convocar a reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas, con el fin de que ésta considerara la posibilidad de elegir junta directiva. Nótese que se cambió la orden de nombrar nueva junta directiva por la de considerar la posibilidad de elegirla, por cuanto *"la sociedad, como organización colectiva esencialmente democrática, se desenvuelve en función del querer de las mayorías, que son las llamadas a determinar el sentido en que ha de orientarse la voluntad social. De consiguiente, el hecho de convocar a la asamblea atendiendo a los requerimientos de una minoría tutelada por la ley no genera, por sí solo, efectos benéficos ni nocivos a los intereses sociales, pues simplemente ofrece la ocasión para que se oiga el parecer de esa minoría legalmente respetable, pero como es obvio, la mayoría, en última instancia, impondrá su voluntad".*

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en fallo del 8 de noviembre de 1998, avaló la decisión final de la Superintendencia de Sociedades al señalar: *" En la primera resolución de la Superintendencia se hizo la convocatoria "con el fin de tratar asuntos importantes y nombrar nueva junta directiva", con lo cual, en cierta forma se impartió una orden de renovación de los administradores que podía haber configurado una extralimitación en el ejercicio de la función específica de que se trata. Pero con muy buen criterio, la propia Superintendencia enmendó el error y en la segunda resolución se limitó a hacer saber a los asociados que en la solicitud de convocatoria hecha por los accionistas que representan la quinta parte de las acciones suscritas expresó el deseo de que la Asamblea considere la posibilidad de elegir junta directiva. Así las cosas, resulta evidente que el acto no contiene una orden para elegir; apenas se da cuenta del deseo de una fracción de asociados para que la asamblea resuelva libre y autónomamente lo más conveniente a los intereses sociales".*

Por todo lo dicho, resulta claro que si en la convocatoria se inserta como tema del orden del día la elección de junta directiva, primero se debe deliberar sobre la conveniencia o

necesidad de esa elección, y sólo en el evento de que se adopte la decisión con la mayoría requerida en los estatutos o en la ley, debe procederse a la elección por el sistema del cuociente electoral en la forma indicada en el artículo 197 del Código Comercio (Oficio 100- 115226 de 28 de diciembre de 1999).

LA REUNIÓN POR DERECHO PROPIO SOLO PROCEDE EL PRIMER DÍA HÁBIL DEL MES DE ABRIL.

Con fundamento en algunos de los comentarios que pone de presente en la aludida petición, esta Entidad ha considerado conveniente efectuar un nuevo análisis de la normativa que en el Código de Comercio regula el tema, para luego determinar la viabilidad de celebrar reuniones por derecho propio en fechas diferentes al primer día hábil del mes de abril, en la forma y términos previstos en el inciso 2º del artículo 422 del Código de Comercio, examen que incluirá la posición del Despacho acerca de la posibilidad de realizar reuniones ordinarias por fuera de los tres primeros meses del año.

Para facilitar el desarrollo del asunto, es preciso la trascripción del siguiente articulado:

Artículo 110. Contenido de la Escritura de Constitución. *"La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:*

(...)
*7. **La época** y la forma de convocar y **constituir la asamblea o la junta de socios en sesiones ordinarias** o extraordinarias....".*

Artículo 181. Reuniones Ordinarias y Extraordinarias. ***"Los socios de toda compañía se reunirán en junta de socios o asamblea general ordinaria una vez al año, por lo menos, en la época fijada en los estatutos....".***

Artículo 182. Convocatoria y Deliberación de Reuniones Ordinarias y Extraordinarias. *"En la convocatoria para reuniones extraordinarias se especificarán los asuntos sobre los que se deliberará y decidirá. **En las reuniones ordinarias la asamblea, podrá ocuparse de temas no indicados en la***

convocatoria, a propuesta de los directores o de cualquier asociado....".

Artículo 422. Reuniones Ordinarias *"**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....".

Artículo 424. Convocatoria a las Reuniones de la Asamblea General de Accionistas. *"**Toda convocatoria se hará en la forma prevista en los estatutos y, a falta de estipulación, mediante aviso que se publicará en un diario de circulación en el domicilio principal de la sociedad.** Tratándose de asamblea extraordinaria en el aviso se insertará el orden del día.*

***Para las reuniones en que hayan de aprobarse los balances de fin de ejercicio, la convocatoria se hará cuando menos con quince días hábiles de anticipación.** En los demás casos, bastará una antelación de cinco días comunes".*

Artículo 445. Balance General e Inventario de las Sociedades Anónimas. *"**Al fin de cada ejercicio social y por lo menos** una vez al año **el treinta y uno de diciembre,** las sociedades anónimas deberán cortar sus cuentas y producir el inventario y el balance general de sus negocios....".*

Artículo 34, Ley 222 de 1995. Obligación de Preparar y Difundir Estados Financieros. ***"A fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre,*** *las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. Tales estados se difundirán junto con la opinión profesional correspondiente, si ésta existiera.... ".*

Artículo 46, Ley 222 Cit. Rendición de Cuentas al Fin de Ejercicio. ***"Terminado cada ejercicio contable, en la oportunidad prevista en la ley o en los estatutos, los administradores deberán presentar a la asamblea o junta de socios*** *para su aprobación o improbación, los siguientes documentos....".*

En primer lugar, el análisis de la preceptiva citada –Arts. 110, 181, 422 (parcial) y 445 C. de Co. y 46 Cit.- colige el carácter obligatorio de las reuniones ordinarias, cuya finalidad está circunscrita a "*...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*", cuando la referida normatividad utiliza expresiones como "***se reunirán*** *en junta de socios o asamblea general ordinaria*"; "***se efectuarán*** *por lo menos* ***una vez al año***", acepciones que no tienen otro sentido que la orden imperativa de llevar a cabo la sesión ordinaria (Diccionario Enclicopedico Larousse, 1998), al tiempo que también determina la celebración de **una reunión como mínimo durante el año.**

Paralelamente al carácter imperativo de la citada normatividad, el legislador reconoce la autonomía de la voluntad de los asociados para que atendiendo las necesidades propias de la sociedad a la que pertenecen, precisen en el contrato social la época para llevar a cabo la reunión para tratar los temas relacionados con la administración, gestión y funcionamiento de la sociedad, bien dentro de los tres primeros meses, una vez terminado el período contable, o en cualquier época del año. Sin embargo, por la importancia y

trascendencia que para los socios o accionistas constituye la reunión ordinaria, en forma supletiva previó que ***frente al silencio de los estatutos***, los asociados deberán reunirse ***dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio social***, previa convocatoria en la forma y términos previstos en los estatutos o, en su defecto, en la ley (Art. 424 ibidem).

No obstante agregó que si por cualquier circunstancia la asamblea ***no fuera convocada***, ella podrá reunirse ***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 (inciso 2º del artículo 422 del C. de Co.), solucionando el problema en que estarían los asociados ante la ausencia de norma estatutaria en tal sentido, o por el contrario, cuando pese a estar determinada la época de las sesiones ordinarias en los estatutos sociales, dentro de los tres primeros meses del año, la persona facultada para ello, omite el acto de la convocatoria.

Es evidente entonces, al examinar el tema de la reunión por derecho propio, que el legislador pretendió garantizar a los asociados el derecho a reunirse, como mínimo una vez al año cuando no fueren convocados, de forma que no quedaran indefensos, sometidos a la voluntad de un administrador que, deliberada o involuntariamente, no convoca al máximo órgano social para examinar la situación de la empresa, haciendo nugatorios algunos de los derechos que le otorga la ley a quienes ostentan la calidad de socios o accionistas, como bien podrían destacarse el de conocer las cuentas y el balance de fin de ejercicio; enterarse de la gestión de los administradores; efectuar las designaciones que por ley o estatutos les corresponde; repartir los dividendos etc.

Dicho en otras palabras, es una citación contemplada en la ley, de una parte, para garantizar y asegurar que los asociados puedan reunirse, como mínimo, una vez al año, a efecto de que ejerzan los derechos políticos y económicos que legalmente les corresponde, de otra, como medida correctiva a fin de subsanar la omisión en que incurre el administrador del ente jurídico al no convocar a la reunión ordinaria.

En ese orden de ideas, en aplicación al principio contemplado en el artículo 27 del C. C., según el cual *"Cuando el sentido de la norma sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu..."*, la normativa objeto de análisis, particularmente del inciso 2º del mencionado artículo 422, advierte que lejos de tratarse de una norma vaga o confusa, resuelve la situación jurídica de los asociados que no son convocados a la reunión ordinaria dentro de los tres primeros meses del año, para analizar, entre otros asuntos, la situación financiera de la empresa a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, como lo disponen los precitados artículos 34 y 46 de la Ley 222 y 445 del C. de Co, que obliga a los entes societarios a preparar y difundir estados financieros con el corte de cuentas antes mencionado.

Determinada la procedencia, la finalidad e imperatividad de las reuniones por derecho propio, no hay duda en afirmar que la misma **solo procede en la fecha, día, hora y lugar establecidos por el legislador, presupuestos que no admiten modificación alguna, ni siquiera por pacto estatutario,** lo que de plano excluye que pueda llevarse a cabo en condiciones diferentes a las señaladas en la ley o en fecha distinta a la contemplada en el ordenamiento positivo, luego si vía estatutaria fijan fecha para las reuniones ordinarias por fuera de los tres primeros meses del año, el Despacho entiende que los asociados voluntariamente prescinden, para el período en curso, de la reunión de que trata el precitado inciso 2º, puesto que en los términos de ley sólo procede cuando vía estatutaria o legal la reunión ordinaria debe llevarse a cabo dentro de los tres primeros meses del año.

Confirma la anterior posición, el autorizado concepto del doctor JORGE GABINO PINZÓN, en ponencia presentada en el seminario organizado por la Cámara de Comercio de Bogota, para conmemorar los "30 años del Código de Comercio", Pág. 229, en la que al referirse al texto del artículo 422, expresa *"....debe aclararse que el principio que domina toda esta reglamentación es el de la libertad de establecer en los estatutos las épocas fijas en las cuales deben celebrarse las reuniones ordinarias y que* ***es "en silencio de estos",*** *según se dice en el mencionado artículo 422,* ***cuando deben llevarse a cabo dichas reuniones dentro de los tres***

meses siguientes al vencimiento de cada ejercicio. Lo cual quiere decir que esa reunión por derecho propio el primer día hábil de abril es para cuando los estatutos no han previsto una época distinta para las reuniones; *y quiere decir, a la vez, que no es que sea obligatoria la fijación de la época de las reuniones ordinarias dentro de los tres primeros meses del año..."* (resaltado no es del texto).

En efecto, si estatutariamente el máximo órgano social debe sesionar ordinariamente en fecha posterior a los tres primeros meses del año, no sería dable desplazar la realización de la reunión por derecho propio, en primer lugar, porque la convocatoria de carácter legal fue concebida para cuando no sea convocada dentro de los tres primeros meses de cada año y, en segundo lugar, porque lo que pretendió el legislador es que los asociados al terminar cada período contable -primero de enero al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior- sesionen en asamblea ordinaria y aprueben los estados financieros, las cuentas del ejercicio y el informe de gestión de sus administradores, entre otros (Arts. 34, 46 y 445 Ibidem).

En ese orden de ideas, con los argumentos antes expresados, y **dado el carácter imperativo del inciso 2º del artículo 422 antes trascrito, debe concluirse que la reunión por derecho propio sólo procede cuando por ley o por estatutos, la reunión ordinaria debe celebrarse dentro de los tres primeros meses del año y quien estando legalmente facultado para convocar, la omite, evento que otorga a los socios o accionistas el derecho de sesionar y decidir validamente con un número plural de asociados, cualquiera que sea el número de acciones o cuotas que esté representado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 429 C. de Co., siempre que la misma se lleve a cabo el primer día hábil del mes de abril, a las diez (10) de la mañana, en las oficinas del domicilio principal donde funcione la administración de la sociedad.**

Apartándonos de la procedibilidad de las reuniones por derecho propio, los argumentos antes expuestos y su conclusión imponen

hacer referencia a la doctrina de la Superintendencia de Sociedades en materia de reuniones ordinarias del máximo órgano social.

En efecto, aunque la práctica ha generalizado la realización de las reuniones ordinarias de la asamblea general de accionistas o junta de socios dentro de los tres primeros meses del año, conforme con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes dentro del contrato social pueden convenir éste tipo de sesiones por fuera de tal período, lo que permite colegir, sin mayor análisis, que será ordinaria la reunión llevada a cabo dentro de los meses de enero, febrero y marzo de cada año; la celebrada por fuera del primer trimestre de cada período contable, conforme lo establezcan los estatutos; como la supletiva, llamada por derecho propio, lo que significa que el carácter de ordinaria obedece a factores de tiempo y temario exclusivamente.

Por lo antes expuesto, **procede el Despacho a recoger el contenido del Oficio 100- 5858 del 21 de febrero del 2002** y reitera algunas de las opiniones que en materia de reuniones por derecho propio ha expresado la Entidad, contenidos, entre otros, en la Circular Externa 07 de 23 de marzo de 1994; Boletín Jurídico 5 de 1998, publicado en el libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos año 2000, Pág. 598 y ss y Oficio 220- 23231 de 19 de mayo de 2004, a saber:

1. Si bien el ordenamiento mercantil positivo prevé que la reunión por derecho propio procede por falta de convocatoria al máximo órgano social –asamblea general de accionista o junta de socios-, ha sido criterio de la Entidad de tiempo atrás, que la misma también procede por su indebida convocación, es decir, cuando ésta pretermite alguno de los requisitos de procedibilidad en cuanto a medio o antelación, o es realizada por quien no está facultado para ello, conforme a lo establecido en la ley o en los estatutos para el efecto.

2. Procede igualmente cuando el órgano social competente, si bien es debidamente convocado, en cuanto a medio y antelación se refiere, la fecha en que habrá de efectuarse la sesión es posterior al 31 de marzo.

3. Sí los estatutos prevén una sesión que los contratantes han denominado como "reunión por derecho propio", ajena a la preceptiva del artículo 422 Cit., el Despacho ha considerado que por tratarse de una convocatoria de origen contractual, al determinarse el lugar, fecha y hora de la sesión, las mayorías deliberatorias y decisorias que habrán de aplicarse serán las comunes previstas en la ley o en los estatutos y no las especiales del ordenamiento positivo señaladas en el artículo 429 ib., para las llevadas a cabo 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, caso en el que podrán sesionar y decidir validamente con un número plural de asociados, cualquiera que sea el número de acciones o cuotas que esté representado (Oficio 220- 044078 de 9 septiembre de 2004).

REVISOR FISCAL

PROHIBICIÓN DEL CONTADOR PARA OCUPAR EL CARGO DE REVISOR FISCAL EN LA MISMA SOCIEDAD.

Apropósito de la inquietud sobre la posibilidad de que el contador ocupe el cargo de revisor fiscal en la misma empresa, se impone resaltar que de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 43 de 1990, Estatuto Orgánico de la Contaduría Pública en Colombia, el contador público que haya sido empleado en una compañía no podrá aceptar el cargo como revisor fiscal de la misma, a menos que haya trascurrido por lo menos seis (6) meses desde su desvinculación con la empresa.

Sobre el particular, la Superintendencia ha conceptuado, que como el término "empleado" no ha sido definido en la citada Ley 43, Código de Comercio ni en el Código Sustantivo del Trabajo, debe recurrirse a la regla de interpretación contenida en el articulo 28 del Código Civil y a la definición que da el diccionario de la lengua española, quedando claro que tal acepción indica *"..que son personas naturales que ejecutan actividades de tipo intelectual por oposición a la palabra "trabajador" que denota una labor de producción de tipo manual y, que en ambos casos existe una subordinación a un empleador facultado para dar instrucciones en cuanto al modo de ejecución de las tareas, requerir cantidad o calidad de trabajo y exigir el cumplimiento de reglamentos instaurados en la organización empresarial."*

Finaliza el mencionado concepto haciendo referencia al numeral 3º, artículo 37 de la misma Ley 43, que dispone como principio básico de ética profesional la "independencia mental y de criterio" que todo contador debe aplicar y demostrar en el ejercicio de su trabajo, con relación a cualquier interés que pueda considerarse como incompatible con los principios de integridad y objetividad, que por las características de la profesión contable, debe considerarse esencial y concomitante, para concluir que *"..si analizamos los objetivos de la revisoría fiscal encontramos que*

dentro de esa función fiscalizadora está la de efectuar inspección constante sobre el manejo de los libros de contabilidad, los de actas, los documentos contables y el archivo en general, con el fin de asegurarse que los registros hechos en los libros son correctos y cumplen todos los requisitos establecidos en la ley, lo cual no tendría ningún fundamento si tal función la cumpliera sobre operaciones realizadas por él mismo" (Oficio OR- 18853 de 9 de agosto de 1991, publicado en el libro de Doctrinas Contables 1993, Pág. 199 y siguientes). (Oficio 220- 32928 del 10 de julio de 2002).

INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS QUE, EN LA MISMA EMPRESA, PRESTAN SIMULTÁNEAMENTE DOS O MÁS SERVICIOS, INCLUYENDO EL DE REVISORÍA FISCAL.

Se consulta si para el caso en que una persona jurídica preste servicios de revisoría fiscal y asesoría jurídica en una misma compañía, por ejemplo, a través de personas naturales diferentes, son aplicables los argumentos de pérdida de independencia e impedimento ético, predicables de una persona natural que desempeña simultáneamente esos dos cargos.

Teniendo en cuenta lo anterior, pregunta si también la incompatibilidad se hace extensiva cuando la persona jurídica, sea directamente o a través de subsidiarias o dependencias, realiza labores de revisoría fiscal y de asesoría jurídica.

Antes de resolver los interrogantes planteados, es conveniente expresar que si bien del análisis de las normas que regulan la revisoría fiscal y la asesoría jurídica, ejercidas por una misma persona natural, se han efectuado diversos pronunciamientos, llegando a la conclusión que existe incompatibilidad para el ejercicio simultáneo de esos dos cargos, es importante analizar el caso planteado, supuesto en el cual se designa a una persona jurídica para desempeñar los cargos de revisor fiscal y asesor jurídico en la misma empresa, a través de personas naturales diferentes.

Para los fines expuestos, se hace necesario tener en cuenta diferentes ordenamientos jurídicos, para analizar algunas de las diferencias existentes, de acuerdo a su origen, funcionamiento y finalidad, entre la revisoría fiscal y asesoría jurídica, para

posteriormente referimos a la posible incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de los dos cargos, por parte de una misma persona jurídica.

1. **Mientras el artículo 203 del Código de Comercio en concordancia con la Ley 43 de 1990, señalan claramente los casos en que obligatoriamente debe nombrarse revisor fiscal, el cargo de asesor jurídico, no tiene origen en la ley misma, sino que su designación depende de la voluntad de la administración.**
2. Las funciones del revisor fiscal, están expresamente consagradas en ley –artículo 207 del Código de Comercio y Ley 222 de 1995- o en los estatutos sociales; al paso que la asesoría deberá sujetarse a los términos del contrato suscrito entre la compañía que lo nombra y la persona que presta el servicio. En otros términos, la revisoría fiscal es un cargo que debe proveerse obligatoriamente, en las sociedades en las que por ley o los estatutos así lo exijan y la prestación de un servicio de asesoría tan solo obedece a una necesidad eventual de la administración que la contrata.
3. Dentro de las funciones del revisor fiscal, es importantes resaltar que quien ejerce el cargo debe velar porque la administración en sus actuaciones se ajuste a la ley y a los estatutos, dando con ello seguridad a los asociados y a los terceros en general sobre el buen manejo de la compañía y de la protección de sus activos; sus informes deben ser conocidos por los asociados, en la forma y términos contemplados en los artículos 208 y 209 del Código Mercantil. Por su parte, el asesor jurídico, en ejercicio de la profesión de abogado, tiene la misión de ilustrar al particular que lo contrata y prestar su asistencia en el desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas –artículo 2 del Decreto 196 de 1971-, en consecuencia de ello, su concepto o informe solo es de interés y para beneficio de quien lo contrata y, en términos generales, de carácter confidencial, teniendo en cuenta que sus obligaciones se sujetan a las condiciones particulares del contrato.

4. **La elección y fijación de los honorarios del revisor fiscal corresponde al máximo órgano social, así como la facultad de removerlo, aceptar la renuncia o reelegirlo –artículos 187, numeral 4 y 204 del Código de Comercio-; mientras que la designación del asesor corresponde al administrador de la sociedad, el término, plazo, precio y condiciones del servicio serán los convenidos y aceptados en el contrato que le dio origen, condiciones que serán obligatorias en la medida en que de acuerdo con el Código Civil en su artículo 1602 *"Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causales legales".***
5. En desarrollo de sus funciones, el revisor fiscal responderá: civilmente –Art.. 211 del Código de Comercio-; penalmente – Arts. 42,43 y 45 de la Ley 222/95 y estatuto anticorrupción; administrativa o contravencionalmente por incumplimiento en las funciones, de acuerdo con el Art.. 216 Código Mercantil y disciplinariamente por violación al Código de Ética contenido en la Ley 43 de 90 (Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 14/97 y septiembre 24/97), al paso que el asesor sólo responderá civilmente por incumplimiento a los términos del contrato.

Otros aspectos importantes para el caso que se analiza, son los relacionados con la regulación de las sociedades y de los contratos o vínculos laborales.

En nuestro ordenamiento jurídico, por disposición expresa las personas jurídicas tienen su propia personalidad jurídica, lo que las valida para contraer obligaciones, adquirir derechos y ser representadas judicial y extrajudicialmente por quien sea designado como representante legal. En otras palabras, al igual que las personas naturales, las sociedades comerciales, como cualquier tipo de sociedad, son sujetos con capacidad para ejecutar todos los actos y contratos relacionados, directa e indirectamente, con su objeto social –artículos 98 y 99 del Código de Comercio-.

Ahora bien, entratándose de una sociedad cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales entre ellos, la revisoría fiscal y la asesoría jurídica, es obvio suponer que para el desarrollo del mismo requiera de profesionales o técnicos idóneos para atender los servicios que le sean solicitados, vinculados laboralmente con ella, sea a través de contratos de trabajo o de prestación de servicios, configurándose entre ellos la existencia de los elementos esenciales del contrato, cuales son: actividad personal del trabajador, subordinación o dependencia respecto del empleador y la remuneración –artículo 23 Código Sustantivo del Trabajo-

En este orden de ideas, cuando la persona jurídica ha sido nombrada como revisor fiscal o elegida para prestar un servicio de asesoría jurídica, ésta deberá designar a uno de sus afiliados, trabajadores o empleados a su servicio, para que en nombre y representación de la empresa, ejecute la labor encomendada, en beneficio del tercero que lo contrata. Caso en el cual, si bien es cierto que el vinculo laboral de la persona natural es con la empresa prestadora del servicio, no es menos cierto que en desarrollo de las funciones actuará bajo su responsabilidad personal, es decir, que el ejercicio ilegal de las actividades contratadas o las legales y estatutarias, si se trata del revisor fiscal, los hará responsables individualmente y por ende sujetos a las sanciones a que haya lugar, no obstante que la sociedad contratada conservará, durante el tiempo que dure el vínculo, la rresponsabilidad jurídica que implica el ejercicio adecuado de la función, además de que asumirá, con y por sus propios medios, todos los riesgos de la labor contratada.

En materia laboral, en la practica coexistirán dos tipos de vínculos jurídicos, uno de trabajo, entre la sociedad que tiene en su objeto la prestación de servicios, denominada empleadora, y sus trabajadores o dependientes, que serían las personas naturales, profesionales o técnicos calificados, y, de otro lado pero en forma simultánea, el contrato de trabajo o de prestación de servicios celebrado entre la compañía que presta el servicio y la persona jurídica que lo ordena y paga; vínculo que subsistirá hasta tanto se dé por terminado el mismo, sea por cumplimiento, vencimiento del periodo, o aceptación de renuncia, momento en el cual desaparecen

los derechos y obligaciones contraías por las sociedades contratante y prestadora del servicio .

Es tal la obligación que adquiere la sociedad contratada, que la legislación comercial, en el artículo 215, ordena que cuando se designen firmas como revisor fiscal, éstas deben nombrar a un contador que desempeñe el cargo personalmente, que reúna las calidades exigidas para el mismo e inscribir su nombre en el registro mercantil. Obligación que conserva ante la renuncia o ausencia temporal o definitiva de la persona natural designada, caso en el cual la sociedad deberá nombrar a una nueva para que asuma el cargo.

En cuanto a los principios básicos de ética profesional del contador público, la Ley 43 de 1990 señala el de integridad, puesto que del profesional se espera rectitud y honestidad en el ejercicio de la profesión, con una alta conciencia moral, aptitud profesional e independencia mental, respecto a cualquier interés que puede resultar incompatible, tal como lo señala el artículo 50 de la citada ley, que expresamente dispone que *"Cuando un contador público sea requerido para actuar como ...revisor fiscal...se abstendrá de aceptar tal designación si tiene... intereses comunes o cualquier otra circunstancia que pueda restarle independencia u objetividad a sus conceptos o actuaciones"*.

En resumen, el nombrado como revisor fiscal debe ser una persona libre de todo vínculo con la sociedad y sus administradores de forma tal que no haya duda respecto de su imparcialidad, independencia y objetividad que requiere el ejercicio del cargo. Es así como con base en los principios y filosofía de la contaduría pública, el profesional debe gozar de absoluta independencia mental y de criterio, su gestión debe estar libre de todo conflicto de interés que le reste independencia y ajena a cualquier tipo de subordinación respecto de los administradores, quienes son sujetos pasivos de la gestión.

En síntesis, podemos destacar lo siguiente:

Si entre la persona jurídica prestadora de servicios profesionales y sus trabajadores, empleados o colaboradores, llámense revisor fiscal o asesor jurídico, se presentan los elementos del trabajo, entre ellos el de subordinación, por cuanto el empleador puede exigir el cumplimiento de sus ordenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo y lugar de trabajo e imponer los reglamentos y a su vez el trabajador debe obedecerlas -artículos 22 y 23 Código Sustantivo del Trabajo-, se concluye que, para todos los efectos, aquella será el patrono o empleador, que como ente autónomo entra a asumir los riesgos que puedan presentarse en la prestación de los servicios contratados, pero como en el desarrollo de la función la responsabilidad es personal, los designados serán los sujetos de las acciones civiles, penales, disciplinarias o administrativas, señaladas en la ley, según el caso.

Otra situación, sobre la cual no existe duda, es que por disposición legal el revisor fiscal es elegido por la asamblea general de accionistas o junta de socios, para velar porque no se violen los estatutos o la ley, caso en el cual su deber será informarlo para que se tomen las medidas y correctivos a que haya lugar. Por su parte, el asesor jurídico, que tiene su origen en la voluntad de los contratantes, se limita a la actividad contratada, con la obligación de rendir su concepto o dictamen a la administración.

Si legalmente los entes sociales tienen personalidad jurídica, y en desarrollo de ello, pueden celebrar contratos, adquiriendo derechos y obligaciones, no puede concebirse su desmembración de quienes actúen en su representación y en nombre de ella, a través del ejercicio de la revisoría fiscal y asesoría jurídica, pues pese a que prestan sus servicios en otra compañía no están ajenos a las disposiciones, políticas y directrices de la empresa de la cual dependen laboralmente.

Cabe preguntar si las personas así designadas realmente puedan actuar con total independencia la una de la otra, si en primer lugar, cómo ya se advirtió, tienen un mismo empleador y, en segundo lugar, cómo puede ser objetivo e imparcial el revisor en su función fiscalizadora, si el administrador cuenta con la colaboración y apoyo en la labor de dirección de la empresa de un asesor jurídico designado por la empresa a la cual éste pertenece. y de quien depende laboralmente.

En los anteriores términos, la misma persona jurídica estaría desarrollando simultáneamente gestión fiscalizadora y de colaboración en los actos de administración, situación que, sin lugar a dudas, la ubicaría en la inhabilidad de que trata el Código de Comercio, consagrada en el numeral 3 del artículo 205, máxime si se tiene en cuenta que la condición de revisor fiscal en tal caso la ostenta la persona jurídica, luego es ella quien no puede desempeñar en la misma compañía ningún otro cargo; admitir la posición contraria supondría que la prohibición solo aplica tratándose de personas naturales, cuando es claro que la ley no hizo al respecto ninguna distinción, lo que impide al interprete pretender excepciones.

Adicionalmente, se configuraría otra incompatibilidad de tipo ético para el revisor fiscal por falta de independencia mental y de criterio -artículo 50 del Código de Ética- al existir un vínculo con la administración, sujetos pasivos de su gestión, que podría restarle imparcialidad a su labor fiscalizadora, circunstancia que como ya se anotó la contempla la ley cuando expresa que habrá inhabilidad cuando exista *"...cualquier otra circunstancia que pueda restarle independencia u objetividad a sus conceptos o actuaciones".*

Así las cosas, en el entendido que no es legalmente posible desmembrar a la sociedad, de sus asociados y colaboradores o trabajadores, la opinión antes expresada se haría extensiva al presupuesto de las matrices y subordinadas (Oficio 220-52887 de 27 de mayo de 1999).

Conclusión que fue avalada por el Consejo de Estado, en sentencia proferida por la Sección Primera, Sala de lo

Contencioso Administrativo, el 6 de diciembre de 2001, previo examen del carácter de acto administrativo de la Circular 033 de 4 de octubre de 1999 y análisis de la facultad que ostenta la Junta Central de Contadores para impartir instrucciones relacionadas con los requisitos, obligaciones y algunas restricciones al ejercicio del cargo de revisor fiscal, cuando es ejercido por una persona jurídica, denegó la solicitud de nulidad de la mencionada circular, entre otras consideraciones porque en su criterio *"(..) Lo que hace la Circular 033, es precisar e ilustrar que las personas jurídicas que prestan servicios de contaduría pública también están sujetas a las restricciones que tanto el Código de Comercio como la Ley 43 de 1990 consagran para los Contadores Públicos como personas naturales. Tal propósito de la norma reglamentaria no escapa a las funciones de inspección y vigilancia colocadas en cabeza de la Junta Central de Contadores, pues mediante el acto acusado no se ha expedido la prohibición para el ejercicio de la profesión a las personas jurídica, sino tan solo se ha hecho claridad sobre el tema..."*

Adicionalmente, expresa que la misma *"... **no está estableciendo prohibiciones o restricciones para el ejercicio de la revisoría fiscal por parte de las personas jurídicas, sólo está precisando que el régimen de inhabilidades y prohibiciones que se aplica a la persona natural del Contador Público, también es aplicable a las personas jurídicas a través de las cuales se ejerce tal profesión...."*** (220- 10201 de 14 de marzo de 2002).

SECRETO PROFESIONAL

ALCANCE DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE LA ASESORÍA JURÍDICA.

Con fundamento en reglas legales que gobiernan el ejercicio de la profesión del abogado, en particular la que impone el deber de guardar el secreto profesional y plantea una serie de inquietudes en torno a la situación a que se ven enfrentados los abogados externos y las firmas de abogados que como tal prestan sus servicios de asesoría a las compañías, cuando quiera que el órgano de fiscalización les solicita información sobre hechos conocidos que pueden generar contingencias y/o responsabilidad para la compañía.

Los interrogantes propuestos, tocan tres aspectos puntuales a saber:

-Si con ocasión de la asesoría profesional solicitada por los administradores, se ha recibido de su parte información de una sociedad vigilada por esta Entidad, de la que en efecto podría concluirse que existe una responsabilidad o contingencia para la misma, que eventualmente pueda afectar los estados financieros, estaría el abogado en la obligación de responder al revisor fiscal la solicitud, revelando tal información, o por el contrario debería guardar el secreto profesional en desarrollo del principio constitucional previsto en el artículo 47 de la C.P. y en las normas atinentes al ejercicio de la abogacía- artículo 47 y concordantes del Decreto 196 de 1971?

-Si en las circunstancias descritas los administradores de la compañía han hecho una consulta similar a una sociedad multidisciplinaria, que simultáneamente ofrece los servicios de asesoría legal y a la vez cumple la función de revisoría fiscal; cuál de las dos obligaciones prima?,Está en ese caso obligada la sociedad multidisciplinaria a revelar la información que conoce en su condición de revisores fiscales, o por el contrario, ante el conflicto, prima la reserva profesional de abogados?

-Si la compañía vigilada tiene un asesor interno y él conoce de tales contingencias, su responsabilidad está dada con relación a los accionistas y por ende debe dar a conocerla a la asamblea, o a los revisores fiscales, o si por el contrario el asesor legal interno solo tiene responsabilidad frente a los administradores y en consecuencia también lo cobija el secreto profesional?

Aunque es claro para este Despacho que el tema reviste la mayor importancia, en tanto que compromete la transparencia en la administración de las sociedades mercantiles que son precisamente los sujetos de su vigilancia, lo es también que no le asiste autoridad para definir a través de esta vía, cuáles son en un momento dado los límites de las obligaciones que tienen los abogados en cumplimiento de las normas legales que rigen el ejercicio de la profesión, asunto que compete privativamente al Consejo Superior de la Judicatura, ni menos para interpretar en ese aspecto los alcances de principios contemplados en normas de rango constitucional, que es campo reservado a la Honorable Corte Constitucional, lo que impide un pronunciamiento que determine la sujeción o no a las disposiciones legales respectivas.

Sin embargo, en el entendido que la solicitud formulada es una oportunidad que le permite a la Entidad expresar su opinión en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, se estima necesario para ello abordar el análisis del tema en consideración estricta a dos factores primordiales: a)- la condición que ostentan y el marco legal que corresponde a los distintos sujetos que intervienen en la relación de la que se deriva la situación descrita; esto es, de un lado el o los administradores de una sociedad que solicitan la asistencia profesional de un abogado o una firma de abogados, que amparados por una relación contractual actúan como asesores jurídicos internos o externos de la misma y, del otro lado, el revisor fiscal o la entidad que cumple las funciones legales propias de la revisoría fiscal para la misma sociedad; y b)- el objeto de la información en poder del asesor jurídico, circunscrita ésta a las situaciones que puedan acarrear contingencias o responsabilidad para la empresa.

Sujetos:

En relación con los administradores, tenemos que sin perjuicio de lo que para cada tipo social establezcan las disposiciones legales y estatutarias pertinentes, la Ley 222 de 1995 explícitamente determina quienes tienen tal carácter, a la vez que les consagra un régimen de deberes y responsabilidades, el cual supone, entre otros, que actúan con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios y siempre sus actuaciones se cumplen en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados; se destacar que entre sus deberes está el de velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.

-Tratándose de los abogados, ha de señalarse que, con independencia de los términos en que se acuerde el objeto del contrato suscrito entre el asesor jurídico y la compañía que requiere sus servicios, éstos se hallan subordinados en el ejercicio de la profesión a las previsiones contenidas en el Decreto 196 de 1971 y demás normas complementarias, el primero de los cuales dispone, en su Titulo I, que la abogacía tiene como función social la de colaborar con las autoridades, en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia y que es su misión principal defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares e igualmente asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas, de suerte que su concepto o informe, en principio, sólo es de interés y para beneficio de quien lo contrata, y en términos generales, de carácter confidencial, teniendo en cuenta que el artículo 47 ibidem contempla una serie de deberes, entre los que se encuentra el de guardar el secreto profesional.

La importancia del secreto profesional, como lo ha señalado la jurisprudencia, radica básicamente en su función de protección instrumental de otros derechos, principalmente del derecho a la intimidad personal y familiar del individuo, lo que constituye para su beneficiario garantía a la reserva de la información confiada y para el profesional el deber de preservarla el artículo 74 de la Constitución Política, a ese propósito consagra que "El secreto profesional es inviolable"; sobre sus alcances y el concepto de la inviolabilidad se

ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia C-583 del 23 de octubre de 1997, en los términos que más adelante se transcribirán.

-En el otro extremo se encuentra el revisor fiscal, que representa el órgano de fiscálización privada de la empresa; por su singular relevancia las condiciones para el ejercicio del cargo y su régimen de obligaciones están expresamente señalados por los estatutos y la ley -artículo 207 y SS, del C.de Co. y Ley 222 de 1995-, sin perjuicio de las obligaciones que se derivan del Código de Ética contenido en la Ley 43 de 1990 que aplica a los contadores públicos y de las previstas en otras normas de orden particular Vr. Gr. Art. 659 del Estatuto Tributario y Art. 80 de la Ley 190 de 1995.

Es así como la revisoría fiscal está instituida para asegurarle a los propietarios de las compañías, a los terceros y al Estado mismo, el acatamiento que los administradores dan a las normas legales y estatutarias sobre la seguridad y conservación de los activos sociales, y sobre la conducta que ha de observarse en procura de la fidelidad de los estados financieros. Su actuar descansa en la confianza y credibilidad que inspira al dar fe pública, lo que significa que su atestación o firma hará presumir legalmente que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales y estatutarios. En materia de estados financieros es al revisor fiscal a quien, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 207 del C. de Co., le corresponde dictaminar acerca de los mismos, para lo cual debe practicar una auditoria integral en los términos de las disposiciones legales pertinentes, en el entendido que su dictamen debe ceñirse a la veracidad, oportunidad, importancia y teniendo independencia en su preparación.

En relación con los aspectos puntuales del régimen vigente sobre estados financieros, y demás aspectos atinentes a la revisoría fiscal es pertinente remitirse a la Circular Externa No. 14 de 1997 proferida por este Despacho, la que, entre otros precisa el ámbito de responsabilidad que a los mismos les corresponde en materia civil (Art.221 del C.de Co), penal (Art.42, 43 y 45 de la Ley 222/95 y estatuto anticorrupción), administrativa o contravencional (Art. 216 del C. de Co.), y disciplinaria (Ley 43/90). Es de particular importancia para este análisis tener presente el precepto contenido

en el artículo 118 de la Ley 222 de 1995, de acuerdo con el cual esta Superintendencia, de oficio o a solicitud de la junta provisional de acreedores o del contralor, podrá remover al revisor fiscal, entre otras cuando compruebe que no denunció oportunamente la situación de crisis del deudor, u omita exigir que se revele su situación real en los estados financieros.

Objeto de la información:

Según la hipótesis descrita los informes que el revisor fiscal solicita al asesor legal, se contraen a cualquier asunto del que éste "tenga conocimiento y que pudiere implicar una responsabilidad directa o contingencia a cargo de la compañía", en aras a servir de fundamento para dar su concepto sobre los estados financieros de propósito general, a los que se refieren los artículos 34 y 37 de la Ley 222 de 1995, bajo el supuesto de que los administradores de la compañía, gracias a la relación cliente- abogado, amparada en el secreto profesional, le han confiado plenamente a aquel toda la información y efectivamente ella comporta ese tipo de situaciones.

En este punto cabe destacar por una parte, que la información en cuestión versa específicamente sobre hechos o situaciones de connotación jurídica y patrimonial, que se relacionan exclusiva y directamente con la actividad desarrollada por la empresa como sujeto de derecho, no con las personas naturales que en su nombre actúan como administradores y, por otra parte, que la misma tiene un destinatario individual y un propósito concreto, que en últimas apunta a proporcionar a quien tiene la obligación legal de velar por ello los elementos de juicio suficientes para garantizar que exista certeza sobre los hechos económicos que han de ser reflejados en los estados financieros del respectivo ente.

Ahora bien, lo que va expuesto impone la necesidad de realizar adicionalmente unos breves comentarios acerca de las características y la trascendencia que tienen los estados financieros, precisando en primer lugar que en el sistema colombiano éstos constituyen el medio principal para suministrar la información contable a quienes no tienen acceso a los registros del respectivo ente económico, y en esa medida constituyen el soporte para los terceros que han de contratar con la empresa, a la vez que satisfacen

las necesidades del público en general, entiéndase socios, trabajadores, acreedores, organismos fiscales, de vigilancia etc.

Su preparación y presentación es responsabilidad privativa de los administradores, debiendo sujetarse para ese fin a las reglas que señala el Decreto 2649 de 1993 y, particularmente, en el caso de los estados financieros de propósito general que deben difundirse al fin de cada ejercicio social, a la norma básica de revelación plena prevista en el artículo 15 ibidem, así como la norma técnica general contemplada en el artículo 57, que exige por parte de aquellos la estricta verificación de las afirmaciones explícitas e implícitas en cada uno de sus elementos, cuyo cumplimiento se satisface con la presentación de los Estados financieros acompañados de sus notas, proyecto de distribución de utilidades, y otros como el informe de gestión que los administradores deben rendir al máximo órgano social, según los términos de los artículos 45 a 47 de la Ley 222 de 1995, informe que debe contener entre otros, una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación jurídica, económica y administrativa de la sociedad, acompañando lo anterior con el dictamen e informe del revisor fiscal que cumpla con los lineamientos impuestos por la ley, sin perjuicio además de la presentación por parte de la junta directiva y el representante legal de la información que exige el artículo 446 del Código de Comercio.

De conformidad con lo anterior, se advierte la estrecha relación que existe entre los administradores y el revisor fiscal de la empresa, e igualmente la responsabilidad que a unos y otro les asiste, particularmente en el cumplimiento de los deberes que comparten en la elaboración de los estados financieros, en la medida en que si bien los primeros son los encargados legalmente de su preparación en tanto que éstos miden las cuentas de su gestión, es el revisor fiscal quien con su opinión se compromete por la veracidad transparencia e idoneidad de la información que en ellos ha de estar vertida conforme a la ley.

En este orden de ideas cabe preguntarse, hasta dónde es viable suponer que si el administrador bajo ninguna circunstancia puede sustraerse a la obligación de revelar la información de carácter administrativo, jurídico y contable que concierna a la empresa, como sería la ocurrencia de situaciones o hechos que puedan constituir

algún riesgo ya advertido del que puedan generarse, contingencias y/o responsabilidad para la misma, al asesor jurídico que con ocasión de su gestión conozca de la misma, le esté vedado, so pretexto del secreto profesional, poner esa información en conocimiento del revisor fiscal que, se le ha requerido en ejercicio de sus funciones, cuando es evidente que ésta versa sobre datos que no están dentro del ámbito del secreto profesional y, más aun, cuando sería inconcebible dentro de una sana óptica jurídica que en esas circunstancias el administrador pudiera legítimamente pretender reserva de parte del asesor, ocultando lo irregular bajo una apariencia de corrección indebidamente amparada en el secreto.

Las consideraciones efectuadas con asidero en las disposiciones invocadas, permiten en opinión de este Despacho concluir que tratándose de información que no sólo carece de reserva legal, sino que por el contrario está destinada a ser revelada, divulgada y difundida a través de los estados financieros como medio idóneo que son para suministrar a los socios y al público la información contable del ente económico, y teniendo en cuenta las diversas obligaciones en cabeza del revisor fiscal y las funciones que éste cumple como órgano de control, que, como se vió, van más allá de proteger intereses particulares, pues es su deber velar además por los intereses económicos de la comunidad en general, incluidos los del Estado, no resulta aceptable en estricto derecho que el asesor jurídico, amén del secreto profesional que ampara la relación con el administrador que ha contratado sus servicios, pueda rehusarse a suministrar dicha información al órgano de fiscalización, cuando es claro por demás que ésta no versa sobre hechos que comprometen la intimidad personal ni familiar del administrador.

Por el contrario, se trata de datos de la persona jurídica-comerciante, cuya actividad trasciende al público y como ya se ha dicho es precisamente al revisor fiscal a quien legalmente le corresponde verificar la fidelidad estricta de los hechos económicos que los administradores están en la obligación de registrar conforme a las normas mercantiles y contables; y esto no sólo le permite, sino que además le impone la obligación de requerir toda la información que sea indispensable, tanto a los administradores directamente, como

a los asesores internos o externos que conozcan de ella si hubiere lugar, lo que a su vez implica para éstos el deber correlativo de proporcionarla. De otra manera no podría hacerse efectiva la responsabilidad que pesa sobre los respectivos órganos, ni el cumplimiento de sus funciones constituiría la garantía que le reconoce la ley.

Ahora bien, en esas circunstancias ha de entenderse a juicio de este Despacho que aun cuando las obligaciones del asesor jurídico sea interno o externo, se sujetan a las condiciones particulares del contrato y por tanto en cumplimento de su deber profesional en principio, debe rendir su concepto o dictamen directamente a los administradores que han requerido su asesoría, para el caso, la información sobre las situaciones que puedan generar contingencias, ese hecho, según las razones analizadas no lo releva de suministrarla también al órgano de revisoría fiscal que la solicita, lo que permite colegir que entonces éstos, es decir los administradores y el revisor fiscal en ejercicio de sus funciones, serán los responsables de trasladar la información correspondiente al máximo órgano social, siempre que no sean otros los compromisos asumidos en virtud del contrato.

Esa responsabilidad obviamente comporta para el revisor fiscal el deber de obtener evidencia válida y suficiente por medio de análisis, inspección, observación, interrogación, confirmación y otros procedimientos de auditoria con el propósito de allegar bases razonables para el otorgamiento de su dictamen, como lo estipula el artículo 7, numeral segundo de la Ley 43 de 1990 que contiene las normas relativas a la ejecución de su trabajo y, tomando en consideración el concepto de "contingencia" que define el artículo 52 del Decreto 2649 de 1993, como "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 más eventos futuros ocurran o dejen de ocurrir", las que pueden ser probables, eventuales o remotas. A ese propósito advierte la norma que la calificación y cuantificación de las contingencias debe ajustarse al menos al cierre de cada

período, cuando sea del caso con fundamento en el concepto de expertos, para el caso de los asesores legales.

Es de anotar, que el artículo 45 de la Ley 222 de 1995, cuando establece que los administradores deben rendir cuentas comprobadas de su gestión al final de cada ejercicio, al retirarse de su cargo y siempre que se las exija el órgano competente para ello, en los términos y con las indicaciones indicadas, adicionalmente advierte que *"La aprobación de las cuentas no exonerará de responsabilidad a los administradores, representantes legales, contadores públicos, empleados, asesores o revisores fiscales."*

Para finalizar, en torno a las sociedades "multidisciplinarias" que prestan los servicios de asesoría legal y a la vez tienen a su cargo la función de la revisoría fiscal, con fundamento el articulo 205, numeral 3 del C. de Co., en armonía con los principios del Código de Ética profesional contenido en la Ley 43 de 1990, en el caso de las personas jurídicas, resulta incompatible el ejercicio simultaneo de esos dos servicios, lo que por sustracción de materia impediría cualquier tipo de conflicto. (Oficio 220- 35403 de julio 23 de 2002).

Sup... BIBLI...

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

EXISTENCIA DE CUOTAS PRIVILEGIADAS EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

1. Acciones privilegiadas.

Se pueden definir las acciones privilegiadas como aquellos títulos que emite una sociedad y que tiene una participación en los derechos o beneficios sociales en una proporción superior a la participación en el capital de la compañía.

No obstante que el principio jurídica universal de la igualdad, aplicable al derecho societario, sostiene que todo los accionistas gozan de idénticos derechos y obligaciones. Resulta viable con base en la autonomía de la voluntad pactar una s acciones que tiene unas prerrogativas ventajosas con respecto a otras de la misma compañía.

El ordenamiento mercantil permite, dentro del ejercicio de la voluntad privada, que los asociados convengan libremente aquellas estipulaciones que le sena convenientes a sus intereses particulares o colectivos, lo cual es sinónimo de sobre determinación, sin perjuicio de las leyes especiales y estipulaciones que le sean convenientes a sus intereses particulares o colectivos, lo cual es sinónimo de libre determinación, sin perjuicio de las leyes especiales y estipules expresas.

En otras palabras, la autonomía de la voluntad privada se traduce en que el valor jurídico del contrato emana del libre acuerdo de las voluntades, las que al obligarse no "hacen sino ejercitar o permitir" que las personas ejerzan un derecho que es inherente a la naturaleza humana. Lo cual, no quiere significar, que dicho "ejercicio" vaya en contra del orden público o las buenas costumbres; en otras palabras, la persona natural o jurídica no es un sujeto absoluto de derechos y dueños de una voluntad que pueda actuar sin frontera alguna, sino que está sujeto a cierta "interdependencia" que lo obliga a actuar

dentro de cierto marco social y jurídico que de alguna forma limitan la voluntad individual y colectiva.

Ello lo explica por sí solo el artículo 1602 del Código Civil en donde se consagró el consentimiento como elemento esencial de los actos y declaraciones de voluntad al decir que "...todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por sus consentimiento actúo por causas legales". A su ve, el Código en mención puso límite a la autonomía absoluta de la voluntad, en los artículos 15 y 16 cuando presupuestó: *"Podrán renunciarse los derechos v conferidos por la leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia". Y, "no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres".*

De otra parte, nuestra legislación comercial en el artículo 381 advierte en forma clara que las prerrogativas que implican dichas acciones deben enmarcarse exclusivamente en la parte económica, tales como el derecho preferencial que tienen las acciones para su reembolso en caso de liquidación, o el derecho a que de las utilidades se les destine, en primer término, una cuota determinada etc; lo cual implica que al pactarse tales privilegios se le otorga a los asociados, además, de los derechos mínimos esenciales consagrado en el artículo 379 del Código de Comercio, otros adicionales que en razón de su importancia y a fin de garantizarlos eficazmente deben ser objeto de un pacto estatutario en el nacimiento de la sociedad o si se hace con posterioridad por medio de una reforma de aquel.

El legislador del año 1971 consideró pertinente que dicha figura quedara planteada para las sociedades anónimas que eran realmente las de mayor crecimiento y tamaño en cuanto al número de socios que integraban cada una de ellas; sin embargo, por ello no puede deducirse que dentro de las sociedades de responsabilidad limitada no puedan existir cuotas privilegiadas; de una parte, por cuanto el legislador no lo dijo y, por otra, por cuanto el artículo 372 del Código de Comercio es claro al preceptuar que *"En lo no previsto en este título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre las sociedades anónimas".* Además, por cuanto dicho pacto no se encuentra en contra de las buenas costumbre ni del

orden público establecido; así como tampoco, se reitera, de la ley comercial vigente.

Sobre el mismo tema se ocupó la entidad recientemente y volvió a la conclusión anterior, con base entre otros, en los siguientes argumentos:

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 372 DEL C. DE Co. EN LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Para los efectos de determinar sus alcances hay que señalar que indudablemente nuestro legislador asimila a las sociedades de responsabilidad limitada en lo que hace relación con asuntos que no son tratados por la misma ley, a las sociedades anónimas.

Y no puede entenderse de otra manera, máxime que en lo que concierne al tipo de sociedad que nos ocupa, la regla general es que éstas se rigen en primer término por las disposiciones previstas en el Titulo V. Libro Segundo del citado código, en segundo lugar por las normas generales consagradas en los Títulos I y II del mismo libro y en tercer lugar en materia de balances, reparto de utilidades y reserva legal, por las normas pertinentes previstas para las sociedades anónimas, siendo claro que en todos los demás asuntos no contemplados por las normas aludidas, existe libertad contractual por parte de los particulares para prever las estipulaciones que a bien tengan, según los términos de los artículos 371 y 372 mencionados, teniendo en cuenta que al tenor de este último, las normas que rigen a la sociedad anónima, salvo las señaladas sólo se aplican en aquellos asuntos en que los estatutos guarden silencio.

En este orden de ideas es viable afirmar que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, habrá posibilidad de recurrir a las normas que rigen para las sociedades anónimas, siempre que las previsiones legales correspondientes sean compatibles en cuanto su aplicación con la sociedad de responsabilidad limitada y por consiguiente, se ajusten a su naturaleza (artículo 110, numeral 4º).

Consecuente con lo expuesto y considerando de una parte que no existe disposición legal que lo prohíba y de otra, que en razón de sus características no habría incompatibilidad con su estructura, es factible reiterar que pueden existir en la sociedad de responsabilidad limitada cuotas privilegiadas, con sujeción a las condiciones previstas en la ley

para las acciones privilegiadas, lo que supone la adecuación de la figura a los parámetros establecidos en los artículos 381, 382 y 383 del Código de Comercio, siendo fundamental por tanto, que los derechos que ellas concedan sean exclusivamente económicos, amén de que le podrán otorgar al asociado:

"1.- Un derecho preferencial para su reembolso en caso de liquidación hasta concurrencia de su valor nominal;

2.- Un derecho a que de las utilidades se les destine, en primer término, una cuota determinada, acumulable o no. La acumulación no podrá extenderse a un período mayor de cinco años".

Valga anotar que los privilegios contemplados en el artículo 381 ibidem, son eminentemente enunciativos y por consiguiente, pueden establecerse, por voluntad de los asociados, otras prerrogativas.

Sin embargo, bajo ningún aspecto, las cuotas privilegiadas pueden otorgar a sus titulares la posibilidad de voto múltiple o conducir a que se priven de sus derechos a los socios titulares de cuotas comunes u ordinarias.

Ahora bien, toda vez que la referida figura no está prevista en la ley para las sociedades de responsabilidad limitada y que su consagración será de carácter contractual, es importante tener en cuenta que los privilegios que en cada caso se establezcan para sus titulares, deben ofrecer todas las garantías no tanto a quienes las posean, sino frente a los asociados que carezcan de ellas y a los terceros en general. De ahí que su creación, la mayoría para establecerlas y todos los demás asuntos relacionados con ellas deben estar debidamente estipulados en los estatutos sociales, bien sea que su existencia se contemple desde el momento de la constitución de la sociedad o que se acuerde posteriormente, en cuyo caso se estará a las formalidades legales y estatutarias que rigen para las reformas del contrato en armonía con las normas del Código que consagran las acciones privilegiadas, en cuanto sea pertinente (Oficios 220-49886 de noviembre 8 de 1996 y 220-17573 de febrero 29 de 2000).

EL REEMBOLSO DEL APORTE COMO CONSECUENCIA DE LA EXCLUSIÓN PUEDE HACERSE EN DINERO Y/O ESPECIE (ACTIVO).

Se ha consultado *"si debido a falta de liquidez en el procedimiento general para la exclusión del socio interesado en ceder cuotas, se pude el valor definido finalmente pagar en parte en especie, (activo fijo) y parte en dinero".*

Sobre el particular se observa que aún cuando el principio general que señala el ordenamiento comercial es la prohibición para rembolsar total o parcialmente los aportes a los asociados antes de que la compañía haya pagado el pasivo externo -Art.. 143 Código de Comercio-, también prevé la posibilidad de rembolsar el aporte en favor de alguno o algunos de los socios, cuando agotado el procedimiento previsto en los estatutos o en la ley para la negociación de cuotas, la oferta no ha sido aceptada por la sociedad y/o los asociados en ejercicio del derecho de preferencia, en cuyo caso procede adoptar la reforma estatutaria consistente bien sea en la disolución del ente jurídico o la exclusión del socio interesado en ceder sus cuotas -Art.. 365 ibidem, lo que a su turno conlleva el reembolso del aporte y la consiguiente disminución del capital social (Art..145 y 147).

Por tanto, es la decisión de los demás asociados reunidos en junta de socios, cuando optan por la exclusión del socio, lo que hace imperioso la liquidación de las cuotas en la forma prevista en el artículo 365 ib.; no obstante como la forma de cancelar el monto convenido no fue asunto del cual se ocupó el ordenamiento mercantil y al no existir previsión legal en contrario, debe entenderse que el mismo puede ser cancelado en efectivo y/o especie, siempre que las partes consientan en ello.

Sin perjuicio del procedimiento que para ese fin se impone, será obligación del representante legal de la compañía obtener autorización del máximo órgano social, si por el precio del bien

(activo) que se pretende entregar como parte de la liquidación de las cuotas, o por la naturaleza de la misma, la operación está sujeta a tal formalidad. Dicho en otras palabras, para que se predique la legalidad del negocio jurídico, no basta con la anuencia de las partes, sino que la operación se sujete a lo previsto en el contrato de sociedad respecto de las restricciones o limitaciones a las facultades de quien representa legalmente la compañía -Art.. 196 Ob. Cit.-

Ahora bien, aunque se haya obtenido la referida autorización, de ser necesaria, será responsabilidad del representante legal y del revisor fiscal de la empresa, velar porque el tipo de activo a entregar no corresponda a aquellos que se encuentren involucrados directamente con la generación de los ingresos operacionales, para evitar que se afecte el normal desarrollo de las operaciones y el resultado del ejercicio. (Oficio 220- 038141 de septiembre 17 de 2001).

EXCLUSIÓN DE SOCIOS CUANDO EL APORTE NO SE REALIZA (ARTÍCULO 125 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

Se hará referencia a los interrogantes relacionados con la exclusión de socios por el no pago de los aportes en una sociedad de responsabilidad limitada, según los términos del artículo 125, numeral 1 del Código de Comercio, teniendo en cuenta el Oficio 220-55482 del 23 de octubre de 1995, proferido por este Despacho, en el cual se trata el tema de las mayorías para decidir sobre la disolución o la exclusión de un socio, cuando se imposibilita llevar a cabo la cesión de sus cuotas.

Al respecto, debe señalarse que de acuerdo con el artículo 125 ídem, *"Cuando el aporte no se haga en la forma y época convenidas, la sociedad empleará los arbitrios de indemnización estipulados en el contrato..."* agregando la norma que *"...la sociedad podrá emplear cualquiera de los siguientes arbitrios: 1) Excluir de la sociedad al asociado incumplido ...."* (Los subrayados son nuestros).

A su vez, el numeral 3 del artículo 358 de la Legislación Mercantil, consagra como una de las atribuciones de la Junta de Socios la de decidir sobre el retiro y la exclusión de socios.

Es entonces el máximo órgano de la sociedad, reunido conforme las normas legales y estatutarias pertinentes, quien debe proceder a adoptar la determinación consistente en excluir al asociado incumplido, independientemente de las razones que dieron origen a la misma, caso en el cual la variación en la composición del capital social en todo caso implica una reforma estatutaria que como tal, estaría en principio supeditada a las reglas que establece el artículo 360 del mismo código y por ende requeriría el voto favorable de un número plural de socios que represente cuando menos el 70% de las cuotas en que se halla dividido el capital social, a más del cumplimiento de las formalidades legales y estatutarias pertinentes (artículo 158 ibidem)

Sin embargo, en cuanto a las consideraciones a que se hizo alusión en el oficio 55482 del 23 de octubre de 1995, en lo que respecta a la conformación de la mayoría decisoria para fines de la exclusión, ha de tenerse en cuenta que es otro el supuesto que determina en este caso la exclusión, como son también otras las reglas que aplican para llegar a la misma conclusión, en cuanto concierne a la mayoría.

En efecto, el pronunciamiento contenido en el citado oficio, expresa que tratándose de la exclusión de socios, cuando quiera que la medida proceda porque no haya podido llevarse a cabo la cesión de sus cuotas en los términos del artículo 365 del referido código, las cuotas objeto de cesión fallida *"...están excluidas para efectos de la votación, es decir, que son exclusivamente los socios restantes quienes tienen la aptitud y plena facultad para decidir"*, lo que permite afirmar que dichos socios representan el total de las cuotas, si no literalmente "de las cuotas en que se halla dividido el capital de la sociedad" como lo establece el artículo 360 mencionado, si de las "cuotas hábiles" para decidir.

La regla anterior procede igualmente frente al presupuesto que se analiza, toda vez que de conformidad con el artículo 397 del código citado, aplicable por remisión (artículo 372 ibidem) a las sociedades de responsabilidad limitada, los titulares de acciones y/ o en su lugar las cuotas en mora, no podrán ejercer los derechos inherentes a las mismas, lo que implica que están impedidos para participar en la decisión, que por demás, tiene un carácter eminentemente sancionatorio, lo que por si mismo haría improcedente la participación del socio sujeto de la sanción, en la decisión correspondiente.

Tenemos entonces que para adoptar la decisión, se debe partir de la base de que la mayoría decisoria está conformada con el voto favorable de los socios cuyas cuotas estén efectivamente pagadas, prescindiendo de las que le correspondan a los socios que no han efectuado su pago, es decir, el 100% lo conforman la totalidad de las cuotas, descontando de las que posea o posean los socios incumplidos.

Valga reiterar lo afirmado en el oficio citado, en cuanto que la determinación debe "ser aprobada con el voto favorable del 70% de las cuotas de un numero plural de "los demás socios", sea cual fuere el porcentaje que los mismos tengan en el capital social.

Como colorario de lo afirmado, es claro que para la aplicación del arbitrio contenido en el numeral 1 del artículo 125 del Código de Comercio, por parte de la Junta de Socios, no pueden tenerse en cuenta las cuotas del socio incumplido para fines de la decisión, máxime que como lo ha considerado esta entidad, el interés individual del socio incumplido lo inhibe para tomar partido en una decisión que afecta su condición de tal, por lo cual, dentro de una sana lógica jurídica que no admite interpretación diferente, sus cuotas deben necesariamente estar excluidas de participar en cualquier votación. No es entonces por analogía que procede la regla invocada, sino por una interpretación sistemática de las normas societarias.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 355 de la Legislación Mercantil, la responsabilidad de los socios de la compañía donde no se ha cubierto la totalidad del capital social, se deduce como corresponde a los asociados en la sociedad colectiva, es decir, de manera solidaria e ilimitada.

En lo que a esta entidad concierne han de dar información sobre esas actuaciones las sociedades vigiladas y controladas.

Respecto a la responsabilidad que tienen los socios que votan la exclusión frente a los socios excluidos, es claro que estos últimos pueden intentar las acciones o pretensiones que la ley les confiere contra los actos de la asamblea de socios o por cualquiera otra que tutele su derecho por haber sido excluidos (CSJ –Cas. Civil. Sent. abril 22/92).

Finalmente, en lo que hace relación con los intereses moratorios, basta atenerse a lo que dispone el inciso final del artículo 125 citado, partiendo de la base de que los intereses a cobrar deben ajustarse a los imperantes en su debido momento y deben liquidarse sobre el total del monto debido, el cual puede exigirse exhibiendo las pruebas que se tengan al respecto, para acudir posteriormente a la justicia ordinaria. (Oficio 220- 21097 de marzo 16 de 2000).

EXCLUSIÓN DE SOCIO POR APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

PRESUPUESTOS NECESARIOS DE LA CONSULTA

Antes de entrar a resolver los interesantes cuestionamientos formulados en relación con el artículo 365 del C. de Co., último inciso, es indispensable precisar el contexto en que ha de interpretarse la norma citada. Incluso para determinar el contenido (vacíos, incoherencias, previsiones) de dicha norma.

Sea lo primero señalar que el artículo 365 del C. de Cio, forma parte integrante de un procedimiento denominado cesión de derechos o cuotas sociales, propio de las sociedades de responsabilidad limitada, lo cual conduce a que el precepto mencionado no pueda interpretarse aisladamente, sino dentro del contexto unitario conformado por los artículos 362, 363, 364 y 365 de la codificación comercial.

De otro lado, el citado conjunto está conformado por normas supletivas, vale decir, que *«...en los estatutos de la compañía pueden establecerse respecto de las cesiones de cuotas o partes sociales, las reglas que más convengan a los otros socios, como en favor de extraños»* (Gabino Pinzón, Sociedades Comerciales, Vol. II, 1983 Pág. 137).

El principio de la autonomía de la voluntad privada que cobija el conjunto citado de normas supletivas, es decir, todo el procedimiento de la cesión de cuotas sociales, está consagrado en el artículo 364 del C. Cio., cuando señala que «...en los estatutos podrán establecer otros procedimientos para fijar las condiciones de la cesión». Así lo ha interpretado la jurisprudencia: «El procedimiento para cesión de cuotas sociales rige salvo pacto social diverso: (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 14 de diciembre de 1973) y así lo enseña la doctrina (Superintendencia de Sociedades, (Boletín Jurídico No. 008 junio/94) y los tratadistas.

Queda, entonces, perfectamente señalado, que en materia de cesión de derechos sociales en las sociedades de responsabilidad limitada, la única regla imperativa es el derecho inviolable que tienen los socios a ceder sus cuotas: «Los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas. Cualquier estipulación que impida este derecho, se tendrá por no escrita» (artículo 362 del C. Cio.).

Consagran, además los artículos 363, 364 y 365 de la codificación comercial el derecho de receso o retracto del asociado, que no es otra cosa que la posibilidad consagrada en la ley de «...separarse de la sociedad» libremente (Hernán Villegas Sierra, Régimen de la Sociedad de Responsabilidad limitada, 1982 Pág. 279). Derecho que aunque técnicamente distinto, es desde luego correlativo al derecho de preferencia previsto expresamente en el artículo 363, ídem: *«...el socio que pretende ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás asociados por conducto del representante legal»*.

No sobra manifestar que a diferencia de lo que ocurre en las sociedades comerciales anónimas en las que el derecho de preferencia ha de estar expresamente pactado en el contrato social para su operancia, en las sociedades de responsabilidad limitada se presume, aún cuando en los estatutos se guarde silencio al respecto (Gabino Pinzón o.c. Pág. 159).

Hechas estas anotaciones, indispensables para un cabal entendimiento del procedimiento de la cesión, se procede a dar respuesta en detalle a los cuestionamientos de fondo que propone el exponente.

LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 365 DEL CODIGO DE COMERCIO NO ES AUTOMATICA

«Si dentro de los veinte (20) días siguientes no se perfecciona la cesión, los demás socios optarán entre disolver la sociedad o excluir al socio interesado en ceder las cuotas, liquidándolas en la forma establecida en el artículo anterior».

a) *«Quiere decir lo anterior que, si no se perfecciona la cesión y no se quiere excluir al socio, automáticamente la sociedad está en causal de disolución?».*

El último inciso del artículo 365 del C. Cio., prescribe que, si finalmente el procedimiento de la cesión no se perfecciona, «*...los demás socios...*», tienen dos opciones o alternativas: a) disolver la sociedad o b) excluir al socio cuya cesión resultó a la postre fallida, liquidando, en este caso, sus cuotas en la forma establecida en el artículo anterior.

Partiendo de estas dos únicas opciones, el exponente se plantea el siguiente cuestionamiento: «*...automáticamente la sociedad está en causal de disolución*», si no se quiere excluir al socio que pretendió, sin éxito, ceder sus derechos sociales?

La respuesta ha de ser necesariamente negativa, porque por mandato expreso de la ley, corresponde a»..los demás socios...», adoptar una de las dos opciones previstas en la norma citada, no siendo en este caso imperativa la posibilidad referente a la disolución de la sociedad, con lo cual mal podría hablarse que la disolución opera de manera inmediata, pues además que la disolución debe ser declarada por los demás socios, ellos conservan la posibilidad de excluir al socio cuya cesión resultó fallida; es decir que esa circunstancia por si misma no ubica a la sociedad en causal de disolución, pues si a ésta se llega, es por la voluntad de los asociados expresada en el seno del máximo órgano social.

LAS MAYORIAS DECISORIAS EN LAS OPCIONES A QUE ALUDE EL ARTICULO 365 DEL CODIGO DE COMERCIO

Con base en el mismo inciso último de la norma comercial citada, la consulta se hace esta reflexión:

b) «*Quiere decir lo anterior que si los demás socios optan por la disolución, no se requiere una mayoría especial, toda vez que la norma es optativa, y por tanto la mayoría simple en este caso es la correcta?*».

Veamos. La que es optativa es la alternativa prevista en la ley, es decir, que si no se perfecciona la cesión, los demás socios pueden optar entre disolver la sociedad o excluir al socio interesado.

Es opcional o facultativa, porque los demás socios pueden optar por una o por otra alternativa. Esto es claro.

Ahora bien, si los asociados optan por la disolución de la sociedad, pregunta el exponente si se requiere que esta alternativa sea aprobada por mayorías especiales o basta una mayoría simple.

El Código de Comercio en su artículo 365 señala que cualquiera que sea la alternativa adoptada, la decisión deberá ser tomada por «...los demás socios...», esto es, por todos los demás asociados, exceptuado aquel socio cuya cesión resultó fallida.

En relación con la exclusión del socio y la necesidad de efectuar una reforma estatutaria, la entidad ha señalado: *"Una vez los socios opten por excluir al interesado sin éxito en ceder sus cuotas, se tendrá en cuenta que la disminución del capital implica una reforma estatutaria que ha de ser aprobada y formalizada de acuerdo con la ley, según lo dispuesto en el artículo 147 ibidem. En consecuencia, la junta de socios debe aprobar la correspondiente reforma luego de lo cual ha de ser solemnizada mediante escritura pública. finalmente es preciso inscribir el respectivo instrumento público en la cámara de comercio del domicilio social.*

Ciertamente la liquidación parcial a que alude el articulo 365 del código mercantil supone el reembolso de aportes al socio excluido, lo cual a su turno conlleva la disminución del capital y requiere dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 145, ibidem» (Oficio DAL-2018 de enero 31 de 1991).

Como puede apreciarse cualesquiera que sea la alternativa acogida, tanto la disolución como la exclusión constituyen reformas estatutarias, las que como tal corresponde a la junta de socios aprobar con el lleno de las formalidades legales y estatutarias pertinentes, lo que obliga para efectos de la mayoría decisoria respectiva a remitirnos al artículo 360 del Código citado, según el cual salvo que se estipule una mayoría superior, las reformas estatutarias se aprobarán con el voto favorable de un número plural de asociados que representen cuando menos el 70% de las cuotas en que se halle dividido el capital.

La norma en cuestión si bien permite establecer una mayoría superior a la indicada, es imperativa en cuanto al cumplimiento del requisito de la pluralidad de asociados, así como al de la mayoría mínima

decisoria que para el efecto se exige, siendo estos aspectos sobre los que no es admisible interpretación contraria dado el claro sentido de la norma.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las reformas a que se ha hecho alusión, es decir la disolución o la exclusión no pueden tomarse para el caso objeto de estudio de manera aislada, ya que como antes quedó visto son medidas que hacen parte de un procedimiento cuya finalidad última es permitir que él o los socios hagan efectivo el derecho que les otorga la ley de ceder sus cuotas, el precepto invocado debe necesariamente armonizarse con el contenido en el artículo 365, de acuerdo con el cual de no ser posible perfeccionar la cesión, serán los demás socios quienes habrán de optar entre disolver la sociedad o excluir al socios que pretende ceder las cuotas.

Significa lo anterior, que si como es obvio, por el interés individual que a éstos les asiste, los socios cedentes no participan en la toma de la decisión que al respecto se adopte y las cuotas de que ellos son titulares están excluidas para efectos de la votación, son entonces exclusivamente los socios restantes quienes tienen la aptitud y plena facultad para decidir; de ahí debe colegirse interpretando el espíritu de la norma, que para el efecto dichos socios representan el total de las cuotas, si no literalmente «de las cuotas en que se halla dividido el capital de la sociedad» como establece el artículo 360 mencionado, sí de las «cuotas hábiles» para decidir.

En este orden de ideas, la reforma correspondiente sea la disolución o la exclusión, se ha de aprobar con el voto favorable de un número plural de socios, excluidos los interesados en la cesión, que representen cuando menos el 70% al menos de las cuotas de que estos son titulares.

FORMALIDADES QUE CONLLEVA LA EXCLUSIÓN DE UN SOCIO DERIVADA DE LA IMPOSIBILIDAD DE CEDER SUS CUOTAS.

Adoptada la determinación de excluir al socio, la sociedad debe efectuar el reembolso efectivo de los aportes, decisión que a su vez implica la disminución del capital social, que en si misma constituye una reforma del contrato social, conforme lo preceptúan los artículos 122 y 147 del Código Mercantil, que debe ser autorizada previa la

solicitud correspondiente, por parte de esta Superintendencia, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 145 del Código de Comercio, en concordancia con el numeral 7 del artículo 86 de la ley 222 de 1995 y numeral 20 del artículo 2, del Decreto 1080 de 1996.

En torno al tema, en el oficio 220- 22719 del 12 de mayo de 1998, la Superintendencia expresó: *"(...) Ahora bien el artículo 158 del Código de Comercio señala que toda reforma del contrato social 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 y agrega en su inciso segundo: «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».*

A su turno el parágrafo del artículo 166, señala: «*entre los socios podrá probarse la reforma con la sola copia debidamente expedida del acuerdo o acta en que conste dicha reforma y su adopción. Del mismo modo podrá probarse la reforma para obligar a los administradores a cumplir las formalidades de la escritura y del registro.*»

De lo expuesto se infieren las siguientes conclusiones:

I) Los socios respecto de los cuales debe decidirse su exclusión no están habilitados para votar tal decisión; pero a su vez, la decisión existe para los socios desde el momento en que se adopta.

En el caso planteado partiendo del supuesto que la persona jurídica fue conformada dentro de los lineamientos señalados en el artículo 110 del Código de Comercio, la modificación del capital social por la devolución del aporte a alguno de los socios, necesariamente implica la modificación de sus estatutos para adecuarlos a la nueva realidad que se traduce en la disminución de los socios que conforman la sociedad, así como del monto del capital de la misma.

Por lo tanto, la condición de socio se mantiene hasta tanto se solemnice y registre en la Cámara de Comercio el acuerdo, por lo que conforme al artículo 158 del código de Comercio la decisión

adoptada surte plenos efectos a partir del momento en que se adopta, lo que implica para los socios el derecho y la facultad legal para solicitarle a los administradores el cumplimiento de la obligación de solemnizar y registrar en la Cámara de Comercio tal decisión, pues solo en la medida en que se cumpla esta exigencia legal perderán los socios excluidos su condición de socios.

Así pues, los puntos contenidos en la primera, segunda y tercera pregunta, se resuelven a la luz de las citadas disposiciones, según que la sociedad hubiese solemnizado e inscrito en la cámara de Comercio la respectiva reforma, presupuesto dentro del cual tendrá que proceder a convocar a quienes para la fecha de la citación tengan frente a la sociedad y a los terceros, la condición de socios.

Ha de tenerse en cuenta que la disminución del capital con efectivo reembolso de aporte, no solo implica una reforma estatutaria, sino que tal determinación supone una autorización previa por parte de la Superintendencia de Sociedades, por ser ésta la entidad que en todos los casos tendrá que verificar si se dan los presupuestos que exige el artículo 145 del Código de Comercio (numeral 7 del artículo 86 de la ley 222 de 1995 y el numeral 20 del artículo 2, del Decreto 1080 de 1996).

Por tanto, una vez que se aprueba por parte de la Superintendencia la reforma consistente en la disminución del capital con efectivo reembolso de aporte, surge para los administradores el deber de solemnizar y registrar en la Cámara de Comercio tal determinación, así como la de rembolsar el aporte al socio excluido conforme a la valoración efectuada de común acuerdo o por parte de peritos designados por ésta Superintendencia al tiempo de agotar el procedimiento propio de la cesión de las cuotas sociales. (artículo 365 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 364, ibidem y 136 de la Ley 446 de 1998). (Oficios 220- 55482 de octubre 23 de 1995 y 220- 8805 de marzo 14 de 2001).

DISMINUCIÓN DE SOCIOS POR DEBAJO DEL LEGAL REQUERIDO EN UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA – FACULTADES DEL ÚNICO SOCIO.

Se refiere el Despacho a la consulta relacionada con dos asuntos: el primero, el mecanismo apropiado para evitar que una sociedad de responsabilidad limitada que ha disminuido el número de socios a uno se vea abocada a su inevitable disolución y liquidación; y, el segundo, el procedimiento para el nombramiento o remoción de un representante legal cuando quiera que se ha presentado la mencionada eventualidad.

1. MUERTE DEL SOCIO COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN.

En principio, la sociedad de responsabilidad limitada no se disuelve como consecuencia de la muerte de uno de los socios. De manera expresa la legislación comercial en el artículo 368 del Código de Comercio se ha referido a tal situación para señalar que la sociedad continuará con uno o más herederos del socio difunto.

Ahora bien, en el caso planteado, donde la sociedad se conformó con dos participantes, en la cual la otra socia es la heredera de los bienes del socio fallecido, entonces se tiene una situación sobre la cual debe hacerse una referencia particular.

Si como consecuencia de la apertura de la sucesión, la aceptación de la herencia y la consecuente transmisión de las cuotas al socio, queda la sociedad en causal de disolución por disminución del número de socios por debajo del legal requerido, entonces proceden tres soluciones: una de ellas es la tradición de los derechos herenciales y evitar que se radiquen las cuotas en cabeza del socio; otra es la conversión de la sociedad a empresa

unipersonal y finalmente, la cesión de cuotas a un tercero que entraría a restablecer la pluralidad mínima necesaria en este tipo de compañías.

La cesión de los derechos herenciales, como medida para evitar el acaecimiento de la causal disolución debe realizarse en los términos del derecho sucesoral, y obviamente no corresponde a esta Entidad una ilustración en cuanto a su procedimiento.

Si se trata de convertir en empresa unipersonal y evitar la liquidación de la sociedad que está disuelta por reducción del número de socios a uno, entonces la decisión respectiva debe solemnizarse mediante escritura pública e inscribirse en el registro mercantil dentro de los seis meses siguientes a la disolución tal como lo previó el artículo 81 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, mención especial merece la eventualidad de la reducción a uno de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada; donde a primera vista se encontraría el asociado con la imposibilidad de adoptar medidas para enervar la causal, habida cuenta de que las decisiones concernientes a la cesión de cuotas implican una reforma estatutaria adoptada previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 362 y siguientes.

Dentro de los requisitos en condiciones normales, para proceder a la cesión de cuotas se encuentra la aprobación del máximo órgano social; esta decisión se tomaría con un número plural de socios, lo que en este caso es imposible por lo antes anotado.

Es claro para el Despacho que la cesión de cuotas se erige en un derecho a favor de los socios, esta facultad no admite estipulación en contrario y su ejercicio se sujeta a la verificación del procedimiento establecido en la ley. (Artículo 362 C. Co.). Sin embargo, no estima el Despacho que la imposibilidad de conformar la pluralidad para la adopción de las decisiones, se erija en una especie de suspensión de los derechos políticos del asociado que se encuentra en tal situación, como el enervamiento de la causal manteniendo el tipo societario original, en este caso a través de la cesión de parte de las cuotas.

Es evidente que una vez se reduzca el número de asociados a menos del requerido, los asociados deben declarar disuelta la sociedad y darán cumplimiento a las formalidades exigidas para la reforma del contrato social. Sin embargo, los asociados podrán evitar la disolución de la sociedad adoptando las modificaciones que sean del caso y según la causal ocurrida, siempre que tales medidas se formalice dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia de la causal (artículo 220 C. Co.).

En el caso que nos ocupa si no se opta por una cualquiera de las alterativas expuestas, el socio único debe reconocer la causal y proceder con las formalidades exigidas para la reforma: en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada en los términos del artículo 360 del ordenamiento mercantil, la decisión se aprobará con el voto favorable de un número plural de asociados de no menos del 70% del capital social, decisión que podrá contener el nombramiento del liquidador. Desde luego, no se ha perdido de vista que se trata de un socio único, así pues obviamente esto no obstará para que se adelante la liquidación o por el contrario se adopten las medidas para evitar la disolución.

Así que tanto la decisión de reconocer la causal de disolución como la adopción de medidas para enervarla se defieren al único socio. Si lo primero, debe reconocer la causal y declarar disuelta a la compañía, si lo segundo, dejar sentado tal particular situación y realizar la cesión de cuotas respectiva. Acta que deberá elevarse a escritura pública e inscribirse en el registro mercantil. Obviamente en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada no procederá el ofrecimiento de las cuotas, ni la presentación de un tercero, ni todas aquellas que de suyo son de imposible aplicación en el caso de reducción del número de socios a uno.

2. REMOCION DE REPRESENTANTE LEGAL

Otro aspecto de la consulta es el que se refiere a la remoción del representante legal cuando quiera que las cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada han quedado radicadas en cabeza de uno sólo de los asociados.

Sobre este particular debe señalarse que el evento de producirse la incursión de la sociedad en causal de disolución por disminución del número de socios, no tiene la virtud de constituirse en causal de inamovilidad para los administradores; y así, como si se aboca a la liquidación que compete al único socio nombrar al liquidador, en condiciones de optar por la supervivencia de la compañía podrá seguir ejecutando todos los actos propios del órgano social, incluyendo reformas estatutarias, cesión de cuotas, remoción y nombramiento de representante legal. (Oficio 220- 8100 de marzo 4 de 2002).

SOCIEDAD EXTRANJERA

NO ES VIABLE EL CAMBIO DE NACIONALIDAD DE UNA SOCIEDAD EXTRANJERA CUANDO TRASLADA SU DOMICILIO A COLOMBIA.

Se consulta sí: *¿Puede una sociedad comercial extranjera que ha modificado sus estatutos sociales para fijar su domicilio principal en el territorio de Colombia solemnizar dicha reforma ante una notaría pública e inscribirla en el registro mercantil sin que exista solución de continuidad en su personalidad jurídica?*

Lo anterior, teniendo en cuenta que la legislación colombiana admite el principio de que las sociedades comerciales tienen nacionalidad, lo que equivale a reconocer la existencia del vínculo que las une con un determinado Estado.

Es preciso anotar que dentro del presupuesto fáctico en el que se desenvuelven las relaciones comerciales, las que de acuerdo con las necesidades de desarrollo económico gracias a los avances de la infraestructura y la tecnología, rebasan cada día más sus fronteras, facilitando una mayor frecuencia en la relación entre productores y consumidores, constituye un hecho económico que incumbe al derecho regular en la medida en que estos sujetos de derechos y de obligaciones extienden su radio de acción a territorios de distintos estados, aspectos como el domicilio, la personificación de las sociedades y su nacionalidad, constituyen conceptos que el derecho debe concebir en función de la vida real y no como meras construcciones teóricas.

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"*(I).

Tratadistas extranjeros como Arminjon, 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"* (2).

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 ibidem 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".*

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, lo que supondría establecer una excepción al Estatuto de Inversiones Internacionales aplicable en Colombia por virtud de la Ley 9 de 1991.

De lo expuesto frente a la inquietud por usted formulada relacionada con la posibilidad de que una sociedad extranjera cambie su domicilio a Colombia a través de una reforma del contrato social, debidamente inscrita en la Cámara de Comercio, sin que exista solución de continuidad en su personalidad jurídica, de acuerdo con los lineamentos del código Bustamente, ha de concluirse a juicio de este Despacho que tal mecanismo no es viable (Oficio 220-64519 de octubre 5 de 2000).

UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA NO PUEDE DECRETAR LA APERTURA EN COLOMBIA DE UNA AGENCIA.

Se consulta acerca de la posibilidad de que las sucursales de sociedades extranjeras establezcan agencias en Colombia.

Resolver el interrogante planteado implica conceptuar sobre la naturaleza jurídica de la sucursal de una sociedad extranjera, aspecto en el que a partir de la definición de la persona jurídica como ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, contenida en el artículo 633 del código civil, esta Superintendencia en el oficio 220-45783 del 20 de agosto de 1997, manifestó cómo la doctrina del derecho mercantil tiene claridad en cuanto a que la existencia y capacidad de las personas jurídicas con domicilio principal en el exterior que interactúan en Colombia a través de una sucursal, depende de lo que dispongan las leyes del país anfitrión, al cual no deben lealtad sino respecto y subordinación, por el simple hecho de actuar dentro de su territorio.

Al respecto, esta Superintendencia en el oficio 220-45783 del 20 de agosto de 1997, manifestó cómo la doctrina del derecho mercantil tiene claridad en cuanto a que la existencia y capacidad de las personas jurídicas con domicilio principal en el exterior que interactúan en Colombia a través de una sucursal, depende de lo que dispongan las leyes del país anfitrión, al cual no deben lealtad sino respecto y subordinación, por el simple hecho de actuar dentro de su territorio.

Señaló además la Superintendencia en esa oportunidad, que si bien la ley no las definió, el artículo 497 del Código de Comercio por remisión hace aplicable a la situación de las sociedades extranjeras, el régimen de las nacionales, lo que permite esbozar una definición de la sucursal de sociedad extranjera, así: « *son*

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES BIBLIOTECA

sucursales de compañías extranjeras los establecimientos de comercio abiertos por estas en el territorio nacional.»

Y Agregó, *"si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir una autonomía operativa a la sucursal, y con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que éstos 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 se les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. la sucursal de la 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»*.

De las consideraciones que anteceden, se deriva que la incorporación de una sucursal de sociedad extranjera al país previo el cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 471 del Código de Comercio, es un acto que refleja la voluntad de la sociedad en el exterior de realizar actividades permanentes en el territorio nacional, con una capacidad restringida al desarrollo del objeto social consignado en la resolución de incorporación, a través de mandatarios con poderes de representación legal.

A su turno, es necesario señalar que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 264 del Código de Comercio, son agencias de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla.

En este orden de ideas es claro que para desarrollar actividades permanentes en el país, solo existe para la sociedad extranjera la posibilidad legal de incorporar una sucursal, que se diferencia fundamentalmente de la agencia, por las facultades de representación legal de sus mandatarios, quienes frente a terceros determinan la medida de la capacidad de la sociedad extranjera,

circunscrita a la realización de actividades permanentes en el país; por tanto la sucursal, entidad que constituye tan solo una prolongación de la casa matriz mal puede crear una agencia por carecer de capacidad para hacerlo ya que no una es persona jurídica distinta de la sociedad extranjera. (Oficio 220- 74784 de diciembre 12 de 2000)

SOCIEDAD ANÓNIMA

CAUSALES DE EXCLUSIÓN EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.

I. La consulta.

A"¿Existe alguna norma que prohíba establecer causales estatutarias de exclusión de socios en las sociedades anónimas, y en caso afirmativo, cual norma es?

Sostiene la Superintendencia (Resolución 620-0065 de Noviembre 23 de 1999, Seccional Cali) trayendo a colación el criterio contenido en el oficio 220-40519 de Agosto 1 de 1995, QUE NO ES POSIBLE ESTABLECER CAUSALES ESTATUTARIAS DE EXCLUSIÓN EN UNA SOCIEDAD ANONIMA por contrariar la intención legislativa.

En relación a la tesis expuesta, es necesario aclarar que la exclusión no es una institución de carácter limitado y restrictivo cuyas causas deban ser determinados exclusivamente por el legislador, sin que sea factible establecer causales estatutarias, como lo sostuvo durante mucho tiempo la Superintendencia. Hoy en día ésta tesis ha sido revaluada por la misma entidad. Es así como en los conceptos SL 26636 de Noviembre 15 de 1990 y SL-1038 de Enero 22/91 expresamente se acepta la consagración de causales estatutarias de exclusión de socios.

Por otra parte, el Código de Comercio en su artículo 4º sienta el principio de la libertad contractual respecto a los particulares, libertad que es reiterada por el artículo 110 numeral 14 respecto a las sociedades, en los siguientes términos: "14º. Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato".

Entonces, conforme a esta libertad contractual, es posible que en las sociedades anónimas se establezcan causales estatutarias de exclusión debido a que NO EXISTE NORMA ALGUNA QUE LO PROHIBA. Es más, este tipo de cláusulas son usuales en el derecho comparado; por esta razón el artículo 89 de la ley Argentina de Sociedades, (Ley 19.550), dispone: "CAUSALES

CONTRACTUALES: los socios pueden prever en el contrato constitutivo CAUSALES DE RESOLUCION PARCIAL y de disolución no previstas en esta Ley".

La misma Superintendencia se ha pronunciado reiteradamente sobre la facultad de los socios para establecer cláusulas atípicas a condición de que no se viole ninguna Ley (concepto SL-12848 de Junio 30/87, Oficio EX41979 de Nov. 2/88, Oficio 220-19417 de Abril 15/97, etc.).

Por otra parte, la doctrina Colombiana acepta la validez de las causales estatutarias de exclusión de tiempo atrás (Ver concepto de la Cámara de Comercio de Bogotá, Doctrina Mercantil 1987, Pág. 125; JORGE HERNAN GIL ECHEVERRY, Nuevo Régimen Societario, Tomo I, pag. 326 y 327).

La jurisprudencia nacional también se ha pronunciado sobre el mismo asunto: "Claro que en ejercicio de la libertad de estipulación, es potestativo de las sociedades prever en el pacto social los graves motivos o situaciones críticas susceptibles de determinar la exclusión de cualquier socio..." (Laudo arbitral. Proceso de Eugenio Schmidt y otros Vs. Aurora Ramírez –Arbitro único: Dr. José Ignacio Narváez G.-Cámara de Comercio de Bogotá, laudos arbitrales, Tomo IV, Pág. 15 y siguientes).

De manera que al no existir prohibición legal para disponer la exclusión de socios en la anónima y por el contrario, contando con la libertad para establecer las reglas que los socios consideren pertinentes, no es viable predicar la nulidad de la decisión mediante la cual la asamblea de accionistas de SOTRACAUCA decidió la exclusión de unos socios."

B. La resolución 620-0029 del 23 de noviembre de 1999 de la Intendencia regional de la Superintendencia regional de Cali.

En la parte pertinente de la resolución mencionada en su consulta, la Intendencia Regional de esta Superintendencia expresó las siguientes consideraciones:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 379 del Código de Comercio, la acción confiere a su propietario ciertos derechos esenciales, los cuales son intangibles e inviolables por los estatutos:

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 23 de mayo de 1938, afirmó:

"De la alinderación del concepto jurídico de las sociedades en general, contenido en el artículo 2079 del Código Civil, y del modo peculiar de constituirse el fondo común en las sociedades anónimas, mediante aportes limitados, representados èn títulos de acción, dedúcese que todo accionista, por el solo hecho de serlo, disfruta de ciertos derechos esenciales, intangibles o inviolables por la norma social, pudiendo reducirse ellos a cuatro categorías, a saber: 1º el derecho a percibir una parte proporcional en todos los beneficios, 2º derecho a participar en el gobierno de la sociedad mediante el voto en las asambleas generales o cuerpo legislativo de la entidad; 3º derecho a recibir una parte proporcional en el activo social en caso de liquidación de la sociedad; 4º, derecho a negociar el título según las formas comerciales.

Los estatutos de la sociedad que son a modo de la carta constitucional en las democracias, deben desarrollar estos "cuatro principios cardinales, reglamentándolos mediante la consagración de fórmulas, con las cuales se definan y desenvuelvan esos derechos en forma más o menos restrictiva, pero en todo caso dentro de límites que no impliquen o no conduzcan a su desconocimiento por caminos indirectos".

De otra parte, es necesario precisar que la sociedad anónima es esencialmente capitalista, de manera que los inversionistas no asumen, para con la sociedad, responsabilidades ni compromisos diferentes al de pagar su aporte y por tanto son extraños a este tipo de compañías los convenios que impongan al accionista prestaciones adicionales (Oficio AN-24214,Sep. 11 de 1991).

Así las cosas, no es acertado que una sociedad del tipo de las anónimas, contemple dentro de sus estatutos causales de expulsión de accionistas ajenas totalmente a la intención que tuvo en su oportunidad el legislador; ".

II. Consideraciones de la Superintendencia.

A. La autonomía privada y la estipulación de causales de exclusión.

Es claro que la libertad contractual o autonomía privada tiene en materia mercantil la amplitud que se le reconoce en el artículo 4 del Código de Comercio (en adelante, "C. Co.."), y también lo es que la estipulación de causales de exclusión en las sociedades anónimas no se encuentra expresamente prohibida, de manera que la inclusión de cláusulas en tal sentido debe examinarse partiendo de la amplitud propia de la libertad de disposición de los intereses renunciables de los particulares y de sujeción a los compromisos asumidos contractualmente.

Entre las obligaciones que lícitamente pueden pactar los contratantes se encuentran las que son exigibles como consecuencia del incumplimiento de una o varias obligaciones derivadas del propio contrato. Un ejemplo legal de esa clase de obligaciones condicionales lo constituyen las denominadas obligaciones con cláusula penal, descrita ésta en el artículo 1592 del Código Civil (en adelante, "C.C.") como *"...aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de ejecutar o retardar la obligación principal"*. La licitud de este poder dispositivo de los particulares, circunscrito al ámbito patrimonial propio de los contratos y sujeto como toda la actividad contractual al contenido obligatorio que impone la buena fe (C.C. Art..1603, C. Co. Art..871), en particular al que es propio de la equidad, como lo ponen de relieve las reglas sobre rebaja proporcional de la pena y sobre cláusula penal enorme (C.C. Arts. 1596 y 1601), estaba fuera de discusión en el marco de la Constitución de 1886, como lo confirma la sentencia de exequibilidad de la cláusula penal proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 27 de septiembre de 1974 (Gaceta Judicial, No. 2390-2391, Págs. 408-411); y no encuentra este Despacho argumentos derivados de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 que impliquen una apreciación distinta desde el punto de vista constitucional, ni a la fecha de absolver esta consulta conoce del anuncio o expedición de alguna sentencia de tutela o de inexequibilidad que permita suponer lo contrario.

Además, dicho poder no se limita a la imposición de cláusulas penales, que en los términos de la ley son exigibles en una de sus modalidades, la propiamente "penal" o de retardo, al tiempo con la obligación principal e incluso cuando el incumplimiento del deudor de la obligación principal no haya causado daño al acreedor de la pena (C.C., Arts. 1594 y 1599); la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado respecto de las denominadas multas penitenciales, al igual que a propósito de las denominadas arras confirmatorias penales, figuras éstas que son atípicas y que provienen de la imaginación y conveniencias de los contratantes.

Ahora bien, en lo que se refiere a las causales de exclusión debe partirse de la consideración de las mismas como una expresión más de la autonomía contractual, abstracción hecha de su tipicidad o atipicidad legal respecto de determinadas relaciones contractuales. Pero antes de afirmar que de conformidad con la regla general que se deriva de la libre iniciativa económica garantizada en el artículo 333 de la Constitución, y ante la ausencia de prohibición al respecto en materia de sociedades anónimas, pueda concluirse la licitud de las causales estatutarias de exclusión de accionistas, es necesario precisar el sentido y alcance de la libertad de estipulación dentro del marco normativo correspondiente a la tipología legal de la sociedad anónima.

Las relaciones de carácter patrimonial entre particulares constituyen la materia propia de los contratos (C. Co., Art.. 864), los cuales pueden estar tipificados o no en la ley; y es entendido que cuando dicha tipificación existe, como ocurre en el caso de las sociedades, mediante la inclusión expresa de elementos accidentales o de la estipulación en contra de elementos correspondientes a la naturaleza del respectivo tipo contractual, no puede contrariarse la esencia de éste so pena de la degeneración del contrato en uno distinto, de acuerdo con la gráfica expresión usada en el artículo 1501 del C. C. La tipificación de un contrato corresponde a una decisión de política legislativa que encauza la autonomía contractual mediante el correspondiente marco legal, en el cual la mayor o menor inclusión de disposiciones legales imperativas o simplemente supletorias, y la correlativa amplitud del campo abierto a la estipulación contractual depende de cada tipo en concreto.

En lo que se refiere a las sociedades tipificadas en la legislación vigente, se acepta que su tipificación consulta la finalidad económica correspondiente a cada una de tales formas sociales, abstracción hecha del respectivo objeto social y de las regulaciones específicas existentes en atención a las innumerables actividades empresariales susceptibles de canalizarse a través de una sociedad. De ahí que en el artículo 110 del C. Co., que hace parte del conjunto de reglas aplicables a la sociedad en general, es decir, a todas las formas sociales tipificadas en la ley, al señalarse cuál es el contenido legal mínimo de los estatutos sociales, se establece en su numeral final, el 14, que "que podrán expresarse los demás pactos, que siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato". Como se verá, para absolver su consulta, la cuestión más relevante – y que no se menciona en ella- se refiere al examen de la compatibilidad o incompatibilidad de la estipulación de causales de exclusión con las características propias del tipo social anónimo.

B. La exclusión y las asociaciones: las previsiones del Código Civil.

Desde el punto de vista de su génesis y organización, la sociedad es una de las clases de asociaciones que se regula en la ley en función de sus respectivos y diversos sustratos. Para lo que aquí interesa, conviene destacar que en el caso de las corporaciones previstas en el Código Civil, la exclusión es una figura de común ocurrencia, como lo ponen de relieve los casos que se suceden con frecuencia en los clubes sociales.

En la regulación prevista en el Código Civil para las sociedades, derogada expresamente mediante el artículo 242 de la Ley 222 de 1995, para el caso de los retiros intempestivos y de mala fe, además de su invalidez (C. C., Art.. 2136) se establecían como posibles sanciones aplicables al socio, el reparto de la utilidad indebida, la asunción exclusiva de la pérdida, y *"asimismo excluirle de toda participación en los beneficios sociales y obligarle a soportar su cuota en las pérdidas". Esta forma específica de exclusión, que es una consecuencia lógica ante la deslealtad del consocio y adecuada al tipo de conducta sancionada, no era aplicable a las sociedades anónimas, independientemente de si se trata de*

sociedades civiles o comerciales en razón de su objeto, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2090 del C. C., "Las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas".

C. La exclusión y las sociedades comerciales.

En el Código de Comercio vigente se establece un régimen societario dividido en una parte general y en la correspondiente a las reglas especiales aplicables a cada uno de los tipos sociales previstos en él, arquitectura ésta que debe tenerse en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 30 del C. C., según el cual *"El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".* Así las cosas, en primer lugar es necesario precisar el sentido y alcance de dicha previsión en atención a las características propias de la sociedad colectiva en el marco de la tipología consagrada en la ley; a continuación, debe examinarse el sistema de remisiones que se prevén en materia societaria para integrar el régimen aplicable a los diversos tipos sociales; y, una vez hecho esto, evaluar si en atención a las características propias de la forma social anónima, la ausencia de prohibición a la estipulación de cláusulas de exclusión permite o no sostener su viabilidad legal.

Se debe destacar que el contrato de sociedad (C. Co. Art.. 98), como contrato plurilateral de colaboración (C. Co. Art.. 903) que es, y cuyo sustrato real corresponde a una empresa (C. Co. Art.. 25), de manera general admite la posibilidad de que la vinculación de uno o varios de los contratantes cese sin que por esa sola circunstancia termine también el contrato considerado en su integridad. Una de las hipótesis en que dicha cesación de un vínculo puede darse es, por ejemplo, la de los vicios del contrato de sociedad o el defecto de los requisitos de fondo indicados en el artículo 101 del C. Co., los cuales, según se establece en el inciso primero del artículo 104 del C. Co.. "afectarán únicamente la relación contractual u obligación del asociado en quien concurran"; y, precisamente, lo

es también la de la exclusión de aquél o aquellos asociados que incumplan el pago de aportes suscritos, facultad que ha sido puesta a disposición de la sociedad acreedora en forma general y supletoria en el numeral primero del artículo 125 del C. Co., el cual forma parte del régimen general aplicable a todo tipo social.

En el caso específico del tipo social anónimo, en el artículo 397 del C. Co. se establece que "Cuando un accionista esté en mora de pagar las cuotas de las acciones que haya suscrito, no podrá ejercer los derechos inherentes a ellas", consecuencia apenas obvia de las obligaciones esenciales del contrato de suscripción de acciones, en virtud del 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 reconocerle la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente", de acuerdo con la descripción legal prevista en el inciso primero del artículo 384 del C. Co. Además de dicha consecuencia legal del incumplimiento, en el artículo 397 del C. Co. se permite que la junta directiva de la sociedad escoja entre tres vías a seguir frente al deudor moroso, una de las cuales tiene como consecuencia su sustitución por otro accionista, a saber, la venta de las acciones suscritas por dicho moroso a cuenta y riesgo de éste y por conducto de un comisionista.

Su interesante consulta no se refiere al caso de las citadas previsiones legales referentes al incumplimiento en el pago del aporte, en las cuales, por cierto, se identifican diferencias importantes entre el tratamiento dado al asociado incumplido en la regla general transcrita y el que se le aplica al accionista en virtud de la regla especial propia del tipo social anónima, sino que, en forma más general, se refiere a la posibilidad de establecer causales estatutarias de exclusión de la sociedad anónima, que es el asunto que aquí se estudia.

1. Sociedades de base personalista y de base capitalista.

En varios apartes del Código vigente se hace referencia a las diversas clases de sociedades en función de la clase de participación social correlativa al aporte (partes de interés, cuotas sociales y acciones), sin que ello signifique que la distinción doctrinal

entre sociedades de base personalista y de base capitalista pueda abandonarse; esos dos criterios de diferenciación resultan igualmente inútiles e inexactos si pretenden ser omnicomprensivos, máxime la ausencia de univocidad en el planteamiento de ambos. Más bien, los dos resultan simultáneamente relevántes en atención a los aspectos del régimen vigente que pueden precisarse y destacarse al recurrir a cada uno de ellos, siempre y cuando se formulen con claridad y sin partir de antemano de supuestas oposiciones irreductibles entre los dos.

En este orden de ideas, asume el despacho la clásica división entre sociedades de personas y de capitales, expresiones éstas que se prestan a algunas objeciones superficiales de tipo idiomático que no es del caso evaluar, y que en la terminología empleada por Joaquín Garrigues corresponde a la diferenciación entre las sociedades de base personalista y las de base capitalista, cuyos respectivos arquetipos son la sociedad colectiva y la sociedad anónima. La importancia de este criterio de clasificación, para los efectos de estos comentarios, radica en que permite diferenciar los diversos tipos sociales desde un punto de vista externo, esto es, en lo que tiene que ver con las relaciones con los terceros, y desde un punto de vista interno, en lo relativo a las relaciones de los socios entre sí y de éstos con la sociedad- persona jurídica que surge del contrato social legalmente celebrado e inscrito en el registro mercantil.

Desde el punto de vista externo, la diferencia estriba en el grado de separación o de incomunicación que se da frente a los terceros entre el patrimonio social y el patrimonio de los asociados, que es completa o absoluta en el caso de las sociedades de base capitalista, y que es limitada o relativa en el caso de las sociedades de base personalista; así, mientras que en la anónima, sociedad de base capitalista por excelencia, los accionistas no responden por las operaciones sociales, en el caso de la colectiva los socios gestores son codeudores subsidiarios, ilimitados y solidarios de la sociedad frente a los acreedores sociales. Desde el punto de vista interno, en la sociedad de base capitalista el accionista es, para utilizar la expresión de Antonio Brunetti, "fungible", pues lo relevante es hacer posible la rápida y ágil vinculación y sustitución de

accionistas, abstracción hecha de sus características personales, como corresponde a su función económica, que no es otra distinta de la de servir de medio de organización del empresario colectivo titular de la gran empresa; en las sociedades de base personalista, en cambio, la identidad y consideración de la persona de los consocios es determinante, y dicho in tuitu personae se refleja en las reglas legales propias de la constitución y funcionamiento de esa clase de sociedades, es decir, en las normas que conforman los tipos respectivos, en aspectos tales como el tratamiento dado a la sustitución de un socio por otro, que en el caso de la colectiva implica una reforma estatutaria de la sociedad cuyo nombre "da razón" de quiénes son los consocios, y que en el caso de la limitada implica una verdadera cesión de contrato que se reviste de las formalidades propias de las reformas estatutarias y que se solemniza mediante una escritura pública que otorgan el cedente, el cesionario y el representante legal de la sociedad cedida.

En los términos así planteados, resulta que desde un punto de vista interno la sociedad de responsabilidad limitada es de base personalista, como lo confirman, entre otras características del tipo, la mencionada relevancia de la cesión de cuotas y el sistema de administración previsto en la ley; si bien desde un punto de vista externo, circunscrito a las disposiciones del Código y sin perjuicio de reglas especiales de extensión de responsabilidad como las que existen en materia concursal – aplicables a toda forma societaria- o fiscal, dicho tipo social es de base capitalista, como quiera que en los términos del Código los socios no responden por las operaciones sociales. No es necesario, pues, revivir un debate que se suscitó en la doctrina durante los primeros cinco años de vigencia del Código de 1971, en atención el cambio en el sistema de remisión legislativo que en la actualidad permite integrar el régimen de la limitada con las reglas propias de la anónima, según se establece en el artículo 372 del C. Co.., lo cual se hacía en la legislación anterior al Código con base en el de la colectiva, según el derogado artículo 12 de la ley 124 de 1937.

Las denominadas sociedades por acciones, pues, no son las únicas sociedades de base capitalista desde un punto de vista externo, como quiera que a ellas hay que añadir la limitada, es decir, uno de

los dos tipos de sociedades cuyo capital se divide en cuotas sociales, si bien la regulación de la acción pone de relieve características propias de la sociedad anónima que son importantes a la hora de examinar la posibilidad de incluir o no cláusulas de exclusión de accionistas en ellas, análisis que debe hacerse en forma separada a lo que se refiere a las sociedades en comandita por acciones, especie perteneciente al género de las sociedades por acciones, de acuerdo con el segundo criterio de clasificación ya mencionado.

2. La exclusión de los consocios de la sociedad colectiva.

Las consecuencias normativas de la base personalista propia de la sociedad colectiva han sido suficientemente examinadas por la doctrina, de manera que no es necesario abundar al respecto. Una de ellas es, precisamente, la que se refiere a la exclusión de un socio como sanción a la deslealtad que se materializa en las conductas previstas en los artículos 292 y ss del C. Co.. De acuerdo con tales disposiciones: todo socio deberá obtener autorización expresa de sus consocios entre otros, para explotar por cuenta propia o ajena, bien directamente o por interpuesta persona la misma clase de negocios en que la compañía se ocupe, así como para formar parte de sociedades por cuotas o partes de interés, intervenir en su administración o en las compañías por acciones que explotan el mismo objeto, so pena de la sanción que contempla el inciso 2º del artículo 297, según el cual, a los socios les asiste el derecho de excluir al consocio responsable por tales actos. Igualmente habrá lugar a la exclusión del socio que retire cualquier clase de bien de la sociedad o utilice la firma social en negocios ajenos a ellos, sin perjuicio de las sanciones que se establezcan en la ley penal.

A ese propósito el Consejo de Estado en sentencia del 15 de febrero de 1990 con ocasión de la demanda de nulidad interpuesta contra una providencia de esta Entidad que autorizó la reforma estatutaria consistente en la expulsión de dos socios en una sociedad colectiva, expresó *"tipificándose en la conducta de los excluidos los supuestos indicados en los artículos 297 y 298 del C. Co., y siendo éstos según el criterio de los mayoritarios suficientes para decidir dicha exclusión sin esperar decisiones judiciales, no tiene por qué*

hacerlo tampoco la Superintendencia para autorizar el otorgamiento de la escritura de reforma estatutaria..."

3. La integración del régimen de otros tipos sociales: el caso de los gestores de las sociedades en comandita, de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada y de los socios comanditarios de la sociedad en comandita simple.

El régimen de la sociedad colectiva es utilizado en el Código para integrar las reglas sobre la sociedad en comandita en lo no contemplado en éstas a propósito de los socios gestores; de acuerdo con los artículos 341 y 352 del C. Co., en lo no previsto para la sociedad en comandita simple y por acciones, se aplicarán respecto de los socios gestores las normas de la sociedad colectiva, y de los comanditarias, las disposiciones de la compañía de responsabilidad limitada, en el caso de las primeras y de las anónimas, en el de las segundas, de manera que en el caso de las sociedades en comandita es claro que la exclusión de los socios gestores se sigue por las reglas ya señaladas.

Ahora bien, en lo que se refiere a la sociedad de responsabilidad limitada, en el artículo 372 del C. Co. se acude para efectos de integración al régimen de las sociedades anónimas, a diferencia de lo que se preveía en el ya mencionado artículo 12 de la ley 124 de 1937. Pero como tal remisión se explica por el carácter capitalista que desde el punto de vista externo posee dicha sociedad y deja a salvo el carácter personalista interno de la limitada, esta Superintendencia ha aceptado, en conceptos como los que usted menciona en su consulta, la posibilidad de que en el tipo social de la limitada se estipule excepcionalmente la exclusión de los socios. No cabe duda de que dado su carácter personalista interno, la estipulación de la exclusión puede ser compatible con el tipo social de las limitadas, y en consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 110 del C. Co., es posible incluir tales cláusulas en los respectivos estatutos.

La citada consideración es extensiva también al caso de los socios comanditarios del subtipo de la sociedad en comandita simple, como quiera que en lo no previsto en las correspondientes reglas

especiales, para efectos de tales socios debe recurrirse al régimen de los socios de la sociedad limitada, en el cual, se repite, no se encuentra incompatibilidad con la exclusión, por la cual debe deducirse que tampoco resulta incompatible con la sociedad en comandita simple respecto de ambas clases de socios, gestores y simplemente comanditarios, conclusión acorde con el criterio de interpretación previsto en el artículo 31 del Código Civil, según el cual *"lo favorable y odioso de una disposición no se tomará en cuenta para aplicar o restringir su interpretación la extensión que deba darse a la ley se determinará por su genuino sentido..."*.

Cosa distinta ocurre en el caso de los accionistas de una sociedad en comandita por acciones, pues de conformidad con la regla citada, la integración de su régimen se lleva a cabo con el propio de la sociedad anónima, remisión que implica en este caso la preponderancia de las reglas propias de la sociedad por acciones respecto de consideraciones que corresponden a las sociedades de base personalista, de manera que la admisibilidad o no de la exclusión en tal caso depende de la definición previa respecto de la compatibilidad o incompatibilidad de las causales de exclusión con la sociedad anónima.

D. El caso de los accionistas de la sociedad anónima.

Así las cosas, ante la ausencia de una previsión expresa, como ocurre en el caso de la sociedad colectiva, o de una remisión al régimen de ésta, como sucede respecto de los gestores de la sociedad en comandita, es necesario examinar si en la forma social anónima, tal y como ocurre a propósito de las sociedades de responsabilidad limitada, a la ausencia de prohibición legal se suma la compatibilidad de la cláusula de exclusión con el régimen legal del tipo. Dicho examen, en opinión de este despacho, conduce a la conclusión de que la exclusión es incompatible con el tipo de la sociedad anónima, razón por la cual no es legalmente viable su estipulación.[1]

1 En este mismo sentido y reiterando la doctrina de esta Superintendencia se expresa la Corte Constitucional en sentencia T-356 de 1999 que (...) una sociedad anónima no puede, sin violar la ley, aplicar a la exclusión de uno de sus accionistas las causales consagradas en el Código de Comercio para las sociedades colectivas; si lo hace, el directamente afectado por la exclusión puede ejercer las acciones previstas para la defensa del derecho subjetivo que en ese evento resultara conculcado. (...)

a. La división del capital de la sociedad anónima en acciones que facilitan la suscripción y enajenación de las mismas, tiene por objeto instrumentalizar la vinculación rápida, numerosa e impersonal de capitales al desarrollo de la gran empresa. Si se aborda la anónima como la sociedad por acciones por excelencia, hay que destacar cómo en el artículo 379 del C. Co., en vez de hacerse referencia en forma subjetiva al accionista como titular de derechos, se dispone que cada acción confiere a su titular determinados derechos, quien quiera que sea o como llegue a serlo, es decir, sin distinguir si es suscriptor o adquirente secundario; y es el goce cabal de esos derechos el que depende del cumplimiento de la obligación de pagar en forma completa el aporte correspondiente, quien quiera que sea que pretenda ejercerlos, con base en la propiedad de la acción, o de la constitución de un derecho prendario, o de un usufructo o de una anticresis en su favor.

Puesto que en el artículo 384 del C. Co. se establece que en el mercado primario de acciones el suscriptor contrae la obligación de sujetarse a los estatutos, y dado que esa obligación también la contrae en el mercado secundario, por adhesión, cualquier futuro adquirente de una acción ya en circulación, cabe preguntarse si entre las disposiciones estatutarias de las cuales se derivan obligaciones exigibles a los accionistas puede incluirse una cláusula de exclusión aplicable en caso de incumplimiento de alguna o algunas de dichas obligaciones. La respuesta es negativa, pues, tal y como lo puntualizó la Corte Suprema en 1938, en la sentencia citada en forma pertinente por la Intendencia regional de Cali de esta Superintendencia, "...todo accionista, por el solo hecho de serlo, disfruta de ciertos derechos esenciales, intangibles o inviolables por la norma social, pudiendo reducirse ellos a cuatro categorías, a saber: 1º el derecho a percibir una parte proporcional en todos los beneficios, 2º. derecho a participar en el gobierno de la sociedad mediante el voto en las asambleas generales o cuerpo legislativo de la entidad; 3º. derecho a recibir una parte proporcional en el activo social en caso de liquidación de la sociedad; 4º, derecho a negociar el título según las formas comerciales. (-) Los estatutos de la sociedad que son a modo de la carta constitucional en las democracias, deben desarrollar estos *"cuatro principios cardinales, reglamentándolos mediante la consagración de fórmulas, con las*

cuales se definan y desenvuelvan esos derechos en forma más o menos restrictiva, pero en todo caso dentro de límites que no impliquen o no conduzcan a su desconocimiento por caminos indirectos".

b- Podría argumentarse que en las sociedades anónimas cuya acción no se inscriba en el mercado público de valores, esto es, en las sociedades "cerradas", no se presentan los inconvenientes advertidos, de manera que por lo menos en ellas habría que aceptar la inclusión de tales cláusulas. No obstante lo anterior, hay que precisar que la distinción entre sociedades "cerradas y "abiertas" y, en general, entre sociedades con valores inscritos en el registro nacional de valores e intermediarios no está consagrada en el Código de Comercio. La única previsión normativa relacionada con la introducción de una acción en el mercado público se refiere a la ineficacia automática y temporal de cualquier restricción estatutaria a la libre negociación de acciones en los términos del inciso 2º Art.. 404 del C. Co.., por como tal, no hay sociedades anónimas cerradas; así que éstas entran y salen al mercado sin que ello implique ninguna alteración en cuanto los estatutos sociales, ni a los derechos inherentes a sus titulares.

Por las consideraciones expuestas este Despacho se ratifica en su doctrina, en el sentido de que no es viable establecer causales estatutarias de exclusión en una sociedad anónima, pues amén de la autonomía de la voluntad privada, cláusulas de esta índole no resultan compatibles con la naturaleza del tipo social. (Oficio 100-20613 de mayo 23 de 2001).

SOCIEDAD COLECTIVA

EL APORTE EN UNA SOCIEDAD COLECTIVA.

Consulta:

1. *"En la constitución de una sociedad colectiva pueden los socios señalar que su aporte se realizará antes de llegarse a presentar una causal de disolución de la sociedad,? Pueden señalar que su aporte se queda debiendo sin fijar una fecha para hacerlo?.*

2. *En la constitución de una sociedad colectiva cabe el aporte de industria en sus modalidades, con y sin estimación de su valor?*

3. *Puede equipararse la gestión de un socio en una sociedad colectiva con la gestión del gestor en un comandita?. En caso afirmativo , si los socios de una colectiva sólo aportan trabajo, pueden tener derecho a voto o se les aplica la restricción del socio industrial?.*

4. *Puede constituirse una sociedad colectiva con un socio que prometa dar un aporte en dinero y otro socios que prometa dar su aporte en trabajo?*

5. *Puede pactarse estatutariamente, en una sociedad colectiva que para la cesión del interés social de un socio en un extraño, se requerirá autorización de los demás consocios expresada en la decisión de la mayoría absoluta de la votación hecha por ellos? Será Válida esta estipulación si se consigna para la cesión a un consocio?."*

1. Para responder el primer interrogante es preciso revisar algunas normas que rigen el contrato de sociedad , por lo que se impone analizar el concepto contenido en el artículo 98 del Código de Comercio según el cual «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.»

De la referida definición se desprende que uno de los elementos esenciales 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, la cual debe quedar claramente establecida en dicho contrato. A su vez, el artículo 124 del mismo código le impone a los asociados entregar sus aportes en el lugar, forma y época estipulados y a falta de estipulación, señala que la entrega de los bienes muebles se hará en el domicilio social, tan pronto como la sociedad esté debidamente constituida.

Por tanto, los socios de toda compañía deben suministrar o entregar a la misma, en el lugar, forma y época estipulados, 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, capital que, conforme lo ordena el Artículo 122 debe estar fijado de manera precisa en los estatutos sociales (artículo 110, numeral 5, ibidem).

El capital social es pues, elemento fundamental que imperativamente debe surgir a la constitución de la sociedad y la existencia del mismo, no solamente se justifica en razón a la necesidad de que el nuevo ente disponga de las bases económicas 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 cumplimiento de las obligaciones en su favor contraídas.

Son principios reguladores del capital social, *la unidad, la determinación, la efectividad y el de la permanencia,* orientados a asegurar y a preservar su integridad para los asociados y los terceros en general. En este sentido, el artículo 122 del referido código, consagra el principio de la determinación del capital, así: «el capital social será fijado de manera precisa, pero podrá aumentarse o disminuirse en virtud de la correspondiente reforma estatutaria aprobada y formalizada conforme a la ley». A su vez el principio de la efectividad impone que el capital corresponda a

aportaciones reales, las que se deben reflejar desde el nacimiento de la sociedad como durante la vida de la misma.

Normas generales y especiales de carácter mercantil consagran el principio de la efectividad en cada tipo societario. En particular el artículo 243 del Código de Comercio, establece: «Cuando se trate de sociedades por cuotas o partes de interés y 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 límites de la responsabilidad de los asociados en el caso contrario». Así mismo, el artículo 122 del Código de Comercio declara ineficaz todo aumento de capital que se haga con reavalúo de activos.

Al respecto del doctor José Ignacio Narváez en su obra Teoría General de las Sociedades, página 139, señala:·»Cuando se constituye la sociedad, su capital es la expresión de valor monetario resultante de la conjunción de las aportaciones dinerarias y de otros bienes apreciables en dinero» y agrega que la integración y pago del capital presenta modalidades dependiendo del tipo de sociedad que se constituya .

Las previsiones normativas señaladas determinan los lineamientos generales dentro de los cuales el ente societario como persona jurídica puede cumplir su actividad mercantil, lo que necesariamente supone de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 110 del Código de Comercio, la realización de unos aportes, en las condiciones que hayan sido acordadas, según las reglas que establezca la ley en relación con el tipo de sociedad.

Así en el caso de las sociedades colectivas, el capital se divide en partes de interés cada una de las cuales confiere al socio un voto, sin que sea necesario hacer entrega de los aportes de capital a que los socios se obligan, al momento de la constitución, dada la responsabilidad solidaria que asumen, ya que los socios se vinculan personalmente con los terceros que contratan con la sociedad; de ahí que basta con que prometan los aportes teniendo en cuenta desde luego, que la obligación de cubrirlos se sujeta a la regla general de pago en el lugar, forma y tiempo previamente estipulados.

Por tanto, para responder el primer interrogante basta con afirmar que la conformación del capital en principio debe coincidir con la constitución de la sociedad, sin perjuicio de que en la escritura se consagren los plazos dentro de los cuales se cancelarán los saldos pendientes, de acuerdo con la modalidad del aporte, plazo que en ningún caso puede coincidir con el de la disolución de la sociedad.

2. En cuanto a si en la constitución de una sociedad colectiva cabe el aporte de industria en sus modalidades con y sin estimación de su valor, aspectos contenidos en el segundo y cuarto punto de su consulta, procede nuevamente volver sobre el análisis efectuado al artículo 98 del Código de Comercio, en el que expresamente se indica que las cosas objeto de aportación pueden consistir en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero».

Al respecto el profesor José Ignacio Narváez García en su obra Teoría General de las sociedades (Legis Editores S.A, 1977, Pág. 140) al referirse a la integración del capital en las sociedades colectivas señala lo siguiente: «Es el prototipo de las sociedades en que prevalece el intuitu personae puesto que cada asociado toma en consideración las cualidades personales de sus consocios y la confianza que le inspiran, factores que son básicos para establecer el vínculo de solidaridad que los une muy estrechamente y como todos los socios responden con sus propios patrimonios en forma ilimitada por las operaciones sociales, basta que se obliguen a aportar dinero, créditos, bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales , trabajo personal, conocimientos científicos artísticos o en cualquier oficio , sin que sea necesario entregar esos aportes o una porción de los mismos cuando se constituya la sociedad. Desde luego la promesa o el compromiso de cubrir los aportes se sujeta a la regla general de que el pago ha de hacerse en el lugar, forma y tiempo estipulados».

A su vez en cuanto a la participación de socios industriales en las sociedades colectivas, el doctor José Ignacio Narváez García en la mencionada obra, expresa en la página 91, lo siguiente: «No es admisible constituir sociedad de cualquier tipo únicamente con socios industriales, pues es indispensable que concurran también aportaciones dinerarias o en especie. De no ser así habría un contrato de colaboración como el que suelen celebrar el libretista y

el director de programas teatrales para una telenovela, o el dramaturgo y el músico para componer una ópera o cualquier otra obra lírico musical «.

De lo expuesto se infiere que en la sociedad colectiva el aporte de industria puede realizarse, de tal manera que el servicio personal, los conocimientos técnicos, los conocimientos industriales, etc, se compensan periódicamente con utilidades en el porcentaje que se estipule. Por lo tanto, tal y como se plantea en el cuarto interrogante, es viable constituir una sociedad colectiva en la que un socio prometa dar un aporte en dinero y otros prometan dar su aporte en trabajo, siempre que este aporte se vincule sin estimación de su valor, pues aquél aporte de industria que libera cuotas de capital, está reservado a sociedades como la anónima o de responsabilidad limitada, en las que los aportes necesariamente deben reflejarse en el capital de la empresa, a fin de determinar la medida de la responsabilidad de los socios; no así en la sociedad colectiva en la que los socios en forma personal responden en forma solidaria e ilimitada, por las obligaciones sociales.

3. En cuanto a si puede equipararse la gestión del socio en una sociedad colectiva con la gestión del gestor en una en comandita, aspecto que constituye la inquietud contenida en el tercer interrogante, es preciso anotar que independientemente de la forma en que se vinculen los socios, vale decir, mediante el aporte en dinero o en especie o en trabajo, la condición o estado de socio es conferido por la ley y se adquiere en forma voluntaria por cada asociado en el instante en que es incorporado a la sociedad, a través de la manifestación de su consentimiento directamente o a través de su representante en la celebración del contrato social.

Por tanto, las reglas que fijan las pautas para el ejercicio del derecho de voto de los titulares de aportes de industria, a juicio de este Despacho no son aplicables a los socios gestores de las sociedades en comanditas ni colectivas, pues en ambos casos la ley se encarga de señalar la extensión de este derecho sin excepción alguna, máxime si se tiene en cuenta que en principio la administración de la sociedad está en cabeza de todos y cada uno de los socios, lo que implica el ejercicio del derecho de voto por cada uno de ellos, derecho que se concreta cuando el artículo 316 del Código de

Comercio en su inciso segundo, dispone: «Cada socio tendrá derecho a un voto.

4. En cuanto a la última inquietud, es preciso anotar que el punto fue resuelto por el doctor Gabino Pinzón en su obra Sociedades Comerciales volumen II, página 36, cuando al referirse al tema de la cesión del interés social en la sociedad colectiva expresa: «*porque ésta se forma y funciona no solamente con un capital determinado, sino también con socios determinados; por eso no basta que se integre el fondo formado con los aportes, como en una sociedad de capitales, sino que es necesario que se conserve o mantenga el intuitus personae que preside su formación y que domina toda su existencia, ...por eso mismo el cambio de un socio es en ella tan importante para los asociados como para los terceros. Por tal motivo la cesión del interés social se trata como una reforma del contrato social aunque se haga a favor de otro socio, según se halla previsto en el artículo 301 del Código de Comercio. Con lo cual queda dicho que sobre el particular rigen las reglas de las reformas, y entre ellas, las que se pacten en los estatutos sobre mayorías decisorias, o las de orden legal a falta de convencionales.*»

Adicionalmente, la decisión mencionada, debe ser autorizada en forma expresa por todos los demás consocios, tal y como lo dispone el artículo 296 ibidem, de lo que se infiere que no solo la ley le da el tratamiento de una reforma estatutaria, sino que en todo caso se requiere la aceptación expresa e individual de cada uno de los consocios, la que se sujetará igualmente a las estipulaciones contenidas en el contrato en cuanto a mayorías. (Oficio 220- 003914 de febrero de 2001).

SOCIEDAD EN COMANDITA

EL VOTO DE LOS SOCIOS GESTORES ES INDISPENSABLE PARA LA VALIDEZ DE LAS DECISIONES DE ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS.

En primer lugar se consulta sí es necesario el voto del socio o socios gestores en las reuniones del máximo órgano social de una sociedad en comandita por acciones, cuando en los estatutos no se ha previsto tal formalidad para asuntos diferentes a reformas estatutarias, caso que prevé el artículo 349 del Código de Comercio. En segundo lugar, bajo el supuesto que solo exista un socio gestor, pregunta si es necesario su voto afirmativo para que se entienda que la decisión es adoptada por la asamblea y, en tratándose de reuniones por segunda convocatoria, si los accionistas pueden deliberar y decidir sin la presencia del socio gestor.

Sea lo primero advertir que el ordenamiento jurídico que regula las sociedades en comandita precisa algunas reglas que son comunes a este tipo societario –Arts. 323 a 336 del Código de Comercio-; otras de carácter particular de acuerdo con la modalidad adoptada, la comandita simple regulada en el artículo 337 y siguientes ibidem y la comandita por acciones en los artículos 343 y siguientes del citado Código. Sin embargo el legislador indicó que en lo no previsto en normas comunes o especiales, se aplicará para los socios colectivos o gestores lo previsto en las sociedades en nombre colectivo y a los comanditarios las reglas propias de las sociedades de responsabilidad limitada, si se trata de las simples –Art.. 341- y de las sociedades anónimas en tratándose de comanditarias por acciones –Arts. 352-. Por lo demás, en relación con los aspectos no regulados en las normas referidas, se aplicarán las disposiciones generales contenidas en los artículos 98 a 265 del C. de Co.

Hecha la anterior precisión, vale la pena destacar que este tipo de sociedades, bien sea simple o por acciones, se caracteriza por la existencia de dos categorías de asociados, los colectivos o gestores, quienes tienen a su cargo la administración y la

representación legal de la sociedad, por lo que su responsabilidad aunque subsidiaria es solidaria e ilimitada por las operaciones que se ejecuten en desarrollo del objeto social, y los socios comanditarios, quienes al estar excluidos de la administración de la compañía su responsabilidad se limita a sus aportes –Art.. 323 y 325 del Código de Comercio-, presupuesto que debe verificarse no solo al momento de la constitución sino mantenerse durante la existencia del ente societario, so pena de incurrir en la causal de disolución especial señalada en el numeral 3º, artículo 333 ibidem.

Amén de lo dispuesto en el artículo 349 ídem, para las comanditas por acciones, es el artículo 336 de la obra citada, aplicable a las sociedades comanditas en general el que precisa que en las reuniones del máximo órgano social, el socio gestor tendrá un voto mientras que los votos de los comanditarios se computarán de acuerdo con el número de acciones o cuotas que cada uno posea en el capital social.

Sin un mayor análisis de la norma que regula el funcionamiento de la asamblea o junta de socios, se concluye que para la validez de las decisiones se impone no solo la presencia de las dos categorías de socios sino el voto afirmativo de cada uno de ellos, y las mayorías para las comanditarias previstas para cada asunto, además del cumplimiento de lo prescrito en los estatutos o en la ley, en cuanto convocatoria y quórum se refiere; sin perjuicio de las reglas previstas para las decisiones relativas a la administración, que son de competencia exclusiva de los gestores (inciso 2º, Art.. 336 antes citado) y de las que aplican para la designación del revisor fiscal (Art.. 203 y 204).

Ahora bien, aunque el régimen legal de las sociedades comanditas nada dice respecto de las reuniones de segunda convocatoria, es obvio que estas proceden en cualquier tipo societario por disposición del artículo 186 C. Co. Así, en los términos del artículo 429 ibidem, modificado por el artículo 69 de la Ley 222 de 1995, cuando por falta de quórum no es posible llevar a cabo la asamblea o junta, en el día, hora y lugar señalados en la convocatoria, habrá de citarse a una nueva reunión en la que un número plural de socios o accionistas pueden sesionar y decidir válidamente cualquiera que

sea la cantidad de acciones o cuotas que ellos representen, salvo aquellos asuntos para los que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial o calificada.

Entonces, al examinar la figura antes mencionada a la luz de las normas previstas para sesionar y decidir válidamente en las sociedades en comandita, es dable colegir que para las decisiones adoptadas en una reunión de segunda convocatoria, se requiere la concurrencia de las dos categorías, y en segundo termino, que de cada una de las decisiones se predique la pluralidad de votos según la condición exigida por el legislador, en el entendido que los comanditarios podrán decidir con cualquier número de acciones o cuotas, mientras que entratándose de los socios gestores, la decisión podrá adoptarse con la mayoría numérica que se encuentre representada, salvo claro está, que la compañía cuente con un solo socio gestor, evento en el cual se requiere de su voto afirmativo (Oficio 220- 43150 del 18 de octubre de 2001).

COMANDITA SIMPLE

RESERVA LEGAL EN SOCIEDADES EN COMANDITA SIMPLE.

Se solicita pronunciamiento relacionado con el tratamiento que debe darse al exceso de reserva legal una vez alcanzado el 50% del capital social, la obligación o no de constituir reserva legal en sociedades en comandita simple; y de no serlo el procedimiento para su reclasificación.

1. El Consejo de Estado mediante sentencia del 10 de septiembre de 1982 expresó que es evidente que la apropiación que se haga por encima del 50% de la reserva legal puede ser retirada o cambiarse su destinación, por tratarse de una suma que libre y espontáneamente se agrega a la reserva legal obligatoria.

Ahora bien, como la sociedad ya no tiene la obligación de incrementar la reserva legal, una vez que ésta haya alcanzado el porcentaje previsto en los estatutos o en la ley, corresponderá al máximo órgano social disponer de dicho excedente ya que fue tomado de las utilidades a que tenían derecho los asociados. Por tanto la junta o asamblea de socios podrá variar su destinación como podría operar para las reservas ocasionales, (artículo 154 C. Co..) o distribuirlo como una utilidad. Cualquiera de estas decisiones se tomarán de la forma prevista en los estatutos sociales para crear reservas ocasionales en el primer caso o para distribución de utilidades en el segundo.

2. Debe señalarse que las sociedades en comandita simple no están obligadas a constituir "reservas legales" ya que dicha obligación no le ha sido establecida expresamente en la ley, como si ocurre en el caso de las sociedades anónimas (artículo 452 C. Co..); las de responsabilidad limitada (artículo 371 ibidem) y las comandita por acciones (artículo 350 ídem).

El Despacho estima que si la sociedad ha constituido reserva legal, a pesar de no estar obligada a ello, podrá utilizar los mecanismos ya señalados para la repartición del excedente, esto es: convertirla en una reserva estatutaria u ocasional o distribuirla a título de utilidad. Para tal efecto, habrá de mediar la decisión del máximo órgano social como lo prescriben los estatutos y la ley en tales casos. (Oficio 220- 009272 de marzo 7 de 2002).

CESIÓN DE CUOTAS SOCIALES EN UNA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE, DISUELTA Y EN ESTADO DE LIQUIDACIÓN.

Se consulta si existe algún impedimento legal para llevar a cabo una cesión de cuotas de los dos únicos socios comanditarios bien sea que en virtud de la misma, uno de los socios gestores renuncie a tal calidad a efectos de que le sean cedidas las cuotas de ambos comanditarios o que ambos gestores obtengan proporcionalmente la participación social de los comanditarios a título de cesión, adquiriendo éstos la doble calidad de gestores y comanditarios, estando la sociedad disuelta y en estado de liquidación. Al respecto este Despacho se permite hacer las siguientes precisiones y consideraciones de orden legal, con miras a brindar un adecuado entendimiento al asunto planteado:

1- Reglas generales para la cesión de cuotas sociales.

Sea lo primero advertir que conforme a lo establecido en el artículo 330 del Código de Comercio los socios comanditarios podrán ceder sus cuotas en la forma prevista para los socios en la sociedad de responsabilidad limitada, y cualquier estipulación que impida este derecho, se tendrá por no escrita. A su vez, el artículo 338 ídem, dispone que dicha cesión requiere el voto unánime de los demás comanditarios, deberá efectuarse por escritura pública e inscribirse en el registro mercantil.

En lo que hace al procedimiento de cesión, el artículo 363 y siguientes ibidem, claramente disponen la forma de hacerla, así:

"Art. 363.- Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes manifiesten si tienen interés en adquirirlas. Transcurrido este lapso

los socios que acepten la oferta tendrán derecho a tomarla a prorrata de las cuotas que posean. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta.

"Art. 364.- Si los socios interesados en adquirir las cuotas discreparen respecto del precio o el plazo, se designarán peritos para que fijen uno u otro. El justiprecio y el plazo determinados serán obligatorios para las partes. Sin embargo, estas podrán convenir en que las condiciones de la oferta sean definitivas, si fueren más favorables a los presuntos cesionarios que las fijadas por los peritos.

En los estatutos podrán establecerse otros procedimientos para fijar las condiciones de la cesión."

Así mismo, el artículo 366 de la misma obra dispone que la cesión de cuotas deberá hacerse por escritura pública, so pena de ineficacia, pero no producirá efectos respecto de terceros ni de la sociedad sino a partir de la fecha en que sea inscrita en el registro mercantil.

2- Cesión de cuotas en una sociedad comanditaria simple.

Visto lo anterior, procede ahora analizar la viabilidad de la cesión de las cuotas sociales de los socios comanditarios a los gestores en una sociedad comanditaria disuelta y en estado de liquidación, sobre lo cual es preciso tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) Nada impide que una sociedad disuelta y en estado de liquidación pueda llevar a cabo una reforma estatutaria que tenga por finalidad solemnizar la cesión de cuotas sociales, siempre que se surta conforme a lo arriba expuesto, pues ello no implica desbordamiento de la capacidad social, ni significa reactivación del objeto social original.

b) Dicha operación no requiere de autorización de parte de esta entidad, salvo que la sociedad se encuentre sometida a control, en los términos del numeral 2 del artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

c) Así mismo, tratándose de una sociedad comanditaria, bien puede suceder que uno o todos sus socios tengan o adquieran la

...TENDENCIA DE ...NDES

doble calidad de gestores y comanditarios, pues la ley así lo permite, de suerte que la pretendida operación, en cualquiera de los dos eventos planteados, es decir, que uno de los socios gestores deje de serlo para adquirir la condición de comanditario o que ambos socios gestores obtengan proporcionalmente la participación social de los comanditarios adquiriendo de esta manera la doble calidad de gestores y comanditarios, resultan procedentes a la luz de la legislación mercantil.

d) En todo caso, debe advertirse que cualquiera sea la opción elegida, deberá llevarse a cabo con las formalidades previstas en la ley comercial para las reformas estatutarias, poniendo de presente también, que la desaparición de la calidad de socio gestor no se produce como consecuencia de la cesión de cuotas en su favor, lo que implica que ha de definirse antes la titularidad del interés social que al mismo le asiste ni pone fin a la responsabilidad que le es inherente, conforme a lo establecido en el artículo 301 del Código de Comercio, en el entendido que la referida norma aplica en el caso de cesión del interés del gestor. (Oficio 220- 018 de enero 3 de 2000).

SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

PRESIDENCIA DE
...DADES

LIMITACIÓN PARA READQUIRIR ACCIONES EN SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA.

Las sociedades de economía mixta se regulan por el derecho privado y en particular por las normas propias de las sociedades comerciales, de acuerdo a la forma como se constituyen (artículo 461 y s.s. C. Co.; Ley 489 de 1998). Una de tales regulaciones es la atinente a la destinación de las utilidades obtenidas que se encuentra en los artículos 149 y siguientes del ordenamiento mercantil.

En particular, el artículo 154 faculta a los asociados para que de las utilidades se destine una parte para ser invertidas con una finalidad especial previamente determinada por la asamblea general de accionistas. Es esta la definición de las llamadas reservas ocasionales, que bien pueden ser previstas y utilizadas para que la sociedad readquiera sus propias acciones (artículo 396 C. Co.). Por eso si uno de los asociados decide enajenar su participación en la sociedad, el máximo órgano social podrá acordar que de los recursos derivados de las utilidades y colocados en una reserva especial, se readquieran estas acciones para darle uno de los destinos previstos en el artículo 417 de la legislación mercantil.

Ahora bien, no obstante que la compañía está facultada legal y estatutariamente para readquirir las acciones del accionista que las ofrezca y que el máximo órgano social tome una decisión en tal sentido, este derecho se ve restringido por normas de orden constitucional (artículo 60) y legal (Ley 226 de 1995), que buscan asegurar que los trabajadores participen en la gestión de las empresas, ordenando que cuando el Estado enajene su participación en una empresa se tomen las medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, para lo cual deberá ofrecerlas a los trabajadores y a organizaciones solidarias en condiciones especiales.

Estas previsiones deben informar toda clase de enajenación de acciones que pretendan hacer los organismos del Estado, como es el caso de los municipios y departamentos, por encima de otras previsiones legales o pactos estatutarios como el derecho de preferencia, prerrogativa que tratándose de enajenación de acciones debe estar consagrados en el contrato social, pues de lo contrario, en el caso de empresas del sector privado, opera la regla conforme con la cual las acciones son libremente negociables -Art. 407 C. Co.- (Oficio 220- 51097 de agosto 14 de 2000).

LA ENAJENACIÓN DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA ESTATAL, DEBE ADELANTARSE CONFORME A LO DISPUESTO EN LA LEY 226 DE 1995 (DEMOCRATIZACIÓN ACCIONARIA).

Teniendo en cuenta que una empresa industrial y comercial del estado que adelanta un proceso de liquidación por virtud de lo dispuesto en el decreto en el que se ordenó a la vez la enajenación de sus activos con sujeción a los mecanismos de la liquidación obligatoria consagrada en la Ley 222 de 1995, en concordancia con el Decreto 663 de 1993, consulta si las acciones (activos) que posee en otras sociedades, deben ser enajenadas o vendidas conforme a la Ley 226 de 1995, no obstante tratarse de una entidad que no se encuentra en proceso de privatización sino por el contrario en liquidación.

Sobre el particular, es pertinente realizar previamente las siguientes consideraciones, en orden a dar claridad a su inquietud:

1.- La Constitución Política de Colombia en su artículo 60 consagra que: *"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. La ley reglamentará la materia".*

2.- En cumplimiento del anterior precepto constitucional, se expidió la Ley 226 de 1995, *"Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la propiedad accionaria estatal, se toman medidas para su democratización y se dictan otras disposiciones".*

3.- Es así como la citada ley, 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 ibidem). 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.

4.- 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 accionaría..."*.

5.- Ahora bien, dentro de la normatividad que abarca la Ley 226 en cuestión, no se hace distinción por razón del estado en que haya de encontrarse la empresa titular de las acciones en lo que guarda relación con el desarrollo o no de su objeto social.

6.- Tenemos entonces que si bien se ordenó la liquidación y por consiguiente la enajenación de los activos, conforme a los mecanismos señalados en la Ley 222/95, debe tenerse en cuenta que ello hace relación a la forma de adelantar el procedimiento, mas no a la aplicación exclusiva de la ley últimamente citada.

7.- En este orden de ideas, siendo consecuentes con lo expuesto, resulta claro a juicio de este Despacho, que las acciones de propiedad de la mencionada empresa industrial y comercial, deben ser enajenadas conforme lo dispuesto en la citada Ley 226.

A ese propósito, es oportuno citar los apartes pertinentes de la sentencia C-074 de 1993, proferida por la Corte Constitucional, el 25 de febrero del año citado (M.P. Ciro Angarita Barón): *"Ciertamente no cabe confundir la enajenación de propiedad accionaria con la liquidación de activos de una empresa por cuanto su naturaleza y efectos jurídicos son bien diversos. Pero la distinción debe ser interpretada y aplicada con máxima prudencia a fin de no vulnerar el espíritu del artículo 60 de la Constitución.*

En efecto -bien puede suceder que mediante la liquidación de activos se produzca el efecto -querido o no- de desconocer el mandato constitucional sobre propiedad solidaria o asociativa y, en particular, las condiciones favorables de que son titulares tanto los trabajadores como las organizaciones solidarias para acceder a la propiedad en caso de enajenación de participaciones estatales en empresas.

Es bien sabido que en aras de satisfacer las exigencias del interés general en el marco del estado social de derecho, el constituyente quiso promover el acceso a la propiedad de ciertos grupos. Por eso, en consonancia con este propósito, cuando se enajenen activos de empresas en las cuales el Estado tenga participación debe promoverse también el acceso de las organizaciones solidarias y de trabajadores a dichas propiedades como forma de satisfacer a plenitud el propósito consagrado en la Carta vigente". (Oficio 220- 21412 marzo 17 de 2000).

RÉGIMEN APLICABLE A LAS SOCIEDADES EN LAS QUE LA PARTICIPACIÓN ESTATAL ES SUPERIOR AL 90%.

El asunto objeto de análisis, debe partir del hecho del nacimiento de la sociedad, teniendo en cuenta que su creación como persona jurídica tuvo origen en una ley, hecho que sin lugar a dudas determina su naturaleza jurídica y el régimen aplicable, contenido en la Ley 489 de 1998 del 29 de diciembre de 1998, que dividió los organismos de la rama ejecutiva del poder público en dos sectores: los del sector central y los del sector descentralizado por servicios dentro del que se encuentran entre otros, las sociedades públicas, las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta.

El artículo 50 de la precitada ley dispone: *« la ley que disponga la creación de un organismo o entidad administrativa deberá determinar sus objetivos y estructura orgánica, así mismo determinará el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

La estructura orgánica de un organismo o entidad administrativa comprende la determinación de los siguientes aspectos:

1. *La denominación.*
2. *La naturaleza jurídica*
3. *La Sede.*
4. *La integración de su patrimonio.*
5. *El señalamiento de los órganos superiores de dirección y administración y la forma de integración y de designación de sus titulares., y*

El Ministerio o el Departamento Administrativo al cual estarán adscritos o vinculados.

Parágrafo. Las superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales estarán adscritos a los ministerios o departamento administrativos; las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta estarán vinculadas a aquellos; los demás organismos y entidades estarán adscritos o vinculados, según lo determine su acto de creación".

De la lectura de la referida disposición cabría colegir que no existe ninguna limitación de carácter temporal para que el legislador pueda subsanar el acto de creación de una sociedad de naturaleza mixta, lo que impone al gobierno la necesidad de crear los mecanismos para gestionar ante el congreso la aprobación de una nueva ley que determine los objetivos, estructura orgánica y el soporte presupuestal de conformidad con los lineamientos fiscales del Ministerio de Hacienda y en esta medida cumplir las exigencias propias de la constitución de este tipo de empresas.

Lo anterior, como quiera que la ley es el único instrumento que permite darle verdadera entidad a ciertas sociedades en las que tiene participación accionaria el Estado las que ha considerado pertenecen a la rama Ejecutiva del Poder Público, conforme a lo dispuesto en los artículos 38 y 68 de la referida ley 489.

A la luz del artículo 97 ibidem las sociedades de economía mixta, son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Agrega la referida disposición que los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de las 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.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 98 ibidem, en el acto de constitución de la sociedad se debe expresar, además del carácter nacional, departamental, Distrital o municipal de la empresa, su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella.

Finalmente, es preciso observar que también la ley prevé respecto de este tipo de sociedades un control administrativo en cabeza de los ministros y directores de departamento administrativo, control que respecto de las empresas industriales y comerciales del estado debe cumplirse para verificar que sus actividades se realicen en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la ley 489 de 1998, y en términos de los correspondientes convenios, planes y programas que deberán celebrarse periódicamente con la Nación, a través del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo.

Las previsiones normativas señaladas identifican el marco legal aplicable a las sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del estado, por tanto permiten efectuar las siguientes afirmaciones:

1. La naturaleza de la sociedad en la que el estado participe no está dada por la denominación que en la ley de creación se le hubiere asignado, porque en efecto aunque se hubiere determinado como de economía mixta, la conformación del capital estatal en un monto superior al 90%, automáticamente la asemeja para efectos de la ley a una sociedad industrial y comercial del estado, lo que determina su régimen y el de las actividades que realice, circunstancia esta última que puede ser modificada, evento en el cual basta que una nueva ley determine las condiciones dentro de las cuales va a operar la referida sociedad para adecuar el acto de creación a los términos y condiciones establecidas en el artículo 50 de la referida ley.

2. En principio el régimen aplicable a este tipo de entidades del estado es el de las sociedades comerciales, salvo las excepciones que consagre la ley, lo que significa que en este caso las causales de disolución que rigen para las sociedades

comerciales privadas, pueden resultar inaplicables, por lo que debe acudirse al artículo 52 de la Ley 489, tantas veces citada.

Confirma lo expuesto el artículo 100 de la Ley 489 de 1998 cuando dispone que los aportes estatales podrán constituir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad, o suscripción de bonos que la misma emita, de tal manera que partiendo de estos presupuestos, en el supuesto en que ocurran pérdidas, este hecho económico no siempre debe estimarse bajo un punto de vista contable, lo que impide determinar en cada caso la ocurrencia de una causal de disolución con fundamento en ella.

3. A su vez en el evento en que se liquide la sociedad, no subsiste la autorización otorgada por la ley para su creación, puesto que tal determinación implica la revocatoria parcial de la ley que la creó.

La dirección y administración de las sociedades industriales y comerciales del estado, está prevista también en la Ley 489, la que remite en algunos aspectos también a las normas de los establecimientos públicos, por lo que puede afirmarse que el tema fue absolutamente reglado. (Oficio 220- 005464 de febrero 22 de 2001).

SUCURSALES

...NCIA DE
...OS

ENAJENACIÓN DE UNA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA A OTRA SOCIEDAD EXTRANJERA.

Se consulta sí es posible que los activos y pasivos afectos a una sucursal colombiana de una sociedad extranjera sean cedidos o traspasados por la casa matriz de dicha sucursal a otra sociedad extranjera, de forma tal que la sociedad extranjera adquirente pase a ser la matriz de la sucursal colombiana, y que ésta última continúe existiendo y operando sin liquidarse.

El tema propuesto, supone analizar los siguientes aspectos:

1. Marco legal aplicable:

Desarrollar el tema planteado, supone primero puntualizar que las sucursales son parte de una organización que se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, cuya regulación está contenida en Código de Comercio en el título VIII denominado *« de las sociedades extranjeras»* y en lo no previsto en éste título, por las reglas de las sociedades colombianas; a su vez, que la ley comercial las define en el artículo 469 ibidem, como aquellas constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior y cuya actuación permanente en el país, implica necesariamente la incorporación de una sucursal en el territorio nacional.(artículo 497 del Código de Comercio).

En este sentido, dispone el artículo 471 del Código de Comercio que 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 escogido 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.

2. Además de las precisiones efectuadas, es necesario formular las siguientes consideraciones jurídicas:

Dispone el Tratado de Derecho civil y comercial firmado en Montevideo, el 12 de febrero de 1989, y aprobado por la Ley 33 de 1992, en su artículo 6 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 las jurisdicciones 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 ibidem, sin cuyo cumplimiento, el negocio realizado no produce efectos frente a terceros en Colombia.

Para mayor ilustración conviene transcribir apartes del Oficio EX-18765 del 7 de octubre de 1987 en donde en punto a la improcedencia de fusionar una sociedad anónima con una sucursal de sociedad extranjera se expresó:

"...el Despacho conceptúa con fundamento en los procedimientos legales que el acto a realizar corresponde a la enajenación de establecimientos de comercio reglada por los artículos 525 y siguientes del ordenamiento mercantil. De consiguiente, la pretendida operación puede efectuarse utilizando la enajenación por parte en especie (artículo 136 del Código de Comercio) o, mediante enajenación a título de compraventa, cumpliendo con lo dispuesto en el libro tercero, título I, capítulo II de la codificación mercantil, especialmente en lo atinente a la responsabilidad de

las partes, a la protección de los acreedores y a los requisitos de la enajenación..."

3. CONCLUSIÓN

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, previsto 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; 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 (artículo 480, del Código de Comercio).

La legislación colombiana ha establecido requisitos para que una sociedad extranjera realice actividades comerciales en el país, de forma permanente. El primero de ellos, es el previsto en el artículo 471 del Código de Comercio que exige la protocolización en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país de copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución a acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes. El segundo, dice relación con el permiso de funcionamiento, que en el caso de la Superintendencia de Sociedades ya no otorga.

Así que la sociedad extranjera adquirente de la sucursal deberá acreditar el cumplimiento de tales requisitos para lo cual junto con los documentos de la cesión de la sucursal deberá acreditar que existe, protocolizando los documentos ya mencionados. Adicionalmente en el acto que aprueba la adquisición de la sucursal deberá mencionar claramente los actos que se proponga desarrollar en el país, la designación de un mandatario general o la ratificación del existente así como todos aquellos que modifiquen el contenido de la incorporación de la sucursal por la sociedad cedente (Artículo 472 C. Co.)

En lo atinente a la cesión de la sucursal, ha de observarse lo propio para su enajenación de conformidad con las normas propias del Art. 525 y siguientes del ordenamiento mercantil; especialmente garantizando los derechos de los terceros acreedores vinculados con la sucursal avisando con la debida anticipación y por un medio idóneo la enajenación (numeral 1 Art. 528), para que si lo estiman conveniente puedan oponerse a la operación o exigir las garantías o seguridades del caso para el pago de sus créditos -artículo 530- (Oficios 220- 59016 de 25 de noviembre y 220-43517 de 23 de agosto de 2002).

NO EXISTEN NORMAS LEGALES QUE OBLIGUEN A LOS MANDATARIOS DE LAS SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS A ESTAR DOMICILIADOS EN EL PAÍS.

De acuerdo con el artículo 471 del Código de Comercio, una sociedad extranjera que desee emprender negocios permanentes en Colombia, deberá establecer una sucursal, para lo cual dicho ente societario deberá protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, entre otros, copia auténtica de la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia, la cual, según los términos del numeral 5, del artículo 472 del código en mención, deberá contener, *«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...»* (subraya fuera del texto).

De la lectura de la norma en mención se puede observar, que en efecto la sociedad extranjera está obligada a tener un mandatario con facultades suficientes para representarla válidamente en el desarrollo de los negocios propios de la sucursal; sin embargo, ello no obsta para que éste se ausente del país aún por períodos prolongados, pues en estos casos puede entrar a sustituirlo su respectivo suplente, pues es el mecanismo que ha dispuesto la ley para evitar la ausencia de representación en un momento dado. No obstante, habría que determinar en qué eventos puede predicarse la consabida ausencia, la que no se configura por el solo hecho de estar alejado del país, sino ante la imposibilidad de poder desempeñar sus funciones, pues es de todos conocido, que a pesar de las distancias que impiden la presencia física de una persona,

existen dispositivos que pueden adoptarse para actuar legítimamente, bien mediante apoderado, que es el medio legal de mayor aplicación, o actuando por sí mismo a través de los diferentes mecanismos que ofrece el avance tecnológico, y que son debidamente reconocidos y aceptados a nivel mundial, permitiéndole a las personas naturales o jurídicas moverse válidamente en los diferentes escenarios del mundo de los negocios, y que, igual, pueden ser utilizados por los mandatarios de las sucursales de sociedades extranjeras teniendo en cuenta que no existe impedimento legal sobre el particular.

No está demás precisar, que tampoco existen normas legales que obliguen a los mandatarios de una sucursal a estar domiciliados en el país, y, en consonancia con ello, normas de contexto sancionatorio para ese fin. De todas maneras, según los términos del artículo 482 del Código de Comercio, quienes actúen a nombre y representación de personas extranjeras sin dar cumplimiento a las normas legales correspondientes, responderán solidariamente con dichas personas de las obligaciones que contraigan en Colombia. Por las mismas razones, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer sanciones pecuniarias en los términos del artículo 483 ídem y demás normas complementarias (artículo 86, num 3º. Ley 222/95).

De todas maneras, ante la consolidación de una eventual ausencia temporal o absoluta del titular, el suplente está habilitado por ley para asumir en iguales condiciones a las de aquél, la representación de la sucursal. (Oficio 220- 65368 de octubre 10 de 2000).

NO ES POSIBLE REVERSAR LA DECISIÓN DE LIQUIDAR UNA SUCURSAL CUANDO HA SIDO REGISTRADA EN LA CÁMARA DE COMERCIO.

La terminación de los negocios sociales de las sucursales de sociedades extranjeras, se rige por las disposiciones legales previstas para la disolución de las sociedades colombianas y en particular por las de las sociedades por acciones, por remisión expresa del artículo 495 del Código de Comercio.

Ahora bien, conforme al artículo 457 del Código de Comercio, son causales de terminación de los negocios sociales de las sucursales, las previstas por el artículo 218 del Código de Comercio y por tanto, aquella contenida en el numeral 6º que expresamente le atribuye tal posibilidad, a la «*...decisión de los socios adoptada conforme a las leyes y al contrato social*».

Por su parte el artículo 162 del Código de Comercio, denomina disolución anticipada, la reforma del contrato social que ocurre cuando los socios deciden la terminación del contrato sin que medie causal alguna; al respecto, el artículo 219 inciso 2º ibidem, dispone: «*la disolución proveniente de la decisión de los asociados se sujetará a las reglas previstas para la reforma del contrato social*», presupuesto del que se deriva que conforme al artículo 158 del Código de Comercio, produce efectos entre los asociados desde el momento en que se acuerde y respecto de terceros a partir del registro en la Cámara de Comercio.

En punto a este aspecto, cabe precisar que según su naturaleza, las causales de disolución de las sociedades, pueden ser constitutivas o meramente declarativas.

Dentro de las primeras, se encuentran las previstas en el artículo 219 del Código de Comercio y entre ellas, la disolución anticipada de la sociedad, por tratarse de una verdadera reforma del contrato

social, en la cual, la voluntad directa e inmediata del máximo órgano social decide modificar el término de duración de la compañía, desde luego, agotando las reglas de las reformas estatutarias; dentro de las segundas, están aquellas previstas por el artículo 220 ibidem, en las que la decisión del máximo órgano social tiene por objeto reconocer que la sociedad se encuentra incursa en una causal de disolución, reconocimiento que debe cumplirse con las formalidades propias de una reforma estatutaria.

De lo dicho se infiere que adoptada y registrada en la Cámara de Comercio, la decisión de terminar los negocios sociales, procede en forma inmediata la liquidación de sucursal en el país, tal determinación es susceptible de modificarse, siempre que se adopte con anterioridad a su inscripción en el registro mercantil, pues acorde con los artículos 117 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 222 ibidem, el registro de la decisión de terminar los negocios en el país de la sociedad, determina el cambio de la condición de la sucursal que a partir de ese momento jurídicamente conserva su capacidad únicamente para los actos tendientes a su liquidación.

Así pues, la decisión de liquidar los negocios en el país protocolizada y registrada en la Cámara de Comercio, es irreversible, circunstancia de la que se deriva que el proceso liquidatorio de la sucursal, debe continuar hasta su culminación.

La conclusión anotada coincide con el análisis de las características de la disolución anticipada como causal de disolución, en contraste con aquella que corresponde a la declaratoria de disolución por pérdidas prevista por el artículo 457 del Código de Comercio, de acuerdo con el estudio efectuado por esta Superintendencia mediante Oficio 320-30593 del 26 de diciembre de 1994, publicada en el libro de doctrinas y conceptos jurídicos del año de 1995. (Oficio 220- 63110 de diciembre 16 de 2002)

OBLIGACIÓN DE INCORPORAR SUCURSAL, CUANDO LA SOCIEDAD EXTRANJERA HACE PARTE DE UNA UNIÓN TEMPORAL.

Ha de precisarse, que la obligación de la apertura de la sucursal no se concreta ante la pretensión o expectativa que pueda tener una sociedad extranjera para acceder a un contrato mediante la participación en la licitación correspondiente, sino hasta tanto le sea adjudicado y haya intervenido en su celebración si el objeto del mismo se ubicara dentro de las actividades de carácter permanente, pues solo a partir de ese momento la sociedad extranjera asume las responsabilidades propias del contrato, por lo que resultaría desfasado obligar durante el proceso de licitación a la apertura de una sucursal, como si la sola pretensión implicara, per se, una actividad de carácter permanente.

Sobre este aspecto ya se ha pronunciado el Despacho en varias oportunidades, entre ellas, mediante oficio TR. 15926 del 19 de agosto de 1.981, en punto a los actos de licitación, en los siguientes términos: *«...esta actividad no se encuentra calificada de permanente en el artículo 474 ibidem, toda vez que solo significa una expectativa para la compañía hasta el momento en que se adjudica la licitación, intervenga en la celebración de un contrato cuyo cumplimiento consista por ejemplo, en la ejecución de una obra, lo que implicaría la determinación de desarrollar actividades permanentes en el país, como quiera que se encontraría en el supuesto del ordinal segundo de la comentada norma»*.

El Consejo de Estado mediante providencia emitida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del 26 de enero de 1.979, manifestó *«El primer negocio permanente es el contrato, en virtud del cual el contratista se obliga a realizar determinada obra en determinado sitio, por un determinado precio, en el plazo acordado entre las partes y en las demás condiciones convenidas, de todo lo cual es prueba el documento o contrato. Con esto inicia el negocio que*

tiene carácter permanente si se encuentra dentro de las previsiones del ordinal segundo del artículo 474 del Código de Comercio, a que se hizo alusión. Los negocios se inician con el acuerdo de voluntades sobre los distintos aspectos y condiciones del mismo expresado en el documento que lo contiene»

Con lo expresado se quiere significar, que la sociedad extranjera podrá intervenir en la presentación de una oferta en interés de que le sea adjudicado un contrato, sin que ello, por sí mismo, implique obligación alguna de incorporar sucursal en el territorio nacional, pues como se expresó, ella surge únicamente en el evento de serle adjudicada la licitación (cuyo objetivo implique, necesariamente, una actividad de carácter permanente) y, además, se haya celebrado el contrato, momento a partir del cual se asume el referido compromiso y consecuentes obligaciones. El mismo argumento vale tratándose de una sociedad extranjera que haga parte de una unión temporal que intervenga bajo tal modalidad en la presentación de una oferta, obligándose a la apertura de la sucursal, si el objeto del contrato rayara dentro de las llamadas actividades de carácter permanente, independientemente de que su misión frente al grupo - unión temporal - pareciera apartarse un poco de ésta característica, pues la actividad que marca la pauta para calificarla de permanente u ocasional es la prevista en el contrato para el cual se participó en la licitación.

Debe tenerse en cuenta que una sociedad extranjera puede realizar actividades de carácter permanente u ocasional en el territorio nacional y de acuerdo con la modalidad que se proyecte variará la forma de conducirse.

Así por ejemplo, tratándose de un negocio ocasional o transitorio, solo estarían obligadas a constituir apoderados o representantes domiciliados en el país. Pero si por el contrario, los negocios que pretende desarrollar fueren de carácter permanente, definitivamente se verían abocadas a abrir sucursal en Colombia tal y como lo establece el artículo 471 del Código de Comercio.

Sí la sociedad extranjera, ha asumido como única responsabilidad, la prestación de servicios de asesoría y asistencia técnica a los otros miembros de la Unión Temporal para el caso en que sean

requeridos para el cumplimiento del objeto contractual, y que se prestarán total y exclusivamente en el país de origen de la compañía, y en ningún caso en Colombia; pero por otro lado expresa que la propuesta del grupo de unión temporal será de tracto sucesivo y ejecución dilatada en el tiempo, y bajo el entendido de tratarse de un contrato sucesivo, *-serie de prestaciones repetidas y sucesivas que no se cumplen en un solo instante, sino que para su ejecución se requiere de un cierto período determinado o indeterminado: doctor Alberto Tamayo Lombana)* -, diera la impresión de ubicarse dentro de las llamadas actividades de carácter permanente, dado que, como se expresó anteriormente, es el objeto global el que cuenta para determinar si la sociedad extranjera está obligada a incorporar una sucursal al territorio nacional.

Por tanto, ha de colegirse que, tratándose de una actividad permanente, es requisito sine qua nom, que la sociedad extranjera establezca una sucursal en el territorio nacional previo cumplimiento de los requisitos previstos el artículo 471 del Código de Comercio.

Lo anterior se explica, en consideración a que la Unión temporal no es persona jurídica, solo que nuestro ordenamiento legal le permite a las personas organizarse mancomunadamente, para que unidas presenten una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello se pierda su individualidad jurídica, cuyo grado de responsabilidad será solidaria por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado.

De ahí puede observarse que las partes que conforman tal agrupación - unión temporal -, si bien jurídicamente conservan su autonomía, están comprometidas todas con el cumplimiento del objeto contratado. Así las cosas, la obligación de incorporar una sucursal en el territorio nacional por parte de una sociedad extranjera no se concreta en razón del tipo de actividad que le corresponde en razón a su compromiso frente al grupo de la que ella forma parte, sino en virtud del contrato mismo determinante de la unión temporal, siempre que éste tenga el carácter de permanente.

Y es que no puede ser de otra manera, pues el artículo 471 es claro al disponer que para que una sociedad extranjera pueda emprender

negocios permanentes en Colombia, deberá establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional en las condiciones que el mismo se establecen, independientemente de que la actividad en la cual se encuentra comprometida como miembro de la unión temporal la realice en el territorio nacional o desde el exterior, o que el contrato se haya celebrado directamente con ésta o con el grupo de unión temporal, o que las condiciones de su compromiso varíen en razón del objeto mismo del contrato, pues la norma no establece condición alguna como para inferir lo contrario.

En este orden de ideas, es dable concluir que una sociedad extranjera que desarrolla actividades de carácter transitorio u ocasional en el país, sea a través de la figura de la Unión Temporal o de cualquiera otra, no estaría obligada a la apertura de una sucursal en tanto la misma como miembro de la Unión Temporal no deba ejecutar la actividad objeto del contrato que haya dado origen a la constitución de U. T. Ahora, si su pretensión es presentar una propuesta o la de celebrar un contrato con el Estado, necesariamente deberá proceder conforme a las normas previstas en el Estatuto General de Contratación de la administración Pública -Ley 80 de 1993- (Oficios 220- 52645 de agosto 23 y 220- 63462 de 29 de septiembre de 2000).

LA SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA COMO OBJETO DE APORTE A UNA SOCIEDAD LIMITADA.

Este Despacho se ha pronunciado sobre la viabilidad de aportar una sucursal de sociedad extranjera en una sociedad limitada en varias oportunidades: la primera, mediante el oficio número 100-13568 de febrero 14 de 2000 y la segunda mediante oficio 220-42041 del 28 de junio de 2000, en el que el Despacho manifestó lo siguiente:

«Sea lo primero señalar que, como se expresó en el oficio citado, la naturaleza jurídica a la que responde una sucursal de sociedad extranjera es la de establecimiento de comercio en Colombia, que se diferencia de una sucursal de sociedad nacional, en el régimen que le es aplicable, ya que, por mandato de la ley, las sucursales de sociedades extranjeras tienen una reglamentación propia y en ausencia de disposición expresa o tratado o convenio internacional aplicable, se sujetan a las reglas previstas para las sociedades colombianas (Libro Segundo Título VIII Código de Comercio).

Luego, dada su naturaleza, es susceptible de ser enajenado, cedido, gravado y en general objeto de cualquier negocio jurídico como el ser aportado a una sociedad en forma parcial o en su conjunto como sucursal; si aportó sólo una parte de los bienes afectos al establecimiento de comercio, la sociedad extranjera puede liquidar la sucursal o continuar la actividad a la que se dedica, inyectando mayor capital asignado, si así lo estima pertinente.

Si la sucursal fue aportada en bloque como establecimiento de comercio con todos los bienes que lo conforman (Artículo 516 C. Co..) el panorama entonces es sustancialmente diferente por sus efectos; el primero de ellos es que al cambiar el titular de la sucursal (de persona jurídica domiciliada en el extranjero a una domiciliada en Colombia), se modifica el régimen aplicable, es decir, el previsto

en el Título VIII del Libro Segundo del Código de Comercio y las normas aplicables a las sociedades comerciales para entrar a ser regulada en su totalidad por el título I del Libro Tercero del mismo ordenamiento; y el segundo, la modificación del registro respecto de la titularidad del establecimiento de comercio, en los términos del numeral 6 del artículo 28 del Código de Comercio.

La sociedad Colombiana que adquiere el establecimiento de comercio de una sociedad extranjera puede continuar con la unidad económica; o clausurar el establecimiento; o integrarlo a otra; en fin decide en la amplia esfera de la autonomía de la voluntad privada la conducción de esa organización de bienes y la actividad en la cual desea ocuparlo.»

Así que no es condición sine qua non para la aportación de una sucursal de sociedad extranjera, que ésta se liquide, la negociación propuesta supone agotar el procedimiento previsto para la enajenación del establecimiento de comercio contenida en el artículo 525 y siguientes del Código de Comercio, la que una vez perfeccionada permite que la sucursal puede seguir funcionando con todas las características de establecimiento de comercio, cuyo propietario pasa a ser la sociedad limitada, persona jurídica que a cambio de la venta entrega a la sociedad en el exterior títulos de participación del contrato social en el capital de la sociedad, que otorga a su titular una serie de derechos políticos y económicos derivados de la calidad de asociado que se adquiere. Derechos y títulos de participación que no puede dar una sucursal con prescindencia de la sociedad, donde ésta es uno de sus activos sociales.

En cuanto el capital asignado y la inversión suplementaria, concepto aplicable específicamente al capital de las sucursales de sociedades extranjeras, respecto de las cuales a pesar de que con fundamento en el presupuesto normativo existente, se ha sostenido son establecimientos de comercio para llevar a cabo todos o parte de los negocios a que se dedique la sociedad, tal definición no puede circunscribirse a la noción de establecimiento de comercio, toda vez que a la luz del artículo 471 del Código de Comercio la incorporación de una sucursal no tiene como único propósito destinar una serie de bienes para la explotación de la actividad pertinente,

sino el de 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 conlleva.

En este sentido el capital asignado constituye un elemento fundamental que necesariamente debe aportarse al tiempo de la incorporación de la sucursal con la finalidad no solamente de que el nuevo ente disponga de las bases económicas para el inicio de su actividad empresarial, sino para brindarle a los terceros que hayan de relacionarse con el mismo, de la prenda suficiente para garantizarles el cumplimiento de las obligaciones que ella adquiera. De allí principios como el de la permanencia del capital 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.

De acuerdo con lo expuesto, el artículo 471 del Código de Comercio dispone que las sociedades extranjeras para emprender negocios permanentes en el país deben incorporar una sucursal, para lo cual deben protocolizar en una notaría del lugar elegido como su domicilio en el territorio nacional, entre otros documentos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia, documento en el que se debe expresar el monto del capital asignado a la sucursal y el originado en otras fuentes si las hubiere. así como otras especificaciones que determinan las condiciones dentro de las cuales la sociedad extranjera proyecta operar en el país y que deben permanecer mientras persista operando bajo el régimen dentro del cual se incorporó al país.

Del cambio del titular de la sucursal, de persona jurídica domiciliada en el extranjero a una domiciliada en Colombia, se deriva también la pérdida de la residencia en el país de la sociedad extranjera, y de ello la respuesta al tercer interrogante, pues son *residentes* de acuerdo con el Decreto 1735 del 2 de septiembre de 1993, todas las personas naturales que habitan en el territorio nacional, las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro que tengan su domicilio en Colombia y las sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras.

Por tanto dentro del proceso de enajenación de la sociedad extranjera que supone como se expresó anteriormente un tránsito del régimen previsto en el Título VIII del Libro Segundo del Código de Comercio y las normas aplicables a las sociedades comerciales, al contenido por el título I del Libro Tercero del mismo ordenamiento se impone saldar o cancelar las cuentas de compensación que hubiere abierto en el exterior en su condición de residente en el país, toda vez que de acuerdo con el régimen cambiario contenido en la Resolución Externa Nº 8 del 5 de mayo de 2000 proferida por la Junta Directiva del Banco de la República, es requisito para la apertura y mantenimiento de las cuentas corrientes de compensación, ser residente en el país.

Acorde con lo expresado, el titular de la cuenta de compensación debe ser la sociedad de responsabilidad limitada a la que ingresa el aporte en especie representado en el establecimiento de comercio como un conjunto de bienes sin personificación jurídica, ni capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones.

La situación en la que queda la sociedad limitada una vez que se hayan incorporado los bienes de la sucursal, es la de una sociedad colombiana con capital del exterior perteneciente a un inversionista extranjero cuyo registro frente al Banco de la República debe modificarse en razón al cambio del titular de la inversión, cambio que da origen de acuerdo con el régimen cambiario a la sustitución de la inversión, en razón al cambio de la entidad receptora de la misma, en los términos consagrados en el artículo 7.1.3.1. numeral 2 contenido en la Circular Reglamentaria DCIN 31 del 2 de junio de 2000, emanada de la Junta Directiva del Banco de la República. (Oficio 220- 76232 de diciembre 26 de 2000)

INTEGRACIÓN PATRIMONIAL DE SUCURSALES DE SOCIEDADES EXTRANJERAS.

Frente a los siguientes interrogantes:

1. "Cual debe ser el procedimiento a seguir para adelantar la integración patrimonial de una sucursal en liquidación con otra sucursal, como consecuencia de la fusión de sus respectivas principales en el exterior? En otras palabras, con la integración cesa la existencia de la sucursal o es necesario agotar el trámite liquidatorio para ponerle fin?.

2. En el caso de la fusión de dos sociedades en el extranjero y la consiguiente integración de sus sucursales en Colombia, que alcance tiene el artículo 173 del Código de Comercio en relación con la información que debe contener el compromiso de fusión de las sociedades extranjeras, es decir, están obligados a cumplirlo aunque sus respectivas legislaciones no establezcan los mismos requisitos".

Este Despacho para desarrollar el tema de la fusión de sociedades extranjeras y la integración de sus sucursales, debe tenerse en cuenta lo dicho antes respecto a que las sucursales son parte de una organización que se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad; ello permite afirmar que así como la sociedad en el exterior se obliga y se beneficia por los actos jurídicos que celebre el administrador en su nombre, también los actos que se realicen en el exterior por parte de la matriz, eventualmente afectan la situación jurídica de las sucursales.

A la consideración que antecede debe sumarse aquella por virtud de la cual el legislador dispuso en el artículo 6 literal f), del Decreto 3100 del 30 de diciembre de 1997 que estarían sujetas a la vigilancia de esta Superintendencia, las sucursales de sociedades extranjeras, atribución por la cual este organismo conforme a lo dispuesto por el artículo 84 de la ley 222 de 1995, debe velar en forma permanente

porque éstas en su formación y funcionamiento y en el ejercicio de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos.

Ahora bien, dispone el artículo 1 del Código de Comercio que los Comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial; al ser la fusión de sociedades extranjeras, un asunto de naturaleza mercantil, debe regirse por estas disposiciones, las que desde luego deben aplicarse además por remisión expresa del Tratado de Derecho civil y comercial firmado en Montevideo, el 12 de febrero de 1989, y aprobado por la Ley 33 de 1992 que establece en los artículos 5,6 y 7, lo siguiente:

Artículo 5º:» Las sociedades y asociaciones que tengan el 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 par ejercitar en ellos Derechos Civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales. Mas para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos».

Artículo 6ª «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 las jurisdicciones de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que practiquen».

Artículo 7º «Los jueces del país en que la sociedad tiene su domicilio legal son los competentes para conocer de los litigios que surjan entre los socios o que inicien los terceros contra la sociedad. Sin embargo, si una sociedad domiciliada en un Estado realiza operaciones en otro que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los Tribunales de este último».

Acorde con lo expresado, la fusión debe ceñirse tanto a la legislación del país en el que se celebre el negocio jurídico; como a la Colombiana, lugar al que se extienden los efectos jurídicos y patrimoniales de este negocio, pues la integración de las sucursales en el país por razón de la fusión de sociedades en el exterior,

trasciende la simple distribución de una masa o acervo de bienes comunes entre los sujetos de la operación, para concretarse en la titularidad de un conjunto de relaciones jurídicas que incluyen las de propiedad, de goce y de garantía sobre cosas corporales e incorporales, esencialmente mudables según las vicisitudes de la empresa, pero que conserva los caracteres jurídicos de la universalidad de derecho, como un atributo de la personalidad del ente jurídico titular, en este caso, las sociedades extranjeras.

Lo expresado implica desde luego por parte de las casas matrices correspondientes, pronunciarse sobre los puntos comprendidos dentro del compromiso de fusión previsto en el artículo 173 del Código de Comercio, que consagra las reglas a las que debe sujetarse la discriminación de los activos y de los pasivos de la sociedad absorbida y absorbente así como los métodos de evaluación utilizados, compromiso que al tenor del artículo 174 ibidem, debe publicarse mediante aviso en periódico de amplia circulación nacional.

La referida exigencia tiene como finalidad garantizar a los terceros acreedores de la sociedad absorbida, en este caso la sucursal en proceso de liquidación, el derecho que a su favor consagra el mismo código en su artículo 175 cuando dispone que dentro de los treinta días siguientes al acuerdo de fusión puedan exigir las garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos, a través de un proceso verbal conforme al Código de Procedimiento Civil y que vencido dicho plazo sin que se pidan las garantías u otorgadas éstas, las obligaciones de las sociedades absorbidas, con sus correspondientes garantías subsistirán solamente respecto de la sociedad absorbente.

Finalmente, el concepto mismo de fusión, supone obviar el procedimiento liquidatorio de la sociedad absorbida, efecto que se materializa mediante la inserción en escritura pública de los documentos señalados en el artículo 177 del Código de Comercio, por virtud del cual 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, instrumento que conforme a lo dispuesto por el artículo 158 del Código de Comercio, para que produzca efectos frente a terceros debe registrarse en la Cámara de Comercio.

Así pues, en el caso de las sucursales a juicio de este Despacho bastaría con insertar en la escritura las copias de las actas en que conste la aprobación del acuerdo y el balance consolidado de la sucursal de la sociedad absorbente, en el entendido que el apoderado general en el país de esta sociedad, asumirá la representación de la sociedad absorbida con las responsabilidades propias de un liquidador por el pago de las obligaciones que a través de la sucursal asumió en Colombia (Oficio 220- 32003 de julio27 de 2001).

UTILIDADES

DECRETADAS LAS UTILIDADES NO ES VIABLE SU REVOCACIÓN.

a) ¿Después de que la asamblea ha aprobado el pago de dividendos es posible revocar dicha determinación, con miras a hacer menos gravosa la situación del ente societario?.

b) ¿De ser viable su revocación, pero el socio minoritario vota negativamente, qué efectos puede tener, y en consecuencia, qué le correspondería?.

Para responder las inquietudes planteadas se hace necesario traer a colación el artículo 156 del Código de Comercio, el cual es del siguiente 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.»

En efecto, tal y como se puede apreciar de la norma en comento, las utilidades una vez decretadas forman parte del pasivo externo de la sociedad, surgiendo para ésta la obligación de pagar la utilidad en la forma y términos aprobados por el máximo órgano social, y, con respecto del asociado, un derecho de crédito o personal que de ninguna manera le puede ser desconocido, reformado ni revocado, pues dada la esencia de este derecho, su titular es el único facultado para disponer del mismo.

El artículo 666 del Código Civil al definir los derechos personales o créditos, prevé que son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.

Según lo expuesto el derecho de crédito comporta una relación jurídica esencialmente personal en la que intervienen, al menos, dos personas; una, como titular de un derecho (acreedor), y otra (deudor), la cual se obliga al cumplimiento de una determinada prestación.

Lo anterior no obsta, para que cada asociado pueda renunciar a su derecho tal y como lo dispone el artículo 15 del Código Civil que prevé que «Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia. «,

Es importante tener en cuenta, que tal renuncia solo es posible cuando el derecho en cuestión se concreta, es decir, a partir del momento en el cual se decreta el dividendo por parte del máximo órgano social; anterior a este momento, solo existe una mera expectativa del socio a percibir utilidades, la cual no es renunciable. Valga decir, que son de derecho público las normas que en protección de los asociados consagran como derecho inherente a esta calidad la de percibir utilidades, las cuales no pueden ser modificadas por convenio entre particulares, teniendo en cuenta que su objetivo es el de fijar un límite a las voluntades individuales, con miras a organizar la convivencia entre los miembros de un grupo social.

El profesor José Ignacio Narváez en su obra Teoría General de las Sociedades, sétima edición, Ed. Doctrina y Ley, 1.996, Pág. 181, refiriéndose al acto mismo mediante el cual el máximo órgano social decreta las utilidades, manifiesta: «*Cuando el órgano máximo de la sociedad aprueba el reparto de utilidades, a título de participación o dividendo, se genera un derecho de crédito a favor de asociado y a cargo de la sociedad, valor patrimonial propio que puede ceder a un tercero, gravarlo, donarlo, etc. Ese derecho no puede ser desconocido por nadie, ni a la compañía le es permitido eximirse unilateralmente de la obligación de pagarlo. El mismo órgano soberano de la sociedad no puede revocar, suspender ni reformar el reparto, pues su irrevocabilidad es consecuencia de la plena autonomía de los derechos que crea. Y los artículos 156 y 455 del Código de Comercio señalan las consecuencias inmediatas del reparto de utilidades de los asociados Así:*

1ª. Tanto la participación como el dividendo han de pagarse en dinero en efectivo.

2ª. El plazo máximo de que dispone la sociedad para pagar esas utilidades es de un año, contado desde la fecha del acuerdo social.

3ª. Pueden compensarse con las sumas exigibles que los asociados deban a la compañía.

4ª. Las sumas debidas a los asociados por ese concepto forman parte del pasivo externo de la sociedad.

5ª. Esos derechos de crédito pueden exigirse por la vía judicial.

6ª. Prestan mérito ejecutivo el balance y la copia auténtica de las actas en que consten los acuerdos válidamente aprobados por la junta de socios o asamblea de accionistas, según el tipo de compañía de que se trate.»

En ese orden de ideas, es dable conceptuar que independientemente de la situación patrimonial de la sociedad, esta no puede sustraerse de la obligación de cancelar las sumas debidas a los asociados por concepto de utilidades, pues tal y como se observa del contenido del artículo 156 del Código de Comercio, los dividendos decretados formarán parte del pasivo externo de la sociedad, en razón a que se concreta un derecho de crédito a favor de cada asociado quien puede hacerlo exigible judicialmente, derecho del cual solo éste puede disponer, **y por lo tanto, no puede ser objeto de revocación ni de modificación por parte del órgano social, la determinación creadora de la situación particular en favor de cada asociado.**

Es así, que si la sociedad pretende sustraerse de tal obligación, no le queda otra alternativa que la de conciliar directamente con cada uno de los asociados, en pos de llegar a un acuerdo, pues como titulares del derecho son los únicos facultados para disponer del mismo (Oficio 220- 72552 de noviembre 2 de 2000).

EL DIVIDENDO DE LAS ACCIONES CON DERECHO PREFERENCIAL SE PAGARÁ SIEMPRE QUE LA SOCIEDAD GENERE UTILIDADES DE FIN DE EJERCICIO.

Se plantea la hipótesis según la cual un accionista, en diciembre de 1977 adquirió unas acciones preferenciales, con derecho a un dividendo equivalente al DTF más dos puntos; a la fecha la sociedad no ha arrojado utilidades y el accionista solicita los dividendos por los años de 1998 a 2000 y siguientes, sobre el valor al cual adquirió las acciones y para cancelarse una vez la sociedad empiece a arrojar utilidades.

Sobre esa base, se consulta si la sociedad que no ha generado beneficios y por ende no puede distribuir dividendos, debe acumular los dividendos preferenciales por los años que no ha obtenido utilidades o, si el inversionista debe correr el riesgo de que la sociedad arroje utilidades o pérdidas.

Con el fin de absolver esas inquietudes, es preciso tener en cuenta que uno de los derechos de los accionistas, titulares de acciones ordinarias, privilegiadas o con dividendo preferencial y sin derecho a voto, es indudablemente el de percibir de las utilidades líquidas los beneficios económicos generados del desarrollo de la empresa o actividad prevista en el objeto social, situación que se concreta una vez el máximo órgano social haya impartido la aprobación de los estados financieros correspondientes, previa las apropiaciones para las reservas legal, estatutaria y ocasionales así como para el pago de impuestos - Art. 451 del Código de Comercio-.

Hecha la anterior acotación, el artículo 63 de la Ley 222 de 1995, expresamente señala que las acciones con derecho preferencial y sin derecho a voto *"... darán a su titular el derecho a percibir un dividendo mínimo fijado en el reglamento de suscripción y que se pagará de preferencia respecto al que corresponda a las acciones*

ordinarias...", lo que significa que previa la cancelación de lo que corresponda a los accionistas poseedores de acciones ordinarias, debe cancelarse el derecho económico establecido en los estatutos o en el reglamento de colocación de acciones, para los titulares de acciones con derecho preferencial y sin derecho a voto, en el entendido que la sociedad haya generado utilidades del ejercicio.

No de otra manera puede interpretarse, pues el término "dividendo" hace relación al resultado positivo obtenido por el ente económico como consecuencia de las operaciones realizadas durante el ejercicio, expresión que según el Diccionario de Términos Contables en Colombia, significa "utilidad del período" o el "resultado económico del ejercicio obtenido, al deducir los egresos totales de los ingresos totales del ente contable...".

Claro el punto de que el reparto de utilidades depende de los beneficios o ganancias que genere el ente económico, se tiene que otra prerrogativa de esta clase de acciones, es precisamente la de acumular los dividendos por los períodos que se indiquen en el contrato social o el correspondiente reglamento de suscripción (Núm 3º, Art. 63 ibidem.), disposición de la que se colige fácilmente que lo que se puede llegar a acumular son las utilidades que le corresponden al titular de tales acciones, siendo un contrasentido pretender su acumulación cuando el resultado del ejercicio no ha sido positivo.

Ahora bien, como el legislador al establecer los derechos que otorgan las acciones con derecho preferencial y sin derecho a voto, expresó que las mismas dan a su titular el derecho a percibir un dividendo fijado en el reglamento de suscripción (Art.. 63 ibidem), es dable concluir que es obligatorio para la sociedad cumplir con los derechos que se otorgaron a sus titulares, en la forma y términos aprobados, que es precisamente la característica de las mismas. Entonces si lo que se pactó fue el DTF más dos puntos sobre el valor de adquisición de las acciones, será ésta y no otra la forma de su liquidación.

En ese orden de ideas quedan resueltas las inquietudes, no sin antes reiterar que el accionista poseedor de esta clase de acciones, como cualquier otro accionista, percibirá los derechos económicos que correspondan, en la medida en que la sociedad obtenga beneficios económicos (Oficio220- 043149 de octubre 18 de 2001).

MAYORÍAS REQUERIDAS PARA EL REPARTO DE UTILIDADES.

En torno al tema sobre el reparto de utilidades y las mayorías requeridas para ello, sea lo primero señalar que las sociedades son constituidas fundamentalmente con el firme propósito de adelantar unas actividades en consecución de unos fines que una vez desarrollados procuran a los asociados satisfacciones desde el punto de vista eminentemente económico. Es así como, el artículo 98 del Código de Comercio, de manera expresa, consagra que el fin esencial de cualquier compañía, independientemente del tipo societario adoptado, es el *"de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social"* (Se destaca)

Ahora bien, vemos como el legislador de manera expresa consagró normas que garantizan la protección de los derechos de los asociados minoritarios, las cuales prevén, por un lado, una mayoría exigente para repartir utilidades por debajo del cincuenta (50%) por ciento según lo señala el artículo 155 de la obra citada, modificado por el artículo 240 de la Ley 222 de 1995 y por el otro, del setenta (70%) por ciento, como lo señala el artículo 454 ibidem:

En efecto, dispone el artículo 155 de la Legislación Mercantil, lo siguiente:

"MAYORÍA PARA LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES".

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 represente, 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 liquidas o del saldo de las mismas, si tuviere que enjugar pérdidas de ejercicios anteriores"

Tenemos entonces como el citado artículo nos presente dos posibilidades frente al caso de la distribución de utilidades, partiendo de la base que las reservas de la sociedad son inferiores al capital social, cuales son:

1. Se requiere de una mayoría del setenta y ocho (78%) por ciento de las acciones presentes en la reunión, para votar la distribución de utilidades por debajo del cincuenta (5O)%) por ciento del total de las mismas.

2. Se requiere de una mayoría común por parte del máximo órgano social, para aprobar la distribución de utilidades, cuando se pretenda repartir más del cincuenta (50%) de las mismas.

Ahora bien, el referido artículo 454, de manera nítida introduce una modificación adicional a la previsión contenido en el artículo 155 citado que conlleva un aumento en la proporción en que debe realizarse la distribución de utilidades.

Veamos qué expresa el artículo que en este acápite nos ocupa:

"Si la suma de las reservas legal, estatuaria y ocasional excediere del ciento por ciento del capital suscrito, el porcentaje obligatorio de utilidades que deberá repartir la sociedad conforme al artículo 155, se elevará al setenta por ciento".

En este caso, frente a la distribución de utilidades, tenemos:

1- La sociedad requiere de una mayoría del setenta y ocho (78%) por ciento de las acciones presentes en la reunión del máximo órgano social, para aprobar el proyecto de distribución de utilidades que reparta por debajo del setenta (70%) por ciento del total de las utilidades.

2- La asamblea requerirá de la mayoría común de las acciones presentes en la reunión respectiva, para aprobar el proyecto de distribución de utilidades por encima del setenta (70%) por ciento de las utilidades.

Así que para repartir el setenta (70%) por ciento o menos de las utilidades, la asamblea hubiera requerido necesariamente de una mayoría equivalente a no menos del setenta y ocho (78%) por ciento de las acciones presentes, pero no para lo contrario.

En el mismo sentido expresó su opinión el reconocido tratadista, Doctor Francisco Reyes Villamizar, quien sobre el asunto objeto de estudio manifestó:

"B) En aras de proteger el interés de los asociados minoritarios, cuyo interés primordial en la asociación mercantil usualmente se circunscribe al disfrute de las utilidades sociales, la legislación en vigor ha previsto mecanismos de protección tendiente a procurar un reparto mínimo de utilidades. La mecánica de estas normas de protección contenidas en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, se articula con un sistema de mayorías calificadas que pueden utilizarse para decidir el reparto de cantidades inferiores a las mínimas señaladas en la ley.

Para evitar equívocos interpretativos, debe precisarse desde ahora que, en general, la ley no sujeta la determinación de repartir utilidades a mayorías calificadas ni prohíbe tampoco la repartición por debajo de los límites legales. A pesar de la redacción un tanto confusa del artículo 155 del Código de Comercio, lo que en él se expresa no riñe con la posibilidad de que la determinación sobre el reparto de utilidades se apruebe en el máximo órgano social por mayoría común u ordinaria (usualmente la absoluta, o sea la mitad más uno d leo s votos presentes). Lo que la norma expresa, en realidad, es que sí la determinación sobre destinación de utilidades implica repartir entre los asociados un porcentaje inferior al mínimo previsto en la ley, no bastará la mayoría ordinaria para aprobar esa proposición, sino que se requerirá la mayoría calificada del 78% de los votos presentes. Por supuesto que si la determinación de repartir por debajo del mínimo legal es adoptada sin contar con la supermayoría indicada, la sanción aplicable será la de nulidad absoluta, en los términos del artículo 190 del Código de Comercio. (Subraya fuera de contexto)

Existen dos porcentajes mínimos de reparto de utilidades; el primero, cuyo carácter es general, es decir, aplicable a todas las especies de sociedad, aparece en el citado artículo 155 del Código de Comercio y representa el cincuenta por ciento de las utilidades líquidas del ejercicio. El segundo de los porcentajes mínimos de reparto de utilidades tiene carácter especial, pues su aplicación se circunscribe a las sociedades

anónimas y, por extensión, a las comanditarias por acciones y limitadas. Este porcentaje mínimo distribuible se eleva al setenta por ciento de las utilidades líquidas cuando la suma de las reservas –legal, estatutarias y ocasionales -excede el monto total del capital suscrito.

Al mismo, es pertinente preguntarse si es posible, con la mayoría del 78% de las acciones representadas, realizar un reparto inferior al 70% previsto por el artículo 454 del régimen mercantil. La lógica del régimen exceptivo previsto en el artículo 155 del Código de Comercio parecería plenamente aplicable para definir este asunto. En realidad, si de lo que se trata es de proteger el interés de las minorías, resulta razonable estimar que la aplicación de la mayoría calificada antes referida, suficientes para obviar la imposibilidad de repartir por debajo del límite legal" (Resolución 312- 002439 de octubre 31 de 2003).

La Superintendencia de Sociedades realizó la diagramación,
diseño, corrección de estilo, pre-prensa, edición y acabados
de la obra
«DOCTRINAS JURÍDICAS 2004»
Y su impresión se terminó en octubre de 2004

ISBN
958-678-025-2